

ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน

นางสาวจุฬาลักษณ์ พิริยะ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2014 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2557

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CORRUPTION AS A STATE'S DEFENSE BEFORE
INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Miss Chulaluk Phintha



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2014

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการ
ระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน

โดย

นางสาวจุฬาลักษณ์ พิณระ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.วิลาวัณย์ มังคละธนะกุล)

จุฬาลักษณ์ พินระ : ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน (CORRUPTION AS A STATE'S DEFENSE BEFORE INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.โชติกา วิทยารากุล, 220 หน้า.

ปัจจุบันสังคมโลกให้ความสำคัญต่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ในจัดการกับปัญหาการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ตัวการต่างๆ ได้จัดทำตราสารระหว่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ปัจจุบันมีแนวโน้มว่ารัฐมักหยิบยกประเด็นเรื่องพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนขึ้นมาใช้เป็นข้อต่อสู้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุน เพื่อปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มีพฤติกรรมกรรมการทุจริต

เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมุ่งให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนเป็นสำคัญ และมีแนวคิดมาแต่เดิมว่าเป็นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนและเป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาข้อยุติเฉพาะกรณี ตลอดจนจากแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องการทุจริตที่ยังไม่ชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถพิจารณาข้อต่อสู้ได้หรือไม่ และหากนำมาพิจารณาจะพิจารณาได้บนฐานทางกฎหมายใด ดังนั้น เพื่อให้ได้คำตอบต่อปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยจึงศึกษาอำนาจและบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต่อการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ตลอดจนศึกษาแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุน เพื่อพิจารณาฐานทางกฎหมายที่เหมาะสมในการนำพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาพบว่าอนุญาโตตุลาการมีบทบาทในการปราบปรามการทุจริตได้ ด้วยการนำพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายต่างๆ ได้แก่ การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี ตลอดจนการกำหนดค่าเสียหาย การศึกษานี้เป็นประโยชน์แก่ภาครัฐเพื่อใช้เป็นแนวทางในการการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและในการต่อสู้คดีระหว่างประเทศกับนักลงทุนต่างชาติ ประกอบกับเป็นแนวทางแก่นักลงทุนสำหรับการปฏิบัติตนในการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศอีกด้วย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5485962534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CORRUPTION DEFENSE/INVESTOR CONDUCT/ INTERNATIONAL INVESTMENT
TREATY ARBITRATION

CHULALUK PHINTHA: CORRUPTION AS A STATE'S DEFENSE BEFORE
INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION. ADVISOR: CHOTIKA WITTAYAWARAKUL,
Ph.D., 220 pp.

In present time, the international community expresses a serious concern about corruption in international investment and calls for the fight against it. In doing so, governments and other non-governmental actors have adopted various international instruments aiming at developing common standards concerning corruption offences. In investor-state arbitration under the International Investment Agreements (IIAs), host states have increasingly raised corruption behavior of foreign investors as a defense in arbitration proceeding in order to deny investment treaty protection for the corrupt investors.

Since it is widely understood that the main purpose of IIAs is to protect foreign investors and their investment and that investor-state arbitration is rooted in international commercial arbitration, the problem is whether and how the state corruption defense could be considered by investment arbitral tribunals. In order to answer that question, the author would like to study the scope of power and duty of investment arbitral tribunals and the legal basis for the tribunals to take the investor's corrupt behavior into account.

The result of the study shows that investment arbitral tribunals can take investor's corrupt behavior into consideration when deciding the investor-state dispute relying on the following legal bases: jurisdiction, admissibility, the application of law, and damages.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2014

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ด้วยความกรุณาและความช่วยเหลือ และการสนับสนุนจากบุคคลหลายท่าน ผู้วิจัยขอระลึกถึงพระคุณของทุกท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล เป็นอย่างสูงที่ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ กรุณาถ่ายทอดความรู้ ให้คำปรึกษา คำแนะนำ ชี้แนะมุมมองและแนวคิดอันเป็นประโยชน์ยิ่งแก่ผู้วิจัย พร้อมทั้งกรุณาตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ในการทำวิทยานิพนธ์ รวมถึงสละเวลาอันมีค่าของท่าน ตลอดจนให้ความเมตตา ให้กำลังใจและสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้วิจัยมาโดยตลอด จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ ผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งและประทับใจในความกรุณาของท่าน อาจารย์เป็นอย่างยิ่ง จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์ ที่ให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้ความรู้ คำแนะนำและให้ความเมตตาแก่ผู้วิจัย รวมถึงท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ที่ให้ความกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ให้คำแนะนำ ข้อชี้แนะ พร้อมทั้งข้อคิดต่างๆ อันเป็นประโยชน์ยิ่งแก่ผู้วิจัยเพื่อนำไปใช้ปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้ดียิ่งขึ้น ตลอดจนท่านอาจารย์ ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล ที่ให้ความกรุณาตอบรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ให้ความรู้ คำแนะนำ ตลอดจนช่วยเปิดมุมมองและชี้แนะแนวทางใหม่ๆ ให้ผู้วิจัยได้นำไปเพิ่มเติมให้วิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้วิจัยขอน้อมระลึกถึงบุคคลที่สำคัญที่สุดในชีวิต คือ คุณพ่อประจักษ์ พิณระ และคุณแม่อัมรา พิณระ ผู้ให้กำเนิด ผู้ให้สติปัญญา ให้โอกาสทางการศึกษา พร้อมทั้งสร้างความเชื่อมั่นและเป็นกำลังใจที่สำคัญให้แก่ผู้วิจัย รวมถึงคอยช่วยเหลือและสนับสนุนในด้านต่างๆ แก่ผู้วิจัยเสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ คุณจุฑารัตน์ ศรีม่วง คุณณพิชญ์ศิกาน ศรีเจริญพงศ์ คุณภักดิ์ ศรีณย์ สองจันทร์ คุณกฤตยา วุฒิสันต์ คุณยวิษฐา จันทร์ทิพย์ เพื่อนร่วมหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาาระหว่างประเทศ รวมถึงกัลยาณมิตรทั้งหลายที่ผู้วิจัยไม่ได้เอ่ยนามไว้ ณ ที่นี้ นอกจากนั้น วิทยานิพนธ์นี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยราบรื่น หากปราศจากความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ทุกท่าน

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ศึกษาบ้าง ผู้วิจัยขอน้อมยกคุณความดีเหล่านี้แต่บิดา มารดา คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีความผิดพลาดประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	8
1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	9
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	9
บทที่ 2 การปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ.....	10
2.1 พฤติกรรมการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ.....	12
2.1.1 พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง.....	16
2.1.2 พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม.....	18
2.1.2.1 การติดสินบนของนักลงทุนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม.....	18
2.1.2.1 การเอื้อประโยชน์.....	21
2.2.1 ที่มาของนโยบายสาธารณะ.....	25
2.2.2 ประเภทของนโยบายสาธารณะ.....	32
2.2.2.1 นโยบายสาธารณะภายในประเทศ.....	32
2.2.2.2 นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ.....	33
2.2.2.3 นโยบายสาธารณะข้ามชาติ.....	37

2.2.3 นโยบายสาธารณะกับการปราบปรามการทุจริต.....	40
2.2.3.1 พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ.....	40
1. ความเป็นมาของการนำการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศไปสู่เวทีระหว่างประเทศ.....	40
2. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศในเวทีระหว่างประเทศ.....	47
ก. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในระดับพหุภาคี.....	48
1. องค์การสหประชาชาติ.....	48
2. องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา.....	55
ข. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในระดับภูมิภาค.....	58
1. ทวีปอเมริกา.....	58
2. ทวีปยุโรป.....	59
3. ทวีปเอเชีย.....	64
ค. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในองค์กรเอกชน.....	67
2.3 ประเภทและลักษณะการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศ.....	71
2.3.1 ประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศระดับพหุภาคี.....	73
2.3.1.1 อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997.....	73
2.3.1.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003.....	76
2.3.2 ประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศระดับภูมิภาค.....	80
2.3.2.1 อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996.....	80

2.3.2.2 อนุสัญญาแห่งองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998	83
2.3.2.3 พิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001	88
2.4 สรุปรูปประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่าง ประเทศ	91
บทที่ 3 บทบาทของอนุญาโตตุลาการต่อการปราบปรามการทุจริต ในการลงทุนระหว่างประเทศ ..	94
3.1 การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับการปราบปรามการทุจริต ..	95
3.1.1 วัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน	95
3.1.2 ลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน	98
3.1.3 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการนำการทุจริตมาพิจารณาในข้อ พิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ	104
3.1.3.1 หน้าที่ทางจริยธรรม	106
3.1.3.2 หน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพ	109
3.1.3.3 หน้าที่ในการทำคำชี้ขาดให้สามารถบังคับได้	115
3.2 ฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนมาพิจารณาในข้อพิพาทเรื่องการลงทุน ระหว่างประเทศ	117
3.2.1 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ	118
3.2.1.1 ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน	120
3.2.1.2 แนวทางในการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ	125
3.2.2 การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา	135
3.2.3 การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี	144
3.2.3.1 การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท	144

3.3.2.2 แนวทางของคณะอนุญาโตตุลาการในการปรับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมที่มี ชอบของนักลงทุน	149
3.2.4 การกำหนดค่าเสียหาย	155
บทที่ 4 แนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับ การทุจริตของนักลงทุนในการ ลงทุนระหว่างประเทศ	164
4.1 แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนในประเด็นเรื่อง การทุจริตกรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา	165
4.1.1 กรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีโอกาสได้พิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริตเนื่องจาก คู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น	166
4.1.2 กรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาเนื่องจาก ปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน	168
4.2 แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนในประเด็นเรื่อง การทุจริตกรณียอมรับพิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริต	179
4.2.1 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ	180
4.2.2 การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา	187
4.2.3. การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี	192
4.2.4 การกำหนดค่าเสียหาย	195
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	201
5.1 สรุปผลการวิจัย	201
5.2 ข้อเสนอแนะ	207
รายการอ้างอิง	212
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	220

สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 ตารางแสดงประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศ	90
ตารางที่ 2 ตารางสรุปแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่นำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนมาพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายต่างๆ.....	162
ตารางที่ 3 ตารางสรุปแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณาและนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณา.....	198



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การทุจริตถือเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของสังคม การสร้างและธำรงไว้ซึ่งหลัก
นิติธรรม ทั้งยังเป็นสิ่งที่กีดขวางความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและการเมือง

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ¹

การทุจริตเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มาเป็นเวลาหลายพันปี² และไม่อาจปฏิเสธได้ว่า
ปัจจุบันการทุจริตยังคงเป็นปัญหาสำคัญที่ยังรากลึกลงไปในสังคม ที่นับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น
โดยปัญหาการทุจริตไม่ได้เป็นเพียงปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศที่กำลังพัฒนาเท่านั้น แต่ประเทศ
พัฒนาแล้วก็ต้องเผชิญกับปัญหาดังกล่าวนี้เช่นกัน ปัญหาการทุจริตจึงยังถือว่าเป็นปัญหาที่ยากจะ
ขจัดให้หมดไปจากสังคมของทุกประเทศ³ ด้วยเหตุนี้เองนักวิชาการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ
ได้ให้ความเห็นว่า ปัญหาเรื่องการทุจริต รวมถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมทุจริตถือเป็น
ประเด็นสำคัญระดับโลก⁴

¹ United Nations General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly 58/4. United Nations Convention against Corruption [Online], 23 July 2013. Available from: <http://www.un-documents.net/a58r4.htm>

² Syed Hussein Alatas, *Corruption: Its Nature, Causes and Functions* (UK: Athenaeum Press Ltd., 1990), p. 13.

³ จากผลการสำรวจขององค์กรความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International) เรื่องดัชนีชี้วัดความทุจริต ค.ศ. 2014 (Corruption Perceptions Index 2014) ซึ่งเป็นผลการสำรวจจากประเทศจำนวน 175 ประเทศ ผลสรุปจากการจัดลำดับการทุจริตจาก 0 ถึง 100 นั้นพบว่ากว่า 2 ใน 3 ของจำนวนประเทศที่ทำการสำรวจนั้น ลำดับการทุจริตอยู่ต่ำกว่า 50 (0 หมายถึง มีการทุจริตมากที่สุด (highly Corruption) และ 100 หมายถึง ปราศจากการทุจริต (very clean)) ประเทศไทยถูกจัดให้อยู่ในลำดับที่ 85 จากทั้งหมด 175 ประเทศ และได้คะแนน 38 คะแนน, โปรดดู Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2014: Results* [Online], 5 July 2013. Available from: <http://www.transparency.org/cpi2014/results>

⁴ เช่น เจมส์ เอ็น โรสเนล (James N. Rosenau) นักรัฐศาสตร์คนสำคัญกล่าวถึง “การทุจริตในฐานะของประเด็นปัญหาหาระดับโลก” (Corruption as a Global Issue) หรือไบรอัน ไวท์ และคณะ (Brian White, and others) ที่ได้นำเสนอประเด็นปัญหาความสัมพันธ์ข้ามชาติในหลายมิติ โดยที่การทุจริตเป็นหนึ่งในสิ่งที่น่าสนใจซึ่งอาชญากรรมข้ามชาติในรูปแบบต่างๆ ในเกือบจะทุกส่วนของโลก, โปรดดู แสง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ, รายงานวิจัย เรื่องการศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2551), หน้า 12.

ในยุคโลกาภิวัตน์เช่นในปัจจุบันที่การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเจริญก้าวหน้า และมีส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนให้เกิดการรวมตัวทางเศรษฐกิจ⁵ เกิดการเปิดเสรีทางการค้า การเคลื่อนย้ายเงินทุน การเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ ปรากฏการณ์ดังกล่าวส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากนโยบายของรัฐที่พยายามส่งเสริมให้เกิดกิจกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในส่วนของการลงทุนรัฐมีส่วนสำคัญในการผลักดันและส่งเสริมให้เกิดการลงทุนระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยการสร้างบรรยากาศที่ดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติ เช่น การลดอุปสรรคในการเข้ามาลงทุน การให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ โดยการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (International Investment Agreements (IIAs))⁶ พร้อมทั้งกำหนดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากศาลภายในประเทศของประเทศที่รับการลงทุน เป็นต้น เนื่องจากรัฐมองเห็นความจำเป็นและข้อดีของการลงทุนระหว่างประเทศอันจะนำมาซึ่งความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของประชาชนในประเทศผู้รับการลงทุน⁷ โดยทำให้เกิดการพัฒนาทั้งทางด้านเศรษฐกิจ ด้านเทคโนโลยี ด้านโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ

อย่างไรก็ตาม โลกาภิวัตน์ก็เปรียบเสมือนดาบสองคมที่นำมาซึ่งการพัฒนาและความเจริญเติบโต เศรษฐกิจทั่วทุกมุมโลก แต่ก็นำมาซึ่งปัญหาที่รบกวนแก้ไขด้วยเช่นกัน หนึ่งในปัญหาเหล่านั้น คือ ปัญหาการทุจริตระหว่างประเทศ ด้วยลักษณะของกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั่วโลกเชื่อมโยงกันในยุคโลกาภิวัตน์

⁵ OECD, OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th ed. (2008), p. 14 [Online], 27 July 2013. Available from: <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>

⁶ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements (IIAs)) หรือสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Treaties) คือ ข้อตกลงระหว่างรัฐที่กำหนดพันธกรณีระหว่างกันในเรื่องการลงทุนข้ามเขตแดน โดยการกำหนดมาตรฐานการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ การส่งเสริมการลงทุน ตลอดจนการเปิดการค้าเสรีในการลงทุนระหว่างกัน ประกอบด้วย 3 ประเภทหลัก ได้แก่ (1) สนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties (BITs)) (2) ความตกลงทางเศรษฐกิจแบบทวิภาคีที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุน (Bilateral Economic Agreements with investment provisions) และ (3) ความตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนซึ่งจัดทำโดยรัฐมากกว่า 2 รัฐขึ้นไป (other investment-related agreements involving more than two states) ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement (NAFTA)) สนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty (ECT)) ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments) เป็นต้น โดยในปัจจุบันมีสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ทั้งสิ้น 2279 ฉบับ และความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่นๆที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่อีก 278 ฉบับ, โปรดดู Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (New York: Oxford University Press, 2010), p. 1-2; และดู UNTAD, Investment Policy Hub: International Investment Agreement [Online], 1 June 2015. Available from: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

⁷ Tamar Meshel, "The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration," *Journal of International Arbitration*, 30(3) (2013): 270, 268.

ปัญหาการทุจริตจึงไม่ได้ถูกจำกัดอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่งแต่กลายเป็นการทุจริตที่มีลักษณะข้ามชาติ กล่าวคือนักลงทุน โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติทั้งหลายมีการแข่งขันกันอย่างมากเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนในต่างประเทศ โดยสัญญาการลงทุนดังกล่าวมักมีมูลค่ามหาศาลในทางเศรษฐกิจ นักลงทุนมักอ้างเหตุผลว่า “การทุจริตถือเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม” “เป็นค่าใช้จ่ายหนึ่งในการประกอบธุรกิจ” “คู่แข่งทางธุรกิจก็ทำเหมือนกัน” “ไม่ใช่เรื่องใหญ่อะไร”⁸ และยึดถือปฏิบัติจนกระทั่งกลายเป็นธรรมเนียมในการประกอบธุรกิจ หรือกลายเป็นวัฒนธรรมขององค์กร⁹ ทศนคติดังกล่าวประกอบกับความมุ่งหวังจะให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์เป็นหลัก ทำให้นักลงทุนไม่ตระหนักว่าการทุจริตจะส่งผลร้ายต่อตัวนักลงทุนและก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคมอย่างไร

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์หลักของการส่งเสริมให้มีการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (Foreign Direct Investment (FDI)) ที่เข้าไปเพื่อสนับสนุนให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาในด้านต่างๆ ต่อรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) แต่การทุจริตส่งผลในทางตรงกันข้ามกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว เนื่องจากการทุจริตอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนระหว่างประเทศได้หลายแง่มุมด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น *ประการที่หนึ่ง* การทุจริตเป็นพฤติกรรมที่เป็นบ่อนทำลายความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางเศรษฐกิจ¹⁰ อีกทั้งยังเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดการบิดเบือนในตลาด ก่อให้เกิดการแข่งขัน

⁸ ‘A part of the culture.’, ‘The cost of doing business.’, ‘Our Competitors are doing it.’, ‘Not a big deal.’ in Brian P. Loughman and Richard A. Sibery, *Bribery and Corruption: navigating the global risks*, (New Jersey: John Wiley & Son, Inc., 2012), p 1; ‘You won’t get any work there unless you are prepared to go along with local system’, Geroge Moody-Stuart, *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*, WorldView Publications, Oxford (1997) p. 3.

⁹ ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่างบริษัท *World Duty Free* และสาธารณรัฐเคนยา (*World Duty Free v. Kenya*) นักลงทุนอ้างว่าสิ่งที่ให้เป็นเพียง “ของขวัญ” และเป็นสิ่งที่ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในประเทศเคนยาที่เรียกว่าฮารัมบี (Harambee) ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ไม่ผิดต่อกฎหมาย (we were told that “gifts” of this kind are customary practice and culturally sanctioned in Kenya, and thus could involve no illegality.), โปรดดู *World Duty Free Co, Ltd. v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006) [Online], 5 July 2013. Available from: <http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>; และดู Jason Webb Yackee, “Investment Treaties & Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States,” *Virginia Journal of International Law* 52 (2013): 724. ซึ่งได้กล่าวถึงพฤติกรรมของบริษัท Siemens ในคดีประเทศสหรัฐอเมริกาและบริษัท *Siemens (United States v. Siemens Aktiengesellschaft)* พบว่า มีวัฒนธรรมองค์กร (corporate culture) ในการสร้างและส่งเสริมให้ติดสินบน

¹⁰ จากผลงานวิจัยทางเศรษฐศาสตร์ที่ศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการทุจริตกับการเข้ามาลงทุนทาง (FDI flow) เพื่อหาความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทั้งสองดังกล่าว จากการศึกษาดังกล่าวพบว่า ปัจจัยทั้งสองมีความสัมพันธ์เชิงลบ (negative relationship) กล่าวคือ หากการทุจริตมาก การเข้ามาลงทุนก็จะน้อยลงนั่นเอง, โปรดดู S. Utku Teksoz, *Corruption and Foreign Direct Investment: An Empirical Analysis*, p. 16 [Online], 5 July 2013. Available from: <http://www.edge-page.net/jamb2004/teksoz.pdf>

ที่ไม่เป็นธรรมและอาจเป็นการกีดกันมิให้นักลงทุนที่มีความสามารถในการแข่งขันสูง (competitive advantage) เข้าสู่ตลาดได้ *ประการที่สอง* การทุจริตอาจกระทบต่อการตัดสินใจเข้ามาลงทุนของนักลงทุน เนื่องจากนักลงทุนบางส่วนอาจมองว่า ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปสำหรับการให้สินบนเจ้าหน้าที่รัฐ ผู้รับการลงทุนเพื่อให้ตนได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนนั้นถือเป็นต้นทุนในการทำธุรกิจ (cost of doing business)¹¹ *ประการที่สาม* หากมองในแง่ของรัฐผู้รับการลงทุน การทุจริตอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุน ทำให้นักลงทุนที่ดีไม่กล้าเข้ามาลงทุนภายในประเทศเพราะนักลงทุนอาจขาดความเชื่อถือและเกิดความไม่มั่นใจในการเข้ามาลงทุน *ประการที่สี่* การทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศอาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนโดยตรง เพราะประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนอาจต้องแบกรับราคา คุณภาพของสินค้าและบริการที่ไม่ได้มาตรฐาน หรือแพ่งเกินความเป็นจริง ตัวอย่างเช่น โครงการก่อสร้างสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ที่มีการทุจริตเข้ามาเกี่ยวข้อง อาจทำให้ได้นักลงทุนที่ไม่มีประสิทธิภาพ อันเนื่องมาจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักความสามารถในการแข่งขันเพราะการทุจริตมีผลเป็นการบิดเบือนตลาด รวมถึงจำนวนงบประมาณที่จะใช้ไปในการก่อสร้าง อาจต้องถูกตัดทอนลง เพราะส่วนหนึ่งนักลงทุนได้นำไปให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน เป็นต้น

เนื่องจากสังคมโลกตระหนักถึงปัญหาและผลกระทบของการทุจริตดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้มีการริเริ่มปราบปรามการทุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ตั้งแต่ในช่วงปลาย ค.ศ. 1970 โดยมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำสำคัญ เหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาหันมาให้ความสนใจกับการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องมาจากข้อมูลซึ่งถูกเปิดเผยโดยอัยการสอบสวนพิเศษของประเทศไทยที่ชี้ให้เห็นว่า บริษัทเอกชนสัญชาติอเมริกันหลายบริษัท มีพฤติกรรมทุจริต กล่าวคือ บริษัทเหล่านั้นให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อที่จะจูงใจให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเหล่านั้นใช้อำนาจหน้าที่เพื่อให้ประโยชน์อย่างใด ๆ แก่บริษัทตน ดังนั้น เพื่อจัดการกับพฤติกรรมดังกล่าวของนักลงทุนของตนและเพื่อนำความเชื่อมั่นในความซื่อสัตย์ ซื่อตรงในวงการธุรกิจประเทศสหรัฐอเมริกากลับมา ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงประกาศใช้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการประพฤติกทุจริตในต่างประเทศ (Foreign Corrupt Practices Act) ในปี ค.ศ. 1977 ซึ่งมีวัตถุประสงค์

¹¹ จากการสำรวจทัศนคติของนักลงทุนต่อการทุจริต นักลงทุนกล่าวว่า หากให้ประมาณการปริมาณค่าใช้จ่ายในการลงทุนภายในหนึ่งโครงการ อย่างน้อยร้อยละ ๑๐ ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด คือ ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปกับการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ, โปรดดู The 2009 Global Corruption Report Executive Summary, p. xxv [Online], 5 July 2013. Available from: <http://www.cgu.gov.br/conferenciabocde/arquivos/English-Global-Corruption-Report-2009.pdf>

เพื่อป้องกัน ปรามปรามและลงโทษการกระทำของเอกชนคนชาติสหรัฐอเมริกาที่ไปกระทำการทำให้
สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ¹²

ต่อมาได้มีความพยายามของรัฐ องค์การระหว่างประเทศ และองค์กรพัฒนาเอกชน (Non-governmental Organization) ในการพัฒนาเครื่องมือและกลไกเพื่อการป้องกันและปรามปรามการ
ทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศขึ้น ทำให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึง
หลักเกณฑ์ที่ไม่มีผลผูกพันต่างๆ เพื่อช่วยส่งเสริมให้การปรามปรามการทุจริตมีประสิทธิภาพ ตลอดจน
สร้างเครื่องมือสำหรับการควบคุมและจัดการกับพฤติกรรมทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่าง
ประเทศเป็นการเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996 ซึ่งทำ
ในกรอบองค์การรัฐอเมริกัน (OAS)¹³ องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD)
ผลักดันให้เกิดอนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจว่าด้วยการต่อต้านการติด
สินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997¹⁴ อนุสัญญาองค์การ
สภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 ขององค์การสภาแห่งยุโรป (Council of
Europe)¹⁵ และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ที่ผลักดันโดยองค์การ
สหประชาชาติ (United Nations)¹⁶ เป็นต้น

¹² Ralph H. Folsom, et al., *Principles of International Business Transactions*, 2nd ed. (2010), p. 408.

¹³ อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันต่อต้านการทุจริต (Inter-American Convention against Corruption) มีผลใช้บังคับในวันที่
3 เดือนมิถุนายน ค.ศ. 1997 ซึ่งปัจจุบันมีรัฐที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 33 ประเทศ (ตรวจสอบ ณ วันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558), โปรดดู
Department of International Law, Organization of American States, Signatories and Ratifications [Online], 18 February
2015. Available from: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html>

¹⁴ อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศ
ในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International
Business Transactions) มีผลบังคับใช้ครั้งแรกในวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 ปัจจุบันมีจำนวนรัฐที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 41 ประเทศ,
โปรดดู OECD, OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business
Transactions: Ratification Status as of 21 May 2014 [Online], 21 February 2015. Available from: <http://www.oecd.org/daf/antibribery/WGBRatificationStatus.pdf>

¹⁵ อนุสัญญาองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 (Criminal Law Convention on
Corruption) เริ่มมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002, Council of Europe, โปรดดู Criminal Law Convention on
Corruption [Online], 21 May 2014. Available from: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/173.htm>

¹⁶ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (United Nations Convention against Corruption) มีผลใช้
บังคับในวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2005 โดยปัจจุบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 176 ประเทศ,
โปรดดู United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015 [online],
22 June 2015. Available from: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์ที่มีใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดขึ้น เพื่อช่วยสนับสนุนการป้องกันและปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของจรรยาบรรณทางธุรกิจ (Code of Conduct) หรือแนวปฏิบัติ (Guidelines) สำหรับนักลงทุนนำไปปฏิบัติ เพื่อให้การดำเนินธุรกิจของนักลงทุนเป็นไปอย่างมีจริยธรรม (business ethics) ตัวอย่างเช่นแนวปฏิบัติสำหรับบริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) ของ OECD เครื่องมือว่าด้วยจริยธรรมสำหรับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน (ICC Business Ethics Tools) ของหอการค้านานาชาติ ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวประกอบด้วยแนวปฏิบัติต่างๆ เช่น กฎของหอการค้านานาชาติเพื่อการปราบปรามการทุจริต (ICC Rules on Combating Corruption)¹⁷ นอกจากนี้ยังมีข้อตกลงนานาชาติขององค์การสหประชาชาติ (UN Global Compact) ซึ่งกำหนดคุณค่าสำคัญ (core value) 10 ประการ รวมถึงการตัดสินใจสนับสนุน สำหรับองค์กรเอกชนที่สมัครใจนำไปปฏิบัติ¹⁸ เป็นต้น

ขณะที่สังคมโลกกำลังตื่นตัวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยการอนุญาตตุลาการเกิดปัญหาว่า รัฐจะสามารถยับยั้งพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นข้อต่อสู้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้หรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทอำนาจหน้าที่อย่างไร ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องการทุจริตนั้นยังมีความไม่ชัดเจนกันทำให้เกิดความไม่แน่นอนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุน เนื่องจากในบางคดีอนุญาโตตุลาการปฏิเสธทั้งโดยชัดแจ้งและไม่ชัดแจ้งที่จะนำประเด็นข้อต่อสู้เกี่ยวกับการทุจริตเข้ามาพิจารณา เช่น โดยการเพิกเฉยต่อการยับยั้งประเด็นข้อต่อสู้เกี่ยวกับการทุจริตขึ้นมาพิจารณา¹⁹ หรือหลีกเลี่ยงที่จะตัดสินในประเด็นดังกล่าวโดยอ้างเหตุผลทางเทคนิคอื่นแทน เพื่อเลี่ยงไม่นำเอาประเด็น

¹⁷ ICC, ICC Business ethics tools, [Online], 21 May 2014. Available from: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption/icc-business-ethics-tools/>

¹⁸ คุณค่าสำคัญ” (core value) 10 ประการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 4 ด้านหลัก คือ สิทธิมนุษยชน แรงงาน สิ่งแวดล้อม และการต่อต้านการทุจริต โดยในปัจจุบันในปี ค.ศ. 2014 ข้อตกลงนานาชาติมีผู้องค์กรธุรกิจเข้าร่วมกว่า 10,000 ราย (business participants) และผู้มีส่วนได้ส่วนเสียเข้าร่วมด้วย โดยผู้เข้าร่วมทั้งหมดจัดตั้งอยู่ในกว่า 145 ประเทศทั่วโลก, โปรดดู How to Participate: Business Participation [Online], 18 February 2015. https://www.unglobalcompact.org/HowToParticipate/Business_Participation/index.html

¹⁹ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000) [Online], 20 December 2013. Available from: <http://www.italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf>

เกี่ยวกับการทุจริตขึ้นมาพิจารณาโดยตรง²⁰ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการหยิบยกประเด็นข้อต่อสู้เกี่ยวกับการทุจริตขึ้นมาพิจารณาก็ยังคงมีประเด็นปัญหาในทางกฎหมาย เช่น ฐานทางกฎหมายในการนำเอาประเด็นข้อต่อสู้เกี่ยวกับการทุจริตเข้ามาพิจารณา รวมไปถึงประเด็นเรื่องมาตรฐานในการพิสูจน์ (standard of proof)²¹ ให้อนุญาโตตุลาการเห็นว่ามี การทุจริตเกิดขึ้นจริงตามที่คู่กรณีกล่าวอ้าง เป็นต้น

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวประกอบกับในปัจจุบันมีแนวโน้มว่า คู่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายรัฐ²² จะยกข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตบ่อยครั้งมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่องการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นดังกล่าว ซึ่งจะช่วยให้นักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนทราบถึงแนวทางในการวางแผนความสัมพันธ์ระหว่างกัน ตลอดจนแนวทางในการต่อสู้คดี เพราะการศึกษาในเรื่องนี้จะทำให้นักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนได้ทราบว่า พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนจะนำมาซึ่งผลทางกฎหมายอย่างไรในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้แบ่งลำดับในการศึกษาออกเป็นดังนี้ บทที่ 2 ว่าด้วยเรื่องการปราบปรามการทุจริตในบริบทการลงทุนระหว่างประเทศ ในบทนี้จะได้ศึกษาลักษณะพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนและพัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงศึกษาหาพฤติกรรมการทุจริตใดที่ทั่วโลกยอมรับว่าเป็นพฤติกรรมที่สมควรได้รับการปราบปราม ตลอดจนศึกษาสถานะของการปราบปรามการทุจริตในฐานะนโยบายสาธารณะ หลังจากนั้นในบทที่ 3 จะกล่าวถึงเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการต่อการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยศึกษากรอบอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ตลอดจนฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามา

²⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Public of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005) [Online], 20 December 2013. Available from: <http://www.italaw.com/documents/Bayindir-jurisdiction.pdf> []

²¹ *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2002) [Online], 20 December 2013. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>; *EDF (Services) Limited v. Romani*, ICSID Case no. ARB/05/13, Award (8 October 2009) [Online], 18 February 2015 Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

²² ในบางกรณีข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยฝ่ายนักลงทุนเช่นเดียวกัน แต่มักจะพบได้น้อยกว่า เช่น ในคดี *EDF (Services) Limited กับประเทศโรมาเนีย (EDF (Services) Limited v. Romania)* นักลงทุนหยิบยกประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาเป็นข้อต่อสู้ในคดี โดยอ้างว่า เนื่องจากนักลงทุนปฏิเสธที่จะให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นเหตุให้รัฐเวนคืนการลงทุนของตนโดยมิชอบ, โปรดดู *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009)

พิจารณา และในบทที่ 4 นำเสนอถึงแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของนักลงทุน โดยจะพิจารณากรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา เพื่อให้ทราบถึงอุปสรรคอันเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถนำการทุจริตเข้ามาพิจารณาได้ รวมถึงกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาเพื่อให้ทราบว่าปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางในการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาอย่างไร ตลอดจนวิเคราะห์ว่า แนวคำตัดสินดังกล่าวความสอดคล้องกับกรอบอำนาจและฐานทางกฎหมายที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 หรือไม่ และสุดท้ายในบทที่ 5 กล่าวถึงบทสรุปและข้อเสนอแนะของการศึกษาวิจัย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1.) เพื่อศึกษาความเป็นมาของพัฒนาการ แนวคิด สถานะและแนวโน้มของการต่อต้านการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และหลักเกณฑ์ที่มีใช้กฎหมายระหว่างประเทศ

(2.) เพื่อศึกษาอำนาจและบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต่อการปราบปรามการทุจริตว่าอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระหว่างประเทศควรมีกรอบอำนาจและบทบาทหน้าที่อย่างไรต่อประเด็นเรื่องการทุจริต

(3.) เพื่อศึกษาการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาใช้เป็นข้อพิจารณาในการตัดสินข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุน ตลอดจนฐานทางกฎหมายในการนำประเด็นดังกล่าวเข้ามาพิจารณา

(4.) เพื่อศึกษาแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนในประเด็นเรื่องการทุจริต

1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

แม้ว่าการทุจริตถือเป็นการกระทำที่ได้รับการประณามในระดับระหว่างประเทศ แต่ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นยังคงมีปัญหาเป็นที่ถกเถียงกันว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาข้ออ้างของรัฐเกี่ยวกับเรื่องการทุจริตของนักลงทุนหรือไม่ หากมีบทบาทหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาแล้วจะพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายใด และผลของการพิจารณาควรเป็นอย่างไร หากมีแนวทางที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวก็จะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุนมีความแน่นอนมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้มุ่งศึกษาความสำคัญ สถานะของการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและหลักเกณฑ์ที่มีใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและนักลงทุนที่ตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements (IIAs))

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นแบบการวิจัยทางกฎหมาย ซึ่งเป็นการวิจัยเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาความตกลงระหว่างประเทศ และงานทางวิชาการไม่ว่าจะเป็น หนังสือ วารสาร บทความ ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต อีกทั้งคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่มีชอบและพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

(1.) ทำให้ทราบว่าอนุญาโตตุลาการมิได้มีแค่บทบาทหน้าที่ในการปกป้องสิทธิของนักลงทุน แต่อนุญาโตตุลาการสามารถเข้ามามีบทบาทในการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศได้ โดยการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา

(2.) ทำให้ทราบขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่องการปราบปรามการทุจริตชัดเจนมากขึ้น

(3.) ทำให้ทราบว่าพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนจะได้รับการพิจารณาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพียงใด

(4.) ได้แนวทางให้แก่ภาครัฐในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและการต่อสู้คดีระหว่างประเทศกับนักลงทุนต่างชาติ ประกอบกับเป็นแนวทางแก่นักลงทุนสำหรับการปฏิบัติตนในการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ

บทที่ 2

การปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ

การทุจริตเป็นปรากฏการณ์ชั่วร้ายที่เกิดขึ้นในทุกประเทศ แม้ว่าการลงมติดิยอมรับอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตจะเป็นเสมือนหนึ่งการส่งสารอย่างชัดเจนว่า สังคมโลกมีความตั้งใจอย่างแน่วแน่ต่อการป้องกันและควบคุมการทุจริต พร้อมทั้งเป็นการเตือนว่า สังคมโลกจะไม่ยอมให้การทุจริตซึ่งถือเป็นบ่อนทำลายความไว้วางใจต่อภาครัฐเกิดขึ้นอีกต่อไป ตลอดจนเป็นการเน้นย้ำถึงคุณค่าสำคัญจำเป็นสำหรับการพัฒนาและทำให้สังคมโลกดีขึ้น อาทิ ความซื่อสัตย์และการเคารพต่อหลักนิติธรรมก็ตาม ความพยายามเหล่านั้นเป็นเพียงความสำเร็จก้าวแรกและถือเป็นเพียงจุดเริ่มต้นเท่านั้น

โคฟี อานัน อธิบดีเลขาธิการสหประชาชาติ¹

ในยุคโลกาภิวัตน์ที่การค้าและการลงทุนเจริญก้าวหน้า ส่งผลให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ รวมถึงทำให้เกิดการพัฒนาขึ้นในทั่วทุกมุมโลก ทั้งนี้ โดยผ่านการถ่ายทอดเทคโนโลยี ทักษะ และนวัตกรรมใหม่ๆ จึงเป็นเหตุให้รัฐให้ความสำคัญในการส่งเสริมให้เกิดการเข้ามาการลงทุนในประเทศมากขึ้น² ในขณะเดียวกันนักลงทุน (โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติ)³ พยายามแสวงหาโอกาสใน

¹“This evil phenomenon is found in all countries. ... The adoption of the United Nations Convention against Corruption will send a clear message that the international community is determined to prevent and control corruption. It will warn the corrupt that betrayal of the public trust will no longer be tolerated. And it will reaffirm the importance of core values such as honesty, respect for the rule of law, accountability and transparency in promoting development and making the world a better place for all. ... The adoption of the new Convention will be a remarkable achievement. But let us be clear: it is only a beginning.” in United Nations Convention against Corruption, p. iii [Online], 1 June 2015. Available from: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

² Onyinye Udenze, “The Effect of Corruption on Foreign Direct Investments in Developing Countries,” *The Park Place Economist* 22 (2014): 87

³ บริษัทข้ามชาติ (Multinational Enterprises (MNEs) หรือ Transnational Corporations (TNCs) คือ บริษัทขนาดใหญ่ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในประเทศมากกว่า 1 ประเทศ ส่งผลให้บริษัทข้ามชาติมีรายได้และทรัพย์สินในประเทศมากกว่า 1 ประเทศ โดยกลุ่มบริษัทดังกล่าวจะมีความเชื่อมโยงกัน และร่วมมือกันในการดำเนินกิจการด้วยหลายหลายรูปแบบ ทั้งนี้ โดยมีบริษัทใดบริษัทหนึ่งมีอำนาจในการควบคุมกิจกรรมการดำเนินงานของบริษัทอื่น โดยความเป็นเจ้าของในบริษัทดังกล่าวอาจเป็นเอกชน รัฐ หรือแบบผสมก็ได้, โปรดดู Peter T Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2007), pp. 5-6.

ดำเนินธุรกิจด้วยการมองหาโอกาสในหน่วยเศรษฐกิจที่ใหญ่กว่า (larger economic unit) ด้วยการออกไปลงทุนนอกประเทศแม่ของตน (Home State) ฉะนั้น เมื่อรัฐสนับสนุนและส่งเสริมให้เกิดการเข้ามาลงทุน ประกอบกับมูลค่าทางเศรษฐกิจอันมหาศาลของสัญญาการลงทุน จึงเป็นแรงผลักดันให้นักลงทุนพยายามมองหาโอกาสในการออกไปลงทุนในต่างประเทศกับรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) หรือที่เรียกว่า การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (foreign direct investment)⁴ ในบางครั้งเพื่อให้ได้มาซึ่งโอกาสและสัญญาการลงทุน นักลงทุนอาจใช้วิธีการที่ไม่สุจริตเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน อีกทั้งมักอ้างว่าการกระทำทุจริตถือเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมและไม่ใช่อะไรใหญ่โตอะไร⁵ จากทัศนคติดังกล่าว ประกอบกับความมุ่งหวังเรื่องผลประโยชน์เป็นสำคัญ จึงทำให้นักลงทุนมองข้ามผลร้ายของการทุจริต และเป็นเหตุให้การทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศกลายเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายเช่นในปัจจุบัน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าโลกาภิวัตน์เปรียบเสมือนดาบสองคมที่นำมาซึ่งปัญหาที่รอการแก้ไขและหนึ่งในปัญหาเหล่านั้น คือ ปัญหาการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศที่มีลักษณะข้ามชาติและไม่ได้จำกัดอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่ง จึงทำให้ปัญหาการทุจริตดังกล่าวถือเป็นปัญหาของทุกประเทศมิใช่ปัญหาของรัฐใดรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตาม หากมองให้ดีแล้วเราจะพบว่า ปัญหาไม่ได้อยู่ที่โลกาภิวัตน์แต่ปัญหาอยู่ที่การจัดการและควบคุมกิจกรรมในยุคโลกาภิวัตน์ที่ยังไม่เข้าที่เข้าทาง⁶ คำกล่าวนี้น่าจะสะท้อนถึงความห่วงใยและความพยายามของสังคมโลกต่อการร่วมมือกันแก้ไขและจัดการกับปัญหาการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งน่าจะเป็นสัญญาณเตือนแก่นักลงทุน⁷ ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้อง

⁴ Ibid., p. 9.

⁵ “A part of the culture.”, “Not a big deal.”, in Brian P. Loughman and Richard A. Sibery, *Bribery and Corruption: navigating the global risks*, (New Jersey: John Wiley & Son, Inc., 2012), p. 1; and “You won’t get any work there unless you are prepared to go along with local system”, in Geroge Moody-Stuart, *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries* (Oxford: WorldView Publications, 1997), p. 3.

⁶ “the problem is not with globalization, but with how it has been managed,” in Christopher S. Gibson, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law,” *Penn State Law Review* 113 (2009): 112.

⁷ เซอร์เรย์ล เจ. สคาโบโร (Cheryl J. Scarborough) ผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายบังคับใช้กฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์แห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวเตือนบรรดานักลงทุนและบริษัทข้ามชาติว่า “บริษัทข้ามชาติควรต้องเปลี่ยนทัศนคติที่มีต่อการให้ประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศเสียใหม่ แต่เดิมที่เห็นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายตามปกติในการประกอบธุรกิจจึงกระทำตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงผลเสียในอนาคตที่จะตามมาไม่ได้อีกต่อไป เพราะมีเช่นนั้นบริษัทข้ามชาติเองจะต้องได้รับบทลงโทษที่สาสมจากพฤติกรรมประกอบธุรกิจด้วยวิธีการอันทุจริตของตนอย่างแน่นอน” (The day is past when multi-national corporations could regard illicit payments to foreign officials as simply another cost of doing business. ... corrupt business practice will be rooted out wherever they take place, and the sanctions for them will be severe’, Securities and Exchange Commission), โปรดดู SEC Charges Siemens AG for

ปรับเปลี่ยนทัศนคติและพฤติกรรมต่อการทุจริต ทั้งนี้ เพื่อเกิดการลงทุนที่ดีและก่อให้เกิดการพัฒนาแก่รัฐผู้รับการลงทุนอย่างแท้จริง

ในบทนี้ส่วนแรกเริ่มต้นจากการพิจารณาพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศ ตลอดจนลักษณะการลงทุนระหว่างประเทศว่าเอื้อต่อการทุจริตของนักลงทุนอย่างไร ส่วนที่สองกล่าวถึงนโยบายสาธารณะว่าด้วยการปราบปรามการทุจริต เพื่อพิสูจน์ว่าการปราบปรามการทุจริตได้รับการยอมรับจากสังคมโลกว่าเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องปราบปรามให้หมดไป กระทั่งมีสถานะเป็นนโยบายสาธารณะ ส่วนที่สามศึกษาประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศจากกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ และส่วนสุดท้ายจะได้สรุปประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศ

2.1 พฤติกรรมการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ

การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศมีลักษณะแตกต่างจากการค้าระหว่างประเทศที่เป็นกิจกรรมการแลกเปลี่ยนสินค้าแค่เพียงส่งมอบสินค้าและชำระราคาระหว่างกัน (one-time exchange of goods and money) การลงทุนระหว่างประเทศเป็นการสร้างสัมพันธ์ในกิจกรรมทางธุรกิจระยะยาว (long-term relationship) ระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนั้นการลงทุนมักเป็นโครงการขนาดใหญ่ซึ่งต้องใช้ทรัพยากรและเงินทุนจำนวนมาก (substantial resources)⁸ จากปัจจัยเรื่องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันมหาศาลประกอบกับความคาดหวังถึงผลกำไร (expectation of profit) และโอกาสในทางเศรษฐกิจ (economic opportunities)⁹ เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ให้นักลงทุนยอมเสี่ยงเพื่อให้ได้มาซึ่งการลงทุน กระทั่งยอมเสี่ยงกระทำในสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย¹⁰

Engaging in Worldwide Bribery [Online], 21 November 2015 Available from: <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>

⁸ Rudulf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principle of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 3-4.

⁹ Susan Rose-Ackerman, "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and Global Economy*, ed. Kimberly Ann Elliott (United States: Institution for International Economics, 1997), p. 34

¹⁰ บริษัทซิเมนส์เอจี (Siemens A.G.) บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่จดทะเบียนจัดตั้งในสาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีบริษัทในเครือและบริษัทลูกในหลายประเทศทั่วโลกได้สร้างวัฒนธรรมองค์กร (corporate culture) ด้วยการออกนโยบายเปิดทางให้บริษัทในเครือและบริษัทลูกดำเนินการทุกวิถีทาง ซึ่งรวมถึงการติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนหรือสัญญาการซื้อขาย

แรงจูงใจในการทุจริต (incentives for corruption) ของนักลงทุนอาจมาจากสาเหตุหลายประการ *ประการที่หนึ่ง* เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาสัมปทานการลงทุน (obtain concessions) หรือเพื่อให้ได้รับเลือกเป็นผู้ชนะการประมูลสัญญาสัมปทานการลงทุน¹¹ *ประการที่สอง* เพื่อตนเองมีความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ (gaining a competitive advantage)¹² ตัวอย่างเช่น การทุจริตเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับจากเจ้าหน้าที่รัฐที่มักจะเป็นผู้เก็บรักษาข้อมูลดังกล่าว (monopoly of

ระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น พฤติกรรมการทุจริตเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนของบริษัทซิเมนส์ เอส.เอ. (เวเนซุเอลา) ที่กระทำการทุจริตเพื่อให้ได้มาซึ่งโครงการก่อสร้างเส้นทางรถไฟใต้ดินสายเชื่อมต่อกับรัฐบาลเวเนซุเอลา, การกระทำทุจริตของบริษัทซิเมนส์ บังคลาเทศ จำกัด เพื่อให้ได้มาซึ่งโครงการพัฒนาระบบโครงข่ายโทรศัพท์มือถือจากรัฐบาลบังคลาเทศ นอกจากนี้คณะทำงานยังตรวจพบการทุจริตเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในอีกหลายโครงการ เช่น โครงการขายเครื่องมือทางการแพทย์ให้แก่สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหพันธรัฐรัสเซีย รวมถึงโครงการน้ำมันเพื่ออาหารขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations Oil for Food Program) ซึ่งเป็นโครงการตามมติเลขที่ 986 เพื่อวัตถุประสงค์ในการจำกัดอำนาจของรัฐบาลอิรัก เรื่องการเข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้า โดยจำกัดให้รัฐบาลอิรักมีอำนาจเข้าทำสัญญาซื้อขายได้เฉพาะกรณีสินค้าที่จำเป็นแก่การดำรงชีพ เพื่อวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมเท่านั้น (humanitarian goods) พร้อมกับกำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบสัญญาซื้อขาย เพื่อตรวจสอบว่าสัญญาซื้อขายดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่โครงการกำหนดไว้หรือไม่ โดยคณะกรรมการจะเข้ามาตรวจสอบเฉพาะในขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญาจริงกับทางรัฐบาลอิรัก ซึ่งคณะกรรมการมีอำนาจที่จะตอบตกลง ปฏิเสธ หรือขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้จัดส่งสินค้าก็ได้ ดังนั้น บุคคลแรกที่ฝ่ายผู้จัดส่งสินค้าจะต้องติดต่อ คือ รัฐบาลของประเทศอิรัก เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมที่จะเข้าทำสัญญาเสียก่อน ก่อนที่จะไปสู่การตรวจสอบของคณะกรรมการ และจึงได้เข้าทำสัญญาจริงๆ ซึ่งเป็นที่ทราบกันว่า รัฐบาลของประเทศอิรักนั้นมักจะเลือกเข้าทำสัญญากับฝ่ายผู้จัดส่งสินค้าที่ยินยอมจะให้สินบนแก่รัฐบาล โดยจำนวนสินบนที่จะต้องให้คิดเป็นร้อยละ 10 ของมูลค่าของสัญญาที่ฝ่ายผู้จัดส่งสินค้าจะได้รับจากสัญญาซื้อขายดังกล่าวจากรัฐบาลอิรัก เรียกการให้สินบนในลักษณะดังกล่าวนี้ว่า คิกแบ็กส์ (kickbacks) โดยบริษัทซิเมนส์และบริษัทในเครือได้เข้าทำสัญญาซื้อขายกับรัฐบาลอิรัก รวมทั้งสิ้น 42 ครั้ง มูลค่ารวมทั้งหมดกว่า 80 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และรวมกับจำนวนเงินที่ใช้ติดสินบนแก่รัฐบาลอิรักอีก 1,736,076 ดอลลาร์สหรัฐ ดังนั้น เพื่อจะหาทางหลีกเลี่ยงกระบวนการตรวจสอบดังกล่าวของคณะกรรมการ บริษัทซิเมนส์จะทำการแจ้งราคาสินค้าในสัญญา ในอัตราที่เพิ่มเงินส่วนที่จะใช้สำหรับให้สินบนแก่รัฐบาลอิรักเข้าไปในราคาสินค้าที่แจ้งในสัญญาแล้ว (ราคาสินค้าจริงบวกกับเงินค่าสินบนร้อยละ 10 ของราคาสินค้าจริง) โดยแจ้งว่าเป็นค่าใช้จ่ายของบริษัทที่ปรึกษาธุรกิจ ซึ่งแทนที่เงินจำนวนดังกล่าวจะถูกโอนให้แก่บริษัทที่ปรึกษาธุรกิจ ตามที่รายงานแก่คณะกรรมการบริษัทจะโอนเงินจำนวนดังกล่าวไปให้แก่รัฐบาลอิรักหลังจากที่สัญญานั้นผ่านการตรวจสอบจากคณะกรรมการแล้ว และบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. จะทำการจดแจ้งในบัญชีบริษัทว่า เงินดังกล่าวเป็นการโอนเงินค่าคอมมิชชั่นแก่บริษัทที่ปรึกษาธุรกิจ ซึ่งบริษัทในเครือของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. ที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมการทุจริตในครั้งนี้ ได้แก่ บริษัทซิเมนส์ ฝรั่งเศส (Siemens France) บริษัทซิเมนส์ตุรกี (Siemens Turkey) บริษัทออสแรมมิดเดิลอีสต์ (Osram Middle East) และบริษัทจีทีที (GTT) ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทในเครือของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี., โปรดดู SEC Charges Siemens AG for Engaging in Worldwide Bribery [Online], 21 November 2012. Available from: <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>; และดู *United States v. Siemens Aktiengesellschaft or Siemens A.G.*, Court Docket Number: 08-CR-367-RJL (December 12, 2008), paras. 95-96, 98-99, 102, 115, 101 [Online], 21 November 2012. Available from: <http://www.justice.gov/criminalfraud/fcpa/cases/siemensaktiengesellschaft.html>

¹¹ Susan Rose-Ackerman, "The Political Economy of Corruption," p. 34.

¹² Global Infrastructure Anti-Corruption Centre, Corruption Information: Why corruption occurs [Online], 1 June 2015. Available from: http://www.giacentre.org/why_corruption_occurs.php

valuable information) เพื่อนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้เป็นข้อได้เปรียบในการดำเนินธุรกิจ เป็นต้น¹³ *ประการที่สาม* เพื่อให้ได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า (secure favorable treatment) คู่แข่งทางธุรกิจอื่น¹⁴ *ประการที่สี่* เพื่อยกระดับให้สามารถแข่งขันกับ (level the playing field) กับคู่แข่งทางธุรกิจอื่น กล่าวคือ กรณีที่คู่แข่งทางธุรกิจอื่นติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่นักลงทุนอาจรู้สึกเหมือนถูกบังคับให้ต้องติดสินบนเพื่อให้มีความทัดเทียมกับคู่แข่งอื่นๆ¹⁵ *ประการที่ห้า* นักลงทุนเห็นว่าเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติ (normal business practice) ที่ต้องกระทำเมื่อเข้าไปลงทุน¹⁶ ปัจจัยเหล่านั้นเป็นเพียงตัวอย่างส่วนหนึ่งของแรงจูงใจให้นักลงทุนกระทำการทุจริต อย่างไรก็ตาม การกระทำทุจริตของนักลงทุนไม่อาจเกิดขึ้นได้หากไม่มีปัจจัยที่เอื้อที่ส่งเสริมให้นักลงทุนกระทำการทุจริต

ปัจจัยที่เอื้อต่อการทุจริตของนักลงทุนอาจประกอบด้วยหลายปัจจัยดังนี้ *ประการแรก* ลักษณะของการลงทุนที่มีความซับซ้อนและมักเป็นการลงทุนขนาดใหญ่ มีโครงสร้างสัญญาที่ซับซ้อน จึงทำให้ง่ายต่อการเพิ่มต้นทุน (inflate costs) ในส่วนอื่นๆ ของสัญญา และนำมาใช้ปิดบังค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการติดสินบน (hide bribes) ตลอดจนการตรวจสอบอาจทำได้ยากอันเนื่องมาจากความซับซ้อนของสัญญาดังกล่าวก็มีส่วนเอื้อต่อการกระทำทุจริต¹⁷ *ประการที่สอง* ปัจจัยทางด้านประวัติศาสตร์และวัฒนธรรม (historical and cultural factor) กล่าวคือ ในบางประเทศอาจมองว่า

¹³ Susan Rose-Ackerman, “The Political Economy of Corruption,” p. 35.

¹⁴ Theodore H. Moran, “Combating Corrupt Payments in foreign investment Concessions: Closing the Loopholes extending the tools,” Centre for Global Development, 2008 [Online], 21 November 2012 Available from: http://www.cgdev.org/files/15197_file_CombatingCorruption.pdf

¹⁵ Global Infrastructure Anti-Corruption Centre, Corruption Information: Why corruption occurs

¹⁶ พฤติกรรมดังกล่าวคล้ายกับพฤติกรรมของนักธุรกิจในการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือ จากผลการตรวจสอบพฤติกรรมการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในรัฐต่างประเทศของบรรษัทข้ามชาติสัญชาติอเมริกาของคณะอนุกรรมการด้านบรรษัทข้ามชาติซึ่งนำโดยสมาชิกวุฒิสภาแฟรงค์ เชิร์ช (Senator Frank Church’s Subcommittee on Multinational Corporations) พบว่า บริษัทล็อกฮีท (Lockheed Corporation) ได้ทำการติดสินบนแก่นายกรัฐมนตรีทานากา (Tanaka) ของประเทศญี่ปุ่นจำนวน 1.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เจ้าชายเบอร์นาร์ต (Prince Bernhard) ผู้ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่สอบสวนประจำกองทัพบก ประเทศเนเธอร์แลนด์ รวมถึงพรรคการเมืองในประเทศอิตาลี เพื่อให้ได้มาซึ่งการสั่งซื้อสินค้าของบริษัท ผู้บริหารระดับสูงของบริษัทได้แก้ต่างให้กับพฤติกรรมการทุจริตของบริษัทว่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นแนวปฏิบัติปกติของอุตสาหกรรมนี้ (common place industry practice) ดังนั้น บริษัทจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (necessary to complete) ยิ่งไปกว่านั้น ผู้บริหารคนดังกล่าวยังเห็นว่า ในขณะนั้นการกระทำของบริษัทไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งผลประโยชน์จากการขายสินค้าของบริษัทยังทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประโยชน์ โดยการนำรายได้เข้าประเทศและบริษัทก็มีเงินมาจ่ายคืนเงินกู้ยืมแก่รัฐบาล, โปรดดู Mike Koehler, “The Story of the Foreign Corrupt Practice Act,” *Ohio State Law Journal* 73:5 (2012): 941 ; และดู Alejandro Posadas, “Combating Corruption under International Law,” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10 (2000): 354.

¹⁷ Global Infrastructure Anti-Corruption Centre, “Corruption Information: Why corruption occurs”

การให้ของขวัญ (gift-giving) ถือเป็นพฤติกรรมที่ยอมรับได้และเป็นเรื่องปกติของวัฒนธรรม ซึ่งวัฒนธรรมการให้ของขวัญดังกล่าวถือเป็นปัจจัยเอื้อให้เกิดการทุจริต¹⁸ *ประการที่สาม* การขาดกฎหมายที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ควบคุมหรือลงโทษพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุน (lack of adequate legislation) จึงทำให้พฤติกรรมกรรมการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ไม่มีกฎเกณฑ์ควบคุม (unregulated environment) และส่งผลให้เกิดการประพฤติดุจริตร้อย่างกว้างขวางในกิจกรรมการค้าเงินธุรกิจนักลงทุน (pervasive corrupt business practice)¹⁹ *ประการที่สี่* การใช้บังคับกฎหมายและการดำเนินนโยบายในการปราบปรามการทุจริตอ่อนแอและไม่ต่อเนื่อง²⁰ ถือเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญที่เอื้อต่อการทุจริตของนักลงทุน²¹ กล่าวคือ หากรัฐไม่มีความ

¹⁸ Vinay Bhargava, World Bank Global Issues Seminar Series: The Cancer of Corruption, p. 3 [Online], 1 June 2015 Available from: <http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/Corruption.pdf>

¹⁹ พฤติกรรมการทุจริตของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. (Siemens A.G.) ช่วงก่อนที่บริษัทจะจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก (New York Stock Exchange (NYSE)) คือ ช่วงก่อนปีค.ศ. 2001 ในเวลานั้นสหพันธรัฐสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ จึงทำให้พฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. อยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ไม่มีกฎเกณฑ์ควบคุม (unregulated environment) ส่งผลให้เกิดการประพฤติดุจริตร้อย่างกว้างขวางในกิจกรรมการค้าเงินธุรกิจของบริษัท (pervasive corrupt business practice) ยกตัวอย่างเช่น หากในรายงานการคำนวณราคาโครงการ (Project cost calculation sheet) ปรากฏคำว่า ค่าใช้จ่ายที่จำเป็น (useful expenditure) พนักงานของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. เข้าใจได้ทันทีว่า ค่าใช้จ่ายที่ลงบัญชีในลักษณะดังกล่าว คือ เงินที่นำไปใช้เพื่อการติดสินบน (bribe) เนื่องจากเป็นที่ทราบกันภายในองค์กรว่า บริษัทซิเมนส์ เอ.จี. อนุญาตให้จ่ายสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศได้หากจำเป็น เพื่อให้ได้มาซึ่งการเข้าไปลงทุนหรือสัญญาทางการค้าโปรตุเกส *United States v. Siemens Aktiengesellschaft or Siemens A.G.*, Court Docket Number: 08-CR-367-RJL (December 12, 2008), para. 39 [Online], 5 July 2013. Available from: http://www.justice.gov/criminal_fraud/fcpa/cases/siemens-aktiengesellschaft.html

²⁰ Vinay Bhargava, “World Bank Global Issues Seminar Series: The Cancer of Corruption,” p. 2.

²¹ พฤติกรรมการทุจริตของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. หลังจากที่จะจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก โดยในช่วงปี ค.ศ. 1999 สาธารณรัฐเยอรมนีได้อนุมัติการตามอนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997) ฉะนั้น เมื่อสภาพแวดล้อมในการดำเนินธุรกิจเปลี่ยนแปลงไป บริษัทซิเมนส์ เอ.จี. จึงจำเป็นต้องปรับตัวให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมดังกล่าว บริษัทจึงกำหนดนโยบายและข้อปฏิบัติภายในบริษัท และระหว่างบริษัทในเครือเสียใหม่ ยกตัวอย่างเช่น แนวปฏิบัติสำหรับการดำเนินธุรกิจ (Business Conduct Guidelines) กำหนดเกี่ยวกับการต่อต้านการทุจริต (anti-corruption provision) หลักเกณฑ์และข้อแนะนำสำหรับการควบคุมการดำเนินกิจการภายใน รวมไปถึงการวางกรอบสำหรับการเข้าทำสัญญากับที่ปรึกษาทางธุรกิจ โดยกำหนดให้การจัดทำสัญญาการให้คำปรึกษาทางธุรกิจจะต้องจัดทำเป็นหนังสือและต้องโปร่งใส อีกทั้ง การแต่งตั้งพนักงานขึ้นมาตรวจสอบการดำเนินกิจการภายในบริษัท เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของบริษัทเป็นไปโดยสอดคล้องและถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม โครงการเหล่านั้นก็เป็นได้แค่เพียงโครงการกระดาษ (paper program) เท่านั้น เพราะแท้จริงแล้วบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. ไม่ได้เลิกพฤติกรรมทุจริต เพียงแต่มีการปรับเปลี่ยนและเพิ่มวิธีการให้หลากหลายเพื่อให้การทุจริตของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. มีความแนบเนียนมากขึ้นกว่าเดิมเท่านั้น ฉะนั้น เพื่อให้การดำเนินธุรกิจของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. ดูเหมือนจะเป็นไปอย่างโปร่งใสและปราศจากการทุจริต ดังนั้น พฤติกรรมการทุจริตของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. ภายหลังจากนี้ไปจะต้องกระทำอย่างเป็นระบบ เพื่อให้การกระทำการทุจริตของบริษัทรอดพ้นจากกลไกการตรวจสอบต่างๆ ขององค์กรและเจ้าหน้าที่

จริงจังในการใช้บังคับกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เท่ากับทำให้ความเสี่ยงในการถูกลงโทษจากพฤติกรรมกรรมการทุจริตมีน้อย ล้วนเป็นปัจจัยที่เอื้อให้เกิดการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ในทางกลับกันหากความเป็นไปได้ในการถูกลงโทษมีมาก นักลงทุนอาจไม่กล้าที่จะกระทำการทุจริต ซึ่งอาจทำให้พฤติกรรมกรรมการทุจริตหมดไป (fall to zero) เป็นต้น²² ในส่วนนี้ผู้วิจัยได้กล่าวอธิบายถึง พฤติกรรมการทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อให้ผู้อ่านได้พอเข้าใจถึงลักษณะของพฤติกรรมกรรมการทุจริตระหว่างนักลงทุนและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ

2.1.1 พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง

พฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง คือ การให้ประโยชน์อันมีค่าแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการตัดสินใจโดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้ให้นักลงทุนได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน หรือประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทน โดยมากพฤติกรรมกรรมการทุจริตลักษณะนี้ คือ การติดสินบน (bribery) ของนักลงทุนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ตัวอย่างพฤติกรรมกรรมการติดสินบนของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรงปรากฏดังนี้

การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน โดยเป็นข้อเท็จจริงของการทุจริตที่ปรากฏในคดีระหว่างบริษัท World Duty Free จำกัด และสาธารณรัฐเคนยา²³ โดยมีลักษณะของพฤติกรรมกรรมการทุจริตปรากฏดังนี้ บริษัท World Duty Free จำกัด บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไอเชล ออฟ แมน (Isle of Man) ซึ่งมีนายนาเซอร์ โอบราฮิม อัลลี (Mr. Nasir Ibrahim Ali) เป็นกรรมการผู้จัดการและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท²⁴ โดยการเข้าไปแสวงหาโอกาสในการทำธุรกิจและเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการดำเนินการก่อสร้าง บำรุงรักษา และดำเนินการกิจการร้านค้าปลอดภาษี (Agreement for the Construction, Maintenance and Operation of Duty-Free

ของรัฐ เช่น การตรวจสอบการดำเนินงานกิจการภายใน การรายงานสมุดและบันทึกของบริษัท (Systematic efforts to circumvent internal control and falsify its corporate books and records) เป็นต้น, โปรดดู *United States v. Siemens Aktiengesellschaft or Siemens A.G.*, Court Docket Number: 08-CR-367-RJL (December 12, 2008), paras. 45, 49, 53, 59, 39, 89. [Online], 5 July 2013. Available from: http://www.justice.gov/criminal_fraud/fcpa/cases/siemensaktiengesellschaft.html

²² Susan Rose-Ackerman, *Corruption and Global Economy*, p. 40.

²³ *World Duty Free Limited Company v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (October 4, 2006) [Online], 5 July 2013. Available from: <http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>

²⁴ *Ibid.*, para. 130.

Complexes)²⁵ จากรัฐบาลประเทศเคนยาครั้งนี้ นายอัลลีได้ขอคำแนะนำจากนายราซิด ซัจจาต (Mr. Rashid Sajjad) นักธุรกิจชาวเคนยา โดยนายซัจจาตได้แนะนำนายอัลลีว่า การทำธุรกิจกับรัฐบาลเคนยานายอัลลีควรทำการบริจาคเงินเป็นการส่วนตัว (personal donation) ให้แก่ประธานาธิบดีประเทศเคนยา²⁶ และเพื่อให้เหมาะสมกับมูลค่าและขนาดของการลงทุนที่นายอัลลีต้องการ นายราซิดแนะนำให้ นายอัลลีควรบริจาคเงินสดแก่ประธานาธิบดีประเทศเคนยาประมาณ 2 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งในเวลาต่อมา นายซัจจาตได้ดำเนินการให้นายอัลลีได้เข้าพบกับประธานาธิบดีประเทศเคนยาเพื่อเข้าไปนำเสนอโครงการลงทุนดังกล่าว และการเดินทางไปเข้าพบประธานาธิบดีนายอัลลีได้นำกระเป๋าเงินซึ่งบรรจุเงินจำนวน 2 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐไปด้วย ซึ่งก่อนที่จะเขาไปพบประธานาธิบดีนั้น นายอัลลีได้นำกระเป๋าดังกล่าวไปวางไว้หน้าห้องของประธานาธิบดี แต่หลังจากที่นายอัลลีเข้าไปเจรจาแผนการทางธุรกิจของตนกับประธานาธิบดีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เมื่อออกมาจากห้องนายอัลลีพบว่า เงินจำนวน 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐที่บรรจุอยู่ภายในกระเป๋า ซึ่งนายอัลลีนำไปวางไว้หน้าห้องของประธานาธิบดีก่อนที่จะเข้าไปเจรจาทะลุหายไปและถูกแทนที่ด้วยข้าวโพด²⁷

ภายหลังจากการเจรจาในครั้งนั้นเพียงแค่ 1 เดือน นายอัลลีก็ได้เข้าทำสัญญาการดำเนินการก่อสร้าง บำรุงรักษา และดำเนินกิจการร้านค้าปลอดภาษีในท่าอากาศยานนานาชาติกับรัฐบาลประเทศเคนยา โดยนายอัลลีได้พยายามแสดงทัศนคติต่อการตัดสินใจครั้งนี้ว่า “แม้ตนจะรู้สึกไม่สบายใจเกี่ยวกับการบริจาคเงินเป็นการส่วนตัวในครั้งนี้และรู้สึกคล้ายกับว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการตัดสินใจที่ผิด แต่ตนทำไปโดยไม่มีทางเลือกเพราะตนอยากได้สัญญาสัมปทานดังกล่าวจากรัฐบาลเคนยา อีกทั้งบุคคลที่ตนนำเงินบริจาคไปให้ คือ ประธานาธิบดี ทั้งการกระทำดังกล่าวก็สอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติในประเทศเคนยาที่เรียกว่า ฮารัมบี (Harambee) ฉะนั้น นายอัลลีจึงเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าการบริจาคเงินเป็นการส่วนตัวเช่นนั้นเป็นการบริจาคที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁸

กล่าวโดยสรุป จากตัวอย่างของพฤติกรรมการณ์ทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรงจะเห็นว่า พฤติกรรมดังกล่าว คือ การให้ประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจโดยตรงเพื่อแลกมาซึ่งประโยชน์อย่างใดๆเป็นการตอบแทน นอกจากนั้นตัวอย่างพฤติกรรมดังกล่าวยังแสดงให้เห็นถึงทัศนคติและแรงจูงใจของนักลงทุนอย่างชัดเจนจากคำสารภาพของนักลงทุนที่ต้องการได้สัญญา

²⁵ Ibid., paras. 6, 4.

²⁶ Ibid., paras. 130, 66.

²⁷ Ibid., paras. 105, 130 (11)-(14), (17)-(19).

²⁸ Ibid., para. 130 (19).

สัมปทานการลงทุนและเห็นว่าการทุจริตถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในการในการเข้าไปลงทุนยังประเทศดังกล่าว นอกจากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรงยังพบว่ามี การทุจริตอีกรูปแบบหนึ่งของนักลงทุนซึ่งอาจไม่ได้เป็นการให้ประโยชน์ที่มีขอบแก่เจ้าหน้าที่รัฐ ต่างประเทศโดยตรง แต่อาจให้ผ่านบุคคลอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ที่นักลงทุนหวังจะได้รับ

2.1.2 พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม

พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏแยกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) การให้ประโยชน์อันมีค่าอย่างใด ๆ แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อให้บุคคลนั้นนำประโยชน์เช่นว่าไปมอบแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ ทั้งนี้ เพื่อให้ นักลงทุนได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน หรือประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทน อาจเรียกพฤติกรรมการทุจริต ในลักษณะนี้ว่า การตัดสินใจโดยอ้อมแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศและ (2) การให้ประโยชน์อันมีค่าแก่ บุคคลใดที่อ้างตนว่าสามารถโน้มน้าว หรือจูงใจการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจได้ เพื่อเจตนา มุ่งหวังให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนหรือประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทน เรียกพฤติกรรมการทุจริต เช่นนี้ว่า การเอื้อประโยชน์ ตัวอย่างของพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ โดยอ้อมทั้งสองลักษณะดังกล่าวปรากฏดังนี้

2.1.2.1 การตัดสินใจของนักลงทุนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม

การตัดสินใจของนักลงทุนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม คือ การให้ประโยชน์อันมีค่าแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่ง อาจเป็นการให้ผ่านกันไปหลายทอดหรือเพียงทอดเดียวก็ได้ แต่วัตถุประสงค์หลักจะต้อง เป็นไปเพื่อให้บุคคลที่รับประโยชน์ไปจากนักลงทุน นำประโยชน์เช่นว่าไปมอบแก่เจ้าหน้าที่รัฐ ต่างประเทศผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ ทั้งนี้ เพื่อให้ให้นักลงทุนได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนหรือเพื่อ ประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทนจะเห็นได้ว่า ลักษณะของพฤติกรรมการทุจริตโดยอ้อมลักษณะนี้ คล้ายกับพฤติกรรมการตัดสินใจของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง จะมีข้อแตกต่างกัน ตรงที่การให้ประโยชน์ไม่ได้กระทำต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง หากแต่เป็นการให้โดยผ่าน บุคคลใดบุคคลหนึ่งและให้บุคคลผู้นั้นนำประโยชน์ที่มีขอบทั้งหมด หรือแต่บางส่วนไปให้แก่เจ้าหน้าที่ รัฐต่างประเทศอีกต่อหนึ่ง โดยพฤติกรรมการตัดสินใจของนักลงทุนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดย อ้อมกล่าวอธิบายได้ดังนี้

1. การให้ประโยชน์อันเป็นตัวเงินแก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจ (Direct payment to business consultants) และให้ที่ปรึกษาทางธุรกิจนำประโยชน์อันเป็นตัวเงิน ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนนำไปให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เพื่อแลกกับประโยชน์อย่างใด ๆ ที่นักลงทุนจะได้รับเป็นการตอบแทน ซึ่งการให้ประโยชน์อันเป็นตัวเงินแก่บริษัทที่ปรึกษาทางธุรกิจจะถูกกระทำอย่างแนบเนียน กล่าวคือ นักลงทุนอาจจะบุประเภทรายจ่ายเกี่ยวกับการปรึกษาทางธุรกิจ ด้วยการบันทึกงบในบัญชีของบริษัทว่าเป็นค่าจ่ายสำหรับ สัญญาเพื่อการปรึกษาทางธุรกิจ (Business consulting agreement) สัญญาตัวแทน (Agency agreement) เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่²⁹ และให้ดูเหมือนว่าเป็นการเบิกจ่ายเงินของบริษัทเพื่อนำไปใช้ในกิจกรรมที่สุจริต³⁰ โดยจุดสังเกตที่ทำให้การจ่ายเงินให้แก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจแตกต่างจากการว่าจ้างที่ปรึกษาทางธุรกิจโดยทั่วไป คือ ในการจ่ายค่าตอบแทนหรือการให้ประโยชน์อันเป็นตัวเงินแก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจนั้นกระทำไปโดยไม่มีเหตุจำเป็น การเข้าทำสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาทางธุรกิจภายหลังจากที่บริษัทได้โครงการลงทุนมาแล้ว³¹ หรือที่ปรึกษาทางธุรกิจนั้นไม่ได้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องการให้คำปรึกษาทางธุรกิจแต่เป็นเพียงการตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการทุจริต³²

ตัวอย่างพฤติกรรมการติดสินบนของนักลงทุนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อมปรากฏดังนี้ พฤติกรรมของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. (Siemens A.G.) รวมไปถึงบริษัทในเครือและบริษัทลูกทั้งหลายในภูมิภาคต่างๆ (regional companies) ทั่วโลกมีพฤติกรรมคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ บริษัทจะจ่ายเงินให้แก่บรรดาที่ปรึกษาทางธุรกิจ ทั้งที่ทราบดีว่าเงินจำนวนดังกล่าวทั้งหมดหรือแต่บางส่วน จะต้องถูกส่งต่อไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ³³ โดยบริษัทซิเมนส์ เอส.เอ. (อาร์เจนตินา) (Siemens S.A.

²⁹ Ibid., para 89 (k).

³⁰ Ibid., para. 89 (e).

³¹ Ibid., para. 89 (b).

³² ตัวอย่างเช่น กรณีคดีระหว่างบริษัท Metal-Tech และสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน โดยบริษัท Metal-Tech ว่าจ้างที่ปรึกษาธุรกิจ แต่บริษัท Metal-Tech ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าที่ปรึกษาเหล่านั้นได้ดำเนินการใดๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate services) เป็นการตอบแทนบริษัท Metal-Tech พร้อมกันนั้นคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า บริษัท Metal-Tech ได้ว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งขาดคุณสมบัติ ประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในสาขาธุรกิจที่บริษัท Metal-Tech ประกอบกิจการ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการกระทำทุจริต, โปรดดู *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013), para. 293. [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>

³³ *United States v. Siemens Aktiengesellschaft or Siemens A.G.*, Court Docket Number: 08-CR-367-RJL (December 12, 2008), para. 90 subparagraph a.

(Argentina)³⁴ บริษัทลูกของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี. ที่เข้าไปมีส่วนในการทุจริตเพื่อช่วยให้บริษัทซิเมนส์ เอ.จี. (บริษัทแม่) ให้ได้มาซึ่งในโครงการออกแบบและสร้างระบบข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมืองฐานข้อมูลประชากรและบัตรประชาชนแบบอิเล็กทรอนิกส์จากรัฐบาลประเทศอาร์เจนตินา (“สัญญาการลงทุน”)³⁵ โดยภายหลังจากที่บริษัทเอสไอทีเอส (SITS)³⁶ ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัทซิเมนส์ที่ชนะการประมูลและได้เข้าทำสัญญาการลงทุนกับรัฐบาลอาร์เจนตินาแล้ว บริษัทซิเมนส์ เอส.เอ. (อาร์เจนตินา) ได้โอนเงินเข้าบัญชีหลายบัญชีที่เปิดไว้ในชื่อ กลุ่มบริษัทที่ปรึกษาอาร์เจนตินา (Argentine Consulting Group) แม้ว่าบริษัทที่ปรึกษาเหล่านั้นจะไม่ได้ให้บริการในการให้คำปรึกษาและเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับโครงการประมูลกับบริษัทซิเมนส์ เอส.เอ. (อาร์เจนตินา) หรือบริษัทซิเมนส์เอจีเลย โดยเป็นที่ทราบกันดีในหมู่พนักงานของบริษัทว่าเงินจำนวนดังกล่าวที่ถูกระบุว่านำไปจ่ายให้แก่กลุ่มบริษัทที่ปรึกษาอาร์เจนตินา จะถูกนำไปใช้เพื่อการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลอาร์เจนตินา ซึ่งเป็นผู้ที่อยู่เบื้องหลังและช่วยให้บริษัทซิเมนส์ เอ.จี. ชนะการประมูลและได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน³⁷

2. การให้ประโยชน์อันเป็นตัวเงินโดยผ่านแก่คนกลาง (Payment intermediaries) เพื่อให้บุคคลกลางนี้นำประโยชน์ดังกล่าวส่งต่อไปให้บุคคลอื่นอีกต่อหนึ่ง และให้บุคคลอื่นนี้นำประโยชน์เช่นว่าไปมอบให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศอีกต่อหนึ่ง สันเกตว่าพฤติกรรมในลักษณะนี้คล้ายกับการจ่ายเงินให้แก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจ แตกต่างที่การให้ประโยชน์อันเป็นตัวเงินโดยผ่านคนกลางนั้นจะไม่ได้เข้าไปทำการติดต่อให้สินบนแก่ผู้รับสินบนโดยตรง แต่จะใช้เป็นเพียงตัวกลางในการจ่ายเงินให้แก่ผู้รับ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁴ บริษัทซิเมนส์ เอส.เอ. (อาร์เจนตินา) เป็นบริษัทลูกของบริษัทซิเมนส์ สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองบัวโนสไอเรส สาธารณรัฐอาร์เจนตินา โดยการดำเนินกิจการของบริษัทอยู่ภายใต้การควบคุมและการบริหารของบริษัทซิเมนส์ เอ.จี., Ibid.

³⁵ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (February 6, 2007), para. 81 [Online], 5 July 2013. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

³⁶ โดยคุณสมบัติของผู้เข้าประมูลในโครงการนี้ต้องเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลของประเทศอาร์เจนตินาเท่านั้น จากเงื่อนไขดังกล่าว บริษัทซิเมนส์จึงมอบหมายให้บริษัทเอสเอ็นไอ (SNI) จดทะเบียนและจัดตั้งในประเทศอาร์เจนตินา ซึ่งควบรวมกิจการกับบริษัทซิเมนส์ ตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1992 และถือหุ้นโดยบริษัทซิเมนส์ 100 เปอร์เซ็นต์ ดำเนินการจัดตั้งบริษัทเอสไอทีเอส (SITS) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าร่วมการประมูลครั้งนี้โดยเฉพาะ ฉะนั้น ผู้อ่านจะเห็นได้ว่า อำนาจการบริหารและควบคุมบริษัททั้งสองตกอยู่ภายใต้การดำเนินการและตัดสินใจของบริษัทซิเมนส์ทั้งหมด รวมถึงการเข้าร่วมการประมูลในครั้งนี้ด้วย โดยการเข้าประมูลในครั้งนี้ บริษัทเอสไอทีเอสเปิดเผยข้อมูลของบริษัททั้งหมดแก่รัฐบาลอาร์เจนตินา รวมไปถึงสถานะทางการเงินของบริษัทซิเมนส์เพื่อประกอบการตัดสินใจแก่รัฐบาลอาร์เจนตินาในการเข้าทำการประมูลในครั้งนี้ด้วย ผลการประมูลในครั้งนี้ปรากฏว่าบริษัทเอสไอทีเอสได้รับเลือกให้เป็นบริษัทที่ชนะการประมูลและได้เข้าทำสัญญาการลงทุนกับรัฐบาลอาร์เจนตินา, Ibid., paras. 82-84.

³⁷ *United States v. Siemens S.A. (Argentina)*, Court Docket Number: 08-CR-368-RJL (December 12, 2008), para. 23.

อีกฝ่ายเท่านั้น³⁸ ตัวอย่างพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะนี้ได้แก่ พฤติกรรมของบริษัทซิเมนต์ เอ.จี. ที่จ่ายเงินผ่านคนกลาง และให้คนกลางเป็นผู้โอนเงินไปให้แก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจ (business consultant) เพื่อให้ที่ปรึกษาทางธุรกิจนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ในการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐ โดยคนกลางจะออกใบเสร็จรับเงินปลอม (sham invoice) เพื่อรับรองว่าเงินดังกล่าวจ่ายเพื่อโครงการใดๆ ที่สมมุติขึ้นมา โดยออกใบเสร็จดังกล่าวแก่บริษัทซิเมนต์ เอ.จี. และเก็บส่วนเงินต่างของเงินจำนวนดังกล่าวไว้ และโอนเงินจำนวนที่เหลือไปให้แก่ที่ปรึกษาทางธุรกิจ เป็นต้น³⁹

2.1.2.1 การเอื้อประโยชน์

การเอื้อประโยชน์ (Trading in influence) คือ การให้ประโยชน์อันมีค่าอย่างใดๆ แก่บุคคลใกล้ชิดและเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เช่น ครอบครัว หรือญาติ หรือบุคคลผู้กล่าวอ้างหรือรับรองว่าสามารถจูงใจหรือโน้มน้าวการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ โดยมุ่งหวังให้บุคคลดังกล่าวไปทำการโน้มน้าวหรือชักจูงการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ที่นักลงทุนต้องการ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการทุจริตดังกล่าวเป็นการทุจริตระหว่างเอกชนต่อเอกชน แต่เมื่อพฤติกรรมนั้นกระทบต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศและเกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งประโยชน์ที่มีขอบใดๆ แก่ นักลงทุน ฉะนั้น จึงถือว่าการทุจริตในลักษณะนี้เกี่ยวข้องกับการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยตัวอย่างพฤติกรรมการเอื้อประโยชน์ปรากฏดังนี้

ในคดีระหว่างบริษัท *Metal-Tech* และสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน⁴⁰ พบว่า บริษัท *Metal-Tech* ว่าจ้างที่ปรึกษาทางธุรกิจ เพื่อให้คำปรึกษาแก่บริษัท *Metal-Tech* ในอุตสาหกรรมการผลิตแร่ธาตุโมลิบดีนัม (molybdenum industry) แต่กลับปรากฏข้อเท็จจริงว่า ที่ปรึกษาทางธุรกิจ 2 ราย ได้แก่ 1. นายชิจินอก (Mr. Chijenok) และ 2. นายซัลทาโนว์ (Mr. Sultanov) ที่ปรึกษาทางธุรกิจทั้งสองขาดคุณสมบัติอย่างชัดเจน (lacked obvious qualifications) ในการเป็นที่ปรึกษา⁴¹ บริษัท *Metal-Tech* ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าที่ปรึกษาทั้งสองนั้นได้ดำเนินกิจกรรมใดๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁸ Ibid., para. 90 subparagraph e.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013), para. 293 [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>

⁴¹ Ibid., paras. 225-226.

(legitimate services) ได้เป็นการตอบแทนบริษัท Metal-Tech⁴² ทั้งยังปรากฏว่า บุคคลทั้งสองมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการอนุมัติและดูแลโครงการลงทุน กล่าวคือ 1. นายชิจินอกดำรงตำแหน่งในสำนักงานประธานาธิบดีและมีหน้าที่พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่เหมาะสม เพื่อเสนอให้เข้าไปดำรงตำแหน่งต่างๆ ในกระทรวงและในส่วนงานอื่นๆ ภายในรัฐบาล ซึ่งถือเป็นปัจจัยที่ทำให้เชื่อได้ว่า นายชิจินอกมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลต่างๆ ในรัฐบาลอุลเบกิสถานและอยู่ในตำแหน่งที่สามารถโน้มน้าวให้บุคคลที่ตนแต่งตั้งได้⁴³ และ 2. นายซัลทาโนว์หนึ่งในที่ปรึกษาทางธุรกิจซึ่งบริษัท Metal-Tech ได้ว่าจ้าง มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจ กล่าวคือ นายซัลทาโนว์เป็นพี่น้องกับนายกรัฐมนตรีของประเทศอุซเบกิสถาน ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐผู้ได้รับมอบอำนาจให้ดูแลและตรวจสอบราคา รวมถึงได้รับอำนาจให้ดูแลการจัดตั้งและการดำเนินกิจกรรมการลงทุนของบริษัท Metal-Tech โดยการว่าจ้างนายซัลทาโนว์ให้มาเป็นที่ปรึกษานั้น นายโรเซ็นเบิร์ก (Mr. Rosenberg) ประธานกรรมการของบริษัท Metal-Tech ยอมรับว่า เนื่องจากนายซัลทาโนว์เป็นบุคคลที่มีเครือข่ายกว้างขวางและมีความสัมพันธ์ที่ดีกับหน่วยงานต่างๆ ของรัฐบาลประเทศอุซเบกิสถานเป็นอย่างดี นอกจากนี้ นายโรเซ็นเบิร์กกล่าวว่า พี่น้องของนายซัลทาโนว์ที่เป็นนายกรัฐมนตรีน่าจะเป็นบุคคลที่ช่วยอำนวยความสะดวกและขจัดปัญหาเรื่องกฎระเบียบที่ยุงยากต่างๆ (closing the red tapes) ของประเทศอุซเบกิสถานให้แก่บริษัท Metal-Tech ได้⁴⁴

จากพฤติกรรมการดังกล่าวของบริษัท Metal-Tech แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษาของบริษัท Metal-Tech ทำขึ้นเพื่อปกปิดสถานะที่แท้จริงของความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Metal-Tech และที่ปรึกษาทางธุรกิจทั้งสองเท่านั้น โดยไม่ได้เป็นไปเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อเข้ามาดูแลการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจดังเช่นที่บริษัท Metal-Tech กล่าวอ้าง⁴⁵ แต่เพื่อให้ที่ปรึกษาทั้งสองนั้นกระทำการใดๆ เช่น การโน้มน้าวหรือชักจูงเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ ด้วยการใช้ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างที่ปรึกษาและเจ้าหน้าที่รัฐคนดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัท Metal-Tech ในการลงทุนในประเทศอุซเบกิสถาน โดยวิธีการทุจริตในลักษณะนี้ คือ การเอื้อประโยชน์ ถือเป็นพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อมในอีกรูปแบบหนึ่ง

⁴² Ibid., para. 293.

⁴³ Ibid., para. 225.

⁴⁴ Ibid., para. 226.

⁴⁵ Ibid., para. 218.

กล่าวโดยสรุป จากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศที่ผู้วิจัยได้กล่าวอธิบายไปข้างต้นคงเพียงพอที่จะทำให้ผู้อ่านเห็นได้ว่า ปัจจุบันพฤติกรรมการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศมีทั้งลักษณะการทุจริตโดยตรงและโดยอ้อม ได้แก่ การติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง การติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยอ้อม และการเอื้อประโยชน์ นอกจากนี้ จากตัวอย่างของพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนที่นำมาแสดงยังทำให้ทราบถึง ทักษะคติของนักลงทุนต่อการทุจริต ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าสถานการณ์การทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศและทักษะคติของนักลงทุนต่อพฤติกรรมการทุจริตอยู่ในขั้นที่น่ากังวลและควรได้รับการแก้ไขโดยเร่งด่วน ประกอบกับผลร้ายของการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ เพราะแม้ในระยะแรกการลงทุนที่ได้มาโดยการทุจริตอาจนำมาซึ่งการพัฒนา แต่หากมองในระยะยาวการลงทุนดังกล่าวอาจนำมาซึ่งการพัฒนาแต่จะเป็นการอย่างไม่ยั่งยืน อีกทั้งการทุจริตอาจนำไปสู่ปัญหาอื่นได้อีก เช่น ปัญหาด้านเศรษฐกิจ ปัญหาด้านทรัพยากร ปัญหาด้านอาชญากรรมในเรื่ององค์การอาชญากรรม ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ปัญหาสังคม (เพราะการทุจริตย่อมกระทบต่อคุณธรรมและจริยธรรมของสังคม) เป็นต้น จึงทำให้สังคมโลกเห็นถึงความจำเป็นในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศ จนกระทั่งในปัจจุบันทั่วโลกให้การยอมรับว่า พฤติกรรมการทุจริตในการถือเป็นการกระทำที่ควรได้รับการปราบปราม โดยในส่วนตัวต่อไปจะได้ศึกษาว่า จากการให้การยอมรับดังกล่าวของสังคมโลกนั้นจะทำให้การปราบปรามการทุจริตกลายเป็นนโยบายสาธารณะแล้วหรือไม่

2.2 นโยบายสาธารณะว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ

“ม้าพยศ” (unruly horse)⁴⁶ “กิ้งก่า” (chameleon)⁴⁷ “สิ่งที่เอาแน่เอาอนไม่ได้” (wild card)⁴⁸ คำเหล่านี้เป็นคำที่ศาลและนักกฎหมายใช้กล่าวถึงนโยบายสาธารณะ การเปรียบเทียบดังกล่าวสะท้อนให้เราเห็นถึงลักษณะความไม่แน่นอนของนโยบายสาธารณะ และความกังวลของนัก

⁴⁶ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ศาลเปรียบเทียบนโยบายสาธารณะว่า “นโยบายสาธารณะอุปมาได้เสมือนหนึ่งม้าพยศ (unruly horse) เพราะเมื่อใดก็ตามที่เราได้ขึ้นขี่บนหลังม้าพยศแล้ว เราไม่อาจทราบได้เลยว่า ม้าจะพาเราไปที่ใด” (a very unruly horse, and once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law), โปรตดู Homayoon Arfazadeh, “In the shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception,” *American Review of International Arbitration* 13 (2002): 43

⁴⁷ ในระบบกฎหมายซิวิลลอว์ศาลเปรียบเทียบนโยบายสาธารณะเสมือน “กิ้งก่า” (chameleon), *Ibid.*, p. 43

⁴⁸ Abiola O. Makinwa, “Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration,” in *The Civil law consequences of Corruption*, ed. Olaf Mayer (2009), p. 266.

กฎหมายต่อความไม่แน่นอนและความคาดหมายไม่ได้ของกฎหมายเมื่อใดก็ตามที่ต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะ ส่วนหนึ่งอาจสืบเนื่องมาจากลักษณะของนโยบายสาธารณะเอง เพราะมักจะมีการกล่าวอยู่เสมอว่านโยบายสาธารณะไม่สามารถระบุลงได้อย่างหมดสิ้น (never be exhaustively defined)⁴⁹ สนับสนุนโดยคำกล่าวของ เพอร์ซี่ เอช. วินฟิลด์ (Percy H. Winfield) กล่าวไว้ในบทความของเขาว่า “คำนิยามของนโยบายสาธารณะนั้นถือเป็นสิ่งที่นิยามได้ยากยิ่งเพราะศาลเองยังเคยกล่าวว่่านโยบายสาธารณะไม่อาจนิยามได้ (indefinable)”⁵⁰ นอกจากนี้ จูเลียน ลิว (Julian Lew) ได้กล่าวอธิบายลักษณะของเนื้อหาของนโยบายสาธารณะไว้ในวิทยานิพนธ์ของเขาว่า “ความไม่แน่นอนและความกำกวมถือเป็นลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งของเนื้อหาของนโยบายสาธารณะ”⁵¹

อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการหลายท่านได้พยายามให้ความหมายของนโยบายสาธารณะ ตัวอย่างเช่น วินฟิลด์กล่าวว่า “หากจะให้เราพยายามให้คำนิยามของนโยบายสาธารณะเราจะนิยามว่านโยบายสาธารณะ คือ หลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือการตีความกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมในขณะนั้น (current needs of the community)”⁵² ในขณะที่ ลิวกล่าวว่า “

นโยบายสาธารณะ คือ สิ่งที่สะท้อนถึงพื้นฐานของเศรษฐกิจ กฎหมาย ศีลธรรม การเมือง ศาสนา รวมไปถึงมาตรฐานของสังคมของประเทศใดประเทศหนึ่งหรือกลุ่มประเทศ โดยปกติแล้วเนื้อหาของนโยบายสาธารณะของแต่ละประเทศ หรือกลุ่มประเทศย่อมแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะและโครงสร้างของประเทศหรือกลุ่มประเทศนั้น โดยครอบคลุมหลักการและมาตรฐานอันละเมียดมิได้ที่สังคมนั้นต้องการชำระไว้ ด้วยวิธีการต่างๆโดยไม่มีข้อยกเว้น⁵³

⁴⁹ English Court of Appeal (Sir John Donaldson MR) in *D.S.T. v. Rakoil* (1987), in Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” (London Conference, 2000), p. 4.

⁵⁰ Percy H: Winfield, “Public Policy in the English Common Law”, *Harvard Law Review* 42 (1928): 92.

⁵¹ Martin Hunter and Gui Conde E Silva, “Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations,” *Journal of World Investment* 4 (2003): 365.

⁵² “...if I describe public policy as “a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community.””, in Percy H: Winfield, “Public Policy in the English Common Law,” p. 92.

⁵³ “...it is clear that [it] reflects the fundamental economic, legal, moral, political, religious and social standards of every State or extra-national community. Naturally public policy differs according to the character and structure of the State or community to which it appertains, and covers those principles and standards which are so sacrosanct as to require their maintenance at all costs and without exception.”, in Interim Report on Public Policy as

จากคำเปรียบเปรยและนิยามดังกล่าว อาจพอที่จะแสดงให้เห็นว่า การที่เนื้อหาของนโยบายสาธารณะไม่อาจกำหนดลงได้อย่างแน่นอน เนื่องมาจากลักษณะของนโยบายสาธารณะที่มีหลากหลายมิติ (multi-faceted) ลักษณะเปิด (open-texture) ยืดหยุ่น (flexible)⁵⁴ ไม่หยุดนิ่ง (dynamic concept)⁵⁵ อันเป็นที่มาของการเปลี่ยนแปลงได้ของเนื้อหาของนโยบายสาธารณะเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม การเมือง วัฒนธรรม ศีลธรรม และเศรษฐกิจ ณ ช่วงเวลาใด ช่วงเวลาหนึ่ง

ในลำดับแรกผู้วิจัยจะได้กล่าวโดยย่อว่านโยบายสาธารณะนั้นเข้ามาในระบบกฎหมายได้อย่างไร เพื่อแสดงให้เห็นถึงที่มาและความมีอยู่ของนโยบายสาธารณะในระบบกฎหมาย ลำดับที่สองจึงจะได้ศึกษาถึงนโยบายสาธารณะแต่ละประเภท ซึ่งการแยกประเภทของนโยบายสาธารณะจะช่วยให้แสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของนโยบายสาธารณะแต่ละประเทศแต่ละประเภท การนำไปใช้ รวมถึงความสัมพันธ์ต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และในลำดับที่สุดท้ายจะได้พิจารณาการมาบรรจบกันของนโยบายสาธารณะกับการต่อต้านการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยผ่านการศึกษาพัฒนาการปราบปรามของการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ

2.2.1 ที่มาของนโยบายสาธารณะ

เดิมนโยบายสาธารณะถูกกล่าวถึงในหลากหลายชื่อก่อนที่เราจะรู้จักในชื่อ นโยบายสาธารณะ ไนต์ (Knight) กล่าวอ้างไว้ในบทความของเขาที่เขียนขึ้นในปี ค.ศ. 1922 ว่า คำว่า นโยบายสาธารณะปรากฏเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1775 ในคดีโฮลแมนและจอห์นสัน (*Holman v. Johnson*) โดยลอร์ดแมนสฟิลด์ (Lord Mansfield) ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดี กล่าวว่า “หลักการเรื่องนโยบายสาธารณะ คือ การที่ศาลจะไม่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่กระทำขัดต่อศีลธรรม หรือขัดต่อกฎหมาย เพราะการกระทำใดก็ตามที่เริ่มต้นมาจากการฉ้อฉลไม่สามารถเป็นการกระทำที่ถูกต้องได้ (*Ex dolo*

a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, International Law Association, London Conference Committee on International Commercial Arbitration, 2000. p. 5.

⁵⁴ Winnie (Jo-Mei) Ma, “Public policy in the judicial enforcement of arbitral awards: lessons for and from Australia,” (Degree of Doctor of Legal Science (SJD), Faculty of Law Bond University, 2005), p. 57.

⁵⁵ Christopher S. Gibson, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law,” *Penn State Law Review* 113 (2009): 1230.

malo non oritur action)”⁵⁶ ซึ่งขอบเขตของนโยบายสาธารณะที่ศาลกล่าวนั้น อาจแคบไปสำหรับความหมายในปัจจุบัน เพราะปัจจุบันหลักเรื่องนโยบายสาธารณะไม่ได้จำกัดอยู่เพียง การขัดต่อศีลธรรมและการขัดต่อกฎหมายเท่านั้น นโยบายสาธารณะถูกนำมาใช้บังคับในกรณีที่ผลประโยชน์ของปัจเจกขัดต่อผลประโยชน์ของส่วนรวมด้วยเช่นกัน⁵⁷

ช่วงแรกทีนโยบายสาธารณะแผ่ขยายเข้ามาในกฎหมาย คือ ช่วงที่กฎหมายยังอยู่ในช่วงแรกเริ่ม (infancy) ศาลนำนโยบายสาธารณะเข้ามาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีอย่างไม่รู้ตัว หรือกึ่งรับรู้ (unconscious or half-conscious) เนื่องจากแรกเริ่มนี้กฎหมายและคำพิพากษาของศาลมีน้อยจึงไม่เพียงพอสำหรับการตัดสินคดี และการสร้างหลักกฎหมายได้รับอิทธิพลจากหลักเหตุผล (rule of reason) และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ซึ่งถูกนำเข้ามาเพื่อใช้เป็นแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายและส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาของกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดเรื่องนโยบายสาธารณะมีจุดเริ่มต้นมาจากกฎหมายธรรมชาติ⁵⁸ วินฟิลด์ได้กล่าวไว้ในบทความของเขาว่า “ในช่วงแรกของการนำนโยบายสาธารณะเข้ามาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ นโยบายสาธารณะเปรียบเสมือนลมหายใจที่มีอยู่แต่ไม่มีใครมองเห็น”⁵⁹

นโยบายสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องกับกฎหมายตั้งแต่ในสมัยศตวรรษที่ 14 แบริกตัน (Bracton) กล่าวว่า ข้อตัดสินของศาล (writs) สามารถปรับเปลี่ยนได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี⁶⁰ ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 15 และ 16 แนวคิดเรื่องนโยบายสาธารณะชัดเจนขึ้น และอาจถือเป็นจุดเริ่มต้นของสิ่งที่เราเข้าใจเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะในปัจจุบัน ผู้ที่บทบาทสำคัญ คือ ศาลเอควิตี้ (Court of Equity) หรือศาลชานส์เซอร์รี่ (Chancery Court)⁶¹ ซึ่งเป็นคนละระบบกับระบบคอมมอนลอว์ ผู้

⁵⁶ John Tarlinton, “International Commercial Arbitration and Public Policy,” (Doctor of Juridical Science Degree, Faculty of Law University of Technology, Sydney, 2003), p. 70.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., p. 72.

⁵⁹ Percy H: Winfield, “Public Policy in the English Common Law”, p. 77.

⁶⁰ Ibid., p. 76.

⁶¹ ในสมัยนั้นศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถูกแบ่งออกเป็นหลายศาล แต่ละศาลมีเขตอำนาจศาลจำกัด ประกอบกับสถานะสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้นนั้นมีไม่เพียงพอ คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้รับความยุติธรรมในศาล จึงมักยื่นทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์ โดยกระทำผ่านราชเลขาธิการ (chancellor) ต่อมาในศตวรรษที่ 15 พระมหากษัตริย์ทรงมอบอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินคดีตามคำฟ้องแก่ราชเลขาธิการแทนการทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระองค์ จึงทำให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีต่อราชเลขาธิการได้โดยตรงและกำเนิดศาลเอควิตี้หรือศาลชานส์เซอร์รี่ขึ้น ราชเลขาธิการและคณะองคมนตรี (the council) จะร่วมกันพิจารณาคดี ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักความเป็นธรรมและศีลธรรม ประกอบกับการใช้ความรู้สึกนึกคิดและมโนธรรมของตนเองเป็น

พิพากษาคดีในศาลนี้ คือ ราชเลขาธิการ (chancellor) ขององค์พระมหากษัตริย์ได้นำ “หลักเอควิตี้” (equity)⁶² หรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและศีลธรรมเข้ามาช่วยในการแก้ไขความไม่เพียงพอ และความเข้มงวดของกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในกรณีถ้อยคำในกฎหมายขัดต่อความยุติธรรมและเครื่องจักรภพ⁶³ สิ่งที่ยังชี้ให้เห็นว่า ศาลเอควิตี้นำแนวคิดเรื่องศีลธรรมในทางศาสนาเข้ามาปรับใช้เพื่อสร้างความยุติธรรมแก่คู่กรณี เช่น ราชเลขาธิการอาร์ชบิชอป มอร์ดัน (Archbishop Morton) ในพระเจ้าเฮนรี่ที่ 7 กล่าวว่า “กฎหมายหรือสิทธิควรจะต้องสอดคล้องกับกฎของพระเจ้า”⁶⁴

โค้ก (Coke) ได้กล่าวไว้ในงานเขียนของเขาถึงเรื่องความไม่เหมาะสม (inconvenience) ของการตีความของศาลว่า ศาลไม่ควรตีความกฎหมายเพื่อให้ประโยชน์แก่ปัจเจกและทำลายประโยชน์สาธารณะ⁶⁵ ฉะนั้น ตามแนวคิดของโค้ก “กรณีที่ต้องเลือก กฎหมายมักเลือกประโยชน์ของมหาชน (public good) เหนือกว่าประโยชน์เอกชน (private good)”⁶⁶ ตามแนวคิดของโค้ก นโยบายสาธารณะคือ ลักษณะความผิดที่รัฐห้ามกระทำ (mala prohibita) เพราะการกระทำดังกล่าวถือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐ (repugnant to the state) หรือขัดต่อกฎหรือคติพจน์ของกฎหมาย (against rules or maxims of law)⁶⁷ นอกจากนั้น เชปพาร์ด (Sheppard) กล่าวถึงเงื่อนไขหนึ่งของนโยบายสาธารณะไว้ในลักษณะที่คล้ายกันกับโค้กว่า “การกระทำหรือข้อจำกัดที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะถือเป็นโมฆะ (deeds or limitations which are ‘against public good’ as being void)”⁶⁸ แนวคิดดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในคดีสำคัญซึ่งถูกตัดสินในปี ค.ศ. 1853 ในคดีเอเกอร์ตันและบราวโลว์ (*Egerton v. Brownlow*)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

เกณฑ์ในการทำคำพิพากษาในแต่ละคดี ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเรียกคำวินิจฉัยของศาลนี้ว่า “เอควิตี้” จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1875 ได้มีการยกเลิกการแบ่งแยกระหว่างระบบศาลในคอมมอนลอว์และศาลเอควิตี้ และทำให้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักเอควิตี้รวมเข้าด้วยกัน, ใน วิศว พัวเทพนิมิตร, “บทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักแห่งความเป็นธรรม,” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 9-11.

⁶² เอควิตี้ (Equity) คือ การตัดสินอย่างมีเหตุผลเป็นธรรมและยุติธรรม ใช้เพื่อแสดงออกถึงความเป็นธรรม เสมอภาค หรือความถูกต้องที่ออกมาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดี หรือ “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” ในกฎหมายอังกฤษได้แก่หลักเกณฑ์ในคำพิพากษาของศาลพิเศษที่ขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์, ใน พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536), หน้า 50.

⁶³ Percy H: Winfield, “Public Policy in the English Common Law,” p. 78

⁶⁴ “that every law is, or of right ought to be in accordance with the law of God.,” Ibid., p. 79.

⁶⁵ Ibid., p. 83.

⁶⁶ Ibid., p. 82.

⁶⁷ John Tarlinton, “International Commercial Arbitration and Public Policy,” p 72.

⁶⁸ Ibid.

ประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้เกี่ยวกับเงื่อนไขของข้อตกลงในสัญญาของท่านเอิร์ลแห่งบริดจ์วอเตอร์ (Earl of Bridgewater) ซึ่งระบุว่าจะยกที่ดินให้แก่ลอร์ดอัลฟอร์ด (Lord Alford) หากลอร์ดอัลฟอร์ดได้รับพระราชทานบรรดาศักดิ์ให้เป็นดยุกหรือมาร์ควิสแห่งบริดจ์วอเตอร์ แต่หากไม่ได้รับพระราชทานบรรดาศักดิ์ดังกล่าวที่ดินจะตกแก่ทายาทสายอื่นแทน เมื่อท่านลอร์ดอัลฟอร์ดสิ้นชีวิตลงท่านก็ไม่ได้รับบรรดาศักดิ์ดังกล่าวที่ดินจะตกแก่ทายาทสายอื่นแทน สืบเนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเป็นเหตุให้ทายาทของลอร์ดอัลฟอร์ดฟ้องต่อศาลว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ⁶⁹ แม้ว่ามติส่วนใหญ่ของศาลในคดีนี้เห็นว่า เงื่อนไขดังกล่าวบังคับใช้ได้และไม่เป็นโมฆะ แต่มติของสภาขุนนางกลับเห็นด้วยกับความเห็นส่วนน้อยของผู้พิพากษา⁷⁰ ซึ่งได้ตัดสินในคดีดังกล่าวไว้ดังนี้

ความเห็นแย้งของผู้พิพากษาส่วนน้อย ลอร์ดบาร์ตัน โพลล็อก (Lord Barton Pollock) กล่าวว่า “ทฤษฎีเรื่องประโยชน์มหาชน (public good) ความปลอดภัยของมหาชน (public safety) หรือในบางครั้งเรียกว่า นโยบายสาธารณะเป็นรากฐานของกฎหมาย ซึ่งสนับสนุนโดยคำพิพากษาของศาลในทุกๆ สาขากฎหมาย รวมถึง คำพิพากษาในเรื่องข้อตกลงของสัญญา⁷¹ และเขาเองก็เห็นว่า ไม่ควรมีบุคคลใดนำเอาเงื่อนไขเกี่ยวกับเรื่องในทางสาธารณะ (public affairs) ความเห็นทางการเมือง นำมาสร้างเป็นเงื่อนไขในสัญญา แม้ว่าบุคคลมีสิทธิจะให้ทรัพย์สินของตนแก่บุคคลใดก็ได้ตามที่บุคคลนั้นปรารถนา แต่ต้องไม่ใช่การนำเอาเรื่องรัฐสวัสดิการ (public welfare) เข้าไปเป็นเงื่อนไขอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของตน นอกจากนี้ เงื่อนไขเช่นว่าอาจนำไปสู่หรือจบลงด้วยการทุจริตต่อบรรดาขุนนางหรือกษัตริย์ ฉะนั้น ในฐานะผู้พิพากษาหากเขาไม่นำเอาเรื่องรัฐสวัสดิการเข้ามาพิจารณาก็เปรียบเสมือนการละเลยต่อหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษา ดังนั้น ศาลไม่ควรหลีกเลี่ยงที่จะนำเอาเรื่องรัฐสวัสดิการเข้ามาใช้บังคับในคดีใหม่ที่ไม่เคยมีบรรทัดฐานมาก่อน (a new and unprecedented case) แม้ว่าศาลเองจะไม่สามารถเห็นได้กระจ่างหรือดีกว่าผู้มีประสบการณ์ หรือผู้รู้ในสังคมนั้นๆ ว่าอะไรคือประโยชน์ของมหาชน (public good) แต่ก็ไม่ใช่ข้ออ้างสำหรับศาล ในการที่จะนำเรื่องดังกล่าวเข้ามาพิจารณา ทั้งนี้ โดยการนำมาใช้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่า เรื่องดังกล่าวขัดต่อประโยชน์มหาชนหรือไม่ ซึ่งแน่นอนว่าประโยชน์มหาชนย่อมอยู่เหนือประโยชน์อื่น”⁷²

⁶⁹ Ibid., p. 73.

⁷⁰ Ibid., p. 76.

⁷¹ Ibid., p. 74.

⁷² Ibid., pp. 74-75.

กล่าวมาถึงตรงนี้ หากจะกล่าวว่ นโยบายสาธารณะได้ถูกนำเข้ามาในระบบกฎหมาย และถูกล้อมรวมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายก็คงไม่ใช่คำที่เกินจริงเกินไปนัก ในช่วงแรกนโยบายสาธารณะถูกนำเข้ามาเพื่อแก้ไขความขัดแย้งและความไม่เพียงพอของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้การอำนวยความสะดวกยุติธรรมมีความยุติธรรมอย่างแท้จริงตามความต้องการของสังคมในขณะนั้น ซึ่งเราจะเห็นได้จากแนวทางการตัดสินคดีของศาลเอควิตี้ที่ผู้วิจัยได้กล่าวไป ต่อมานักกฎหมายและศาลเองนำเอานโยบายสาธารณะเข้ามาปรับใช้ เพื่อปกป้องประโยชน์ของส่วนรวม มีการแยกประโยชน์ของปัจเจกกับประโยชน์ของส่วนรวมออกจากกัน โดยยกให้ประโยชน์ส่วนรวมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกชน แม้แต่ในวงกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับสัญญา สัญญาใดที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะต้องตกเป็นโมฆะ ซึ่งเราจะเห็นได้จากแนวคิดของนักกฎหมายและคำตัดสินของศาลข้างต้น นอกจากนี้ ที่มาดังกล่าวได้สะท้อนให้เราเห็นถึงหน้าที่ของนโยบายสาธารณะต่อระบบกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนโยบายสาธารณะจะพัฒนาขึ้นในบริบทของการปรับใช้กฎหมายภายในแล้ว นโยบายสาธารณะยังได้รับการพัฒนาขึ้นในเรื่องกฎหมายขัดกันในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล ซึ่งมีความสำคัญต่อประเด็นที่เราจะทำการศึกษาดูด้วยเช่นกัน ในช่วงศตวรรษที่ 12 ในการเลือกใช้บังคับระหว่างกฎหมายจารีตประเพณี 2 หลัก อัลดริคัส (Aldricus) กล่าวว่า “หากศาลต้องเลือกระหว่างกฎหมายจารีตประเพณี (customary law) 2 หลัก เพื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริงในคดี ศาลควรเลือกใช้บังคับกฎหมายจารีตประเพณีที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ในคดีนั้นมากที่สุด (best and most useful)”⁷³ ตามแนวปฏิฐานนิยม (positivist approach) เชื่อว่า “นโยบายสาธารณะ” เกิดขึ้นจากการพัฒนาการของการขัดกันระหว่างระบบกฎหมายเพื่อสร้าง “ข้อยกเว้นสำหรับการใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศ” ในศตวรรษที่ 19 เอฟ. วอน. ซาวิญยี (F. Von Savigny) ระบุว่า “กลุ่มของบรรทัดฐาน (set of norms) ในระบบกฎหมายได้รับอิทธิพลมาจากผลประโยชน์พื้นฐานหรือผลประโยชน์ร่วมกันของสังคม (general interest or *publica utilitas*)” บรรทัดฐาน เช่นว่า คือ กฎหมายแห่งที่ตั้ง (*lex fori*) ซึ่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น เพื่อคุ้มครองปัจเจกชนหรือศีลธรรม โดยบรรทัดฐานดังกล่าวขึ้นอยู่กับการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐอันเป็นแห่งที่ตั้งของกฎหมายนั้น ดังนั้น ตามแนวคิดของซาวิญยีกฎหมายต่างประเทศไม่อาจแทนที่กฎหมายสาธารณะ (public policy rules could not be replaced by foreign law)⁷⁴

⁷³ Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” (Ph.D., Faculty of Law Queen Mary College, University of London, 2007), p. 89.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 90.

ใน ค.ศ. 1874 แมนซินี (Mancini) ในรายงานสำหรับสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศกรุงเจนีวา แมนซินี เสนอว่า “‘ความสงบเรียบร้อยของเอกชน’ (private order) การนำไปใช้บังคับต้องคำนึงถึงจุดเกาะเกี่ยว คือ สัญชาติของบุคคลเช่นว่า ในขณะที่ “ความสงบเรียบร้อยของสังคม” (public order) ต้องนำไปใช้บังคับกับทั้งคนชาติและคนต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายต่างประเทศ”⁷⁵ โดยแนวคิดของแมนซินี คือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ควรนำมาใช้บังคับโดยคำนึงถึง หลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติ (principle of nationality) และความอิสระของคู่สัญญา (party autonomy) โดยมีข้อยกเว้น เรื่อง “กฎหมายมหาชนและนโยบายสาธารณะ” สะท้อนเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ อันเป็นที่มาในการวางข้อกำหนดเรื่อง กฎหมายแห่งที่ตั้งศาล (*lex fori*) ในคดีระหว่างประเทศ โดยตามแนวคิดของแมนซินีสะท้อนให้เห็นว่า “นโยบายสาธารณะ คือ สิ่งที่ตั้งอยู่บนแนวคิดของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือของเขตแดนใดเขตแดนหนึ่งเท่านั้น” ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของพิตเลต์ (Phillet) กล่าวไว้ว่า นโยบายสาธารณะเน้นถึงการปกป้องและคุ้มครองสังคม (safeguarding social aim)”⁷⁶

ในส่วนนี้อาจสรุปได้โดยคำกล่าวของ ปีแอร์ ลาลีวี (Pierre Lalive) ซึ่งกล่าวว่า “แนวคิดเรื่องนโยบายสาธารณะเกิดขึ้นมานานแล้วและถือเป็นส่วนหนึ่งที่ขาดไม่ได้ในทุกระบบกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในบริบทดังกล่าว นโยบายสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) สร้างสมดุลให้แก่กฎของกฎหมายขัดกันสำหรับเรื่องการใช้บังคับและการยอมรับกฎหมายและคำพิพากษาต่างประเทศ และ (2) เพื่อปกป้องศีลธรรมและคุณค่าที่สำคัญของสังคมของสถานที่หรือประเทศที่พิจารณาคดีที่เกิดขึ้น”⁷⁷

จากการพิจารณาที่มาของนโยบายสาธารณะดังกล่าว หากผู้อ่านได้สังเกตถึงวัตถุประสงค์ในนำเอานโยบายสาธารณะนำเข้ามาในระบบกฎหมายจะพบกับหน้าที่ของนโยบายสาธารณะต่อระบบ

⁷⁵ Ibid., p. 91.

⁷⁶ Ibid., pp. 91-92.

⁷⁷ “Pierre Lalive: that the notion of public policy has long been an indispensable part of all national systems of law and especially of private international law. It aims firstly to maintain a balance between the open character of the conflict of laws rules leading to the application or the recognition of foreign laws or decisions and, secondly, the need to protect the moral and social core values of the forum”, in Leonardo V.P. De Oliveira and Isabel Miranda, “International Public Policy and Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards in Brazil”, *Journal of International Arbitration* 30 (2013): 51.

กฎหมาย ซึ่งถือเป็นหน้าที่ในสองแง่มุม (dual function)⁷⁸ กล่าวคือ ประกอบด้วยหน้าที่ในเชิงบวก (positive function) และหน้าที่ในเชิงลบ (negative function) **หน้าที่ในเชิงบวก** คือ นโยบายสาธารณะสร้างหลักพื้นฐานที่สำคัญแก่นิติสัมพันธ์ กล่าวคือ นโยบายสาธารณะที่สามารถที่จะนำมาปรับใช้เพื่อเป็นทางออกในการแก้ปัญหาในคดีต่างๆได้ เช่น ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย เป็นต้น⁷⁹ ซึ่งผู้อ่านจะเห็นได้จากการนำเอานโยบายสาธารณะเข้ามาใช้ในกรณีที่กฎหมายมีไม่เพียงพอ นโยบายสาธารณะก็สามารถนำมาใช้เพื่อเป็นทางออกในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้ **หน้าที่ในเชิงลบ** คือ (๑) นโยบายสาธารณะอาจส่งผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญา กล่าวคือ ในทุกระบบกฎหมายกำหนดให้นิติสัมพันธ์ใดที่กระทำขึ้นโดยขัดต่อนโยบายสาธารณะถือเป็นโมฆะ ดังเช่นที่เราเห็นใน *คดีเอเกอร์ตันและบราวโลว์* เป็นต้น (๒) นโยบายสาธารณะทำลายหลักการคาดหมายได้และความสอดคล้องกันของบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้ สืบเนื่องจากความไม่แน่นอนของลักษณะของนโยบายสาธารณะที่ผู้วิจัยได้กล่าวไปข้างต้น และ (๓) นโยบายสาธารณะส่งผลกระทบต่อผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หากคำชี้ขาดหรือคำพิพากษาดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ⁸⁰ ตามข้อ 5 (2)(บี) ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรืออนุสัญญากรุงนิวยอร์ก กำหนดว่า ศาลในประเทศที่ถูกร้องอาจปฏิเสธที่จะยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอได้ หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ⁸¹ โดยหน้าที่ในข้อนี้เกี่ยวข้องกับที่มาของนโยบายสาธารณะในบริบทของกฎหมายขัดกันตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไป เนื่องจากแนวคิดเรื่องกฎหมายขัดกันสำหรับการจำกัดการใช้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงคำชี้ขาดต่างประเทศ กระทั่ง นำไปสู่แนวคิดในการแบ่งแยกประเภทของนโยบายสาธารณะ และการจำกัดประเภทของนโยบายสาธารณะที่นำมาใช้ในบริบทนี้ อันมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับสิ่งที่ผู้วิจัยกำลังจะทำการพิสูจน์ในส่วนถัดไป เพราะมิเช่นนั้นนโยบายสาธารณะทุกประเภทที่จะสามารถนำเข้ามาเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้

⁷⁸ Leonardo V.P. De Oliveira and Isabel Miranda, “International Public Policy and Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards in Brazil”, *Journal of International Arbitration* 30 (2013): 53.

⁷⁹ Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” p. 89.

⁸⁰ Ibid., p. 88.

⁸¹ Article V (2)(b) of Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, “2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: ... (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to public policy.”

ผู้วิจัยกล่าวอธิบายถึงที่มาของนโยบายสาธารณะก็เพื่อแสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของนโยบายสาธารณะ ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย แต่เนื่องจากเนื้อหาไม่เป็นที่ชัดเจนจึงอาจทำให้สงสัยได้ถึงความมีอยู่และหน้าที่ของนโยบายสาธารณะต่อระบบกฎหมายนั่นเอง

2.2.2 ประเภทของนโยบายสาธารณะ

การแบ่งแยกประเภทสาธารณะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิสูจน์ว่า การทุจริตระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะได้เดินทางมาบรรจบกันแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะเนื้อหาของนโยบายสาธารณะของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา ฉะนั้น การจะหาจุดร่วมของแนวนโยบายสาธารณะที่ตรงกันในทุกประเทศ เราอาจต้องค้นหาจากนโยบายสาธารณะในระดับอื่นที่ไม่มีลักษณะจำกัดอยู่เฉพาะในเขตแดนประเทศใดประเทศหนึ่ง ฉะนั้น การแบ่งแยกประเภทของนโยบายสาธารณะจึงเป็นสิ่งจำเป็น ตามแนวคิดของผู้วิจัยนโยบายสาธารณะสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ระดับ⁸² ดังนี้

2.2.2.1 นโยบายสาธารณะภายในประเทศ

นโยบายสาธารณะภายในประเทศ (domestic public policy) คือ แนวคิดพื้นฐานทางศีลธรรมและความยุติธรรมของรัฐที่ทำการพิจารณาดี (the forum state's most basic notion of morality and justice)⁸³ ซึ่งฝ่ายบริหารของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการของประเทศนั้นๆ เป็นผู้กำหนดขึ้น เพื่อจะนำมาใช้เป็นกรอบในการปกป้องและคุ้มครองประโยชน์ของคนส่วนมากในประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ (public interest) นโยบายสาธารณะภายในประเทศจะสะท้อนอยู่ในกฎหมายภายในและคำพิพากษาของศาลของประเทศนั้นๆ ฉะนั้น เห็นได้ว่านโยบายสาธารณะภายในประเทศจะมีลักษณะเฉพาะวัฒนธรรม (particular culture) และเป็นส่วนหนึ่งของ

⁸² การแบ่งประเภทของนโยบายสาธารณะ อาจแบ่งได้หลายแบบ ซึ่งผู้อ่านอาจพบได้ในบทความต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น การแบ่งนโยบายสาธารณะออกเป็น 2 ประเภทหลัก คือ (1) นโยบายสาธารณะแห่งชาติ (National public policy) ซึ่งประกอบด้วย 1.1 นโยบายสาธารณะรัฐภายในประเทศ และ 1.2 นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ และ (2) นโยบายสาธารณะเหนือรัฐ (Supranational public policy) ประกอบด้วย 2.1 นโยบายสาธารณะข้ามชาติ (Transnational public policy) 2.2 นโยบายสาธารณะกึ่งสากล (Truly public policy) 2.3 นโยบายสาธารณะของภูมิภาค (Regional Public Policy), James D. Fry, "Desordre Public International under the New York convention: Wither Truly International Public Policy," *Chinese Journal of International Law* 8 (2009): 86-89.

⁸³ Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, "Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards," (London Conference, 2000), p. 5.

กฎหมายภายใน⁸⁴ ศาลจะนำนโยบายสาธารณะมาปรับใช้เฉพาะกับ “ข้อพิพาทที่เป็นข้อพิพาทภายในประเทศโดยแท้” (purely domestic disputes) เท่านั้น⁸⁵ นโยบายสาธารณะระดับนี้คือนโยบายสาธารณะภายในประเทศ ซึ่งไม่สัมพันธ์กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

2.2.2.2 นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ

จุดเริ่มต้นของการแบ่งแยกนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (International public policy) ออกจากนโยบายสาธารณะภายในประเทศเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1882 จากแนวคิดในทางกฎหมายเรื่องกฎหมายขัดกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยบรูซเซอร์ (Brocher) กล่าวว่า “นโยบายสาธารณะภายในประเทศใช้บังคับกับเรื่องภายในประเทศ ส่วนนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อนำไปใช้บังคับกับคดีระหว่างประเทศ”⁸⁶ ทั้งนี้ เพื่อแยกประเภทของนโยบายสาธารณะที่จะนำมาใช้สำหรับกรณีธุรกรรมที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง

คำว่า “ระหว่างประเทศ” ซึ่งใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งแยกประเภทของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศออกจากนโยบายสาธารณะภายในประเทศ อาจดูเป็นคำที่ไม่เหมาะสม (misnomer)⁸⁷ อีกทั้งยังก่อให้เกิดความสับสน เพราะแท้จริงแล้วคำว่าระหว่างประเทศดังกล่าว น่าจะมีที่มาจากกรนำมาใช้ประโยชน์ในการแบ่งแยกประเภทนโยบายสาธารณะ ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁸⁸ ซึ่งถือเป็นสาขาของกฎหมายที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ โดยศาสตราจารย์ปีเตอร์ เซนเดอร์ (Pieter Sanders) กล่าวอธิบายว่า “นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ คือ แนวคิดพื้นฐานที่แท้จริงของระบบกฎหมายในประเทศที่เกี่ยวข้อง (really fundamental conceptions of legal order in the country concerned)”⁸⁹

⁸⁴ James D. Fry, “Desordre Public International under the New York convention: Wither Truly International Public Policy,” *Chinese Journal of International Law* 8 (2009): 86.

⁸⁵ Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” p. 86.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Winnie (Jo-Mei) Ma, “Public policy in the judicial enforcement of arbitral awards: lessons for and from Australia,” p. 77.

⁸⁸ Ibid., p. 81; and James D. Fry, “Desordre Public International under the New York convention: Wither Truly International Public Policy,” p. 87.

⁸⁹ Martin Hunter and Gui Conde E Silva, “Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations,” *Journal of World Investment* 4 (2003): 367.

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ปีเตอร์เห็นได้ว่าคุณเลือกนำคำว่า “ในประเทศที่เกี่ยวข้อง” (in country concerned) เข้ามาใช้อธิบายลักษณะของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ซึ่งช่วยสะท้อนให้เห็นถึง ลักษณะความเป็นอัตวิสัย (subjective) หรือลักษณะเห็นแก่ตัว (selfish character)⁹⁰ ของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ จึงทำให้แต่ละประเทศมีดุลยพินิจในการพิจารณาว่า หลักพื้นฐานและผลประโยชน์ใดของรัฐบ้างที่เกี่ยวข้องและนำมาใช้บังคับในคดีระหว่างประเทศ แนวคิดดังกล่าวปรากฏให้เห็นในแนวปฏิบัติของศาล ตัวอย่างเช่น ศาลประเทศฝรั่งเศสกล่าวว่า “นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศที่กล่าวถึงใน ข้อ 1502⁹¹ หมายถึง “นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กลุ่มของคุณค่าตามลำดับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่ไม่อาจละเมิดหรือถูกทำลาย แม้แต่ในคดีระหว่างประเทศ” เช่นเดียวกับศาลประเทศโปรตุเกสที่กล่าวว่า “นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ”⁹² ดังกล่าว หมายถึง หลักเกณฑ์ของประเทศโปรตุเกสที่มีต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ”⁹³ นอกจากนี้ ข้อแนะนำที่ 2(เอ) ในรายงานฉบับสมบูรณ์ขององค์กรกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) กล่าวว่า “ศาลควรนำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศของประเทศอันเป็นที่ตั้งของศาลนั้นเองมาใช้บังคับ (international public policy of that State)”⁹⁴ ฉะนั้น จะเห็นได้ว่านโยบายสาธารณะระหว่างประเทศยังคงมีความเฉพาะตัวและขึ้นอยู่กับทัศนคติและแนวคิดของแต่ละประเทศ เช่นเดียวกับนโยบายสาธารณะภายในประเทศ

อย่างไรก็ตาม จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวไปแล้วว่า นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศนั้นถูกแบ่งแยกออกจากนโยบายสาธารณะภายในประเทศ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพื่อนำ

⁹⁰ Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” p. 99.

⁹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส (French Code of Civil Procedure) ในข้อ 1502 วางหลักไว้ว่า “หากคำชี้ขาดต่างประเทศขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (*ordre public international*) เหตุดังกล่าวอาจยกเป็นเหตุร้องขอให้ศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้”, โปรดดู Leonardo V.P. De Oliveira and Isabel Miranda, “International Public Policy and Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards in Brazil,” p. 52.

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศโปรตุเกส (Portuguese Civil Code) ข้อ 22(1) วางหลักไว้ว่า “กฎหมายต่างประเทศไม่อาจนำมาใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันได้ หากกฎหมายต่างประเทศเช่นว่าขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ,” *ibid.*

⁹³ Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” pp. 6, 11.

⁹⁴ Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” (New Delhi Conference, 2002). para. 39.

นโยบายสาธารณะประเภทนี้มาใช้บังคับกับคดีข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (material foreign element) มีใช้กรณีที่มีลักษณะเป็นเรื่องภายในประเทศโดยแท้ (strictly domestic)⁹⁵ ซึ่งถือเป็นจุดแตกต่างระหว่างนโยบายสาธารณะทั้ง 2 ประเภท โดยองค์ประกอบระหว่างประเทศดังกล่าวอาจมาจาก การเข้าไปเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐมากกว่า 1 รัฐขึ้นไป (economic interest of more than one country) หรือคู่พิพาทในคดีมาจากเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน เป็นต้น

ตามรายงานฉบับสมบูรณ์ขององค์การกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการได้พยายามแบ่งประเภทของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ เพื่อค้นหาเนื้อหาและลักษณะของนโยบายประเภทนี้ คณะทำงานเห็นว่านโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ประเภท⁹⁶ ดังนี้

1. หลักพื้นฐาน (fundamental principles) คือ หลักพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรมและศีลธรรมที่ประเทศนั้นปรารถนาจะคุ้มครอง การกระทำในบางลักษณะซึ่งเห็นได้ชัดว่าขัดต่อศีลธรรมอันดี (*contra bonos mores*) ถือว่าขัดต่อหลักพื้นฐานด้วยเช่นกัน โดยการค้นหาลักษณะที่เพียงพอที่จะเป็นหลักพื้นฐาน (sufficiently fundamental) ตามความหมายนี้รัฐอาจค้นหาได้จากระบบกฎหมายของตน (State's own legal system) ประกอบกับการพิจารณาจาก แนวปฏิบัติของศาลในเขตอำนาจศาลอื่น (practices of the courts) บทความและที่มาอื่นๆ ประกอบกัน โดยหลักพื้นฐานนั้นต้องเป็นหลักพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับ ทั้งนี้ อาจได้รับการยอมรับเฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือยอมรับระหว่างประเทศไม่กี่ประเทศก็ยอมรับได้ ตัวอย่างของหลักพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับ เช่น หลักสุจริต (good faith) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) เป็นต้น⁹⁷

2. กฎนโยบายสาธารณะ (public policy rules หรือ *lois de police*) คือ บทบัญญัติเด็ดขาดของกฎหมาย (imperative provision of law) ที่ต้องนำไปใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์นั้น ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายผูกขาด การควบคุมเงินตรา กฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายเหล่านั้นแม้อยู่ในสาขาของ

⁹⁵ Ibid., para. 8.

⁹⁶ Ibid., paras. 25, 28, 32.

⁹⁷ Ibid., paras. 41, 46.

กฎหมายที่แตกต่างกันแต่มีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกัน คือ เพื่อคุ้มครองผู้ที่มีสถานะด้อยกว่า⁹⁸ การค้นหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดบ้างเป็นกฎนโยบายสาธารณะ อาจต้องเข้าไปค้นหาถึงนโยบายและประวัติในการร่างกฎหมาย⁹⁹

3. พันธกรณีระหว่างประเทศ (international obligation) คือ พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่รัฐมีอยู่ต่อรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพต่อพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว โดยนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศประเภทนี้อาจทับซ้อนกับนโยบายสาธารณะข้ามชาติ หากพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้รับฉันทามติการยอมรับจากประเทศต่างๆ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศนี้อาจกลายเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติได้ ทั้งนี้ หากพิสูจน์ได้ว่าหลักหรือคุณค่าใดก็ตามมีสถานะเป็น หลักพื้นฐาน กฎนโยบายสาธารณะ หรือพันธกรณีระหว่างประเทศ อย่างใดอย่างหนึ่งหลักหรือคุณค่าดังกล่าวก็จะมีสถานะเป็น นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ¹⁰⁰

กล่าวโดยสรุป นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะภายในประเทศมีข้อเหมือนและข้อแตกต่าง ดังนี้ **ข้อเหมือน** นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายสาธารณะภายในประเทศ (sub-categories of internal public policy) ฉะนั้น ทำให้เนื้อหาและที่มาของนโยบายสาธารณะทั้งสองประเภทมีความเหมือนกัน **ข้อแตกต่าง** 1. นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ในขณะที่นโยบายสาธารณะภายในประเทศนำไปใช้บังคับกับข้อพิพาทที่ไม่มียุติการระหว่างประเทศ หรือข้อพิพาทที่เป็นเรื่องภายในโดยแท้ 2. นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล¹⁰¹ ในขณะที่นโยบายสาธารณะภายในประเทศเป็นส่วน

⁹⁸ “Professor Mayer: a mandatory rule (*loi de police* in French) is an imperative provision of law which must be applied to an international relationship irrespective of the law that governs that relationship”, in Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” p.17.

⁹⁹ Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, para 49.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ โปรดสังเกตว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันได้, in Winnie (Jo-Mei) Ma, “Public policy in the judicial enforcement of arbitral awards: lessons for and from Australia,” p. 89.

หนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ และ 3. ในการพิจารณาว่าหลักใดบ้างคือนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ศาลจะต้องทำการเปรียบเทียบกับนโยบายสาธารณะภายใต้หลักกฎหมายของประเทศอื่น (comparative element) ในขณะที่นโยบายสาธารณะภายในประเทศจะไม่มีองค์ประกอบในการเปรียบเทียบดังกล่าว¹⁰²

2.2.2.3 นโยบายสาธารณะข้ามชาติ

นโยบายสาธารณะข้ามชาติ (Transnational or Truly public policy) กำเนิดขึ้นมาตั้งแต่ในยุคคลาสสิก จากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่เชื่อมโยงกับแนวคิดเรื่องมาตรฐานสากล (universal standard) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของธรรมชาติของมนุษย์และสังคม (nature of man and society) โดยกฎหมายธรรมชาติเคยถูกมองว่าเป็นกลุ่มของบรรทัดฐานที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่เหนือความไม่สมบูรณ์ของกฎหมาย (imperfect statutes of the polis)¹⁰³

นโยบายสาธารณะข้ามชาติ คือ คุณค่าพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยสังคมระหว่างประเทศ และไม่ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐใดรัฐหนึ่ง เปรียบเสมือนเป้าหมาย ความต้องการ ของสังคมระหว่างประเทศโดยรวม คุณค่านั้นต้องสำคัญและจำเป็น ต่อสังคมระหว่างประเทศ (essential to international community) ณ เวลานั้น (at period of time)¹⁰⁴ ฉะนั้น นโยบายสาธารณะข้ามชาติ คือ ฉันทามติจากนานาชาติ ดำรงอยู่ในฐานะมาตรฐานระหว่างประเทศ (international standard) และบรรทัดฐานการปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ (accepted norms of conduct) ซึ่งต้องนำไปใช้บังคับในทุกเวที (must always apply)¹⁰⁵ เป็นการนำไปใช้บังคับอย่างเป็นสากล (universal application)¹⁰⁶ เปรียบเสมือนข้อจำกัดสำหรับความสัมพันธ์ทางมหาชนและเอกชนระหว่างประเทศ และในการทำธุรกรรม (provide limitations to public as well as private international

¹⁰² Ibid., p. 80.

¹⁰³ Gui J. Conde E Silva, "Transnational Public Policy in International Arbitration," p. 106.

¹⁰⁴ Ibid., p. 114

¹⁰⁵ Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, "Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards," p. 3.

¹⁰⁶ Ibid., p. 6.

relationship and transactions)¹⁰⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง นโยบายสาธารณะข้ามชาติมีหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในและสัญญาระหว่างคู่สัญญา¹⁰⁸

จากที่กล่าวไปจะเห็นได้ว่า นโยบายสาธารณะข้ามชาติถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของสังคมโลก เนื่องจากเป็นเรื่องที่ทุกประเทศหรือเกือบทุกประเทศทั่วโลกให้ความสำคัญ (concerns all or most of states)¹⁰⁹ เป็นอย่างเดียวกันในทุกประเทศ (common to many states) โดยการละเมิดต่อนโยบายสาธารณะข้ามชาติ คือ การกระทำที่ขัดต่อ “สังคมระหว่างประเทศโดยรวม” (international community) มากกว่าการขัดต่อกฎหมายระบบใดระบบหนึ่ง¹¹⁰

ปีแอร์ ลาลี (Pierre Lalive) กล่าวว่า นโยบายสาธารณะข้ามชาติ คือ “การแผ่ขยายของนโยบายสาธารณะที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง (really international public policy)”¹¹¹ ตามรายงานฉบับสมบูรณ์ขององค์การกฎหมายระหว่างประเทศกล่าวว่า นโยบายสาธารณะข้ามชาติ สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

1. กฎพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติ (Fundamental rules of natural law)
2. หลักความยุติธรรมสากล (Principles of universal justice)
3. กฎหมายบังคับโดยเด็ดขาดในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (*jus cogens* in public international law) และ
4. หลักเกณฑ์พื้นฐานของศีลธรรมที่ได้รับการยอมรับจากนานาชาติอารยะประเทศ (general principles of morality accepted by civilised nations)¹¹²

อย่างไรก็ดี ไม่มีคำพิพากษาของศาลภายในของประเทศใดเลยที่กล่าวถึง นโยบายสาธารณะข้ามชาติโดยตรง จะมีก็เพียงแต่ตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลภายในประเทศที่กล่าวถึงแนวคิดของนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เช่น ในปี ค.ศ. 1994 ศาลของประเทศสวิสเซอร์แลนด์กล่าวถึง แนวคิดที่

¹⁰⁷ Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” p. 128.

¹⁰⁸ Ibid., p. 126.

¹⁰⁹ Abiola O. Makinwa, “Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration,” in *The Civil Law Consequences of Corruption*, ed. Olaf Meyer (Baden-Baden: Nomos, 2009), p. 267.

¹¹⁰ Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” p. 101.

¹¹¹ Martin Hunter and Gui Conde E Silva, “Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations,” *Journal of World Investment* 4 (2003): 368.

¹¹² Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” . para. 43.

เป็นสากลของนโยบายสาธารณะ (universal concept of public policy) หากคำชี้ขาดนั้นขัดต่อพื้นฐานของศีลธรรม หรือหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากทุกอารยะประเทศ โดยจำกัดอยู่เฉพาะบางลักษณะการกระทำเท่านั้น เช่น การทุจริต การค้ายาเสพติด การก่อการร้าย เป็นต้น ที่ทุกประเทศเห็นว่าเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย¹¹³ ศาลในประเทศฝรั่งเศสกล่าวว่า “การตัดสินบนขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส จริยธรรมในการดำเนินกิจกรรมเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ ทั้งนี้เป็นไปตามที่ประเทศส่วนใหญ่เห็นตรงกัน (large majority of states) ในสังคมนระหว่างประเทศ”¹¹⁴

กล่าวโดยสรุป นโยบายสาธารณะข้ามชาติและนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศมีข้อเหมือนและข้อแตกต่างดังนี้ **ข้อเหมือน** นโยบายสาธารณะข้ามชาติกับนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศมีความเหมือนอยู่ที่ลักษณะข้ามเขตแดน (cross-border nature) แต่ก็มี**ข้อแตกต่าง**ดังนี้ 1. นโยบายสาธารณะข้ามชาติอาจไม่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ จึงทำให้ ‘ไม่มี’ ลักษณะเป็นอัตวิสัยหรือลักษณะเห็นแก่ตัวซึ่งต่างจากนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ และ 2. การนำนโยบายสาธารณะข้ามชาติไปใช้บังคับย่อมไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนการเลือกกฎหมาย (choice of law process) เพราะสามารถนำไปใช้บังคับได้ในทุกเวที และนำไปใช้บังคับอย่างเป็นสากล

นอกจากประเภทของนโยบายสาธารณะทั้ง 3 ประเภทที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว นักกฎหมายบางท่านได้พยายามแบ่งแยกประเภทนโยบายสาธารณะออกเป็นอีกประเภทหนึ่งได้แก่ นโยบายสาธารณะระดับภูมิภาค (regional public policy) คือ นโยบายสาธารณะได้รับการยอมรับร่วมกันในภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่ง โดยมีได้จำกัดอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น หลักเกณฑ์พื้นฐานของเศรษฐกิจหรือการเมืองของภูมิภาคนั้นๆ¹¹⁵

¹¹³ Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” p. 7.

¹¹⁴ *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.*, *ibid.*

¹¹⁵ ยกตัวอย่างเช่น สหภาพยุโรปเป็นตัวอย่างถึงนโยบายสาธารณะระดับภูมิภาคได้เป็นอย่างดี เช่นในคดี Kajo case ศาลประเทศออสเตรียกล่าวยอมรับว่า กฎหมายของประชาคมยุโรปถือเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายของรัฐสมาชิกทุกรัฐในสหภาพยุโรป (EC law, part of the policy of every EU member state) ซึ่งปรากฏลักษณะของหน้าที่ในการควบคุม (controlling function) เช่นเดียวกับนโยบายสาธารณะประเภทอื่น แต่จำกัดอยู่เพียงกฎหมายของทุกประเทศในภูมิภาคนั้น, โปรดดู Gui J. Conde E Silva, “Transnational Public Policy in International Arbitration,” pp. 102 -104.

2.2.3 นโยบายสาธารณะกับการปราบปรามการทุจริต

2.2.3.1 พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ

จากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน ตลอดจนทัศนคติต่อการทุจริตของนักลงทุนแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ พัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ เริ่มต้นขึ้นเมื่อประมาณ 30 ปีก่อน โดยการผลักดันของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เป็นผลมาจากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนอเมริกัน ซึ่งถือเป็นการจูงใจให้สังคมโลกตระหนักว่าการทุจริตเป็นเรื่องการทุจริตเป็นสิ่งที่ควรได้รับการปราบปราม จนกระทั่งในช่วงระยะ 20 ปีที่ผ่านมา ก็ปรากฏความพยายามของตัวการต่างๆ ได้แก่ รัฐ และตัวการที่มีอิทธิพล อาทิ องค์การระหว่างประเทศต่างๆ ได้เข้ามามีส่วนร่วมและบทบาทในการสร้างเครื่องมือและกลไกในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งที่มีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศและหลักเกณฑ์ที่ไม่มีผลผูกพันต่างๆ เพื่อส่งเสริมให้การปราบปรามการทุจริตมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ในส่วนนี้จะได้อธิบายถึงจุดเริ่มต้นและวัตถุประสงค์ในการริเริ่มให้เกิดการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ตลอดจนพัฒนาการของการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

1. ความเป็นมาของการนำการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศไปสู่เวทีระหว่างประเทศ

จุดเริ่มต้นของการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศมีที่มาจากเหตุการณ์และสถานการณ์ทางการเมืองภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ถือเป็นการจูงใจให้ประเด็นการทุจริตข้ามชาติกลายเป็นประเด็นในเวทีระดับระหว่างประเทศ เหตุการณ์ภายในประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำมาสู่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าว เริ่มต้นขึ้นจากการสอบสวนของพนักงานอัยการพิเศษ วอเตอร์เกต (“พนักงานอัยการพิเศษ”) (Watergate Special Prosecutor) เกี่ยวกับพฤติกรรมของบริษัทอเมริกันที่ให้การสนับสนุนเงินทุนในโครงการทางการเมืองแก่นักการเมืองในประเทศ ด้วยวิธีการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย การสอบสวนดังกล่าวมีขึ้นในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1973 ในช่วงแรกพนักงานอัยการพิเศษเปิดโอกาสให้บริษัทที่เคยให้การสนับสนุนเงินทุนโดยผิดกฎหมายแก่โครงการทางการเมืองของนักการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา สามารถเข้ามาให้ข้อมูลหรือเปิดเผยถึงพฤติกรรมดังกล่าวต่อพนักงานอัยการพิเศษได้ มาตรการดังกล่าวเรียกว่า

มาตรการเปิดเผยโดยสมัครใจ (voluntary disclosure program)¹¹⁶ ซึ่งบรรดาบริษัทอเมริกันทั้งหลายให้ความร่วมมือในการเข้าให้ข้อมูลในโครงการเปิดเผยโดยสมัครใจต่อพนักงานอัยการพิเศษเป็นอย่างดี ข้อมูลจากมาตรการดังกล่าวทำให้พนักงานอัยการพิเศษทราบว่า บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่สัญชาติอเมริกันหลายบริษัท เช่น บริษัทกัฟออยล์คอร์เปอร์เอเรชั่น (Gulf Oil Corporation)¹¹⁷ บริษัทฟิลลิปส์ปิโตรเลียม (Phillips Petroleum) บริษัทนอร์ททรอปคอร์เปอร์เอเรชั่น (Northrop Corporation)¹¹⁸ และบริษัทเอชแลนด์ออย (Ashland Oil, Inc.)¹¹⁹ นอกจากจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนด้วยวิธีการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายแก่โครงการทางการเมืองของนักการเมืองในประเทศแล้ว บริษัทข้ามชาติเหล่านี้ยังเข้าไปเกี่ยวข้องกับการทำให้เงินทุนสนับสนุนโดยผิดกฎหมายแก่นักการเมืองและพรรคการเมืองในรัฐต่างประเทศด้วย¹²⁰ โดยภายหลังจากการสอบสวนพนักงานอัยการพิเศษได้รายงานผลการสอบสวนดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ผู้มำอำนาจและสภาองเกรส (Congress) การเปิดเผยข้อมูลของพนักงานอัยการพิเศษถือเป็น “จุดเปลี่ยน” ที่ทำให้องค์กรภายในประเทศองค์กรอื่นๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา เข้ามาตรวจสอบพฤติกรรมของบริษัทยอเมริกันที่มีพฤติกรรมสุ่มเสี่ยงว่า อาจมีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องกับการให้เงินทุนสนับสนุนด้วยวิธีการที่ขัดต่อกฎหมายแก่

¹¹⁶ Alejandro Posadas, “Combating Corruption under International Law,” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10 (2000): 348.

¹¹⁷ บริษัทกัฟออยล์คอร์เปอร์เอเรชั่นเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการติดสินบนแก่พรรคการเมืองของสาธารณรัฐเกาหลี โดยนายบีอาร์ ดอร์เซย์ (B. R. Dorsey) ประธานกรรมการของบริษัทกัฟออยล์คอร์เปอร์เอเรชั่น ในเวลานั้นสารภาพว่า นักการเมืองพรรคเดโมแครตริพับลิกันของสาธารณรัฐเกาหลี (Democratic Republican Party of the Republic of Korea) เรียกรับสินบน (solicitation) จากบริษัทเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในโครงการหาเสียงของผู้เข้าชิงตำแหน่งประธานาธิบดีทั้งสองสมัยของพรรค คือ ในปี ค.ศ. 1966 และ ค.ศ. 1972 รวมทั้งสิ้นเป็นจำนวนกว่า 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ทั้งนี้ เพื่อแลกกับประโยชน์ที่บริษัทได้รับเป็นการตอบแทน คือ การอนุญาตให้บริษัทประกอบกิจการในประเทศเกาหลีได้ต่อไป, *Ibid.*, p. 352.

¹¹⁸ บริษัทนอร์ททรอปคอร์เปอร์เอเรชั่น บริษัทผู้ผลิตและจัดจำหน่ายอุปกรณ์ทางการทหาร (military products) เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการติดสินบนในประเทศซาอุดีอาระเบีย โดยการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงของประเทศซาอุดีอาระเบีย ซึ่งเรียกรับสินบนจากบริษัทโดยผ่านทางตัวแทน (independent agent) ของบริษัท จำนวน 2 ครั้ง ครั้งแรก คือ ในปี ค.ศ. 1971 เจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงของประเทศซาอุดีอาระเบียเรียกลินบนจากตัวแทนของบริษัทจำนวน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ และอีกครั้งในปีถัดมา เจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงของประเทศซาอุดีอาระเบียอีกคนเรียกลินบนจากตัวแทนของบริษัทจำนวน 150,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อบริษัทตกลงที่จะยอมจ่ายตามจำนวนที่เรียก เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวเรียกให้บริษัทเพิ่มจำนวนเงินเป็น 200,000 ดอลลาร์สหรัฐแทนจำนวนเดิมที่เคยเรียก โดยวิธีการติดสินบนในครั้งนี้นี้ ผู้จัดการบริษัทจะโอนเงินจำนวนตามที่ถูกเรียกให้ติดสินบนแก่ตัวแทน เพื่อให้ตัวแทนนำไปให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเท่ากับจำนวนเงินตามที่ถูกร้องขอ นอกจากกรณีที่ถูกเรียกรับสินบนแล้วบริษัทก็มีกรณีที่เสนอและพยายามหาแผนการในการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐในประเทศแถบยุโรปด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อแลกกับการสั่งซื้อสินค้าจากบริษัท, *Ibid.*, p. 353.

¹¹⁹ บริษัทเอชแลนด์ออยอีชเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการติดสินบนแก่ประธานาธิบดีอัลเบิร์ต เบอ์นาร์ต บอนโก ของประเทศกาบอน (President Albert Bernard Bongo of Carbon), Mike Koehler, “The Story of the Foreign Corrupt Practice Act,” *Ohio State Law Journal* 73:5 (2012): 934.

¹²⁰ Alejandro Posadas, “Combating Corruption under International Law,” p. 349.

เจ้าหน้าที่ของรัฐ นักการเมือง หรือพรรคการเมืองทั้งในประเทศและต่างประเทศอย่างจริงจังมากขึ้น โดยองค์กรภายในประเทศ 2 องค์กรหลักที่มีส่วนในการเข้ามาตรวจสอบพฤติกรรมกรรมการทุจริตบริษัทอเมริกันในครั้งนี้ ได้แก่ 1. คณะกรรมการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์ และ 2. คณะอนุกรรมการด้านบริษัทข้ามชาติ (Subcommittee on Multinational Corporations)¹²¹ อธิบายได้ดังนี้

1. คณะกรรมการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์ สาเหตุที่คณะกรรมการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์ (“คณะกรรมการ”) เข้ามาตรวจสอบ เนื่องจากคณะกรรมการตั้งข้อสังเกตว่า พฤติกรรมการทุจริตของบริษัทที่ปรากฏชื่อว่ามีส่วนเกี่ยวข้องตามรายงานของพนักงานอัยการพิเศษ ล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทที่มีรายชื่อจดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น ผลจากรายงานของพนักงานอัยการพิเศษอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนในตลาดได้ อีกทั้งพฤติกรรมดังกล่าวอาจนำมาสู่การกระทำผิดต่อรัฐบัญญัติว่าด้วยการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์ ค.ศ. 1934 (Securities and Exchange Act) ในประเด็นเรื่องหน้าที่ของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ในการแสดงหนังสือและบัญชีของบริษัทที่ถูกต้องและสมบูรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ดังนั้น อาจสงสัยได้ว่าพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าวจะนำมาซึ่งการปกปิดสถานะทางการเงิน และการแสดงหนังสือและบัญชีของบริษัทที่เป็นเท็จต่อเจ้าหน้าที่¹²²

ในช่วงต้นปี ค.ศ. 1974 คณะกรรมการเริ่มกระบวนการตรวจสอบโดยใช้มาตรการหลักสอง มาตรการในการตรวจสอบ ได้แก่ 1. มาตรการในการดำเนินคดี และ 2. มาตรการโดยสมัครใจ (voluntary disclosure program) สำหรับมาตรการในการดำเนินคดีนั้น บริษัทที่ถูกดำเนินคดีโดยคณะกรรมการตามมาตรการดำเนินคดีนี้ รวมทั้งหมด 14 บริษัท ในฐานะละเมิดต่อข้อกำหนดของรัฐบัญญัติว่าด้วยการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์ โดยการไม่แสดงสมุดและบัญชีที่ถูกต้องสมบูรณ์ (fair and full accurate book) ต่อคณะกรรมการตามข้อกำหนด¹²³ บริษัท 4 บริษัทแรกที่ถูกดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวนี้ ได้แก่ บริษัทกัฟออยส์คอร์เปอเรชัน บริษัทฟิลลิปส์ปิโตรเลียม บริษัทนอร์ททรอปคอร์เปอเรชัน และบริษัทเอชแลนด์ออยอิช ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทที่เคยปรากฏว่ามีพฤติกรรมการทุจริตตามรายงานของพนักงานอัยการพิเศษ คณะกรรมการได้นำข้อมูลดังกล่าวมาเป็นหลักฐานสนับสนุนการดำเนินคดีกับบริษัทเหล่านั้น โดยหลักฐานดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าบริษัททั้ง 4 บริษัทได้แสดงเหตุผลในหลักฐานทางการเงินของบริษัทที่เป็นเท็จต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจริง ทั้งนี้

¹²¹ Mike Koehler, “The Story of the Foreign Corrupt Practice Act,” p. 932.

¹²² Ibid., p. 933.

¹²³ Alejandro Posadas, “Combating Corruption under International Law,” p. 351.

เพื่อปกปิดวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการใช้จ่ายเงินจำนวนดังกล่าว ในขั้นตอนการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ (secret slush fund) นอกจากนั้นยังมีบริษัทอีกกว่า 10 บริษัทที่ถูกดำเนินคดีในข้อหาปกปิดสถานะทางการเงิน การแสดงหนังสือและบัญชีอันเป็นเท็จของบริษัทต่อเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักฐานและข้อมูลที่ได้จากการตรวจสอบของคณะกรรมการโดยตรง ยกตัวอย่างเช่น บริษัทยูไนเต็ดแบรนด์ (United Brands) ที่พบว่ามีกรให้สินบนแก่ประธานาธิบดี ออสวาโด โลเปซ อเรลลาโน ของประเทศฮอนดูรัส (President Oswaldo Lopez Arellano of Honduras) จำนวน 2.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพื่อแลกกับผลประโยชน์ทางด้านภาษีที่บริษัทจะได้รับ ยกเว้น¹²⁴ และ 2. มาตรการโดยสมัครใจ มาตรการที่คณะกรรมการนำมาใช้ภายหลังจากการดำเนินคดีต่อบริษัททั้ง 5 บริษัทข้างต้น ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้บริษัทที่เคยได้ติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมถึงการปลอมข้อมูลในหนังสือและบัญชีของบริษัทเพื่อปกปิดการจ่ายเงินที่มีขอบด้วยกฎหมาย สามารถเข้ามาสารภาพต่อคณะกรรมการได้ หากบริษัทใดที่เข้ามาสารภาพและให้ข้อมูลแก่คณะกรรมการบริษัทเหล่านั้นจะได้รับการยกเว้นจากการดำเนินคดีตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการกำกับและดูแลตลาดหลักทรัพย์¹²⁵

และจากการตรวจสอบคณะกรรมการพบว่า กลุ่มบริษัทที่ทำการสำรวจทั้งสิ้นจำนวน 95 บริษัท 1. บริษัท 59 บริษัทยอมรับว่าเข้าไปเกี่ยวข้องกับการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ 2. บริษัท 17 บริษัทยอมรับว่าเข้าไปเกี่ยวข้องกับการติดสินบนแก่นักการเมืองของรัฐต่างประเทศ 3. บริษัท 29 บริษัทรับว่าเข้าไปเกี่ยวข้องกับการให้สินบนโดยวิธีการให้เป็นค่าคอมมิสชันซึ่งแบ่งจากรายได้ที่ได้จากการขายสินค้า (sales-type commission) และ 4. บริษัท 27 บริษัทมีพฤติกรรมการทุจริตอื่น (other foreign matters) โดยจำนวนครั้งที่แต่ละบริษัทได้ทำการติดสินบนนั้น โดยเฉลี่ยมีตั้งแต่ 20 ถึง 100 ครั้ง และจำนวนมูลค่าการติดสินบนของบริษัททั้งหมดรวมกันเท่ากับ 250 ล้านดอลลาร์สหรัฐ นอกจากนั้น ในรายงานฉบับนี้ คณะกรรมการได้ให้ความเห็นว่า แม้ว่าข้อสรุปดังกล่าวอาจจะไม่ใช่ตัวแทนของบริษัทอเมริกันส่วนใหญ่ที่ยังมีอีกกว่า 9,000 บริษัทที่จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ อย่างไรก็ตาม ผลการตรวจสอบดังกล่าวก็ได้แสดงให้เห็นว่า พฤติกรรมการทุจริตดังกล่าวไม่ใช่เรื่องไกลตัวหรือเกิดขึ้นได้ยากแต่อย่างใด อีกทั้งคณะกรรมการยังเชื่อว่าการตรวจสอบใน

¹²⁴ Ibid., p. 349.

¹²⁵ Ibid., pp. 350, 354 – 355.

ครั้งนี้จะช่วยกระตุ้นให้มีการพัฒนาระบบ เพื่อสร้างความเข้มแข็งให้แก่ระบบการจัดการของบริษัท และนำความเชื่อมั่นของนักลงทุนโดยรวมให้กลับมา¹²⁶

2. คณะอนุกรรมการด้านบริษัทข้ามชาติ ในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1975 คณะอนุกรรมการด้านบริษัทข้ามชาติ (“คณะอนุกรรมการ”) ได้เปิดเผยถึงการตรวจสอบของ คณะอนุกรรมการ ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การศึกษาถึงผลกระทบของปัญหาการทุจริตของบริษัทข้ามชาติต่อนโยบายต่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่นๆ เป็นหลัก¹²⁷ จากการตรวจสอบบางส่วนของคณะอนุกรรมการปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติกรรม การติดสินบนเจ้าหน้าที่รัฐและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในรัฐต่างประเทศของบริษัทข้ามชาติ สัญชาติอเมริกัน ดังนี้ จากการตรวจสอบของคณะอนุกรรมการพบว่า ในปี ค.ศ. 1975 บริษัทล็อกฮีท (Lockheed Corporation)¹²⁸ นำเงินที่ได้มาจากการกู้ยืมจำนวน 250 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นการ กู้ยืมโดยมีรัฐบาลกลางเป็นผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงิน (federal loan guarantee) ไปติดสินบน นายกรัฐมนตรีทานากา (Tanaka) ของประเทศญี่ปุ่นจำนวน 1.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เจ้าชายเบอร์ นาร์ด (Prince Bernhard) ผู้ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่สอบสวนประจำกองทัพบก ประเทศเนเธอร์แลนด์ รวมถึงพรรคการเมืองในประเทศอิตาลี เพื่อให้ได้มาซึ่งการสั่งซื้อสินค้าของ บริษัท¹²⁹ โดยในระหว่างการสอบสวนผู้บริหารระดับสูงของบริษัทได้แก้ต่างพฤติกรรมกรรมการทุจริต ดังกล่าวของบริษัทว่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นแนวปฏิบัติปกติของอุตสาหกรรมนี้ (common place industry practice) บริษัทจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (necessary to complete) ยิ่งไปกว่า

¹²⁶ Ibid., pp. 355 -356.

¹²⁷ Mike Koehler, “The Story of the Foreign Corrupt Practice Act,” pp. 933-934.

¹²⁸ ปัญหาพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทล็อกฮีทได้รับความสนใจเป็นพิเศษจากคณะอนุกรรมการ สภาครองเกรส รวมถึงผู้ ร่างกฎหมาย (American legislator) ที่แสดงความเป็นห่วงต่อพฤติกรรมดังกล่าวของบริษัทเป็นอย่างมาก กรณีของบริษัทล็อกฮีทเป็น กรณีที่พนักงานอัยการพิเศษเคยพยายามค้นหาเบาะแสในการกระทำการทุจริตของบริษัทมาแล้วครั้งหนึ่ง แต่กลับไม่พบความผิดปกติใดๆ รวมถึงหลักฐานที่พอจะบ่งชี้ได้ว่าบริษัทกระทำการทุจริต บริษัทล็อกฮีทเป็นบริษัทกู้ยืมเงินจำนวน 250 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยมีรัฐบาล กลางเป็นผู้ค้ำประกันการกู้ยืมเงินให้แก่บริษัท (federal loan guarantee) มาตรการค้ำประกันเงินกู้ยืมโดยรัฐดังกล่าวมีขึ้นเพื่อ ช่วยเหลือบริษัทที่กำลังอยู่ในสถานะทางการเงินที่ย่ำแย่ ให้รอดพ้นจากการล้มละลายและสามารถกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินได้ ทั้งนี้ โดยมีรัฐเป็นผู้ค้ำประกันในการกู้ยืม ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการค้ำประกันเงินกู้ (Loan Guarantee Act) กฎหมายที่ผ่านการเห็นชอบโดยสภาครองเกรส บริษัทล็อกฮีทได้รับอนุมัติให้กู้ยืมดังกล่าวจากคณะกรรมการสมาชิกวุฒิสภาด้านการ ธนาคาร ที่พักอาศัย และชุมชนเมือง (Senate Committee on Banking, Housing Urban Affairs) ในปี ค.ศ 1971 โดยบริษัทให้การ ยืนยันแก่คณะกรรมการสมาชิกวุฒิสภาว่า บริษัทคาดว่าจะได้รับคำสั่งซื้อสินค้าจำนวนมากจากลูกค้า และคาดว่าจะทำให้บริษัทมีเงิน เพียงพอแก่การจ่ายเงินกู้ อย่างไรก็ตาม บริษัทไม่ได้กล่าวถึงวิธีการที่ทำให้ได้มาซึ่งคำสั่งซื้อสินค้าดังกล่าว, Ibid., p. 935.

¹²⁹ Ibid., p. 941.

นั้นผู้บริหารคนดังกล่าวยังเห็นว่า ขณะนั้นการกระทำของบริษัทไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งผลประโยชน์จากการขายสินค้าของบริษัทยังทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประโยชน์ โดยการนำรายได้เข้าประเทศและบริษัทก็มีเงินมาจ่ายคืนเงินกู้ยืมแก่รัฐบาล อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดผู้บริหารคนดังกล่าวบริษัทก็ต้องจำนนต่อหลักฐานและยอมรับว่า การกระทำเช่นนั้นขัดต่อกฎหมายของประเทศที่บริษัทได้กระทำการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐ¹³⁰ นอกจากนี้ คณะอนุกรรมการยังพบพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติอเมริกันขนาดใหญ่อีกหลายบริษัท เช่น บริษัทแอสซอน (Exxon) บริษัทโมบิลออยล์ (Mobil Oil) ที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับ การติดสินบนแก่พรรคการเมืองในประเทศอิตาลีเพื่อแลกกับผลประโยชน์ทางธุรกิจ เป็นต้น¹³¹

ความอื้อฉาวของพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติของสหรัฐอเมริกา (Corruption Scandal) ที่ปรากฏในผลการตรวจสอบขององค์กรภายในต่างๆ นำมาสู่การหยิบยกเรื่องการทุจริตขึ้นมาเป็นประเด็นข้อหาหรือในทางการเมือง รวมถึงเป็นการกระตุ้นให้สภาองเกรสต้องจัดการกับพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทอเมริกัน โดยเฉพาะพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติสัญชาติอเมริกันที่ไปกระทำการทุจริตในต่างประเทศ¹³² สภาองเกรสเห็นควรที่จะการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ด้วยการออกกฎหมายขึ้นมาควบคุมพฤติกรรมกรรมการทุจริตในต่างประเทศของเอกชนคนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายดังกล่าวมีชื่อว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการประพฤติกทุจริตในต่างประเทศ ค.ศ. 1977 (Foreign Corrupt Practices Act) (“รัฐบัญญัติ”)¹³³

¹³⁰ Alejandro Posadas, “Combating Corruption under International Law,” p. 354.

¹³¹ Mike Koehler, “The Story of the Foreign Corrupt Practice Act,” p. 934.

¹³² โดยเหตุผลหลัก ๔ ประการที่กระตุ้นให้สภาองเกรสต้องจัดการกับพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทอเมริกัน โดยเฉพาะ พฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติสัญชาติอเมริกันที่ไปกระทำการทุจริตในต่างประเทศ ได้แก่ 1. พฤติกรรมกรรมการทุจริตดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อการค้า นโยบายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้ง ทำให้การส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตยโดยการ ส่งเสริมให้รัฐมีการกระทำที่ตรวจสอบได้ (democratically accountable governments) เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติงานอย่างมืออาชีพ (professionalized civil service) ในประเทศกำลังพัฒนา ผ่านทางนโยบายต่างประเทศต้องถูกทำลายและยังนำความอับอายมาสู่ ประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะผู้นำในด้านต่างๆ ของโลก 2. เพื่อปรับทัศนคติในการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนให้มีศีลธรรมและ จริยธรรมในการประกอบธุรกิจมากขึ้น เพราะเนื่องจากสภาองเกรสเห็นว่า พฤติกรรมกรรมการทุจริตนี้ขัดต่อหลักศีลธรรมของสังคม 3. เพื่อเอื้อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจของเอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้ภาคเอกชนได้มีข้ออ้างในการเลือกที่จะไม่เดินเข้าสู่วงจรในการติดสินบน (กรณีถูกเรียกรับสินบน) โดยใช้ข้ออ้างว่าการกระทำดังกล่าวนั้นขัดต่อกฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบริษัทอเมริกัน ทั้งหลายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด และ 4. เพื่อแสดงศักยภาพในการเป็นผู้นำของประเทศสหรัฐอเมริกา (global leadership) ในการป้องกันและปราบปรามเรื่องการทุจริตในบริบทการค้าและการลงทุนที่มีลักษณะข้ามชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะ เรื่องดังกล่าวส่งผลกระทบต่อหลายประเทศ รวมไปถึงผลกระทบต่อการค้า นโยบายในด้านต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกา, *Ibid.*, pp. 342-343.

¹³³ *Ibid.*, pp. 356 - 357.

รัฐบัญญัติมีผลบังคับกับบุคคลดังต่อไปนี้

(1) คนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอเมริกัน บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยในประเทศสหรัฐอเมริกา (residents) บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงตัวแทนพนักงาน ผู้ถือหุ้นของบุคคลและนิติบุคคลเช่นว่าที่ได้กระทำการทุจริต ไม่ว่าจะกระทำในหรือนอกประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดในทางอาญาตามรัฐบัญญัติฉบับนี้ และ

(2) บุคคลหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้มีสัญชาติอเมริกัน รวมถึงตัวแทนของบุคคลเช่นว่าที่ได้กระทำการทุจริตในประเทศสหรัฐอเมริกา¹³⁴ โดยลักษณะของการกระทำทุจริตที่ถือเป็นความผิดในทางอาญาตามความในรัฐบัญญัติ คือ การเสนอว่าจะให้ หรือให้สินบนด้วยเงินหรือสิ่งของมีค่าอื่นใด โดยตรงหรือโดยอ้อมแก่บุคคลของรัฐต่างประเทศ (foreign recipients) เช่น เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ นักการเมืองของรัฐต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ พรรคการเมืองของรัฐต่างประเทศ รวมไปถึงผู้แทนของพรรคการเมืองรัฐต่างประเทศที่ลงสมัครเข้าชิงตำแหน่งทางการเมืองในเวลานั้น อย่างไรก็ตาม หากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ หรือการให้เงินแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เพื่อให้กระทำในกิจกรรมซึ่งต้องปฏิบัติเป็นปรกติตามหน้าที่ (routine governmental action) หรือที่รู้จักกันในนาม ค่าใช้จ่ายเพื่อความสะดวก (grease payment) การกระทำเช่นว่านั้นจะไม่ถือเป็นกระทำความทุจริตตามรัฐบัญญัติฉบับนี้¹³⁵ สำหรับบทลงโทษตามที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้นั้นมีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ สำหรับบุคคลธรรมดา โทษจำคุกสูงสุด คือ 5 ปี ส่วนโทษปรับสูงสุด คือ 100,000 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับนิติบุคคล โทษปรับสูงสุดที่กำหนดไว้คือ 2,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ¹³⁶

บริษัทข้ามชาติสัญชาติอเมริกันทั้งหลายเห็นว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นการสร้างอุปสรรคให้แก่บริษัทอเมริกันในการเข้าไปทำธุรกิจยังประเทศอื่นๆ มากกว่าจะเป็นการส่งเสริมการค้าเงินธุรกิจของบริษัทอเมริกันในต่างประเทศ และยังทำให้บริษัทอเมริกันทั้งหลายขาดโอกาสในการเข้าไปลงทุนในประเทศต่างๆ ตลอดจนเสียเปรียบบริษัทของประเทศในแถบยุโรป เช่น บริษัทของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสที่ยังสามารถกระทำการทุจริตได้โดยมิต้องเกรงกลัวต่อโทษ

¹³⁴ Alejandro Posadas, "Combating Corruption under International Law," pp. 360-361.

¹³⁵ Ibid., p. 361.

¹³⁶ Ibid., p. 362.

ในทางอาญาหรือทางแพ่ง¹³⁷ ดังนั้น เพื่อสร้างความได้เปรียบในการแข่งขัน (competitive advantage) แก่บริษัทอเมริกันให้ทัดเทียมกับบริษัทของประเทศอื่นๆ รัฐบาลสหรัฐจึงหาทางออกด้วยการพยายามยกระดับการปราบปรามการทุจริตในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศไปสู่ระดับระหว่างประเทศ (level the international playing field) โดยการนำเสนอประเด็นเรื่องการปราบปรามการทุจริตในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศไปเสนอในเวทีขององค์การระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อโน้มน้าวให้องค์การระหว่างประเทศเหล่านั้นเห็นชอบต่อแนวทางในการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศของตน อีกทั้งยังพยายามผลักดันให้มีการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (Global anti-corruption treaty) ในการดำเนินการดังกล่าวนี้ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาใช้วิธีการดำเนินการแบบค่อยเป็นค่อยไป (Step-by-Step approach) เพราะประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาในแถบภูมิภาคเอเชียยังไม่เห็นด้วยกับแนวคิดของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ประกอบกับในขณะนั้นประเทศต่างๆ ยังได้ไม่ตระหนักถึงผลกระทบของการทุจริตในการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่อาจส่งกระทบอย่างร้ายแรงต่อประเทศของตนมากนัก¹³⁸

ในส่วนต่อไปจะได้กล่าวถึงพัฒนาการของการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศในเวทีระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการของการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน

2. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศในเวทีระหว่างประเทศ

ในช่วงเริ่มต้นของความพยายามในการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศคือ ช่วงก่อนปี ค.ศ. 1990 องค์การระหว่างประเทศและองค์กรเอกชนต่างๆ ได้พยายามที่จะผลักดันให้ประเด็นการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ เป็นประเด็นระหว่างประเทศและพยายามที่จะสร้างออกอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศจะยังไม่ประสบความสำเร็จ สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากความคิดเห็นที่ไม่ลงรอยกันระหว่างชาติตะวันตกและชาติตะวันออก

¹³⁷ Ibid., p. 376.

¹³⁸ Jan Wouters, et al., "The Fight against Corruption International Law," Leuven Centre for Global Governance Studies, (Working Paper No. 94, 2012), pp. 7-8. [Online], 16 November 2014 Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2274775

(West-East) เพราะแนวคิดเรื่องการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศถูกมองว่าเป็นแนวคิดของฝ่ายตะวันตก ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมและธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศที่มีใช้ชาติตะวันตก อีกทั้งในช่วงแรกของการผลักดันและรณรงค์ให้ภาครัฐและภาคเอกชน ให้ตระหนักถึงปัญหาการทุจริตระหว่างประเทศในบริบทของการพาณิชย์ พบกับอุปสรรคที่สำคัญเนื่องจากความไม่เข้าใจในปัญหาและผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการทุจริตดังกล่าว จึงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาในภูมิภาคต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาในแถบภูมิภาคเอเชียยังไม่ค่อยเห็นด้วย และไม่มีแรงจูงใจที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการผลักดันและส่งเสริมในเรื่องดังกล่าวมากนัก จากเหตุผลดังกล่าวทำให้ประเทศเหล่านั้นมีท่าทีปฏิเสธแนวคิดที่จะจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการทุจริต แต่ด้วยการผลักดันอย่างต่อเนื่องทำให้ต่อมาในช่วงหลังปี ค.ศ. 1990 เป็นต้นมา การปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศเกิดการพัฒนาแบบก้าวกระโดด เนื่องจากรัฐ องค์กรระหว่างประเทศ องค์กรเอกชนต่างๆ เริ่มปรับเปลี่ยนท่าทีและทัศนคติต่อเรื่องการปราบปรามการทุจริต ซึ่งในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงพัฒนาการของการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อแสดงให้เห็นถึงฉันทามติและการยอมรับต่อสังคมโลกในการร่วมมือกันปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยแบ่งการศึกษาพัฒนาการปราบปรามการทุจริตออกเป็น พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในระดับพหุภาคี พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในระดับภูมิภาค และพัฒนาการปราบปรามการทุจริตในองค์การเอกชนระหว่างประเทศดังนี้

ก. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในระดับพหุภาคี

การศึกษาพัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศในระดับพหุภาคี โดยเป็นการศึกษาผ่านการดำเนินการปราบปรามการทุจริตขององค์การระหว่างประเทศและองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ 2 แห่ง ได้แก่ องค์การสหประชาชาติ องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา

1. องค์การสหประชาชาติ

จุดเริ่มต้นของพัฒนาการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศในเวทีระหว่างประเทศได้เริ่มต้นขึ้นในองค์การสหประชาชาติ (United Nations) ในปี ค.ศ. 1975 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเห็นชอบในมติที่ 3514 เรื่อง มาตรการเพื่อการต่อต้านพฤติกรรมทุจริตของบรรษัท

ข้ามชาติบริษัทเอกชน ตัวแทน และบุคคลที่เกี่ยวข้อง¹³⁹ สมัชชาใหญ่แสดงความกังวลต่อพฤติกรรมการทุจริตของบรรษัทข้ามชาติ บริษัทเอกชนต่างๆ รวมถึงตัวแทนของบริษัทเหล่านั้นและบุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการทุจริต และกล่าวถึงข้อบัญญัติในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและหน้าที่ของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) ซึ่งกำหนดไว้ว่า “บริษัทจะต้องไม่ดำเนินกิจกรรมใดๆที่ขัดต่อกฎหมายและข้อบังคับของประเทศผู้รับการลงทุน” อย่างไรก็ตาม มติฉบับนี้ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายต่อรัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติ แต่ก็ถือเป็นการจุดประกายที่สำคัญเพราะมติของสมัชชาใหญ่ถือเป็นการแสดงออกของรัฐสมาชิกทั้งหมด (จำนวนสมาชิกขององค์การสหประชาชาติในขณะนั้น จำนวน 144 ประเทศ)¹⁴⁰ และอาจส่งผลในทางการเมืองเพื่อให้รัฐสมาชิกที่มีความพร้อมนำประเด็นดังกล่าวไปพิจารณาเพื่อปฏิบัติตามต่อไป

วัตถุประสงค์หลักของมตินี้ คือ (1) เพื่อประณามพฤติกรรมการทุจริตทุกรูปแบบ รวมถึงพฤติกรรมการติดสินบนของบรรษัทข้ามชาติ บริษัทเอกชน ตัวแทน และบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งละเมิดต่อกฎหมายและข้อบังคับภายในของรัฐผู้รับการลงทุน (2) เพื่อกระตุ้นให้รัฐสมาชิก (ซึ่งประเทศผู้ส่งออกการลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน) กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมขึ้นมาเพื่อปราบปรามและป้องกันพฤติกรรมการทุจริตของบรรษัทข้ามชาติ บริษัทเอกชน ตัวแทน และบุคคลที่เกี่ยวข้องดังกล่าว และยังสนับสนุนให้มีความร่วมมือกันระหว่างรัฐสมาชิกและระหว่างองค์การภายในขององค์การสหประชาชาติเพื่อติดตามพฤติกรรมและรายงานข้อมูลพฤติกรรมการทุจริตระหว่างกัน และ (3) เพื่อร้องขอให้ “คณะกรรมการบริษัทข้ามชาติ” (Commission on Transnational Corporations) ของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติ (Economic and Social Council (ECOSOC)) ศึกษาและจัดทำข้อเสนอแนะเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของบรรษัทข้ามชาติและแนวทางการป้องกันอย่างมีประสิทธิภาพ¹⁴¹

สืบเนื่องจากมติดังกล่าว ในปีต่อมาคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมจึงได้จัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจระหว่างรัฐบาล (Ad Hoc Intergovernmental Working Group) ขึ้นเพื่อศึกษาเรื่อง

¹³⁹ United Nations General Assembly Resolution A/RES/3514(XXX), “Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and others involved,” (December 15, 1997), [Online], 1 February 2015. Available from: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3514\(XXX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3514(XXX))

¹⁴⁰ Growth in United Nations membership, 1945-present [Online], 1 February 2015. Available from: <http://www.un.org/en/members/growth.shtml#text>

¹⁴¹ Ibid.

พฤติกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติและแนวทางการป้องกันอย่างมีประสิทธิภาพ โดย คณะทำงานเริ่มต้นจากการศึกษาพฤติกรรมการการทุจริตที่เกิดขึ้นในเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ และ พยายามศึกษาว่าเครื่องมือลักษณะใดที่น่าจะมีประสิทธิภาพ ในการนำมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตเช่นว่า เช่น ข้อตกลงระหว่างประเทศ (International agreement) ประมวลจริยธรรม (Code of conduct) กฎหมายต้นแบบ (model law) ประมวลการดำเนินธุรกิจเพื่อการนำไปปฏิบัติโดยสมัครใจ (voluntary business codes) เป็นต้น ผลสรุป คือ คณะทำงานเห็นชอบที่จะจัดทำร่างข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการจ่ายเงินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (International Agreement on Illicit Payments) ซึ่งแล้วเสร็จในปี ค.ศ. 1979 เนื้อหาของร่างดังกล่าวกำหนดให้รัฐสมาชิกห้ามการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ รวมถึงการห้ามการจ่ายค่าอำนวยความสะดวก (grease payment) แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศด้วย¹⁴² ซึ่งแตกต่างจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการประพฤติกุจริตในต่างประเทศที่กำหนดให้การจ่ายเงินเช่นว่าไม่ถือเป็นความผิดตามรัฐบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ร่างข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้รับการลงมติเห็นชอบจากองค์การสหประชาชาติแต่อย่างใด

ต่อมาในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1996 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติออกมติที่ 51/191 ปฏิญญาว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและการติดสินบนในธุรกรรมพาณิชย์ระหว่างประเทศ (United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transaction)¹⁴³ ซึ่งถือเป็นพัฒนาการก้าวสำคัญของการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ มติฉบับนี้ได้ต่อยอดไปถึงเป้าประสงค์ตามมติที่ 3514 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ และผลักดันให้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมเร่งดำเนินการจัดทำ “ประมวลจริยธรรมสำหรับบริษัทข้ามชาติ” (Code of conduct on transnational corporations) ตามเจตนารมณ์ดั้งเดิมของคณะมนตรีฯ ให้แล้วเสร็จ อีกทั้งยังกล่าวขย่งความพยายามของตัวการต่างๆ ที่มีบทบาทในการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ ได้แก่ องค์การรัฐอเมริกัน องค์การสภาแห่งยุโรป สหภาพยุโรป และองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการให้เกิดการพัฒนาในเรื่องนี้¹⁴⁴ ในส่วนท้ายของมติ สมัชชาใหญ่ได้ออกปฏิญญาว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและการติดสินบนใน

¹⁴² American Bar Association Section of International Law and Practice Report to the House of Delegates: Corrupt Practices in the Conduct of International Business (1996) [Online], 1 February 2013 Available from: <http://apps.americanbar.org/intlaw/policy/investment/corruptpractices.pdf>

¹⁴³ Ibid., p. 5.

¹⁴⁴ Ibid., p. 107.

ธุรกรรมพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งกล่าวถึงการสร้างบรรยากาศในการทำธุรกรรมพาณิชย์ระหว่างประเทศให้โปร่งใสปราศจากการทุจริตและส่งเสริมให้ทั้งรัฐและเอกชน โดยเฉพาะบรรดาบริษัทข้ามชาติทั้งหลายให้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแบบรับผิดชอบต่อสังคม โดยการสร้างมาตรฐานทางจริยธรรม เพื่อนำมาปรับใช้ในการดำเนินธุรกิจของตน นอกจากนี้ ปณิธานยังได้ระบุให้รัฐสมาชิกเร่งกำหนดให้การกระทำของฝ่ายผู้ตัดสินบนและฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ซึ่งรับหรือเรียกรับสินบน เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก อีกทั้งกล่าวย้ำเรื่องความร่วมมือระหว่างกันของรัฐสมาชิกเพื่อร่วมมือกันทำให้วัตถุประสงค์ของปฏิญานี้บรรลุเป้าหมาย¹⁴⁵

เนื่องจากปัญหาและลักษณะของการทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีหลากหลายมิติ และผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาจมีได้มากกว่าหนึ่งฝ่าย ฉะนั้น อีกฝ่ายหนึ่งที่สำคัญไม่แพ้กัน คือ ภาคเอกชนทั้งหลาย โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติ ดังนั้น การจะทำให้ภาคเอกชนทั้งหลายตระหนักว่าตนเป็น นิตินิติบุคคลเมืองของสังคมโลก (corporate citizenship) และสามารถเข้ามามีส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนในเรื่องการต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศร่วมกับรัฐและองค์การระหว่างประเทศในฐานะหุ้นส่วน (partnership) ได้เช่นกัน ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1999 องค์การสหประชาชาติได้ออกข้อตกลงนานาชาติขององค์การสหประชาชาติ (UN Global Compact) ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2000 ซึ่งเป็นผลมาจากการผลักดันของนายโคฟี อันนัน อดีตเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้กล่าวถึงแนวคิดในการจัดทำข้อตกลงนานาชาติในการประชุมประจำปี ณ เวทีการประชุมเศรษฐกิจโลก (World Economic Forum) ว่า เพื่อเป็นการกำหนดกรอบนโยบายแก่ภาคเอกชนองค์กรธุรกิจต่างๆ สมควรใจนำไปปฏิบัติ หลังจากนั้นได้มีการจัดประชุมข้อตกลงนานาชาติ (Global Compact meeting) อย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรก โดยได้รับความร่วมมือจากหอการค้านานาชาติ (ICC) และบริษัทเอกชนกว่า 50 บริษัทที่สนใจเข้าร่วมการประชุมในครั้งนี้¹⁴⁶ ปัจจุบันในปี ค.ศ. 2014 ข้อตกลงนานาชาติมีผู้องค์กรธุรกิจเข้าร่วมกว่า 10,000 ราย (business participants) และผู้มีส่วนได้ส่วนเสียเข้าร่วมด้วย โดยผู้เข้าร่วมทั้งหมดจัดตั้งอยู่ในกว่า 145 ประเทศทั่วโลก¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ibid, pp. 109-110.

¹⁴⁶ Katarina Weilert, "Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law and Practice," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14 (2010): 468.

¹⁴⁷ How to Participate: Business Participation [Online], 1 February 2013. Available from: https://www.unglobalcompact.org/HowToParticipate/Business_Participation/index.html

ข้อตกลงนานาชาติ คือ คุณค่าสำคัญ (core value) 10 ประการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 4 ด้านหลัก คือ สิทธิมนุษยชน แรงงาน สิ่งแวดล้อม และการต่อต้านการทุจริต คุณค่าสำคัญทั้ง 10 ประการนั้น ไม่ใช่คุณค่าหรือมาตรฐานระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด แต่ข้อตกลงทั้งหมดนั้น คือ สิ่งที่สะท้อนออกมาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ได้รับฉันทามติอย่างเป็นสากล (universal consensus) จากนานาประเทศมาแล้วทั้งสิ้น ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (United Nations Convention Against Corruption)¹⁴⁸

ข้อตกลงนานาชาติมีลักษณะเป็นกรอบนโยบาย (policy framework) และการริเริ่มร่วมกันระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (public-private initiative)¹⁴⁹ เปรียบเหมือนการสร้างเครือข่าย (Network-based)¹⁵⁰ เชื่อมโยงระหว่างบริษัทเอกชน องค์กรพัฒนาเอกชน และองค์การสหประชาชาติ (ซึ่งประกอบด้วยรัฐ) เข้าด้วยกัน เพื่อสร้างวิธีการในการสื่อสารโดยตรงต่อภาคเอกชน (โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติ) ฉะนั้น ข้อตกลงนานาชาติจึงเปิดโอกาสให้องค์กรธุรกิจในฐานะที่เป็นนิติบุคคลพลเมืองของสังคมโลก (corporate citizenship) เข้ามามีบทบาทและความรับผิดชอบต่อสังคมต่อเรื่องดังกล่าวด้วย โดยอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า ปัญหาที่ภาครัฐพยายามแก้ไขนั้นไม่อาจแก้ไขได้ หากตัวผู้เล่นที่สำคัญที่สุดในระบบเศรษฐกิจ อย่างเช่นภาคธุรกิจไม่เห็นด้วย (against the will of the main player in the economy) และไม่ให้ความร่วมมือ¹⁵¹

วิธีการในการเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งในข้อตกลงนานาชาติมีวิธีการที่ไม่ซับซ้อน โดยเปิดกว้างให้ผู้ที่สนใจสามารถแจ้งเจตจำนงค์เพื่อขอเข้าร่วมได้ เพียงแค่ทำหนังสือพันธสัญญา (letter of commitment) ว่า องค์กรธุรกิจของตนประสงค์จะนำเอาข้อตกลงนานาชาติเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์ทางธุรกิจ (business strategy) การดำเนินกิจการในแต่ละวัน (day-to-day operation)

¹⁴⁸ The Ten Principles [Online], 1 February 2013. Available from: <https://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>

¹⁴⁹ “How to Participate: Business Participation,”

¹⁵⁰ Katarina Weilert, “Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law and Practice,” p. 468.

¹⁵¹ Ibid., p. 473.

จนกระทั่ง กลายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมองค์กร (organization culture)¹⁵² และแจ้งเจตจำนงดังกล่าวต่อเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติโดยอ็อปโพลด์ผ่านเว็บไซต์ของสำนักงาน¹⁵³ ซึ่งพันธสัญญา (commitment) ที่ไม่มีสภาพบังคับและบทลงโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามแต่อย่างใด

แม้ว่าตามข้อตกลงนานาชาติจะไม่ได้กำหนดสภาพบังคับของการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง แต่ภายใต้ข้อตกลงนี้มีกลไกหนึ่งซึ่งถูกสร้างขึ้น และถือเป็นหัวใจสำคัญของข้อตกลงนี้ คือ การรายงานความคืบหน้าในการปฏิบัติตามข้อตกลงนานาชาติ (Communication on Progress (COP)) ของผู้เข้าร่วม ซึ่งกลไกดังกล่าวนี้ถูกกำหนดขึ้นในปี ค.ศ. 2004 โดยกำหนดให้องค์กรธุรกิจที่เข้าร่วมจะต้องรายงานความคืบหน้า (Communication on Progress (COP)) ในการปฏิบัติตามข้อตกลงนานาชาติเป็นประจำทุกปี ทั้งนี้ โดยการอ็อปโพลด์ข้อมูลผ่านเว็บไซต์ของสำนักงานข้อตกลงนานาชาติ หากผู้เข้าร่วมไม่รายงานความคืบหน้าจะถูกเปลี่ยนสถานะเป็นผู้ไม่รายงานความคืบหน้า (non-communicating) และอาจถูกขับออกจากการเป็นผู้เข้าร่วมกรณีไม่ส่งรายงานความคืบหน้าภายใน 1 ปี¹⁵⁴ ซึ่งอาจกระทบต่อชื่อเสียงขององค์กรธุรกิจดังกล่าวได้

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ข้อตกลงนานาชาติได้หยิบยกคุณค่าสำคัญจาก อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตมากำหนดไว้ในข้อที่ 10 ของข้อตกลงนานาชาติในปี ค.ศ. 2004 กำหนดว่า “ข้อที่ 10 องค์กรภาคธุรกิจต้องร่วมมือกันต่อต้านการทุจริตทุกรูปแบบ รวมถึงการข่มขู่เพื่อเรียกรับสินบนและการติดสินบน”¹⁵⁵ โดยมีคณะทำงานดูแลการปฏิบัติตามของผู้เข้าร่วมในข้อที่ 10 (Working Group on the 10th Principle) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการปฏิบัติตามข้อตกลงเรื่องการทุจริตนี้ โดยกิจกรรมหลักที่คณะทำงานได้พยายามจัดทำขึ้น ตัวอย่างเช่น (1) การจัดทำ “ข้อเรียกร้องต่อรัฐบาลเพื่อดำเนินการในการต่อต้านการทุจริตและการพัฒนาให้เป็นวาระเพื่อการพัฒนาในระดับสากล (Call to Action: Anti-Corruption and the Global Development Agenda) ข้อเรียกร้องดังกล่าวเป็นผลจากการปรึกษาหารือร่วมกันระหว่างคณะทำงานว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตของข้อตกลงนานาชาติ สถาบันวิชาการแห่งธนาคารโลก

¹⁵² How to Participate: Business Participation [Online] , 1 February 2013. https://www.unglobalcompact.org/HowToParticipate/Business_Participation/index.html

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ About us: 3. Failure to communicate Progress [Online], 1 February 2013. Available from: <https://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/IntegrityMeasures/index.html>

¹⁵⁵ “Principle 10: Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery,” [Online] Available from: https://www.unglobalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/index.html

(World Bank Institute) องค์การความโปร่งใสในนานาชาติและภาคเอกชน โดยการเปิดโอกาสให้เอกชนได้เสนอมุมมองและทัศนคติของเอกชนต่อการนำหลักธรรมาภิบาล (good governance) และการต่อต้านการทุจริต (anti-corruption) ให้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักพื้นฐานเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนในวาระเพื่อการพัฒนาในระดับสากล ฉะนั้น จึงทำให้ข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้เป็นเสมือนหนึ่งเสียงสะท้อนจากเอกชนถึงรัฐบาลโดยตรง เพื่อเน้นย้ำให้รัฐบาลเร่งดำเนินการส่งเสริมการต่อต้านการทุจริตและหลักธรรมาภิบาล¹⁵⁶ ซึ่งปัจจุบันมีบริษัทที่เข้าร่วมลงนามในข้อเรียกร้องนี้แล้วทั้งสิ้น ๒๗๔ บริษัท¹⁵⁷ (2) การจัดทำแนวปฏิบัติสำหรับการจัดทำรายงานความคืบหน้าเกี่ยวกับเรื่องการทุจริต เพื่อประโยชน์แก่ผู้เข้าร่วมในการจัดทำรายงานความคืบหน้าเรื่องการปราบปรามการทุจริตของตนต่อสำนักงาน¹⁵⁸ (3) การจัดทำเครื่องมือสำหรับการต่อต้านการทุจริตแก่ผู้เข้าร่วมทั้งหลายนำไปใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติ ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมเครื่องมือและกลไกการปราบปรามการทุจริตที่มีอยู่เดิมและหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อน¹⁵⁹ (4) การจัดทำรายงานเกี่ยวกับแนวปฏิบัติขององค์กรธุรกิจ (Business Practice) ที่นำเอาข้อตกลงนานาชาติข้อที่ 10 เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งในการดำเนินธุรกิจจนประสบผลสำเร็จ เพื่อเป็นตัวอย่างให้แก่องค์กรธุรกิจอื่นได้ปฏิบัติตาม¹⁶⁰

ต่อมาในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2003 สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้ออกมติที่ 58/4 เพื่อเห็นชอบในร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption)¹⁶¹ อนุสัญญานี้ แบ่งออกเป็น 5 ด้านหลัก คือ (1) มาตรการป้องกันการทุจริตในภาครัฐและภาคเอกชน (2) การส่งเสริมความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี (3) การกำหนดให้การกระทำทุจริตเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี (4) มาตรการติดตามทรัพย์สิน (asset recovery measure) และ (5) การปฏิบัติตามพันธกรณีของ

¹⁵⁶ “Anti-Corruption: Call to Action: Anti-Corruption and the Global Development Agenda,” [Online], 1 February 2013. Available from: https://www.unglobalcompact.org/Issues/transparency_anticorruptioncall_to_action_post2015.html

¹⁵⁷ United Nations Global Compact, “Call to Action: Anti-Corruption and the Global Development Agenda, (Current Signatories dated 7 January 2015), [Online], 1 February 2013. Available from: https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/Call_to_Action_Global_Development_Agenda_Signatories.pdf

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Anti-Corruption: Business Practice [Online], 1 February 2013 Available from: https://www.unglobalcompact.org/Issues/transparency_anticorruption/Anti-Corruption_Business_Practice.html

¹⁶¹ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตมีผลใช้บังคับในวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2005, *ibid.*, pp. 5, 107.

อนุสัญญา มาตรการติดตามทรัพย์สินถือเป็นจุดเด่นของอนุสัญญาระดับนี้ที่แตกต่างจากเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศอื่น กล่าวคือ อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการในการตรวจตราทรัพย์สินที่ได้มาด้วยวิธีการที่มีขอบด้วยกฎหมาย พร้อมกล่าวอ้างว่ามาตรการติดตามทรัพย์สินเป็นเสมือนหลักพื้นฐาน (fundamental principal) ของอนุสัญญาระดับนี้ ดังนั้น การกำหนดให้มีมาตรการในการติดตาม ตรวจสอบ ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการลักลอบ วิธีการที่มีขอบด้วยกฎหมายอื่นใดที่อาจเกี่ยวข้องกับการทุจริต การกระทำเหล่านี้ต้องได้รับการตรวจสอบและให้ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในการกระทำเช่นว่า ทั้งนี้ เพื่อให้ทรัพย์สินดังกล่าวได้กลับคืนสู่เจ้าของเดิม หรือนำมาใช้เป็นค่าสินไหมทดแทนแก่รัฐผู้เสียหาย¹⁶²

ปัจจุบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตมีรัฐภาคี รวมทั้งสิ้น 176 ประเทศ¹⁶³ จึงถือเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตที่มีรัฐภาคีมากที่สุด ซึ่งส่งสัญญาณที่ชัดเจนว่า ความไม่ลงรอยกันในด้านความคิดเห็นระหว่างข้อห้ามกับข้อได้ที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงไปข้างต้นได้หมดไป เพราะการที่รัฐส่วนใหญ่ทั่วโลกยอมรับและให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตฉบับนี้ สะท้อนให้เห็นว่าประเทศส่วนใหญ่เกือบทั่วโลกจะไม่ยอมทนต่อการกระทำการทุจริต โดยเฉพาะการทุจริตที่มีลักษณะข้ามชาติเช่นนี้อีกต่อไป

2. องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา

ในปี ค.ศ. 1976 องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD))¹⁶⁴ ได้ออกแนวปฏิบัติขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับบริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของปฏิญญาและมติว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศและบริษัทข้ามชาติ (OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational

¹⁶² ibid, pp. 1-2, 57-58.

¹⁶³ United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015 [online], 1 June 2015. Available from: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

¹⁶⁴ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา คือ องค์การที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาและเจริญเติบโตอย่างยั่งยืนทางเศรษฐกิจ การจ้างงาน สถานะทางการเงินที่มั่นคง ระดับมาตรฐานของความเป็นอยู่ของรัฐสมาชิกให้ดีขึ้น รวมถึงส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของโลก ดังนั้น องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาจึงมีหน้าที่การสำรวจข้อมูลทางสถิติทั้งในเชิงเศรษฐกิจและสังคมของประเทศต่างๆ เพื่อนำมาใช้ประกอบในการศึกษาวิจัยเพื่อการพัฒนาและช่วยเหลือรัฐสมาชิกในการวางแผนนโยบาย เพื่อผลักดันให้เกิดการพัฒนาด้านเศรษฐกิจและสังคมภายในรัฐสมาชิกตามวัตถุประสงค์ขององค์การ, โปรดดู Colin Nicholls QC and et al, *Corruption and Misuse of Public Office*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2011), p. 349.

Enterprises) โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้ รัฐสมาชิก¹⁶⁵ และองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาาร่วมกันกำหนดขึ้น เพื่อเป็นข้อเสนอแนะ (recommendation) แก่บริษัทข้ามชาติในการเข้าไปดำเนินกิจกรรมการลงทุนอย่างมีความรับผิดชอบ (responsible business conduct) และกระตุ้นให้บริษัทข้ามชาติตระหนักถึงหน้าที่ของตนว่า ตนมีบทบาทสำคัญในการช่วยส่งเสริมให้เกิดการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยเช่นกัน ฉะนั้น การต่อต้านการทุจริตจึงถูกกำหนดให้เป็นหนึ่งในข้อปฏิบัติสำหรับบริษัทข้ามชาติด้วย โดยกำหนดว่า ห้ามบริษัทข้ามชาติติดสินบน หรือประโยชน์ที่มีขอบอื่นใด ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่เรียกรับสินบนจากบริษัทด้วย¹⁶⁶ นอกจากนี้ยังได้วางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมกิจกรรมภายในบริษัทเพื่อตรวจสอบมิให้เกิดการทุจริตขึ้น โดยแนวปฏิบัติสำหรับบริษัทข้ามชาติจะถูกแก้ไขและปรับปรุงเนื้อหา เพื่อให้สอดคล้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจและมาตรฐานที่นานาชาติยอมรับ (internationally recognised standards)¹⁶⁷

ในปี ค.ศ. 1993 องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนามอบหมายให้กลุ่มคณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วยการทุจริต (OECD Ad hoc Group on Corruption) ศึกษาความเหมือนและความแตกต่างในแต่ละระบบกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลต่อการส่งเสริมและร่วมมือกันในการปราบปรามการทุจริต และศึกษาผลกระทบของการทุจริตที่มีต่อด้านต่างๆของสังคม เช่น ด้านสังคม เศรษฐกิจ ระบอบประชาธิปไตย ศีลธรรมและพัฒนาการของคนในสังคมอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้ประเทศต่างๆ ได้ตระหนักถึงผลกระทบของการทุจริตที่อาจจะเกิดขึ้น และกำหนดข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางให้แก่รัฐสมาชิกต่างๆ นำไปปรับใช้¹⁶⁸ นอกจากนี้ ยังมีบทความและการศึกษาวิจัยต่างๆ ที่สะท้อนให้เห็นถึงผลกระทบจากการทุจริตระหว่างประเทศและมีการดำเนินการผลักดันอย่าง

¹⁶⁵ ปัจจุบันองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนามีรัฐสมาชิกทั้งสิ้น 34 ประเทศ ในเกือบทุกภูมิภาคทั่วโลก ได้แก่ อเมริกาเหนือ อเมริกาใต้ ยุโรป และเอเชีย, โปรดดู Members and partners [Online], 1 February 2013. Available from: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>

¹⁶⁶ OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1976) [Online], 1 February 2013 Available from: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/50024800.pdf>

¹⁶⁷ ปัจจุบันแนวปฏิบัติต้องการเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับบริษัทข้ามชาติได้รับการปรับปรุงมาแล้ว 6 ครั้ง (ค.ศ. 1979, 1982, 1984, 1991, 2000, 2011) ซึ่งฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับปี ค.ศ. 2011, โปรดดู OECD Guidelines for Multinational Enterprises (May 25, 2011) [Online], 1 February 2013. Available from: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>

¹⁶⁸ Ibid., p. 8.

ต่อเนื่อง ของตัวการต่างๆ ซึ่งเป็นตัวกระตุ้นให้ทุกภาคส่วนหันมาใส่ใจปัญหาการทุจริตระหว่างประเทศ

ต่อมาในเดือนธันวาคมของปี ค.ศ. 1997 องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาได้ออกอนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)¹⁶⁹ โดยอนุสัญญานี้เป็นผลมาจากแรงผลักดันอย่างหนักของประเทศสหรัฐอเมริกาที่พยายามจะให้มีการจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยเรื่องต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศโดยเฉพาะ แม้ว่าความพยายามของประเทศไทยจะตกไปในครั้งแรก เพราะความไม่ลงรอยกันทางความคิดระหว่างกลุ่มประเทศพัฒนาและกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา หรือข้อเหวี่ยงกับข้อโต้แย้งที่ไม่มีแนวคิดไปในทิศทางเดียวกัน (North-South disagreement) ก็ตาม อนุสัญญานี้จึงถือเป็นอีกก้าวที่สำคัญยิ่งของการปราบปรามการติดสินบนในบริบทการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ อนุสัญญานี้เป็นผลผลิตจากความตกลงร่วมกันระหว่างข้อเหวี่ยงและข้อโต้แย้งในการกำหนดองค์ประกอบและมาตรการต่างๆ (agreed common elements) ที่ควรมีสำหรับการป้องกันและปราบปรามการติดสินบนที่เกิดขึ้นในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ¹⁷⁰ อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าเสียดายว่า อนุสัญญานี้มุ่งเน้นไปที่การปราบปรามลักษณะการกระทำของเฉพาะในฝั่งของเอกชนผู้ติดสินบนที่กระทำการติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเท่านั้น (bribery of a foreign public official) ให้เป็นความผิดในทางอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก โดยมีได้กล่าวถึงฝั่งผู้รับสินบนแต่อย่างใด

สิ่งที่ถือเป็นจุดเด่นของอนุสัญญาของ OECD ฉบับนี้ คือ การกำหนดมาตรการในการติดตามและตรวจสอบพฤติกรรมติดสินบนที่มีประสิทธิภาพ และเข้มงวดมากยิ่งขึ้น โดยการกำหนดให้รัฐภาคีตรวจสอบพฤติกรรมติดสินบนภายในประเทศตน (self-evaluation) และร่วมมือกันตรวจสอบพฤติกรรมติดสินบนระหว่างกันรัฐภาคีด้วยกันเอง (mutual evaluation) รวมทั้งกำหนดให้

¹⁶⁹ อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ครั้งแรกในวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 ปัจจุบันมีจำนวนรัฐที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 41 ประเทศ (ตรวจสอบ ณ วันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2557), OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions: Ratification Status as of 21 May 2014 [Online], 1 February 2013. http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB_RatificationStatus.pdf

¹⁷⁰ Jan Wouters, Cedric Ryngaert and Ann Sofie Cloots, "The Fight against Corruption International Law," pp. 24-25.

คณะทำงานเรื่องการติดสินบนในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ (Working Group on Bribery in International Business Transactions) คอยกำกับและติดตามการปฏิบัติตามของรัฐภาคี ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999 เป็นต้นมา คณะทำงานแบ่งการติดตามการปฏิบัติตามของรัฐภาคีออกเป็น 2 ช่วง คือ ในช่วงแรกติดตามการปฏิบัติตามของรัฐภาคี ในการกำหนดการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ให้เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในตามที่อนุสัญญากำหนด และในช่วงที่ 2 ตรวจสอบ เรื่อง การดำเนินการปราบปรามการทุจริตและการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคี¹⁷¹

ข. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในระดับภูมิภาค

การศึกษาพัฒนาการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค โดย ศึกษาผ่านการดำเนินการปราบปรามการทุจริตขององค์การระหว่างประเทศต่างๆ ในภูมิภาคนั้นๆ แบ่ง การศึกษาออกเป็น 4 ภูมิภาค ได้แก่ ทวีปอเมริกา ทวีปยุโรป ทวีปเอเชีย และทวีปแอฟริกา

1. ทวีปอเมริกา

ใน ค.ศ. 1996 ความพยายามของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาซึ่งพยายามผลักดันให้เกิดอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศโดยเฉพาะก็บรรลุผลสำเร็จ กล่าวคือ องค์การรัฐอเมริกัน (Organization of American States) ลงมติยอมรับอนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996 (Inter-American Convention against Corruption)¹⁷² ซึ่งถือเป็นอนุสัญญาระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคฉบับแรกที่กล่าวถึง เรื่องการป้องกันและควบคุม การทุจริตข้ามชาติ (transnational bribery) ไว้เป็นการเฉพาะ¹⁷³ โดยในส่วนอารัมภบทของอนุสัญญา ฉบับนี้ได้กล่าวยอมรับถึงสภาพปัญหาการทุจริตว่า เป็นปัญหาที่มีมิติระหว่างประเทศ ฉะนั้น รัฐสมาชิก ต้องร่วมมือกันเพื่อต่อต้านกับการทุจริตข้ามชาติดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเจตนารมณ์ดังกล่าวก็ได้สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนในวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ซึ่งกำหนดว่า อนุสัญญามุ่งที่จะส่งเสริมและ

¹⁷¹ Ibid., pp. 16, 248, 246.

¹⁷² อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันต่อต้านการทุจริตมีผลใช้บังคับในวันที่ 3 เดือนมิถุนายน ค.ศ. 1997 ซึ่งปัจจุบันมีรัฐที่ให้การสัตยาบันทั้งสิ้น 33 ประเทศ, โปรดดู Department of International Law, Organization of American States, Signatories and Ratifications [Online], 18 February 2015. Available from: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html>

¹⁷³ Jan Wouters, Cedric Ryngaert and Ann Sofie Cloots, The Fight Against Corruption International Law Leuven Centre for Global Governance Studies (Working Paper No. 94, 2012) [Online] Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2274775, pp. 14 – 15.

สร้างความแข็งแกร่งในกลไกป้องกันปราบปราม และลงโทษการทุจริตในรัฐสมาชิก ตลอดจนส่งเสริมอำนวยความสะดวกและกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อให้เกิดการร่วมมือระหว่างรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อเป้าหมายสูงสุดคือทำให้การทุจริตในกิจกรรมของภาครัฐ และพฤติกรรมกรรมการทุจริตโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมดังกล่าวหมดไปในที่สุด¹⁷⁴ มาตรการสำคัญ ได้แก่ การกำหนดมาตรการป้องกัน มาตรการส่งเสริมความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายภายใน เพื่อกำหนดให้การให้และการเรียกรับสินบนเป็นความผิด การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ (bribery of foreign public officials) เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกด้วย¹⁷⁵ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้ยังขาดซึ่งกลไกในการติดตามการดำเนินงานของรัฐสมาชิก¹⁷⁶

2. ทวีปยุโรป

กลุ่มประเทศในทวีปยุโรปได้ผลักดันให้มีความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศขึ้นในการประชุมสุดยอดผู้นำของรัฐและรัฐบาล ครั้งที่ 2 ณ เมือง สตราสบูร์ก ประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ ผู้นำของรัฐและรัฐบาลทั้ง 40 ประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การสหภาพยุโรป (Council of Europe) ได้ลงนามยอมรับปฏิญญาสุดท้ายและแผนปฏิบัติการ (Final Declaration and Action Plan) ปฏิญญาฉบับนี้กล่าวถึง ความกังวลต่อภัยใหม่ๆ ที่เกิดขึ้น ดังเช่นภัยจากการก่อการร้าย ซึ่งส่งผลเป็นการคุกคามและเป็นอุปสรรคต่อความมั่นคงและประชาธิปไตยของรัฐสมาชิก และได้ประณามภัยจากการก่อการร้าย การลักลอบค้ายาเสพติด องค์การอาชญากรรมทางธุรกิจ และปัญหาการทุจริตที่กำลังเป็นปัญหาแพร่ขยายและมีแนวโน้มที่จะเกิดเพิ่มมากขึ้นในทุกรัฐสมาชิก โดยการเรียกร้องให้รัฐสมาชิกร่วมมือกันจัดการกับภัยคุกคามดังกล่าว พร้อมกับกล่าวถึงการจัดการกับพฤติกรรมดังกล่าวไว้ในแผนปฏิบัติการด้วย เป็นต้น

¹⁷⁴ Article II of Inter-American Convention against Corruption, in United Nations Office on Drugs and Crime, "Corruption: Compendium of International Legal Instruments on Corruption," 2nd ed. (New York: 2005) [Online], Available from: http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_compendium_e.pdf, p. 233.

¹⁷⁵ Ibid., Article VI and VII of Inter-American Convention against Corruption, pp. 235 -236.

¹⁷⁶ อย่างไรก็ตาม กลไกการติดตามการปฏิบัติตามของรัฐสมาชิกได้ถูกจัดตั้งขึ้น ในปี ค.ศ. 2000 ซึ่งอยู่ในรูปแบบของ "คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ" (Committee of Experts) ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญที่รัฐสมาชิกร่วมกันแต่งตั้งขึ้น โดยกลไกที่คณะกรรมการนำมาใช้ คือ การสร้างแบบสำรวจให้รัฐสมาชิกที่ได้ในสัปดาห์ก่อนประเมินตนเองเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา เพื่อติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีของแต่ละรัฐสมาชิก, โปรดดู Colin Nicholls QC et al., *Corruption and Misuse of Public Office*, p. 359.

ว่า รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติการต่อต้านการทุจริตเพื่อยับยั้งแนวโน้มดังกล่าว ด้วยการส่งเสริมความร่วมมือ การกระตุ้นให้รัฐสมาชิกบังคับใช้และปฏิบัติตามเครื่องมือทางกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตทั้งหลายโดยไม่ชักช้า รวมทั้งกำหนดให้มีมาตรการการติดตามตรวจสอบพฤติกรรมกรรมการทุจริตที่มีประสิทธิภาพระหว่างกัน เพื่อพัฒนาศักยภาพของรัฐสมาชิกในการปราบปรามการทุจริต ด้วยวิธีการควบคุมและติดตามการดำเนินการดังกล่าวอย่างใกล้ชิดผ่านความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก¹⁷⁷

2.1 องค์การสภาแห่งยุโรป

ภายหลังจากการประชุมสุดยอดผู้นำดังกล่าว ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1997 องค์การสภาแห่งยุโรป (Council of Europe) ออกมติที่ (97) 24 ว่าด้วยหลักปฏิบัติ 20 ข้อสำหรับการต่อต้านการทุจริต (Twenty Guiding Principles for the fight against Corruption) ซึ่งจัดทำโดยกลุ่มทำงานสหสาขาวิชาว่าด้วยการทุจริต (Multidisciplinary Group on Corruption (MGC)) ด้วยความตั้งใจที่จะพัฒนาและสร้างสรรค์กลยุทธ์สำหรับปราบปรามการทุจริตที่ครอบคลุม เช่น การใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยการกำหนดโทษให้การกระทำการทุจริตที่กระทำในและนอกประเทศเป็นความผิดในทางอาญา รวมไปถึงการกำหนดโทษในทางแพ่ง โดยให้มีการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำการทุจริตของบุคคลอื่นไว้ในกฎหมายแพ่งด้วย อีกทั้งตอกย้ำว่าการกระทำผิดในรูปแบบอื่น เช่น องค์กรอาชญากรรม (organized crime) การฟอกเงิน (money laundering) ที่อาจเกี่ยวข้องกับการทุจริตควรต้องได้รับการปราบปรามด้วยเช่นเดียวกัน เพื่อให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่รัฐและองค์กรภายในรัฐสมาชิกต้องมีความโปร่งใสและตรวจสอบได้ รัฐสมาชิกต้องกำหนดให้มีมาตรการที่เหมาะสมสำหรับโครงการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ รัฐสมาชิกควรพิจารณาที่จะยกเลิกมาตรการลดหย่อนภาษีแก่เงินค่าของขวัญต่างๆ ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการติดสินบน เป็นต้น รัฐสมาชิกต้องส่งเสริมจริยธรรมและความตระหนักต่อปัญหาการทุจริตในภาคประชาชน โดยผ่านการร่วมมือกันระหว่างรัฐสมาชิก เพื่อผลักดันให้รัฐสมาชิกทั้งหลายนำเอาหลักปฏิบัติดังกล่าวไปใช้สำหรับการปราบปรามการทุจริตทั้งในระดับประเทศและในระดับระหว่างประเทศ¹⁷⁸

¹⁷⁷ Council of Europe, “Final Declaration and Action Plan”, Second Summit of Heads of State and Government (Strasbourg, 10-11 October 1997), [Online], 1 February 2015. Available from: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593437>

¹⁷⁸ Ibid, pp. 174-175.

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1998 องค์การสภาแห่งยุโรปได้ออกอนุสัญญาองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา (Criminal Law Convention on Corruption)¹⁷⁹ อารัมภบทของอนุสัญญาได้กล่าวถึง เรื่องสำคัญเป็นลำดับแรกที่ต้องทำให้ลุล่วง คือ การทำให้เกิดนโยบายในทางอาญาร่วมกัน (common criminal policy) เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องสังคมจากการทุจริต โดยการกำหนดให้มีกฎหมาย มาตรการป้องกันที่เหมาะสม รวมถึงกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาที่มีประสิทธิภาพ¹⁸⁰ ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญานี้ได้แก่ (1) การดำเนินการภายในรัฐของรัฐสมาชิก เช่น การกำหนดให้การกระทำทุจริตตามอนุสัญญานี้เป็นความผิดทางอาญาในรัฐของตน การจัดตั้งองค์กรภายในมาดูแลและจัดการกับการทุจริตโดยเฉพาะ กำหนดให้มีมาตรการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ให้ความร่วมมือแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการให้ค้นหาเบาะแสรวบรวมข้อมูลเรื่องการทุจริต เป็นต้น (2) กระบวนการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีอนุสัญญากำหนดให้มีการติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีอย่างใกล้ชิด โดยการจัดตั้ง “กลุ่มรัฐเพื่อการต่อต้านการทุจริต” (Group of States against Corruption (GRECO)) ขึ้นมาทำหน้าที่ในการติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีอย่างใกล้ชิด¹⁸¹ และ 3. กลไกความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อยกระดับความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในกระบวนการสอบสวนพฤติกรรมทุจริต ซึ่งสืบเนื่องจากลักษณะของการทุจริตที่มีลักษณะข้ามชาติ ดังนั้น การร่วมมือกันในการตรวจสอบการกระทำความผิดมีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่น การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน การค้นหาหลักฐานระหว่างกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาได้เปิดช่องให้รัฐภาคีปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือกับกลไกดังกล่าว หากรัฐภาคีเห็นว่าอาจขัดต่อผลประโยชน์พื้นฐานอธิปไตย ความมั่นคง หรือนโยบายสาธารณะของรัฐ¹⁸²

¹⁷⁹ อนุสัญญาองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา เริ่มมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002, โปรดดู Council of Europe, “Criminal Law Convention on Corruption”, [Online], 1 February. Available from: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/173.htm>

¹⁸⁰ Preamble of Criminal Law Convention on Corruption, in United Nations Office on Drugs and Crime, “Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption,” p. 139.

¹⁸¹ Criminal Law Convention on Corruption: Summary of the treaty [Online], 1 February. Available from: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/173.htm>

¹⁸² Criminal Law Convention on Corruption, in United Nations Office on Drugs and Crime, “Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption,” pp. 145-146.

หลังจากนั้นองค์การสภาแห่งยุโรปได้ออกอนุสัญญาองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายแพ่ง (Civil Law Convention on Corruption)¹⁸³ ออกในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 โดยเห็นว่า ผลกระทบทางการเงินอันสืบเนื่องมาจากพฤติกรรมกรทุจริต (adverse financial consequences) อาจส่งผลกระทบต่อทางการเงินได้เช่นเดียวกัน ซึ่งผลกระทบเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อทั้ง ปัจเจกชน วิสาหกิจ รัฐ หรือแม้แต่องค์การระหว่างประเทศ ฉะนั้น ควรให้สิทธิแก่บุคคลที่ได้รับความเสียหาย (persons who have suffered damage) จากการกระทำทุจริตเช่นว่าสามารถ ใช้สิทธิในทางแพ่ง เพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลที่กระทำการทุจริตได้¹⁸⁴ โดยอนุสัญญาฉบับนี้ ถือเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรก ที่พยายามจะกำหนดกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตในบริบทของกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ โดยการกำหนดพันธกรณีให้แก่รัฐภาคีต้องจัดให้มีช่องทางตามกฎหมายแพ่ง เพื่อให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายมีช่องทางในการเรียกร้องสิทธิและค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายอันเนื่องมาจากการทุจริตดังกล่าว โดยเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายที่สามารถพิสูจน์ได้ถึงความเชื่อมโยงระหว่างความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับกับการกระทำทุจริตที่เกิดขึ้น จะได้รับค่าสินไหมทดแทนแบบเต็มจำนวน (full compensation) ซึ่งค่าสินไหมทดแทนที่อาจเรียกได้ ได้แก่ ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material loss) ค่าเสียหายจากการขาดกำไรรายได้ (loss of profit) และค่าเสียหายที่ไม่มีตัวเงิน (non-pecuniary loss)¹⁸⁵ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมการทุจริตภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้จะครอบคลุมลักษณะพฤติกรรมที่แคบกว่าอนุสัญญาคณะมนตรีแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา กล่าวคือ ครอบคลุมถึงเฉพาะการติดสินบน ทั้งด้านฝั่งผู้ให้และผู้รับเท่านั้น โดยไม่รวมเอาการทุจริตในลักษณะอื่นเข้ามาไว้ด้วย¹⁸⁶

¹⁸³ อนุสัญญาองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายแพ่ง เริ่มมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2003 โดยอนุสัญญาว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายแพ่งเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกขององค์การสภาแห่งยุโรปรวมถึงรัฐที่มีใช้สมาชิกขององค์การสภาแห่งยุโรปที่มีส่วนร่วมในการร่างอนุสัญญาฉบับนี้ เช่น ประเทศเบารุส ประเทศแคนาดา นครรัฐวาติกัน ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเม็กซิโก ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปเข้าเป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ได้, โปรดดู Council of Europe, Civil Law Convention on Corruption, [Online], 1 April .2015 Available from: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/174.htm>

¹⁸⁴ Civil Law Convention on Corruption, in United Nations Office on Drugs and Crime, "Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption," 2nd ed. (New York: 2005), [Online], 1 April .2015 Available from: http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_compendium_e.pdf, p. 131.

¹⁸⁵ Article 3 Compensation for damage of Civil Law Convention on Corruption, in United Nations Office on Drugs and Crime, "Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption," p. 132.

¹⁸⁶ Ibid., Article 2 Definition of corruption of Civil Law Convention on Corruption, p. 132.

2.2 คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป

ในปี ค.ศ. 1997 คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of European Union) ออกอนุสัญญาคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ของประชาคมยุโรปหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1997¹⁸⁷ (Convention on Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of European Union) เพื่อวัตถุประสงค์ในการแก้ปัญหาเรื่องกฎหมายอาญาภายในประเทศของแต่ละรัฐสมาชิกที่ยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการทุจริตของ เจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกอื่น (national official of another Member States) ที่ได้กระทำการทุจริตลงภายในเขตแดนของรัฐสมาชิก¹⁸⁸ ดังนั้น ภายใต้อนุสัญญานี้ “เจ้าหน้าที่” จึงหมายถึงเจ้าหน้าที่ของสหภาพยุโรป เจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิก และเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกอื่น¹⁸⁹ นอกจากนั้น เพื่อขยายให้ครอบคลุมถึงเรื่องการทุจริตเป็นการทั่วไปมากขึ้น คณะมนตรีตัดสินใจตั้งเงื่อนไขในการพิสูจน์ เรื่อง “ผลกระทบที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ทางการเงินแก่สหภาพยุโรป” อันเนื่องมาจากการทุจริตเช่นว่าของเจ้าหน้าที่ออกไป โดยไม่ต้องพิสูจน์เงื่อนไขดังกล่าวเพิ่มเติมอีกจึงจะถือว่าเป็นพฤติกรรมการทุจริต¹⁹⁰ ซึ่งถือเป็นจุดแตกต่างในเรื่องการกำหนดลักษณะการทุจริตที่ปรากฏในพิธีสารว่าด้วยการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการเงินของประชาคมยุโรป อนุสัญญานี้ยังมี

¹⁸⁷ อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 2005, Europa, “Convention against corruption involving officials,” [Online], 1 April 2005 Available from: http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33027_en.htm

¹⁸⁸ Colin Nicholls QC, et al., *Corruption and Misuse of Public Office*, p. 371.

¹⁸⁹ Article 1 Definition of Convention on Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of European Union, in United Nations Office on Drugs and Crime, “Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption,” 2nd ed. (New York, 2005), p. 183 [Online], 1 April .2015 Available from: http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_compendium_e.pdf

¹⁹⁰ โดยเนื้อหาของข้อบัญญัติดังกล่าวนี้มีข้อความคล้ายเดิม เพียงแต่ตัดข้อความในส่วนท้ายที่ปรากฏใน ข้อ 2 (1.) และข้อ 3 (1.) ส่วนท้ายที่กำหนดว่า “in a way which damages or is likely to damage the European Communities’ financial interests” ออกไปเท่านั้น, United Nations Office on Drugs and Crime, “Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption,” p. 199.

วัตถุประสงค์เพื่อยกระดับประเด็นการทุจริต ให้กลายเป็นเรื่องผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างรัฐสมาชิก และขยายขอบเขตการปราบปรามการทุจริตระหว่างรัฐสมาชิกให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น¹⁹¹

ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2003 คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) กรอบแนวทางสำหรับการปราบปรามการทุจริตในภาคเอกชน (Framework decision on combating corruption in the private sector)¹⁹² กรอบความร่วมมือฉบับนี้จัดทำขึ้นเพื่อเร่งให้รัฐสมาชิกทุกรัฐ “ดำเนินการกำหนดให้การกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์ ขัดต่อหน้าที่ (breach of duty) ระเบียบข้อกำหนด คำแนะ หรือหลักปฏิบัติในวิชาชีพของตนด้วยความจงใจของธุรกิจ หรือเอกชนใดๆ ทั้งที่กระทำเพื่อตนเอง หรือเพื่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในเชิงรุก (การติดสินบน) หรือในเชิงรับ (การรับสินบน) ก็ตามให้รัฐสมาชิกกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในทางอาญา ทั้งนี้รวมถึงการยุยง ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้เกิดการทุจริตเช่นว่าเป็นความผิดทางอาญาด้วยเช่นกันซึ่งกรอบแนวทางฉบับนี้ให้มีผลใช้บังคับกับการกระทำของภาคธุรกิจ ทั้งที่ประกอบธุรกิจแบบแสวงหาผลกำไร และธุรกิจประเภทไม่แสวงหาผลกำไร การกระทำใดที่ถือเป็นความผิดตามกรอบแนวทางนี้ รัฐต้องกำหนดให้มีโทษจำคุก 1 ถึง 3 ปี และอาจกำหนดให้หยุดการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจได้ตามระยะเวลาที่รัฐเห็นสมควร สำหรับโทษของนิติบุคคลอาจกำหนดให้มีทั้งโทษปรับในทางอาญาและโทษปรับในทางแพ่ง¹⁹³

3. ทวีปเอเชีย

ภายหลังจากปี ค.ศ. 2000 เป็นต้นมาภูมิภาคเอเชียเริ่มมีความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับเรื่องการต่อต้านการทุจริตเช่นเดียวกัน การปราบปรามการทุจริตในแถบภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก ริเริ่มโดยธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชีย (Asian Development Bank (ADB)) องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา และรัฐบาลในประเทศแถบเอเชียแปซิฟิก ในการประชุมประจำปีของธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชียและองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับการ

¹⁹¹ Ibid., p. 183.

¹⁹² กรอบแนวทางสำหรับการปราบปรามการทุจริตในภาคเอกชนมีผลใช้บังคับในวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2003, [Online], 1 April .2015 Available: http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33308_en.htm

¹⁹³ United Nations Office on Drugs and Crime, “Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption,” pp. 10, 177.

ต่อต้านการทุจริตในเอเชียแปซิฟิก ครั้งที่ 3 ในปี ค.ศ. 2001 รัฐบาลของประเทศต่างๆที่เข้าร่วมประชุมในครั้งนั้น ทั้ง 23 ประเทศร่วมกันลงนามใน แผนปฏิบัติการเพื่อการต่อต้านการทุจริตสำหรับเอเชียแปซิฟิก (Anti-Corruption Action Plan for Asia and the Pacific)¹⁹⁴

ในแผนปฏิบัติการ ดังกล่าวประกอบด้วย 3 แผน ที่สำคัญด้วยกัน คือ (1) แผนเพื่อการพัฒนาประสิทธิภาพและความโปร่งใสในระบบการให้บริการสาธารณะ (2) แผนเพื่อการต่อต้านพฤติกรรม การติดสินบนอย่างจริงจังและส่งเสริมความซื่อสัตย์ในการดำเนินธุรกิจ และ (3) แผนเพื่อการพัฒนา กระตุ้นให้เกิดความร่วมมือจากภาคประชาสังคมและส่วนรวม โดยแผนปฏิบัติการดังกล่าวนี้ จะได้รับการ ทบทวนโดยคณะกรรมการผู้ริเริ่มการดำเนินการ (Initiatives's Steering Group) ประกอบด้วย ตัวแทนจากรัฐบาลของประเทศกลุ่มเอเชียแปซิฟิกที่ได้ลงนามรับรองว่าจะปฏิบัติตามแผนปฏิบัติการ ซึ่งปัจจุบันรัฐบาลที่ลงนามยอมรับแผนปฏิบัติการฉบับนี้ทั้งสิ้น 31 ประเทศ และจะหารือร่วมกับ คณะที่ปรึกษา (Adivisory Group) ประกอบด้วยองค์กรระหว่างประเทศ ภาคประชาสังคม องค์กร ธุรกิจและผู้ให้การสนับสนุน เพื่อปรับปรุงแผนปฏิบัติการและแผนการสำหรับการนำไปปฏิบัติ (Implementation Plan) เพื่อให้มีความเหมาะสม¹⁹⁵ โดยปัจจุบันคณะกรรมการผู้ริเริ่มการ ดำเนินการเห็นควรว่า รัฐบาลทั้งหลายที่ลงนามยอมรับตามแผนปฏิบัติการฉบับนี้ ควรเร่งอนุวัติการ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption) โดยเร็วทั้งนี้โดยผ่านกลไกการช่วยเหลือจากคณะกรรมการผู้ริเริ่มการ ดำเนินการ¹⁹⁶

4. ทวีปแอฟริกา

ในแถบภูมิภาคแอฟริกา ประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ (Southern African Development Community (SADC))¹⁹⁷ ได้ออกพิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้

¹⁹⁴ Anti-Corruption Action Plan for Asia and the Pacific [Online] Available from: <http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/anti-corruptionactionplanforasiaandthepacific.htm>

¹⁹⁵ “General Information: Supporting the fight against Corruption in Asia and the Pacific: The ADB/OECD Anti-Corruption Initiative,” (January 2015) [Online] Available from: <http://www.oecd.org/site/adboecdanticorruptioninitiative/ADB-OECD-Initiative-Information-Sheet.pdf>

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ ประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1992 ตามสนธิสัญญาประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ (Southern African Development Community Treaty) เพื่อยกระดับความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกให้มีความเข้มงวด โดยกำหนดให้ข้อตกลงทั้งหลายของประชาคมมีผลผูกพันในทางกฎหมายและทุกรัฐสมาชิกมีพันธกรณีจะต้องปฏิบัติตาม โดยเคร่งครัด ทั้งนี้ เพื่อให้วัตถุประสงค์ของประชาคมที่มุ่งเน้นให้บรรลุผลการรวมกลุ่มในภูมิภาคและขจัดความยากจนให้หมดไป ประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ ประกอบด้วยรัฐสมาชิกทั้งสิ้น 15 ประเทศ คือ อังโกลา บอตสวานา สาธารณรัฐ

เพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001 (Southern African Development Community Protocol against Corruption) แรงแปลกดันที่ทำให้เกิดพิธีสารฉบับนี้ขึ้น สืบเนื่องมาจากปัญหาการทุจริตภายในรัฐสมาชิก โดยเฉพาะปัญหาการทุจริตบริเวณชายแดนต่อเจ้าหน้าที่ศุลกากรของรัฐ ซึ่งกระทบต่อปัญหาด้านอื่นๆ เช่น การลักลอบเข้าประเทศ การลักลอบค้ายาเสพติด เป็นต้น ประกอบกับแรงกระตุ้นจากภายนอกที่มีทำต่อการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ โดยวัตถุประสงค์ของพิธีสารฉบับนี้ คือ ส่งเสริมให้กฎหมายภายในว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตของรัฐสมาชิกสอดคล้องกัน ส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกต่อเรื่องการทุจริตระหว่างประเทศ รวมถึงการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาการต่อต้านและป้องกันการทุจริตภายในรัฐสมาชิก เช่น การพัฒนาประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่รัฐ ปรับปรุงกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ปรับปรุงการเข้าถึงข้อมูลของทางการเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและง่ายต่อการตรวจสอบ จัดให้มีมาตรการป้องกันผู้ให้เบาะแสแก่การกระทำการทุจริต จัดตั้งหน่วยงานเพื่อดูแลการปราบปรามการทุจริตโดยเฉพาะ กระตุ้นและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของสื่อมวลชนและภาคประชาสังคม รวมถึง การให้ความรู้และสร้างความตระหนักแก่ประชาชนต่อการทุจริต และให้เปรียบเทียบการทุจริตถือเสมือนหนึ่งเป็น การกระทำที่ต้องปราบปรามให้หมดไปอย่างสิ้นเชิง (zero tolerance)¹⁹⁸ พิธีสารฉบับนี้มีผลเป็นการผูกพันรัฐสมาชิกของประชาคมทั้งหมดให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ซึ่งพิธีสารฉบับนี้มีผลใช้บังคับในวันที่ 6 เดือนสิงหาคม ค.ศ. 2003 และได้รับการตอบรับเป็นอย่างดีจากรัฐสมาชิกทั้งหลาย ยกตัวอย่าง เช่น ภายหลังจากพิธีสารฉบับนี้ประกาศให้ลงนามเพียงแปดเดือนประเทศแอฟริกาใต้ประกาศร่างกฎหมายการป้องกันการทุจริต (Prevention of Corruption Bill) และกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวกับการปราบปรามการทุจริตทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ เป็นต้น¹⁹⁹

ต่อมาประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ได้จัดให้อนุสัญญาแห่งสหภาพแอฟริกาว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ค.ศ. 2003 (African Union Convention on Preventing and Combating Corruption)²⁰⁰ ในการร่างอนุสัญญาดังกล่าว สหภาพแอฟริกาได้กระตุ้นให้ภาค

ประชากริปไตยคองโก เลโซโท มาดากัสกา มาลาวี มอริเชียส โมซัมบิก นามิเบีย เซเชลส์ แอฟริกาใต้ สวาซิแลนด์ สหสาธารณรัฐแทนซาเนีย แซมเบีย และซิมบับเว, โปรดดู SADC [Online], 1 April 2015 Available from: <http://www.sadc.int>

¹⁹⁸ United Nations Office on Drugs and Crime, "Corruption: Compendium of International Legal Instruments on Corruption," p. 18.

¹⁹⁹ Ibid, p. 19.

²⁰⁰ อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับในวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2006 ด้วยจำนวนรัฐที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 27 รัฐ, โปรดดู OECD [Online], 1 April 2015. Available: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>

ประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาร่าง ร่างอนุสัญญาฉบับนี้ดังกล่าวได้รับการลงมติยอมรับโดยประมุขของรัฐและหัวหน้าคณะรัฐบาลของรัฐสมาชิก เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 2003 อนุสัญญาฉบับนี้ได้ กล่าวถึง การประกันการเข้าถึง ข้อมูลและการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม และสื่อสารมวลชน ที่จะเข้ามามีส่วนช่วยในกระบวนการติดตามควบคุมพฤติกรรมกรรมการทุจริต โดยจุดเด่นของอนุสัญญาฉบับนี้ คือ การกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนแก่กิจกรรมกรรมการเมืองของพรรคการเมืองภายในรัฐสมาชิกต่างๆ ด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจากพฤติกรรมกรรมการทุจริต²⁰¹

ค. พัฒนาการปราบปรามการทุจริตในองค์กรเอกชน

นอกจากนี้ องค์กรเอกชนก็ได้มีความเคลื่อนไหวต่อเรื่องนี้เช่นเดียวกัน นำโดยหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC)) ซึ่งต้องสร้างบรรยากาศในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างซื่อสัตย์ให้เกิดขึ้น เนื่องจากหอการค้านานาชาติเชื่อว่าระบบการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ที่ปราศจากการทุจริต (corruption-free system) จะทำให้ทุกคนสามารถเข้ามาแข่งขันในระดับของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁰² นอกจากนี้ การต่อสู้กับการทุจริตถือเป็นหนึ่งในความรับผิดชอบของภาคเอกชนและเป็นหลักสำคัญของหลักธรรมาภิบาลของบริษัทด้วย (core of corporate responsibility and good corporate governance)²⁰³ ดังนั้นหอการค้านานาชาติจึงได้ออกหลักปฏิบัติหอการค้านานาชาติเพื่อต่อต้านการกรรโชกและการติดสินบนในธุรกรรมพาณิชย์ระหว่างประเทศ ฉบับปี ค.ศ. 1977 (ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery in International Business Transactions) เพื่อวัตถุประสงค์ในการกระตุ้นให้ภาคธุรกิจดำเนินการออกข้อกำหนดสำหรับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน (self-regulation) เป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักปฏิบัติหอการค้านานาชาติ กฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินธุรกิจของตน และตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งเพื่อส่งเสริมให้เกิดการดำเนินธุรกิจที่เหมาะสม (good commercial practice) และสร้างมาตรฐานที่ดีขึ้นให้แก่การดำเนินกิจกรรมทาง

²⁰¹ United Nations Office on Drugs and Crime, “Corruption: Compendium of International Legal instruments on Corruption,” p. 6.

²⁰² ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery in International Business Transactions 2011, p. 3, [Online], 1 April 2015. Available from: <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/ICC-Rules-on-Combating-Corruption-2011/>

²⁰³ Ibid.

พาณิชย์ โดยหลักปฏิบัติดังกล่าวกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการทุจริต ไว้ว่า “บุคคลใดๆ ต้องไม่เรียกรับหรือรับซึ่งสินบน ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยอ้อม และฝ่ายบริษัทเองต้องไม่เสนอ หรือให้ซึ่งสินบน อีกทั้งต้องปฏิเสธที่จะติดสินบนกรณีถูกเรียกรับสินบน” นอกจากนี้หลักปฏิบัติของหอการค้ายังได้กล่าวถึงการจัดหามาตรการที่เหมาะสมขึ้นมาเพื่อการป้องกันและควบคุมมิให้บุคคลของบริษัทไปกระทำการทุจริต ต่อมาหลักปฏิบัติดังกล่าวได้รับการแก้ไขและปรับปรุงเพื่อให้สะท้อนถึงข้อบัญญัติในตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทุจริตและเพื่อให้สอดคล้องกับยุคสมัย²⁰⁴

สรุป

จากความพยายามของรัฐ องค์การระหว่างประเทศ องค์การเอกชนระหว่างประเทศต่างๆ ที่พยายามคิดค้นมาตรการและกลยุทธ์ต่างๆ ขึ้นมา เพื่อจัดการกับการทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยพบว่า ภาครัฐและองค์การระหว่างประเทศต่างๆ มักจะนิยมใช้มาตรการทางกฎหมาย คือ การสร้างบทลงโทษให้แก่ผู้ที่กระทำความผิด รวมถึงการกำหนดบทบาทหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่จากปัญหาและลักษณะของการทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่มีหลากหลายมิติจึงทำให้เกิดการพัฒนาไปสู่การเปิดโอกาสให้ภาคเอกชน เช่น บริษัทข้ามชาติ เป็นต้น ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการเข้ามามีบทบาทต่อการปราบปรามการทุจริต ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดคือ ข้อตกลงนานาชาติที่ออกภายใต้กรอบองค์การสหประชาชาติ ที่ได้รับความร่วมมือจากภาคเอกชนเป็นอย่างดี เป็นการแสดงให้เห็นถึงความยอมรับของทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนต่อการปราบปรามการทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และจากความพยายามเหล่านั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจของสังคมโลก หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็น ฉันทามติจากทั่วโลก (international concensus) สะท้อนออกมาผ่านเวทีระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นฉันทามติจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนร่วมกันว่า การทุจริตเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคม ทำลายสถาบันและคุณค่าของประชาธิปไตย คุณค่าของจริยธรรมและความยุติธรรม รวมถึงทำลายการพัฒนาที่ยั่งยืนและหลักนิติธรรม การทุจริตไม่ใช่เรื่องภายในประเทศใดประเทศหนึ่งอีกต่อไป แต่กลายเป็นปรากฏการณ์ข้ามชาติที่ส่งผลกระทบต่อทุกๆ สังคมและเศรษฐกิจ ฉะนั้น ความร่วมมือทางระหว่างประเทศเพื่อปกป้องและควบคุมการทุจริตเป็นเรื่องที่จำเป็น²⁰⁵ และเปรียบเสมือนการสอดแทรกศีลธรรมและแนวคิดทางมหาชน เข้ามาใส่ไว้ในกรอบการต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศทำให้การต่อต้านการทุจริต

²⁰⁴ หลักปฏิบัติหอการค้านานาชาติเพื่อต่อต้านการกรรโชกและการติดสินบนในธุรกรรมพาณิชย์ระหว่างประเทศ ได้รับการแก้ไขและปรับปรุงทั้งสิ้น 3 ครั้ง โดยฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับปี ค.ศ. 2011, Ibid.

²⁰⁵ Preamble, United Nations Convention against Corruption

คงไม่มีผู้ใดที่จะปฏิเสธว่า การทุจริตเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (*contra bonos mores*) โดยศีลธรรมเกิดขึ้นจากความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบและการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่มิชอบ²⁰⁶ ซึ่งเราปฏิเสธไม่ได้อีกเช่นเดียวกันว่า ความรู้สึกนึกคิดและจิตสำนึกของมนุษย์ ประกอบกับอิทธิพลจากทัศนคติแนวคิดทางสังคม ศาสนา วัฒนธรรม ล้วนส่งผลต่อความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ได้ว่าการกระทำเช่นว่าเป็นการกระทำที่ชอบหรือไม่ โดยหลักฐานที่ปรากฏให้เห็นชัดว่า การทุจริตขัดต่อศีลธรรมและเป็นบ่อนทำลายศีลธรรมปรากฏในอารัมภบทของตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ที่มีก่นำการทุจริตมากล่าวเชื่อมโยงไว้กับคุณค่าทางศีลธรรมและคุณค่าอื่นๆ รวมถึงความยุติธรรม ตัวอย่างเช่น “รัฐภาคีตระหนักถึงความร้ายแรงและภัยคุกคามที่เกิดจากการทุจริต ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัยของสังคม บ่อนทำลายสถาบัน และคุณค่าของประชาธิปไตย คุณค่าของศีลธรรม (ethical values) และความยุติธรรม รวมถึงเป็นภัยต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนและหลักนิติรัฐ”²⁰⁷ “ปัญหาการทุจริตส่งผลกระทบต่อศีลธรรม (moral)”²⁰⁸ “ปัญหาการทุจริตส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีและความยุติธรรมและทำลายศีลธรรมอันดีอันเป็นเกราะป้องกันของสังคม (society’s moral fiber)”²⁰⁹ การทุจริตเป็นอันตรายต่อศีลธรรมอันเป็นพื้นฐานของสังคม (moral foundations of society)”²¹⁰ เป็นต้น กระทั่งมีผู้กล่าวว่าการต่อต้านการทุจริตถือเป็นศีลธรรมอันไม่สามารถกระทำหรือแย้งได้ (morally unassailable)²¹¹ ประกอบกับแนวปฏิบัติของศาลทุกประเทศปฏิเสธที่จะอำนวยความสะดวกแก่สัญญาที่ได้มาโดยการทุจริต เพราะเหตุที่การทุจริตนั้นย่อมขัดต่อความยุติธรรมและขัดต่อกฎหมายของเกือบทุกระบบกฎหมาย กล่าวมาถึงตรงนี้ผู้วิจัยขอสรุปว่า การทุจริตถือเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมและความยุติธรรมอันเป็นหลักพื้นฐานของสังคม ฉะนั้น แนวคิดเรื่องการต่อต้านการทุจริตถือเป็นหลักพื้นฐานทางศีลธรรมที่ไม่อาจละเมิดได้และถือเป็นหลักพื้นฐานอันเกี่ยวกับศีลธรรมและความยุติธรรม ซึ่งหลักพื้นฐานดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายสาธารณะ

²⁰⁶ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2548), หน้า 71.

²⁰⁷ Preamble of United Nations Convention against Corruption 2003

²⁰⁸ Preamble of OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997

²⁰⁹ Preamble of Inter-American Convention against Corruption 1996

²¹⁰ Preamble of Criminal Law Convention on Corruption 1998

²¹¹ Bill Shaw, “The Foreign Corrupt Practices Act and Progency: Morally Unassailable,” Cornell International Law Journal 33 (2000): 689.

เมื่อการทุจริตกลายเป็นปรากฏการณ์ข้ามชาติส่งผลกระทบต่อทุกสังคมและทุกระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการทุจริตในบริบทธุรกรรมเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ ฉะนั้น ความร่วมมือทางระหว่างประเทศเพื่อการต่อสู้กับการทุจริตในทุกระดับจึงเป็นเรื่องจำเป็น หลักฐานที่แสดงให้เห็นได้ชัดว่า การต่อต้านการทุจริต รวมถึงการทุจริตระหว่างประเทศได้กลายมาเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐจะต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตาม ปรากฏในข้อบทของตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายต้องกำหนดให้การทุจริตระหว่างประเทศให้เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐภาคี โดยพันธกรณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศเหล่านั้น ย่อมสะท้อนออกมาจากความยินยอมหรือความเห็นพ้องของรัฐภาคี เริ่มต้นจากการจุดประกายจากในแต่ละภูมิภาคกระทั่งกลายมาเป็นฉันทามติสากลที่สะท้อนอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการทุจริตฉบับสำคัญและแสดงถึงฉันทามติจากนานาชาติได้ดีที่สุด คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ด้วยจำนวนรัฐภาคีทั้งสิ้น 176 ประเทศ อนุสัญญาฉบับนี้จึงเปรียบเสมือนเป้าหมายและความต้องการของสังคมระหว่างประเทศโดยรวม เพราะเป็นสิ่งที่เกือบทุกประเทศในโลกเห็นตรงกันและให้ความสำคัญกับการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ โดยไม่ขึ้นกับนโยบายของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่ง

จากข้อเท็จจริงข้างต้นประกอบกับการศึกษาในเรื่องประเภทของนโยบายสาธารณะพบว่า พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่มีอยู่ต่อรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ²¹² และหากพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นได้รับการยอมรับ หรือฉันทามติการยอมรับนานาอารยะประเทศ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศดังกล่าว จะกลายเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติ²¹³ ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ผู้วิจัยได้อธิบายมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า การปราบปรามการทุจริตในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ถือเป็นสิ่งที่สังคมระหว่างประเทศเห็นตรงกันว่าเป็นสิ่งที่ควรต้องปราบปราม เพราะเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรม ความยุติธรรม คุณค่าที่สำคัญและจำเป็นต่อสังคมระหว่างประเทศ และสรุปได้ว่าปัจจุบันการปราบปรามการทุจริตในการประกอบทุจริตระหว่างประเทศ รวมถึงการปราบปรามการทุจริตในการลงทุน กลายเป็นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติแล้วในปัจจุบัน

²¹² Committee on International Commercial Arbitration of International Law Association, “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,” (New Delhi Conference, 2002), para 32.

²¹³ Ibid., para 49.

นอกจากนี้ จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นผู้วิจัยได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายสาธารณะแต่ละประเภทกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อชี้ให้เห็นถึงหน้าที่โดยอ้อมของคณะอนุญาโตตุลาการว่า คณะอนุญาโตตุลาการควรต้องนำนโยบายสาธารณะเข้ามาพิจารณาในการพิจารณาคดีด้วย เพราะคณะอนุญาโตตุลาการควรทำคำชี้ขาดให้บังคับได้ เพื่อที่จะได้อำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี เนื่องจากหากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อนโยบายสาธารณะ อาจเป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งนโยบายสาธารณะที่คณะอนุญาโตตุลาการควรนำมาใช้บังคับในการพิจารณาในกรณีการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด คือ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติ สนับสนุนโดยรายงานฉบับสมบูรณ์ขององค์กรกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) กล่าวว่า “ศาลควรนำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศของประเทศอันเป็นที่ตั้งของศาลนั้นเองมาใช้บังคับ (international public policy of that State)”²¹⁴ ฉะนั้น จึงเป็นการชี้ให้เห็นหน้าที่ในทางอ้อมของคณะอนุญาโตตุลาการในเบื้องต้นว่า นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการได้อย่างไร ซึ่งจะเป็นประเด็นนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาโดยละเอียดในบทถัดไป ในส่วนต่อไปจะได้พิจารณาประเภทและลักษณะการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อพิจารณาว่าประเภทและลักษณะการทุจริตที่ทั่วโลกเห็นตรงกันว่าควรต้องปราบปรามมีลักษณะอย่างไร

2.3 ประเภทและลักษณะการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศ

จากการศึกษาในส่วนที่แล้วทำให้ทราบว่า การปราบปรามการทุจริตได้กลายเป็นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติที่ถือเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมระหว่างประเทศที่จะปราบปรามพฤติกรรมดังกล่าวให้หมดไป ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงประเภทและลักษณะของการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศที่ควรได้รับการปราบปราม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความเข้าใจที่ตรงกันว่า ประเภทและลักษณะของพฤติกรรมการทุจริตลักษณะใดที่ควรได้รับการปราบปรามตามนัยของตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตที่

²¹⁴ Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, International Law Association, New Delhi Conference Committee on International Commercial Arbitration, 2002. para. 39.

สะท้อนถึงเป็นมิตรร่วมกันของสังคมโลกดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการทุจริตซึ่งถือได้ว่ามีหลากหลายด้าน (multitude of faces)²¹⁵ ภายใต้วิธานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงเพียงการทุจริตข้ามชาติ (transnational corruption) หรือการทุจริตระหว่างประเทศในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศเท่านั้น เพื่อจำกัดกรอบในการศึกษาเฉพาะประเภทและลักษณะของการทุจริตที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับการลงทุนระหว่างประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน เนื่องจากลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศและข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุน และนักลงทุนต่างประเทศ รวมถึงองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องจึงทำให้ขอบเขตของประเภทและลักษณะการทุจริตที่จะนำมาพิจารณาในที่นี้ถูกจำกัดลงด้วยเหตุผลดังกล่าว

หนึ่งในอุปสรรคที่สำคัญในการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ มาจากความแตกต่างของประเภทและลักษณะของการทุจริตที่แต่ละประเทศกำหนดให้เป็นความผิดในทางอาญามีความแตกต่างกัน กระทั่งเกิดความสับสนในความหมาย (chaos of meaning)²¹⁶ ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากลักษณะของการทุจริตที่ถูกมองว่าสัมพันธ์โดยตรงกับกิจการของรัฐ และแต่ละรัฐเองก็มีวัฒนธรรมธรรมเนียมปฏิบัติที่แตกต่างกัน ซึ่งปฏิเสธไม่ได้เลยว่าทัศนคติและวัฒนธรรมมีอิทธิพลต่อการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาเกี่ยวกับการทุจริต จากความแตกต่างกันเรื่องประเภทและลักษณะของการทุจริตดังกล่าว ทำให้เกิดความพยายามในทางระหว่างประเทศที่จะกำหนดประเภทและลักษณะของการทุจริตเพื่อให้ประเทศต่างๆที่เป็นรัฐภาคีนำไปกำหนดเป็นความรับผิดทางอาญา (criminalisation) ให้สอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาและพิธีสารว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตที่ออกในกรอบขององค์การระหว่างประเทศ และองค์การเอกชนระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อลดอุปสรรคของความไม่ลงรอยและความคลุมเครือของประเภทและลักษณะของการทุจริต และทำให้มีความสอดคล้องกันพอจะเป็น ความหมายการทุจริตข้ามวัฒนธรรม (cross-culture definition)²¹⁷ ที่ใช้ได้กับทุกวัฒนธรรม เป็นความหมายของการทุจริตที่เป็นที่เข้าใจร่วมกันเป็นสากล

²¹⁵ ภายใต้อนุสัญญาต่างๆมีความพยายามที่จะกำหนดความผิดทางอาญาไว้ในหลายด้านด้วยกัน 1. การทุจริตในภาคเอกชนต่อเอกชน (private-private) 2. การทุจริตที่เป็นเรื่องภายในโดยแท้ (domestic corruption) และ 3. การทุจริตระหว่างประเทศ

²¹⁶ Abiola O. Makinwa, "Researching Civil Remedies for International Corruption: The Choice of the Functional Comparative Method," *Erasmus Law Review* 2 (2009): 338.

²¹⁷ Abiola O. Makinwa, "Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration," in *The Civil Law Consequences of Corruption*, ed. Olaf Meyer (2009), p. 258.

มากกว่าความเข้าใจภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งแสดงถึงสถานะความเป็นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ และนโยบายสาธารณะข้ามชาติของการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศระดับพหุภาคี และระดับภูมิภาค โดยจะทำการศึกษาประเภทและลักษณะการทุจริตจากอนุสัญญาและพิธีสารระหว่างประเทศด้านการต่อต้านการทุจริต 5 ฉบับ ได้แก่ (1) อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (2) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (3) อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996 (4) อนุสัญญาแห่งองค์การสภาพแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 และ (5) พิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001

2.3.1 ประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศระดับพหุภาคี

2.3.1.1 อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997

อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997 (Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction)²¹⁸ กำหนดให้พฤติกรรมการติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ เป็นพฤติกรรมการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามตามนัยของอนุสัญญาฉบับนี้ มีรายละเอียดดังนี้

²¹⁸ อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศได้รับการลงมติรับรองในวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1997 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 โดยปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 41 ประเทศ (รัฐสมาชิกทั้งสิ้น 34 ประเทศ และรัฐที่มีใช้สมาชิกขององค์การอีก 7 ประเทศได้แก่ ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศบราซิล ประเทศบัลแกเรีย ประเทศโคลัมเบีย ประเทศลัตเวีย ประเทศรัสเซีย และประเทศแอฟริกาใต้, โปรดดู OECD [Online], 1 April 2015. Available from: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>; <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

ข้อ 1 การติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ

1. รัฐสมาชิกแต่ละรัฐควรจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสม โดยการกำหนดให้พฤติกรรมดังต่อไปนี้เป็นความผิดในทางอาญาตามกฎหมายภายในของประเทศตน ผู้ใดเจตนาเสนอ ให้ค้ำประกันสัญญา หรือให้ประโยชน์อันเป็นตัวเงินหรือประโยชน์ใดอันมิควรได้อื่นใดแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศหรือบุคคลที่สาม โดยตรงหรือโดยผ่านบุคคลกลาง เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามที่ ทั้งนี้ เพื่อให้ได้มา คงไว้ซึ่งประโยชน์ทางธุรกิจ หรือประโยชน์ที่มีขอบอื่นใดในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ²¹⁹

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. เสนอ ให้ค้ำประกันสัญญา หรือให้ โดยตรง หรือโดยผ่านบุคคลกลาง
3. ประโยชน์อันเป็นตัวเงิน หรือประโยชน์อันมิชอบอื่นใดแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ สำหรับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้น หรือเพื่อบุคคลที่สาม

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ของตน และเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ซึ่งประโยชน์ทางธุรกิจ หรือประโยชน์ที่มีขอบอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ

ตามความหมายของอนุสัญญาฉบับนี้ ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการทุจริตระหว่างประเทศ คือ ผู้ใดที่กระทำการโดยเจตนา (intentionally) เสนอ (offer) ให้ค้ำประกันสัญญา (promise)

²¹⁹ Article 1 The Offence of Bribery of Foreign Public Officials of OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction, “1. Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.”

หรือให้ (give) การที่อนุสัญญาเน้นถึงเจตนา เพื่อเน้นถึงความตั้งใจกระทำการทุจริต อันเกี่ยวข้องกับ ความตั้งใจในการเสนอ ให้คำมั่นสัญญา ให้ประโยชน์และผลลัพธ์จากการให้ผลประโยชน์นั้น²²⁰ โปรด สังเกตว่าอนุสัญญากำหนดถึงการให้คำมั่นสัญญาเป็นหนึ่งในกิริยาของการติดสินบนนอกเหนือจากการ เสนอและการให้ แม้ว่าการเสนอจะครอบคลุมการให้คำมั่นสัญญา ('promise' must surely involve an offer) อยู่แล้วก็ตาม²²¹ โดยประโยชน์อันเป็นตัวเงินหรือประโยชน์อันมิชอบอื่นใด (any undue pecuniary or other advantage) ตามความหมายของอนุสัญญาฉบับนี้ควรจะหมายถึง ประโยชน์ ใดๆ ที่ผู้รับไม่ได้รับอนุญาตให้รับ โดยไม่มีข้อยกเว้นแม้ว่าประโยชน์นั้นจะมีมูลค่าเล็กน้อย (low value) หรือเป็นสิ่งที่สังคมให้การยอมรับก็ตาม (socially acceptable) เนื่องจากอนุสัญญาไม่ ประสงค์ให้มีการกล่าวอ้างว่า การติดสินบนเช่นว่าเป็นวัฒนธรรม ('I was operating in a gift giving culture excuse and dressing up bribe as a gift')²²²

การให้ซึ่งประโยชน์ที่มีขอบนั้นอาจให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรง (directly) หรือ โดยผ่านบุคคลกลาง (through intermediaries) การที่อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดให้ครอบคลุมถึงการ ให้สินบนโดยผ่านบุคคลกลางเพราะตระหนักดีถึงปัญหาการทุจริตที่เกิดขึ้นในบริบทของการทำ ธุรกิจระหว่างประเทศ (international business transactions) ซึ่งมีความซับซ้อนและมักกระทำ ผ่านบุคคลกลาง²²³ เพราะแนวปฏิบัติของการทุจริตข้ามชาติ (transnational corruption practices) ไม่ได้ถูกจำกัดแค่เพียงผู้ติดสินบน (briber) และผู้รับสินบน (bribee) เท่านั้น²²⁴

ประโยชน์อันมิชอบเช่นว่าตกแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้นเอง หรือตกแก่บุคคลที่สาม (third party) กล่าวคือ กรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้รับผลประโยชน์ (third-party beneficiary) อันมิ ชอบนั้นไว้เอง อาจเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้น เช่น คู่สมรส เพื่อน ร่วมงาน หุ้นส่วน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญามีได้กล่าวไว้ชัดว่า การตีความประโยชน์ที่ตกแก่ บุคคลที่สามนั้น ต้องเป็นในลักษณะที่ประโยชน์เช่นว่าไม่ได้ตกมาอยู่ในมือของเจ้าหน้าที่รัฐ

²²⁰ Colin Nicholls QC, et al., *Corruption and Misuse of Public Office*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2011), p. 409.

²²¹ Ibid., p. 402.

²²² Ibid., pp. 407-408.

²²³ Ibid., p. 404.

²²⁴ Ibid., 405.

ต่างประเทศเลย (without passing through the hand of foreign public official) หรือผ่านเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม²²⁵

นอกจากนี้ การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเช่นว่านั้น ต้องเป็นเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ โดยเชื่อมโยงกับเจตนาของการกระทำในช่วงแรก ที่กล่าวไป คือ ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้การติดสินบนเช่นว่าต้องเป็นไปเพื่อปฏิบัติ (act) หรือละเว้น (refrain) การปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น (official duties) ซึ่งอนุสัญญากล่าวไว้โดยกว้างโดยไม่ได้นิยามว่า หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ (official duties) เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐภาคีนำไปกำหนดให้สอดคล้องและครอบคลุมการกระทำทุจริตที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย และองค์ประกอบสุดท้ายของความรับผิดทางอาญาเรื่องการทุจริตตามอนุสัญญาฉบับนี้ คือ ผู้กระทำการติดสินบนต้องแฝงด้วยเจตนาพิเศษเพื่อให้ได้มา (obtain) หรือคงไว้ (retain) ซึ่งประโยชน์ทางธุรกิจ หรือประโยชน์ที่มีขอบอื่นใดในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ กล่าวโดยสรุป ประเภทและลักษณะการทุจริตระหว่างประเทศตามที่รัฐสมาชิกและรัฐที่ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญายอมรับ รวมทั้งสิ้น 41 รัฐทั่วโลก จากทุกทวีป²²⁶ คือ การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ

2.3.1.2 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption)²²⁷ กำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมายไว้ในหมวดที่ 3 ของอนุสัญญา ซึ่งครอบคลุมการกำหนดให้ รัฐภาคีต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาใน เรื่อง การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ (government official) และเจ้าหน้าที่องค์การระหว่างประเทศ รวมถึงการเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

²²⁵ Ibid., 406.

²²⁶ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction: Ratification status as of 21 May 2014, [Online], 1 April 2015 Available from: <http://www.oecd.org/daf/antibribery/WGBRatificationStatus.pdf>

²²⁷ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตได้รับการลงมติรับรองในวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2003 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2004 ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 176 ประเทศ (ข้อมูลตรวจสอบ ณ วันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558), โปรดดู United Nations [Online], 24 February 2015. Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

กำหนดไว้ในข้อ 16 การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้ทั้งการติดสินบนและการเรียกรับสินบนดังนี้

ข้อ 16 การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับเอา มาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่อาจจำเป็น เพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา สำหรับการกระทำโดยเจตนาด้วยการให้คำมั่น สัญญา การเสนอ หรือการให้ แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ของ องค์กรระหว่างประเทศระหว่างรัฐบาล โดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งประโยชน์อันมิควรได้ สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเอง บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์ อื่นใดอันมิควรได้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ²²⁸
2. รัฐภาคีแต่ละรัฐควรพิจารณารับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นที่ อาจจำเป็นเพื่อกำหนดเป็นความผิดทางอาญา สำหรับการกระทำโดยเจตนาด้วยการ เรียกรับหรือการรับ โดยเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรระหว่าง ประเทศ โดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งประโยชน์อันมิควรได้สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเอง บุคคลอื่นหรือนิติบุคคลอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ หน้าที่²²⁹

²²⁸ Article 16 Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations of United Nations Convention against Corruption, “1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the promise, offering or giving to a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.”

²²⁹ Article 16 of United Nations Convention against Corruption, “2. Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบความผิดเรื่องการติดสินบน

องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. ให้คำมั่นสัญญา เสนอ หรือให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม
3. ประโยชน์อันมิควรได้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเอง บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ และเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์อื่นใดอันมิควรได้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

ในส่วนขององค์ประกอบความผิดทางอาญาเรื่องการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ตามนัยของอนุสัญญาฉบับนี้ หากผู้อ่านสังเกตจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกับองค์ประกอบความรับผิดที่อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศกำหนดไว้สำหรับการกระทำทุจริตในลักษณะเดียวกัน ฉะนั้น ผู้วิจัยจะขอหยิบยกในส่วนที่มีความแตกต่างกันขึ้นมากล่าวดังนี้

อนุสัญญาฉบับนี้ขยายขอบเขตของคำว่า “เจ้าหน้าที่” นอกจากเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศให้รวมถึงเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศระหว่างรัฐบาลด้วย ซึ่งตามอนุสัญญาเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ (foreign public official) หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งดำนินิติบัญญัติ บริหารปกครองหรือตุลาการของรัฐต่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าตำแหน่งดังกล่าวจะได้มาโดยการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง รวมถึงบุคคลใดๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ในทางการ (public function) ให้แก่รัฐต่างประเทศ ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ²³⁰ และเจ้า

²³⁰ Article 2 Use of terms of United Nations Convention against Corruption, “(b) “Foreign public official” shall mean any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a foreign country,

หน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ (Official of a public international organization) หมายถึง เจ้าพนักงานพลเรือนระหว่างประเทศ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบอำนาจจากองค์การระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐบาลให้ปฏิบัติหน้าที่ในนามของ องค์การระหว่างประเทศดังกล่าว²³¹

สำหรับการรับประโยชน์อันมิควรได้ตามอนุสัญญาฉบับนี้ อาจตกแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ผู้นั้นเองหรือตกแก่บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่น (another person or entity) ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุม ลักษณะของบุคคลทั้งหมด ฉะนั้น กรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้รับผลประโยชน์ (third-party beneficiary) อันมิชอบนั้นไว้เอง อาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ทั้งหมดนั้นคือข้อแตกต่างระหว่างองค์ประกอบความผิดของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแท้จริงแล้วเป็นเพียงการเพิ่มเติมให้รัดกุมขึ้น นอกจากนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ยังได้เพิ่มความรับผิดทางอาญาแก่ความผิดเรื่องการเรียกรับสินบน ที่อนุสัญญาอนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้ โดยความรับผิดฐานดังกล่าวมีองค์ประกอบความผิดดังนี้

องค์ประกอบความผิดเรื่องการเรียกรับสินบน

องค์ประกอบภายนอก

1. เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ
2. เรียก หรือรับ โดยตรงหรือโดยอ้อม
3. ประโยชน์อันมิควรได้ไว้สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเอง บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

จากองค์ประกอบความรับผิดดังกล่าวพบว่า กรณีเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ กระทำการโดยเจตนาเพื่อเรียกหรือรับ ประโยชน์อันมิควรได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ

whether appointed or elected; and any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise;...”

²³¹ Article 2 Use of terms of United Nations Convention against Corruption, “(c) “Official of a public international organization” shall mean an international civil servant or any person who is authorized by such an organization to act on behalf of that organization;...”

เป็นผู้เรียกหรือรับ ประโยชน์นั้นเองโดยตรงหรือโดยอ้อม ด้วยการอาศัยตัวกลางหรือบุคคลอื่น และไม่
 ว่าจะเป็นการรับไว้ซึ่งประโยชน์ดังกล่าวนี้เอง หรือประโยชน์อาจตกแก่บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่นที่
 เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ย่อมได้ไม่จำกัดว่าต้องตกแก่เจ้าหน้าที่ผู้นั้น โดยการเรียกหรือรับประโยชน์
 อันมิควรได้นั้นกระทำไป เพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ทางการของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น

กล่าวโดยสรุป อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 มีรัฐภาคี
 ทั้งสิ้น 176 ประเทศจากทุกภูมิภาคทั่วโลก อาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการ
 ต่อต้านการทุจริตฉบับนี้เป็นฉันทามติอย่างเป็นสากล (universal consensus) และได้สะท้อน
 เจตนารมณ์ร่วมกันว่าของสังคมระหว่างประเทศว่า ประเภทและลักษณะของการทุจริตระหว่าง
 ประเทศที่ควรได้รับการปราบปราม คือ การติดสินบนและการเรียกรับสินบนระหว่างเอกชนและ
 เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศหรือเจ้าหน้าที่องค์กรระหว่างประเทศ โดยในส่วนของติดสินบนนั้น ต้องมี
 เจตนาพิเศษเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ซึ่งประโยชน์ทางธุรกิจ หรือการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจระหว่าง
 ประเทศ

2.3.2 ประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่าง ประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศระดับภูมิภาค

2.3.2.1 อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996

อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996 (Inter-American
 Convention against Corruption)²³² มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาใน
 การทุจริตระหว่างประเทศ คือ การติดสินบนข้ามชาติ (Transnational Bribery) ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 8
 ของอนุสัญญา ดังนี้

ข้อ 8 การติดสินบนข้ามชาติ

ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของตน รัฐภาคี
 แต่ละรัฐต้องกำหนดห้ามและลงโทษ คนชาติ บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐของตน และสถาน
 ธุรกิจในถิ่นที่ตั้งอยู่ในรัฐของตน สำหรับการเสนอหรือการให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม

²³² อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันต่อต้านการทุจริตได้รับการลงมติยอมรับในวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1996, โปรดดู OAS [Online],
 1 April 2015. Available from: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html>

ซึ่งประโยชน์อันเป็นตัวเงินหรือประโยชน์อื่น เช่น ของขวัญ ของสมนาคุณ คำมั่นสัญญา แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติงานตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ อันเกี่ยวข้องกับทางธุรกรรมในเชิงเศรษฐกิจหรือธุรกรรมเชิงพาณิชย์²³³

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ข้อ 8 ของอนุสัญญากำหนดความผิดความผิดทางอาญาแก่การทุจริตต่างประเทศจำกัดอยู่แค่การทุจริตประเภทการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ (government of another state) และกำหนดความผิดให้แก่ด้านผู้ให้สินบน (supply side) เท่านั้น จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. คนชาติ บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐของตน และสถานธุรกิจอันมีถิ่นที่ตั้งอยู่ในรัฐของตน
2. เสนอ หรือให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม
3. ประโยชน์อันเป็นตัวเงิน หรือประโยชน์อื่น เช่น ของขวัญ ของสมนาคุณ คำมั่นสัญญา หรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศนั้น ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับทางธุรกรรมในเชิงเศรษฐกิจหรือธุรกรรมเชิงพาณิชย์

จากองค์ประกอบความผิดดังกล่าวเราจะเห็นว่า การกระทำโดยเจตนาของบุคคล ได้แก่ คนชาติ หรือบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น หรือนิติบุคคลอันมีถิ่นที่ตั้งอยู่ในรัฐของตน กระทำการเสนอ (มีจำเป็นต้องให้ในทันที) หรือให้ ประโยชน์ใดๆ อันเป็นประโยชน์ที่มีคุณค่าในเชิงเศรษฐกิจโดยไม่จำกัด

²³³ Article VIII Transnational Bribery of Inter-American Convention against Corruption, "Subject to its Constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall prohibit and punish the offering or granting, directly or indirectly, by its nationals, persons having their habitual residence in its territory, and businesses domiciled there, to a government official of another State, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favor, promise or advantage, in connection with any economic or commercial transaction in exchange for any act or omission in the performance of that official's public functions..."

ว่าจะเป็นเพียงตัวเงินเท่านั้น ซึ่งในข้อบทนี้ได้ยกตัวอย่างไว้ด้วย เช่น ของขวัญ ของสมนาคุณ คำมั่นสัญญา หรือประโยชน์อื่นใด เป็นต้น

การเสนอ หรือการให้เซ็นว่า กระทบต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ซึ่งคำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ” (government official of another state) ตามความหมายของอนุสัญญาฉบับนี้ คือ เจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของรัฐหรือตัวแทนของรัฐ รวมถึง ผู้ใดก็ตามที่ได้รับเลือก แต่งตั้ง หรือเลือกตั้งเข้ามาเพื่อดำเนินกิจกรรมหรือหน้าที่ ในนามของรัฐหรือเพื่อรัฐ ทั้งนี้ ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะดำรงตำแหน่งในระดับใดก็ตาม²³⁴ และการเสนอหรือการให้สินบนเช่นว่า อาจไม่ต้องให้โดยตรงแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้น อาจกระทำโดยผ่านคนกลางเพื่อให้คนกลางนำไปให้แก่เจ้าหน้าที่อีกต่อหนึ่งก็ย่อมได้ และประโยชน์อันมิชอบเช่นว่าตกแก่ “เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ” เท่านั้น เพราะอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้ขยายความออกไปไกลครอบคลุมกรณีการที่ประโยชน์อาจตกแก่ผู้อื่นก็ได้ ดังเช่นที่เราจะพบในอนุสัญญาฉบับอื่น ซึ่งเราจะได้ทำการพิจารณาต่อไป

นอกจากนั้น การกระทำดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อเจตนาให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้นปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ของตน ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้กำหนดความหมายของ คำว่า “หน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่” (Public service) ระบุว่า หน้าที่โดยถาวรหรือหน้าที่โดยชั่วคราว ไม่ว่าเป็นจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ซึ่งบุคคลเช่นว่าปฏิบัติหน้าที่ในนามของรัฐ หรือเพื่อรัฐ หรือเพื่อองค์กรของรัฐ ทั้งนี้ ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะดำรงตำแหน่งในระดับใดก็ตาม²³⁵ โดยการกระทำการและละเว้นการกระทำการเช่นว่า ต้องเป็นการปฏิบัติการณ์อันเกี่ยวข้องกับธุรกรรมในเชิงเศรษฐกิจหรือธุรกรรมเชิงพาณิชย์ (in connection with any economic or commercial transaction)

หากกระทำครบองค์ประกอบเช่นว่าก็จะถือได้ว่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นการติดสินบนข้ามชาติ และถือเป็นพฤติกรรมการทุจริต (act of corruption) ที่รัฐภาคีควรต้องกำหนดเป็นความผิด

²³⁴ Article I Definition of Inter-American Convention against Corruption, “... “Public official”, “government official”, or “public servant” means any official or employee of the State or its agencies, including those who have been selected, appointed, or elected to perform activities or functions in the name of the State or in the service of the State, at any level of its hierarchy.”

²³⁵ Article I Definition of Inter-American Convention against Corruption, “Public function” means any temporary or permanent, paid or honorary activity, performed by a natural person in the name of the State or in the service of the State or its institutions, at any level of its hierarchy. ...”

ทางอาญาตามอนุสัญญาฉบับนี้ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่า เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศจะยอมรับสินบนหรือประโยชน์ที่เสนอว่าจะให้ หรือให้หรือไม่ หรือเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศจะปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ตามเจตนาของผู้ติดสินบนหรือไม่ก็ตาม

กล่าวโดยสรุป การทุจริตระหว่างประเทศ ตามที่อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริต ซึ่งเป็นการสะท้อนการยอมรับของประเทศในแถบทวีปอเมริกาต่อการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ คือ การติดสินบนข้ามชาติ

2.3.2.2 อนุสัญญาแห่งองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ.

1998

อนุสัญญาแห่งองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998 (Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption)²³⁶ กำหนดความผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตไว้ในหมวดที่ 2 เรื่อง มาตรการในระดับภายในประเทศที่ต้องดำเนินการ (Measure to be taken in national level) ส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการทุจริตระหว่างประเทศ ถูกกำหนดไว้ใน ข้อ 5 เรื่อง การติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ (Bribery of foreign public officials) ข้อ 6 เรื่อง การติดสินบนต่อสมาชิกรัฐสภาของรัฐอื่น (Bribery of members of foreign public assemblies) ข้อ 11 การติดสินบนต่อผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ของศาลต่างประเทศ (Bribery of judges and officials of international courts) และข้อ 12 การเอื้อประโยชน์ (Trading in influence)

โดยความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการทุจริตต่างประเทศ ตามข้อ 5, 6 และข้อ 11 จะมีเทคนิคการร่างที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ทุกข้อจะอ้างอิงถึงประเภทและลักษณะการทุจริตตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 และข้อ 3 ของอนุสัญญา เพียงแต่เปลี่ยนสถานะของบุคคลเท่านั้น

คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” (public official) ตามความหมายของอนุสัญญาฉบับนี้เปิดกว้างให้เป็นดุลยพินิจของรัฐภาคี กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่ตามความหมายของกฎหมายภายในของรัฐภาคี อาจ

²³⁶ อนุสัญญาองค์การสภาแห่งยุโรปว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญาได้รับการลงมติรับรองในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1999 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2002 โดยมีรัฐให้สัตยาบันทั้งสิ้น 43 ประเทศ, โปรดดู OECD [Online], 1 April 2015. Available from: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>

หมายความถึง เจ้าหน้าที่ระดับท้องถิ่น รัฐมนตรี หรือผู้พิพากษา²³⁷ ซึ่งในแต่ละบทบัญญัติอาจมีการกำหนดลักษณะเพิ่มเติมเพื่อขยาย คำว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไว้ในบางข้อด้วย เช่น ข้อ 5 ระบุถึง “เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น” (public official of any other State)²³⁸ ข้อ 6 ระบุถึง “สมาชิกรัฐสภาของรัฐอื่น” คือ (members of foreign public assemblies of any other State) สมาชิกรัฐสภาของรัฐอื่นซึ่งมีหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมาย หรืออำนาจด้านการบริหาร²³⁹ และข้อ 11 “ผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ของศาลต่างประเทศ” คือ บุคคลดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ศาลต่างประเทศซึ่งรัฐภาคียอมรับเขตอำนาจศาลดังกล่าว²⁴⁰ ดังนั้น ผู้วิจัยขอหยิบยกเพียงข้อ 5 เรื่องการติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ขึ้นมาเป็นตัวอย่างเป็นตัวอย่างเพื่ออธิบายประเภทและลักษณะความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการทุจริตระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับเอกชน สำหรับความรับผิดทางอาญาเรื่องการติดสินบนและการรับสินบน ดังนี้

ข้อ 5 การติดสินบนต่อเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ

รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพิจารณารับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในของตน สำหรับการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๒ และข้อ ๓ ของอนุสัญญาฉบับนี้ สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ²⁴¹

²³⁷ Article 1 Use of terms of Criminal Law Convention on Corruption “a. “public official” shall be understood by reference to the definition of “official”, “public officer”, “mayor”, “minister” or “judge” in the national law of the State in which the person in question performs that function and as applied in its criminal law; ...”

²³⁸ Article 5 Bribery of foreign public officials of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving a public official of any other State.”

²³⁹ Article 6 Bribery of members of foreign public assemblies of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving any person who is a member of any public assembly exercising legislative or administrative powers in any other State.”

²⁴⁰ Article 11 Bribery of judges and officials of international courts of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3 involving any holders of judicial office or officials of any international court whose jurisdiction is accepted by the Party.”

²⁴¹ Article 5 Bribery of foreign public officials of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving a public official of any other State.”

โดยประเภทและลักษณะความรับผิดที่กำหนดไว้ในข้อ 2 และข้อ 3 ได้แก่ เรื่อง การติดสินบน แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ และการเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามลำดับ ดังนี้

ข้อ 2 การติดสินบน

รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพิจารณารับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดเป็นความผิดทางอาญาแก่การกระทำโดยเจตนาของบุคคลใดๆ สำหรับการสัญญา การเสนอ หรือการให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งประโยชน์อันมิชอบใดๆ แก่เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเองหรือบุคคลอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่²⁴²

ข้อ 3 การเรียกรับสินบน

รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องพิจารณารับเอามาตรการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่นๆ ที่อาจจำเป็นเพื่อกำหนดเป็นความผิดทางอาญาแก่การกระทำโดยเจตนาของเจ้าหน้าที่รัฐ สำหรับการเรียก การรับ การตกลงรับข้อเสนอหรือคำมั่นสัญญา โดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อประโยชน์ อันมิชอบใดๆ แก่เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเอง หรือแก่ผู้อื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งกระทำการหรือละเว้นกระทำการปฏิบัติหน้าที่ของตน²⁴³

องค์ประกอบความผิดเรื่องการติดสินบน

องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. ให้คำมั่นสัญญา เสนอ หรือให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม

²⁴² Article 2 Active bribery of domestic public officials of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, offering or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage to any of its public officials, for himself or herself or for anyone else, for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.”

²⁴³ Article 3 Passive bribery of domestic public officials of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the request or receipt by any of its public officials, directly or indirectly, of any undue advantage, for himself or herself or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.”

3. ประโยชน์อันมิชอบใดๆ แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้น หรือบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

องค์ประกอบความผิดเรื่องการเรียกรับสินบน

องค์ประกอบภายนอก

1. เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ
2. การเรียก การรับ การตกลงรับข้อเสนอหรือคำมั่นสัญญา โดยตรงหรือโดยอ้อม
3. เพื่อรับซึ่งประโยชน์อันมิชอบใดๆ สำหรับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศผู้นั้น หรือเพื่อบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

นอกจากนั้น อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดความรับผิดทางอาญาครอบคลุมถึง ผู้มีเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำผิด (Participatory acts) ได้แก่ ผู้มีส่วนช่วยสนับสนุนหรือผู้สนับสนุน (aiding or abetting)²⁴⁴ และความรับผิดของนิติบุคคล (corporate liability) กล่าวคือ นิติบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาด้วย หากปรากฏการกระทำใดๆ (การติดสินบน) อันนำมาเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนั้น (committed for their benefit) ซึ่งกระทำลงโดยบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำในนิติบุคคลนั้น (leading position in within the legal person) อาจพิจารณาได้จากอำนาจในการตัดสินใจในนามของนิติบุคคล หรืออำนาจในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมในนิติบุคคลนั้น เป็นต้น หากบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำในนิติบุคคลนั้นได้กระทำการเช่นว่า ไม่ว่าจะในฐานะผู้กระทำการ ผู้เตรียมการ (preparatory) ผู้สมรู้ร่วมคิด (accessory) หรือผู้ยุยง (instigator) เป็นต้น นิติบุคคลผู้รับผลประโยชน์จากการกระทำเช่นว่านั้นต้องรับผิดทางอาญาด้วย²⁴⁵

²⁴⁴ Article 15 Participatory acts of Criminal Law Convention on Corruption

²⁴⁵ Article 18 Corporate liability of Criminal Law Convention on Corruption

อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการทุจริตระหว่างประเทศ นอกเหนือจากการติดสินบนและการเรียกรับสินบน คือ “การเอื้อประโยชน์” (Trading in influence) แม้ว่าจะเป็นการทุจริตระหว่างเอกชนต่อเอกชน แต่กระทบต่อบุคคลในข้อ 5, 6, และข้อ 11 ฉะนั้น จึงจัดว่าเป็นความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตระหว่างประเทศ โดยกำหนดความรับผิดทางอาญาเรื่องการเอื้อประโยชน์ ไว้ดังนี้

ข้อ 12 การเอื้อประโยชน์ (Trading in influence)

ผู้ใดกระทำการโดยเจตนาด้วยการสัญญา การให้ หรือการเสนอ โดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อประโยชน์อันมิชอบใดๆ แก่บุคคลที่กล่าวอ้าง (asserts) หรือรับรอง (confirms) ว่า เขาหรือเธอสามารถที่จะใช้อิทธิพลในทางที่มีชอบเพื่อโน้มน้าวหรือจูงใจการตัดสินใจ (exert an improper influence over the decision making) ของบุคคลตามข้อ 5, 6, และ 11 ทั้งนี้ไม่ว่า บุคคลที่กล่าวอ้างเช่นว่าจะรับไว้ซึ่งประโยชน์ที่มีชอบดังกล่าวไว้ด้วยตนเอง หรือเพื่อบุคคลอื่น รวมถึงบุคคลที่กล่าวอ้าง (asserts) หรือรับรอง (confirms) ว่าเขาหรือเธอสามารถที่จะใช้อิทธิพลในทางที่มีชอบเพื่อโน้มน้าวหรือจูงใจการตัดสินใจ (exert an improper influence over the decision making) ของบุคคลตามข้อ 5, 6, และ 11 กระทำการเรียก (request) การรับ (receipt) หรือการตกลงรับข้อเสนอหรือคำมั่นสัญญา (acceptance of an offer or promise) เพื่อประโยชน์ใดๆ สำหรับการนำไปพิจารณาในการกระทำการโน้มน้าว (in consideration of that influence) โดยไม่ว่าการโน้มน้าวเช่นว่าจะได้ถูกกระทำลงหรือไม่ และไม่ว่าการโน้มน้าวเช่นว่าจะก่อให้เกิดผลตามที่คาดหวังหรือไม่ก็ตาม²⁴⁶

²⁴⁶ Article 12 Trading in influence of Criminal Law Convention on Corruption, “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result.

สังเกตได้ว่าลักษณะการกระทำความผิดเรื่องการเอื้อประโยชน์ คล้ายกับการติดสินบนและการเรียกรับสินบน แตกต่างกันก็ตรงที่การให้ประโยชน์ที่มีขอบนั้น อาจไม่ได้ตกแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นโดยตรง หรือตกแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้น เช่น ครอบครัว หรือญาติ เป็นต้น โดยประโยชน์ที่มีขอบนั้นจะตกแก่บุคคลผู้กล่าวอ้างหรือรับรองว่าสามารถจูงใจหรือโน้มน้าวการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่น (for anyone else) เป็นผู้รับผลประโยชน์ที่มีขอบ โดยอาจหมายถึงผู้ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับบุคคลผู้กล่าวอ้างหรือรับรองเช่นว่า ซึ่งการกระทำความผิดฐานนี้เพียงแต่มีการให้ประโยชน์แก่บุคคลเช่นว่า เพื่อเจตนาให้บุคคลนี้ไปโน้มน้าวหรือจูงใจเจ้าหน้าที่รัฐก็ถือเป็นความผิดตามความผิดฐานนี้แล้ว ทั้งนี้ โดยไม่ว่าบุคคลที่กล่าวอ้างเช่นว่าจะ รับไว้ซึ่งประโยชน์ดังกล่าวไว้ด้วยตนเองหรือเพื่อบุคคลอื่นการโน้มน้าวเช่นว่าจะได้กระทำลงหรือไม่ และไม่ว่าการโน้มน้าวเช่นว่าจะก่อให้เกิดผลตามที่คาดหวัง หรือไม่ก็ตาม

สรุปแนวคิดร่วมกันของทวีปยุโรปต่อการทุจริตระหว่างประเทศที่ควรได้รับการปราบปรามตามที่สะท้อนออกมาจากอนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา คือ การเรียกรับสินบน การติดสินบน และการเอื้อประโยชน์

2.3.2.3 พิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ.

2001

พิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001 (Southern African Development Community Protocol against Corruption)²⁴⁷ มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาในการทุจริตระหว่างประเทศ คือ การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 6 ของพิธีสาร ดังนี้

ข้อ 6 การกระทำการทุจริตที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ

1. ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของตน รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องกำหนดห้ามและลงโทษคนชาติ บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐของตน และสถานธุรกิจอันมีถิ่นที่ตั้งอยู่ในรัฐของตน สำหรับการเสนอหรือการให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งประโยชน์อันเป็นตัวเงินหรือ

²⁴⁷ พิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริตได้รับการลงนามในวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ. 2001 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2005 ปัจจุบันมีรัฐที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 8 รัฐ, โปรดดู OECD [Online], 1 April 2015. Available from: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/internationalconventions.htm>

ประโยชน์อื่น เช่น ของขวัญ ของสมนาคุณ คำมั่นสัญญา แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ (official of a foreign State) ทั้งนี้ เพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติงาน ตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ อันเกี่ยวข้องกับทางธุรกรรมในเชิงเศรษฐกิจ หรือธุรกรรมเชิงพาณิชย์²⁴⁸

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. คนชาติ บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐของตน และสถานธุรกิจอันมีถิ่นที่ตั้งอยู่ในรัฐของตน
2. เสนอ หรือให้ โดยตรงหรือโดยอ้อม
3. ประโยชน์อันเป็นตัวเงิน หรือประโยชน์อื่น เช่น ของขวัญ ของสมนาคุณ คำมั่นสัญญา หรือประโยชน์อื่นใด แก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ

องค์ประกอบภายใน

4. โดยเจตนา
5. โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศนั้น ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตาม หน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับทางธุรกรรมในเชิงเศรษฐกิจหรือธุรกรรมเชิงพาณิชย์

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประเภทและลักษณะของการกระทำทุจริตระหว่าง ประเทศตามข้อ 6 ของพิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริตคล้ายกับ ข้อ 8 ของอนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริตกำหนด อาจมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำ ให้แตกต่างกันบ้าง เช่น คำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ” ซึ่งตามพิธีสารฉบับนี้ใช้คำว่า “official of a foreign State” ส่วนอนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริตใช้คำว่า “government of another state” ซึ่งเราจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกัน รวมถึงองค์ประกอบความผิดทุก

²⁴⁸ Article 6 Acts of Corruption Relating to an Official of a Foreign State of Southern African Development Community Protocol against Corruption, “1. Subject to its domestic law, each State Party shall prohibit and punish the offering or granting, directly or indirectly, by its own nationals, persons having their habitual residence in its territory, and businesses domiciled there, to an official of a foreign State, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage, in connection with any economic or commercial transaction in exchange for any act or omission in the performance of that official’s public functions.”

องค์ประกอบ หนึ่งนั้น การทุจริตระหว่างประเทศที่ควรได้รับการปราบปรามตามพิธีสารฉบับนี้ คือ การติดสินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ และกำหนดความรับผิดสำหรับด้านผู้ให้สินบนเท่านั้น

จากประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามตามนัยของแต่ละอนุสัญญาและพิธีสารระหว่างประเทศสามารถสรุปเป็นตารางเพื่ออธิบายได้ดังนี้

ตารางที่ 1 ตารางแสดงประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศตามนัยของตราสารระหว่างประเทศ

ลำดับ	ตราสารระหว่างประเทศ	ประเภทการทุจริต	หมายเหตุ
1	อนุสัญญาองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาว่าด้วยการต่อต้านการติดสินบนเจ้าพนักงานรัฐต่างประเทศในธุรกรรมทางธุรกิจระหว่างประเทศ ค.ศ. 1997	การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ	ปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 41 ประเทศ
2	อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 200	1. การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ 2. การเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ	ปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 176 ประเทศ
3	อนุสัญญาระหว่างรัฐอเมริกันเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 1996	การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ	ปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 33 ประเทศ
4	อนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการทุจริตในกฎหมายอาญา ค.ศ. 1998	1. การเรียกรับสินบน 2. การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ 3. การเอื้อประโยชน์	ปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 43 ประเทศ
5	พิธีสารประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้เพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2001	การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ	ปัจจุบันพิธีสารฉบับนี้มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 8 ประเทศ

กล่าวโดยสรุป ประเภทและลักษณะพฤติกรรมการทุจริตระหว่างประเทศ ตามที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ ประกอบกับจำนวนรัฐภาคีของตราสารระหว่างประเทศนั้นๆ สรุปได้ว่า การ

ทุจริตระหว่างประเทศที่สมควรได้รับการปราบปรามและเป็นพฤติกรรมการทุจริตระหว่างนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ (1) การติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ซึ่งธุรกิจหรือประโยชน์อื่นใดอันมิควรได้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และ (2) การเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ โดยถือเป็นความหมายการทุจริตข้ามวัฒนธรรม²⁴⁹ เป็นความหมายที่ใช้ได้กับทุกวัฒนธรรมและเป็นความหมายของการทุจริตที่เป็นที่เข้าใจร่วมกันเป็นสากล

2.4 สรุปประเภทและลักษณะของการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามในการลงทุนระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุปในบทนี้ได้ว่าแนวคิดเรื่อง การปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศมีสถานะเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เนื่องจากการได้รับการยอมรับและฉันทามติจากนานาอารยะประเทศ ในฐานะนโยบายสาธารณะข้ามชาติการปราบปรามการทุจริตจึงเปรียบเสมือนมาตรฐานระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานการปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ ดังนั้น การนำไปบังคับใช้ต้องเป็นการนำไปใช้บังคับในทุกเวที อาทิ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยการนำไปใช้บังคับอย่างเป็นสากลและเป็นข้อจำกัดในความสัมพันธ์ทางมหาชนและเอกชนในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศหรือควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

เมื่อเกิดฉันทามติจากนานาชาติต่อการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ หนึ่งในอุปสรรคที่สำคัญในการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากความแตกต่างของประเภทและลักษณะของการทุจริตที่แต่ละประเทศกำหนดให้เป็นความผิดในทางอาญามีความแตกต่างกัน จากอิทธิพลของทัศนคติและวัฒนธรรมที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ จากความแตกต่างกันในเรื่องประเภทและลักษณะของการทุจริตดังกล่าว จึงเกิดความพยายามในทางระหว่างประเทศที่จะกำหนดประเภทและลักษณะของการทุจริตเพื่อให้ประเทศต่างๆที่เป็นรัฐภาคีนำไปกำหนดเป็นความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในให้สอดคล้องกัน และเป็นความหมายร่วมกันของการทุจริตที่เข้าใจกันเป็นสากลมากกว่าความเข้าใจภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยประเภทการทุจริตระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศที่ทุกประเทศเห็นพ้องต้องกันว่าควร

²⁴⁹ Abiola O. Makinwa, "Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration," p. 258.

ได้รับการปราบปราม คือ *หนึ่ง* การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้มาหรือคงไว้ซึ่งประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์อื่นใดอันมิควรได้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และ *สอง* การเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ของตน โดยมีรายละเอียดขององค์ประกอบในแต่ละประเภทความผิดที่ต้องพิจารณาดังนี้

หนึ่ง การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ แบ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในได้ดังนี้ ก. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ (1) ผู้ใด (2) ใ้คำมั่นสัญญา เสนอ หรือให้โดยตรงหรือโดยอ้อม (3) ประโยชน์อันมิควรได้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้ันเอง บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่น และ ข. องค์ประกอบภายใน ได้แก่ (1) โดยเจตนา (2) โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ันปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ และเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์อื่นใดอันมิควรได้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ

สอง การเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ แบ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในได้ดังนี้ ก. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ (1) เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ (2) เรียก หรือรับ โดยตรงหรือโดยอ้อม (3) ประโยชน์อันมิควรได้ไว้สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้ันเอง บุคคลอื่น หรือนิติบุคคลอื่น และ ข. องค์ประกอบภายใน ได้แก่ (1) และโดยเจตนา (2) โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ันปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

สรุป

จากความตื่นตัวของสังคมโลกต่อการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ ความพยายามดังกล่าวส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการกระทำทุจริตอย่างแพร่หลายที่เกิดขึ้นในการดำเนินธุรกรรมทางพาณิชย์ ตลอดจนการลงทุนระหว่างประเทศ จึงทำให้ตัวการต่างในสังคมโลกหันมาให้ความสนใจกับการปราบปรามการทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งนี้ โดยผ่านการออกตราสารระหว่างประเทศขึ้นมาเพื่อกำหนดมาตรการในการจัดการต่อเรื่องการทุจริตดังกล่าว ซึ่งหนึ่งในมาตรการที่สำคัญ ได้แก่ มาตรการการกำหนดลักษณะการทุจริตที่ทั่วโลกเห็นร่วมกันว่าสมควรได้รับการปราบปรามด้วยการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา โดยลักษณะของการทุจริตเช่นว่า คือ การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศ และนโยบายเรื่องการปราบปรามกาทุจริตระหว่างประเทศถือเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติแล้วในปัจจุบัน

เมื่อทั่วโลกตื่นตัวและให้ความสำคัญแก่การปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึง การปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ นำมาสู่คำถามว่าอนุญาโตตุลาการระหว่าง ประเทศในฐานะผู้พิจารณาข้อพิพาทเรื่องด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนควรมีบทบาทหน้าที่ต่อ ประเด็นเรื่องข้อต่อสู้เรื่องพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนอย่างไร



บทที่ 3

บทบาทของอนุญาโตตุลาการต่อการปราบปรามการทุจริต ในการลงทุนระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements (IIAs)) มุ่งให้ความคุ้มครองนักลงทุนเป็นสำคัญ โดยกำหนดหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุน ตามมาตรฐานที่กำหนด เพื่อคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนจากการกระทำที่ไม่ชอบของรัฐ (wrongful acts of state)¹ หรือการใช้อำนาจของรัฐในทางที่ผิด (misuse of sovereign power)² นอกจากนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ให้หลักประกันการปฏิบัติตามความตกลงของรัฐ ด้วยการจัดให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อประกันว่านักลงทุนสามารถเข้าถึงกระบวนการตัดสินข้อพิพาทที่เป็นกลาง ยุติธรรม และเชื่อถือได้³ พร้อมกับให้สิทธิแก่นักลงทุน สามารถฟ้องรัฐได้โดยตรง หากรัฐกระทำพฤติกรรมที่ละเมิดต่อพันธกรณีซึ่งรัฐมีอยู่ต่อนักลงทุน⁴ แต่เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีแนวคิดมาแต่เดิมว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเอกชน (private procedure)⁵ และมีวัตถุประสงค์เพื่อหาข้อยุติเฉพาะกรณี ประกอบกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักไม่กำหนดหน้าที่ของนักลงทุนที่จะต้องปฏิบัติเมื่อเข้ามาลงทุนภายในรัฐ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการนำประเด็นเรื่องการทุจริต หรือพฤติกรรมที่ไม่ชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในการระงับข้อพิพาท อาจจะเกินอำนาจและบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการหรือไม่

เพื่อให้ได้คำตอบต่อปัญหาดังกล่าว บทนี้จะได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการอนุญาโต-
ตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนกับการปราบปรามการทุจริต เพื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์

¹ Alex Khachaturian and Rahim Moloo, "The compliance with the law requirement in international law," *Fordham International Law Journal* 34 (2011): 1473 -1474.

² Andrew Newcombe, "Investor misconduct: jurisdiction, admissibility or merits?," in Chester Brown and Kate Miles (editors), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press, 2011), p. 188.

³ Tamar Meshel, "The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration," *Journal of International Arbitration* 30 (2013): 271.

⁴ Abby Cohen Smutny and Petr Polásek, "Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration," in *A Liber Amicorum: Thomas Wälde: Law beyond Conventional Thought*, eds Jacques Werner and Arif Hyder Ali, (London: Cameron May, 2009), p. 277.

⁵ United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement: 5.1 International Commercial Arbitration* (2005), p. 7 [Online], 11 May 2015. Available from: http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add38_en.pdf

และลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าสามารถมีส่วนช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตได้อย่างไร ตลอดจนพิจารณาอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการนำการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศมาพิจารณา ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ หรือพันธกิจใดที่ต้องคำนึงถึงเมื่อพิจารณาตัดสินข้อพิพาทที่อาจจะช่วยส่งเสริมการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ และส่วนที่สองจะได้พิจารณาอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยผ่านฐานทางกฎหมายต่างๆ ทั้งนี้ โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีการนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุน (investor misconduct) ซึ่งหมายรวมถึงพฤติกรรมที่มีขอบอื่น นอกเหนือไปจากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน (corrupt investor behavior) เพื่อพิจารณาฐานทางกฎหมายที่เป็นไปได้สำหรับคณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณา

3.1 การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับการปราบปรามการทุจริต

มีผู้กล่าวว่า “กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน (investor-state arbitration) เป็นกระบวนการเพียงไม่กี่กระบวนการภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่มีศักยภาพโดยตรงในการควบคุมและปราบปรามการทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศ”⁶ เหตุใดจึงมีผู้เชื่อเช่นนั้น วัตถุประสงค์และลักษณะของการอนุญาโตตุลาการสอดคล้องและมีส่วนช่วยส่งเสริมการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศได้ดังกล่าวอ้างนั้นหรือไม่ ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์และลักษณะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนกับการปราบปรามการทุจริตที่อาจเข้ามามีส่วนช่วยส่งเสริมการปราบปรามการทุจริตได้อย่างไรบ้าง

3.1.1 วัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน

การระงับข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ เริ่มต้นมาจากการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศแก่นักลงทุนคนชาติ โดยประเทศผู้ส่งออกการลงทุน (capital-exporting nation) ด้วยนโยบายการระงับข้อพิพาทโดยการทูตแบบเรือปืน (Gunboat Diplomacy)⁷ เปลี่ยนมา

⁶ Aloysius Llamzon, “The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitation,” American Society of International Law Proceeding of the 102nd Annual Meeting, 2008, p. 208.

⁷ Christopher F. Dugan, et al., *Investor-State Arbitration*, (New York: Oxford University Press, 2008), p. 26.

สู่การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นับเป็นการเปลี่ยนจากวิธีการระงับข้อพิพาทที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้กำลังข่มขู่ มาสู่การระงับข้อพิพาทที่ตั้งอยู่บนฐานของกฎเกณฑ์เป็นหลัก (based on rules rather than force)⁸ ปัจจุบันรัฐและนักลงทุนส่วนใหญ่ให้การยอมรับและยินยอมที่จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในคดีข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งพัฒนาการดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนมีบทบาทสำคัญ และสามารถมีส่วนช่วยในการส่งเสริมหลักนิติรัฐ (rule of law) ให้เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ⁹ ทั้งนี้ เพราะระบบการอนุญาโตตุลาการถือได้ว่าเป็นระบบของกฎหมาย (system of law) เป็นโครงสร้างที่ประกอบด้วยกฎและหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ รวมไปถึงการบริหารความยุติธรรม¹⁰ โดยอาจกล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน คือ การจัดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นกลางและมีประสิทธิภาพ เพื่อให้การคุ้มครองแก่นักลงทุน เพื่อส่งเสริมให้เกิดความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนและกระตุ้นให้เกิดการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศมากยิ่งขึ้น¹¹

แม้ว่าการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศจะ “ไม่ใช่” วัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน แต่ถ้าวินิจฉัยให้ดีจะพบว่า เหตุผลหลักในการจัดให้มีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนก็เพื่อคลายความกังวลของนักลงทุนและสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุนกล้าออกไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา เพราะการเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนามีความเสี่ยงในหลายด้าน เช่น ด้านการเมือง ด้านกฎหมาย เป็นต้น โดยปัจจัยเสี่ยงดังกล่าวอาจกระทบต่อการให้ความคุ้มครองหรือการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้เผยให้เห็นถึงอีกหนึ่งวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน กล่าวคือ การกระตุ้นให้เกิดการเข้าไปลงทุน ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาในประเทศผู้รับการลงทุน

⁸ Stephan Wilske and Martin Raible, “The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?,” in *The Future of Investment Arbitration*, eds Catherine A. Rogers and Roger P. Alford, (New York: Oxford University Press, 2009), p. 251.

⁹ Ibid.

¹⁰ Yas Banifatemi, “Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as of Law,” American Society of International Law Proceedings of the 103rd Annual Meeting, 2009, p. 323.

¹¹ United Nations Conference on Trade and Development, “Reform of Investor-State Dispute Settlement in search of a roadmap,” (26 June 2013) [Online], 11 May 2015 Available from: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf

ตัวอย่างเช่น วัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) ที่มุ่งเน้นและส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาในประเทศกำลังพัฒนา (developmental objectives)¹² ประกอบกับการให้ความสำคัญคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติควบคู่กัน นอกจากนี้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) กล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการสร้างโอกาสให้เกิดการเข้าไปลงทุนภายในรัฐภาคี¹³ การสร้างเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน¹⁴ ในขณะเดียวกันก็จัดให้มีกระบวนการที่มีประสิทธิภาพสำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน¹⁵ เป็นต้น ดังนั้น แม้ว่าการปราบปรามการทุจริตจะไม่ใช่เป้าหมายหลักของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุน แต่หากเรามองให้ลึกซึ้งเราจะเห็นถึง “วัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนา”¹⁶ ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุน ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการปราบปรามการทุจริต เนื่องจากการทุจริตถือเป็นอุปสรรคสำคัญที่ขัดขวางให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development)¹⁷ หมายรวมถึงการพัฒนาโดยรวมในทุกๆ ด้าน ไม่จำกัดแค่เพียงการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นในรัฐผู้รับการลงทุน อีกทั้งนโยบายการปราบปรามการทุจริตยังมีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดการทุจริตอันถือเป็นบ่อนทำลายหลักนิติรัฐ (rule of law) เพราะการทุจริตนำมาซึ่งความไม่เชื่อมั่นต่อเจ้าหน้าที่รัฐ สถาบันและองค์กรต่างๆของรัฐ รวมไปถึง

¹² Aloysius Llamzon, “The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitation,” p. 209.

¹³ Article 102 Objectives of North American Free Trade Agreement, “Article 102 (c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties;” [Online] Available from: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement> [11 June 2015]

¹⁴ Preamble of North American Free Trade Agreement, PROMOTE sustainable development [Online], 11 June 2015. Available from: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>

¹⁵ Article 102 Objectives of North American Free Trade Agreement, “Article 102 (e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes;”; and Section B of Chapter 11 of North American Free Trade Agreement, Ibid.

¹⁶ Aloysius Llamzon, “The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitation,” p. 209.

¹⁷ Toke S. Aidt, “Corruption and Sustainable Development,” (Faculty of Economics and Jesus College University of Cambridge, 2010), p. 31. [Online], 30 May 2015. Available from: <http://www.econ.cam.ac.uk/dae/repec/cam/pdf/cwpe1061.pdf> [30 May 2015]

ถึงหลักกฎหมายที่รัฐนำมาใช้เพื่อควบคุมการกระทำของคนในสังคม¹⁸ โดยวัตถุประสงค์ทั้ง 2 ประการปรากฏชัดในอารัมภบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการทุจริต มติขององค์การระหว่างประเทศเกือบทุกฉบับ¹⁹ จนกระทั่งในปัจจุบันน่าจะไม่ได้เถียงว่า การทุจริตนำมาซึ่งการทำลายคุณค่าสำคัญดังกล่าว

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าทั้ง วัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนและการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศไม่ขัดแย้งกัน อีกทั้งยังมีวัตถุประสงค์ร่วมและส่งเสริมกันอย่างน้อย 2 ประการ คือ 1. วัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนา และ 2. การส่งเสริมหลักนิติรัฐในบริบทของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นในรัฐผู้รับการลงทุน

3.1.2 ลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนมีที่มาจากอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้า โดยได้รวมเอาลักษณะเด่นของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้าเข้ามาไว้ในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนแทบจะทั้งหมด ตัวอย่างเช่น 1. ความยินยอมของคู่พิพาทในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน 2. กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทที่คู่กรณีมีความอิสระ (party autonomy) ในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทของตน และ 3. ขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (conduct of the proceeding) ที่มีความคล้ายคลึงกันในสาระสำคัญ เช่น การดำเนินกระบวนการแบบปิดและการรักษาความลับ (privacy and confidentiality) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้า ดังนี้ *ประการที่หนึ่ง* อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้าพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิทางกฎหมายและหน้าที่ของคู่พิพาทที่มีอยู่ตาม

¹⁸ Yury Fedotov, “Where Corruption flourishes, Development & the Rule of Law fail,” (Speaking at a high-level meeting of the 67th General Assembly in New York, 2012) [Online], 30 May 2015 Available from: <http://www.unodc.org/unodc/en/press/releases/2012/September/where-corruption-flourishes-development-and-the-rule-of-law-fail-says-unodc-chief.html>

¹⁹ Preamble of United Nations Convention against Corruption 2003; Preamble of OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 1997; Preamble of Inter-American Convention against Corruption 1996; Preamble of Criminal Law Convention on Corruption 1998.

สัญญา ในขณะที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนนั้นพิจารณาความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน (international responsibility of a host state) ตามพันธกรณีที่มีอยู่ตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน²⁰ ประการที่สอง การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะผสม (hybrid) หรือลักษณะระหว่างรัฐและเอกชน (public-private nature)²¹ อันถือเป็นลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน ต่างจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้าที่มีลักษณะแบบเอกชนโดยแท้ (private-private nature) โดยลักษณะกึ่งมหาชน (quasi public character) เช่นว่านี้น่าจะมีที่มาจากคู่พิพาทที่มีลักษณะพิเศษเช่นรัฐ²² กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (investment treaty arbitration) ที่กำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองนักลงทุนที่มีที่มาจากสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐ²³ แสดงถึงลักษณะความเป็นมหาชนที่สะท้อนอยู่ในทั้งการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนโดยผ่านสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ด้วยลักษณะความเป็นกึ่งมหาชนของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน ทำให้มักจะพบประเด็นข้อต่อที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสาธารณะ หรือประเด็นที่มีมิติทางมหาชนเข้ามาในการอนุญาโตตุลาการอยู่เสมอ ซึ่งประเด็นเรื่องการทุจริตระหว่างนักลงทุนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะด้วยเช่นกัน²⁴ แต่ลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มีลักษณะความเป็นเอกชน และมีวัตถุประสงค์เพื่อหาข้อยุติเฉพาะกรณี รวมไปถึงลักษณะการดำเนินการพิจารณาแบบลับ (highly confidentiality) ซึ่งอาจช่วยปิดบัง หรือเป็นโล่กำบัง (shield)

²⁰ Yas Banifatemi, "Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as of Law," p. 324.

²¹ Tomoko Ishikawa, "Third party participation in investment treaty arbitration," *International and Cooperative Law Quarterly* 59 (2010): 373 - 374.

²² Gus Van Harten, "The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State," *International and Comparative Law Quarterly* 56 (2007): 373.

²³ Andrew Newcombe, "Investor misconduct: jurisdiction, admissibility or merits?," p. 194.

²⁴ เหตุที่กล่าวว่าประเด็นเรื่องการทุจริตกระทบต่อคนส่วนมากเพราะ การลงทุนมักเกี่ยวข้องกับการลงทุนขนาดใหญ่ และเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของคนส่วนมาก ซึ่งก็คือประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนได้ส่วนเสียในเงินทุน (public fund) ที่รัฐนำมาใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ หรือจ่ายให้แก่นักลงทุนที่ชนะการประมูล, โปรตดู Cecily Rose, "Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption," *Journal of International Arbitration* 31 (2014): 227.

ที่กั้นปัญหาการทุจริตในการลงทุนและพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนออกจากความตระหนักรู้และการวิพากษ์วิจารณ์ของสังคม (public awareness and scrutiny)²⁵ ตลอดจนอาจทำให้ผู้บัญญัติกฎหมาย (law-maker) ผู้กำหนดนโยบาย (policy maker) ไม่เข้าใจลักษณะพฤติกรรมของการทุจริตที่เกิดขึ้น ทำให้ยากต่อการบัญญัติกฎหมาย หรือกำหนดนโยบายเพื่อการปราบปรามการทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศ²⁶ จากประเด็นดังกล่าวจึงทำให้เกิดแนวคิดว่าการนำรูปแบบของการระงับข้อพิพาทของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าที่มีลักษณะแบบเอกชน (private character) มาเป็นต้นแบบในการสร้างเวทีระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะผสม ดังเช่นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนเป็นแนวคิดที่ไม่ถูกต้องและมีความเข้าใจพื้นฐานที่ผิดพลาด (fundamental misconception) เพราะรูปแบบของการระงับข้อพิพาทสำหรับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการด้านการค้า (commercial arbitration private model) นั้นไม่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อรองรับข้อพิพาทที่มีลักษณะผสมเช่นนี้ การจับคู่ที่ผิดพลาด (mismatch) อันเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ถูกต้องดังกล่าว²⁷ นำมาซึ่งคำถามต่อความเหมาะสมของลักษณะกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน ในการพิจารณาประเด็นข้อต่อผู้เรื่องการทุจริตซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

เพื่อขจัดข้อปัญหาดังกล่าว จึงปรากฏแนวโน้มในการพยายามที่จะปรับปรุงลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้มีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้เกิดการตรวจสอบได้ ส่งเสริมให้ภาคประชาชนได้ตระหนักถึงปัญหาและพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุน รวมไปถึงช่วยให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีความชอบธรรมมากยิ่งขึ้น เพื่อลดความกังวลต่อปัญหาความไม่โปร่งใสและคำวิจารณ์ต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตระหนักดีถึงปัญหาความไม่โปร่งใสที่อาจกระทบต่อการพิจารณาข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนของคณะอนุญาโตตุลาการความพยายามและพัฒนาการที่โดดเด่นในการส่งเสริมความโปร่งใสให้เกิดขึ้น ได้แก่

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., p. 229.

²⁷ Toby Landau QC, "Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as of Law," American Society of International Law Proceedings of the 103rd Annual Meeting, 2009, p. 326.

(1) รัฐภาคีของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ได้ออกบันทึกเพื่อการตีความ (Note of Interpretation) ในปี ค.ศ. 2001 เพื่อกำหนดให้นำบรรทัดฐานเรื่องความโปร่งใสไปใช้ในการดำเนินการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนภายใต้บทที่ 11 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ส่งผลให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ รวมถึงรายชื่อของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำคำตัดสิน คำฟ้องและคำให้การของคู่พิพาท คำชี้ขาดเรื่องการโต้แย้งความชอบของคณะอนุญาโตตุลาการ คำสั่งและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในบันทึกเพื่อการตีความก็ยังได้ให้ความสำคัญกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลอันเป็นความลับในทางธุรกิจ (confidential business information) ด้วย²⁸

(2) ศูนย์ระงับข้อพิพาทข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (“ICSID”) ได้กำหนดเรื่องความโปร่งใสสอดแทรกไว้ในข้อบทต่างๆด้วยเช่นกัน กฎและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาท (ICSID Arbitration Rules and Regulations) ที่ได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 ยกตัวอย่างเช่น ข้อบังคับเรื่องการบริหารและการเงิน (ICSID Administrative and Financial Regulations) กำหนดให้เลขานุการของศูนย์ระงับข้อพิพาทต้องเปิดเผยข้อพิพาทที่ร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาท²⁹ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลยพินิจในการอนุญาตให้สาธารณชน (member of public) เข้าร่วมหรือสังเกตการณ์ในกระบวนการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ เว้นแต่กรณีคู่กรณีไม่ให้ความยินยอม³⁰ ในส่วนคำชี้ขาด ICSID มีนโยบายเปิดเผยคำชี้ขาดแม้ว่าคู่กรณีไม่ยินยอม หากเลขานุการของศูนย์ระงับข้อพิพาทเห็นว่า การเปิดเผยคำชี้ขาดเป็นไปเพื่อประโยชน์สำหรับการพัฒนากฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (with a view to furthering the development of international law in relation to investments)³¹ ในกรณีดังกล่าวศูนย์ระงับข้อพิพาทจะเปิดเผยเฉพาะส่วนที่เป็นเหตุผลของคำชี้ขาดที่คณะอนุญาโตตุลาการ (tribunal’s legal reasoning) โดยไม่เปิดเผยคำชี้ขาดทั้งหมด³²

²⁸ Notes of Interpretation of Certain NAFTA Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission (July 31, 2001), [Online], 1 June 2015. Available from: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp

²⁹ Regulation 22(1) of ICSID Administrative and Financial Regulations 2006

³⁰ Rule 32(2) of ICSID Arbitration Rules 2006

³¹ Regulation 22(2) of ICSID Administrative and Financial Regulations 2006

³² Rule 48(4) of ICSID Arbitration Rules 2006

และล่าสุด (3) การจัดทำกฎของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ค.ศ. 2013 (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration 2013)³³ (“กฎว่าด้วยความโปร่งใส”) และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ค.ศ. 2014 (UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration 2014)³⁴ (“อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส”) โดยกฎและอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสดังกล่าวถือเป็นการปรับปรุงการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรักษาความลับและความเป็นส่วนตัว (confidentiality and privacy) ของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมาสู่แนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่แบบเปิด (openness) มากยิ่งขึ้น³⁵ ซึ่งเหตุผลเบื้องหลังอันสำคัญที่นำมาสู่การปรับปรุงดังกล่าวได้รับการกล่าวไว้อย่างชัดในข้อ 1(4) ของกฎว่าด้วยความโปร่งใสและอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส กล่าวไว้ว่า “ความจำเป็นที่ต้องทำให้เกิดความโปร่งใสในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ทั้งนี้ เพราะตระหนักดีว่าการอนุญาโตตุลาการในลักษณะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³³ กฎของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและเอกชนภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2557, โปรดดู UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [Online], 2 April 2015. Available from: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

³⁴ สหประชาชาติเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกร่วมลงนามใน “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและเอกชนภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเมื่อวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2558 ซึ่งปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐร่วมลงนามทั้งสิ้น ๙ ประเทศ (ตรวจสอบสถานะเมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2558), อ้างใน Esmé Shirlow, “A Step toward Greater Transparency: The UN Transparency Convention,” (30 March 2015) [Online], 2 April 2015. Available from: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/30/a-step-toward-greater-transparency-the-un-transparency-convention/>; Status as at 1 April 2015, [Online] Available from: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=en

³⁵ Stephan Schill, “Transparency as a Global Norm in International Investment Law,” (15 September 2014) [Online], 2 April 2015. Available from: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/09/15/transparency-as-a-global-norm-in-international-investment-law/>

ดังกล่าวมักต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (public interest)³⁶ โดยการปรับปรุงกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาให้มีความโปร่งใสและให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ (accessible to public) ด้วยการเปิดเผยข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ปรากฏกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ยกตัวอย่างเช่น การเปิดเผยชื่อของคู่พิพาท ภาคเศรษฐกิจที่คู่พิพาทเกี่ยวข้อง³⁷ คำฟ้องและคำให้การของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ คำสั่งและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ³⁸ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความโปร่งใสและเข้าถึงได้มากขึ้นไม่ได้กระทบต่อหลักการสำคัญของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการนำกฎหรืออนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสบังคับกับกระบวนการพิจารณาต้องได้รับความยินยอมของคู่กรณี นอกจากนี้ข้อมูลอันเป็นความลับทางธุรกิจ (protect confidential business information) และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐ (national interests)³⁹ ยังคงได้รับความคุ้มครองโดยไม่ต้องเปิดเผยอีกด้วย

จากความพยายามและพัฒนาการที่แสดงออกมาผ่านตราสารระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในปัจจุบันที่รัฐและองค์การระหว่างประเทศพยายามปรับปรุงและสร้างหลักประกันให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ให้มีความโปร่งใสและสาธารณชนเข้าถึงข้อมูลของข้อพิพาทได้ เพื่อช่วยลดข้อครหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีลักษณะแบบเอกชนที่คำนึงถึงประโยชน์ของเอกชนคู่พิพาทเป็นสำคัญในการรับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ฉะนั้น การปรับปรุงลักษณะการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ให้มีความโปร่งใสและเข้าถึงได้มากขึ้นทำให้ยอมมีนัยต่อลักษณะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศดังนี้ *ประการแรก* ทำให้ประเด็นที่ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะอยู่ภายนอกความสนใจของสาธารณชน (outside the public spotlight)⁴⁰

³⁶ Preamble of United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, “Also recognizing the need for provisions on transparency in the settlement of treaty-based investor-State disputes to take account of the public interest involved in such arbitrations, ...”

³⁷ Article 2 Publication of information at the commencement of arbitral proceedings of UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

³⁸ UNCITRAL, FAQ-UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [Online], 2 April 2015. Available from: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_FAQ.html

³⁹ Article 7 Exception of Transparency of UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

⁴⁰ UNCITRAL, FAQ-UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [Online]

ซึ่งส่งผลให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนถูกไม่ใช่เป็นโล่กำบังสำหรับการปิดบังพฤติกรรมที่มีขอบต่างๆ ของนักลงทุน รวมถึงพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนด้วย *ประการที่สอง* ทำให้ไม่อาจกล่าวได้ว่าการอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนเป็นการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน เหมือนกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้า ซึ่งมีวัตถุประสงค์แค่การระงับข้อพิพาทเฉพาะกรณี โดยไม่สนใจว่าประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การทำให้การดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน มีความโปร่งใสและเข้าถึงได้มากขึ้นย่อมจะเป็นช่องทางในการช่วยส่งเสริมการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศอีกทางหนึ่ง

3.1.3 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการนำการทุจริตมาพิจารณาในข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการมักจะถูกครหาว่าเป็นผู้รับใช้ของคู่พิพาทในคดี (servant of the parties) แทนที่จะเป็นผู้รับใช้ของความยุติธรรมหรือความจริง⁴¹ ที่เป็นเช่นนี้อาจเพราะลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการซึ่งตั้งอยู่บนความยินยอม (consensual based) ของคู่กรณีและให้ความสำคัญแก่หลักความอิสระของคู่สัญญา (principle of party autonomy)⁴² แต่ในอีกด้านหนึ่งกลับพบกับแนวคิดที่ยกย่องว่า อนุญาโตตุลาการ คือ ผู้พิทักษ์คุณค่าทางศีลธรรม (guardian of moral values)⁴³ แนวคิดสองแนวที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงดังกล่าว ก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการว่า แท้จริงแล้วอนุญาโตตุลาการมีเพียงหน้าที่ในการพิจารณาข้อพิพาทตามที่คู่กรณีมอบหมาย ทำให้ไม่อาจตัดสินเกินไปกว่าพันธกิจที่คู่กรณีมอบหมายได้ เพราะอาจถูกประณามว่าพิจารณาตามอำเภอใจและไร้ซึ่งเหตุผล หรือแท้จริงแล้วอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ซึ่งในฐานะอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงเมื่อทำการพิจารณาคดี ซึ่งอาจสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการสามารถนำเอาประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา โดยมีให้ถูกมองว่าอนุญาโตตุลาการกระทำเกินกว่าพันธกิจของอนุญาโตตุลาการ

⁴¹ Ibid., p. 271.

⁴² Abiola O. Makinwa, "Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration," in: *The Civil Law Consequences of Corruption*, ed Olaf Meyer (2009), p. 268.

⁴³ Stephan Wilske and Martin Raible, "The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?," in *The Future of Investment Arbitration*, eds Catherine A. Rogers and Roger P. Alford (New York: Oxford University Press, 2009), p. 268.

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาที่มาของหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการพบว่า หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ คือ หน้าที่ซึ่งได้รับโดยตรงมาจากคู่กรณี เพื่อให้พิจารณาตัดสินข้อพิพาทตามขอบเขตที่คู่กรณีกำหนด (power they wish arbitrator to exercise)⁴⁴ หรือที่เรียกว่า “หน้าที่กำหนดโดยคู่กรณี”⁴⁵ อย่างไรก็ตาม ในฐานะผู้ทำหน้าที่กึ่งตุลาการ (quasi-judicial) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องประกอบด้วยเหตุผล ผ่านการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย⁴⁶ แล้วจึงนำเหตุผลดังกล่าวเข้ามาสนับสนุนคำชี้ขาดของตน ดังนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการจึงเปรียบเสมือนผลผลิตของความยุติธรรม⁴⁷ รวมถึงหน้าที่ตามกฎหมาย⁴⁸ ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงเมื่อดำเนินการพิจารณาข้อพิพาท จะเห็นได้ว่าบทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดีไม่ได้ถูกควบคุมโดยคู่กรณีทั้งหมด⁴⁹ ซึ่งช่วยชี้ให้เห็นว่า แนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงผู้รับใช้ของคู่พิพาทในคดีไม่น่าจะเป็นแนวคิดที่ถูกต้อง เพราะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ อีกทั้งหาทางออกให้แก่ปัญหาทางกฎหมายของคู่พิพาทโดยใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นส่วนช่วยในการสนับสนุน และต้องตั้งอยู่บนความซื่อตรงของการอนุญาโตตุลาการ มิใช่ทำคำชี้ขาดอยู่บนผลประโยชน์และความคาดหวังของคู่พิพาทเป็นสำคัญ

⁴⁴ Alan Redfern and et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed. (New York: Oxford University Press, 2009), para. 5.09.

⁴⁵ หน้าที่กำหนดโดยคู่กรณี อาจแบ่งได้เป็นหน้าที่ที่กำหนดขึ้นโดยคู่กรณีสำหรับอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นเป็นการเฉพาะ และหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอาจกำหนดหน้าที่เฉพาะแก่อนุญาโตตุลาการให้ปฏิบัติตาม นอกเหนือไปจากที่คู่พิพาทกำหนด เช่น ในข้อ 49 ของ *กฎสำหรับการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น* (ICSID Arbitration Rules) กำหนดว่า ก่อนที่จะเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแรก อนุญาโตตุลาการต้องลงนามในคำปฏิญาณเพื่อแสดงว่าอนุญาโตตุลาการมีความอิสระและมีความพร้อมที่จะพิจารณาและตัดสินคดีแก่คู่พิพาท ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการไม่มีความพร้อมเช่นว่าอนุญาโตตุลาการต้องปฏิเสธที่จะพิจารณาในคดีนั้น, โปรดดู Alan Redfern and et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para. 5.41.

⁴⁶ ในการให้เหตุผลเพื่อสนับสนุนคำชี้ขาดของตน อนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึง กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (applicable law) กฎหมายแห่งที่ตั้งของศาล (*lex fori*) กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) และกฎหมายของศาลที่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด, โปรดดู Alan Redfern and et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para. 5.02.

⁴⁷ Catherine A. Rogers, “The Vocation of the International Arbitrator,” *American University International Law Review* 20 (2005), p. 987.

⁴⁸ หน้าที่ตามกฎหมาย ได้แก่ หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty to act with care) หน้าที่ในการอำนวยความสะดวกโดยยุติธรรมโดยไม่ชักช้า (duty to act promptly) และหน้าที่ในการพิจารณาข้อพิพาท (duty to act judicially) อันได้แก่ การปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียม (equality of treatment) เป็นต้น, Ibid., para. 5.67.

⁴⁹ Stephan Wilske and Martin Raible, *The Future of Investment Arbitration*, p. 262.

นอกจากหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาประเด็นข้อต่อสู้ที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอีก 3 ประการ ได้แก่ หน้าที่ทางจริยธรรม (ethical duty) หน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพ (professional duty) และหน้าที่ในการทำคำชี้ขาดให้บังคับได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1.3.1 หน้าที่ทางจริยธรรม

ในปัจจุบันจะยังไม่มีการกำหนดรูปแบบหรือมาตรฐานของหน้าที่ทางจริยธรรม (ethical duty) ของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ แม้แต่ศูนย์ระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) เองก็ยังไม่มีการกำหนดประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการ (ICSID Code of Conduct for Arbitrator) มีแต่เพียงแนวคิดริเริ่มเท่านั้น⁵⁰ อย่างไรก็ดี มีหน้าที่ทางจริยธรรมบางประการที่ได้ถูกหยิบยกเข้าไปไว้ในกฎเพื่อการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ได้แก่ หลักเรื่องความซื่อสัตย์และความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ (integrity and impartiality) ซึ่งหลักดังกล่าวได้รับการยอมรับจากทุกสถาบันอนุญาโตตุลาการ⁵¹ รวมถึงศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) ซึ่งยอมรับว่า หน้าที่ทางจริยธรรมเป็นหน้าที่ที่อนุญาโตตุลาการของสถาบันต้องยึดถือปฏิบัติ ในข้อ 14 ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอันบ่งชี้เป็นนัยถึงหน้าที่ในเชิงจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการว่า ต้องเป็นผู้ที่มีศีลธรรมสูง (high moral character) และเป็นอิสระในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (independent judgment) เป็นต้น⁵²

⁵⁰ Judith Levine, “Dealing with Arbitrator “Issue Conflict” in International Arbitration,” in American Arbitration Association, *AAA Handbook on International Arbitration Practice* (New York: JurisNet, 2010), p. 292.

⁵¹ Omar E. Garcia-Bolivar, “Comparing Arbitrator Standards of Conduct in International Commercial, Trade and Investment,” in American Arbitration Association, *AAA Handbook on International Arbitration Practice* (New York: JurisNet, 2010), p. 268.

⁵² Art 14 (1) of Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, “(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. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.”

ตามที่กล่าวข้างต้นแม้ว่าจะไม่ปรากฏการกำหนดหน้าที่ทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาแนวคิดของนักวิชาการและนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงพบว่า อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ทางจริยธรรมที่จะต้องคำนึงถึงเมื่อทำการพิจารณาคดีข้อพิพาท และถือเป็นหน้าที่ทางจริยธรรมที่สามารถนำมาใช้ในการสนับสนุนและส่งเสริมบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการปราบปรามการทุจริต ได้แก่ แนวคิดของจูเลียน ลิว (Julian Lew) อลัน เรดเฟิร์น (Alan Redfern) และพอล วอล์คเกอร์ (Paul Volker) ดังนี้

จูเลียน ลิว (Julian Lew) กล่าวถึง หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งน่าจะสามารนำมาเทียบเคียงต่อการพิจารณาหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เรื่อง การลงทุนได้ โดยลิว กล่าวว่า



อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบพิเศษ (special responsibility) ต่อการค้าระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนผู้พิทักษ์ความสงบเรียบร้อยในการค้าระหว่างประเทศ (guardians of the international commercial order) ฉะนั้น อนุญาโตตุลาการต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาท เคารพต่อจารีตประเพณีตามแนวปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ และปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่างๆ สนับสนุนแนวคิดที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในสังคมของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ รวมไปถึงนโยบายขององค์การระหว่างประเทศ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการต้องบังคับใช้หลักพื้นฐานทางศีลธรรม (fundamental moral) คุณค่าทางจริยธรรม (ethical value) ซึ่งถูกซ่อนอยู่ในทุกระดับของกิจกรรมทางพาณิชย์⁵³

อลัน เรดเฟิร์น (Alan Redfern) นักกฎหมายด้านอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงมากอีกท่านหนึ่ง กล่าวสนับสนุนการเชื่อมโยงบทบาทของอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่องการทุจริต โดยเห็นว่า เป็น ความรับผิดชอบทางจริยธรรม (ethical responsibilities) โดยเรดเฟิร์น กล่าวว่า

⁵³ Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration – Study in Commercial Arbitration Awards* (1978): 413, in Stephan Wilske and Martin Raible, “The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?,” in Catherine A. Rogers and Roger P. Alford (editors), *The Future of Investment Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 262.

อนุญาโตตุลาการควรทำอย่างไรเมื่อสงสัยว่ามีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดในทางอาญา (criminal activity) เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ที่จะต้องค้นหาพฤติกรรมดังกล่าว หรืออนุญาโตตุลาการควรปฏิเสธว่าไม่ใช่หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดในทางอาญานั้น หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเพียงแคพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของไปตามขอบเขตของสัญญาเพื่อการอนุญาโตตุลาการ (scope of arbitration agreement)⁵⁴ อย่างไรก็ตาม เป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมอย่างแน่นอน หากอนุญาโตตุลาการเพิกเฉยต่อกรณีที่มีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดในทางอาญาเกิดขึ้นอย่างชัดเจน (clear sign) และอาจมองว่าขัดต่อความรับผิดชอบในทางจริยธรรม หรือหน้าที่ในทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ⁵⁵

เช่นเดียวกับกับเรดเฟิร์น พอล วอล์คเกอร์ (Paul Volker) เห็นว่า อนุญาโตตุลาการควรมีหน้าที่ต่อการปราบปรามการทุจริตด้วยเช่นกัน วอล์คเกอร์ กล่าวว่า “ในฐานะของกลุ่มนักกฎหมายผู้ทรงเกียรติ ผู้ซึ่งแบกรับภาระอันหนักอึ้งของความเคารพและการยกย่อง หากเรามีอาชีพวิชาชีพซึ่งหลักนิติรัฐและการต่อต้านกับการทุจริต เราก็ไม่ต่างจากผู้สมรู้ร่วมคิดและส่งเสริมให้เกิดการทุจริต”⁵⁶

จากคำกล่าวของลิว เรดเฟิร์น และวอล์คเกอร์แสดงให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการในฐานะผู้พิจารณาข้อพิพาทข้อพิพาทไม่ได้มีหน้าที่เพียงการพิจารณาข้อพิพาทตามขอบเขตของข้อตกลงเพื่อการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เสร็จสิ้นไปในแต่ละคดีเท่านั้น แต่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ หรือความรับผิดชอบต่ออื่นที่ต้องคำนึงถึงเมื่อพิจารณาข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า ความรับผิดชอบทางจริยธรรม หรือหน้าที่ในทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ นอกจากอนุญาโตตุลาการต้องให้การคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาทในคดีแล้ว อนุญาโตตุลาการยังมีหน้าที่ทางจริยธรรมที่ต้องคำนึงถึงหลักหรือคุณค่าอื่นๆ เช่น หลักพื้นฐานทางศีลธรรม คุณค่าทางจริยธรรม จารีตประเพณี แนวปฏิบัติของสังคมนั้นๆ เป็นต้น โดย

⁵⁴ Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para. 5.77.

⁵⁵ *Ibid.*, paras. 5.78, 5.75.

⁵⁶ ‘A prestigious group of lawyers: you carry the full weight of a long respected and honoured tradition. If we fail to maintain an effective rule of law and a strong defence against corruption... you can hardly escape complicity...’, Paul Volker, “Corruption and the rule of law,” [Online], 20 April 2015. Available from: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=591e591b-e8d7-4c93-9ab9-da7708da27a0>

นำเข้ามาพิจารณาเพื่อให้การคุ้มครองหลักและคุณค่าเหล่านั้นด้วยเช่นกัน ฉะนั้น กรณีของการทุจริตซึ่งได้รับการยอมรับจากสังคมโลกแล้วว่าเป็นการกระทำที่ควรได้รับการปราบปรามอนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ในทางจริยธรรมที่ควรต้องนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาด้วยเช่นเดียวกัน โดยการนำเข้ามาพิจารณานั้นอนุญาโตตุลาการต้องระวังมิให้กระทำเกินขอบเขตของอำนาจและหน้าที่ที่คู่กรณีกำหนด ซึ่งตามแนวคิดทั้งหมดข้างต้นไม่ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวนี้ไว้

3.1.3.2 หน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพ

แนวคิดเรื่องหน้าที่ทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการข้างต้นที่สนับสนุนว่า อนุญาโตตุลาการควรนำเอาประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาและไม่อาจนิ่งดูตายต่อประเด็นเรื่องการทุจริต แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องระวังมิให้กระทำเกินขอบเขตของอำนาจและหน้าที่ที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อการอนุญาโตตุลาการ ศาสตราจารย์ปีแอร์ เมเยอร์ (Pierre Mayer) ได้พยายามสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการมิให้เกินขอบอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ กับการคุ้มครองหลักหรือคุณค่าที่สังคมโดยรวมต้องการปกป้อง โดยเสนอว่า

อนุญาโตตุลาการมิได้มีหน้าที่เหมือนศาล เพราะอำนาจไม่ได้เกิดขึ้นจากสังคมของพ่อค้า แต่อำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดจากคู่พิพาทให้มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทเฉพาะรายคดี อีกทั้งอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำคำชี้ขาดในนามของสังคมซึ่งแตกต่างจากศาล อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการมีอำนาจปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงของคู่พิพาท หากข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะข้ามชาติ ซึ่งทั้งอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทต้องเคารพ⁵⁷

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์เมเยอร์ยังได้กล่าวย้าว่า

มิใช่ว่าอนุญาโตตุลาการจะกระทำอย่างไรก็ได้ตามที่ตนเห็นสมควร แต่อนุญาโตตุลาการควรกระทำอย่างมีเหตุผลและควรคุ้มครองเฉพาะหลักที่สังคมเห็นว่าไม่สามารถกระทำอันเป็นการขัดแย้งได้ (inviolable by the community) หลักใดก็ตามที่ประเทศส่วนใหญ่มุ่งจะคุ้มครองตามที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่หรือตามอนุสัญญาที่ประเทศส่วนใหญ่เข้าร่วม อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องให้

⁵⁷ Pierre Mayer, "Effect of International Public Policy in International Arbitration?" in Loukas A. Mistelis and Julian D.M. Lew (Editors), *Pervasive Problems in International Arbitration*, (The Hague : Kluwer Law International, 2006), p. 65, in Stephan Wilske and Martin Raible, "The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?," p. 263.

ความคุ้มครองต่อหลักเช่นว่าด้วย โปรดสังเกตว่านั่นไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมาย (legal duty) เพราะไม่มีบทลงโทษหากไม่กระทำตาม แต่ถือเป็นหน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพ (professional duty) พึงกระทำ⁵⁸

แนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติยังปรากฏใน ข้อ 2 ของมติของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institut de Droit International (IDI))⁵⁹ เรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรของรัฐ กับวิสาหกิจต่างประเทศ ซึ่งวางหลักว่า “ในทุกกรณีอนุญาโตตุลาการไม่อาจละเมิดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ อันถือเป็นนโยบายสาธารณะที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในสังคมระหว่างประเทศ”⁶⁰ นอกจากนี้ ในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึง หน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในการนำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติเข้ามาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการปราบปรามการทุจริต⁶¹ ตัวอย่างเช่น 1. *คดีระหว่างบริษัท World Duty Free กับสาธารณรัฐประเทศ*

⁵⁸ Ibid., pp. 263-264.

⁵⁹ สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ คือ องค์กรพัฒนาเอกชนที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1873 โดยนักกฎหมายที่มีชื่อเสียง ตัวอย่างเช่น ปาสกาล แมนซินี (Pascal Mancini) ชาร์ล คาร์โว (Charles Calvo) เป็นต้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและจัดทำแนวปฏิบัติด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ในปี ค.ศ. 1899 บทบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ ได้รับการยอมรับจาก Hauge Conference นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1904 สถาบันได้รับรางวัลโนเบลในเรื่องการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, โปรดดู Institut de Droit International, “History” [Online] (2006) Available from: http://www.idi-iil.org/idiE/navig_history.html; และดู Nobel Prize Organization [Online] Available from: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1904/international-law-facts.html (9 July 2015)

⁶⁰ Article 2 of *Institute of International Law's Resolution on Arbitration between States, State Enterprises, or State Entities and Foreign Enterprise*, “In no case shall an arbitrator violate principles of international public policy as to which a broad consensus has emerged in the international community.” (Session of Santiago de Compostela, Spain – 1989, 18th Commission) [Online] Available from: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF

⁶¹ นอกจากเรื่องการทุจริต ตามแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่า การฉ้อฉล (fraud) ถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะข้ามชาติด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่นใน 1. *คดีระหว่างบริษัท Inceysa กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์* “พฤติกรรมฉ้อฉลของนักลงทุน ด้วยวิธีการแสดงเอกสารเท็จ ในการประมูลถือเป็นการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ” 2. *คดีระหว่าง Plama Consortium Ltd. กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย* คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า “คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า พฤติกรรมที่ไม่จริงใจ (deceitful conduct) ของนักลงทุนซึ่งขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนของนักลงทุนอาจขัดต่อหลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ตลอดจนอาจขัดต่อแนวคิดพื้นฐานของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ดังนั้น การลงทุนที่ได้มาโดยการฉ้อฉลด้วยการแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จ (fraudulent misrepresentation) จึงไม่ควรได้รับความคุ้มครอง” เป็นต้น, โปรดดู *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), paras. 247, 249, 252 [Online] Available from: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf (22 December 2014); และดู

เคนยา 2. คดีระหว่างบริษัท Wena Hotel กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ 3. คดีระหว่างบริษัท Phoenix Action กับสาธารณรัฐเช็ก 4. คดีระหว่าง Metal-Tech และสาธารณรัฐอูซเบกิสถาน โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. คดีระหว่างบริษัท World Duty Free กับสาธารณรัฐประเทศเคนยา⁶² ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้กล่าวยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องนำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติเข้ามาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการปราบปรามการทุจริตว่า

คำว่า “นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ” หรือในบางครั้งกรณีต้องการแสดงถึงฉันทามติอย่างเป็นสากล (international consensus) ว่าเรื่องที่กำลังกล่าวถึงกลายเป็นมาตรฐานสากล (universal standard) และถือเป็นบรรทัดฐานการปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ (accepted norm of conduct) ที่ต้องนำไปใช้บังคับในทุกเวที อาจใช้คำว่า “นโยบายสาธารณะข้ามชาติ” (transnational public policy) หรือ “นโยบายสาธารณะที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง” (truly international public policy)⁶³ และบ่อยครั้งที่คณะอนุญาโตตุลาการนำเอาคุณค่าที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล (universal value) เข้ามาเป็นฐานในการพิจารณา โดยคุณค่าที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากลดังกล่าว ได้แก่ ศีลธรรมอันดี (good morals) ศีลธรรมอันดี (bonas mores) จริยธรรมในการค้าระหว่างประเทศ (ethics of international trade) หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติ อย่างไรก็ตามในการใช้แนวทางนี้คณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมาก (very cautious) ต้องพิจารณาให้รอบครอบถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะข้ามชาตินั้นว่ามีอยู่อย่างไร ทั้งนี้ อาจพิจารณาและค้นหาวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้จากอนุสัญญาระหว่างประเทศ การเปรียบเทียบกฎหมาย และจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ⁶⁴ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการ

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008), para. 143 [Online], 10 July 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>

⁶² *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006) [Online], 21 November 2012. Available from: <http://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>

⁶³ *Ibid.*, para. 139.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 141.

ทจริต ตลอดจนคำตัดสินของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องการทจริต คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เห็นว่า การตัดสินบนข้อตกลงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศของเกือบทุกประเทศ หรืออาจกล่าวได้ว่า ข้อตกลงนโยบายสาธารณะข้ามชาติ⁶⁵

2. คดีระหว่างบริษัท *Wena Hotel* กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์⁶⁶ คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าการทจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสินบน ถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อคุณค่าที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากลดังนี้

หากพิสูจน์ได้ว่า ฝ่ายนักลงทุนได้กระทำการตัดสินบนโดยอ้อมแก่เจ้าหน้าที่รัฐประเทศอียิปต์จริงตามที่ฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนกล่าวอ้าง ข้อต่อสู้ดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อคดีและอาจเป็นเหตุแห่งการยกฟ้องคดี (ground for dismissal) ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับคำกล่าวอ้างของฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนว่า คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักตัดสินให้ การทจริตในลักษณะที่ฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนยกขึ้นมากล่าวอ้าง ขัดต่อศีลธรรมอันดีในระดับระหว่างประเทศ (international *bonas mores*)”⁶⁷

3. คดีระหว่างบริษัท *Phoenix Action* กับสาธารณรัฐเช็ก⁶⁸ คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่า การทจริตถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ตลอดจนกล่าวถึงทัศนคติของตนต่อการให้ความคุ้มครองการลงทุน มีรายละเอียดดังนี้

ตามวัตถุประสงค์ของกลไกระหว่างประเทศในเรื่องการให้ความคุ้มครองการลงทุน ผ่านการกระบวนอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) การลงทุนที่ละเมิดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนที่ไม่สุจริต หรือการลงทุนที่ได้มาโดยวิธีการแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จ (misrepresentations) การปกปิดข้อมูล (concealments) การทจริต หรือ

⁶⁵ Ibid., para. 157.

⁶⁶ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000) [Online] Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf> (1 May 2015)

⁶⁷ Ibid., para. 111.

⁶⁸ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009), para. 100 [Online], 9 July 2015. Available from <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

วิธีการอื่นที่อาจถือเป็นการใช้ระบบการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้ ICSID ไปในทางที่ผิด อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า วัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองในทางระหว่างประเทศ มีขึ้นเพื่อปกป้องการลงทุนที่สุจริตและชอบด้วยกฎหมาย (protect legal and *bona fide* investments)⁶⁹ โดยไม่เป็นข้อถกเถียงว่า พฤติกรรมการทุจริต หรือการกระทำที่ไม่จริงใจ (deceitful conduct) ถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อหลักสุจริตของรัฐผู้รับการลงทุน (national principle of good faith) ตลอดจนถึงต้นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการต้องปกป้องกันมิให้ระบบของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนภายใต้ ICSID ถูกใช้ไปในทางที่มีชอบ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันว่าเฉพาะการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยความสุจริต (international principle of good faith) จะได้รับความคุ้มครอง⁷⁰

4. คดีระหว่าง *Metal-Tech* กับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน⁷¹ ในการพิจารณาว่า พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนถือเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายและไม่ควรได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาหรือไม่ โดยพิจารณาจากกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แนวปฏิบัติของศาลภายในประเทศต่อเรื่องการทุจริต อนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆที่กล่าวถึงเรื่องการทุจริต ตลอดจนคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ⁷² คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวสรุปว่า “พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนนั้นขัดต่อต้นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติ”⁷³

แม้ว่าแนวคิดของศาสตราจารย์เมเยอร์อาจถูกมองว่าเป็นแนวคิดที่อ่อนไหว (sensible approach) เนื่องจากลักษณะของนโยบายสาธารณะที่มีความไม่แน่นอน จึงทำให้การพิจารณาเรื่องดังกล่าวต้องเป็นมีฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนอย่างเพียงพอ และต้องพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักที่สังคมโดยรวมต้องการให้ความคุ้มครอง เพื่อหลีกเลี่ยงจากการถูกกล่าวหาว่า ใช้

⁶⁹ Ibid., para. 100.

⁷⁰ Ibid., para. 113.

⁷¹ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013) [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>

⁷² Ibid., paras 282-284, 290, 292.

⁷³ Ibid., para. 374.

อำนาจตามอำเภอใจหรือไม่มีเหตุผล (arbitrary and irrational) ในการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ⁷⁴

ความกังวลในเรื่องลักษณะความไม่แน่นอนของนโยบายสาธารณะที่อนุญาโตตุลาการควรต้องให้ความคุ้มครองได้ถูกผ่อนคลายลงด้วยฉันทามติของนานาชาติต่อเรื่องการทุจริตระหว่างประเทศ ซึ่งผลจากการศึกษาในบทที่ 2 พบว่า นานาชาติแสดงออกถึงฉันทามติต่อเรื่องการทุจริตระหว่างประเทศ โดยผ่านการกำหนดให้การทุจริตระหว่างประเทศเป็นความผิดในทางอาญา ที่ปรากฏชัดในตราสารระหว่างประเทศทั้งที่มีผลผูกพันและไม่มีผลผูกพัน ซึ่งสะท้อนการยอมรับร่วมกันของสังคมโลกทั้งภาครัฐและภาคเอกชนว่า การทุจริตระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่ต้องปราบปราม ประกอบกับแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันคงไม่มีใครโต้แย้งว่า การปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศได้มีสถานะเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติ ที่เปรียบเสมือนมาตรฐานสากลและบรรทัดฐานที่ได้รับการยอมรับและจะต้องนำไปใช้บังคับในทุกเวที (must always apply)⁷⁵

จากเหตุผลดังกล่าวน่าจะเพียงพอในการสนับสนุน บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักที่สังคมเห็นว่าไม่สามารถระงับการันเป็นการขัดแย้งได้ อนุญาโตตุลาการในฐานะผู้อำนวยความสะดวกและปฏิบัติหน้าที่อยู่ภายใต้กรอบของระบบกฎหมาย ต้องให้ความคุ้มครองต่อคุณค่าหรือหลักดังกล่าวด้วย ให้สอดคล้องกับความประสงค์ของตามที่กฎหมายภายในของประเทศส่วนใหญ่มุ่งจะคุ้มครอง และตามอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศส่วนใหญ่เข้าร่วม อันสอดคล้องกับแนวคิดของศาสตราจารย์เมเยอร์ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้สนับสนุนบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนต่อการปราบปรามการทุจริตในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพที่มีหน้าที่ต้องคุ้มครองนโยบายสาธารณะข้ามชาติและการปกป้องหลักที่สังคมโลกเห็นว่าไม่อาจระงับการันการขัดหรือแย้งได้

⁷⁴ Stephan Wilske and Martin Raible, "The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?," p. 264.

⁷⁵ Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, International Law Association, London Conference Committee on International Commercial Arbitration, 2000. p. 3.

3.1.3.3 หน้าที่ในการทำคำชี้ขาดให้สามารถบังคับได้

นอกจากหน้าที่ที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว หน้าที่ในการทำคำชี้ขาดให้สามารถบังคับได้เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่สนับสนุนให้อนุญาตตุลาการต้องหิวยกประเด็นเรื่องการทุจริตระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณา เนื่องจากประเด็นดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เพราะหากไม่นำเข้ามาพิจารณาอาจจะกระทบต่อ “ความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด” (policy on finality) กล่าวคือ เหตุคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตามข้อ 5 (2)(บี) ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรืออนุสัญญากรุงนิวยอร์กกำหนดว่า ศาลในประเทศที่ถูกร้องอาจปฏิเสธที่จะยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอได้ หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ⁷⁶ จะเห็นว่า แม้บทบัญญัตินี้กล่าวให้อำนาจโดยตรงแก่ศาลภายในประเทศสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดหรือแย้งต่อนโยบายสาธารณะหรือไม่ แต่ในอีกแง่มุมหนึ่งบทบัญญัตินี้เปรียบเสมือนการกำหนดหน้าที่โดยอ้อมแก่อนุญาโตตุลาการให้ต้องทำคำชี้ขาดไม่ขัดหรือแย้งต่อนโยบายสาธารณะ ในที่นี้หมายถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ตลอดจนนโยบายสาธารณะข้ามชาติซึ่งถือเป็นแนวคิดที่แคบกว่านโยบายสาธารณะระหว่างประเทศเข้าไว้ด้วย ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ เรื่องการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ เพื่อให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบังคับได้

กฎเพื่อการอนุญาโตตุลาการของบางสถาบันได้กำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดให้สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น กฎของหอการค้านานาชาติเพื่อการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2012 (ICC Rules of Arbitration 2012) ในข้อ 41 กำหนดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดว่า อนุญาโตตุลาการต้องใช้ความพยายามทุกวิถีทางในการทำให้คำชี้ขาดสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย⁷⁷ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎของสถาบันอื่น จะไม่ได้กำหนดหน้าที่เช่นว่าแก่อนุญาโตตุลาการไว้ก็ตาม แต่กลไกสำหรับการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโต-

⁷⁶ Article V (2)(b) of Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, “2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: ... (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to public policy.”

⁷⁷ Article 41: General Rule of ICC Rules of Arbitration 2012, “In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.”

ตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศส่วนใหญ่ก็อยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก เช่นเดียวกัน ยกเว้นการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่กำหนดกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาดไว้เป็นการเฉพาะ⁷⁸ แต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้ ICSID Additional Facility Rules ต้องเป็นไปตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก

กล่าวโดยสรุป ด้วยมุมมองต่ออำนาจที่จำกัดของตนเองอาจทำให้อนุญาโตตุลาการบางคณะปฏิเสธที่จะนำเอาประเด็นเรื่องการทุจริตระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณา แต่หากพิจารณาให้ดีจะพบว่า ภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศได้สร้างหลักสำหรับการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ กระทั่งได้รับฉันทามติสากล และกลายมาเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติที่ต้องนำไปใช้บังคับในทุกเวที ย่อมสร้างหน้าที่ต่ออนุญาโตตุลาการในฐานะหน้าที่ทางจริยธรรม หน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพต้องคำนึงถึง ตลอดจนหน้าที่ต้องทำให้คำชี้ขาดของตนไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศที่เกี่ยวข้อง และมาตรฐานสากลหรือบรรทัดฐานที่ได้รับการยอมรับอย่างสากลในฐานะนโยบายสาธารณะข้ามชาติ ซึ่งยอมรับว่าการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ ดังนั้น จึงเป็นความรับผิดชอบอย่างปฏิเสธไม่ได้ (undeniable responsibility)⁷⁹ ของอนุญาโตตุลาการในการประกันว่าตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและนโยบายสาธารณะข้ามชาติจะถูกนำไปใช้บังคับ

⁷⁸ Article 53 (1) and Article 52(1), Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,

“Article 53 (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention”; and

Article 52 (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
- (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.”

⁷⁹ Mohamed Abdel Raouf, “How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issue?,” *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 24 (2009): 134.

อย่างเหมาะสม โดยในส่วนต่อไปจะได้พิจารณาว่าฐานทางกฎหมายใดที่เหมาะสมและเป็นไปได้ ที่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการนำเอาประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาในข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้บ้าง

3.2 ฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนมาพิจารณาในข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวมาในส่วนข้อ 3.1 วัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการและบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนส่งเสริมและสนับสนุนบทบาทของอนุญาโตตุลาการต่อการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ ฉะนั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาในลำดับถัดมา คือ ในการพิจารณาคัดสินคดีพิพาทจะมีฐานทางกฎหมายใดที่เปิดช่องให้คณะอนุญาโตตุลาการนำประเด็นเรื่องการทุจริตระหว่างนักลงทุนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนเข้ามาพิจารณาบ้างหรือไม่

ในส่วนนี้จะได้พิจารณาฐานทางกฎหมายที่เป็นไปได้สำหรับคณะอนุญาโตตุลาการในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในการตัดสินข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน ทั้งนี้ โดยศึกษาในเชิงเปรียบเทียบจากแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน ในคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา เพื่อนำมาเป็นแนวทางสำหรับการกำหนดกรอบทางกฎหมายที่สามารถใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณา คดีที่ผู้วิจัยนำมาศึกษาในส่วนนี้รวม 6 คดี ได้แก่ 1. คดีระหว่างบริษัท *Fraport* กับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ 2. คดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ 3. คดีระหว่างบริษัท *World Duty Free* กับสาธารณรัฐเคนยา 4. คดีระหว่าง *Plama Consortium Ltd.* กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย 5. คดีระหว่างนาย *Azanian* และพวก กับสหรัฐแม็กซิโก และ 6. คดีระหว่างบริษัท *MTD* กับสาธารณรัฐชิลี โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 4 หัวข้อ ตามฐานทางกฎหมายสำหรับการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ได้แก่ เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี และการกำหนดค่าเสียหาย*

3.2.1 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ตามแนวทางของการยกข้อต่อสู้ในข้อพิพาทของรัฐในปัจจุบัน รัฐผู้รับการลงทุนมักจะหลีกเลี่ยงข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตขึ้นมาใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดโดยสิ้นเชิง (complete defense)⁸⁰ จากข้อกล่าวหาว่าได้ละเมิดต่อพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนมีอยู่ต่อนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ด้วยการหลีกเลี่ยงพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนขึ้นมาเป็นเหตุแห่งการโต้แย้งเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยแนวทางของรัฐในการนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาเป็นข้อต่อสู้เพื่อโต้แย้งเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ มักจะมีลักษณะ อาทิ การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต้องเป็นการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้น การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมขัดต่อความยินยอมของรัฐในการทำการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเงื่อนไขเรื่องความยินยอมของคู่พิพาท (*ratione voluntatis*) ซึ่งถือเป็นหลักสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการกำเนิดและตั้งอยู่บนความยินยอมของคู่กรณีที่เกิดลงมอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสิน อันแสดงถึงลักษณะของความยินยอม (consensual baed) ของการระงับข้อพิพาทแบบการอนุญาโตตุลาการที่ยังถูกคงไว้ในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน⁸¹ โดยความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อมอบข้อพิพาทให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาท มักปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หรือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (consent through investment treaties)⁸² การให้ความยินยอมเช่นว่าของรัฐ คล้ายกับการทำคำเสนอเป็นการทั่วไปถึงความยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติให้คณะอนุญาโตตุลาการระหว่าง

* สำหรับรายละเอียดโดยสรุปของแต่ละคดี โปรดดูตารางแนบท้ายบทที่ 3 นี้

⁸⁰ Andrew Newcombe, "Investor misconduct: jurisdiction, admissibility or merits?," p. 210.

⁸¹ M. Somarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), p. 173.

⁸² United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement: International Center for Settlement of Investment Disputes 2003*, p. 17, [Online], 11 March 2015. Available from: http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add2_en.pdf

ประเทศเป็นผู้ตัดสิน⁸³ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบใน ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่ารัฐผู้รับการลงทุนกำหนดเงื่อนไขในการให้ความ ยินยอมไว้อย่างไร ทั้งนี้ เพราะมิใช่ข้อพิพาททุกประเภทที่รัฐผู้รับการลงทุนจะยินยอมให้ระงับข้อ พิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ รัฐในฐานะรัฐ เอกราช (sovereign entity) ย่อมอิสระในการตกลงใจผูกพันตนกับพันธกรณีต่างๆ ตามที่รัฐ เห็นสมควร ในบริบทการลงทุนระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกัน รัฐมีอิสระในการพิจารณาระดับการให้ ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ (level of protection granted to investor) ตามที่รัฐ เห็นสมควร⁸⁴ ซึ่งการจำกัดความยินยอมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งการใช้บังคับความตกลงสำหรับการ ให้ความคุ้มครอง (limit the application and protection) แก่นักลงทุนต่างชาติ และกระทบ ต่อเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

การจำกัดความยินยอมเช่นว่านั้น รัฐอาจกระทำโดยการกำหนดประเภทและลักษณะของการ ลงทุนที่รัฐจะให้ความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กำหนดรายการธุรกรรมการลงทุนที่รัฐต้องการให้ ความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ (lists of transaction)⁸⁵ หรือกำหนดเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วย กฎหมายของการลงทุน (requirement of legality of investments) เพื่อปฏิเสธที่จะให้ความ คุ้มครองแก่การลงทุนที่มีชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ฉะนั้น เมื่อแต่ละรัฐมีอิสระที่จะกำหนดเงื่อนไขเรื่อง ลักษณะของการลงทุนด้วยตนเอง จึงทำให้เงื่อนไขเรื่องการลงทุนของแต่ละรัฐอาจแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับความประสงค์และเจตนารมณ์ของแต่ละรัฐภาคว่ารัฐประสงค์ที่จะกำหนดเงื่อนไขเช่นไร อาจ เรียกการจำกัดขอบเขตของการให้ความยินยอมเช่นนี้ว่า เงื่อนไขเรื่องประเภทของข้อพิพาท (*ratione materiae*) ที่อยู่ในเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

มีข้อสังเกตว่า เงื่อนไขเรื่องความยินยอมของคู่พิพาทและเงื่อนไขเรื่องประเภทของข้อพิพาทที่ อยู่ในเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ การกำหนดลักษณะของการลงทุน (ประเภทข้อพิพาท) ที่นำเข้ามาระงับโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เป็นการกำหนดขอบเขตและจำกัด กรอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสัมพันธ์โดยตรงต่อเงื่อนไขเรื่องการให้ความยินยอมของ

⁸³ Ibid., p. 2.

⁸⁴ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2008), p. 7.

⁸⁵ Tamar Morchiladze, "Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing Get?," (Master Thesis, Faculty of Law University of Oslo, 2012) p. 27.

คู่กรณี (essential requirement of consent of the parties) เพราะเปรียบเสมือนหนึ่งเป็นการจำกัดกรอบเรื่องความยินยอมของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการ⁸⁶ ดังนั้น การลงทุนของนักลงทุนจะถือเป็นการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครอง (protected investment) ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการอาจต้องพิจารณาลักษณะของการลงทุนที่รัฐกำหนดไว้ในข้อบทของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนำมาใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการสำหรับเงื่อนไขเรื่องประเภทของข้อพิพาท (*ratione materiae*)⁸⁷ ซึ่งเงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจนี้เองที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาประกอบการพิจารณาข้อพิพาท

3.2.1.1 ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน

ปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องพิจารณาในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่ามีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน (legality requirement) เพื่อพิจารณาว่า การลงทุนของนักลงทุนถือเป็นการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ในปัจจุบันข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนถือเป็นข้อกำหนดที่พบได้เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในยุคปัจจุบัน⁸⁸ ข้อกำหนดดังกล่าวมักจะปรากฏข้อความว่า การลงทุนต้องสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน (investment made, in accordance with the law of host state) โดยวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนก็เพื่อป้องกันมิให้นำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไปใช้บังคับเพื่อให้การคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ควรได้รับการคุ้มครอง โดยเฉพาะการลงทุนที่ผิดกฎหมาย (illegal investment)⁸⁹

⁸⁶ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others States, para. 27.

⁸⁷ M. Soranajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 308.

⁸⁸ Christoph H. Schreuer and et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed. (Cambridge University Press: 2009), p.140.

⁸⁹ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (23 July 2001), para. 40. [Online], 11 March 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนมักปรากฏอยู่ในข้อบ่งชี้เรื่องความหมายของการลงทุน (definition of investment) หรือข้อบ่งชี้เรื่องการลงทุน การให้สิทธิในการเข้ามาลงทุน และการคุ้มครองการลงทุน (promotion, admission and protection)⁹⁰ ตัวอย่างข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนที่ปรากฏในข้อบ่งชี้เรื่องความหมายของการลงทุน ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศโอมานกับประเทศเยเมน ค.ศ. 1998⁹¹ ข้อ 1 (1) ได้กำหนดความหมายของการลงทุนไว้ ดังนี้

ข้อ 1 (1) คำว่า “การลงทุน” หมายถึง ทรัพย์สินใดๆที่นักลงทุนเป็นเจ้าของและที่ลงทุนโดยนักลงทุน ... และได้รับการยอมรับโดยรัฐผู้รับการลงทุนว่าเป็นการลงทุนที่ **สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับ** และได้มีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการลงทุน⁹²

ตัวอย่างของข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนที่ปรากฏในข้อบ่งชี้เรื่องการลงทุน การให้สิทธิในการเข้ามาลงทุน และการคุ้มครองการลงทุน (promotion, admission and protection) เช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรสเปนกับรัฐบาลประเทศเอกวาดอร์ ค.ศ. 1996⁹³ ข้อ 2 และข้อ 3 ซึ่งมีข้อความ ดังนี้

ข้อ 2 การส่งเสริมและการรับการลงทุน (Promotion and Admission)

แต่ละรัฐภาคีต้องยอมรับการลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมายของตน ทั้งนี้ ให้ข้อ 2 ของความตกลงฉบับนี้มีผลใช้บังคับไปถึงการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคี ที่ได้มีการลงทุนไปก่อนที่ความตกลงฉบับนี้จะผลใช้บังคับ โดยการลงทุนดังกล่าวต้อง **สอดคล้องกับกฎหมายของรัฐภาคีที่นักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งเข้าไปลงทุน**⁹⁴

⁹⁰ Alex Khachaturian and Rahim Moloo, “The compliance with the law requirement in international law,” *Fordham International Law Journal* 34 (2011): 1477-1478.

⁹¹ Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments, Oman and Yemen 1998

⁹² Article 1 (1) of Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments, Oman and Yemen 1998, “The term “Investment” shall mean every kind of asset owned and invested by an investor ... and that is accepted, by the host Party, as an investment according to its laws and regulations, and for which an investment certificate is issued.”

⁹³ Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Kingdom of Spain and the Government of Ecuador 1996

⁹⁴ Article 2 of Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Kingdom of Spain and the Government of Ecuador 1996, “Article 2 Promotion and Admission Each Contracting Party [...] will admit Investment according to its legal provisions. The present Article will also apply to investments

ข้อ 3 การให้ความคุ้มครองแก่การลงทุน

แต่ละรัฐภาคีต้องให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นภายในเขตแดนของตน...⁹⁵

ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธรัฐเยอรมันกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997⁹⁶ ข้อ 1 และข้อ 2 ได้กำหนดเงื่อนไขของการลงทุนไว้ ดังนี้

ข้อ 1 คำจำกัดความ เพื่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานี้

1. คำว่า “การลงทุน” หมายถึง ทรัพย์สินใดๆ ที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและข้อบังคับของแต่ละรัฐภาคี⁹⁷

ข้อ 2 การส่งเสริมและการยอมรับการเข้ามาลงทุน (Promotion and Acceptance)

(1) แต่ละรัฐภาคีต้องส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง อันเป็นการลงทุนที่ตั้งอยู่ภายในเขตแดนของรัฐภาคี และการลงทุนที่จะได้รับการยอมรับนั้นต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และข้อบังคับ ตามที่กำหนดในข้อ 1 บรรทัดแรกด้วย หากเป็นการลงทุนที่ได้รับการยอมรับเช่นว่าการลงทุนนั้นจะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม⁹⁸

made before its entry into force by investors of a Contracting Party in accordance with the laws of the other Contracting Party in the territory of the latter [...].”

⁹⁵ Article 3 of Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Kingdom of *Spain* and the Government of Ecuador 1996, “Article 3 Protection ... Each Contracting Party shall protect in its territory the investments made, in accordance with its legislation ...”

⁹⁶ Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997

⁹⁷ Article 1 Definition of terms, Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997, “Article 1 Definition of Investment For the purpose of this Agreement: 1. the term “investment” shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, ...”

⁹⁸ Article 2 Promotion and Acceptance, Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997, “Article 2 (1) Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment.”

นอกจากนี้ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทย กับสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ. 2002⁹⁹ ข้อ 2 (1) ถึง (3) กำหนดเงื่อนไขของการลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองไว้ดังนี้

ข้อ 2 การรับการลงทุน การให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติต่อการลงทุน
(Admission, Protection and Treatment of Investments)

(1) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง
ที่ได้ลงทุนในเขตแดนของรัฐภาคีตราบเท่าที่เป็นไปได้ และยอมรับว่าการลงทุนนั้น
สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับ¹⁰⁰

กรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนเป็นการแสดงถึงเจตนาของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่สอดคล้องต่อกฎหมาย (denying treaty coverage to noncompliant investment) รวมถึงการบอกเป็นนัยว่า นักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาทำการลงทุนต้องพิจารณาว่าการลงทุนของนักลงทุนนั้นสอดคล้องต่อกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่ ฉะนั้น การลงทุนที่ไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยสอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนเช่นว่าจะไม่ตกอยู่ภายใต้ความหมาย คำว่า การลงทุน ตามความหมายของความตกลงดังกล่าว¹⁰¹

นอกจากนั้น หากพิจารณาข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนที่หยาบๆ เป็นตัวอย่างข้างต้นพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวถึงการปฏิบัติการลงทุนให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ ของรัฐผู้รับการลงทุน ถือเป็นการกำหนดให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการต้องกลับไปพิจารณากฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน (*renvoi* or *sent back*) ว่า การลงทุนของ

⁹⁹ Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments

¹⁰⁰ Article 2 Admission, Protection and Treatment of Investments, Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 2002, “Article 2 (1) Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its laws and regulations.”

¹⁰¹ United Nations Conference on Trade and Development, “Scope and Definition: UNCTAD Series on issues in international investment agreements,” (2011), p. 24. [Online], 11 March 2015. Available from: http://unctad.org/en/Docs/diaaia20102_en.pdf

นักลงทุนสอดคล้อง หรือขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่ ซึ่งในกฎหมายภายในของประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้การทุจริตถือเป็นความผิดตามกฎหมายและต้องได้รับการปราบปราม รวมไปถึงปัจจุบันที่ประเทศส่วนใหญ่เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption 2003)¹⁰² เท่ากับว่าประเทศส่วนใหญ่มีพันธกรณีในการที่จะต้องอนุวัติการตามอนุสัญญาและกำหนดให้การทุจริตเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาตามกฎหมายภายใน ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าปัจจุบันการทุจริตถือเป็นส่วนหนึ่งที่กฎหมายและข้อบังคับภายในของประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้เป็นความผิด

ฉะนั้น กรณีปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนอย่างชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งย่อหมายถึงรวมถึงความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท รัฐผู้รับการลงทุนอาจนำกฎหมายภายในเข้ามากล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุไม่ให้ความคุ้มครองการแก่งลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ โดยมีถือเป็นการยกกฎหมายภายในขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อหลีกเลี่ยงจากพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ¹⁰³ และไม่ขัดต่อข้อ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ที่กำหนดว่า รัฐไม่อาจกล่าวอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศ ขึ้นมาเป็นเพื่อเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา¹⁰⁴

สรุปว่า การพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ในเงื่อนไขเรื่องประเภทของข้อพิพาท หากในความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดถ้อยคำที่แสดงถึง ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมการของนักลงทุน ดังเช่น พฤติกรรมการทุจริต และพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นเข้ามาพิจารณาในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยถือเสมือนหนึ่งเป็นเงื่อนไขในบังคับก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีเขตอำนาจ (jurisdiction prerequisite)¹⁰⁵

¹⁰² ปัจจุบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตมีรัฐภาคี รวมทั้งสิ้น 176 ประเทศ, โปรดดู “United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015”, [online], 22 June 2015. Available from: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

¹⁰³ Tamar Morchiladze, “Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing Get?,” p. 33.

¹⁰⁴ Article 27 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, “A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.”

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1499.

แนวทางคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาพบตัวอย่างของคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธเขตอำนาจเนื่องจากข้อพิพาทไม่ได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขเรื่องประเภทข้อพิพาท (*jurisdiction ratione materiae*) อันเนื่องมาจากพฤติกรรมของนักลงทุนที่ปฏิบัติการลงทุนโดยไม่สอดคล้องต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน จึงทำให้การลงทุนดังกล่าวไม่ถือเป็นการลงทุนตามความหมายของการลงทุน หรือเป็นการปฏิบัติการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองตามความคุ้มครองตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

3.2.1.2 แนวทางในการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมา ผู้วิจัยพบว่า มีคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่รับคดีมาพิจารณาเนื่องจากคดีดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจ ด้วยเหตุที่ไม่เข้าเงื่อนไขเรื่องประเภทข้อพิพาท (*jurisdiction ratione materiae*) เพราะการลงทุนเป็นไปโดยไม่สอดคล้องต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน จึงทำให้การลงทุนดังกล่าวไม่ถือเป็นการลงทุนตามความหมายของการลงทุนและไม่ถือเป็นการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ตัวอย่างเช่น คดีระหว่างบริษัท *Fraport* กับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ และคดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์

1. คดีระหว่างบริษัท *Fraport* กับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ (*Fraport v. Republic of the Philippines*)¹⁰⁶

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID คณะอนุญาโตตุลาการได้นำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนการพิจารณาเขตอำนาจในเงื่อนไขเรื่องประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้ ในขั้นตอนการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายประเทศฟิลิปปินส์ (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งเขต

¹⁰⁶ แม้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างบริษัท *Fraport* และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์จะถูกยกเลิก (Annulment) แต่คำชี้ขาดในส่วนที่ถูกยกเลิกดังกล่าวไม่กระทบต่อคำตัดสินในเรื่องการตีความข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน อันสืบเนื่องจากพฤติกรรมการลงทุนที่ไม่สอดคล้องต่อกฎหมายของนักลงทุน, โปรดดู *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award (16 August 2007) [Online] Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0340.pdf>; and *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment (23 December 2010), para. 112, [Online] Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>

อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับต้องเป็นการลงทุนที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และข้อบังคับ (investments in accordance with its constitution laws and regulations) ของประเทศฟิลิปปินส์เท่านั้น จึงจะถือเป็นการลงทุนที่สมควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม¹⁰⁷ ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Fraport ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ อันได้แก่ ข้อกำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติ (nationality requirement limiting foreign ownership of capital of public utility) ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1999 (Foreign Investment Act 1999) และกฎหมายแอนติดัมมี่ (Anti-Dummy Law) จึงทำให้การลงทุนของบริษัท Fraport ไม่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997) (“ความตกลง”) ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาท¹⁰⁸ จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าว นำมาสู่การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ และการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา

ขั้นแรก คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อ 1 ของความตกลง ซึ่งข้อ 1 ของความตกลงได้ให้ความหมายของการลงทุนว่าหมายถึง ทรัพย์สินใดๆ ที่ได้รับการยอมรับตามที่กฎหมายและข้อบังคับ (in accordance with the respective laws and regulations) ของแต่ละรัฐภาคีกำหนด¹⁰⁹ เมื่อพิจารณาถ้อยคำดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการอธิบายว่า แม้ว่าความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน คือ ตราสารระหว่างประเทศ แต่เมื่อข้อบทดังกล่าวให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน (*ranvoi* to national law) การลงทุนที่

¹⁰⁷ “Article 2 Promotion and Acceptance: (1) Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment.” Ibid., para. 282.

¹⁰⁸ Ibid., para. 309.

¹⁰⁹ Article 1 Definition of terms, Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997, “Article 1 Definition of Investment For the purpose of this Agreement: 1. the term “investment” shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, ...” Ibid., para. 300.

ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในย่อมส่งผลกระทบต่อผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ การขอรับการได้รับความคุ้มครองที่นักลงทุนจะได้รับตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน¹¹⁰

ขั้นที่ 2 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาพฤติกรรมการของนักลงทุน (บริษัท Fraport)¹¹¹ ดังนี้ บริษัท Fraport ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนและจัดตั้งขึ้นในประเทศเยอรมนี ได้เข้าถือหุ้นในบริษัท Philippine International Air Terminals Co., Inc. หรือบริษัท PIATCO รวมไปถึงบริษัทอื่นๆ ที่จัดตั้งในประเทศฟิลิปปินส์อีกหลายบริษัท และบริษัทเหล่านั้นล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัท PIATCO แทบทั้งสิ้น ดังนั้น จึงทำให้สัดส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO ของบริษัท Fraport ทั้งโดยทางตรงและโดยอ้อม รวมทั้งสิ้นร้อยละ 61.44 ของหุ้นบริษัท PIATCO ทั้งหมด¹¹² ซึ่งบริษัท PIATCO เป็นบริษัทที่ได้รับสัญญาสัมปทานการลงทุนเพื่อก่อสร้างและดำเนินการสถานีพักผู้โดยสารของสนามบินนานาชาติ ณ กรุงมะนิลาจากกระทรวงคมนาคมและการสื่อสารของประเทศฟิลิปปินส์¹¹³ ฉะนั้น จึงเท่ากับว่าบริษัท Fraport ได้เข้ามาถือหุ้นในบริษัท PIATCO ภายหลังจากที่บริษัท PIATCO ได้รับสัญญาสัมปทาน

ก่อนที่บริษัท Fraport จะเข้าไปลงทุนในประเทศฟิลิปปินส์ บริษัท Fraport ได้ทำการตรวจสอบผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ผลกระทบทางกฎหมาย โดยบริษัท Fraport ได้ว่าจ้างสำนักงานกฎหมายที่มีชื่อเสียงให้ทำการศึกษากฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวข้องและอาจกระทบต่อการเข้าไปลงทุนของบริษัท¹¹⁴ โดยเนื้อหาของรายงานของสำนักงานกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนว่า กิจกรรมการลงทุนใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปถือครองสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของรัฐถือเป็นกิจกรรมต้องห้ามสำหรับชาวต่างชาติ¹¹⁵ นอกจากนั้น ยังปรากฏชัด

¹¹⁰ Ibid., para. 394.

¹¹¹ Ibid., para. 307.

¹¹² Ibid., paras. 116-117.

¹¹³ Ibid., para. 98 (iii).

¹¹⁴ Ibid., para. 308.

¹¹⁵ ข้อจำกัดดังกล่าวเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่อง การจำกัดสิทธิการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติ (Nationality requirement limiting foreign ownership of capital of public utility) ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1999 (Foreign investment Act 1999) โดยปกติแล้ว ประเทศฟิลิปปินส์ยินยอมให้ชาวต่างชาติ (non-Philippines national) สามารถเข้าถือครอง หรือเป็นเจ้าของบริษัทในประเทศฟิลิปปินส์ได้ 100 เปอร์เซ็นต์ เว้นแต่ ในกิจการต้องห้ามบางกิจการตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1999 กำหนดไว้ใน “รายการกิจกรรมการลงทุนต้องห้ามสำหรับชาวต่างชาติ” (Negative Lists of Foreign Investment Act) ซึ่งประกอบด้วย “รายการเอ” (List A) และ “รายการบี” (List B) โดย

ว่า บริษัท Fraport เองก็ตระหนักและทราบถึงข้อห้ามทางกฎหมายดังกล่าวเป็นอย่างดี ทั้งนี้ เห็นได้จาก ความเห็นของ ดร. เวอเนอร์ ชมิดท์ (Dr. Werner Schmidt) หนึ่งในคณะกรรมการบริษัทที่ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับแผนการลงทุนในประเทศฟิลิปปินส์ของบริษัท Fraport ว่าขัดต่อกฎหมายภายในของฟิลิปปินส์¹¹⁶ อย่างไรก็ดี แม้ว่าบริษัท Fraport ตระหนักดีถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว แต่บริษัท Fraport ก็ยังคงตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศฟิลิปปินส์ตามแผนการลงทุนเดิม

ขั้นที่ 3 คณะอนุญาโตตุลาการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศฟิลิปปินส์เข้ามาพิจารณาประกอบกับพฤติกรรมของนักลงทุน ดังนี้ ข้อกำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1999 โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ใดๆ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ที่วางข้อกำหนดเรื่อง การจำกัดการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติ ซึ่งกำหนดให้ชาวต่างชาติสามารถถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ได้ไม่เกินร้อยละ 40 ของประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างนั้นทั้งหมด

เมื่อพิจารณาจากจากสัดส่วนของการถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO ของบริษัท Fraport ซึ่งเข้าไปถือครองรวมทั้งสิ้นร้อยละ 61.44 ดังนั้น จึงเท่ากับว่า บริษัท Fraport เข้าถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์เกินกว่าร้อยละ 40 โดยผ่านการถือหุ้นของบริษัท PIATCO ซึ่งขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์¹¹⁷ อีกทั้งในการเข้าถือหุ้นในบริษัทนั้น บริษัท Fraport ได้เข้าทำสัญญาผู้ถือหุ้นอย่างลับๆ (secret shareholder agreements) กับบริษัท PIATCO ดังนั้น ทำให้ข้อมูลการถือหุ้นในบริษัท PIATCO ของบริษัท Fraport ถูกปิดเป็นความลับ จึงทำให้รัฐบาลประเทศฟิลิปปินส์ไม่สามารถล่วงรู้ได้ว่าการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้น¹¹⁸ พฤติการณ์แสดงให้เห็นว่า

รายการเอ คือ การจำกัดการเข้าถือครองกิจการของต่างชาติที่ถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ และ/หรือกฎหมายพิเศษอื่นของประเทศฟิลิปปินส์ ส่วนรายการบี คือ การจำกัดการเข้าถือครองกิจการของชาวต่างชาติ ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคง สาธารณสุข ศีลธรรมและเพื่อปกป้องการดำเนินกิจการ บริษัทขนาดเล็กและขนาดกลางภายในประเทศ ยกตัวอย่างเช่น การถือครองและดำเนินกิจการในธุรกิจเกี่ยวกับสาธารณประโยชน์ต่างๆของรัฐ กำหนดให้ชาวต่างชาติเข้าถือครองกิจการดังกล่าวได้ไม่เกิน 40 เปอร์เซ็นต์ของกิจการทั้งหมด กิจการขายปลีกไม่อนุญาตให้ต่างชาติเข้าถือครองกิจการ การดำเนินกิจการที่ต้องได้รับใบประกอบวิชาชีพ เช่น กิจกรรมทางวิศวกรรม ชาวต่างชาติสามารถเข้าถือครองกิจการได้ไม่เกิน 40 เปอร์เซ็นต์ของกิจการทั้งหมด การดำเนินกิจการเกี่ยวกับการโฆษณาชาวต่างชาติสามารถเข้าถือครองกิจการได้ไม่เกิน 30 เปอร์เซ็นต์ของกิจการทั้งหมด เป็นต้น, Ibid., paras. 309 -310.

¹¹⁶ Ibid., para. 315.

¹¹⁷ Ibid., paras. 309-310.

¹¹⁸ Ibid., para. 125.

บริษัท Fraport ทราบอยู่ตลอดเวลาว่า (consistently aware) การลงทุนของบริษัทขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์¹¹⁹

ท้ายที่สุดในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า 1. ในกรณีนี้ความตกลงระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้สัญญา ต้องเป็นการลงทุนที่สอดคล้องต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน¹²⁰ 2. เมื่อพิจารณาพฤติกรรมของนักลงทุนแล้วพบว่า บริษัท Fraport ทราบและเจตนาที่จะหลีกเลี่ยง (knowingly and intentionally circumvent) ที่จะปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์¹²¹ และจากพฤติกรรมการลงทุนของบริษัท Fraport ไม่อาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อได้ว่า การลงทุนของนักลงทุนเป็นการลงทุนที่สอดคล้องต่อกฎหมาย ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทนี้ เนื่องด้วยเหตุประเภทของข้อพิพาทไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ¹²²

2. คดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ (*Inceysa v. Republic of El Salvador*)¹²³

ในคดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจ ในเงื่อนไขเรื่องประเภทของข้อพิพาทด้วยเช่นกัน โดยเริ่มต้นจากข้อต่อสู้ของฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุน โดยฝ่ายรัฐบาลประเทศเอลซัลวาดอร์ (รัฐผู้รับการลงทุน) ยกข้อต่อสู้เพื่อโต้แย้งเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่า ความตกลงมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะการลงทุนที่ไม่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐภาคีแห่งความตกลงฉบับนี้เท่านั้น (investments made in accordance with the domestic legislation) ฉะนั้น เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate investment) เท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสเปนกับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ (Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment signed between the Republic of El Salvador and the Kingdom of Spain) (“ความตก

¹¹⁹ Ibid., paras. 332, 306, 347, 386-388, 355.

¹²⁰ Ibid., para. 398.

¹²¹ Ibid., para. 401.

¹²² Ibid.

¹²³ *Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador*, ICSID Case No.ARB/03/26, Award (2 August 2006), [Online], 22 December 2014. Available from: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf

ลง”)¹²⁴ เนื่องจากพฤติกรรมการฉ้อฉล (fraud) ของบริษัท Inceysa ได้แก่ การที่บริษัทเจตนาแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จและปกปิดข้อมูลบางประการที่ควรต้องเปิดเผยแก่คณะกรรมการประเมินของประเทศเอลซัลวาดอร์ เพื่อใช้พิจารณาในขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติของบริษัทที่เข้าร่วมการประมูล ดังนั้น การกระทำดังกล่าวของบริษัท Inceysa ย่อมขัดต่อข้อบังคับของการประมูลและกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์¹²⁵

ขั้นแรก คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาลักษณะและขอบเขตของความยินยอมภายใต้ความตกลง โดยพิจารณาจาก 1. เอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการร่างความตกลง (*travaux préparatoires*) และ 2. ถ้อยคำที่ปรากฏในความตกลง ดังนี้

1. คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการร่างความตกลง เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของรัฐภาคีทั้งสอง จากเอกสารที่ประเทศสเปนและประเทศเอลซัลวาดอร์ แลกเปลี่ยนระหว่างกันที่เกี่ยวข้องกับการร่างความตกลง ซึ่งให้เห็นว่าแต่เดิมรัฐทั้งสองประสงค์ให้เพิ่มเติมประโยค “ความสอดคล้องต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นของแต่ละรัฐภาคี” (...in accordance with the laws in force in each of the Contracting Parties) ต่อท้ายคำว่า การลงทุน¹²⁶ แต่ในท้ายที่สุดรัฐภาคีเห็นควรว่า ข้อกำหนดเรื่องความสอดคล้องต่อกฎหมายของการลงทุน น่าจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับกระบวนการในการเข้าไปลงทุน (process of admission of the investment) ของนักลงทุนมากกว่า ดังนั้น รัฐภาคีจึงเห็นว่า ควรเพิ่มข้อกำหนดเรื่องความสอดคล้องต่อกฎหมายของการลงทุนไว้ใน ข้อ 2 เรื่องการส่งเสริมและการยอมรับการเข้ามาลงทุน (promotion and admission) แทนการนำไปต่อท้ายคำว่า การลงทุนตามความประสงค์แรก โดยระบุว่า “แต่ละรัฐภาคีจะยอมรับการลงทุนที่ปฏิบัติสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายและข้อกำหนดดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการได้รับความคุ้มครองของการลงทุน”¹²⁷ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เอกสารดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจของรัฐภาคีที่ต้องการจำกัดการให้ความคุ้มครองภายใต้ความตกลงจำกัดเฉพาะการลงทุนที่สอดคล้องต่อกฎหมายเท่านั้น¹²⁸

¹²⁴ Ibid., paras. 46 – 47.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid., paras. 192 – 193.

¹²⁷ “Contracting Party will admit Investments according to its legal provisions. Thus, it is a necessary condition for an investment to benefit.,” Ibid., paras. 194.

¹²⁸ Ibid., para. 193.

2. คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในความตกลง ข้อ 2 เรื่องการส่งเสริมและการยอมรับการเข้ามาลงทุนที่กำหนดว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐจะยอมรับการลงทุนที่ปฏิบัติสอดคล้องตามบทบัญญัติของกฎหมายและข้อกำหนดดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการได้รับความคุ้มครองของการลงทุน”¹²⁹ และข้อ 3 เรื่องการให้ความคุ้มครอง กำหนดว่า “รัฐภาคีแต่ละต้องให้การคุ้มครองแก่การลงทุนของนักลงทุนจากอีกรัฐภาคีหนึ่ง ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐภาคี”¹³⁰ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ถ้อยคำในข้อบททั้งสองระบุอย่างชัดเจนว่า (clearly indicate) การลงทุนที่ไม่สอดคล้องต่อกฎหมายของรัฐภาคีจะไม่ได้รับการยอมรับ (will not be admitted) ฉะนั้นการลงทุนใดก็ตามที่ขัดต่อกฎหมายย่อมไม่อยู่ในขอบเขตและไม่ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงฉบับนี้ (BIT leaves investments made illegally outside of its scope and benefits.)¹³¹

ขั้นที่ 2 คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการลงทุนของนักลงทุน (บริษัท Inceysa) เข้ามาพิจารณาว่า ในการปฏิบัติการลงทุนของบริษัท Inceysa เป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์รัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่¹³² ดังนี้ บริษัท Inceysa เป็นบริษัทสัญชาติสเปน ผู้เข้าร่วมการประมูลที่จัดขึ้นโดยกระทรวงสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศเอลซัลวาดอร์ (“กระทรวงสิ่งแวดล้อม”) การประมูลในครั้งนี้เปิดโอกาสให้นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศสามารถยื่นข้อเสนอในการประมูล สัญญาการให้บริการเพื่อการติดตั้ง จัดการ และดำเนินการตรวจสอบยานพาหนะ รวมถึงการควบคุมการปล่อยก๊าซพิษเป็นอนุภาค และเสียง¹³³ ในการคัดสรรผู้เข้าร่วมการประมูลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะเข้ามาดำเนินการในโครงการนี้ ฝ่ายผู้จัดการประมูลได้จัดตั้งคณะกรรมการประเมิน (Evaluation Committee) ขึ้นมาเพื่อทำการพิจารณาข้อเสนอและคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมการประมูล ตามข้อมูลที่ผู้เข้าร่วมการประมูลแต่ละรายยื่นข้อเสนอเข้ามา เพื่อนำข้อมูลของผู้เข้าร่วมการประมูลทั้งหมดมาเปรียบเทียบกับเงื่อนไขและ

¹²⁹ Ibid., paras. 200, 204.

¹³⁰ “Article III, titled “Protection,” indicates that “Each Contracting Party shall protect in its territory the investments made, in accordance with its legislation ... , by investors from the other Contracting Party”, Ibid., para. 201.

¹³¹ Ibid., para. 206.

¹³² Ibid., paras. 208-209.

¹³³ Contracting services for the installation, management and operation of mechanical inspection plants for vehicles, including emission control of contaminating gases, particles and noise, Ibid., para. 23.

คุณสมบัติต่างๆที่กระทรวงสิ่งแวดล้อมได้กำหนดไว้¹³⁴ ภายหลังจากการพิจารณาคณะกรรมการได้ผลสรุปว่า บริษัทที่ชนะการประมูลและได้เข้าทำสัญญากับกระทรวงสิ่งแวดล้อมของประเทศเอลซัลวาดอร์ได้แก่ บริษัท Construcción y Arquitectura del Sur หรือบริษัท Construcción และบริษัท Inceysa¹³⁵

พฤติกรรมการฉ้อฉลของบริษัท Inceysa พอจะกล่าวอธิบายได้ ดังนี้ (1) การแสดงสถานะทางการเงินของบริษัทที่เป็นเท็จ (2) การแสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้เชี่ยวชาญที่เป็นเท็จ (misrepresent) (3) การแสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับประวัติ ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญของบริษัท Inceysa และบริษัทพันธมิตรของบริษัทว่ามีความเชี่ยวชาญในการดำเนินการในกิจกรรมที่ขอรับสัมปทาน (4) การแสดงหลักฐานปลอมเพื่อยืนยันว่าบริษัทเคยได้รับสัญญาการลงทุนมูลค่าหลายล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐกับประเทศอื่นๆ มาแล้ว เพื่อนำมาสนับสนุนความน่าเชื่อถือของบริษัท Inceysa และ (5) การปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่าง บริษัท Construcción และบริษัท Inceysa ว่าทั้งสองบริษัทเป็นบริษัทในเครือ¹³⁶ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวถือเป็นข้อมูลที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาและตรวจสอบคุณสมบัติ เพราะต้องนำมาใช้เป็นปัจจัยในการคัดเลือกบริษัทที่มีความเหมาะสมเข้ามาดำเนินการในโครงการของคณะกรรมการประเมิน

ขั้นที่ 3 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณากฎหมายและหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศเอลซัลวาดอร์ที่เกี่ยวข้อง และสามารถนำมาใช้บังคับกับการลงทุนที่พิพาท ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสเปนกับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์ ตามที่ข้อ 144 ของรัฐธรรมนูญทางการเมือง

¹³⁴ ปัจจัยที่ใช้ในการประเมิน คือ 1. สถานะทางการเงิน (financial position) 2. ความสามารถทางการเงิน (financial capacity) 3. ความเชี่ยวชาญในการจัดการสถานีตรวจสอบยานพาหนะ (experience in managing vehicle inspection stations) 4. ประสบการณ์เกี่ยวกับเครื่องจักรกลและการก่อสร้างสถานีตรวจสอบยานพาหนะ (experience with machinery and construction of vehicle inspection stations) 5. ประสบการณ์ของบุคลากร (experience of the personnel) 6. เอกสารทางกฎหมาย (legal documentation) 7. แผนงานของการดำเนินการและการให้บริการ (work plan, vehicle inspection stations) 8. เครื่องมือเสริมและแผนงาน (additional equipment and work plan) 9. แผนงานการให้บริการแก่ลูกค้า (customer service plans), *Ibid.*, para. 26.

¹³⁵ *Ibid.*, paras. 27, 31.

¹³⁶ *Ibid.*, paras. 53, 110, 111-116, 117-118, 122-123.

ของประเทศเอลซัลวาดอร์กำหนด¹³⁷ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะได้พิจารณาจากความตกลงนี้เป็นหลักว่า พฤติกรรมการลงทุนของบริษัท Inceysa นั้นขัดต่อกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์หรือไม่

เนื่องจากความตกลงไม่ได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการพิจารณาเรื่องความสอดคล้องต่อกฎหมายไว้ แต่เมื่อข้อ 3 ของความตกลงกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดโดยตั้งอยู่บนกฎและหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับ (generally recognized rules and principles of International Law) และกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน¹³⁸ ในเบื้องต้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงนำเอาหลักทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นหลักในการพิจารณา ร่วมกับพฤติกรรมของนักลงทุน *หลักทั่วไปประการแรก* คือ หลักความสุจริต (good faith) ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์สูงสุด (supreme principle) ที่ใช้บังคับกับทุกนิติสัมพันธ์ จึงย่อมต้องนำเข้ามาใช้บังคับกับการเข้าทำสัญญาการประมวลของบริษัท Inceysa ด้วยเช่นกัน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การให้ข้อมูลอันเป็นเท็จของบริษัท Inceysa ขัดต่อหลักความสุจริตตั้งแต่ ณ เวลาที่บริษัทเข้ามาทำการลงทุน เพราะในการก่อนนิติสัมพันธ์ในลักษณะต่างตอบแทนดังเช่นสัญญานั้น ความซื่อสัตย์ ความจริง และความมุ่งหมายในการรักษาไว้ซึ่งความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาเป็นสิ่งสำคัญ¹³⁹ *หลักทั่วไปประการที่ 2* หลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (*aemo auditur propiam turpitudinem allegans* or no one shall be heard, who invokes his own guilt) การกระทำของบริษัท Inceysa เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตอันเนื่องมาจากการฉ้อฉล และตามหลักนี้ผู้ที่ จะทำการอันไม่สุจริตย่อมไม่อาจนำการกระทำที่ไม่สุจริต (การฉ้อฉล) ยกขึ้นมาเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนได้ ฉะนั้น ตามหลักดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า บริษัท Inceysa ไม่สามารถเรียกร้องสิทธิใดๆจากการลงทุนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนได้ และย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลง¹⁴⁰ *หลักทั่วไปประการที่ 3* นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (International public policy) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การระบุเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายให้ปรากฏชัดในความตกลง เปรียบเสมือนหนึ่งการแสดงออกถึงความตั้งใจของรัฐภาคีที่จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่

¹³⁷ “Article 144.- International treaties concluded by El Salvador with other States or international institutions are considered laws of the Republic upon their entry into force, in accordance with the provisions of such treaties and of this Constitution.” Ibid., para 219.

¹³⁸ Ibid., para. 222.

¹³⁹ Ibid., paras. 230, 239.

¹⁴⁰ Ibid., paras. 240, 242.

การลงทุนที่ไม่สอดคล้องต่อกฎหมายภายในของรัฐ¹⁴¹ ซึ่งหน้าที่ในการเคารพต่อกฎหมายย่อมถือเป็นเรื่องนโยบายสาธารณะ (respect for the law is a matter of public policy) ไม่ใช่เฉพาะแต่ประเทศเอลซัลวาดอร์ แต่นานาอารยะประเทศเห็นพ้องว่า การเคารพต่อกฎหมายคือเรื่องนโยบายสาธารณะ หากคณะอนุญาโตตุลาการประกาศว่าตนมีอำนาจเหนือคดีนี้ ย่อมเป็นการเพิกเฉยต่อพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุน ซึ่งตามกฎหมายแล้วเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำ¹⁴² *หลักทั่วไปประการที่ 4* หลักเรื่องลามิควร์ได้ (unlawful enrichment) คณะอนุญาโตตุลาการตั้งข้อสังเกตว่า พฤติกรรมของบริษัท Inceysa เป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การลงทุนที่บริษัท Inceysa ได้มาจึงเป็นการได้มาโดยไม่มีมูลเหตุทางกฎหมายรองรับ หรือถือเป็นลามิควร์ได้¹⁴³

นอกจากหลักทั่วไปแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์¹⁴⁴ และกฎหมายว่าด้วยต่างตัวของประเทศเอลซัลวาดอร์¹⁴⁵ ระบุถึงเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนและหน้าที่ของนักลงทุนในการปฏิบัติการลงทุนให้สอดคล้องต่อกฎหมาย นับแต่เข้ามาลงทุนในประเทศเอลซัลวาดอร์ให้เป็นที่ปรากฏชัดในกฎหมายทั้งสอง ฉะนั้น เฉพาะนักลงทุนต่างชาติที่จะได้รับสิทธิประโยชน์และความคุ้มครอง ต้องเป็นนักลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศประเทศเอลซัลวาดอร์เท่านั้น¹⁴⁶

ท้ายที่สุดในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า การลงทุนของบริษัท Inceysa เป็นการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายตามที่ประเทศเอลซัลวาดอร์กล่าวอ้าง จึงทำให้การลงทุนดังกล่าวจึงไม่ควรได้รับความคุ้มครองตามความตกลงฉบับนี้ ฉะนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาการลงทุนดังกล่าวระหว่างบริษัท Inceysa กับประเทศเอลซัลวาดอร์จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ¹⁴⁷

¹⁴¹ Ibid., para. 246.

¹⁴² Ibid., paras. 246, 248.

¹⁴³ Ibid., paras. 253, 254.

¹⁴⁴ “Article 96 of Constitution, Foreigners, from the moment they arrive in the territory of the Republic, will be strictly obligated to respect the authorities and obey the laws and will acquire the right to be protected by them.,” Ibid., para. 260.

¹⁴⁵ “Foreigners law, from the moment they enter the national territory, are obligated to respect the Constitution, the secondary laws and the authorities of the Republic; acquiring the right to be protected by them.,” Ibid., para. 261.

¹⁴⁶ Ibid., para. 262.

¹⁴⁷ Ibid., para. 264.

กล่าวโดยสรุป คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างบริษัท *Fraport* กับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ และคดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ ชี้ให้เห็นว่า พฤติกรรมของนักลงทุนสามารถนำเข้ามาเป็นปัจจัยในการพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจ มีข้อจำกัดอยู่บางประการ กล่าวคือ สามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันเป็นฐานแห่งการเรียกร้องสิทธิระบุข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ซึ่งข้อกำหนดเช่นนี้อาจไม่มีปรากฏในบางความตกลง ฉะนั้น กรณีไม่ปรากฏข้อจำกัดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้อาจเป็นข้อจำกัดของคณะอนุญาโตตุลาการทำให้ไม่สามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นนี้ได้ ตลอดจนการนำการทุจริตมาพิจารณาได้หรือไม่ ต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในคดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ ดูเหมือนว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะนำหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนำมาพิจารณาด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้นำกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของพฤติกรรมของนักลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (in accordance with the law) เพราะคำว่ากฎหมายในที่นี้ไม่ได้ระบุว่าเป็นกฎหมายภายในเท่านั้น ในส่วนต่อไปจะพิจารณาช่องทางในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาจากฐานทางกฎหมายอื่นต่อไป

3.2.2 การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา

การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility)¹⁴⁸ คือ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาว่า ข้อพิพาทนั้นมีข้อบกพร่องใดหรือไม่ และเหมาะสมหรือไม่ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะ

¹⁴⁸ ในกฎเพื่อการอนุญาโตตุลาการของสถาบันการอนุญาโตตุลาการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการลงทุน ตัวอย่างเช่น (1) ICSID Convention (2) ICSID Arbitration Rules (3) UNCITRAL Arbitration Rules เป็นต้น ไม่มีการกำหนดแยกเรื่องเขตอำนาจ (jurisdiction) และเรื่องการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ซึ่งต่างจากข้อ 79 ของ Rules of Court ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ที่กล่าวแยกเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน จึงอาจทำให้แนวคิดต่อการนำเรื่องการรับข้อพิพาทไว้พิจารณายังไม่ชัดเจน อาทิ ในคดีระหว่าง *Methanex* กับสหรัฐอเมริกา (*Methanex v. United States*) ที่กล่าวอย่างชัดเจนว่า “ตาม UNCITRAL Arbitration Rules ไม่มีการกล่าวในอำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการไม่รับพิจารณาคดี อีกทั้งเป็นการไม่สมควรหากจะใช้อำนาจในการบอกปิดไม่รับพิจารณาคดีโดยการอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาคดีได้ตามนัยของบทที่ 11 ของ NAFTA ฉะนั้น เมื่อไม่มีอำนาจที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยนัยให้อำนาจในการปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาคดี ด้วยเหตุว่าคดีไม่เหมาะสมที่จะนำเข้ามาพิจารณา (inadmissible) คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจดังกล่าว” (ย่อหน้าที่ 124 และ 126) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมี 3 คำชี้ขาดชั่วคราวเรื่องเขตอำนาจและการรับพิจารณาคดี (Interim Awards on Jurisdiction and Admissibility) ที่ยืนยัน

นำเข้ามาพิจารณา ซึ่งต่างจากประเด็นเรื่องเขตอำนาจ (jurisdiction) กล่าวคือ ประเด็นเรื่องเขตอำนาจเกี่ยวข้องกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาท¹⁴⁹ ฉะนั้น แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วว่าตนมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา หากพบว่าข้อพิพาทดังกล่าวไม่เหมาะสมที่จะนำเข้ามาพิจารณาเปรียบเสมือนกลไกในการคัดกรองข้อพิพาทของนักลงทุนอีกชั้นหนึ่ง (filtering mechanism to screen investor claims)¹⁵⁰ ซึ่งในชั้นนี้เองที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา

ภายใต้หลักมาศาลด้วยมือสะอาด (Clean Hands doctrine) คณะอนุญาโตตุลาการสามารถปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาข้อพิพาทหากพบว่า นักลงทุนผู้นำข้อพิพาทมาให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณามีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม และการอันไม่เหมาะสมดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของข้อพิพาท (conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper)¹⁵¹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการสามารถปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน หากสิทธิดังกล่าวได้มาหรือคงไว้โดยการกระทำที่มิชอบ (right acquired or retained by inequitable conduct)¹⁵² ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่รับพิจารณาข้อเรียกร้องอันมีที่มาจากกรกระทำที่ไม่ชอบ (claim tainted of illegality behavior) โดยการนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดเข้ามาใช้บังคับสำหรับการพิจารณาในฐานะหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาคดีได้ ได้แก่ *คดีระหว่าง Hulley Enterprises Limited (Cyprus) กับสหพันธรัฐรัสเซีย (Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation)* *คดีระหว่าง Yukos Universal Limited (Isle of Man) กับสหพันธรัฐรัสเซีย (Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation)* และ *คดีระหว่าง Veteran Petroleum Limited (Cyprus) กับสหพันธรัฐรัสเซีย (Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation)*, โปรดดู Andrew Newcombe, The Question of Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration [Online], 1 July 2015. Available from: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/02/03/the-question-of-admissibility-of-claims-in-investment-treaty-arbitration/>; และดู Michael Waibel, Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility, p. 8 [Online], 1 July 2015. Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391789

¹⁴⁹ “Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case; admissibility is whether the case itself is defective whether it is appropriate for the tribunal to hear it”, *Waste Management, Inc v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion K. Highet (2 June 2000), para. 58.

¹⁵⁰ Andrew Newcombe, The Question of Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration

¹⁵¹ Richard Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine,” in *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, eds Kaj Hober and *et al*, (New York: Juris, 2010), p. 316.

¹⁵² *Ibid.*

หลักมาศาลด้วยมือสะอาดถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรม (equitable principles) โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice (ICJ)) กล่าวยืนยันว่า แนวคิดในทางกฎหมายเรื่องความยุติธรรม คือ หลักทั่วไปที่นำไปใช้บังคับได้โดยตรงเหมือนเช่นกฎหมาย (general principle directly applicable as law)¹⁵³ ฉะนั้น หลักมาศาลด้วยมือสะอาดจึงมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law)¹⁵⁴ ที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้บังคับในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้เสมือนหนึ่งเช่นกฎหมาย แม้ว่าแนวคิดทางกฎหมายของหลักมาศาลด้วยมือสะอาดถูกพัฒนามาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ในปัจจุบันหลักดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายทุกระบบ และทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมการใช้สิทธิในทางกฎหมายของบุคคล เพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่า พฤติกรรมหรือการกระทำเช่นว่าอยู่ภายใต้กรอบและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายให้การรับรอง หรือกฎหมายเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการที่ควรได้รับการประณามและลงโทษ¹⁵⁵

แม้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะไม่ได้ระบุถึงหลักมาศาลด้วยมือสะอาดไว้อย่างชัดเจน แต่การกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนย่อมถือเป็นการสะท้อนหลักสำคัญของหลักมาศาลด้วยมือสะอาด จากที่กล่าวไปข้างต้นว่า หลักการมาศาลด้วยมือสะอาดกำหนดให้คู่กรณีหรือบุคคลที่มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด ฉะนั้น การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง¹⁵⁶ โดยปกติคณะอนุญาโตตุลาการมักนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดเข้ามาปรับใช้ในขั้นการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา และในบางกรณีคณะอนุญาโตตุลาการอาจนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดเข้ามาปรับใช้โดยไม่ได้กล่าวถึงชื่อหลักดังกล่าวโดยตรง¹⁵⁷ แต่กล่าวถึงด้วยการใช้หลักในภาษาละติน (Latin maxims) ที่สัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักมาศาลด้วยมือสะอาดมากกล่าวแทน ยกตัวอย่างเช่น (1) การกระทำผิดไม่อาจนำมาเป็นฐานในการดำเนินคดีในทางกฎหมาย (*ex delicto non oritur actio* or an unlawful act cannot serve as the basis of an action in law) (2)

¹⁵³ Rahim Moloo, "A Comment on Clean Hand Doctrine in International law," (2010), p. 1, [Online], 1 May 2015. Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2358229

¹⁵⁴ Alex Khachaturian and Rahim Moloo, "The compliance with the law requirement in international law," p. 1485

¹⁵⁵ นายอภิชาติ คงชาติ, "หลักการดีความ," (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 93.

¹⁵⁶ Tamar Morchiladze, "Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing Get?," (Master Thesis, Faculty of Law University of Oslo, 2012) p. 44.

¹⁵⁷ Ibid.

การกระทำผิดไม่อาจนำมาฟ้องร้องยังศาล (*ex turpi causa non oritur actio* or an action cannot arise from a dishonorable cause”) (3) บุคคลไม่ควรได้รับอนุญาตให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของตน (*nullus commodum capere potest de injuria sua propria* or no one can be allowed to take advantage to his own wrong) (4) หลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans* or nobody can benefit from his own wrong) เป็นต้น

ตัวอย่างของคำชี้ขาดที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อเรียกร้องของนักลงทุน เนื่องจากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน โดยการนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดเข้ามาเป็นฐานทางกฎหมายสำหรับการพิจารณา ตัวอย่างเช่น *คดีระหว่างบริษัท World Duty Free กับสาธารณรัฐเคนยา* และ *คดีระหว่าง Plama Consortium Ltd. กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย*

1. *คดีระหว่างบริษัท World Duty Free กับสาธารณรัฐเคนยา*¹⁵⁸

จากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนด้วยการติดสินบนแก่ประธานาธิบดีประเทศเคนยา เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า “คณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรจะเข้าไปช่วยเหลือนักลงทุน ผู้ซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องโดยมีเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนเอง (*ex turpi causa non oritur actio* or an action cannot arise from a dishonorable cause)¹⁵⁹ ซึ่งหลักดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักมาศาลด้วยมือสะอาด นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า พฤติกรรมการติดสินบนของนักลงทุนขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ การรับข้อพิพาทของนักลงทุนไว้พิจารณาอาจเป็นการดูถูกความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม (affront to public conscience) และอาจเป็นการส่งเสริมพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของนักลงทุน ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธที่จะรับข้อพิพาทไว้พิจารณา”¹⁶⁰

¹⁵⁸ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006) [Online] Available from: <http://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>

¹⁵⁹ *Ibid.*, para. 179.

¹⁶⁰ *Ibid.*, para. 178.

2. คดีระหว่าง Plama Consortium Ltd. กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย¹⁶¹

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาหลักฐานเกี่ยวกับพฤติกรรมของนักลงทุนเห็นว่า ตามที่ในช่วงแรกของการเจรจาเพื่อขอเข้าซื้อหุ้นจากรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจกรรมด้านการกลั่นน้ำมัน กับหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization Agency) ของประเทศบัลแกเรีย นักลงทุนแสดงตนต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในการเจรจาเพื่อขอความยินยอมในการเข้าซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรียว่าตน คือ กิจการเข้าร่วม (Consortium) ขนาดใหญ่ 2 กิจการที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในเรื่องการกลั่นน้ำมัน โดยต่อมาในช่วงท้ายของการเจรจាកิจการเข้าร่วมขนาดใหญ่ทั้ง 2 กิจการได้ถอนตัวออกจากการเข้าลงทุน จึงทำให้เหลือเพียง นาย Vautrin (Mr. Vautrin) บุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวที่ดำเนินการเจรจาเพื่อขอความยินยอมในการเข้าซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรียต่อไป¹⁶² จากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องสถานะของนักลงทุนที่เปลี่ยนแปลงไป แต่นักลงทุน (นาย Vautrin) ปิดบังข้อเท็จจริงเรื่องการถอนตัวของกิจการเข้าร่วมทั้ง 2 ด้วยการไม่แจ้งแก่หน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจที่ดูแลการเจรจาในขณะนั้น ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นปัจจัยสำคัญต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในการพิจารณาว่าจะให้ความยินยอมแก่นักลงทุน เพื่อเข้าซื้อหุ้นในรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรียหรือไม่¹⁶³ โดยจากหลักฐานต่างๆ ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อว่า การได้มาซึ่งการลงทุนของนักลงทุนเกิดจากการปิดบังข้อเท็จจริงอันถือเป็นการฉ้อฉลต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เพื่อให้โอนหุ้นในรัฐวิสาหกิจให้แก่บุคคลธรรมดาที่ไม่มีความสามารถในด้านเงินทุนและประสบการณ์ในการบริหารจัดการกิจกรรมการกลั่นน้ำมัน¹⁶⁴ ในขั้นต่อไปคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาผลจากพฤติกรรมการแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ มีรายละเอียดดังนี้

คณะอนุญาโตตุลาการเริ่มพิจารณาจากกฎหมายภายในของประเทศบัลแกเรียในเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization Act) คำตัดสินของศาลฎีกาของประเทศบัลแกเรีย¹⁶⁵ รวมไปถึงสนธิสัญญาภาคีพลังงาน (Energy Charter Treaty (ECT)) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า แม้ว่า

¹⁶¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008), para. 143 [Online], 10 July 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>

¹⁶² *Ibid.*, paras. 100 -102, 134.

¹⁶³ *Ibid.*, para. 134.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para. 135.

¹⁶⁵ *Ibid.*, para. 130.

สนธิสัญญาผูกพันแรงงานจะไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่กำหนดเงื่อนไขความสอดคล้องต่อกฎหมายของการลงทุน (comformity of investment with particular law) ซึ่งต่างจากสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนที่มักปรากฏเงื่อนไขในลักษณะนี้ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าภายใต้สนธิสัญญาผูกพันแรงงานจะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนในทุกลักษณะ รวมถึงการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁶⁶ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้นำคำแถลงการณ์ของประธานในสมัยประชุมเพื่อลงมติยอมรับสนธิสัญญาผูกพันแรงงาน (adopt session of ECT) ปี ค.ศ. 1994 เข้ามาพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาผูกพันแรงงานความว่า “สนธิสัญญาฉบับนี้ต้องนำไปใช้บังคับและตีความ โดยสอดคล้องกับกฎหมายหรือหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปตามอนุสัญญากรุงเวียนว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และการตีความสนธิสัญญาจะต้องสอดคล้องกับหลักสุจริต เป็นไปตามความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำและบริบท ตลอดจนวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญา”¹⁶⁷ ประกอบกับการพิจารณาในส่วนอารัมภบทของสนธิสัญญาที่ระบุว่า “วัตถุประสงค์พื้นฐานของสนธิสัญญาผูกพันแรงงานมีขึ้นเพื่อส่งเสริมหลักกฎหมายในเรื่องพลังงาน” ดังนั้น จากคำแถลงการณ์และอารัมภบทของสนธิสัญญา คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การตีความสนธิสัญญาควรจะต้องเป็นไปในแนวทางที่ส่งเสริมให้เกิดการเคารพต่อหลักกฎหมายเท่านั้น (encouraging respect for the rule of law) ฉะนั้น สิทธิอันเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองแก่การลงทุน (substantive protection) ภายใต้สนธิสัญญาผูกพันแรงงาน จึงไม่อาจนำไปใช้บังคับแก่การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมาย¹⁶⁸ นอกจากนี้ ก่อนที่จะสรุปการพิจารณาในประเด็นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้นำคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างบริษัท *Inceysa* กับ *สาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์* และคดีระหว่างบริษัท *World Duty Free* กับ *สาธารณรัฐเคนยา* ในส่วนที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีเหล่านั้นนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาด และนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศเข้ามาเป็นฐานในการพิจารณาพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุน¹⁶⁹

ในขั้นสุดท้ายของประเด็นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า นักลงทุนได้การลงทุนมาด้วยวิธีการที่ไม่จริงใจ (deceitful conduct) และละเมิดต่อกฎหมายของประเทศบัลแกเรีย ดังนั้น การให้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาผูกพันแรงงานแก่การลงทุนของนักลงทุนอาจขัดต่อหลักบุคคลไม่ควร

¹⁶⁶ Ibid., para. 138.

¹⁶⁷ Ibid., para. 138.

¹⁶⁸ Ibid., para. 139.

¹⁶⁹ Ibid., paras. 141-142.

ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans* or nobody can benefit from his own wrong) รวมทั้งยังขัดต่อแนวคิดพื้นฐานของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรที่จะบังคับตามสิทธิในสัญญาการลงทุนที่ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบ (*wrongful means*) โดยการฉ้อฉลและแสดงหลักฐานอันเป็นเท็จ¹⁷⁰ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า พฤติกรรมของนักลงทุนขัดต่อหลักความสุจริต ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายประเทศบัลแกเรีย และถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁷¹

แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า คณะอนุญาโตตุลาการคดีนี้ไม่สมควรรับไว้พิจารณา อย่างไรก็ตาม จากแนวคิดที่อนุญาโตตุลาการนำมาปรับใช้กับการพิจารณาในคดี (*operative idea*) ด้วยการปฏิเสธว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรบังคับตามสิทธิในการลงทุนตามที่นักลงทุนกล่าวอ้าง เพราะสิทธิดังกล่าวได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นกรณีที่จะไม่รับพิจารณาคดี และให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่ประพฤติมิชอบ ตามแนวคิดเรื่องการปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาคดี (*denying admissibility of the claim*)¹⁷²

กล่าวโดยสรุป คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่างบริษัท *World Duty Free* กับสาธารณรัฐเคนยา และคดีระหว่าง *Plama Consortium Ltd.* กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย ชี้ให้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในการพิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการควรที่จะใช้อำนาจที่มีอยู่เพื่อพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่ กรณีเห็นว่านักลงทุนผู้นำข้อพิพาทเข้ามาเรียกร้องเพื่อขอรับความคุ้มครองมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่รับคดีเข้าสู่การพิจารณาและปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน โดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักมาศาลด้วยมือสะอาดมาใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา เพื่อปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีหลักมาศาลด้วยมือสะอาด ซึ่งอาจเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เป็นฐานแห่งการเรียกร้องสิทธิ ไม่ได้ระบุข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจน เพื่อเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ดังเช่นในกรณีคดีระหว่าง *Plama Consortium Ltd.* กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย

¹⁷⁰ para. 143.

¹⁷¹ para. 144.

¹⁷² Andrew Newcombe, *The Question of Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration*.

อย่างไรก็ตาม การนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดมาใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของพฤติกรรมของนักลงทุน มีข้อสังเกตว่า หลักมาศาลด้วยมือสะอาดต้องนำมาใช้บังคับเพื่อพิจารณาการกระทำของคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายอย่างเท่าเทียม (equally applies)¹⁷³ อีกนัยหนึ่ง หลักมาศาลด้วยมือสะอาดเป็นหลักที่ทั้งฝ่ายนักลงทุนและรัฐต้องถือปฏิบัติ (mandate for both parties)¹⁷⁴ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณา (1) กรณีที่รัฐมีส่วนในการกระทำผิด หรือรัฐผู้รับการลงทุนรับรู้ถึงการทุจริตและตั้งใจมองข้าม (knowingly overlooked) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เช่น การไม่ดำเนินการสอบสวนหรือลงโทษเจ้าหน้าที่รัฐผู้รับสินบน เป็นต้น¹⁷⁵ กรณีเช่นนี้การเปิดโอกาสให้รัฐผู้มีส่วนในการกระทำผิด สามารถนำพฤติกรรมที่มีชอบของฝ่ายนักลงทุนดังกล่าวมาอ้าง ให้คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดี เพื่อให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบโดยสิ้นเชิงทั้งที่รัฐก็มีส่วนผิดอยู่ด้วย จึงเป็นการไม่สมควร และอาจขัดต่อหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel)¹⁷⁶ หรือ (2) ในกรณีที่ระดับความร้ายแรงของพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนมิได้ร้ายแรงหรือพฤติกรรมความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมิได้เกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประโยชน์ที่จะได้จากการลงทุน (central to the profitability of the investment) เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำมาพิจารณา เพื่อเป็นปัจจัยที่ช่วยบรรเทา (potential mitigation factors) ผลร้ายที่จะเกิดขึ้นแก่นักลงทุน กล่าวคือ ในการพิจารณาว่าข้อพิพาทเหมาะที่จะรับเข้ามาพิจารณาหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณา ระดับความร้ายแรงของพฤติกรรมดังกล่าว หรือผลประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้จากพฤติกรรมที่มีชอบนั้นสัมพันธ์โดยตรงกับการลงทุนหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่าง *Plama Consortium Ltd. กับสาธารณรัฐบัลแกเรีย* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า ข้อมูลที่นักลงทุนตั้งใจกระทำการปิดบังถือเป็นปัจจัยสำคัญ (material) ต่อการตัดสินใจอนุญาตให้ทำการลงทุนชี้ให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องของพฤติกรรมที่มีชอบดังกล่าวกับการได้มาซึ่งการลงทุนด้วย เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้การนำประเด็นเรื่องพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณานั้น ต้องทำให้วัตถุประสงค์หลักของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มุ่งให้

¹⁷³ Ruslan Mirzayev, "International Investment Protection Regime and Criminal Investigations," *Journal of International Arbitration* 29 (2012): 100.

¹⁷⁴ Mohamed Abdel Raouf, "How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issue?," *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 24 (2009): 135.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 135.

¹⁷⁶ Jason Webb Yackee, "Investment Treaties & Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States," *Virginia Journal of International Law* 52 (2012): 742.

ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต้องเสียไป ฉะนั้น ในกรณีที่มีรัฐมีส่วนผิด พฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนไม่ร้ายแรง หรือพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนไม่ได้เกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประโยชน์ที่จะได้จากการลงทุนโดยตรง คณะอนุญาโตตุลาการอาจรับพิจารณาคดี แทนการปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาข้อพิพาทและทำให้นักลงทุนต้องสูญเสียประโยชน์หรือกำไรที่จะได้จากการลงทุน¹⁷⁷ และนำไปประเด็นเรื่องพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมเข้ามาพิจารณาในชั้นการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี หรือชั้นการกำหนดค่าเสียหายต่อไป

นอกจากหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เป็นฐานในการพิจารณา เพื่อปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อพิพาทกรณีที่นักลงทุนมีพฤติกรรมที่มีขอบแล้ว ในคดีที่ยกมาเป็นตัวอย่างทั้งสองคดี ดูเหมือนว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้นำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติเข้ามาปรับใช้ในฐานะข้อควรประพฤติปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศ (rubric of international law)¹⁷⁸ ในเวลาที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของพฤติกรรมของนักลงทุนด้วย ซึ่งการนำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ และนโยบายสาธารณะข้ามชาติเข้ามาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาพฤติกรรมของนักลงทุน มีข้อควรระวังสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการที่ต้องระมัดระวังตนมิให้กระทำเกินหน้าที่และอำนาจที่ตนมีอยู่ ตามที่ได้ศึกษาในส่วน 3.1 เรื่องหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ ฉะนั้น การนำนโยบายสาธารณะเข้ามาเป็นปัจจัยในการพิจารณาพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนในลักษณะอื่นๆ นอกเหนือไปจากพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศโดยตรงและโดยอ้อม ตัวอย่างเช่น พฤติกรรมการให้ค่าอำนวยความสะดวก (grease payment or facilitating payment)¹⁷⁹ ที่ยังไม่ได้รับฉันทามติว่าเป็นพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรงและสมควรได้รับการปราบปราม ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในการใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาว่า พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนในลักษณะอื่นๆ เหล่านั้น สมควรหรือไม่ที่จะนำเข้ามาพิจารณาเพื่อเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธไม่รับพิจารณา

¹⁷⁷ Ibid., p. 741.

¹⁷⁸ Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham and Rahim Moloo, "Fraud and Corruption in international Arbitration," in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, eds David Arias and Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, (Madrid: La Ley, 2010) p. 711.

¹⁷⁹ การให้ค่าอำนวยความสะดวก คือ พฤติกรรมการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นกระทำการในสิ่งที่เขาต้องพึงต้องปฏิบัติอยู่แล้วตามหน้าที่ การติดสินบนดังกล่าวเป็นเพียงเพื่อจูงใจให้ปฏิบัติงานให้รวดเร็วขึ้น, โปรดดู Colin Nicholis QC, et al, *Corruption and Misuse of Public Official* (New York: Oxford University Press, 2006), p. 1.09.

จากข้อสังเกตข้างต้น กรณีอาจเป็นไปได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการอาจรับข้อพิพาทไว้พิจารณา ฉะนั้น ในส่วนต่อไปจะได้พิจารณาฐานทางกฎหมายเรื่องการเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมาย กับข้อเท็จจริงของคดี เพื่อพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในฐานทางกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่

3.2.3 การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี

การพิจารณาเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี ในเบื้องต้นคณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องพิจารณาค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาท (law applicable to the substance of the dispute) ทั้งนี้ เพื่อระบุว่าจะนำกฎหมายใดเข้ามาปรับใช้ในการแก้ปัญหาข้อพิพาท¹⁸⁰ ซึ่งการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทนั้นมีส่วนสำคัญต่อการพิจารณาความเป็นไปได้ในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทใดบ้างที่เปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุน อย่างเช่น พฤติกรรมการทุจริต รวมไปถึงพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่นของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้บ้าง โดยส่วนนี้จะได้กล่าวถึงกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำเข้ามาใช้บังคับกับข้อพิพาท หลังจากนั้นจึงจะพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทเปิดช่องทางให้คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้

3.2.3.1 การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท

ในการพิจารณาค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนภายใต้สถาบันต่าง กฎเพื่อการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่มองข้ามไม่ได้ เพราะในกฎเพื่อการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ มักจะกำหนดแนวทางสำหรับการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้เป็นแนวทางแก่คณะอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

¹⁸⁰ Yas Banifatemi, "The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration," in Catherine A. Rogers and Roger P. Alford (editors), *The Future of Investment Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 191.

1. การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนภายใต้ศูนย์ระงับ ข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) อาจพิจารณาค้นหาแนวทางสำหรับการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาท (substantive rules applicable to the merits of dispute) ได้จาก ข้อ 42 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท) ดังนี้

ข้อ 42 (1) คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมายของกฎหมายที่คู่กรณีตกลง ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อตกลงเช่นว่าคณะอนุญาโตตุลาการต้องนำกฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (รวมถึงกฎหมายของกฎหมายว่าด้วยกฎหมายขัดกันของรัฐภาคีซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท) และกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถนำเข้ามาปรับใช้กับคดีได้¹⁸¹

จากข้อบ่งชี้ดังกล่าวของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทสามารถแบ่งแนวทางในการใช้พิจารณาค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ 2 กรณี คือ กรณีปรากฏข้อตกลงของคู่กรณีเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท และกรณีไม่มีปรากฏข้อตกลงของคู่กรณีเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท

ฉะนั้น ตามแนวทางการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทของข้อบ่งชี้ คณะอนุญาโตตุลาการเริ่มจากการค้นหาของกฎหมายที่คู่กรณีตกลง (rules of law)¹⁸² หรือกฎที่เลือก

¹⁸¹ Article 42(1) of Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - International Centre for Settlement of Investment Disputes 1965, "Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable."

¹⁸² ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทนั้น คู่กรณีอิสระที่จะกำหนดให้นำหลักกฎหมายใดก็ได้ (any rules of law) มาใช้บังคับกับข้อพิพาท เช่น ระบบกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่ง (any national legal system) กฎใดกฎหมายหนึ่งภายใต้ระบบกฎหมายนั้น (selected rules of that system) หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปในระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่ง (rules common to certain legal systems) หรือกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคำว่า "กฎของกฎหมาย" ที่กำหนดไว้ในข้อ 42 (1) นั้นเปิดโอกาสให้คู่กรณีเลือกนำกฎหมาย หรือแม้แต่หลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาใช้บังคับ

โดยคู่กรณี (rules chosen by the parties) หมายถึง การกลับไปค้นหาจากฐานทางกฎหมายอันนำมาสู่สิทธิแห่งการเรียกร้องสิทธิของนักลงทุน ได้แก่ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ในกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ปรากฏข้อตกลงของคู่กรณีเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในส่วนท้ายของข้อ 42 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ได้กำหนดแนวทางแก่คณะอนุญาโตตุลาการว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน¹⁸³ และกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้

2. การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น

ในกรณีกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนอยู่ภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น (Non-ICSID Arbitration) ตัวอย่างเช่น 1. การอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับเพื่อการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 2010 (UNCITRAL Arbitration Rules 2010) ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาทดังนี้

ข้อ 35 (1) คณะอนุญาโตตุลาการต้องนำกฎหมายของกฎหมายที่คู่กรณีเลือกมาใช้บังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาท กรณีไม่ปรากฏกฎหมายที่คู่กรณีเลือก คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎหมายที่คิดว่าเหมาะสมเข้ามาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้¹⁸⁴

กับข้อพิพาทของตนก็ได้ ทั้งนี้ แล้วแต่คู่กรณีเลือก, in Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process,” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 18 (2003): 376.

¹⁸³ คณะอนุญาโตตุลาการควรนำหลักว่าด้วยเรื่องกฎหมายขัดกันของรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นมาพิจารณา เพื่อค้นหาว่าในประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวหลักกฎหมายขัดกันกล่าวถึงการนำกฎหมายของประเทศอื่นเข้ามาใช้บังคับหรือไม่ กรณีไม่ปรากฏว่ากฎหมายขัดกันของรัฐผู้รับการลงทุนกล่าวให้นำกฎหมายของรัฐอื่นเข้ามาบังคับ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติของรัฐผู้รับการลงทุนเข้ามาใช้บังคับได้ (substantive law of the host country) ในทางปฏิบัติกฎหมายขัดกันมักจะกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการนำกฎหมายสารบัญญัติของรัฐผู้รับการลงทุนเข้ามาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนถือเป็น “กฎหมายที่ใกล้ชิดกับการลงทุนมากที่สุด” (most closely connected to the investment), in M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), p. 237.

¹⁸⁴ Article 35 (1.) of UNCITRAL Arbitration Rules 2010, “The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.”

2. ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ ค.ศ. 2012 (International Chamber of Commerce Rules 2012)

ข้อ 25 (1) คู่กรณีสามารถตกลงเลือกกฎของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาทได้ กรณีไม่ปรากฏกฎหมายที่คู่กรณีเลือก คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎของกฎหมายที่คิดว่าเหมาะสมเข้ามาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้¹⁸⁵

จากข้อบทของข้อบังคับเพื่อการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ แสดงให้เห็นว่า ในลำดับแรกกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องนำกฎหมายที่คู่กรณีเลือกเข้ามาใช้บังคับ เฉพาะกรณีไม่ปรากฏกฎหมายที่คู่กรณีเลือก คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลยพินิจในการเลือกกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมเข้ามาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ ฉะนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทค่อนข้างเปิดกว้าง

เนื่องจากฐานทางกฎหมายอันนำมาสู่สิทธิแห่งการเรียกร้องสิทธิของนักลงทุนอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ดังนั้น จุดเริ่มต้นในการค้นหากฎหมายที่จะนำเข้ามาใช้บังคับข้อพิพาทแน่นอนว่าย่อมต้องเริ่มค้นหาจาก ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันเป็นฐานทางกฎหมายที่ให้สิทธิแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งตามปกติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักจะไม่มีการกล่าวถึง กฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ¹⁸⁶ อย่างไรก็ตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับ ซึ่งเป็นส่วนน้อย¹⁸⁷ ที่กล่าวถึงกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ¹⁸⁸

¹⁸⁵ Article 17 (1) of ICC Rules of Arbitration, “The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.”

¹⁸⁶ Alan Redfern and et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para. 8.47.

¹⁸⁷ Christopher Dugan and et al., *Investor-State Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2008), p. 202; and Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process,” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 18 (2003): 379.

¹⁸⁸ ตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรนอร์เวย์และสาธารณรัฐอาร์เจนตินา ค.ศ. 1992 (Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of

กรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่มีข้อบทเฉพาะที่กล่าวถึงกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทได้จากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั่นเอง กล่าวคือ อาจค้นหาจากข้อบทที่กำหนดสาระแห่งสิทธิ (substantive provisions) ซึ่งหลายที่ปรากฏในความตกลง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการสามารถหยิบยกเข้ามาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้¹⁸⁹

โดยเมื่อพิจารณาให้ลึกกลงไปในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะพบว่า ในความตกลงมีแต่ข้อบทที่กำหนดหน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น ไม่มีข้อบทใดเลยที่กล่าวถึงการกำหนดหน้าที่ของนักลงทุน ดังนั้น ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่มีข้อบทใดเลยที่กล่าวห้ามพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนไว้โดยตรง¹⁹⁰ เพื่อเปิดช่องทางให้คณะอนุญาโตตุลาการหยิบยกเข้ามาเป็นกฎหมายที่บังคับกับพฤติกรรมที่ไม่ชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา อย่างไรก็ตาม ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีมาตรฐานระหว่างประเทศที่ความตกลงส่วนใหญ่ต้องกำหนดไว้ คือ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable standard) ซึ่งน่าจะเป็นมาตรฐานที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้เป็นช่องทางในการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้ในขั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย โดยจะได้กล่าวละเอียดในส่วนต่อไป



the Netherlands and the Argentine Republic 1992) “ข้อ 10 (7) คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาข้อพิพาทโดยตั้งอยู่บนฐานทางกฎหมายของรัฐภาคีฝ่ายซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (รวมถึง กฎว่าด้วยกฎหมายขัดกันของรัฐภาคีดังกล่าว), ข้อบทของความตกลงฉบับนี้, ข้อตกลงพิเศษอื่นใดที่คู่กรณีได้ทำขึ้นและเกี่ยวข้องกับการลงทุน รวมถึงกฎของกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถนำมาใช้บังคับได้” (Article 10 (7) The arbitration tribunal shall decide on the basis of the law of the Contracting Party which is a party to the dispute (including its rules on the conflict of law), the provisions of the present Agreement, special Agreements concluded in relation to the investment concerned as well as such rules of international law as may be applicable.)

¹⁸⁹ Alan Redfern and et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para. 8.49.

¹⁹⁰

Dai Tamada, “Fight against Corruption and International Investment Law,” *Kyoto Seminar on International Investment Law*, Kobe University [Online], 20 March 2015. Available from: http://www.hamamoto.law.kyoto-u.ac.jp/sonota/2014Kyoto/PPT_Tamada_corruption.pdf

3.3.2.2 แนวทางของคณะอนุญาโตตุลาการในการปรับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมที่มี ขอบของนักลงทุน

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ปรากฏมาตรฐานต่างๆ เพื่อให้คำมั่นสัญญาว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนและการลงทุนของนักลงทุน จากความเสี่ยงทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าไปลงทุนภายในรัฐผู้รับการลงทุน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมักจะกำหนดให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุน ดังนี้ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติไม่น้อยกว่าคนชาติ หรือคนชาติอื่นๆ ที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (National Treatment/Most-Favoured-Nation) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ (Full protection and security) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน (Expropriation and Compensation) สิทธิที่จะได้รับการชดเชยความสูญเสียจากเหตุการณ์รุนแรงที่เกิดในประเทศที่ลงทุน (Compensation for Losses) เป็นต้น มาตรฐานในการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุน หรือสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนเช่นว่าเราจะเห็นได้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่¹⁹¹

มาตรฐานสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศด้านการลงทุนที่กำหนดขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองที่สำคัญ และน่าจะนำมาสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ คือ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment standard)¹⁹² ด้วยการนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาร่วมด้วยในขั้นตอนการพิจารณาการปรับใช้มาตรฐานดังกล่าวในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน โดยผ่านการตีความมาตรฐานดังกล่าว อันน่าจะนำมาซึ่งความยุติธรรมระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุน กรณีพบว่านักลงทุนมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม โดยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมถือเป็นข้อบทที่อยู่ในเกือบทุกความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนระหว่างประเทศ (international minimum standard of treatment) และใช้เป็นข้อบทในการฟ้องร้องมากที่สุดเพราะมีความหมายครอบคลุมกว้างขวาง และถือเป็นมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมถือเป็นมาตรฐานที่สามารถพัฒนา เพื่อก่อให้เกิด

¹⁹¹ Alan Redfern and et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para. 8.58.

¹⁹² Peter Muchlinski, “‘Caveat Investor’? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard,” *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006): 528.

คุณค่าต่อระบบการให้ความคุ้มครองนักลงทุนและรัฐในการลงทุนระหว่างประเทศได้ ปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการตีความให้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมครอบคลุมถึงรูปแบบการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนในหลายลักษณะ และถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในทางกฎหมายของนักลงทุน ได้แก่

1. ความโปร่งใสและความคาดหวังได้ของนักลงทุน (transparency and investor's legitimate expectations)

2. การปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐ

3. กระบวนการพิจารณาเหมาะสมและเป็นธรรม (procedural propriety and due process)

4. ความสุจริต

5. อิสระจากการใช้อำนาจบังคับการข่มขู่ (freedom from coercion and harassment)¹⁹³

ทั้งนี้ เมื่อวัตถุประสงค์หลักของการกำหนดให้มีมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม คือ เพื่อส่งเสริมความมั่นคงและความคาดหวังได้ให้เกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมของการลงทุนระหว่างประเทศและก่อให้เกิดบรรยากาศที่ดีในการลงทุน เพราะหากปล่อยให้รัฐผู้รับการลงทุนใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมกิจกรรมของนักลงทุนได้อย่างอิสระ โดยไม่ได้กำหนดขอบเขตหรือมาตรฐาน ให้แก่รัฐผู้รับการลงทุนไว้เป็นพันธกรณีเพื่อปฏิบัติการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน อาจนำไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบและไม่สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาล และอาจส่งผลกระทบต่อนักลงทุน นำมาซึ่งบรรยากาศที่ไม่ดีในการลงทุน¹⁹⁴ ในขณะเดียวกันคณะอนุญาโตตุลาการต้องไม่ลืมว่า หากมุ่งแต่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มากเกินไป จนกระทั่งมุ่งแต่การพิจารณาพฤติกรรมของรัฐที่กระทำต่อนักลงทุนแต่ฝ่ายเดียว อาจกลายเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจภายในรัฐ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่รัฐมีอยู่แล้วและเป็นหลักทั่วไป (general principle) ได้รับการยอมรับว่า รัฐสามารถจัดการกับกิจกรรมใดๆในรัฐของตน ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการต้องระวังและตระหนักถึงปัจจัยในเรื่องนี้ด้วยเมื่อพิจารณาตัดสินข้อพิพาท การสร้างความสมดุลระหว่างการเคารพอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมและจัดการกิจกรรมต่างๆภายในรัฐ และการให้

¹⁹³ Florian Haugeneder and Christoph Liebscher, "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards of Proof," *Austrian Arbitration Yearbook* (2009), p. 559.

¹⁹⁴ Peter Muchlinski, "'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard," *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006): 533

ความคุ้มครองแก่นักลงทุนตามสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนพึงได้รับ ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดว่าหากนักลงทุนต้องการได้รับความคุ้มครองการลงทุนอย่างอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม และเพื่อให้คาดหมายได้ว่าจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐอย่างแน่นอน นักลงทุนเองก็ต้องมีพฤติกรรมที่ดีเพื่อให้สมควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐเช่นกัน

ดังนั้น ตามแนวคิดอันเป็นที่มาของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าทั้งรัฐและนักลงทุนย่อมต้องมีหน้าที่ระหว่างกัน กล่าวคือ ในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนรัฐต้องปฏิบัติโดยสอดคล้องต่อความคาดหวังของนักลงทุน ในเวลาที่นักลงทุนเข้ามาปฏิบัติการลงทุนภายในรัฐ ด้วยการให้โอกาสนักลงทุนได้รับประโยชน์อย่างเหมาะสม ในขณะที่นักลงทุนมีหน้าที่ปฏิบัติการลงทุนโดยใช้มาตรฐานความระมัดระวังอย่างสูงสุด (best standard of care) หน้าที่ในความระมัดระวังตรวจสอบ (due diligence) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงที่ซ่อนอยู่ภายในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน¹⁹⁵

หากคณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำเอาพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเพื่อหาระดับความเหมาะสมในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน โดยผ่านการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณานักลงทุนต้องปฏิบัติตนให้เป็นนิติบุคคลพลเมืองที่ดี (good corporate citizen) หรือสอดคล้องตามหลักเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ เรื่องความรับผิดชอบต่อสังคม (principles of International corporate social responsibility) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการอาจค้นหาหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเพื่อนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านักลงทุนปฏิบัติชอบหรือไม่ จากตราสารระหว่างประเทศต่างๆ เช่น แนวปฏิบัติสำหรับบริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) เครื่องมือว่าด้วยจริยธรรมสำหรับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน (ICC Business ethics tools) ที่ออกโดยคณะกรรมการว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสังคมและการต่อต้านการทุจริตของภาคธุรกิจ (Commission on Corporate Responsibility and Anti-Corruption) ของหอการค้านานาชาติ¹⁹⁶ ข้อตกลงนานาชาติขององค์การสหประชาชาติ (UN Global Compact)¹⁹⁷ เป็นต้น

¹⁹⁵ Ibid., p. 535.

¹⁹⁶ ICC Business ethics tools, [Online], 25 March 2015. Available from: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption/icc-business-ethics-tools/>

¹⁹⁷ The Ten Principles [Online], 10 February 2015. Available from: <https://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>

โดยเนื้อหาจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจ (ethical business practice) ที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ มีเนื้อหาโดยสาระสำคัญคล้ายกัน มักกล่าวถึงการปฏิบัติการลงทุนให้สอดคล้องกับกฎหมาย การหลีกเลี่ยงการทุจริตในทุกรูปแบบ เป็นต้น เนื้อหาที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศเหล่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาพฤติกรรมของนักลงทุนประกอบมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม พร้อมทั้งอาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการช่วยพิจารณาได้ว่า มาตรการที่รัฐนำมาใช้บังคับแก่นักลงทุน หรือพฤติกรรมของรัฐมีความสมเหตุสมผลและชอบด้วยกฎหมายในการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือไม่ ตลอดจนนำไปใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการช่วยพิจารณาลักษณะของพฤติกรรมของนักลงทุนที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐในการเข้าไปควบคุมหรือแทรกแซงกิจกรรมของนักลงทุนได้หรือไม่

จากที่กล่าวไปข้างต้น มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมก่อให้เกิดหน้าที่ของนักลงทุนผู้ที่ต้องการได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน กล่าวคือ นักลงทุนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น

1. หน้าที่ต้องหลีกเลี่ยงจากการกระทำที่ไร้ซึ่งสามัญสำนึกหรือศีลธรรม (Duty to refrain from unconscionable conduct) ตามแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับการดำเนินกิจกรรมในเชิงพาณิชย์ (good commercial practice) กำหนดหลักที่ผู้ดำเนินกิจกรรมในเชิงพาณิชย์ไม่ควรปฏิบัติ ได้แก่ การประพฤติกการกลฉ้อฉล การปกปิดข้อเท็จจริง การทุจริต การใช้อิทธิพลในทางที่มีชอบ เป็นต้น ฉะนั้น กรณีพบว่านักลงทุนมีพฤติกรรมที่ไม่ดีเช่นเข้าไปเกี่ยวข้องกับการทุจริต หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ต้องรู้และจำเป็นสำหรับรัฐในการอนุญาตให้นักลงทุนเข้ามาทำการลงทุน หากพบพฤติกรรมเช่นนั้นของนักลงทุน ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการเข้าไปแทรกแซงด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อจัดการกับพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน ฉะนั้น ในการพิจารณาข้อพิพาทคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า นักลงทุนมีพฤติกรรมเข้าไปเกี่ยวข้องกับการลงทุนแบบไม่มีสามัญสำนึกหรือผิดศีลธรรม อาทิ การกระทำการทุจริต พฤติกรรมดังกล่าวอาจมีนัยต่อการพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจร้ายแรงจนส่งผลกระทบต่อสิทธิในการเรียกร้อง หรือการได้รับความคุ้มครองของนักลงทุนต้องหมดไป¹⁹⁸

¹⁹⁸ Peter Muchlinski, “‘Caveat Investor’? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard,” p. 536.

2. หน้าที่กระทำการลงทุนโดยมีความรู้เพียงพอและรับรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น (Duty to engage in the investment in the light of an adequate knowledge at its risk)¹⁹⁹

3. หน้าที่ในการดำเนินธุรกิจด้วยวิธีการที่สมเหตุสมผล (Duty to conduct business in a reasonable manner)²⁰⁰

โดยหน้าที่ตาม 2. และ 3. เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) หน้าที่ในความระมัดระวังเมื่อต้องเข้าไปดำเนินกิจกรรมการลงทุน ผลกระทบของการไม่ปฏิบัติตาม อาจไม่ร้ายแรงเท่าพฤติกรรมของนักลงทุนในแบบที่ 1. กล่าวคือ พฤติกรรมของนักลงทุนที่ขาดความระมัดระวังในลักษณะนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในการกำหนดค่าเสียหาย โดยพิจารณาจากระดับความเสียหายและพฤติกรรมของนักลงทุนที่มีส่วนผิด ด้วยแทนที่จะมุ่งพิจารณาเฉพาะพฤติกรรมของรัฐผู้รับการลงทุนแต่ฝ่ายเดียว²⁰¹

แนวคำตัดสินที่คณะอนุญาโตตุลาการนำเอาพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย ผ่านการนำมาตรฐานการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเข้ามาปรับใช้สำหรับการพิจารณา ได้แก่ *คดีระหว่างนาย Azanian และพวกกับสหรัฐอเมริกามาชิกโก*²⁰² โดยมีรายละเอียดดังนี้

บริษัท Desona ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศเม็กซิโก โดยมีเจ้าของ คือ นาย Azanian คนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัท Desona ได้รับสัญญาสัมปทานเพื่อจัดเก็บและกำจัดขยะในจังหวัดหนึ่งของประเทศเม็กซิโก โดยนักลงทุนแสดงหลักฐานอันเป็นเท็จต่างๆ อันเกี่ยวข้องกับข้อมูลของบริษัทเพื่อให้ได้มาซึ่งการลงทุน เช่น กล่าวว่าบริษัทมีประสบการณ์ในธุรกิจนี้มากกว่า 40 ปี ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วบริษัทมีประสบการณ์ในธุรกิจนี้เพียง 14 เดือนเท่านั้น²⁰³ นอกจากนั้น บริษัท Desona ไม่สามารถดำเนินกิจการที่ได้รับสัมปทานตามแผนทางธุรกิจที่บริษัทได้เสนอไว้ต่อรัฐบาลเม็กซิโกได้ เพราะเนื่องจากบริษัท Desona ไม่มีทั้งประสบการณ์ บุคลากร และ

¹⁹⁹ Ibid., p. 542.

²⁰⁰ Ibid., p. 547.

²⁰¹ Ibid., p. 535.

²⁰² *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award (1 November 1999) [Online], 5 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0057.pdf>

²⁰³ Ibid., para. 29.

เครื่องมือให้การดำเนินกรรมตามแผนทางธุรกิจได้ อีกทั้ง หุ้นส่วนทางธุรกิจซึ่งเป็นผู้มีประสบการณ์มีความพร้อมด้านบุคลากรและเครื่องมือสำหรับการดำเนินกิจกรรมตามสัญญาได้ถอนตัวออกจากโครงการไป แต่บริษัท Desona ก็ไม่ได้แจ้งแก่รัฐบาลแม็กซิโกให้ทราบถึงเรื่องการถอนตัวดังกล่าว²⁰⁴

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การไม่เปิดเผยข้อมูลของรัฐผู้รับการลงทุนควรต้องทราบให้แก่รัฐผู้รับการลงทุนได้รับรู้ถือเป็นการกระทำที่ไร้สามัญสำนึก (unconscionable)²⁰⁵ และเห็นว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนย่อมมีอำนาจในการจัดการและควบคุมการดำเนินกิจกรรมตามสัญญาสัมปทานของนักลงทุน ซึ่งในการเข้าทำสัญญาสัมปทานเช่นว่าฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนเองย่อมต้องมีความคาดหวังต่อนักลงทุน เพราะนักลงทุนผู้นั้นถือได้ว่าผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติจากรัฐผู้รับการลงทุนแล้วและรัฐย่อมวางใจและคาดหวังกับผลงานของนักลงทุนเช่นกัน ดังนั้น เมื่อปรากฏว่านักลงทุนไม่สามารถดำเนินกิจกรรมการลงทุนให้เป็นไปตามที่สัญญาสัมปทานได้อีกต่อไป และได้ปกปิดข้อมูลซึ่งกระทบต่อการคัดเลือกบุคคลเข้ามาทำการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลแม็กซิโกที่ยกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าวกับบริษัท Desona ถือเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผล (justifiable) รัฐจึงไม่ละเมิดความตกลงโดยการไม่ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม²⁰⁶

คำชี้ขาดดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการแสดงให้เห็นว่า พฤติกรรมที่ไม่ชอบของนักลงทุนดังเช่นการปกปิดข้อมูลที่แท้จริง ซึ่งสัมพันธ์กับความสามารถของนักลงทุน และทำให้นักลงทุนไม่สามารถปฏิบัติการลงทุนได้อีกต่อไป เป็นเหตุผลที่สมเหตุสมผลแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการที่จะใช้สิทธิยกเลิกสัญญาสัมปทานกับนักลงทุน อีกทั้งกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานอนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยกเลิกสัญญาได้ เนื่องมาจากเหตุปกปิดข้อมูลนั้นทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการนำเอาพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนด้วย

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาผู้วิจัยเห็นว่า ในชั้นการเลือกกฎหมายและการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายน่าจะมีความเป็นไปได้และน่าจะเป็นช่องทางที่เหมาะสมให้คณะอนุญาโตตุลาการหยิบยกนำเอาพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้เช่นกัน โดยผ่านการตีความ

²⁰⁴ Ibid., para. 33.

²⁰⁵ Ibid., para. 110.

²⁰⁶ Ibid., paras. 114-115.

มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ทั้งนี้ หากประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องของข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่มีปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หรือกรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้ดุลยพินิจในการปฏิเสธไม่รับพิจารณาข้อพิพาท

นอกจากนั้น ผู้วิจัยยังเห็นว่าการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายน่าจะส่งผลดี เพราะคณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาทั้งพฤติกรรมของนักลงทุนและพฤติกรรมของรัฐประกอบกัน เพื่อโอกาสในการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของนักลงทุนและรัฐ อย่างไรก็ตาม การนำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณาผ่านการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม อาจพบกับข้อจำกัดเช่นเดียวกับในเรื่องของข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย กรณีไม่ปรากฏว่ามีภาระบุถึงมาตรฐานการการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่ถึงกระนั้นก็ตามคงเป็นเพียงส่วนน้อยเท่านั้น เพราะจากที่กล่าวไปข้างต้นว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่กำหนดมาตรฐานการการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้

3.2.4 การกำหนดค่าเสียหาย

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้ให้ดุลยพินิจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดค่าเสียหายสำหรับกรณีรัฐละเมิดต่อพันธกรณีอื่นนอกเหนือจากเรื่องการเวนคืน (non-expropriatory breach)²⁰⁷ กล่าวคือ ความตกลงมักกล่าวถึงเฉพาะมาตรฐานการให้การชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืนเท่านั้น²⁰⁸ เนื่องจากความตกลงไม่ได้กำหนดมาตรฐานสำหรับการกำหนดค่าเสียหายในกรณีอื่นไว้ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหาย (customary international law on damages) คือ หลักการให้การชดเชยอย่างเต็มจำนวน (full

²⁰⁷ Meg Kinnear, "Damages in Investment Treaty Arbitration," in *The Future of Investment Arbitration*, eds Catherine A. Rogers and Roger P. Alford (New York: Oxford University Press, 2009), p. 551.

²⁰⁸ มาตรฐานการให้การชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืนกำหนดให้รัฐต้องชดเชยโดยทันที เพียงพอและมีประสิทธิภาพ (prompt, addequate and effective compensation), *ibid.*

reparation) เพื่อให้การคุ้มครองและให้การชดเชยแก่นักลงทุนจากการละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ความตกลงของรัฐ²⁰⁹

ตามแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาพฤติกรรมของนักลงทุนมาในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย ดังนั้น ซึ่งพฤติกรรมของนักลงทุนอาจส่งผลกระทบต่อการคำนวณค่าเสียหายได้เช่นกัน²¹⁰ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในขั้นการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย (assessing damages) หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนมีส่วนในการกระทำผิดด้วย (contributory fault) หลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวปรากฏใน ข้อ 39 ของข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ค.ศ. 2001 (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001) ซึ่งอนุญาโตตุลาการให้ศาลสามารถนำพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้เสียหายเข้ามาพิจารณาร่วมด้วยในการกำหนดค่าเสียหาย ข้อ 39 มีข้อความดังนี้

ข้อ 39 ในการพิจารณาเรื่องการคำนวณค่าชดเชย ปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย คือ การกระทำของผู้เสียหายที่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจ ประมาท หรือการละเว้นการกระทำของรัฐที่ได้รับความเสียหาย บุคคลใด หรือนิติบุคคลใดก็ตามซึ่งเป็นผู้เรียกร้องการชดเชยนี้²¹¹

จากข้อบทดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำเอาพฤติกรรมของนักลงทุน ซึ่งมักจะเป็นฝ่ายเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐ เข้ามาพิจารณาในการกำหนดค่าเสียหายหรือค่าชดเชยแก่นักลงทุนกรณีนักลงทุนมีส่วนผิดได้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่างบริษัท MTD กับ สาธารณรัฐชิลี²¹² คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า นักลงทุนมีส่วนต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้นครั้งหนึ่งด้วย เพราะการปฏิบัติการลงทุนของนักลงทุนนั้นก่อให้เกิดความเสี่ยงในทางธุรกิจ²¹³ และอาจ

²⁰⁹ การให้การชดเชยอย่างเต็มจำนวน (full reparation) ถือเป็นมาตรฐานการชดเชยตามแนวคำพิพากษาของศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice (PCIJ)) ในคดี *Factory at Chorzów* Ibid., p. 552.

²¹⁰ Ibid., p. 565.

²¹¹ Article 39 Contribution to the injury of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, “In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.”

²¹² *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, ICSID Case No. ABR/01/7, Award (25 May 2004) [Online] Available from: http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf

²¹³ Ibid., paras. 242-243.

นำมาเป็นแนวทางเพื่อพิจารณาฐานทางกฎหมายในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา

ประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากสัญญาการลงทุนเพื่อพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ในเขต Pirque เพื่อสร้างเมืองบริวาร (satellite city) การลงทุนดังกล่าวบริษัท MTD บริษัทจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศมาเลเซียได้รับการอนุญาตให้เข้ามาทำการลงทุนจากคณะกรรมการว่าด้วยการลงทุนต่างชาติของประเทศชิลี (Foreign Investment Commission (FIC)) ในการอนุญาตดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงการแก้ไขเรื่องการแบ่งเขตพื้นที่ใหม่ (rezoning) หลังจากได้รับอนุญาตบริษัท MTD ได้จัดตั้งกิจการร่วมค้ากับบริษัทของประเทศชิลี พร้อมทั้งเข้าซื้อที่ดินในพื้นที่ซึ่งต้องการเข้าไปทำการพัฒนา แม้ว่าบริษัท MTD จะทราบดีว่าที่ดินในเขตดังกล่าวที่ลงทุนซื้อไปนั้นอยู่ในเขตที่ดินซึ่งกำหนดให้ใช้เพื่อการเกษตร (agricultural use) เท่านั้นก็ตาม²¹⁴ ดังนั้น บริษัท MTD จึงทำคำร้องขอต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้มีการแบ่งเขตพื้นที่ใหม่และอนุญาตให้บริษัท MTD ทำโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในพื้นที่ดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม พื้นที่ดังกล่าวก็ไม่อาจทำการแบ่งเขตพื้นที่ใหม่ให้เป็นที่สำหรับการพัฒนาการก่อสร้างตามที่นักลงทุนตั้งใจได้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องต่อนโยบายการพัฒนาชุมชนเมืองและสิ่งแวดล้อม (urban development and environmental policy) ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพัฒนาที่อยู่อาศัยและชุมชนเมือง (Ministry of Housing and Urban Development) จึงไม่อาจอนุญาตให้ทำการแบ่งเขตพื้นที่ใหม่ได้²¹⁵ จึงทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท MTD จากการลงทุนในพื้นที่อื่นไม่อาจนำมาพัฒนาได้ ซึ่งบริษัท MTD เรียกร้องให้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนค่าเสียหายจากรัฐบาลประเทศชิลี การพิจารณาเรื่องค่าเสียหายของคณะอนุญาโตตุลาการมีดังนี้

ขั้นที่ 1 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาค้นหากฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการกำหนดค่าเสียหายสำหรับข้อพิพาทในคดีนี้ คือ สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศชิลีและประเทศมาเลเซีย และกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทในส่วนการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมาย²¹⁶

ขั้นที่ 2 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณามาตรฐานการชดใช้ค่าเสียหาย ในเบื้องต้นคณะอนุญาโตตุลาการได้ค้นหามาตรฐานสำหรับการพิจารณาเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายภายใต้สนธิสัญญา

²¹⁴ Ibid., paras 54, 45, 55.

²¹⁵ Ibid., paras.72, 80, 117.

²¹⁶ Ibid., paras. 86-87.

ระหว่างประเทศชิลีและประเทศมาเลเซีย แต่มาตรฐานเรื่องการชดเชยค่าเสียหายในสนธิสัญญาที่ปรากฏในข้อ 4 (ซี) กล่าวถึงเฉพาะเรื่องการเวนคืนกิจการการลงทุนเท่านั้น โดยกำหนดว่า การชดเชยค่าเสียหายต้องกระทำโดยทันที พอเพียง และมีประสิทธิภาพ (prompt, adequate and effective) และไม่ได้กล่าวถึงมาตรฐานการชดเชยค่าเสียหายสำหรับกรณีอื่นไว้²¹⁷ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องค้นหามาตรฐานการชดเชยค่าเสียหายตามแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการยอมรับแนวคำพิพากษาของศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ในคดี *Factory at Chorzów* ที่ศาลได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องมาตรฐานการชดเชยค่าเสียหายว่า “การชดเชยค่าเสียหายต้องกำจัดไปซึ่งผลของการกระทำผิดกฎหมาย และทำให้สถานการณ์กลับมาเป็นเสมือนหนึ่งการกระทำผิดต่อกฎหมายเช่นว่าไม่ได้เกิดขึ้น”²¹⁸

ขั้นที่ 3 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ประเทศชิลีไม่ควรถูกบังคับต่อผลการตัดสินใจทางธุรกิจที่ไม่ค่อยฉลาดนัก (unwise business decisions) ของนักลงทุน ด้วยการลงทุนโดยปราศจากความระมัดระวัง (lack of diligence) ฉะนั้น ความรับผิดชอบของประเทศชิลีควรต้องจำกัดอยู่เฉพาะความรับผิดชอบอันเกิดจากผลของการกระทำของตน ในเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม อันเป็นพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศชิลีมีอยู่ต่อนักลงทุน²¹⁹ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า การตัดสินใจที่ผิดพลาดทางธุรกิจของบริษัท MTD อันเนื่องมาจากการซื้อที่ดินซึ่งตั้งอยู่ในเขตที่ไม่อาจนำมาพัฒนาได้ โดยปราศจากการตรวจสอบให้ถี่ก่อนที่จะทำการลงทุน ถือเป็น การขาดความระมัดระวังในทางธุรกิจ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า บริษัท MTD ควรต้องรับผลจากความผิดพลาดในการตัดสินใจทางธุรกิจของตนด้วย²²⁰

ขั้นที่ 4 การคำนวณค่าเสียหาย ในขั้นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้นำค่าเสียหายต่างๆ ของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในการคำนวณค่าเสียหาย ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการลงทุน (investment expenditures) และต้นทุนทางการเงิน (financial costs) โดยจำกัดเฉพาะช่วงเวลาหลังจากที่นักลงทุน

²¹⁷ Ibid., para. 238.

²¹⁸ “In the *Factory at Chorzów*: compensation should “wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that had not been committed”, Ibid. para. 238.

²¹⁹ Ibid., para. 164.

²²⁰ Ibid., paras. 167, 242, 246.

ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำการลงทุนแล้ว เพราะช่วงก่อนที่ยังไม่ได้รับอนุญาตอย่างเป็นทางการจากประเทศชิลีให้เข้ามาลงทุน บริษัท MTD ไม่อาจอ้างได้ว่าตนมีความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมาย (legitimate expectation) เนื่องจากคู่กรณียังไม่มีหน้าที่ต่อกัน และความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวย่อมสิ้นสุดลง เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพัฒนาที่อยู่อาศัยและชุมชนเมืองของประเทศชิลีปฏิเสธคำร้องของบริษัท MTD อย่างเป็นทางการว่าพื้นที่พิพาทนั้นไม่อาจทำการแบ่งเขตพื้นที่ใหม่ เพราะขัดต่อนโยบายของรัฐ²²¹ ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวได้แก่ 1. ค่าใช้จ่ายในการลงทุน อันเกิดจากการซื้อที่ดินที่พิพาท และ 2. ต้นทุนทางการเงิน ซึ่งนักลงทุนได้ไปกู้ยืมจากธนาคารเพื่อหวังจะนำมาใช้เป็นเงินทุนสำหรับการทำธุรกิจ²²² เนื่องจากในคดีนี้บริษัท MTD มีส่วนผิดจากการขาดความระมัดระวังที่ผู้ประกอบการธุรกิจพึงมี ฉะนั้น บริษัท MTD ต้องมีส่วนรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้นครั้งหนึ่งด้วย²²³

กล่าวโดยสรุป จากคำชี้ขาดในคดีระหว่างบริษัท MTD และสาธารณรัฐชิลี ทำให้เห็นว่า พฤติกรรมของนักลงทุนสามารถนำมาเข้ามามีปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหาย กรณีนักลงทุนมีส่วนในการกระทำผิดด้วย พร้อมทั้งสะท้อนให้เห็นว่า ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมิใช่ประกันความเสี่ยงทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นต่อนักลงทุน นักลงทุนเองย่อมต้องใช้ระดับความระมัดระวังตรวจสอบเมื่อจะเข้าไปลงทุนในประเทศอื่น ย่อมแสดงให้เห็นถึงความประมาทในการลงทุนและอาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมดังกล่าวเข้ามาพิจารณาในขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหาย โดยหักลดค่าเสียหายตามความเหมาะสม สืบเนื่องมาจากการที่ฝ่ายนักลงทุนผู้มีส่วนผิดด้วย ตามแนวทางของคำตัดสินในคดีนี้ชี้ให้เห็นว่า ขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหายอาจเป็นฐานทางกฎหมายช่องทางหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำเอาพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในการพิจารณาได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหากคณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหาย เท่ากับว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้นำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้าไปพิจารณาในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี และมีผลในทางคดีเท่ากับว่ารัฐยังคงผิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

²²¹ Ibid., paras. 240.

²²² Ibid., para. 239.

²²³ Ibid., para. 246.

ทั้งนี้ แม้ว่าจากศึกษาจะพบว่าขั้นการกำหนดค่าเสียหายจะเป็นอีกฐานทางกฎหมายหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้อีกช่องทางหนึ่ง แต่ในความเห็นของผู้วิจัย คดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนไม่ควรที่อนุญาโตตุลาการจะรับไว้พิจารณาตั้งแต่แรก หรือหากรับไว้พิจารณารัฐก็น่าที่จะยกพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นข้อต่อสู้ ทำให้การกระทำของรัฐไม่ละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ดังนั้น คดีที่นักลงทุนมีพฤติกรรมการทุจริตไม่ควรเข้ามาถึงขั้นการกำหนดค่าเสียหาย นอกจากนี้ การนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในขั้นการกำหนดค่าเสียหายอาจไม่เหมาะสม เพราะนั่นแสดงให้เห็นว่ารัฐยังคงละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอยู่ดี กรณีพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนจะผ่านเข้ามาถึงขั้นการกำหนดค่าเสียหายได้น่าจะเป็นกรณีที่พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนไม่ร้ายแรง หรือกรณีที่รัฐมีการกระทำที่ร้ายแรง

สรุป

ในบทนี้ผู้วิจัยแสดงให้เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนและการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดหรือแย้งกัน ทั้งยังมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกัน อาทิ วัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนารัฐผู้รับการลงทุน ประกอบกับการพยายามปรับปรุงลักษณะของการอนุญาโตตุลาการให้มีความโปร่งใสและเข้าถึงได้ เพราะคำนึงถึงลักษณะข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนที่มักเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ รวมถึงเป็นการลดข้อครหาต่อการอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนไม่ให้มีลักษณะเป็นการระงับข้อพิพาทเฉพาะรายกรณีและเพื่อมิให้ถูกใช้เป็นโล่กำบังพฤติกรรมที่ไม่ดีของนักลงทุนออกจากสายตาของสาธารณะ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ทางจริยธรรม หน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพ และหน้าที่ในการทำคำชี้ขาดให้บังคับได้ เพื่อให้การคุ้มครองหลักที่สังคมระหว่างประเทศเห็นว่าไม่สามารถกระทำอันเป็นการขัดแย้งได้ ฉะนั้น หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าพฤติกรรมของนักลงทุนอาจขัดต่อกฎหมายหรือหลักที่สังคมเห็นว่าไม่สามารถกระทำอันเป็นการขัดแย้ง อนุญาโตตุลาการจึงควรนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ทั้งนี้ ตามอำนาจที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอยู่โดยการนำเข้ามาผ่านฐานทางกฎหมายต่างๆ ได้แก่ เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี และการกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีความเป็นไปได้ที่จะนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา โดยอาศัยฐานทางกฎหมายทั้ง 4 ฐานที่ได้ทำการศึกษา ดังนั้น เมื่อศึกษากรอบในทางกฎหมายแล้วพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำ

พฤติกรรมที่มีขอบของพฤติกรรมที่มีขอบเข้ามาพิจารณาได้ ในบทต่อไปผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณาหรือไม่ หากนำเข้ามาพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการนำเข้ามาพิจารณาตามฐานทางกฎหมายใด ตลอดจนวิเคราะห์ความเหมาะสมในฐานทางต่างๆ ในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา



ตารางที่ 2 ตารางสรุปแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่นำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนมาพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายต่างๆ

ลำดับ	ข้อคดี	พฤติกรรมของนักลงทุน	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ			
1	คดีระหว่างบริษัท <i>Fraport</i> กับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ²²⁴	พฤติกรรมกลฉ้อฉลด้วยการปกปิดข้อมูลและแสดงหลักฐานเท็จ	คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ในกรณีนี้ความตกลงระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้สัญญา ต้องเป็นการลงทุนที่สอดคล้องต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ฉะนั้นเมื่อนักลงทุนมีพฤติกรรมเจตนาหลีกเลี่ยง ที่จะปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ และจากพฤติกรรมกลฉ้อฉลด้วยการปกปิดข้อมูลและแสดงหลักฐานเท็จทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อว่า การลงทุนของนักลงทุนเป็นการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทนี้ เนื่องจากข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมาย
2	คดีระหว่างบริษัท <i>Inceysa</i> กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ ²²⁵	พฤติกรรมกลฉ้อฉลด้วยการปกปิดข้อมูลและแสดงหลักฐานเท็จ	คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า การลงทุนของบริษัท <i>Inceysa</i> เป็นการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายตามที่ประเทศเอลซัลวาดอร์กล่าวอ้าง จึงทำให้การลงทุนดังกล่าวจึงไม่ควรได้รับความคุ้มครองตามความตกลงฉบับนี้ ฉะนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาการลงทุนดังกล่าวระหว่างบริษัท <i>Inceysa</i> กับประเทศเอลซัลวาดอร์จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ
การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา			
3	คดีระหว่างบริษัท <i>World Duty Free</i> กับสาธารณรัฐเคนยา ²²⁶	พฤติกรรมการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐ	คณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรจะเข้าไปช่วยเหลือนักลงทุน ผู้ซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องโดยมีเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย นอกจากนี้คณะอนุญาโต-

²²⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award (16 August 2007)

²²⁵ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/26 (2 August 2006)

²²⁶ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006)

ลำดับ	ชื่อคดี	พฤติกรรมของนักลงทุน	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา			
		ต่างประเทศ	ตุลาการเห็นว่า พฤติกรรมการติดสินบนของนักลงทุนขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ การรับข้อพิพาทของนักลงทุนไว้พิจารณาอาจเป็นการดูถูกความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม และอาจเป็นการส่งเสริมพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของนักลงทุน ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธที่จะรับข้อพิพาทไว้พิจารณา
4	<i>คดีระหว่าง Plama Consortium Ltd. กับ สาธารณรัฐบัลแกเรีย</i> ²²⁷	พฤติกรรมกลฉ้อฉลด้วยการปกปิดข้อมูลและแสดงหลักฐานเท็จ	คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า นักลงทุนได้การลงทุนมาด้วยวิธีการปกปิดข้อมูลและแสดงหลักฐานเท็จ ซึ่งถือว่าละเมิดต่อกฎหมายของประเทศบัลแกเรีย ดังนั้น การให้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาภาคบังคับการลงทุนของนักลงทุนอาจขัดต่อหลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด รวมทั้งยังขัดต่อแนวคิดพื้นฐานของนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรที่จะบังคับตามสิทธิในสัญญาการลงทุนที่ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบ
การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี			
5	<i>คดีระหว่างบริษัท Azanian กับสหรัฐเม็กซิโก</i> ²²⁸	พฤติกรรมกลฉ้อฉลด้วยการปกปิดข้อมูลและแสดงหลักฐานเท็จ	คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติของนักลงทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนควรต้องทราบให้แก่รัฐได้รับรู้ถือเป็นการกระทำที่ไร้สามัญสำนึก ซึ่งข้อมูลดังกล่าวเกี่ยวข้องโดยตรงกับการอนุญาตให้เข้ามาลงทุน และสัมพันธ์กับความคาดหวังต่อนักลงทุน ดังนั้น เมื่อปรากฏว่านักลงทุนไม่สามารถดำเนินกิจกรรมการลงทุนให้เป็นไปตามที่สัญญาสัมปทานได้อีกต่อไป และได้ปกปิดข้อมูลซึ่งกระทบต่อการคัดเลือกบุคคลเข้ามา

²²⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008)

²²⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award (1 November 1999)

ลำดับ	ชื่อคดี	พฤติกรรมของ นักลงทุน	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี			
			ทำการลงทุนคณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าการกระทำของรัฐบาลแม็กซิโกที่ยกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าวกับนักลงทุนถือเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผล และไม่ถือว่ารัฐละเมิดต่อความตกลง โดยการไม่ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม
การกำหนดค่าเสียหาย			
6	คดีระหว่างบริษัท MTD กับ สาธารณรัฐชิลี ²²⁹	การลงทุนโดยปราศจากการตรวจสอบและขาดความระมัดระวัง	คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ประเทศชิลีไม่ควรต้องรับผิดชอบต่อผลการตัดสินใจทางธุรกิจที่ไม่ค่อยฉลาดนักของนักลงทุน ด้วยการลงทุนโดยปราศจากความระมัดระวัง ฉะนั้น ความรับผิดของประเทศชิลีควรต้องจำกัดอยู่เฉพาะความรับผิดอันเกิดจากผลของการกระทำของตน ในเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม อันเป็นพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศชิลีมีอยู่ต่อนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า การตัดสินใจที่ผิดพลาดทางธุรกิจของบริษัท MTD อันเนื่องมาจากการซื้อที่ดินซึ่งตั้งอยู่ในเขตที่ไม่อาจนำมาพัฒนาได้ โดยปราศจากการตรวจสอบให้ดีก่อนที่จะทำการลงทุน ถือเป็นการขาดความระมัดระวังในทางธุรกิจ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า บริษัท MTD ควรต้องรับผลจากความผิดพลาดในการตัดสินใจทางธุรกิจของตนด้วยการรับผิดชอต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้นครั้งหนึ่งจากการปฏิบัติการลงทุนของนักลงทุนนั้นก่อให้เกิดความเสี่ยงในทางธุรกิจ

²²⁹ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, ICSID Case No. ABR/01/7, Award (25 May 2004)

บทที่ 4
แนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับ
การทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศ

แนวปฏิบัติของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีต่อประเด็นเรื่องการกระทำที่ผิดกฎหมาย (illegal acts) หรือการลงทุนที่มีข้อบกพร่อง (investment wrongdoing)¹ ของนักลงทุน แสดงให้เห็นว่าการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าวของนักลงทุนอาจส่งผลกระทบต่อ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และสิทธิอันเป็นสาระสำคัญที่นักลงทุนควรได้รับการคุ้มครอง (substantive rights)² ดังนั้น ในบทนี้ จะศึกษาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีมุมมองต่อการพิจารณาประเด็นข้อต่อสู้เรื่อง การทุจริตอย่างไร

ในส่วนแรกจะพิจารณากรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา เพื่อพิจารณาถึงปัจจัยอันเป็นสาเหตุที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ในส่วนที่สองจะพิจารณากรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำเอาประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา ตามฐานทางกฎหมายที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ผ่านมา ได้แก่ 1. เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ 2. การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา 3. การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี และ 4. การกำหนดค่าเสียหาย เพื่อพิจารณาว่าในการพิจารณาพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน ตามแนวคำตัดสินที่ผ่านมาคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางในการตัดสินประเด็นข้อต่อสู้เรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนอย่างไร โดยแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่นำมาพิจารณาในบทนี้รวมทั้งสิ้น 3 คดี ได้แก่ (1) *คดีระหว่างบริษัท Azpetrol กับสาธารณรัฐอาเซอร์ไบจาน* (2) *คดีระหว่างบริษัท Wena กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์* และ (3) *คดีระหว่าง Metal-Tech กับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน**

¹ Abby Cohen Smutny and Petr Polásek, “Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration,” in *A Liber Amicorum: Thomas Wälde: Law beyond Conventional Thought*, eds. Jacques Werner and Arif Hyder Ali (London: Cameron May, 2009), p. 277.

² Ivar Alvik, “Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceeding: How far should an investment wrong doing get?,” (Master of Law, Faculty of Law, University of Oslo, 2012), p. 1.

* สำหรับรายละเอียดโดยสรุปของแต่ละคดี โปรดดูตารางแนบท้ายบทที่ 4 นี้

4.1 แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนในประเด็นเรื่องการทุจริตกรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา

ในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่ปรากฏข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต แต่ประเด็นดังกล่าวไม่ได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ โดยสาเหตุอาจเกิดทั้งจากฝ่ายคู่กรณีและฝ่ายคณะอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เหตุเกิดจากฝ่ายคู่กรณีทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีโอกาสได้พิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริต ในกรณีนี้คู่กรณีอาจหยิบยกประเด็นเรื่องการทุจริตขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้แล้ว แต่ต่อมาถอนข้อต่อสู้ออกจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ³ หรือกรณีคู่กรณีสามารถตกลงระงับข้อพิพาทได้ด้วยวิธีการอื่นก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีโอกาสได้พิจารณาในประเด็นเรื่องการทุจริต⁴ ส่วนเหตุที่เกิดจากฝ่ายคณะอนุญาโตตุลาการ คือ เมื่อคู่กรณียกข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามากล่าวอ้าง คณะอนุญาโตตุลาการมีท่าทีเพิกเฉยต่อการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา⁵ หรือหลีกเลี่ยงที่จะนำประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาโดยตรง ด้วยการหยิบยกประเด็นอื่นเข้ามาพิจารณาแทนและกล่าวว่าประเด็นข้อต่อสู้เรื่อง

³ *F-W Oil Interests, Inc. (USA) v. Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Award (3 March 2006) [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/documents/FWOilAward.pdf>

⁴ *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V., Azpetrol Oil Service Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID case No. ARB/06/15, Award (8 September 2009) [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0059.pdf>

⁵ คดีระหว่าง *Metalclad Corp. กับสหรัฐเม็กซิโก (Metalclad Corp. v. United Mexican States)* ประเด็นเรื่องการทุจริตถูกกล่าวอ้างในคำฟ้องของฝ่ายโจทก์ โดยบริษัท Metalclad อ้างว่า เจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่นของประเทศเม็กซิโกเรียกรับสินบนจากตน รวมไปถึงบุคคลในครอบครัวของเจ้าหน้าที่รัฐของประเทศเม็กซิโกรับสินบนจาก บริษัท RISMA ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเม็กซิกันและประกอบกิจการในลักษณะเดียวกันกับโจทก์ โจทก์อ้างว่าเนื่องจากมีการทุจริตดังกล่าวเกิดขึ้นจึงทำให้กระทบต่อการตัดสินใจในการออกใบอนุญาตให้ดำเนินกิจการ และนำมาซึ่งการถอนใบอนุญาตการลงทุนดังกล่าว โดยฝ่ายจำเลยได้ตอบโต้ในคำให้การ (Counter – Memorial) ได้กล่าวปฏิเสธข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการทุจริตทุกข้อกล่าวหา โดยอ้างเอกสารการสอบสวนเจ้าหน้าที่รัฐทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้นไม่ได้กระทำการทุจริตตามที่ฝ่ายโจทก์กล่าวหา อย่างไรก็ตามในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ไม่ปรากฏว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการทุจริต โดยปราศจากเหตุผลในการไม่นำประเด็นดังกล่าวเข้ามาพิจารณา, โปรดดู *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000), [Online], 22 November 2012. Available from: <http://www.italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf>; ดู The Respondent’s Counter Memorial, pp.72-76 [Online], 22 November 2012. Available from: http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/inversionistaestado/casos_concluidos/Metalclad_Corporation/Counter_Memorial_Mexico.pdf; และดู Theodore H. Moran, Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions: Closing the loopholes, extending the tools, Center for Global Development (2008), p. 7. [Online], 22 November 2012. Available from: http://www.cgdev.org/files/15197_file_CombatingCorruption.pdf

การทุจริตเป็นเพียงประเด็นเสริม (additional allegations) เท่านั้น⁶ รวมไปถึงกรณีคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหลักฐานไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าการทุจริตนั้นเกิดขึ้นตามคำกล่าวอ้างของคู่กรณี⁷ โดยในส่วนต่อไปผู้วิจัยอธิบายถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการยกข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต ดังนี้

4.1.1 กรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีโอกาสได้พิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริตเนื่องจากคู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น

คดีระหว่างบริษัท Azpetrol กับสาธารณรัฐอาเซอร์ไบจาน⁸ แม้ว่าในคดีนี้จะปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนถึงพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน กล่าวคือ ในการเบิกความด้วยวาจาเพื่อพิจารณาข้อโต้แย้งในเบื้องต้น (oral hearings on preliminary objections) เพื่อพิจารณาข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายนักลงทุนโดยผู้บริหารของบริษัท Azpetrol ยอมรับว่า เขาได้ทำการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ของประเทศอาเซอร์ไบจาน เพื่อปกป้องบุคคลผู้เขาไม่ประสงค์จะออกนามของประเทศอาเซอร์ไบจาน หลังจากปรากฏหลักฐานเรื่องการทุจริต ซึ่งเป็นประเด็นที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่ได้คาดหมายมาก่อน และจากคำเบิกความดังกล่าวของผู้บริหารของบริษัท Azpetro จึงทำให้คู่กรณีต้องยื่นขอเลื่อนกระบวนการพิจารณา (adjournment of proceeding) โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้

⁶ คดีระหว่าง Bayindir กับสาธารณรัฐอิสลามปากีสถาน (*Bayindir v. Pakistan*) คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาในคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจ (Decision on Jurisdiction) ว่า คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ประเด็นข้อต่อสู้หลัก (central allegation) ของข้อพิพาทนี้ คือ ประเด็นเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) เพราะการขับไล่บริษัท Bayindir ออกจากประเทศ สืบเนื่องจากต้องการมอบโครงการก่อสร้างดังกล่าวให้แก่บริษัทสัญชาติปากีสถานเข้ามาดำเนินกิจกรรมในโครงการก่อสร้างดังกล่าวแทน แสดงให้เห็นว่า รัฐบาลปากีสถานปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในชาติอย่างไม่เท่าเทียม (local favouritism) และข้อกล่าวอ้างเรื่องการส่งมอบงานล่าช้าเป็นเพียงข้ออ้างของรัฐในการที่จะยกเลิกสัญญาและขับไล่นักลงทุนเท่านั้น จากการพิจารณาข้อต่อสู้ดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เป็นประเด็นข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญา จึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทนี้แล้ว ดังนั้น ในขั้นนี้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีความจำเป็น (no need) จะต้องนำประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต อันถือเป็นข้อต่อสู้เพิ่มเติม (additional allegations of corruption) เข้ามาพิจารณาในขั้นนี้, โปรดดู *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Public of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005), paras. 242, 250, 251. [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/documents/Bayindir-jurisdiction.pdf>

⁷ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/15, Award (1 June 2009) [Online], 1 May 2015. Available from: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf

⁸ *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15, Award (8 September 2009)

อนุญาตให้คู่พิพาทเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปก่อน⁹ ภายหลังจากนั้นฝ่ายรัฐบาลอาร์เซอร์ไบจานได้ยื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อขอให้คณะอนุญาโตตุลาการยกฟ้องคดีพิพาทดังกล่าวนี้ โดยหยิบยกประเด็นเรื่องนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศขึ้นมาใช้เป็นฐานทางกฎหมาย (dismiss the proceedings on grounds of international public policy) ในการปฏิเสธเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องมาจากฝ่ายรัฐบาลอาร์เซอร์ไบจานเห็นว่า พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการรับพิจารณาคำร้องดังกล่าวของรัฐบาลอาร์เซอร์ไบจาน พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาแก่คู่พิพาทเพื่อค้นหาหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างเรื่องพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าวของนักลงทุน¹⁰

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะได้พิจารณาหลักฐานในประเด็นเรื่องพฤติกรรมการตัดสินใจของนักลงทุนแก่บุคคลของประเทศอาร์เซอร์ไบจาน ฝ่ายนักลงทุนได้แจ้งแก่คณะอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมาว่า คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ทำการตกลงระงับข้อพิพาทเป็นที่เรียบร้อยแล้ว และฝ่ายรัฐบาลอาร์เซอร์ไบจานเองก็ได้ยื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ยกฟ้องในคดีนี้ด้วยเช่นกัน โดยให้เหตุผลว่า คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว¹¹ ฉะนั้น เมื่อคู่กรณีสามารถที่จะตกลงกันได้และข้อตกลงเช่นว่านั้นมีผลผูกพันคู่พิพาทและเมื่อไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องประกาศว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

เหตุการณ์ก่อนที่คู่พิพาทจะมายื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการยกฟ้องในคดีดังกล่าวนี้ เนื่องมาจากคำสารภาพเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของบริษัท Azpetrol ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ทนายของฝั่งนักลงทุนได้ยื่นข้อเสนอต่อรัฐบาลอาร์เซอร์ไบจาน เพื่อขอให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่นที่อาจเป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันแทนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ¹² โดยในคดีนี้ แสดงให้เห็นถึงตัวอย่างของการที่คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้มีโอกาสในการเข้าไปพิจารณาประเด็น

⁹ Ibid., para. 6.

¹⁰ Ibid., para. 7.

¹¹ Ibid., para. 17.

¹² Ibid.

เรื่องการทุจริต เพราะคู่พิพาททั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ด้วยวิธีการอื่นและละทิ้งข้อต่อสู้ไป (drop-hands approach)¹³

กล่าวโดยสรุป จากตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ปัจจัยที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเป็นปัจจัยที่มาจากฝ่ายคู่พิพาทตัดสินใจถอนข้อพิพาทออกจากการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ในคดีระหว่างบริษัท *Azpetrol* กับ *สาธารณรัฐอาเซอร์ไบจาน* คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับที่จะนำข้อต่อสู้ในประเด็นพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน ดังจะเห็นได้จากการที่คณะอนุญาโตตุลาการยินดีที่จะเลื่อนกระบวนการพิจารณาออกไปเพื่อให้คู่พิพาทได้มีโอกาสค้นหาข้อเท็จจริงในเรื่องพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิสูจน์ นอกจากนี้เห็นได้ชัดว่าประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนอาจส่งผลต่อกระทบต่อรูปคดีของข้อพิพาทอย่างมีนัยสำคัญ สะท้อนออกมาจากการที่นายฝ่ายนักลงทุนพยายามเจรจาหาหนทางอื่นในการระงับข้อพิพาท ซึ่งทำให้ยิ่งน่าเชื่อว่านักลงทุนกระทำการทุจริตจริงและกลัวที่จะต้องรับผลร้ายที่ตามมาหากเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป

4.1.2 กรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาเนื่องจากปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน

ในคดีระหว่างบริษัท *Wena* กับ *สาธารณรัฐอาหรับอียิปต์*¹⁴ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐบาลอียิปต์ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่า การกระทำของบริษัท *Wena Hotel Ltd.* (บริษัท *Wena*) เป็นการกระทำทุจริตด้วยการดัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในประเทศอียิปต์แก่บริษัท *Wena* โดยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกล่าวอ้างพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ปรากฏดังนี้

ในคดีนี้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ (รัฐผู้รับการลงทุน) ยกข้อต่อสู้ว่า ฝ่ายนักลงทุน (บริษัท *Wena*) กระทำการทุจริตโดยการใช้อิทธิพลเพื่อโน้มน้าวประธานกรรมการของรัฐวิสาหกิจ *Egyptian Hotels Company* (รัฐวิสาหกิจ *EHC*) คือ นาย *Kandil* (Mr. Kamal Kandil) เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาเช่า

¹³ Cecily Rose, "Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption," *Journal of International Arbitration* 31 (2014): 193.

¹⁴ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000) [Online], 1 May 2015, Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>

และการพัฒนาโรงแรม ฉะนั้น ฝ่ายนักลงทุนจึงไม่สามารถเรียกร้องค่าชดเชยจากความเสียหายใดๆ ตามความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือและรัฐบาลสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ ค.ศ. 1975 (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments) (“ความตกลง”) เพราะนักลงทุนได้สัญญาเช่าและพัฒนาโดยไม่ชอบ (improperly obtained) อีกทั้งไม่สามารถนำข้อพิพาทเข้ามาระงับโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้¹⁵

ข้อพิพาทของทั้งสองฝ่ายเกิดขึ้นจากสัญญาเช่าและพัฒนา (Lease and Development Agreement) โรงแรม 2 ฉบับ มีรายละเอียดดังนี้ ในปี ค.ศ. 1989 บริษัท Wena บริษัทจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศอังกฤษและเป็นบริษัทที่ชนะการประมูล ได้เข้าทำสัญญาเช่าและพัฒนา (Lease and Development Agreement) โรงแรม Luxor ตั้งอยู่ในเมือง Luxor เป็นระยะเวลา 21 ปี 6 เดือน กับรัฐวิสาหกิจ EHC ที่รัฐบาลอียิปต์เป็นเจ้าของและถือครองหุ้นทั้งหมด ตามสัญญาดังกล่าวบริษัท Wena ได้รับสิทธิในดำเนินการและจัดการกิจการของโรงแรมแต่เพียงผู้เดียว รวมถึงการพัฒนาระบบและประสิทธิภาพในการจัดการโรงแรม เพื่อยกระดับให้เป็นโรงแรมมาตรฐานระดับ 4 ดาวตามข้อกำหนดของกระทรวงการท่องเที่ยว (Ministry of Tourism) โดยที่รัฐวิสาหกิจ EHC จะไม่เข้าไปแทรกแซงการจัดการและการดำเนินกิจกรรมใดๆ รวมถึงจะไม่เข้าไปแทรกแซงสิทธิการเช่าโรงแรมของบริษัท Wena¹⁶ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1990 บริษัท Wena กับรัฐวิสาหกิจ EHC ได้เข้าทำสัญญาสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรม El Nile ตั้งอยู่ในเมือง Cairo เป็นระยะเวลา 25 ปี ซึ่งเงื่อนไขในสัญญาฉบับนี้คล้ายกับที่สัญญาสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรม Luxor ที่ได้จัดทำไปก่อนหน้านี้¹⁷

ภายหลังจากเข้าทำสัญญาดังกล่าวได้ไม่นานก็เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างบริษัท Wena และรัฐวิสาหกิจ EHC กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1991 ฝ่ายรัฐวิสาหกิจ EHC อ้างว่า บริษัท Wena ไม่ชำระค่าเช่าโรงแรม Luxor ตามข้อกำหนดในสัญญา ทำให้รัฐวิสาหกิจ EHC ต้องนำทรัพย์สินที่บริษัท Wena นำมาวางไว้เป็นหลักประกันนำไปบังคับเพื่อนำมาชำระหนี้ในส่วนที่ค้างอยู่ ในขณะที่ฝ่ายบริษัท Wena อ้างว่า สภาพของของโรงแรม Luxor แย่กว่าที่ระบุไว้ในสัญญา ดังนั้น บริษัท Wena จึงขอ

¹⁵ Ibid., para. 76.

¹⁶ Ibid., paras. 16-17, 65-66.

¹⁷ Ibid., para. 18.

ยกเลิกสัญญาเฉพาะในส่วนของการให้เช่าซึ่งเป็นไปตามที่สัญญาเช่าอนุญาตไว้ จากข้อพิพาทดังกล่าว บริษัท Wena จึงนำเรื่องไปร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจระงับข้อพิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจตัดสินให้ฝ่ายรัฐวิสาหกิจ EHC ทำการซ่อมแซมโรงแรม Luxor ให้เป็นไปตามสภาพที่ได้ระบุไว้ในสัญญา และให้ฝ่ายบริษัท Wena ชำระค่าเช่าที่ค้างชำระแก่รัฐวิสาหกิจ EHC ซึ่งในเวลาต่อมากลับปรากฏข้อเท็จจริงว่า ฝ่ายบริษัท Wena ได้ร้องขอให้ศาลแห่งกรุงไคโรใต้ (South Cairo Court) ยกเลิกคำชี้ขาดดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ จึงทำให้ข้อพิพาทระหว่างบริษัท Wena กับรัฐวิสาหกิจ EHC ดำเนินต่อไป¹⁸

แม้ว่าหลังจากนั้นบริษัท Wena จะได้ใช้ความพยายามเพื่อยุติความขัดแย้ง และเพื่อขอประกันจากรัฐว่าจะไม่มีการใช้ความรุนแรงเพื่อยึดโรงแรมคืน (violently seized back) ด้วยการขอเข้าไปเจรจากับนาย Sultan (Mr. Sultan) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยว ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจ EHC รวมถึงมีอำนาจในการเสนอชื่อบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งประธานกรรมการของรัฐวิสาหกิจ EHC โดยนาย Sultan ตอบรับที่จะเข้าเจรจาลง ประเด็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างบริษัท Wena กับรัฐวิสาหกิจ EHC อีกทั้งได้พยายามยื่นข้อเสนอต่างๆ แก่บริษัท Wena เพื่อช่วยประนีประนอมข้อขัดแย้ง แต่บริษัท Wena ปฏิเสธข้อเสนอของนาย Sultan จึงทำให้ข้อขัดแย้งไม่อาจยุติลงได้¹⁹ ดังนั้น ฝ่ายรัฐวิสาหกิจ EHC โดยนาย Kandil ประธานกรรมการ จึงตัดสินใจดำเนินการทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อปกป้องสิทธิในความเป็นเจ้าของของรัฐ (state ownership) เหนือโรงแรมทั้งสอง และอ้างว่านาย Kandil ได้ทำการส่งหนังสือบอกกล่าวเพื่อแจ้งบริษัท Wena ว่าคณะกรรมการบริหารของรัฐวิสาหกิจ EHC มีมติให้ดำเนินการยกเลิกสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมทั้ง 2 แห่งกับบริษัท Wena และจะขอรับมอบการครอบครองโรงแรมคืน เพื่อรัฐวิสาหกิจ EHC จะได้เข้ามาดำเนินการบริหารกิจการของโรงแรมทั้ง 2 เองต่อไป โดยรัฐวิสาหกิจ EHC ประสงค์จะเริ่มต้นกลับเข้าไปดำเนินการบริหารกิจการในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1991 อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ทั้งก่อนและภายในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1991 ฝ่ายนักลงทุนไม่ได้รับหนังสือแจ้งเตือนฉบับดังกล่าวตามที่นาย Kandil ได้กล่าวอ้างว่าได้ส่งหนังสือแจ้งเตือนถึงการนั้นแก่บริษัท Wena

¹⁸ Ibid., paras. 19-20, 22.

¹⁹ Ibid., paras. 23-24, 66.

แล้ว ฉะนั้น จึงทำให้บริษัท Wena ไม่ทราบถึงมติดังกล่าว²⁰ โดยในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1991 ฝ่ายรัฐวิสาหกิจ EHC ได้ใช้กำลังบุกเข้ายึดโรงแรมทั้ง 2 แห่งคืนจากนักลงทุน²¹

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนำมาสู่การร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนภายใต้ ICSID ระบุข้อพิพาท ฝ่ายนักลงทุน (บริษัท Wena) กล่าวอ้างว่า (1) ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ละเมิดพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือและรัฐบาลสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์เรื่องการเวนคืนกิจการการลงทุน อันเนื่องมาจากการเวนคืนกิจการของนักลงทุนโดยมิชอบ เพราะฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ไม่ได้ชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืนกิจการการลงทุนดังกล่าวโดยทันที พอเพียงและเหมาะสม (prompt, adequate and effective compensation) แก่บริษัท Wena ซึ่งขัดต่อข้อ 5 ของความตกลงกฎหมายของประเทศอียิปต์ และกฎหมายระหว่างประเทศ และ (2) ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีในข้อ 2(2) ของความตกลง ในเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการให้ความคุ้มครองอย่างเต็มที่ (full protection and security) แก่นักลงทุน²²

ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ปฏิเสธทั้ง 2 ข้อกล่าวหาพร้อมกับอ้างว่า นักลงทุนไม่มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะนำข้อพิพาทดังกล่าวมาเรียกร้องค่าเสียหาย²³ เพราะนักลงทุน (บริษัท Wena) ประพฤติทุจริต ด้วยการใช้อิทธิพลเพื่อโน้มน้าวนาย Kandil ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากนายกรัฐมนตรีของประเทศอียิปต์ให้ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการของรัฐวิสาหกิจ EHC ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1989²⁴ เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo โดยบริษัท Wena ได้ทำสัญญาว่าจ้างให้นาย Kandil เป็นที่ปรึกษา โดยสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (consultancy agreement) ระหว่างบริษัท Wena กับนาย Kandil จัดทำขึ้นในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1989 และมีข้อความตอนหนึ่งในสัญญาระบุว่า “นาย Kandil มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและให้การช่วยเหลือบริษัท Wena เพื่อให้ได้รับโอกาสในการเข้าไปพัฒนาธุรกิจด้านการโรงแรมในประเทศอียิปต์” พร้อมกับอ้างว่าบริษัท Wena ได้จ่ายเงินให้นาย Kandil ภายหลังจากที่บริษัท Wena ได้เข้าทำสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor เพียง 10 วัน และหลังจากที่ได้เข้าทำสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Cairo เพียง 2 วัน

²⁰ Ibid., paras. 27, 30.

²¹ Ibid., paras. 33, 38-40, 47-48.

²² Ibid., paras. 1, 80

²³ Ibid., para. 81.

²⁴ Ibid., para. 66.

นอกจากนี้จำนวนเงินที่บริษัท Wena ชำระให้แก่ นาย Kandil เกินกว่าจำนวนที่ตกลงไว้ในสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา²⁵ พร้อมกันนั้นฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ได้นำเอกสารอื่นๆ มาสนับสนุนความมีอยู่ของสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว โดยนำหมายศาลของประเทศอังกฤษในคดีที่บริษัท Wena ร้องขอให้ศาลประเทศอังกฤษพิจารณาคดีเกี่ยวกับเรื่องสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา ข้อเท็จจริงในหมายศาลที่ออกในเดือนมีนาคม ค.ศ 1991 ระบุให้นาย Kandil ต้องชำระเงินจำนวน 52,000 ปอนด์ คืนแก่บริษัท Wena ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวถือเป็นจำนวนรวมของเงินทั้งหมดที่บริษัท Wena ได้จ่ายให้แก่ นาย Kandil นับรวมทั้งสิ้น 5 ครั้งและได้ทำการจ่ายตั้งแต่วันที่เดือนสิงหาคม ค.ศ 1989 จนกระทั่งถึงเดือนมกราคม ค.ศ 1990 เหตุเนื่องมาจากการที่นาย Kandil ไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา²⁶

จากข้อกล่าวอ้างดังกล่าว ฝ่ายบริษัท Wena ได้นำหลักฐานต่างๆ มาเสนอแก่คณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อโต้แย้งข้อสรุปเรื่องการทุจริตครั้งนี้ บริษัท Wena ได้นำหนังสือโต้แย้งคำสั่งของศาลอังกฤษของนาย Kandil กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาว่า (1) สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าวเป็นเพียงฉบับร่างเท่านั้น คู่สัญญาไม่ได้ทำการเซ็นสัญญาหรือประทับตราใดๆ เพื่อแสดงออกถึงการตกลงในสัญญาดังกล่าว (2) ลายเซ็นที่ปรากฏในสัญญาไม่ใช่ลายเซ็นของนาย Kandil (3) ข้อความที่ระบุว่า นาย Kandil ต้องให้การช่วยเหลือแก่บริษัท Wena เพื่อให้ได้รับโอกาสในการเข้าไปพัฒนาธุรกิจด้านการโรงแรมในประเทศอียิปต์เป็นการช่วยเหลือเพื่อให้บริษัท Wena ได้เข้าไปดำเนินการพัฒนาธุรกิจด้านการโรงแรมในเมือง Misr Aswan โดยไม่เกี่ยวกับโอกาสในการเข้าไปพัฒนาธุรกิจด้านการโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo และ (4) ในการเจรจาต่อรองสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว นาย Kandil มิได้กระทำการในฐานะประธานกรรมการของรัฐวิสาหกิจ EHC แต่กระทำการในฐานะประธานกรรมการของบริษัท Misr Aswan Tourist Co.²⁷ พร้อมกันนั้นฝ่ายบริษัท Wena ได้เสนอเอกสารที่บริษัท Wena เคยส่งให้แก่ผู้ว่าการเมือง Misr Aswan ตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1989 และปี ค.ศ. 1990 เกี่ยวกับความประสงค์ที่จะเข้าไปดำเนินการพัฒนากิจการด้านการโรงแรมในเมือง Misr Aswan²⁸ เพื่อยืนยันว่าสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาระหว่างบริษัท Wena กับนาย Kandil เป็นไปเพื่อช่วยเหลือเพื่อให้บริษัท Wena ได้เข้าไปดำเนินการพัฒนาธุรกิจด้านการโรงแรมในเมือง Misr Aswan

²⁵ Ibid., para. 113.

²⁶ Ibid., paras. 70-71, 112.

²⁷ Ibid., paras. 72, 114.

²⁸ Ibid., para. 73.

และไม่เกี่ยวข้องกับการช่วยเหลือเพื่อให้บริษัท Wena ได้มาซึ่งสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo แต่อย่างใด

นอกจากนี้ฝ่ายบริษัท Wena อ้างว่า รัฐบาลอียิปต์ตระหนักถึงความมีอยู่ของสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (aware of consultancy agreement) ระหว่างบริษัท Wena กับนาย Kandil ทั้งนี้ จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า เมื่อนาย Sultan รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยว ทราบถึงความมีอยู่ของสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว จึงคำสั่งให้พนักงานอัยการของประเทศอียิปต์ทำการสอบสวนเรื่องสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การสอบสวนดังกล่าวถูกระงับ โดยที่นาย Kandil ไม่ได้ถูกดำเนินคดีใดๆ ในศาลของประเทศอียิปต์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา²⁹ ประกอบกับนาย Kandil เองเคยเสนอตนที่จะให้การช่วยเหลือแก่บริษัท Wena อย่างเป็นทางการโดยการแจ้งแก่คณะกรรมการบริหารให้ได้รับทราบ พร้อมกันนั้นในตอนสุดท้ายบริษัท Wena กล่าวยืนยันว่าบริษัท Wena เป็นผู้เสนอให้ราคาค่าเช่าสูงที่สุดจึงชนะการประมูลและได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน³⁰

คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวในเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาว่า ข้อต่อสู้เรื่องพฤติกรรมที่มีชอบและการทุจริตของนักลงทุนที่ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ยกขึ้นมากล่าวอ้างนั้น หากฝ่ายรัฐบาลอียิปต์สามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นได้ว่านักลงทุนกระทำการทุจริตจริง ข้อกล่าวอ้างนั้นอาจนำมาเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการยกฟ้องคดีได้ (dismissal the claim) ทั้งนี้ เพราะคณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับข้ออ้างของฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ที่อ้างว่า “คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศส่วนใหญ่เห็นว่าการทุจริตด้วยวิธีการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีในทางระหว่างประเทศ (international bones mores)”³¹

หลังจากพิจารณาหลักฐานทั้งหมดคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า แม้ว่าในเบื้องต้นฝ่ายรัฐบาลอียิปต์สามารถแสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่น่าสงสัยและน่าจะนำมาซึ่งการทุจริต ได้แก่ (1) ช่วงเวลาที่บริษัท Wena จ่ายเงินแก่นาย Kandil ซึ่งเป็นเวลาหลังจากที่บริษัท Wena ได้เข้าทำสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo เพียงไม่นาน และ (2) บริษัท Wena จ่ายเงินแก่นาย Kandil เป็นจำนวนเงินเกินกว่าที่ระบุไว้ในสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (over-payment) อย่างไรก็ตาม เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ในฐานะผู้ที่มีภาระการพิสูจน์ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์เพิ่มเติม

²⁹ Ibid., para. 74.

³⁰ Ibid., para. 115.

³¹ Ibid., paras. 77, 111.

และหักล้างหลักฐานของฝ่ายนักลงทุน (บริษัท Wena) ที่อ้างว่า สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายเป็น สัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate agreement) และเป็นไปเพื่อช่วยสร้างโอกาสในการเข้าไป พัฒนาในจังหวัด Misr Aswan เท่านั้น โดยไม่เกี่ยวข้องกับทำให้ได้มาซึ่งสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรม ในเมือง Luxor และเมือง Cairo³² นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า กรณีเป็นที่ปรากฏชัดว่า ประเทศอียิปต์ไม่ได้ดำเนินการทางกฎหมายแก่นาย Kandil ในเรื่องสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะประเทศอียิปต์ไม่อาจหาหลักฐานที่บ่งชี้ว่าได้มีการดำเนินคดีในทางกฎหมายแก่นาย Kandil นำมาแสดงต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจทราบได้ว่า การ สอบสวนในเรื่องดังกล่าวได้เกิดขึ้นหรือไม่ หรือกรณีได้มีการสอบสวนแต่พนักงานอัยการเห็นว่า ปราศจากหลักฐานที่บ่งชี้ว่านาย Kandil เป็นผู้กระทำความผิด หรือกรณีมีเจ้าหน้าที่รัฐผู้อื่นร่วมกระทำความ ผิดด้วย อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐบาลอียิปต์ตระหนักดีถึงการมีอยู่ของสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา ระหว่างบริษัท Wena กับนาย Kandil ซึ่งเห็นได้จากคำสั่งของนาย Sultan รัฐมนตรีว่าการกระทรวง การท่องเที่ยวที่สั่งให้มีการตรวจสอบเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยเหตุผลอะไรก็ตามเมื่อรัฐบาลอียิปต์ สามารถนำหลักฐานมาแสดงต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ว่า รัฐบาลอียิปต์ได้ดำเนินการทางกฎหมาย แก่นาย Kandil ทั้งที่การกระทำในลักษณะดังกล่าวก็ถือว่าขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศอียิปต์ ดังนั้น จากเหตุผลข้างต้นจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยที่จะตัดสินให้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์พ้น จากความรับผิด (reluctant to immunize Egypt from liability)³³ ด้วยการนำพฤติกรรมการ ทุจริตของนักลงทุนเข้ามากล่าวอ้าง

กล่าวโดยสรุป จากคดีระหว่างบริษัท Wena กับสาธารณรัฐอียิปต์ การนำประเด็น เรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาจะทำให้เกิดนัยสำคัญต่อการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากพิสูจน์ได้ว่านักลงทุนกระทำการทุจริตจริง ประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าวจะ เป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการยกฟ้องคดีนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยอุปสรรคด้านพยานหลักฐานที่ ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ในฐานะผู้ที่มีภาระในการพิสูจน์ไม่สามารถค้นหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ เพื่อโต้แย้ง หลักฐานทางฝ่ายนักลงทุนได้ แม้ว่าฝ่ายรัฐบาลอียิปต์จะได้ชี้ให้เห็นถึงพฤติกรรมที่สื่อให้เห็นการ ทุจริตของนักลงทุนแล้วก็ตาม โดยคดีนี้ในชั้นการพิจารณาหลักฐาน คณะอนุญาโตตุลาการใช้วิธีซึ่ง

³² Ibid., para. 117.

³³ Ibid., paras. 74, 116.

นำนักพยานหลักฐานโดยไม่ได้กล่าวถึงมาตรฐานการพิสูจน์³⁴ ว่า คณะอนุญาโตตุลาการใช้มาตรฐานการพิสูจน์ใดเข้ามาปรับใช้ในการพิจารณาหลักฐานในประเด็นเรื่องการทุจริต ซึ่งคล้ายกับแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนในคดีอื่นๆ ที่มีการนำประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน หรือพฤติกรรมที่มีขอบอื่นของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา³⁵ โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้กล่าวเพียงว่า ข้อต่อสู้เรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนฟังไม่ขึ้น เพราะฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ในฐานะผู้ที่มีภาระการพิสูจน์เพื่อนำมายืนยันข้อกล่าวอ้างดังกล่าว และไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างหลักฐานของฝ่ายนักลงทุน³⁶ นอกจากนี้ ในคดีนี้ยังมีอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะตัดสินให้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์พ้นจากความรับผิดชอบด้วยการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามากล่าวอ้าง ทั้งนี้ เพราะคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า รัฐบาลอียิปต์รู้ถึงการกระทำที่มีขอบที่ตนนำมากล่าวอ้าง แต่รัฐบาลอียิปต์เพิกเฉยไม่ดำเนินการทางกฎหมายใดๆ เพื่อจัดการในกับเรื่องดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่รัฐของตน ซึ่งดูเหมือนว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้จะคำนึงถึงพฤติกรรมที่มีขอบของฝ่ายรัฐด้วย กล่าวคือ กรณีหากรัฐทราบหรือรับรู้ถึงพฤติกรรมการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ แต่กลับเพิกเฉยหรือแสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะสอบสวนการกระทำดังกล่าว ก็อาจถือได้ว่ารัฐมีส่วนรู้เห็นต่อการกระทำดังกล่าวและมีส่วนผิดอยู่ด้วย ฉะนั้น ตามความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ หากคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์พ้นจากความรับผิดชอบอาจเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม ซึ่งในประเด็นกรณีรัฐมีส่วนผิดนี้จะได้นำไปวิเคราะห์ในส่วนอื่นต่อไป

³⁴ Florian Haugeneder and Christoph Liebscher, "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof," in *Austrian Arbitration Yearbook*, eds. Gerold Zeiler, et al (2009), p. 549.

³⁵ ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่างบริษัท *World Duty Free กับสาธารณรัฐเคนยา* คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อต่อสู้เรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน (การติดสินบน) โดยการหลักฐานจากพฤติกรรม (circumstances) ที่ได้รับจากคู่พิพาท ส่วนใหญ่มาจากคำรับสารภาพของนักลงทุนเอง ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อโดยไม่มีข้อสงสัย (on double) ว่านักลงทุนได้กระทำการติดสินบนเพื่อให้ได้มาซึ่งการลงทุน และในคดีระหว่างบริษัท *Inceysa กับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์* ในข้อต่อสู้เกี่ยวกับพฤติกรรมการฉ้อฉลโดยนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการเพียงกล่าวว่า พฤติกรรมการฉ้อฉลได้รับการพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นแล้วโดยชัดเจนและสมบูรณ์ (clear and fully proven) และแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่านักลงทุนแสดงเอกสารเท็จเพื่อให้ได้มาซึ่งการลงทุน (obvious that the Claimant had made several false statement before obtaining an investment contract) โดยที่คณะอนุญาโตตุลาการในทั้ง 2 คดี ไม่ได้กล่าวถึงมาตรฐานการพิสูจน์ที่นำมาใช้บังคับกับการพิจารณาหลักฐานเกี่ยวกับพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุน, Ibid., p. 549.

³⁶ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000), para. 117.

จากข้างต้นเห็นว่า หนึ่งในอุปสรรคของการพิสูจน์ประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต คือ พยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะนำมาสนับสนุนข้อต่อสู้³⁷ ส่วนหนึ่งอาจสืบเนื่องมาจากลักษณะหรือโดยสภาพของพฤติกรรมการทุจริตที่ยากแก่การพิสูจน์ (difficult to proof)³⁸ เพราะในการประพจน์ทุจริตผู้กระทำจะต้องกระทำโดยลับ หรือโดยแอบซ่อน (hidden) ตัวอย่างเช่น การจัดทำให้เป็นเสมือนหนึ่งสัญญาที่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือกระทำโดยไม่ให้หลงเหลือหลักฐานหรือสิ่งบ่งชี้ใดๆ ที่จะนำมาสู่ความสงสัยว่ามีความพยายามในการกระทำทุจริต (avoid documentary or other unambiguous evidence of such attempts)³⁹ เป็นต้น ฉะนั้น จากลักษณะของพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าว จึงทำให้พฤติกรรมการทุจริตเป็นพฤติกรรมที่ยากแก่การพิสูจน์

นอกจากลักษณะของพฤติกรรมการทุจริตที่พิสูจน์ได้ยากโดยสภาพ ประเด็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์หลักฐาน (Standard of Proof) ในประเด็นเรื่องการทุจริตของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังไม่แน่นอน⁴⁰ โดยปกติคณะอนุญาโตตุลาการมักจะตั้งมาตรฐานการพิสูจน์ต่อประเด็นเรื่องการทุจริตไว้สูง (high standard of proof)⁴¹ ทั้งนี้ โดยการนำมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับขัดแย้ง

³⁷ เว้นแต่ กรณีที่คู่พิพาทให้ความร่วมมือ หนึ่งในคดีที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นข้อยกเว้น (exceptions to these patterns) จากแนวทางปกติของคู่กรณีจากการไม่สามารถนำหลักฐานมาพิสูจน์ได้ (inability) หรือคู่กรณีไม่เต็มใจ (unwillingness) ที่จะให้ความร่วมมือต่อการพิสูจน์ประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต คือ *คดีระหว่างบริษัท World Duty Free กับสาธารณรัฐเคนยา* ที่ฝ่ายนักลงทุนให้ความร่วมมือในการพิสูจน์ประเด็นเรื่องการทุจริตแก่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดี, โปรตดู Cecily Rose, "Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption," pp. 195, 202.

³⁸ Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, and Rahim Moloo, "Fraud and Corruption in International Arbitration," in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, eds. David Arias and M.Á. Fernández-Ballesteros (Madrid: La Ley, 2010), p. 700.

³⁹ Florian Haugeneder and Christoph Liebscher, "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof," p. 544.

⁴⁰ คณะกรรมาธิการกล่าวว่า ระดับมาตรฐานในการพิสูจน์ที่คณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะนำมาใช้บังคับต่อประเด็นเรื่องการทุจริตยังไม่มีที่แน่นอน กล่าวคือ (1) คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะยก (elevated) ระดับมาตรฐานในการพิสูจน์ประเด็นเรื่องการทุจริตไว้สูง (2) คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะลด (lower) ระดับมาตรฐานในการพิสูจน์ หรือ (3) คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะใช้มาตรฐานการพิสูจน์ในระดับปกติต่อประเด็นเรื่องการทุจริตโดยพิจารณาจากพยานแวดล้อมกรณี (circumstantial evidence), โปรตดู International Law Association, Final Report of Committee on International Law on Foreign Investment, Rio de Janeiro Conference, pp. 14-15 [Online], 17 July 2015. Available from: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1015>

⁴¹ Florian Haugeneder and Christoph Liebscher, "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof," p. 538.

และน่าเชื่อถือ (standard clear and convincing evidence)⁴² ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่างบริษัท EDF กับสาธารณรัฐโรมาเนีย⁴³ คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า

แม้ว่าพฤติกรรมการทุจริตจะเป็นพฤติกรรมที่พิสูจน์ได้ยาก (notoriously difficult to prove corruption) อันเนื่องมาจากไม่มีหรือมีพยานวัตถุแต่น้อย (little or no physical evidence)⁴⁴ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการยังคงเห็นว่า การนำมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับชัดเจนและน่าเชื่อถือมาปรับใช้กับประเด็นเรื่องการทุจริตถือว่ามีความเหมาะสม ทั้งนี้ เนื่องจากความร้ายแรงของข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต (seriousness of the allegations of corruption) ที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงของประเทศโรมาเนีย นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้กล่าวว่า คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าควรใช้มาตรฐานการพิสูจน์ในระดับสูงต่อประเด็นเรื่องการทุจริต⁴⁵

ในขณะที่คดีระหว่าง Metal-Tech กับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน⁴⁶ คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ใช้มาตรฐานเรื่องการพิสูจน์หลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่าในประเด็นเรื่องการทุจริต โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานแวดล้อมกรณี (circumstantial evidence) โดยไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนและน่าเชื่อถือ มีรายละเอียดดังนี้

⁴² นอกจากนี้ในคดีระหว่าง Westinghouse และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์⁴² คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้กล่าวว่า ในคดีระหว่าง Westinghouse และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ “คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า สำหรับมาตรฐานการพิสูจน์โดยหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (preponderance of the evidence) คณะอนุญาโตตุลาการจะนำไปปรับใช้ในขั้นการพิจารณาปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง (substantive claims) แต่สำหรับประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการทุจริต คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศสหรัฐอเมริกา ในประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการทุจริตควรต้องนำมาตราการพิสูจน์ในระดับที่สูงกว่ามาตรฐานการพิสูจน์โดยหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่ามาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพราะพฤติกรรมกลฉ้อฉลต้องได้รับการพิสูจน์โดยชัดเจนและน่าเชื่อถือ ฉะนั้น เพียงแค่มีพิจารณาโดยใช้มาตรฐานเรื่องหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (mere preponderance) ไม่สามารถทำให้เชื่อได้ว่า มีพฤติกรรมการฉ้อฉลจริง เพราะพฤติกรรมการฉ้อฉลนั้นเป็นการกระทำที่บุคคลผู้กระทำความตั้งใจกระทำ”, โปรดดู *Westinghouse and Burns & Roe v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, ICC Case No 6401, Award (19 December 1991), in Cecily Rose, “Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption,” p. 196.

⁴³ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009) [Online], 18 February 2015, Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

⁴⁴ *Ibid.*, para. 64.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 211.

⁴⁶ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013) [Online], 1 May 2015. Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>

คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาว่า พฤติกรรมการทุจริตเกิดขึ้นจริงหรือไม่จากหลักฐานที่คู่กรณีนำมาแสดงต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เนื่องจากการทุจริตเป็นเรื่องที่ยากต่อการพิสูจน์ ฉะนั้น การพิจารณาจากพยานหลักฐานแวดล้อมกรณีก็เพียงพอแก่การพิสูจน์⁴⁷ ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้สนับสนุนโดยคดีระหว่าง *Oostergetel กับสาธารณรัฐสโลวัก* คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นกล่าวว่า สำหรับมาตรฐานในการพิสูจน์เรื่องการทุจริต อาจพิจารณาได้จากพยานหลักฐานแวดล้อม⁴⁸

จากคดีระหว่าง *Metal-Tech กับสาธารณรัฐอูซเบกิสถาน* จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริตคณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่า การทุจริตเป็นพฤติกรรมที่พิสูจน์ได้ยาก ฉะนั้น ในการพิจารณาในประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการจึงอาศัยพยานหลักฐานแวดล้อมที่ได้จากคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายประกอบการพิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริต ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม⁴⁹

กล่าวโดยสรุป ตามที่กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงอุปสรรคในด้านพยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ในประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริต รวมถึงมาตรฐานการพิสูจน์ที่จะนำมาปรับใช้กับการพิสูจน์ ในประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังไม่มี ความชัดเจน ซึ่งสาเหตุส่วนหนึ่งของเรื่องดังกล่าวอาจมาจาก กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับในการดำเนิน กระบวนการวิธีพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ กล่าวถึง แนวปฏิบัติสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการ สำหรับเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานไว้ในบางประเด็น โดยที่ไม่ได้กำหนดไว้โดยละเอียดนักตัวอย่างเช่น ประเด็นเรื่องการพิสูจน์⁵⁰ การรับฟังพยานหลักฐาน⁵¹ เป็นต้น แต่สำหรับประเด็นเรื่องมาตรฐาน การพิสูจน์นั้นในกฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาท

⁴⁷ Ibid., para. 243.

⁴⁸ *Oostergetel v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Final Award (23 April 2012), Ibid., para. 231.

⁴⁹ Ibid., paras. 239, 243.

⁵⁰ Article 27 Evidence of UNCITRAL Arbitration Rules 2013, “Article 27(1) 1. Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.”

⁵¹ Rule 34 Evidence: General Principles of Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, “Rules 34 (1) The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value.”; Article 27 Evidence of UNCITRAL Arbitration Rules 2013, “Article 27(4) The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”

เรื่องการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น หอการค้านานาชาติ (ICC) เป็นต้น รวมถึงกล่าวด้วย การอนุญาโตตุลาการที่ออกภายใต้กรอบของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้า ระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์⁵² ฉะนั้น ประเด็นเรื่อง มาตรฐานการพิสูจน์จึงเป็นดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณา และอาจเป็นสาเหตุให้ แนวปฏิบัติของคณะอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์สำหรับเรื่องการทุจริตไม่ เป็นไปในทิศทางเดียวกันดังที่ได้พิจารณาไปข้างต้น ซึ่งอาจเป็นอีกจุดหนึ่งที่ตัวการที่เกี่ยวข้องกับการ อนุญาโตตุลาการ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ เป็นต้น อาจจะนำปัญหาในส่วนนี้เข้าไป พิจารณา และทำการปรับปรุงกฎเพื่อการอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์ หรือ ออกแนวปฏิบัติสำหรับอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์โดยเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพฤติกรรมกรรมการทุจริต

คำตัดสินเหล่านั้นเป็นตัวอย่างของคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีโอกาสได้ตัดสินประเด็นเรื่อง การทุจริตเนื่องจากคู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นและถอนข้อพิพาทออกจากกระบวนการ พิจารณา และกรณีการค้นหาลักษณะมาพิสูจน์พฤติกรรมกรรมการทุจริตนั้นเป็นอุปสรรคต่อการนำเอา พฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ตลอดจนปัญหาเรื่องมาตรฐานในการพิสูจน์ที่คณะ อนุญาโตตุลาการนำมาปรับใช้กับประเด็นเรื่องการทุจริต ในส่วนต่อไปจะได้พิจารณาคำตัดสินของคณะ อนุญาโตตุลาการในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำประเด็นเรื่องพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้า มาพิจารณา

4.2 แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนในประเด็นเรื่องการ ทุจริตกรณียอมรับพิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริต

การศึกษาในบทที่ผ่านมาแสดงให้เห็นกรอบทางกฎหมายสำหรับนำประเด็นเรื่องพฤติกรรม กรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามอำนาจที่คณะ อนุญาโตตุลาการมีอยู่ โดยวิเคราะห์แล้วพบว่ามีความเป็นไปได้ในการนำพฤติกรรมกรรมการทุจริตเข้ามา พิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายต่างๆ ดังนี้ 1. เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ 2. การรับข้อ พิพาทไว้พิจารณา 3. การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี และ 4. การ กำหนดค่าเสียหาย ในส่วนนี้จะได้พิจารณาแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

⁵² Cecily Rose, "Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption," p. 195.

ด้านการลงทุนในประเทศเนื่องเรื่องการลงทุนที่จรรยาบรรณตามมาตรฐานทางกฎหมายต่างๆ ซึ่งแม้ในบางฐานจะไม่ปรากฏ แนวคำตัดสินว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้นำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณาในฐานทางกฎหมายดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงเหตุผลและความเหมาะสมของการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้าไปพิจารณาในฐานทางกฎหมายดังกล่าวนี้

4.2.1 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ กรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันถือเป็นฐานแห่งสิทธิในการเรียกร้องความคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุน ระบุถึงข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย อันถือเป็นการจำกัดความยินยอมเพื่อการอนุญาโตตุลาการของรัฐผู้รับการลงทุนว่า การลงทุนที่รัฐประสงค์จะให้ความคุ้มครองตามความมุ่งหมายของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต้องเป็นการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้น การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนย่อมจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และอาจส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธเขตอำนาจ เนื่องจากพฤติกรรมการปฏิบัติการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน เพราะนักลงทุนมีพฤติกรรมส่อไปในทางทุจริต คือ คดีระหว่าง *Metal-Tech กับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน*⁵³ ถือเป็นคดีแรกในกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) ที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธว่าตนไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเนื่องมาจากพฤติกรรมการตัดสินบนของนักลงทุน⁵⁴

ในปี ค.ศ. 2000 บริษัท Metal-Tech บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศอิสราเอล ได้รับอนุญาตให้เข้าไปร่วมดำเนินกิจกรรมการลงทุนในกิจการร่วมค้า Uzmetal กับรัฐวิสาหกิจ 2 แห่งของประเทศอุซเบกิสถาน ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ Almalik Mining Metallurgy Combinat (AGMK)

⁵³ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013)

⁵⁴ Michael A. Losco, "Charting a new course: *Metal-Tech v. Uzbekistan* and the treatment of corruption in investment arbitration," *Duke Law Journal Online* 64 (2014): 46.

และรัฐวิสาหกิจ Uzbek Refractory and Resistant Metals Integrated Plant (UzKTJM) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่ควบคุมและดำเนินกิจการโดยรัฐบาลอุซเบกิสถาน⁵⁵

ข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนปรากฏดังนี้ รัฐบาลอุซเบกิสถานยกข้อต่อสู้เพื่อโต้แย้งเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่าบริษัท Metal-Tech เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทุจริต และกระทำการฉ้อฉลปกปิดข้อมูลที่สำคัญเพื่อให้ได้รับอนุญาตเข้าไปลงทุนในประเทศอุซเบกิสถาน⁵⁶ ทั้งนี้ เพราะความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลรัฐอิสราเอลและรัฐบาลสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน (Agreement between the government of the State of Israel and the government of the Republic of Uzbekistan for the promotion and reciprocal protection of investment) (“ความตกลง”) กำหนดเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ฉะนั้น ความตกลงฉบับนี้จะให้ความคุ้มครองเฉพาะการลงทุนที่ปฏิบัติการลงทุนโดยสอดคล้องต่อกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถานเท่านั้น ซึ่งกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถานกำหนดให้การให้หรือการรับสินบน โดยตรงหรือโดยผ่านบุคคลกลาง ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย⁵⁷ ฉะนั้น การปฏิบัติการลงทุน ซึ่งหมายรวมทั้งการเข้ามาจัดตั้งการลงทุน (made) และการดำเนินกิจกรรมการลงทุน (operated) ของบริษัทบริษัท Metal-Tech ถือได้ว่าละเมิดต่อกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถาน และไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงฉบับนี้⁵⁸ นอกจากนี้ ก่อนการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจและความรับผิด (prior to hearing on jurisdiction and liability) ประเทศอุซเบกิสถานแจ้งต่อคณะอนุญาโตตุลาการว่า จากการตรวจสอบของอัยการสูงสุดของประเทศอุซเบกิสถานพบว่า กิจการร่วมค้า Uzmetal เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการติดสินบน (kickback) แก่เจ้าหน้าที่ของประเทศอุซเบกิสถาน⁵⁹

โดยบริษัท Metal-Tech ต่อสู้ข้อโต้แย้งดังกล่าวของประเทศอุซเบกิสถานว่า ความหมายของคำว่า “การปฏิบัติการลงทุน” (implemented) ที่ระบุไว้ในข้อ 1 (1) ของความตกลง หมายถึง การเข้ามาจัดตั้งการลงทุนต้องชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น คำดังกล่าวไม่รวมถึงขั้นการปฏิบัติการลงทุนและบริษัท Metal-Tech ไม่ได้ปฏิบัติการลงทุนใดที่ขัดต่อกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถาน ฉะนั้น การ

⁵⁵ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, para. 8.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 110.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 282.

⁵⁸ *Ibid.*, paras. 110, 372-373.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 76.

ลงทุนของบริษัท Metal-Tech จึงไม่ขัดต่อเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของความตกลง และ ย่อมไม่กระทบต่อความยินยอมเพื่อการอนุญาตตุลาการของประเทศอุซเบกิสถานภายใต้ความตกลง ดังกล่าว⁶⁰

จากข้อโต้แย้งของคู่พิพาทและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนที่ปรากฏ คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางในการพิจารณาดังนี้

ขั้นที่ 1 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนที่ ปรากฏในข้อ 1 (1) ของความตกลง เนื่องจากคู่พิพาทเห็นไม่ตรงกันว่า ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วย กฎหมาย สมควรที่จะนำมาใช้บังคับเฉพาะช่วงเมื่อเริ่มต้นเข้ามาปฏิบัติการลงทุนเท่านั้น หรือมี ความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงขั้นการปฏิบัติการลงทุนด้วย

ข้อ 1 (1) ของความตกลง กำหนดว่า การลงทุนต้องประกอบด้วยทรัพย์สินใดๆ ซึ่ง ปฏิบัติโดยสอดคล้องต่อกฎหมายและข้อบังคับ⁶¹

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร่างความตกลงน่าจะมีความประสงค์ที่จะใช้ คำว่า ปฏิบัติ (implemented) แทนคำว่า ลงทุน (invested) โดยมิได้ประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงความหมาย ของคำดังกล่าว ทั้งนี้ อาจเทียบเคียงได้จากความตกลงที่ปรากฏการกำหนดให้มีข้อบทในลักษณะที่ คล้ายกันที่มักจะกำหนดให้ การลงทุน หมายถึง ทรัพย์สินใดๆที่ได้ทำการลงทุน (any kind of assets invested)⁶² และจากการพิจารณาถ้อยคำและวัตถุประสงค์ของความตกลง ตามแนวทางการตีความ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อบท ดังกล่าว มิได้ประสงค์จะให้ถ้อยคำดังกล่าวหมายรวมถึงขั้นการปฏิบัติการลงทุนภายหลังการจัดตั้งการ ลงทุนแล้ว (operated lawfully after it is in place) หรือไม่ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คำว่า ปฏิบัติการลงทุน (implemented) ตามความในความตกลงเพียงประสงค์ให้ การลงทุนต้องชอบด้วย กฎหมายเมื่อเริ่มเข้ามาจัดตั้งการลงทุน (initially established) เท่านั้น⁶³ ดังนั้น การลงทุนของนัก ลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นการลงทุนที่จัดตั้งโดยสอดคล้องต่อกฎหมายของประเทศอุซ เบกิสถานเท่านั้น

⁶⁰ Ibid., paras. 176, 180.

⁶¹ “the term ‘investments’ shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations,” Ibid., para. 183.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., para 193.

ขั้นที่ 2 คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการลงทุนของนักลงทุนเข้ามาประกอบการพิจารณา เพื่อค้นหาว่าบริษัท Metal-Teach ได้ปฏิบัติการลงทุนโดยสอดคล้องต่อกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถาน ณ เวลาที่เข้ามาจัดตั้งการลงทุนหรือไม่⁶⁴ คณะอนุญาโตตุลาการพบหลักฐานที่บ่งชี้ว่า บริษัท Metal-Teach กระทำการติดสินบนเพื่อให้ได้มาซึ่งการอนุญาตให้เข้าไปปฏิบัติการลงทุนจากรัฐบาลอุซเบกิสถาน⁶⁵ กล่าวคือ ในระหว่างการพิจารณาประธานกรรมการบริษัท Metal-Tech เปิดเผยว่า นับตั้งแต่ ค.ศ. 1998 บริษัท Metal-Tech ได้เข้าทำข้อตกลงเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษา (consulting agreement) กับที่ปรึกษาหลายคน และได้จ่ายเงินเพื่อกิจกรรมการวิ่งเต้น (lobbyist activity) แก่ที่ปรึกษาเหล่านั้นเป็นจำนวนทั้งสิ้น 4 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในขั้นการพิจารณาคดีจากการเปิดเผยโดยประธานกรรมการบริษัท Metal-Tech ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ตรงกับเอกสารที่บริษัท Metal-Tech ได้ยื่นเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นหลักฐานก่อนหน้านี้ เพราะในหลักฐานดังกล่าวระบุว่า บริษัท Metal-Tech ได้เริ่มทำการว่าจ้างที่ปรึกษาในปี ค.ศ. 2005 เพื่อให้ที่ปรึกษาเหล่านั้นเข้ามาช่วยเหลือและให้คำปรึกษาในการดำเนินกิจการของกิจการร่วมค้า Uzmetal⁶⁶ จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏคณะอนุญาโตตุลาการได้เรียกให้คู่กรณีส่งข้อมูลและเอกสารเพิ่มเติม เพื่อคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาและทำหน้าที่ในการตรวจสอบ (duty to inquire) ข้อเท็จจริงดังกล่าว⁶⁷ ในขั้นตอนของการพิจารณาเอกสารชุดใหม่ที่เพิ่งได้รับจากคู่พิพาท จึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการพบว่า

1. ค่าใช้จ่ายที่บริษัท Metal-Tech ชำระให้แก่ที่ปรึกษาทั้งหลายตามข้อตกลงเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษานั้นมีมูลค่าสูงถึงร้อยละ 20 ของมูลค่าโครงการทั้งหมด ซึ่งถือเป็นจำนวนมากกว่าเงินที่บริษัท Metal-Tech นำเข้ามาร่วมลงทุน เมื่อขั้นเริ่มจัดตั้งกิจการร่วมค้า Uzmetal⁶⁸ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า บริษัท Metal-Tech ไม่สามารถหาหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าที่ปรึกษาเหล่านั้นได้ดำเนินกิจกรรมใดเพื่อเป็นการตอบแทนแก่บริษัท Metal-Tech (failure to provide evidence justifying the services) สำหรับการชำระค่าจ้างในจำนวนที่สูงเช่นนั้น⁶⁹

⁶⁴ Ibid., para 194.

⁶⁵ Ibid., para 195.

⁶⁶ Ibid., para. 86.

⁶⁷ Ibid., paras. 86, 241.

⁶⁸ Ibid., para. 200.

⁶⁹ Ibid., paras. 204, 207.

2. เมื่อตรวจสอบคุณสมบัติและประสบการณ์ความเชี่ยวชาญของที่ปรึกษา คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ที่ปรึกษาทั้งหมดที่บริษัท Metal-Tech ทำการว่าจ้างนั้น มิใช่ผู้มีประสบการณ์และเชี่ยวชาญในสาขาธุรกิจที่บริษัท Metal-Tech ดำเนินกิจการ⁷⁰ กล่าวคือ ที่ปรึกษาเหล่านั้น ได้แก่ ผู้ประกอบอาชีพเภสัชกร ผู้จัดการสำนักหนังสือพิมพ์⁷¹ เจ้าหน้าที่การบุคคลในสำนักนายกรัฐมนตรีของประเทศอุซเบกิสถาน⁷² และเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกษียณอายุราชการที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในฐานะพี่น้องกับนายกรัฐมนตรีของประเทศอุซเบกิสถาน ซึ่งนายกรัฐมนตรีถือเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตการลงทุน โดยในคำเบิกความของประธานกรรมการบริษัท Metal-Tech กล่าวว่า ที่ปรึกษาท่านนี้เป็นบุคคลที่มีเครือข่ายกว้างขวาง และมีความสัมพันธ์อันดีอยู่กับรัฐบาล เพราะพี่น้องของเขาดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีอยู่ในขณะนั้น อีกทั้งที่ปรึกษาคคนนี้น่าจะเป็นบุคคลที่สามารถช่วยเหลือให้การเข้าไปลงทุนในกิจการร่วมค้า Uzmental สำเร็จได้⁷³ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการตรวจพบว่ามี วิธีการชำระค่าจ้างแก่ที่ปรึกษาอย่างคลุมเครือ กล่าวคือ บริษัท Metal-Tech ต้องชำระเงินค่าจ้างแก่บริษัทซึ่งที่ปรึกษาถือหุ้นอยู่แทนที่จะทำการชำระค่าจ้างโดยตรงแก่ที่ปรึกษา⁷⁴

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวชี้ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า พฤติกรรมดังกล่าวของนักลงทุนเป็นพฤติกรรมที่สังคมนานาชาติ (international community) เห็นตรงกันว่า คือ การทุจริต ทั้งนี้จากพฤติกรรมของนักลงทุนที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อได้ว่า นักลงทุนกระทำการทุจริตสรุปได้ดังนี้ (1) จำนวนค่าจ้างมหาศาลที่ใช้ไปกับการว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษา (2) การที่บริษัท Metal-Tech ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าบริษัทที่ปรึกษาเหล่านั้นได้ดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate services) ใดเป็นการตอบแทนบริษัท Metal-Tech (3) การว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งขาดคุณสมบัติ ประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในสาขาธุรกิจ (4) บุคคลในบริษัทที่ปรึกษามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลเรื่องการลงทุน⁷⁵ โดยพฤติกรรมทั้งหมดของบริษัท Metal-Tech ชี้ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การทำข้อตกลงเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษานั้นทำขึ้นเพียงปกปิดสถานะที่แท้จริงของความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Metal-Tech และที่ปรึกษาทั้งหลาย (designed to conceal the true nature of the relationship) และข้อตกลงเพื่อว่าจ้าง

⁷⁰ Ibid., paras. 208, 210, 226.

⁷¹ Ibid., para. 212.

⁷² Ibid., paras. 209, 225.

⁷³ Ibid., para. 226.

⁷⁴ Ibid., paras. 219-224.

⁷⁵ Ibid., para. 293.

ที่ปรึกษาเหล่านั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อเข้ามาดูแลการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจดังเช่นที่บริษัท Metal-Tech กล่าวอ้าง⁷⁶ โดยบริษัท Metal-Tech ไม่สามารถแสดงหลักฐานใดๆ เพื่อนำมาโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของฝ่ายประเทศอุซเบกิสถานหรือพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อได้ว่า บริษัท Metal-Tech มิได้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทุจริต อันถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถาน⁷⁷

ดังนั้น พิจารณาได้ว่า การลงทุนไม่ได้เริ่มต้นจัดตั้งโดยสอดคล้องตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ตามที่ข้อ 1 (1) ของความตกลงกำหนด⁷⁸ และย่อมขัดต่อความยินยอมของประเทศอุซเบกิสถาน และเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในความตกลงที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่จัดตั้งโดยสอดคล้องต่อกฎหมายของประเทศตนเท่านั้น นอกจากพฤติกรรมของนักลงทุนจะขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน พฤติกรรมของนักลงทุนยังขัดต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ ที่กล่าวถึงเรื่องการทุจริต คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ⁷⁹ รวมไปถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติ⁸⁰ ฉะนั้น ย่อมกระทบต่อเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้⁸¹ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในความตกลงเป็นเงื่อนไขที่กำหนดให้นักลงทุนต้องปฏิบัติตามการลงทุนโดยชอบด้วยกฎหมายนับตั้งแต่เวลาที่เข้ามาจัดตั้งการลงทุน พร้อมทั้งกล่าวยอมรับว่าข้อกำหนดเช่นว่าถือเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้พิจารณาเขตอำนาจ⁸² ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Metal-Tech จัดตั้งขึ้นด้วยวิธีการทุจริตและปรากฏอย่างชัดเจนว่าขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นควรต้องยกฟ้องเนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเหนือคดีนี้⁸³

แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินให้ฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนเป็นฝ่ายชนะคดี แต่เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ฝ่ายรัฐเองก็มีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องกักิจกรรมการทุจริตอยู่ด้วย เพราะ

⁷⁶ Ibid., para. 218.

⁷⁷ Ibid., paras. 245, 239, 372, 390.

⁷⁸ Ibid., para. 373

⁷⁹ Ibid., paras 282-284, 290, 292.

⁸⁰ Ibid., para. 374.

⁸¹ Ibid., para. 413.

⁸² Ibid., para. 373.

⁸³ Ibid., para. 374.

การลงทุนเป็นการลงทุนในลักษณะกิจการร่วมค้าย่อมเป็นไปได้ที่ผู้ร่วมในกิจกรรมจะไม่ตระหนักรู้ถึงพฤติกรรมการทุจริตนั้น ดังนั้น ในชั้นการพิจารณาการรับผิดชอบในค่าดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดี คณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องรับผิดชอบต่อค่าดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีด้วยครั้งหนึ่ง โดยคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวไว้ดังนี้

กรณีการลงทุนของนักลงทุนได้มาโดยการทุจริต นักลงทุนจะถูกตัดสิทธิไม่ให้ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และทำให้รัฐผู้รับการลงทุนหลุดพ้นจากความรับผิด แต่ไม่ได้หมายความว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่เห็นว่ารัฐผู้รับการลงทุนเองก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำทุจริตด้วยเช่นกัน ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องรับผิดชอบต่อค่าดำเนินการกระบวนการพิจารณากันคนละครึ่ง⁸⁴

จากคำตัดสินดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดบทลงโทษต่อรัฐ เพราะแม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะเป็นฝ่ายชนะคดี แต่รัฐกลับต้องรับผิดชอบต่อค่าดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีด้วยครั้งหนึ่งในฐานะที่รัฐมีส่วนผิดด้วย

กล่าวโดยสรุป จากคำชี้ขาดในคดีระหว่าง *Metal-Tech และสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน* แสดงให้เห็นว่า *ประการที่หนึ่ง* คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ เหมือนเช่นการนำพฤติกรรมที่มีขอบอื่นๆ ของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา แต่การนำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณาในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัดตามที่ได้กล่าววิเคราะห์ไปในบทที่แล้วว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะอำนาจในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจของตนหรือไม่นั้น ย่อมต้องขึ้นอยู่กับว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันเป็นฐานแห่งสิทธิในการเรียกร้องสิทธิของนักลงทุนที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นได้กำหนด ข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายไว้หรือไม่ ฉะนั้น กรณีปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (in accordance with the law) เท่านั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงจะสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเป็นโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่ประพฤติกทุจริต

⁸⁴ Ibid., para. 422.

ประการที่สอง ในคดีนี้ดูเหมือนว่าคณะอนุญาโตตุลาการพยายามที่จะสร้างสมดุลแก่การพิจารณาในประเด็นการทุจริต โดยคำนึงถึงพฤติกรรมของรัฐ กรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนผิดอยู่ด้วย กล่าวคือ แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนผู้ที่กระทำการทุจริต ในลักษณะพฤติกรรมกรรมการทุจริตที่ต้องได้รับการปราบปราม เพราะเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน กฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนนโยบายสาธารณสุขระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณสุขข้ามชาติ⁸⁵ โดยสะท้อนออกมาจากถ้อยคำที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณา ลักษณะพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนที่กล่าวว่า พฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นลักษณะของพฤติกรรมที่สังคมนระหว่างประเทศเห็นตรงกันว่า คือ การทุจริตและต้องปราบปรามให้หมดไป⁸⁶ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มีพฤติกรรมกรรมการทุจริตจึงเป็นการไม่สมควร และเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธเขตอำนาจ โดยอาศัยข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายภายใต้ความตกลงเข้ามาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาเขตอำนาจ แต่เนื่องจากรัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำทุจริต การตัดสินใจฝ่ายรัฐชนะคดีโดยไม่มีบทลงโทษใดเลยแก่รัฐ อาจเป็นการไม่เหมาะสมและอาจนำไปสู่การใช้ข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตโดยรัฐในทางที่ผิด ด้วยการนำมาเป็นเกราะป้องกันรัฐออกจากความรับผิดชอบทั้งหมดซึ่งเป็นการไม่สมควร ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ จึงหาทางออกเพื่อกำหนดบทลงโทษแก่รัฐที่มีส่วนผิด ด้วยการให้ฝ่ายรัฐที่เป็นฝ่ายชนะคดี ซึ่งโดยปกติแล้วฝ่ายผู้ชนะคดีไม่ต้องออกค่าดำเนินกระบวนการพิจารณา ต้องรับผิดชอบค่าดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยครึ่งหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นบทลงโทษแก่รัฐกรณีที่มีส่วนผิด

4.2.2 การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา

ในกรณีที่มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ปรากฏข้อกำหนดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายไว้ ประกอบกับคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วว่าตนมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาท ในกรณีเช่นนี้เป็นการเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณาในชั้นการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาว่า ข้อพิพาทที่ปรากฏประเด็นเรื่องการทุจริตของนักลงทุนสมควรที่จะรับไว้พิจารณาหรือไม่ ซึ่งถือเป็นการคัดกรองข้อพิพาทที่สมควรรับเข้ามาพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง และเป็นโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้ดุลยพินิจนำพฤติกรรมกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา

⁸⁵ Ibid., paras. 289-290, 293, 374.

⁸⁶ Ibid., paras. 290, 293.

หากพบว่าพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรง ดังเช่น พฤติกรรมการติดสินบนเพื่อให้ได้มาซึ่งกิจกรรมการลงทุน ที่ถือเป็นพฤติกรรมที่ทั่วโลกยอมรับตรงกันว่าสมควรได้รับการปราบปราม กรณีเช่นนี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธที่จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มีพฤติกรรมการทุจริตเช่นว่าเสียตั้งแต่ในขั้นต้นของการพิจารณาคดี

ในขั้นการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาด (clean hand doctrine) ที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้เสมือนหนึ่งเช่นกฎหมาย และมีหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมการใช้สิทธิในทางกฎหมายของบุคคล มาปรับใช้กับการพิจารณาว่าข้อพิพาทนั้นมีข้อบกพร่องและสมควรนำเข้ามาพิจารณาหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมการใช้สิทธิของนักลงทุนให้อยู่ภายใต้กรอบและหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายให้การรับรองเท่านั้น ฉะนั้น กรณีพบว่านักลงทุนมีพฤติกรรมการทุจริตคณะอนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธที่จะอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน เพราะตามหลักมาศาลด้วยมือสะอาดบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด⁸⁷

จากการศึกษาในบทที่แล้วในขั้นการรับพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่อง การทุจริตมีข้อสังเกตดังนี้ *ประการที่หนึ่ง* การนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดมาใช้บังคับกับการพิจารณาต้องเป็นการนำมาใช้บังคับอย่างเท่าเทียม กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการควรจะนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดอาจมาใช้เป็นข้อพิจารณา เพื่อจำกัดสิทธิแก่ฝ่ายรัฐกรณีขพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาเป็นข้อต่อสู้ ฝ่ายรัฐเองก็ต้องไม่เป็นฝ่ายที่มีส่วนผิด ด้วยการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำทุจริต หรือกรณีที่รัฐทราบถึงพฤติกรรมการทุจริตแต่รัฐกลับนิ่งเฉยไม่ดำเนินการทางกฎหมายใดๆ แก่การทุจริตดังกล่าว การกำหนดภาระแก่รัฐให้ต้องดำเนินการปราบปรามพฤติกรรมการทุจริตก่อนที่จะมีการยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบของตนในการอนุญาโตตุลาการนั้น อาจเป็นปัจจัยที่ช่วยส่งเสริมให้การปราบปรามการทุจริตในรัฐมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมไปถึงเป็นการป้องกันมิให้รัฐที่มีส่วนผิดสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามา กล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้โดยสิ้นเชิง หากเป็นกรณีทั้งสองฝ่ายมีส่วนผิดคณะอนุญาโตตุลาการอาจใช้ดุลยพินิจใน

⁸⁷ Richard Kriendler, "Corruption in International Investment: Jurisdiction and Unclean Hands Doctrine," in *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, eds. Kaj Hobér, Annette Magnusson and Marie Öhrström (New York: Juris, 2010), pp. 317-318.

การปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาข้อพิพาทของนักลงทุน สืบเนื่องมาจากเหตุที่ทั้งสองฝ่ายมาศาลด้วยมือที่ไม่สะอาดทั้งคู่ และอาจนำแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการคดีระหว่าง *Metal-Tech และ สาธารณรัฐอุซเบกิสถาน*⁸⁸ กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดโทษแก่ฝ่ายรัฐให้ต้องรับผิดชอบค่าดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วย เพื่อนำมาใช้เป็นทางออกในลงโทษทั้งรัฐและนักลงทุนที่มีส่วนในการประพฤติทุจริต

ประการที่สอง นอกจากหลักมาศาลด้วยมือสะอาดผู้วิจัยพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในขั้นการรับข้อพิพาทนั้นไว้พิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการมักจะนำกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการทุจริต รวมไปถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เพื่อนำมาเป็นเหตุผลสนับสนุนว่า พฤติกรรมการทุจริตดังกล่าวขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน กฎหมายระหว่างประเทศ และนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เพื่อที่จะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มีพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าว อีกทั้งเป็นการสร้างกรอบในการใช้อำนาจหรือดุลยพินิจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในขั้นการพิจารณาข้อพิพาทไว้พิจารณา เพื่อมิให้กระทำเกินหน้าที่กว่าหน้าที่ของตน ซึ่งสอดคล้องกับที่ได้ศึกษาในบทที่แล้วว่า อนุญาโตตุลาการเกิดจากคู่พิพาทให้มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทเฉพาะรายคดี ดังนั้น จึงมิใช่ว่าอนุญาโตตุลาการจะกระทำอย่างไรก็ได้ตามที่ตนเห็นสมควร แต่อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินอย่างมีเหตุผลและให้การคุ้มครองเฉพาะหลักที่ประเทศส่วนใหญ่่มุ่งจะคุ้มครอง และเห็นว่าไม่สามารถกระทำการอันเป็นการขัดแย้งได้⁸⁹ เท่านั้น ฉะนั้น จึงเป็นเสมือนข้อควรระวังแก่คณะอนุญาโตตุลาการกรณีพบว่าพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมิได้มีลักษณะไม่ร้ายแรงและสังคมโลกเห็นตรงกันว่าต้องได้รับการปราบปราม เช่น พฤติกรรมการการให้ค่าอำนวยความสะดวก (facilitating payment)⁹⁰ เป็นต้น การนำพฤติกรรมที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงเช่นนั้นมาเป็นเหตุปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีและไม่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน อาจจะเป็น

⁸⁸ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013)

⁸⁹ Pierre Mayer, "Effect of International Public Policy in International Arbitration?" in *Pervasive Problems in International Arbitration*, eds. Loukas A. Mistelis and Julian D.M. Lew (The Hague : Kluwer Law International, 2006), p. 65, in Stephan Wilske and Martin Raible, "The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?"

⁹⁰ การให้ค่าอำนวยความสะดวก คือ พฤติกรรมการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นกระทำในสิ่งที่เขาต้องพึงต้องปฏิบัติอยู่แล้วตามหน้าที่ การติดสินบนดังกล่าวเป็นเพียงเพื่อจูงใจให้ปฏิบัติงานให้รวดเร็วขึ้น, โปรดดู Colin Nicholls QC, *et al*, *Corruption and Misuse of Public Official*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2011), p. 1.09.

การเกินอำนาจและหน้าที่ที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอยู่ รวมไปถึงอาจเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์หลักของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน จากการกระทำที่ไม่ชอบของรัฐ หากปล่อยให้รัฐนำพฤติกรรมที่ไม่ร้ายแรงมาให้เป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบจากระทำที่ไม่ชอบของรัฐอาจเป็นการไม่เหมาะสม เทียบกับการกระทำอันถือเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีของรัฐ หรือสัดส่วนการลงทุนของนักลงทุนที่มีมูลค่ามหาศาล กรณีเช่นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีทางออกโดยการนำพฤติกรรมดังกล่าวเข้าพิจารณาในชั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย หรือการกำหนดค่าเสียหายต่อไป

เนื่องจากแนวคำแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อกักการทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศที่กล่าวถึงประเด็นเรื่องการรับพิจารณาโดยตรงไม่มีปรากฏ ฉะนั้นผู้วิจัยจึงยังได้หยิบยกข้อเท็จจริงจากคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาเข้ามาวิเคราะห์ในส่วนนี้แทน กล่าวคือ หากพบกรณีพฤติกรรมการทุจริตเช่นในคดีระหว่างบริษัท Wena กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์⁹¹ ที่บริษัท Wena ถูกกล่าวหาว่าบริษัท Wena Hotel Ltd. (บริษัท Wena) จ้างให้นาย Kandil ประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจ Egyptian Hotels Company (รัฐวิสาหกิจ EHC) ให้เป็นที่ปรึกษาเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo จากรัฐวิสาหกิจ EHC ประกอบกับพฤติกรรมที่น่าสงสัยในเรื่อง ช่วงเวลาที่บริษัท Wena จ่ายเงินแก่นาย Kandil ซึ่งเป็นเวลาหลังจากที่บริษัท Wena ได้เข้าทำสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo เพียงไม่นาน และการจ่ายเงินแก่นาย Kandil ดังกล่าวเป็นการจ่ายเงินจำนวนเงินเกินกว่าที่ระบุไว้ในสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา แต่เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์เพิ่มเติม และหักล้างหลักฐานของฝ่ายบริษัท Wena ที่อ้างว่า สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายเป็นสัญญาที่เป็นไปเพื่อช่วยสร้างโอกาสในการเข้าไปพัฒนาในจังหวัด Misr Aswan ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการให้ได้มาซึ่งสัญญาเช่าและพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo⁹²

นอกจากนี้ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการพบว่า ฝ่ายรัฐบาลประเทศอียิปต์ไม่ได้ดำเนินการทางกฎหมายแก่นาย Kandil ในเรื่องสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว แม้ว่าพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าวถือว่าขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศอียิปต์ และฝ่ายรัฐบาลอียิปต์จะทราบถึงพฤติกรรมดังกล่าว

⁹¹ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000) [Online] Available from: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>

⁹² *Ibid.*, para. 117.

ระหว่างบริษัท Wena กับนาย Kandil แล้วก็ตาม แสดงให้เห็นจากการที่ประเทศอียิปต์ไม่อาจหาหลักฐานที่บ่งชี้ว่าได้มีการดำเนินคดีในทางกฎหมายแก่นาย Kandil นำมาแสดงต่อคณะอนุญาโตตุลาการ จากเหตุผลข้างต้นจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยที่จะตัดสินให้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์พ้นจากความรับผิด⁹³ ด้วยการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามากล่าวอ้าง และนำคดีไปพิจารณาในชั้นการปรับข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายและตัดสินให้นักลงทุนเป็นฝ่ายชนะคดี โดยฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าเสียหายแก่นักลงทุน⁹⁴

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว 1. หากไม่มีอุปสรรคในเรื่องของพยานหลักฐานและรัฐผู้รับการลงทุนสามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นได้ว่าบริษัท Wena กระทำการทุจริตจริง ประกอบกับ 2. เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ฐานอันเป็นที่มาแห่งสิทธิในการฟ้องร้องในคดีนี้มีที่มาจากความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือและรัฐบาลสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์⁹⁵ ไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่อาจเป็นช่องทางให้คณะอนุญาโตตุลาการนำเอาพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้าไปพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่พิจารณาได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มีพฤติกรรมการทุจริตโดยการปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา ฉะนั้น หากปรากฏกรณีเช่นว่า คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ทั้งนี้ จากข้อเท็จจริงที่ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์นำมากล่าวอ้าง คือ พฤติกรรมการตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจ (นาย Kandil) เพื่อช่วยเหลือให้บริษัท Wena ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน ซึ่งถือเป็นพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ทั่วโลกเห็นตรงกันว่าควรต้องได้รับการปราบปราม อีกทั้งยังขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศอียิปต์ ฉะนั้น การให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่จะทำการทุจริตอาจเป็นการไม่เหมาะสม อยางไรก็ดี เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏด้วยว่า รัฐผู้รับการลงทุนทราบถึงพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าว แต่กลับไม่ดำเนินการทางกฎหมายใดๆ ซึ่งถือได้ว่ามีสุจริตมาศาลด้วยมือที่ไม่สะอาดเช่นกัน และการนำพฤติกรรมการทุจริตนี้มากกล่าวอ้างในการอนุญาโตตุลาการเพื่อปฏิเสธความรับผิดจากพฤติกรรมที่ตนเองมีส่วนผิดอาจเป็นการ

⁹³ Ibid., paras. 74, 116.

⁹⁴ Ibid., paras. 133-136.

⁹⁵ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments (1975) [Online] Available from: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1122> [23 June 2015]

ไม่สมควร ฉะนั้น ในกรณีเช่นนี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มีพฤติกรรมการทุจริตโดยการปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา พร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษแก่รัฐที่มีส่วนผิดโดยการให้ออกค่าดำเนินกระบวนการพิจารณาก็น่าจะมีความเหมาะสม

4.2.3. การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี

ในการศึกษาบทที่แล้วในส่วนของการเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดีทำให้ผู้วิจัยพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในขั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายได้โดยนำเข้ามาผ่านการตีความและใช้บังคับมาตรฐานการให้ความคุ้มครองที่ปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เป็นฐานแห่งสิทธิของคู่กรณีในการเสนอข้อพิพาทแก่นุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนดังกล่าว โดยมาตรฐานดังกล่าว คือ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment standard) ที่ถือเป็นมาตรฐานการให้ความคุ้มครองที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่จะระบุถึงมาตรฐานดังกล่าวเป็นมาตรฐานหนึ่งในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนเสมอ

นอกจากนั้น สิ่งที่พบจากการศึกษาในบทที่แล้ว คือ คำแนะนำต่ออนุญาโตตุลาการในการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมสำหรับกรณีการค้นหาลักเกณฑ์สำหรั้นำมาใช้พิจารณาพฤติกรรมของนักลงทุนว่านักลงทุนมีพฤติกรรมที่เหมาะสมหรือไม่ ด้วยการนำตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ที่กล่าวถึงการกำหนดแนวปฏิบัติหรือข้อเสนอแนะในการดำเนินธุรกิจสำหรับเอกชน นำเข้ามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ทั้งนี้ จากที่ได้ทำการศึกษาไปในบทที่ 2 พบว่าตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพัน์ที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเสนอแนวทางและข้อเสนอแนะสำหรับนักลงทุนนำไปปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจที่ดีและมีความรับผิดชอบกล่าวตรงกันว่า เอกชนต้องไม่กระทำการตัดสินใจบนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁹⁶ และถือเป็นหน้าที่ส่วนหนึ่งของนักลงทุน ซึ่งมีหน้าที่ต้องหลีกเลี่ยงจากการกระทำที่ไร้ซึ่งสามัญสำนึกหรือศีลธรรม

⁹⁶ จากตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพัน์ต่างๆที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ (1) มติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 3514 เรื่อง มาตรการเพื่อการต่อต้านพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติ บริษัทเอกชน ตัวแทน และบุคคลที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 1975 (2) มติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 3514 เรื่อง มาตรการเพื่อการต่อต้านพฤติกรรมกรรมการทุจริตของบริษัทข้ามชาติ บริษัทเอกชน ตัวแทน และบุคคลที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 1975 (3) ข้อตกลงนานาชาติขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1999 (4) แนวปฏิบัติองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจสำหรับบริษัทข้ามชาติ ค.ศ. 2011 และ 5. หลักปฏิบัติหอการค้านานาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2011

(Duty to refrain from unconscionable conduct) กล่าวคือ ตามแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับการดำเนินกิจกรรมการลงทุน นักลงทุนต้องหลีกเลี่ยงจากการกระทำที่ไร้ซึ่งสามัญสำนึกหรือศีลธรรมดังเช่นการทุจริต ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่จะตามมาจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งน่าจะร้ายแรงจนกระทั่งอาจทำให้นักลงทุนไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน สังเกตได้ว่า สำหรับกรณีที่นักลงทุนมีพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรงที่สังคมโลกเห็นควรว่าต้องได้รับการปราบปราม การกระทำเช่นนั้นตามแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงแนวความเห็นของนักวิชาการพฤติกรรมในลักษณะเช่นว่า แม้ว่าจะผ่านเข้ามาในขั้นการเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดีย่อมทำให้นักลงทุนผู้กระทำการทุจริตจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

เนื่องจากแนวคำแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศที่กล่าวถึงประเด็นเรื่องการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาปรับกับมาตรฐานการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่มีปรากฏ ฉะนั้นผู้วิจัยจึงยังได้หยิบยกข้อเท็จจริงจากคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้นำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาเข้ามาวิเคราะห์ในส่วนนี้แทน กล่าวคือ หากพบกรณีพฤติกรรมการทุจริตในคดีระหว่างบริษัท Wena กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์⁹⁷ จากที่กล่าวไปในส่วนที่แล้วว่า ในคดีนี้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือและรัฐบาลสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ ฐานอันเป็นที่มาแห่งสิทธิในการฟ้องร้องในคดีไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่อาจเป็นช่องทางให้คณะอนุญาโตตุลาการนำเอาพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้าไปพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้าไปพิจารณาในฐานทางกฎหมายดังกล่าว ประกอบกับในขั้นการพิจารณาการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการมิได้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้สมควรที่จะรับไว้พิจารณาหรือไม่ ประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนอาจเข้ามาสู่ขั้นตอนการพิจารณาในส่วนการเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี

ในคดีนี้ฝ่ายนักลงทุน (บริษัท Wena) อ้างว่า ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ละเมิดพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือและรัฐบาลสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ ค.ศ 1975 (ความตกลง) ด้วยการเวนคืนกิจการ

⁹⁷ Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000)

ของนักลงทุนโดยมิชอบ นอกจากนี้ ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการให้ความคุ้มครองอย่างเต็มที่แก่นักลงทุน⁹⁸ ซึ่งฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ยกข้อต่อสู้เพื่อโต้แย้งคำฟ้องของฝ่ายนักลงทุนว่า บริษัท Wena กระทำการทุจริตโดยการใช้อิทธิพลเพื่อโน้มน้าวประธานกรรมการของรัฐวิสาหกิจ EHC คือ นาย Kandil เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการเช่าและการพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo จึงทำให้ฝ่ายบริษัท Wena ไม่สามารถเรียกร้องค่าชดเชยจากความเสียหายใดๆ ตามความตกลง เพราะนักลงทุนได้สัญญาเช่าและพัฒนาโดยไม่ชอบ⁹⁹

จากข้อเท็จจริงเรื่องพฤติกรรมการทุจริต ด้วยการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจของนักลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน ซึ่งถือเป็นพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ทั่วโลกเห็นตรงกันว่าควรต้องได้รับการปราบปราม และขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศอียิปต์ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า รัฐผู้รับการลงทุนทราบถึงพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าว แต่กลับไม่ดำเนินการทางกฎหมายใดๆ ซึ่งถือได้ว่ารัฐมีส่วนผิดอยู่ด้วยเช่นกัน ฉะนั้น หากข้อเท็จจริงเช่นนี้ผ่านเข้ามาในชั้นการเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยการอาศัยการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เพื่อพิจารณาว่า นักลงทุนประพฤติตนเหมาะสมและสมควรได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ เพราะตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม นักลงทุนย่อมมีหน้าที่ต้องหลีกเลี่ยงจากการกระทำความผิดที่ร้ายซึ่งสามัญสำนึกหรือศีลธรรม เช่น การไม่ประพฤติทุจริต เป็นต้น ฉะนั้น เมื่อพบว่านักลงทุน (บริษัท Wena) กระทำการทุจริต นักลงทุนจึงไม่สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลง นอกจากนี้ ตามแนวทางการตีความหลักมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมของคณะอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน ฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนต้องประพฤติโดยสุจริตด้วย¹⁰⁰ ฉะนั้น ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการควรปฏิเสธความคุ้มครองแก่นักลงทุนภายใต้ความตกลง และกำหนดบทลงโทษแก่รัฐที่เป็นฝ่ายผิดด้วย

⁹⁸ Ibid., paras. 1, 80

⁹⁹ Ibid., para. 76.

¹⁰⁰ Florian Haugeneder and Christoph Liebscher, "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards of Proof," *Austrian Arbitration Yearbook* (2009), p. 559.

4.2.4 การกำหนดค่าเสียหาย

การศึกษาในประเด็นเรื่องการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายของคณะอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยได้พบถึงความเป็นไปได้ในการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา อย่างไรก็ตาม จากกรอบทางกฎหมายที่ได้วิเคราะห์ไปในบทที่ 3 พบว่า พฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนซึ่งสามารถนำเข้ามาพิจารณาในชั้นการกำหนดค่าเสียหาย อาจเป็นพฤติกรรมที่มีได้ชัดกฎหมายอย่างชัดเจน แต่อาจเป็นกรณีที่นักลงทุนขาดซึ่งความระมัดระวังขาดในการเข้าไปลงทุนในประเทศอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความประมาทในการลงทุนจนกระทั่งทำให้ตนได้รับความเสียหายและควรมีส่วนต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้น จึงทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า ความเป็นไปได้ในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในฐานทางกฎหมาย ฐานการกำหนดค่าเสียหายนี้ ประกอบกับในกรณีเป็นที่ปรากฏชัดว่า การลงทุนของนักลงทุนได้มาโดยการทุจริต กล่าวคือ พฤติกรรมในลักษณะที่ร้ายแรงและสังคมโลกส่วนใหญ่เห็นควรว่าต้องปราบปราม หากพบว่ามีกรกระทำในลักษณะเช่นนั้น นักลงทุนอาจถูกตัดสิทธิไม่ให้ได้รับการคุ้มครอง (investor is deprived of protection) ตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ตั้งแต่ในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจ การรับข้อพิพาทเข้ามาพิจารณา หรือการเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดีแล้ว นอกจากนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการกำหนดค่าเสียหายอาจเป็นการไม่เหมาะสม เพราะการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นนี้ย่อมมีผลเท่ากับว่า รัฐผู้รับการลงทุนยังคงกระทำผิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอยู่นั่นเอง เนื่องจากความเป็นไปได้ในการนำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาเป็นไปได้อย่างต่ำ จึงทำให้ในส่วนนี้ไม่มีแนวคำแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อกกับการทุจริตของนักลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศที่กล่าวถึงประเด็นเรื่องการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการกำหนดค่าเสียหาย

สรุป

จากการศึกษาในบทนี้แสดงให้เห็นว่า ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการมีท่าทียอมรับที่จะนำประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา เว้นแต่ ในกรณีที่ฝ่ายคู่พิพาทที่ถอนข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตออกจากกระบวนการพิจารณา หรือตกลงระงับข้อพิพาทได้โดยวิธีอื่นจึงทำให้

คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีโอกาสพิจารณาประเด็นเรื่องการทุจริต อีกทั้งปัญหาเกี่ยวกับเรื่องพยานหลักฐานและมาตรฐานการพิสูจน์ ประเด็นเรื่องการทุจริต ซึ่งเป็นประเด็นการทุจริตจะเป็นพฤติกรรมที่พิสูจน์ได้ยากโดยสภาพ ประกอบกับมาตรฐานการพิสูจน์ในประเด็นการทุจริตของคณะอนุญาโตตุลาการที่ยังไม่ชัดเจน จึงทำให้ในบางกรณีคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่ได้มีโอกาสนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา นอกจากนี้ ในการศึกษาแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในที่คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการทุจริตเข้ามาพิจารณาและวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของฐานทางกฎหมายทั้ง 4 ฐาน ผู้วิจัยพบว่า (1) การพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเขตอำนาจ โดยอาศัยข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่กระทำการทุจริตและไม่สอดคล้องต่อกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ กรณีที่ถ้อยคำในความตกลงเปิดกว้างมิได้กำหนดว่าต้องนำสอดคล้องต่อกฎหมายใดเป็นพิเศษ ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการมักจะนำกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติเข้ามาพิจารณาถึงความสอดคล้องของพฤติกรรมต่อกฎหมายและหลักดังกล่าว เพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนการปฏิเสธเขตอำนาจและไม่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่กระทำการทุจริตในลักษณะที่ขัดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเขตอำนาจมีข้อจำกัดคือ หากกรณีความตกลงไม่ปรากฏข้อกำหนดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (2) การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา ในกรณีพบกับข้อจำกัดของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลยพินิจในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยหลักมาศาลด้วยมือสะอาด ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนำมาเข้ามาเป็นหลักในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม การนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเพื่อปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการต้องกระทำโดยระมัดระวัง และควรปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาเฉพาะกรณีที่พบว่า พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรง ขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติ ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมโลกเห็นควรต้องปราบปราม เพื่อระวังมิให้กระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอยู่ และเพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ฉะนั้น พฤติกรรมการทุจริตที่แต่ละประเทศยังเห็นต่างกันว่าสมควรที่จะปราบปรามหรือไม่ จึงไม่สามารถนำมาเข้าเป็นเหตุในการโต้แย้งเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ (3) การเลือกกฎหมายและการ

ปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า พฤติกรรมการทุจริตที่จะสามารถผ่านเข้ามาในชั้นพิจารณาการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดีอาจเป็นเพียงพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะไม่ร้ายแรงมากนักเท่านั้นและเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาทั้งพฤติกรรมของนักลงทุนและรัฐ ทั้งนี้ เพื่อสร้างสมดุลในการให้ความคุ้มครองแก่ทั้งนักลงทุนและรัฐได้ แต่หากเป็นพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรงการนำเข้ามาพิจารณาปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี คณะอนุญาโตตุลาการควรจะปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่พฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรงเช่นว่า โดยการนำมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม และ (4) การกำหนดค่าเสียหาย ผู้วิจัยเห็นว่า การนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายเรื่องการกำหนดค่าเสียหายอาจเป็นการไม่เหมาะสม โดยเฉพาะพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรง เพราะการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นนี้ย่อมมีผลเท่ากับว่า รัฐผู้รับการลงทุนยังคงกระทำผิดพันกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอยู่นั่นเอง

นอกจากนี้ จากการศึกษาดังกล่าวมีข้อสังเกตที่น่าสนใจดังนี้ *ประการที่หนึ่ง* ลักษณะการทุจริตของนักลงทุนที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะไม่ให้ความคุ้มครอง คือ (1) การทุจริตในลักษณะสังคมโลกเห็นตรงกันว่าควรต้องได้รับการปราบปราม ซึ่งสะท้อนออกมาจากตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งหากตราสารดังกล่าวได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศแล้วก็อาจมีสถานะเป็นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติ และ (2) พฤติกรรมการทุจริตที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน *ประการที่สอง* จากแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการแสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่รัฐมีส่วนในการผิดกระทำผิดอาจด้วยเหตุที่รัฐถึงพฤติกรรมการทุจริตดังกล่าว แต่รัฐกลับเพิกเฉยไม่ดำเนินการปราบปรามพฤติกรรมอันถือเป็นความผิดนั้น แต่กลับนำข้อเท็จจริงดังกล่าวนำมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อเป็นประโยชน์ในการดำเนินคดีแก่ฝ่ายตน ในลักษณะที่รัฐมีส่วนผิดอยู่ด้วยนี้ แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะได้พิจารณาลงโทษนักลงทุนผู้กระทำการทุจริต แต่ในขณะเดียวกันก็ได้กำหนดบทลงโทษแก่รัฐ เพื่อเป็นการให้บทเรียนแก่รัฐด้วยการกำหนดให้ออกใช้ค่าดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยครั้งหนึ่ง การศึกษาในบทนี้ทำให้ผู้วิจัยพบว่า ปัจจัยที่ทำให้เกิดข้อจำกัดในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่องการทุจริต ซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่จะได้กล่าวในบทถัดไป

ตารางที่ 3 ตารางสรุปแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณาและนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณา

ลำดับ	ชื่อคดี	พฤติกรรมของนักลงทุน	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณา			
1.	คดีระหว่างบริษัท Azpetrol กับสาธารณรัฐอาเซอร์ไบจาน ¹⁰¹	การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ	แม้ว่าในคดีนี้จะปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนถึงพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุน ในคำเบิกความของผู้บริหารของบริษัท Azpetrol ที่ยอมรับว่าเขาได้ทำการตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ของประเทศ-เซอร์ไบจาน เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงเรื่องการทุจริตดังกล่าว ทนายของฝั่งนักลงทุนได้ยื่นข้อเสนอต่อรัฐบาลอาเซอร์ไบจาน เพื่อขอให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่น และนำมาสู่การขอถอนฟ้องในคดี ด้วยเหตุผลว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายสามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้แล้ว
2.	คดีระหว่างบริษัท Wena กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ ¹⁰²	การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน	ในคดีนี้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ต่อสู้ว่า ฝ่ายนักลงทุนกระทำการทุจริตโดยการใช้อิทธิพลเพื่อโน้มน้าวประธานกรรมการของรัฐวิสาหกิจ รัฐวิสาหกิจ EHC เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการเช่าและการพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo รวมถึงชี้ให้เห็นถึงพฤติกรรมที่น่าสงสัยและส่อไปในทางทุจริตของนักลงทุนหลายประการ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์เพิ่มเติม และหักล้างหลักฐานของฝ่ายนักลงทุนที่อ้างว่า สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปเพื่อช่วย

¹⁰¹ Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15, Award (8 September 2009)

¹⁰² Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000)

ลำดับ	ชื่อคดี	พฤติกรรมของ นักลงทุน	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณา			
			สร้างโอกาสในการเข้าไปพัฒนาในเมืองอื่น และไม่เกี่ยวกับการสัญญาเช่าและการพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเช่าและการพัฒนาโรงแรมในเมือง Luxor และเมือง Cairo ประกอบกับประเทศอียิปต์ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าประเทศอียิปต์ได้ดำเนินการทางกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่รัฐของตนในกรณีเรื่องสัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาดังกล่าว จากเหตุผลข้างต้นจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยที่จะตัดสินให้ฝ่ายรัฐบาลอียิปต์พ้นจากความรับผิด ด้วยการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามากล่าวอ้าง
กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณา			
3.	คดีระหว่าง Metal-Tech กับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน ¹⁰³	การตัดสินบนแก่นักลงทุนผู้ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐ	รัฐบาลอุซเบกิสถานยกข้อต่อสู้เพื่อโต้แย้งเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่าบริษัท Metal-Tech เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับ การทุจริตซึ่งขัดต่อเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของความตกลง โดยพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนปรากฏดังนี้ นักลงทุนจ่ายค่าจ้างจำนวนมหาศาลเพื่อการว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งนักลงทุนไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าบริษัทที่ปรึกษาเหล่านั้นได้ดำเนินกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายใดเป็นการตอบแทนแก่นักลงทุนหรือไม่ รวมไปถึงการว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งขาดคุณสมบัติ ประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในสาขาธุรกิจ อีกทั้งที่ปรึกษายังเป็นบุคคลที่ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ในการ-

¹⁰³ Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013)

ลำดับ	ชื่อคดี	พฤติกรรมของ นักลงทุน	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนมาพิจารณา			
			ดูแลเรื่องการลงทุนโดยตรง จากพฤติกรรมดังกล่าวทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อว่านักลงทุนกระทำการทุจริตจริง ฉะนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมขัดต่อเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในความตกลง และกระทบต่อเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปผลการวิจัย

แม้ว่าการทุจริตถือเป็นการกระทำที่ได้รับการประณามในระดับระหว่างประเทศ แต่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนกลับมีคำตัดสินในประเด็นเรื่องการทุจริตยังไม่มี ความชัดเจน อันนำไปสู่ความไม่แน่นอนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและนักลงทุน ส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากลักษณะของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนเป็นสำคัญ ประกอบกับแนวคิดมาแต่เดิมว่า กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนและเป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาข้อยุติเฉพาะกรณี จึงนำมาสู่ปัญหาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาข้ออ้างของรัฐเกี่ยวกับเรื่องการทุจริตของนักลงทุนหรือไม่ หากมีบทบาทหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาแล้วจะพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายใด และผลของการพิจารณาควรเป็นอย่างไร จากปัญหาดังกล่าวนำมาสู่การศึกษาเพื่อพิจารณาแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาชี้ให้เห็นว่า ปัจจุบันการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศมีสถานะเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เนื่องจากการได้รับการยอมรับและฉันทามติจากนานาชาติ ซึ่งฉันทามติดังกล่าวได้สะท้อนออกมาจากการให้การยอมรับและเข้าร่วมเป็นภาคีในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตต่างๆ ของรัฐ โดยตราสารที่ได้รับฉันทามติอย่างเป็นสากล และได้สะท้อนเจตนารมณ์ร่วมกันว่าของสังคมระหว่างประเทศว่า การปราบปรามการทุจริตควรได้รับการปราบปราม คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 มีรัฐภาคีทั้งสิ้น 116 ประเทศจากทุกภูมิภาคทั่วโลก ฉะนั้น ในฐานะนโยบายสาธารณะข้ามชาติการปราบปรามการทุจริตจึงเปรียบเสมือนมาตรฐานระหว่างประเทศและบรรทัดฐานการปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ และสามารถนำไปใช้บังคับอย่างเป็นสากลและเป็นข้อจำกัดในความสัมพันธ์ทางมหาชนและเอกชนในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศหรือควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยประเภทและลักษณะของการทุจริตระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการทุจริตระหว่างนักลงทุนและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศที่ประเทศส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าควรได้รับการปราบปราม คือ (1) การตัดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ซึ่งธุรกิจหรือประโยชน์อื่นใดอันมิควรได้เกี่ยวกับการ

ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ และ (2) การเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งถือว่าตรงกับลักษณะของพฤติกรรมการทุจริตที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน แม้จะยังไม่ครอบคลุมทั้งหมดก็ตาม จากความพยายามดังกล่าวของสังคมโลกในการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ ตลอดจนสถานะของการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศในปัจจุบัน ซึ่งคงไม่มีใครโต้แย้งแล้วในปัจจุบันการปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศได้กลายมาเป็นนโยบายสาธารณะข้ามชาติ เปรียบเสมือนมาตรฐานสากลและบรรทัดฐานที่ได้รับการยอมรับและจะต้องนำไปใช้บังคับในทุกเวที ซึ่งน่ามีนัยสำคัญต่อการพิจารณาประเด็นข้อต่อสู่เรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ต่อมาผู้วิจัยได้ศึกษาบทบาทหน้าที่และอำนาจของอนุญาโตตุลาการต่อการนำข้ออ้างของรัฐเกี่ยวกับเรื่องการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา รวมไปถึงเพื่อตอบปัญหาที่ทิ้งท้ายไปในบทที่แล้วว่า การปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศในฐานะนโยบายสาธารณะข้ามชาติจะส่งผลอย่างไรต่อการพิจารณาประเด็นข้อต่อสู่เรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาอย่างไร โดยผลการศึกษาปรากฏดังนี้

ในลำดับแรกผู้วิจัยศึกษาว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนและการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดหรือแย้งกันหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาในการอนุญาโตตุลาการ จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนและการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดหรือแย้งกัน ทั้งยังมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกันอย่างน้อยสองประการ ได้แก่ การส่งเสริมหลักนิติรัฐในบริบทของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นในรัฐผู้รับการลงทุน และการพัฒนารัฐผู้รับการลงทุน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนและการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศจะสอดคล้องกัน แต่ด้วยลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเป็นการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน อาจไม่เหมาะสมกับข้อพิพาทเรื่องการลงทุนที่มีลักษณะกึ่งมหาชน และประเด็นข้อพิพาทมักจะเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ อาทิ ประเด็นเรื่องการทุจริตจึงทำให้มีความเห็นว่าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการไม่น่าจะเหมาะสมที่จะนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา เพราะอาจถูกใช้เป็นโล่กำบังพฤติกรรมที่ไม่ดีของนักลงทุนออกจากสายตาของสาธารณะ เนื่องจากลักษณะการดำเนินกระบวนการแบบเอกชนที่ดำเนินกระบวนการแบบปิด จากข้อวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวจึงนำมาสู่การพยายามปรับปรุงลักษณะของการอนุญาโตตุลาการเรื่องการ

ลงทุนให้มีความโปร่งใสและเข้าถึงได้ เนื่องจากคำนึงถึงลักษณะข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนที่มักเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ และได้ทราบถึงพฤติกรรมการทุจริตที่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากนี้วัตถุประสงค์และลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่มีส่วนช่วยส่งเสริมต่อการนำประเด็นเรื่องการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา จากการศึกษายังพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนมีหน้าที่ในการนำประเด็นเรื่องการทุจริตมาพิจารณา ได้แก่ หน้าที่ทางจริยธรรม หน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพ และหน้าที่ในการทำคำชี้ขาดให้บังคับได้ เพื่อให้การคุ้มครองนโยบายสาธารณะว่าด้วยการปราบปรามการทุจริต ซึ่งถือเป็นหลักที่สังคมนานาชาติเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำอันเป็นการขัดแย้งได้

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายต่างๆ ได้แก่ (1) เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (2) การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (3) การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี (4) การกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในแต่ละฐานทางกฎหมายมีความเป็นไปได้ในการนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้ในทุกฐานทางกฎหมายที่ได้ทำการศึกษา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้ กล่าวอธิบายรายละเอียดได้ดังนี้

(1) เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) ในกรณีที่มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีบทบัญญัติที่ระบุถึงข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความยินยอมของรัฐที่จำกัดเฉพาะข้อพิพาทที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงจะสามารถร้องขอให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ ดังนั้น ในการพิจารณาเขตอำนาจ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาได้ โดยอาศัยข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

(2) การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ในกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในขั้นการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา เพื่อพิจารณาถึงข้อบกพร่องไม่เหมาะสมที่จะนำเข้ามาพิจารณา โดยอาศัยหลักมาศาลด้วยมือสะอาด ประกอบกับนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือนโยบายสาธารณะข้ามชาติมาเป็นเหตุผลสนับสนุนในการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน หากสิทธิดังกล่าวได้มาหรือคงไว้โดยการกระทำที่มีขอบ

(3) การพิจารณาข้อพิพาทในชั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย (application of law) กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายได้โดยนำเข้ามาผ่านการตีความและใช้บังคับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

(4) การกำหนดค่าเสียหาย (damages) คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในชั้นการพิจารณาค่าเสียหายได้ กรณีเห็นว่านักลงทุนมีส่วนผิดและก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

หลังจากที่ได้ทำการศึกษารอบในการกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาแล้ว ต่อมาผู้วิจัยจึงนำแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนในคดีที่มีประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณาทั้งในกรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา และกรณีคณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา ในส่วนแรกจากการศึกษาแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนในคดีที่มีประเด็นเรื่องการทุจริตกรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่นำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาพบว่า ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการมีท่าทียอมรับที่จะนำประเด็นเรื่องพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา แต่จากการศึกษาพบกับอุปสรรค 2 ประการที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถนำประเด็นการทุจริตเข้ามาพิจารณา (1) เหตุจากฝ่ายคู่พิพาทตัดสินใจถอนข้อต่อสู้เรื่องการทุจริตออกจากกระบวนการพิจารณา หรือตกลงระงับข้อพิพาทได้โดยวิธีอื่น ตัวอย่างเช่นใน *คดีระหว่างบริษัท Azpetrol กับสาธารณรัฐอาเซอร์ไบจาน* เป็นต้น และ (2) เหตุจากพยานหลักฐานและมาตรฐานการพิสูจน์ประเด็นเรื่องการทุจริต เนื่องมาจากลักษณะของพฤติกรรมการทุจริตที่พิสูจน์ได้ยากจึงทำให้พยานหลักฐานมีน้อย ประกอบกับมาตรฐานการพิสูจน์ในประเด็นการทุจริตของคณะอนุญาโตตุลาการที่ยังไม่ชัดเจน จึงส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีโอกาสนำประเด็นเรื่องการทุจริตเข้ามาพิจารณา เช่น *คดีระหว่างบริษัท Wena กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์* เป็นต้น

ต่อมาจึงนำแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนในคดีที่มีประเด็นเรื่องการทุจริตกรณีคณะอนุญาโตตุลาการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเข้ามาพิจารณาโดย

อาศัยฐานทางกฎหมายทั้ง 4 ฐานที่ได้ทำการศึกษาไปไว้ พร้อมกับวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของฐานทางกฎหมายแต่ละฐานประกอบด้วย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จากการศึกษาวิเคราะห์ระหว่าง *Metal-Tech กับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน* พบว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเขตอำนาจ โดยอาศัยข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่กระทำการทุจริตและไม่สอดคล้องต่อกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนี้แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธเขตอำนาจด้วยเหตุว่า นักลงทุนมีพฤติกรรมการทุจริต แต่หากกรณีพบว่ารัฐมีส่วนผิดอยู่ด้วย คณะอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดบทลงโทษแก่รัฐได้เช่นกัน ด้วยการกำหนดให้รัฐต้องออกค่าดำเนินการพิจารณาด้วยครั้งหนึ่ง แม้ว่ารัฐจะเป็นฝ่ายชนะคดีก็ตาม ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าฐานทางกฎหมายฐานนี้มีความเหมาะสมที่จะนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา เพราะกรณีที่เป็นการทุจริตที่ควรได้รับการปราบปรามคณะอนุญาโตตุลาการสามารถปฏิเสธตั้งแต่ในขั้นต้นของการพิจารณา เพื่อเป็นการส่งเสริมการปราบปรามการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรงอย่างจริงจังและเด็ดขาดตั้งแต่ในเบื้องต้น อีกทั้งเป็นการจำกัดสิทธิในการนำพฤติกรรมการทุจริตขึ้นมากล่าวอ้าง จำกัดเฉพาะพฤติกรรมการทุจริตที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น ฉะนั้น เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าหากกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้กำหนดให้พฤติกรรมการทุจริตดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย รัฐผู้รับการลงทุนก็ไม่อาจนำพฤติกรรมการทุจริตที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของรัฐขึ้นมากล่าวอ้างปฏิเสธความรับผิดโดยสิ้นเชิงในขั้นนี้ได้ ตลอดจนอาจเป็นช่องทางในเร่งให้รัฐรีบดำเนินการกำหนดให้พฤติกรรมการทุจริตเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและส่งเสริมให้เกิดการปราบปรามการทุจริตได้ในอีกทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาเขตอำนาจพบกับข้อจำกัดกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย

(2) การรับข้อพิพาทไว้พิจารณา ในกรณีพบกับข้อจำกัดของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย หรือกฎหมายภายในของรัฐมิได้กำหนดให้พฤติกรรมการทุจริตเป็นความผิดตามกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลยพินิจในการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยหลักมาศาลด้วยมือสะอาด ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนำมาเข้ามาเป็นหลักในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม การนำพฤติกรรมการทุจริตของนัก

ลงทุนเข้ามาพิจารณาเพื่อปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการต้องกระทำโดยระมัดระวัง และควรปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาเฉพาะกรณีพบว่า พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรง ขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศและนโยบายสาธารณะข้ามชาติ ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมโลกเห็นควรต้องปราบปราม เพื่อระวังมิให้กระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอยู่ และเพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ฉะนั้น พฤติกรรมการทุจริตที่แต่ละประเทศยังเห็นต่างกันว่าสมควรที่จะปราบปรามหรือไม่ จึงไม่สามารถนำเข้ามาเป็นเหตุในการโต้แย้งเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้

(3) การเลือกกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ปรากฏข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย และคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาข้อบกพร่องของข้อพิพาทในชั้นการรับพิจารณาคดีก็มีโอกาสที่พฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนอาจเข้ามาในชั้น การเลือกกฎหมาย และการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของคดีได้ ซึ่งในชั้นนี้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณา โดยอาศัยการตีความมาตรฐานการประติบัติอย่าง เป็นธรรมและเท่าเทียม ทั้งนี้ หากพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะร้ายแรง คณะอนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน แต่หากพฤติกรรมการทุจริตใน ลักษณะไม่ร้ายแรงมากนัก คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่ได้ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนโดย สิ้นเชิง และสามารถนำพฤติกรรมของนักลงทุนและรัฐ ทั้งนี้ เพื่อสร้างสมดุลในการให้ความคุ้มครองแก่ ทั้งนักลงทุนและรัฐได้

(4) การกำหนดค่าเสียหาย ผู้วิจัยเห็นว่า การนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายเรื่องการกำหนดค่าเสียหายอาจเป็นการไม่เหมาะสม โดยเฉพาะ พฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรง ดังนั้น การนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามา พิจารณาในชั้นนี้อาจเป็นเฉพาะในกรณีพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนไม่ได้มีลักษณะร้ายแรง หรือ กรณีรัฐมีส่วนผิดอยู่ด้วย เนื่องจากการนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาในชั้นนี้ย่อม มีผลเท่ากับว่า รัฐผู้รับการลงทุนยังคงกระทำผิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการ ลงทุน จึงทำให้การนำพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะที่ร้ายแรงเข้ามาในชั้นนี้จึงไม่เหมาะสม

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ข้อเสนอแนะในเชิงนโยบายต่อภาครัฐในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

1. จากการศึกษาชี้ให้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตเข้าพิจารณาโดยอาศัย (1) ข้อกำหนดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมักจะถูกระบุไว้ใน ก. บทบัญญัติเรื่องความหมายของการลงทุน (definition of investment) หรือ ข. บทบัญญัติเรื่องการส่งเสริมการลงทุน การให้สิทธิในการเข้ามาลงทุน และการคุ้มครองการลงทุน (promotion, admission and protection) และ (2) บทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ดังนั้น ในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน จะต้องจัดให้มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว เพื่อกำหนดเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนให้ชัดเจน ทั้งยังจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐ เพื่อให้รัฐสามารถใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติเหล่านั้น และหยิบยกเป็นข้อกล่าวอ้างในการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในกรณีที่นักลงทุนมีพฤติกรรมการทุจริต

เมื่อวิเคราะห์ความตกลงต้นแบบว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลของรัฐอื่น พ.ศ. 2556¹ (ความตกลงต้นแบบ) พบว่า

1.1 ความตกลงต้นแบบของประเทศไทยระบุให้มีข้อกำหนดความชอบด้วยกฎหมายไว้ในข้อ 1 เรื่องความหมายของการลงทุนภายใต้ส่วนที่ 1 เรื่องความหมายและขอบเขตในการใช้บังคับ (Definitions and Scope of Application) และข้อ 3 (1) เรื่องการส่งเสริมการลงทุน (Promotion of Investment) ในส่วนที่ 2 เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติและการส่งเสริมการลงทุน (Treatment and Protection of Investment) โดยข้อ 1 และข้อ 3 (1) ของความตกลงต้นแบบมีรายละเอียดดังนี้

ข้อ 1 ความหมาย

ความหมายของคำว่า “การลงทุน” หมายถึง ทรัพย์สินทุกชนิดที่นักลงทุนของรัฐ ภาคนำมาลงทุนในเขตแดนของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงทุน...ที่ สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับ...²

¹ Ministry of Foreign Affairs, Model Agreement of the Kingdom of Thailand and the Government of [] for the Promotion and Protection of Investments (2013)

ข้อ 3 การส่งเสริมการลงทุน

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องส่งเสริมและจัดให้มีสภาพที่เอื้อต่อการลงทุนของนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งที่ได้เข้าไปลงทุนในเขตแดนของรัฐภาคี และยอมรับว่าการลงทุนนั้นสอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับ³

จากความตกลงต้นแบบจะเห็นได้ว่า ความตกลงต้นแบบได้ระบุข้อกำหนดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายไว้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ในส่วนของข้อ 1 เรื่องการกำหนดความหมายของการลงทุน มีการกำหนดเงื่อนไขของการลงทุนที่ต้องมีลักษณะชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจน แต่ในข้อ 3 อาจต้องปรับถ้อยคำให้ชัดเจนโดยการระบุว่า รัฐจะส่งเสริมเฉพาะการลงทุนที่ปฏิบัติสอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับ แทนการกำหนดในลักษณะเช่นว่าซึ่งอาจเสี่ยงต่อการตีความ และการบัญญัติให้ชัดเจนอาจเป็นประโยชน์ต่อรัฐมากกว่า

1.2 นอกจากนี้ ความตกลงต้นแบบของประเทศไทยได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ในข้อ 5⁴ เรื่องการปฏิบัติต่อการลงทุน ของความตกลงต้นแบบ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยอาศัยการตีความบทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ฉะนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า รัฐอาจร่างถ้อยคำในบทบัญญัติให้มีความชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการที่จะต้องตีความ โดยการกำหนดเงื่อนไขว่า การนำบทบัญญัติเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมมาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนจะต้องนำพฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในถ้อยคำและไม่ต้องอาศัยการตีความ

² “Article 1 (1) The term of “investment” shall mean every kind of asset invested by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party that has the Characteristics of an investment, ..., in accordance with the laws and regulation ...”

³ “Article 3 (1) Each Contracting Party shall encourage and create favorable conditions in its territory for investments of the investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its laws and regulations.” Ibid.

⁴ “Article 5 Treatment of Investment, Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party.”

บทบัญญัติเพื่อที่จะนำพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายรัฐในการยกข้อต่อสู้ประเด็นเรื่องการทุจริต

ดังนั้น ในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนปัจจุบันที่รัฐจะต้องคำนึงถึง คือ การกำหนดให้มีข้อกำหนดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายในบทบัญญัติเรื่องความหมายของการลงทุน หรือบทบัญญัติเรื่องการส่งเสริมการลงทุน การให้สิทธิในการเข้ามาลงทุน และการคุ้มครองการลงทุน และปรับปรุงถ้อยคำในข้อบทดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ตลอดจนการกำหนดให้มีบทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ทั้งนี้ เพื่อกำหนดเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนให้ชัดเจน

2. ในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รัฐอาจพิจารณานำเอาต้นแบบความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน ฉบับปี ค.ศ. 2006⁵ (ความตกลงต้นแบบเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน) ที่จัดทำโดยสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (International Institute for Sustainable Development (IISD)) ถือเป็นความพยายามในการสร้างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต้นแบบ เพื่อแก้ไขปัญหาลักษณะของการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่กำหนดเฉพาะสิทธิของนักลงทุน และหน้าที่แก่ฝ่ายรัฐ ซึ่งจากประสบการณ์จากปัญหาที่เกิดขึ้นในข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศทำให้เห็นข้อบกพร่องของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่กำหนดในลักษณะที่แคบเกินไป⁶ โดยตามแนวคิดของสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนเห็นว่า การจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่ชัดเจนระหว่างการลงทุนและการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้น ต้องเริ่มต้นจากการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐและนักลงทุนให้ชัดเจน โดยมีได้กำหนดเฉพาะสิทธิของนักลงทุนและหน้าที่แก่ฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองนักลงทุนและสิทธิของรัฐในการจัดการกิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศตน ซึ่งในความตกลงต้นแบบเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนได้กล่าวถึงสิทธิดังกล่าวของรัฐไว้ด้วย⁷

⁵ International Institute for Sustainable Development (IISD), “IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development 2006” [Online], 27 July 2015. Available from: https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook.pdf

⁶ International Institute for Sustainable Development (IISD), “IISD Model International Agreement on Investment” [Online], 27 July 2015. Available from: <https://www.iisd.org/investment/capacity/model.aspx>

⁷ Article 25: Inherent rights of states, Part 5 : Host State Rights of IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development 2006

ความตกลงต้นแบบเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนกำหนด หน้าที่และสิทธิของนักลงทุน รัฐผู้รับการลงทุน และรัฐผู้ส่งออกการลงทุนไว้อย่างครบถ้วน นอกจากนั้น ในฉบับปี ค.ศ. 2006 เป็นฉบับที่สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนได้ทำการปรับปรุง เพื่อเพิ่มข้อบทว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยระบุไว้ในข้อ 13⁸ ในส่วนที่ 3 เรื่องพันธกรณีและหน้าที่ของนักลงทุน หน้าที่ของนักลงทุนทั้งก่อนและหลังการจัดตั้งการลงทุนด้วยการห้ามมิให้กระทำพฤติกรรมการทุจริต ซึ่งรายละเอียดของประเภทและลักษณะของพฤติกรรมนั้น ครอบคลุมถึงเฉพาะการทุจริตประเภทการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้รับการลงทุน และมีมูลเหตุจูงใจเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ใดๆ อันเกี่ยวกับการลงทุน นอกจากนั้น ข้อ 22⁹ และข้อ 32¹⁰ ซึ่งเป็นข้อกำหนดว่าด้วยการปราบปรามการทุจริตสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ส่งออกการลงทุนตามลำดับ ซึ่งสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนได้กล่าวไว้ว่า เจตนารมณ์ของการกำหนดให้มีข้อบทว่าด้วยการปราบปรามการทุจริต เพื่อเน้นว่าการทุจริตเป็นพฤติกรรมที่ยอมรับไม่ได้ในการลงทุนระหว่างประเทศ¹¹

จากบทบัญญัติและแนวคิดในการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของรัฐและนักลงทุนที่ปรากฏในความตกลงต้นแบบเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน ผู้วิจัยเห็นว่า รัฐอาจนำความตกลงต้นแบบเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนเข้ามาพิจารณาเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาความตกลงต้นแบบของประเทศไทย เพื่อสร้างแนวทางสำหรับการเจรจาความตกลงในอนาคตให้มีการสร้างสมดุลระหว่างรัฐและนักลงทุนที่ชัดเจน

⁸ Article 13: Anti-corruption, Part 3: Obligations and Duties of Investors and Investment of IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development 2006,

“(A) Investors and their investments shall not, prior to the establishment of an investment or afterwards, offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a public official of the host state, or a member of an official’s family or business associate or other person in close proximity to an official, for that official or for a third party, in order that the official or third party act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to achieve any favour in relation to a proposed investment or any licences, permits, contracts or other rights in relation to an investment.

(B) Investors and their investments shall not be complicit in any act described in Paragraph (A), including incitement, aiding and abetting, and conspiracy to commit or authorization of such acts.”

⁹ Article 22: Anti-corruption, Part 4: Host State Obligations of IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development 2006

¹⁰ Article 32: Anti-corruption, Part 6: Home State Rights and Obligations of IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development 2006

¹¹ International Institute for Sustainable Development (IISD), “IISD Model International Agreement on Investment,” p. 25.

โดยการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันให้ชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนที่แน่นอน อีกทั้งก่อให้เกิดการส่งเสริมการลงทุนและการพัฒนาที่ยั่งยืนให้เกิดขึ้น

5.2.2 ข้อเสนอแนะต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการและองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ

2.1 จากการศึกษาพบว่า เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดรูปแบบหรือมาตรฐานของหน้าที่ทางจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจน มีเพียงแต่แนวคิดในการจัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการซึ่งยังไม่ประสบผลสำเร็จ โดยผู้วิจัยเห็นว่า ในประเด็นนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศสามารถเข้ามามีบทบาทในการกำหนดมาตรฐานของหน้าที่ทางจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุนให้ชัดเจน ซึ่งน่าจะส่งผลให้อนุญาโตตุลาการทราบถึงกรอบของหน้าที่ของตนอย่างแน่ชัด และอาจเป็นปัจจัยที่จะช่วยส่งเสริมบทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต่อประเด็นเรื่องการทุจริต

2.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการ และองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศสามารถเข้ามามีบทบาทในการกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับอนุญาโตตุลาการเรื่องการลงทุนสำหรับเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานในประเด็นเรื่องการทุจริต โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนขึ้นในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานในประเด็นการทุจริต และทำให้เกิดการใช้บังคับมาตรฐานการพิสูจน์ให้เป็นไปในทางเดียวกันในประเด็นเรื่องการทุจริต

5.2.3 ข้อเสนอแนะต่อนักลงทุนไทยในกรณีที่เป็นไปทำการลงทุนในต่างประเทศ

นักลงทุนควรคำนึงเสมอว่า ในการปฏิบัติการลงทุนนักลงทุนจะต้องปฏิบัติโดยสอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน และต้องไม่ประพฤติทุจริตไม่ว่าพฤติกรรมการทุจริตในลักษณะใดก็ตาม โดยเฉพาะการติดสินบนแก่เจ้าหน้าที่รัฐต่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุน ทั้งนี้ เพื่อการประกันว่าการลงทุนของนักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพราะมิฉะนั้นแล้วหากนักลงทุนเสี่ยงที่จะประพฤติทุจริตเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์จากการลงทุน ผลที่ตามมาอาจร้ายแรงจนถึงขั้นสูญเสียสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

รายการอ้างอิง

- Aidt, Toke S. "Corruption and Sustainable Development." Faculty of Economics and Jesus College, University of Cambridge, 2010.
- Alatas, Syed Hussein. *Corruption: Its Nature, Causes and Functions* United Kingdom Athenaeum Press Ltd., 1990.
- Alvarez-Avila, Gabriela, Yas Banifatemi, James Crawford, Makhdoom Ali Khan, and Toby Landau QC. "Mapping the Future of Investment Treaty Arbitration as of Law." Paper presented at the American Society of International Law Proceedings of the 103rd Annual Meeting, 2009.
- Alvik, Ivar. "Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceeding: How Far Should an Investment Wrong Doing Get? ." Master of Law, Faculty of Law, University of Oslo, 2012.
- Arbitration, Committee on International Commercial. "Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards." International Law Association, New Delhi Conference, 2002.
- . "Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards." International Law Association, London Conference (2000).
- Arfazadeh, Homayoon. "In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception." *American Review of International Arbitration* 13 (2002): 43-64.
- Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V., Azpentrol Oil Service Group B.V. V. The Republic of Azerbaijan*, ICSID case No. ARB/06/15, Award (8 September 2009).
- Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V., Azpentrol Oil Service Group B.V. V. The Republic of Azerbaijan*, ICSID case No. ARB/06/15, Award (8 September 2009).
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. V. Islamic Public of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005).

- Bhargava, Vinay. "World Bank Global Issues Seminar Series: The Cancer of Corruption."
World Bank
<http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/Corruption.pdf>.
- Dolzer, Rudolf, and Christoph Schreuer. *Principle of International Investment Law*.
New York: Oxford University Press, 2008.
- Dugan, Christopher F., Noah D. Rubins, Jr. Don Wallace, and Borzu Sabahi. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Edf (Services) Limited V. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009).
- F-W Oil Interests, Inc. (USA) V. Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Award (3 March 2006).
- Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide V. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award (16 August 2007).
- Fry, James D. "Desordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy." *Chinese Journal of International Law* 8 (2009): 81-134.
- Gaillard, Emmanuel, and Yas Banifatemi. "The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the Icsid Choice of Law Process." *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 18 (2003): 375-411.
- Garcia-Bolivar, Omar E. "Comparing Arbitrator Standards of Conduct in International Commercial, Trade and Investment." In *Aaa Handbook on International Arbitration Practice*, edited by American Arbitration Association. New York: JurisNet, 2010.
- Gibson, Christopher S. "Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law." *Penn State Law Review* 113 (2009): 1227-67.
- Grand, Gerooge Moody-Stuart. *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*. Oxford: WorldView Publications, 1997.

- Harten, Gus Van. "The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State." *International and Comparative Law Quarterly* 56 (2007): 371-94.
- Hunter, Martin, and Gui Conde E Silva. "Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations." *Journal of World Investment* 4 (2003): 367-78.
- Inceysa Vallisoletana Sl V Republic of El Salvador*, ICSID Case No.ARB/03/26, Award (2 August 2006).
- International, Transparency. "Corruption Perceptions Index 2014: Results." <http://www.transparency.org/cpi2014/results>.
- Ishikawa, Tomoko. "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration." *International and Cooperative Law Quarterly* 59 (2010): 373 - 412.
- Khachaturian, Alex, and Rahim Moloo. "The Compliance with the Law Requirement in International Law." *Fordham International Law Journal* 34 (2011): 1473-501.
- Kinnear, Meg. "Damages in Investment Treaty Arbitration." In *The Future of Investment Arbitration*, edited by Catherine A. Rogers and Roger P. Alford. New York: Oxford University Press, 2009.
- Koehler, Mike. "The Story of the Foreign Corrupt Practice Act." *Ohio State Law Journal* 73, no. 930-1013 (2012).
- Kreindler, Richard. "Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine." In *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, edited by Kaj Hober. New York: Juris, 2010.
- Lamm, Carolyn B., Hansel T. Pham, and Rahim Moloo. "Fraud and Corruption in International Arbitration." In *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, edited by David Arias and M.Á. Fernández-Ballesteros, 699-731. Madrid: La Ley, 2010.
- Levine, Judith. "Dealing with Arbitrator "Issue Conflict" in International Arbitration." In *Aaa Handbook on International Arbitration Practice* edited by American Arbitration Association. New York: JurisNet, 2010.
- Liebscher, Florian Haugeneder and Christoph. "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof." In *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, edited by Gerold Zeiler, Irene Welser, Jenny Power, Nikolaus Pitkowitz,

- Alexandre Petsche, Florian Kremslehner, Peter Klein and Christian Klausegger, 539-64: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009.
- Llamzon, Aloysius. "The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitation." Paper presented at the American Society of International Law Proceeding of the 101st Annual Meeting, 2008.
- Losco, Michael A. "Charting a New Course: Metal-Tech V. Uzbekistan and the Treatment of Corruption in Investment Arbitration." *Duke Law Journal Online* 64 (2014): 37-52.
- Loughman, Brian P., and Richard A. Sibery. *Bribery and Corruption: Navigating the Global Risks*. New Jersey: John Wiley & Son, Inc., 2012.
- Ma, Winnie (Jo-Mei). "Public Policy in the Judicial Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and from Australia." Degree of Doctor of Legal Science (SJD), Faculty of Law Bond University, 2005.
- Makinwa, Abiola O. "Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration." In *The Civil Law Consequences of Corruption*, edited by Olaf Meyer, 257-80. Baden-Baden: Nomos, 2009.
- . "Researching Civil Remedies for International Corruption: The Choice of the Functional Comparative Method." *Erasmus Law Review* 2 (2009): 332-51.
- Meshel, Tamar. "The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration." *Journal of International Arbitration* 30 (2013): 267-81.
- Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013).
- Metalclad Corp. V. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000).
- Mirzayev, Ruslan. "International Investment Protection Regime and Criminal Investigations." *Journal of International Arbitration* 29 (2012): 71-105.
- Moran, Theodore H. "Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions: Closing the Loopholes, Extending the Tools." 7: Center for Global Development, 2008.

- Morchiladze, Tamar. "Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing Get?", Master Thesis, Faculty of Law University of Oslo, 2012.
- Mtd Equity Sdn. Bhd. And Mtd Chile S.A. V Republic of Chile*, ICSID Case No. ABR/01/7, Award (25 May 2004).
- Muchlinski, Peter. "'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard." *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006): 527-58.
- Muchlinski, Peter T. *Multinational Enterprises and the Law*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2007.
- Newcombe, Andrew. "Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?". In *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, edited by Chester Brown and Kate Miles, 187-200. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- OECD. "Oecd Benchmark Definition of Foreign Direct Investment." 2008.
- Oliveira, Leonardo V.P. De, and Isabel Miranda. "International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil." *Journal of International Arbitration* 30 (2013): 49-70.
- Plama Consortium Limited V. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008).
- Posadas, Alejandro. "Combating Corruption under International Law." *Duke Journal of Comparative & International Law* 10 (2000): 345-414.
- QC, Colin Nicholls, Timothy Daniel, Alan Bacarese, and John Hatchard. *Corruption and Misuse of Public Office*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- Raouf, Mohamed Abdel. "How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issue?". *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 24 (2009): 116-36.
- Redfern, Alan, J. Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Constantine Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5 ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca V. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award (1 November 1999).

- Rogers, Catherine A. "The Vocation of the International Arbitrator." *American University International Law Review* 20 (2005): 957-1020.
- Rose-Ackerman, Susan. "The Political Economy of Corruption," in *Corruption and Global Economy*. 31-60. United States: Institution for International Economics, 1997.
- Rose, Cecily. "Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption ". *Journal of International Arbitration* 31 (2014): 183-264.
- Salacuse, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Salini Costruttori S.P.A. And Italstrade S.P.A. V. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (23 July 2001).
- Schill, Stephan. "Transparency as a Global Norm in International Investment Law." Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/09/15/transparency-as-a-global-norm-in-international-investment-law/>.
- Shaw, Bill. "The Foreign Corrupt Practices Act and Progency: Morally Unassailable." *Cornell International Law Journal* 33 (2000): 679-709.
- Shirlow, Esme. "A Step toward Greater Transparency: The Un Transparency Convention." Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/30/a-step-toward-greater-transparency-the-un-transparency-convention/>.
- Siemens A.G. V. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007).
- Silva, Gui J. Conde E. "Transnational Public Policy in International Arbitration." Ph.D., Faculty of Law Queen Mary College, University of London, 2007.
- Smutny, Abby Cohen, and Petr Polásek. "Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration." In *A Liber Amicorum: Thomas Wälde: Law Beyond Conventional Thought*, edited by Arif Hyder Ali and Jacques Werner, 277-96. London: Cameron May, 2009.
- Soranajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

- Sornarajah, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Tarlinton, John. "International Commercial Arbitration and Public Policy." Doctor of Juridical Science Degree, Faculty of Law University of Technology, Sydney, 2003.
- Transparency International. "Corruption Perceptions Index 2014: Results."
<http://www.transparency.org/cpi2014/results>.
- Udenze, Onyinye. "The Effect of Corruption on Foreign Direct Investments in Developing Countries." *The Park Place Economist* 22 (2014): 87-95.
- UNCITRAL. "Faq - Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration."
http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_FAQ.html.
- United Nations General Assembly. "Resolution Adopted by the General Assembly 58/4 United Nations Convention against Corruption."
- United Nations Office on Drugs and Crime. "Corruption: Compendium of International Legal Instruments on Corruption." New York: United Nation, 2005.
- United States V. Siemens Aktiengesellschaft or Siemens A.G.*, Court Docket Number: 08-CR-367-RJL (2008).
- United States V. Siemens S.A. (Argentina)*, Court Docket Number: 08-CR-368-RJL (2008).
- UNTAD. "Investment Policy Hub: International Investment Agreement."
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.
- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi V. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/15, Award (1 June 2009).
- Weilert, Katarina. "Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law and Practice." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14 (2010): 446-506.
- Wena Hotels Ltd. V. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000).

Wilske, Stephan, and Martin Raible. "The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators Go Beyond Solving Legal Issues?". in *The Future of Investment Arbitration* edited by Catherine A. Rogers and Roger P. Alford, 249-72. New York: Oxford University Press, 2009.

Winfield, Percy H.: "Public Policy in the English Common Law." *Harvard Law Review* 42 (1928): 76-102.

World Duty Free Co, Ltd. V. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006).

Wouters, Jan, Cedric Ryngaert, and Ann Sofie Cloots. "The Fight against Corruption International Law." Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 94, 2012.

Yackee, Jason Webb. "Investment Treaties & Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States." *Virginia Journal of International Law* 52 (2013): 723-45.

นายอภิชาติ คงชาติตรี. "หลักการตีความ." นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ พร้อมดัชนี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ ประกายพริ้ง, 2548.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวจุฬาลักษณ์ พินธะ เกิดวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2532 ที่จังหวัดหนองคาย สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2553 ต่อมาในปีการศึกษา 2554 จึงได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

