

หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการ
กฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Miss Naphachanok Rodsaeng



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 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการ
ของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้ำระหว่างประเทศแห่ง
สหประชาชาติ

โดย

นางสาวนภชนก รอดแสง

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

.....คนบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ทัชชมัย ทองอุไร)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร.วิลาวรรณ มังคละชนะกุล)

นภชนก รอดแสง : หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) อ.ที.ปรีกษา วิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.ศักดา ธนิตกุล, 143 หน้า.

ความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นมีรูปแบบที่สำคัญ อยู่ 3 ประการคือ การเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท, การเปิด ให้เข้ารับฟังการพิจารณา และการรับเอกสารจาก Amicus curiae ซึ่งรูปแบบการอนุญาโตตุลาการ การลงทุนระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นเป็นรูปแบบดั้งเดิมที่มาจากอนุญาโตตุลาการทางการค้า ทำให้เกิดปัญหาความชอบธรรมในการที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เหมือนกันสำหรับข้อพิพาท ที่มีความแตกต่างกัน เช่น ลักษณะของคู่พิพาท ฐานกฎหมายที่ใช้ในการฟ้องร้อง ลักษณะความ ยินยอมของคู่สัญญา โดยปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมีด้วยกันหลายประการ เช่น ความสอดคล้องของคำตัดสิน ของอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายในกระบวนการที่มีราคาสูงมากเกินไป หรือการขาดความโปร่งใส จนมี การถกเถียงถึงการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

การปรับปรุงข้อบังคับในการอนุญาโตตุลาการในเรื่องของความโปร่งใสในปี ค.ศ. 2013 UNCITRAL ได้สร้างหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขึ้นมา โดยเนื้อหา นั้นเกี่ยวกับการเพิ่มความโปร่งใสเข้ามาในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ เช่น การเปิดให้มีการ เข้าถึงเอกสารและข้อมูล, การรับเอกสารจากฝ่ายที่สาม, การเปิดให้เข้าฟังการพิจารณา จากการศึกษา พบว่า UNCITRAL ได้มีการเพิ่มทางเลือกให้แก่นักลงทุนและรัฐที่ได้ทำสนธิสัญญาการลงทุนไปก่อนวันที่ หลักความโปร่งใสจะมีผลบังคับใช้ โดยการทำอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสขึ้นมาอีกด้วย ซึ่งเนื้อหาใน วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะศึกษาและวิเคราะห์หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการและ อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส รวมถึงศึกษาถึงข้อดีและข้อเสียต่างๆของหลักว่าด้วยความโปร่งใสนี้ ด้วย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที.ปรีกษาหลัก

5685983934 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: TRANSPARENCY RULES / INVESTOR-STATE ARBITRATION / UNCITRAL ARBITRATION RULES / AMICUS CURIAE

NAPHACHANOK RODSAENG: UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. ADVISOR: PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 143 pp.

Transparency in the context of Investor-State dispute settlement, has three patterns: public access to arbitration document and information, an open hearing arbitration and submission documents form Amicus curiae. Procedure of Investor-State Arbitration is from former Commercial Arbitration that causes the legitimacy problem from the use of same arbitration procedures for disputes which are different characters such as nature of the parties, legal base used in the litigation, nature of the parties consent. These brings several problems as the consistency of the arbitral award, cost of procedure is too high or lack of transparency. So there has been debate to reform Investor-State dispute settlement mechanisms.

The amendment of an arbitration rules on transparency in 2013, UNCITRAL established UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. The content is about increasing transparency into arbitration rules such as provide access to documents and information, receive documents from third party, open to hearing arbitration. The study found that UNCITRAL has added an option to Investor and State which have entered into an investment treaty before the date of entry into force of the Transparency Rules. By implementing the Convention on Transparency. The contents of this thesis will study and analyze the principle of transparency under the Arbitration Rules of UNCITRAL and the Convention on Transparency also the advantages and disadvantages of this principle of transparency.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2016

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ หากปราศจากความกรุณาอย่างสูงของ ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล อาจารย์ที่ปรึกษา ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณในทุกคำแนะนำ ข้อเสนอแนะ ตลอดจนความช่วยเหลือทุกประการ ที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ขึ้นมาได้

ขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์ ทัชชมัย ทองอุไร ที่กรุณามาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และยังให้คำแนะนำในการสอบวิทยานิพนธ์แก่ข้าพเจ้า ขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล ที่กรุณามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และยังให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์แก่ข้าพเจ้าด้วย และขอขอบพระคุณ ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย ที่กรุณาให้คำแนะนำและชี้แนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากแก่ข้าพเจ้า

ขอขอบคุณอาจารย์ทุกท่านในคณะนิติศาสตร์ที่ประสิทธิประสาทวิชาและให้คำสั่งสอนที่มีคุณค่าแก่ข้าพเจ้านอกจากการเรียนในห้องตลอดระยะเวลาที่ศึกษาในระดับปริญญาโท

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณบุพการีทั้งสอง คุณพ่อเชิดชัย และคุณแม่ทิฆัมพร ที่กรุณาเลี้ยงดูข้าพเจ้ามาเป็นอย่างดี คอยให้การสนับสนุนในทุกๆเรื่อง เป็นตัวอย่างที่ดีให้ข้าพเจ้า อดทนทำงานลำบากเพื่อข้าพเจ้า และแม้ว่าจะไม่ได้ร่ำรวยมากมายก็ตาม แต่ปีติมารดาของข้าพเจ้าก็พยายามส่งเสียลูกให้เรียนจนสูงทุกคน และท่านมักจะกล่าวเสมอว่า สมบัติที่พ่อแม่จะให้ลูกได้นั้นก็คือการศึกษา ดังนั้นไม่ว่าจะยากลำบากแค่ไหน ก็ขอให้อดทนไว้ เพราะจะทำให้ลูกอยู่ได้ต่อไปในภายภาคหน้าแม้ว่าพ่อแม่จะไม่อยู่แล้วก็ตาม ข้าพเจ้าขอขอบคุณครอบครัวของข้าพเจ้าทุกคน รวมถึงสามีนั่นเป็นที่รักของข้าพเจ้าด้วย ที่คอยอยู่เคียงข้างและให้กำลังใจข้าพเจ้าในการทำวิทยานิพนธ์ตลอดมา

ขอบคุณเพื่อร่วมชั้นเรียนปริญญาโททุกท่านที่คอยให้ความช่วยเหลือ โดยเฉพาะคุณวิลาสินีที่คอยเป็นกำลังใจให้ข้าพเจ้า รวมถึงให้คำแนะนำมากมายในการทำวิทยานิพนธ์ รวมถึงยังเป็นเพื่อนคู่คิดในทุกๆเรื่อง

ท้ายที่สุดความดีอันเกิดจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ข้าพเจ้าขอมอบให้กับบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกท่านของข้าพเจ้า แต่ความบกพร่องไม่สมบูรณ์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ข้าพเจ้าขอน้อมรับแต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

| | |
|--|----|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| บทที่ 1 บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย..... | 3 |
| 1.3 ขอบเขตของการวิจัย..... | 3 |
| 1.4 สมมติฐานการศึกษาวิจัย..... | 4 |
| 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย..... | 4 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... | 4 |
| บทที่ 2 หลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทเรื่องการค้าและการลงทุน..... | 6 |
| 2.1 หลักความโปร่งใส..... | 6 |
| 2.1.1 รูปแบบของหลักความโปร่งใส..... | 7 |
| 2.1.1.1 ประชาชนเข้าถึงได้..... | 7 |
| 2.1.1.2 ความโปร่งใส..... | 8 |
| 2.1.1.3 การเปิดเผย..... | 8 |
| 2.2 หลักความโปร่งใสในบริบทการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO)..... | 9 |
| 2.2.1 ความโปร่งใสในการเข้าถึงข้อมูล..... | 11 |
| 2.2.2 ความโปร่งใสในกระบวนการ..... | 13 |
| 2.2.3 ความโปร่งใสในการปรึกษาหารือ..... | 13 |
| 2.2.4 ความโปร่งใสในการเลือกคณะผู้พิจารณา..... | 14 |

| | |
|--|----|
| 2.2.5 ความโปร่งใสในการเปิดเผยการพิจารณาคดี | 15 |
| 2.2.6 ความโปร่งใสในการรับเอกสารจากบุคคลฝ่ายที่สามซึ่งมิใช่คู่พิพาท (Amicus Curiae Briefs)..... | 15 |
| 2.2.7 ความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาท..... | 16 |
| 2.3 หลักความโปร่งใสในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ..... | 16 |
| 2.3.1 การรักษาความลับและความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ..... | 17 |
| 2.3.2 หลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ..... | 18 |
| 2.3.2.1 การเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท..... | 18 |
| 2.3.2.2 การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณา | 19 |
| 2.3.2.3 การรับเอกสารจาก Amicus curiae..... | 19 |
| บทที่ 3 ปัญหาความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยการ อนุญาตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน | 21 |
| 3.1 ความแตกต่างในการอนุญาตตุลาการข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาทระหว่างนักลงทุน กับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน..... | 21 |
| 3.1.1 การอนุญาตตุลาการข้อพิพาททางการค้า..... | 22 |
| 3.1.1.1 ลักษณะการอนุญาตตุลาการข้อพิพาททางการค้า..... | 26 |
| 3.1.2 การอนุญาตตุลาการข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการ ลงทุน..... | 29 |
| 3.1.3 ความแตกต่างของกรอบกฎหมายที่เกิดจากลักษณะข้อพิพาททางการค้าและข้อ พิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน | 31 |
| 3.1.4 การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกับข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุม | 32 |
| 3.1.5 ความแตกต่างในรูปแบบของความยินยอมในการอนุญาตตุลาการ | 34 |
| 3.1.5.1 ความยินยอมจำเพาะ (Specific consent) ในการทำสัญญาการ อนุญาตตุลาการ | 34 |

| | |
|---|----|
| 3.1.5.2 ความยินยอมทั่วไป (General consent) ในการทำสนธิสัญญา อนุญาตตุลาการการลงทุน | 35 |
| 3.1.5.3 ความยินยอมของนักลงทุน..... | 39 |
| 3.2 ความแตกต่างในกระบวนการอนุญาตตุลาการทางการค้ากับกระบวนการ อนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ | 41 |
| 3.2.1 วัฒนธรรมทางกฎหมาย..... | 41 |
| 3.2.2 กรอบของกฎหมาย และกฎหมายที่นำมาปรับใช้ | 42 |
| 3.2.3 การเลือกอนุญาตตุลาการ | 45 |
| 3.2.4 อำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท | 46 |
| 3.2.5 การจัดการข้อพิพาท | 47 |
| 3.2.6 การรักษาความลับและความโปร่งใส | 47 |
| 3.2.7 การคาดการณ์และความสอดคล้องของคำตัดสิน..... | 49 |
| 3.3 ปัญหาความชอบธรรมในการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา การลงทุนและความพยายามในการแก้ไขก่อนที่จะมีหลักความโปร่งใสของ UNCITRAL | 50 |
| 3.3.1 ความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการ ลงทุน..... | 50 |
| 3.3.2 ปัญหาความชอบธรรมในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS)..... | 53 |
| 3.3.3 แนวทางในการแก้ไขปัญหาความชอบธรรมในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่าง นักลงทุนกับรัฐ | 54 |
| 3.3.4 ปัญหาความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มี ต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ | 56 |
| 3.3.5 แนวทางในการแก้ไขปัญหาความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาตตุลาการ ระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มีต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ..... | 56 |
| 3.4 พัฒนาการของหลักความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาตตุลาการของสถาบันต่างๆ..... | 57 |

| | |
|--|----|
| 3.4.1 ภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA: North American Free Trade Agreement) | 57 |
| 3.4.1.1 NAFTA ในฐานะผู้นำการพัฒนาหลักความโปร่งใสในกระบวนการ อนุญาตตุลาการตามข้อสัญญาการลงทุนระหว่างนักลงทุนกับรัฐ..... | 58 |
| 3.4.1.2 มาตรการที่ก้าวหน้าของ NAFTA ในด้านนโยบายเพื่อความโปร่งใสใน กระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ | 58 |
| 3.4.1.3 ข้อจำกัดในการตีความข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ..... | 61 |
| 3.4.2 ภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)... | 62 |
| 3.4.2.1 ข้อบังคับฉบับใหม่ของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับ เอกชนต่างประเทศที่ออกแบบมาเพื่อให้บรรลุถึงความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น | 62 |
| 3.4.2.2 มาตรการที่ก้าวหน้าของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับ เอกชนต่างประเทศ..... | 63 |
| 3.4.2.3 หลักความโปร่งใสของกระบวนการอนุญาตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID ใน รูปแบบที่พัฒนาแล้ว..... | 65 |
| 3.4.3 หลักความโปร่งใสภายใต้การอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้า ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL)..... | 66 |
| บทที่ 4 วิเคราะห์หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ..... | 68 |
| 4.1 หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมาย การค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ | 68 |
| 4.2 วิเคราะห์หลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้ สนธิสัญญา..... | 70 |
| 4.1.1 ขอบเขตในการบังคับใช้และการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสในการ อนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญามาใช้ | 70 |

| | | |
|---------|--|----|
| 4.1.1.1 | ขอบเขตในการบังคับใช้ | 70 |
| 4.1.1.2 | การบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส | 72 |
| 4.1.1.3 | การใช้ดุลพินิจและขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ | 73 |
| 4.1.1.4 | วิธีพิจารณาลำดับชั้นของกฎหมาย | 74 |
| 4.1.1.5 | การบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสกับการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่การ อนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL | 74 |
| 4.1.2 | รูปแบบและเนื้อหาของหลักว่าด้วยความโปร่งใส | 75 |
| 4.1.2.1 | การเปิดเผยข้อมูลเมื่อเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ | 75 |
| 4.1.2.2 | การเปิดเผยเอกสาร | 76 |
| 4.1.2.3 | การรับเอกสารจากคู่กรณีฝ่ายที่สาม | 78 |
| 4.1.2.4 | การยอมรับเอกสารจากภาคีที่ไม่ใช่คู่พิพาท | 80 |
| 4.1.2.5 | การพิจารณาคดี | 80 |
| 4.1.2.6 | ข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความโปร่งใส | 81 |
| 4.1.2.7 | การจัดเก็บข้อมูลที่ถูกเปิดเผย | 83 |
| 4.3 | อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้ สนธิสัญญา (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration – Transparency Convention) | 83 |
| 4.4 | วิเคราะห์อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ภายใต้สนธิสัญญา | 85 |
| 4.4.1 | ขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญา | 85 |
| 4.4.2 | หลักต่างตอบแทน (Reciprocal) ในกรณีที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่ได้ตั้งข้อสงวนที่จะ ไม่ใช่หลักว่าด้วยความโปร่งใส | 86 |
| 4.4.3 | การเสนอฝ่ายเดียวโดยรัฐผู้ถูกฟ้องที่เปิดให้นักลงทุนตอบรับ | 89 |
| 4.4.4 | หลักว่าด้วยความโปร่งใสฉบับที่ปรับปรุงใหม่ | 90 |

| | |
|--|-----|
| 4.4.5 การพิจารณาลำดับชั้นของกฎต่างๆ..... | 90 |
| 4.4.6 ผลกระทบของบทบัญญัติเรื่องการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง | 92 |
| 4.4.7 การตั้งข้อสงวน | 94 |
| 4.4.8 การตั้งข้อสงวนเพื่อควบคุมการใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสที่มีการแก้ไข | 96 |
| 4.4.9 ตัวเลือกสำหรับการถอนข้อสงวนทีละน้อย..... | 96 |
| 4.4.10 การห้ามมิให้มีการตั้งข้อสงวนเพิ่ม..... | 96 |
| 4.4.11 หลักเกณฑ์ในการตั้งข้อสงวน | 97 |
| 4.4.12 การปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ..... | 98 |
| 4.4.13 ผู้เก็บรักษา | 98 |
| 4.4.14 การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติ และการภาคยานุวัติใน อนุสัญญา..... | 98 |
| 4.4.15 การเข้าร่วมขององค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค | 99 |
| 4.4.16 การมีผลใช้บังคับ..... | 99 |
| 4.4.17 การแก้ไขอนุสัญญา | 99 |
| 4.4.18 การยกเลิกการเป็นภาคีในอนุสัญญา | 100 |
| 4.5 ข้อดีที่มีมากกว่าข้อเสียของการรับเอาหลักความโปร่งใสของ UNCITRAL มาปรับใช้จะมี ผลส่งเสริมให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นมีความชอบธรรมมากขึ้น..... | 101 |
| 4.5.1 ข้อดีของความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทการลงทุน | 101 |
| 4.5.1.1 เพิ่มคุณภาพในการตัดสินใจ..... | 101 |
| 4.5.1.2 ค่านิยมประชาธิปไตยและการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน..... | 103 |
| 4.5.1.3 การคุ้มครองผลประโยชน์ | 105 |
| 4.5.1.4 ความสอดคล้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ..... | 106 |
| 4.5.1.5 ความชอบธรรม..... | 107 |
| 4.5.1.6 ความรับผิดชอบ..... | 107 |

| | |
|---|-----|
| 4.5.1.7 การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ | 107 |
| 4.5.2 ข้อเสียของความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทการลงทุน | 108 |
| 4.5.2.1 ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น | 108 |
| 4.5.2.2 ความล่าช้า | 109 |
| 4.5.2.3 ข้อบกพร่องในเรื่องของการรักษาความลับ | 110 |
| 4.5.2.4 อุปสรรคในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ | 110 |
| บทที่ 5 สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ | 111 |
| 5.1 สรุปผลการศึกษา | 111 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ | 119 |
| รายการอ้างอิง | 121 |
| ภาคผนวก ก UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration | 129 |
| ภาคผนวก ข United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration | 137 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ | 143 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การลงทุนจากต่างชาติถือเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญสำหรับการพัฒนาเศรษฐกิจและความเจริญรุ่งเรืองทั่วโลกอย่างหนึ่ง เพราะช่วยให้ประเทศที่กำลังพัฒนาสามารถพัฒนาอุตสาหกรรมท้องถิ่นได้ เช่น การเพิ่มการจ้างงาน การถ่ายโอนเทคโนโลยี¹ และยังทำให้ได้รับเงินทุนจากนักลงทุนต่างชาติในการปรับปรุงประเทศรวมถึงโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ ในขณะที่ตัวนักลงทุนก็จะได้รับผลตอบแทนทางการเงินและได้ตั้งหลักสำหรับตลาดในอนาคตด้วย²

นักลงทุนกับรัฐนั้นได้มีการพัฒนาความสัมพันธ์มาเรื่อยๆจนมีการเจรจาตกลงร่วมกัน เพื่อสร้างข้อสัญญาที่จะก่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนชาวต่างชาติ และในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) ก็ได้เกิดขึ้นในฐานะที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกๆที่มุ่งเน้นในเรื่องของการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

ย้อนไปเมื่อปี ค.ศ. 1959 ในเรื่องของข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฉบับแรกได้ถูกลงนามระหว่างประเทศเยอรมนีและปากีสถาน นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาเนื้อหาในความตกลงก็ยังคงเหมือนเดิมมิได้มีความเปลี่ยนแปลงมากนัก นอกเหนือจากในส่วนของการกำหนดเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ³

ในส่วนของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นปัจจุบันมีการแก้ไขเปิดทางเลือกในการระงับข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้นให้แก่ให้นักลงทุนในกรณีที่เกิดข้อพิพาทกับรัฐ เพราะการเกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นมิได้หลายสาเหตุ ซึ่งบางครั้ง รัฐเองก็ใช้สิทธิของประเทศผู้ให้การลงทุนใน

¹ Aaron Cosbey Nathalie Bernasconi –Osterwalder, Lise Johnson, Damon Vis –Dunbar, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Question & Answer," *ISSD*.. p.2.

² Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision* (2005), p. 1524.

³ UNITED NATION, *Bilateral Investment Treaties: Trends in Investment Rulemaking* [online]. UNITED NATION. Available from http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. p.1.

การรื้อถอนสิทธิของนักลงทุนเช่น อ้างผลประโยชน์สาธารณะในการเวนคืน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและทำให้นักลงทุนไม่เชื่อถือในกระบวนการยุติธรรมภายในได้ อีกทั้งบางครั้งต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการแก้ไขข้อพิพาท อันจะส่งผลกระทบต่อนักลงทุน ดังนั้นในส่วนของ การระงับข้อพิพาทจึงได้มีการเพิ่มเติมทางเลือกให้แก่ นักลงทุนเช่น การเจรจาต่อรอง การประนอมข้อพิพาท หรือการตกลงกันโดยคู่สัญญาที่จะไปใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะการอนุญาโตตุลาการให้สิทธิคู่สัญญาในการเลือกในการและควบคุมหลายอย่างเช่น การเลือกตัวอนุญาโตตุลาการ การเลือกกฎหมายที่จะใช้ การเลือกภาษาที่จะใช้ การประหยักระยะเวลาในการระงับข้อพิพาท และที่สำคัญคือ ขั้นตอนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีเพียงแค่ฝ่ายคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เพื่อรักษาความลับของคู่สัญญาและยังช่วยสร้างบรรยากาศที่ดีในการระงับข้อพิพาทอีกด้วย ทั้งนี้การอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นจะเกิดได้จาก 3 ทางคือ ผ่านทางศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID), หลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่ออำนวยความสะดวกของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ (the Additional Facility Rules of ICSID) และ การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL⁴

ในระบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยทั่วไปนั้น สิ่งหนึ่งที่สำคัญมากก็คือการรักษาความลับของกระบวนการเอาไว้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันข้อมูลของคู่พิพาทมิให้รั่วไหลในหลายๆเรื่องอาทิเช่น ข้อมูลทางธุรกิจหรือแม้แต่กระทั่งผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ยังคงเป็นความลับ ซึ่งในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นแตกต่างออกไป เพราะคู่พิพาทนั้นคือนักลงทุนกับรัฐ และต่างจากข้อพิพาททางการค้าทั่วไปที่คู่พิพาทเป็นเอกชนหรือรัฐด้วยกันเอง อีกทั้งเพราะข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนนั้น เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสาธารณะเสียส่วนมาก ดังนั้นการดำเนินการต่างๆย่อมตกอยู่ในความสนใจของประชาชน จึงทำให้เกิดปัญหาเมื่อมีการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นแล้วไม่ได้รับการเผยแพร่หรือประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลต่างๆได้

ปัจจุบันข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นก็มีการพัฒนาและปรับปรุงเพื่อให้เกิดความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องของความโปร่งใสในกระบวนการ และในปี ค.ศ. 2013 UNCITRAL ก็ได้สร้างหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL * ขึ้นมา ซึ่งเนื้อหานี้เกี่ยวกับการเพิ่มความโปร่งใสเข้ามาในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนต่างๆ อาทิเช่น การรับเอกสารจากฝ่ายที่สาม การเปิดให้ฟังการพิจารณา การเปิดเผยคำชี้ขาดของ

⁴ Ibid, p. 100.

* UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.

อนุญาโตตุลาการ และยังเปิดให้สามารถนำหลักนี้ไปใช้ได้กับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการอื่นๆ ได้อีกด้วย

ดังนั้นจากประเด็นปัญหาในเรื่องของความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนที่เกิดขึ้น เป็นที่น่าสนใจว่าการสร้างหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ขึ้นมานั้นมีเนื้อหอย่างไร มีความสำคัญอย่างไร และช่วยแก้ปัญหาได้อย่างไรในเรื่องของผลประโยชน์ของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงข้อดีและข้อเสียของหลักความโปร่งใสนี้ด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงความหมายของหลักความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศรวมถึงรูปแบบของความโปร่งใส
2. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาของหลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และพัฒนาการของหลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนในสถาบันต่างๆ
3. เพื่อศึกษาถึงความแตกต่างของลักษณะข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาททางการลงทุน รวมถึงความแตกต่างของรูปแบบในการอนุญาโตตุลาการและศึกษาปัญหาความชอบธรรมในการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนและความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว
4. เพื่อศึกษาถึง ผลดี ผลเสีย และเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของ หลักว่าด้วยความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

- 1) มุ่งศึกษาถึงหลักความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศว่ามีความหมายและรูปแบบอย่างไร รวมถึงพัฒนาการของหลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
- 2) มุ่งศึกษาความแตกต่างของลักษณะข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน และความแตกต่างในรูปแบบการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงปัญหาความชอบธรรมอันเกิดจากการอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาและความพยายามในการแก้ไขปัญหา

3) มุ่งศึกษาเพื่อวิเคราะห์หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ว่ามีข้อดีและข้อเสียและเนื้อหาอย่างไรบ้าง

1.4 สมมติฐานการศึกษาวิจัย

การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยทั่วไป เนื่องจากว่า กรณีแรกนั้นมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐและประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการมีหลักว่าด้วยความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL เพื่อกำหนดเกณฑ์ และเพื่อเปิดกว้างให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้มากขึ้น จะมีผลดีที่ทำให้เกิดการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีความชอบธรรมมากขึ้น

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการศึกษาเอกสารที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเป็นหลัก กรณีศึกษาจากข้อพิพาทต่างๆ รวมถึงสื่ออิเล็กทรอนิกส์และบทความที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษอันเป็นสาระสำคัญซึ่งช่วยทำให้เกิดความกระจ่างชัดของหลักการ และเอกสารหลักกฎหมายต่างๆที่สะท้อนมาจากหลักความโปร่งใสนี้ด้วย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงความหมายของหลักความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศรวมถึงรูปแบบของความโปร่งใส
2. เพื่อให้ทราบถึงถึงความเป็นมาของหลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและพัฒนาการของหลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนในสถาบันต่างๆ

3. เพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างของลักษณะข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาททางการลงทุน รวมถึงความแตกต่างของรูปแบบในการอนุญาโตตุลาการและศึกษาปัญหาความชอบธรรมในการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

4. เพื่อให้ทราบถึง ผลดี ผลเสีย และเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของ หลักว่าด้วยความโปร่งใส ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL



บทที่ 2

หลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทเรื่องการค้าและการลงทุน

เนื้อหาในบทนี้อธิบายถึงหลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทเรื่องการค้าและการลงทุน โดยแบ่งเนื้อหาเป็นสามส่วน ส่วนแรกกล่าวถึงหลักความโปร่งใสโดยทั่วไป ส่วนที่สองกล่าวถึงหลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ส่วนที่สามกล่าวถึงหลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

2.1 หลักความโปร่งใส

ความโปร่งใสที่มีความหมายเหมือนกับ “การเปิดเผย” หรือ “การตรวจสอบได้”^{*} และนำไปใช้ในแต่ละบริบทนั้นไม่ได้แตกต่างกันมากนักเพราะมีรูปแบบที่สำคัญอยู่สามประการคือ 1) ประชาชนเข้าถึงได้ 2) ความโปร่งใส และ 3) การเปิดเผย เช่น ความหมายของความโปร่งใสในหลักธรรมาภิบาลนั้นก็หมายความว่า “การกระทำการใด ๆ ของภาครัฐทั้งในระดับบุคคลและองค์กรที่ผู้อื่นสามารถมองเห็นได้ คาดเดาได้ และเข้าใจได้ ครอบคลุมถึงทุกการกระทำที่เป็นผลจากการตัดสินใจของผู้บริหารการดำเนินงานทางธุรกิจ และงานสาธารณประโยชน์ต่าง ๆ เช่น การมีระบบงานและขั้นตอนการทำงานที่ชัดเจน (ซึ่งจะดูได้จาก กฎระเบียบ หรือประกาศ) การมีหลักเกณฑ์ประเมินหรือการให้คุณให้โทษที่ชัดเจน การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องอย่างตรงไปตรงมา ความโปร่งใสจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการตรวจสอบความถูกต้อง และช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริต รวมทั้งนำไปสู่การสร้างควมไว้วางใจซึ่งกันและกันทั้งระหว่างผู้ปฏิบัติร่วมกันในองค์กรเดียวกัน ระหว่างประชาชนต่อรัฐไปจนถึงระหว่างคนในชาติด้วยกัน ดังนั้น ทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานภาครัฐหรือภาคเอกชนควรปรับปรุงกลไกการทำงานให้มีความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์อย่างตรงไปตรงมาด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย เพื่อประชาชนจะได้เข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้

^{*} The definition of "transparency" in the online encyclopedia Wikipedia is "as used in the humanities, implies openness, communication, and accountability. Available from [https://en.wikipedia.org/wiki/Transparency_\(behavior\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Transparency_(behavior)).

โดยสะดวก และช่วยตรวจสอบความถูกต้องในการทำงานได้”¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ความโปร่งใสจะอยู่ในบริบทของหลักธรรมาภิบาล แต่ก็ยังคงใช้รูปแบบเดียวกันกับที่กล่าวมาข้างต้นในการกำหนดความโปร่งใส

2.1.1 รูปแบบของหลักความโปร่งใส

2.1.1.1 ประชาชนเข้าถึงได้

การเข้าถึงกระบวนการพิจารณาของประชาชน (Public Access) นั้นหมายถึงสิทธิส่วนบุคคลของพลเมืองในการเข้าร่วมหรือเข้าถึงกระบวนการ ซึ่งสิทธินี้มีความสำคัญมากโดยเฉพาะในระบบกฎหมาย Common Law เพราะในประเทศที่คำตัดสินของศาลคือแหล่งที่มาของกฎหมาย การเปิดเผยคำตัดสินนั้นย่อมทำให้ประชาชนทราบได้ว่าควรจะทำอะไรให้สอดคล้องกับกฎหมาย² การเข้าถึงกระบวนการพิจารณาของประชาชนนั้นมักจะถูกนำมาพิจารณาเสมอว่าเป็นส่วนแยกหนึ่งของความโปร่งใส เช่นในบทความหนึ่งได้กล่าวว่า “ความโปร่งใสและการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาได้ของประชาชนนั้น เป็นคุณค่าอย่างหนึ่งที่ช่วยเพิ่มโอกาสสำหรับการเลือกในระบอบประชาธิปไตย”³ แต่ในเรื่องการจำแนกความแตกต่างของทั้งสองเรื่องนั้นไม่เคยได้รับการวิเคราะห์อย่างชัดเจน และในการระงับข้อพิพาทในรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้น เมื่อใดก็ตามที่มีการเรียกร้องถึงความโปร่งใสก็มักจะมีการเรียกร้องถึงการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาทั้งหมดอย่างทั่วถึงด้วย⁴

¹ คณะทำงานส่งเสริมธรรมาภิบาลของ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, หลักความโปร่งใส [online]. Available from <http://www.socgg.soc.go.th/labelTransparent.html>.

² *Press-Enter. Co. V. Superior Court*, vol. 464 U.S. 501 (1984). [online]. Available from: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/501/case.html#508>. p. 508.

³ David Mechanic, "The Media, Public Perceptions & Health, and Health Policy," (5 *Hous. J. HEALTH L. & POL'Y*). pp. 187, 206.

⁴ Fulvio Fracassi, "Confidentiality and Nafta Chapter 1 Arbitrations," 2 *CHI. J. INT'L L.* (2001). pp. 213, 217.

2.1.1.2 ความโปร่งใส

ความโปร่งใส (Transparency) นั้นถือได้ว่าเป็นคุณธรรมที่สำคัญอย่างหนึ่งสำหรับทุกองค์กรในการตัดสินพิจารณาคดี ซึ่งหมายถึงการเตรียมความพร้อมสำหรับ “บุคคลที่มีความสนใจ” ในข้อบังคับที่เป็นตัวควบคุมกระบวนการพิจารณาตัดสิน อย่างเช่น การที่ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งวัตถุประสงค์ทั่วไปของความโปร่งใสนั้นก็เป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกในการตรวจสอบการพิจารณาตัดสิน ดังคำกล่าวของนาย Mark Fenster ที่แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความโปร่งใสในบริบทของผู้บริหารว่า “ความโปร่งใสนั้นช่วยให้เกิดการไหลเวียนอย่างเสรีของข้อมูลระหว่างหน่วยงานภาครัฐและเอกชน ช่วยให้สามารถตรวจสอบทบทวนได้ และการที่สามารถวิจารณ์การกระทำของรัฐบาลได้นั้น จะช่วยเพิ่มคุณภาพในการปกครอง”

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา⁵ แนวคิดทั้งสองในเรื่องของความโปร่งใสและการเข้าถึงได้นั้นถูกรวมเข้าอยู่ด้วยกัน ซึ่งรูปแบบทั้งสองนี้ทำให้เกิดความพึงพอใจจากประชาชนที่สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ เช่นเดียวกันกับการเตรียมความพร้อมสำหรับการตรวจสอบข้อบังคับที่ใช้ควบคุมกระบวนการพิจารณาตัดสินจากประชาชนด้วย ซึ่งส่วนมากก็จะเป็นเอกสารที่รวบรวมในระหว่างกระบวนการพิจารณา และรายละเอียดการพิจารณาคดีของผู้ตัดสิน ที่อธิบายถึงความคิดเห็นและเหตุผลพื้นฐานในการตัดสิน⁵

2.1.1.3 การเปิดเผย

การเข้าถึงได้ของประชาชนและความโปร่งใสนั้นเป็นไปเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการ และเพื่อประเมินกระบวนการตัดสินใจ และเพื่อส่งเสริมความชอบธรรม ในทางตรงกันข้ามพันธกรณีในการเปิดเผย (Disclosure) โดยส่วนมากนั้นจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อมูลที่สำคัญและการออกแบบเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ที่ได้รับข้อมูลนั้นๆ⁶ ข้อมูลที่เปิดเผยนั้นอาจจะจำกัดหน่วยงานที่เป็นผู้เปิดเผยแต่โดยวัตถุประสงค์แรกเริ่มนั้นก็เพื่อให้ผู้รับสามารถรับข้อมูลได้

⁵ Catherine A. Rogers, "Transparency in International Commercial Arbitration," 54 U. Kan. L. Rev. 1301 (2006). p. 1306.

⁶ David Weil, *The Benefits and Costs of Transparency: A Model of Disclosure-Based Regulation* (2002). [online]. Available from: <http://ssrn.com/abstract-316145>.

ในขณะที่ความโปร่งใสนั้นมีไว้เพื่อเพิ่มศักยภาพสำหรับการตรวจสอบผู้มีอำนาจการตัดสินใจ โดยทั่วไป พันธกรณีในการเปิดเผยข้อมูลนั้นถูกกำหนดเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์เฉพาะในการควบคุม เช่นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องประชาชนจากภัยคุกคามทางสุขภาพและความปลอดภัย และการแจ้งผู้บริโภคเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ซื้อ ซึ่งพันธกรณีในการเปิดเผยนั้นแตกต่างจากความโปร่งใส โดยพันธกรณีในการเปิดเผยนั้นมุ่งประเด็นไปที่ข้อมูลที่สำคัญ ในขณะที่หลักความโปร่งใสนั้นมุ่งประเด็นไปที่ว่าข้อมูลนั้นถูกจัดการอย่างไรโดยสถาบันต่างๆ พันธกรณีในการเปิดเผยนั้นมีเป้าหมายเพื่อเผยแพร่ข้อมูลเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุม ในขณะที่หลักความโปร่งใสใช้เพื่อกับการกระทำของสถาบันต่างๆโดยไม่คำนึงถึงลักษณะของข้อมูลที่เกี่ยวข้อง⁷

2.2 หลักความโปร่งใสในบริบทการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO)

ปัญหาเรื่องความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศนั้น เป็นที่รู้จักในวงกว้างเมื่อปลายปี ค.ศ. 1990 ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ได้หยิบยกขึ้นมาในคดีทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการจำกัดการนำเข้ากุ้งเพื่อวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์เต่าทะเล และคดีนี้ในชั้นของคณะผู้พิจารณา (Panel) นั้นได้มีการส่งเอกสารจาก *amicus curiae** ที่เป็นองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมสองราย ซึ่งคณะผู้พิจารณาได้ปฏิเสธที่จะนำเอกสารเหล่านั้นมาพิจารณา แต่ก็ได้มีการแนะนำว่าถ้าหากคู่พิพาทฝ่ายใดมีความต้องการที่จะใส่เอกสารที่ *amicus curiae* ยื่นมาเป็นส่วนหนึ่งในคำให้การของตนนั้น สามารถทำได้และสหรัฐอเมริกา

⁷ Catherine A. Rogers. *Transparency in International Commercial Arbitration*, p 1309.

* บุคคลที่สามหรือบุคคลที่มีใช้คู่พิพาทที่เข้ามามีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทในฐานะ “*amici curiae*” ซึ่งคำนี้มีความหมายอย่างกว้างในภาษาลาตินคือ “เพื่อนของศาล” โดยจะกล่าวทั่วไปแล้วหน้าที่พื้นฐานของ *amicus curiae* นั้นก็เป็นไปเพื่อความยุติธรรม ซึ่งเพื่อนของศาลเหล่านี้อยู่ในตำแหน่งที่จะให้มุมมองพิเศษแก่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการ หรือให้ความคิดเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาท และการพิจารณาก็จะได้รับประโยชน์จากการเปิดกว้างหรือโปร่งใสมากยิ่งขึ้น และกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ *amicus curiae* นั้นสนใจเข้ามามีส่วนร่วมนั้นก็มักจะเป็นประเด็นข้อพิพาทที่อยู่ในความสนใจและเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสาธารณชน. อ้างอิงจาก Dimitrios Katranstiotis, "Transparency in International Investment Arbitration: From the Current Towards the Future Normative Framework." p. 11.

ก็ได้นำส่วนหนึ่งของเอกสารนั้นรวมเข้าเป็นภาคผนวกหนึ่งในคำให้การ⁸ แต่ในชั้นอุทธรณ์ องค์กรอุทธรณ์ของ WTO ได้ให้เหตุผลที่ตรงข้ามกับคณะผู้พิจารณา โดยระบุว่า คณะผู้พิจารณานั้นจะต้องใช้อำนาจอย่างระมัดระวังในการที่จะรับพิจารณาหรือปฏิเสธข้อมูลและคำแนะนำใดๆที่ถูกส่งมา “ไม่ว่าจะถูกขอโดยคณะผู้พิจารณาหรือไม่ก็ตาม” และองค์กรอุทธรณ์ยังได้ขยายความเป็นไปได้ในการที่จะรับเอกสารที่มีได้ถูกร้องขอจาก amicus curiae ได้ในรายงานขององค์กรอุทธรณ์ในคดี US – Lead and Bismuth II ที่ระบุว่า “องค์กรอุทธรณ์นั้นมิอำนาจทางกฎหมายภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทของ WTO ในการที่จะรับและพิจารณาเอกสารจาก amicus curiae ได้ในชั้นอุทธรณ์ เมื่อพบว่าเอกสารนั้นเกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์”

การเริ่มต้นดังกล่าวถูกต่อต้านจากสมาชิกของ WTO โดยที่ประเทศอียิปต์ได้มีการเรียกร้องให้มีการจัดการประชุมพิเศษของคณะมนตรีใหญ่ (General Council) เพื่อพิจารณาทกลงกันในเรื่องของการระงับข้อพิพาทที่มีการเพิ่มเติมขึ้นมานี้ ซึ่งการประชุมพิเศษนี้จัดขึ้นในวันที่ 22 พฤศจิกายน 2543 และมีประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศออกเสียงต่อต้านการยอมรับเอกสารที่มีได้มีการร้องขอจาก amicus curiae ขององค์กรอุทธรณ์ ยกตัวอย่างเช่นประเทศอูรุกวัย ที่ได้กล่าวว่า ผลกระทบของการเพิ่มกระบวนการที่ให้สิทธิบุคคลภายนอกหรือหน่วยงานอื่นนอกจากสมาชิก WTO นั้น จะส่งผลร้ายแรงและทำให้เกิดความไม่สมดุลขึ้นต่อสิทธิระหว่างสมาชิกของ WTO และบุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีพันธกรณีใดๆตามระบบของ WTO แต่ในอีกทางหนึ่งสหรัฐอเมริกาก็ได้โต้แย้งว่า องค์กรอุทธรณ์นั้นมิอำนาจภายใต้มาตรา 16(1) ของขั้นตอนการทำงานขององค์กรอุทธรณ์ (Working Procedures) ในการที่จะเพิ่มเติมกระบวนการพิจารณาในการรับและพิจารณาเอกสารของ amicus curiae สหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่า การที่องค์กรอุทธรณ์นั้นได้เพิ่มเติมกระบวนการเพื่อจัดการประเด็นปัญหาในการรับเอกสารของ amicus curiae นั้นเท่าเทียม ชอบด้วยกฎหมายและถูกตามระเบียบ โดยการนำเรื่องผลประโยชน์ของสมาชิกของประชาสังคมในแง่มุมต่างๆมาพิจารณา

สมาชิกของ WTO นั้นเริ่มมีการพิจารณาปรับปรุงความโปร่งใสในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ในรูปแบบของการเจรจาเพื่อแก้ไขบทวน กลไกระงับข้อพิพาทของ WTO ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 ซึ่งการรับเอกสารจาก amicus curiae โดยที่มิได้มีการร้องขอนั้นก็เป็นประเด็นที่สำคัญประเด็นหนึ่ง⁹

⁸ Junji Nakagawa, *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* (London and New York: Routledge, 2013), p. 1.

⁹ Ibid. p.2.

การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์นั้นก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญในการเจรจาเพื่อแก้ไขบททวน กลไกระงับข้อพิพาทของ WTO ซึ่งสมาชิกของ WTO ประกอบไปด้วย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป นั้นได้มีการเรียกร้องให้มีการปรับปรุงความโปร่งใส ผ่านการเปิดให้มีการเข้าฟังการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ โดยให้เหตุผลว่า การเปิดเผยการพิจารณานั้นจะสามารถทำให้เกิดความเชื่อมั่นของประชาชนต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO มากยิ่งขึ้น

การเรียกร้องให้มีการเพิ่มความโปร่งใสในกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO นั้นเนื่องจากคดีที่เป็นข้อพิพาทอยู่นั้นเป็นคดีที่อยู่ในความสนใจของประชาชนทั่วไปอย่างเช่นคดี US – Shrimps, EC – Asbestos, EC – Hormones ซึ่งคดีเหล่านี้เป็นตัวอย่างที่สำคัญ เพราะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการรักษาสิ่งแวดล้อม (การป้องกันสัตว์ใกล้สูญพันธุ์) และการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งคดีเหล่านี้ถูกเผยแพร่อย่างกว้างขวางและมี NGO หลายรายได้แสดงให้เห็นถึงอคติที่มีต่อกฎหมายการค้าเสรีของ WTO และกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ด้วย ซึ่ง NGO นั้นประสบความสำเร็จในการชักชวนให้ประเทศสมาชิกบางประเทศของ WTO มีการเรียกร้องให้เพิ่มความโปร่งใสในกระบวนการระงับข้อพิพาท เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่ากระบวนการนั้นจะเป็นไปอย่างสมดุลระหว่างการรักษาผลประโยชน์ทางการค้าและผลประโยชน์ของประชาชนทั่วไป เช่นในเรื่องของการรักษาสิ่งแวดล้อมและการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์¹⁰ ซึ่งในการพิจารณาเพื่อแก้ไขกลไกระงับข้อพิพาทของ WTO นั้นมีดังนี้

2.2.1 ความโปร่งใสในการเข้าถึงข้อมูล

จากการประเมินขั้นพื้นฐานขององค์การการค้าโลกที่ผ่านมานั้น มีการยืนยันว่าขั้นตอนการทำงานนั้นไม่จำเป็นต้องปิดเป็นความลับและทำให้พ้นจากการตรวจสอบของประชาชนเสมอไป ทำให้เกิดมุมมองขึ้นสองแบบเกี่ยวกับการจำกัดแนวคิดเรื่องความโปร่งใส หนึ่งคือเรื่องเกี่ยวกับการเข้าถึงเอกสาร กฎเกณฑ์ และกระบวนการต่างๆ สองคือเรื่องเกี่ยวกับการประสานงานขององค์การการค้าโลกกับองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs)¹¹ ซึ่งการประเมินนี้มีใช้แค่เพียง

¹⁰ Ibid. p. 3.

¹¹ Peter Pedersen Gabrielle Marceau, "Is the Wto Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the Wto with Non-Governmental Organisations and Civil Society's Claims for More Transparency and Public Participation," 33(I) *Journal of World Trade* 5 (1999).

เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทเพียงเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับการเจรจา (Negotiations) และการพัฒนาหลักและกฎต่างๆด้วย อีกทั้งการตอบสนองนโยบายที่เหมาะสมนั้นอาจจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับมุมมองในการพิจารณา ในแง่นี้ความคิดของการเข้าถึงที่มีอยู่นั้น อาจทำให้เกิดคำถามพื้นฐานขึ้นได้ เช่นในเรื่องของระดับที่เหมาะสมของการมีส่วนร่วมของบุคคลและกลุ่มต่างๆ

ในขณะที่เกิดความกังวลขึ้นในการระงับข้อพิพาท คำตัดสินที่เสร็จสิ้นแล้วของสมาชิก (Member) หรือของคณะผู้พิจารณาขององค์การการค้าโลก (WTO Panels) นั้นควรที่จะเผยแพร่อย่างทันทีเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อให้ประชาคมในวงกว้างได้พิจารณา ซึ่งในระบบของ GATT และ WTO นั้นก็มีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานในเรื่องของการสนับสนุนเกี่ยวกับการเปิดเผยเอกสารและข้อมูล แม้ว่าในทางปฏิบัติที่จริงแล้วการเข้าถึงนั้นเพิ่งจะสมบูรณ์มาได้ไม่นานนี้ โดยการเข้าถึงข้อมูลได้โดยไม่ถูกจำกัดของ GATT นั้นถูกตีพิมพ์ไว้ใน Basic Instruments and Select Documents และในเว็บไซต์ของ WTO เองก็มีการเผยแพร่ข้อมูลที่สำคัญ อาทิเช่น รายงานฉบับเต็มของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) และการปรับปรุงข้อมูลของรัฐในหลายๆกรณี¹²

สมาชิกองค์การการค้าโลกมีการแก้ไขเพื่อเพิ่มความรวดเร็วในการเข้าถึงเอกสารที่เกี่ยวข้องและมีแค่เอกสารบางประเภทที่ถูกจำกัดให้ได้รับการยกเว้นเท่านั้น และในที่สุดการตัดสินใจในเรื่องของการไม่จำกัดการเข้าถึงเอกสารก็ได้รับการอนุมัติในวันที่ 18 กรกฎาคม 1996 โดยคณะมนตรีใหญ่ (General Council)¹³ ซึ่งกระบวนการในปี ค.ศ. 1996 นั้นระบุว่าเอกสารนั้นจะต้องเปิดเผยอย่างอิสระไม่มีข้อจำกัดใดๆ เว้นแต่ที่ระบุไว้ในภาคผนวก¹⁴

ในระบบการระงับข้อพิพาทนั้นควรจะป้องกันเกี่ยวกับการทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้าในทางอ้อม และในบริบทของความโปร่งใสนั้นก็เกี่ยวข้องในเรื่องของการสนับสนุนความโปร่งใสของกฎหมายภายในและนโยบายต่างๆ ซึ่งการขาดความโปร่งใสเช่นว่านั้นทำให้ขาดประสิทธิภาพและทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้า ดังนั้นการเปิดเผยข้อมูลจึงมีความจำเป็นทั้งในภายในประเทศ และการแจ้งข้อมูลกันในระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกกันเองด้วย ดังที่กำหนดไว้ในข้อที่ 10 ของ

¹² Available at <https://www.wto.org/>.

¹³ WTO General Council, *Procedures for the Circulation and Derestiction of Wto Documents* (1996). [online]. Available from: <http://www.wto.org/english/docs-e/ddfe/derest e.htm>.

¹⁴ Ibid. Article 1. "The Appendix specifies working documents; documents dealing with modification or Withdrawal of concessions; minutes of meetings other than of the Trade Policy Review Body; Secretariat and government reports relating to the Trade Policy Review Mechanism, opened for signature 15 April 1994, 1869 UNTS 480 (entered into force 1 January 1995); documents relating to working parties on accession; documents relating to balance of payments consultations; documents submitted for circulation as restricted documents; and preliminary reports of Panels."

GATT ปี ค.ศ. 1994 ที่ระบุว่า “กฎหมาย ข้อบังคับ คำตัดสินของศาลและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการค้านั้น ควรจะเผยแพร่ทันที เพื่อให้รัฐและผู้ค้านั้นได้ทำ ความคุ้นเคย”*

2.2.2 ความโปร่งใสในกระบวนการ

องค์กรอุทธรณ์ของ WTO ในคดีความ Shrimp – Turtle ได้มีการพิจารณา ว่าข้อที่ 10 ของ GATT ปี ค.ศ. 1994 นั้นได้กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการเอาไว้¹⁵ และ เช่นเดียวกันในคดี EC – Hormones องค์กรอุทธรณ์ก็ได้มีการพิจารณาว่าพันธกรณีของคณะผู้ พิจารณาภายใต้ข้อที่ 11 ของกลไกการระงับข้อพิพาทของ WTO (DSU) ที่จะต้องมีการประเมินเนื้อหา สารก่อนที่จะมีการใช้กระบวนการทางกฎหมายหรือหลักความยุติธรรม¹⁶

ระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้นอาจจะมีแนวคิดที่แตกต่างกัน ลักษณะของข้อพิพาทใน องค์การการค้าโลกก็ยังคงมีความแตกต่างจากข้อพิพาทของเอกชนตามกฎหมายภายใน เพราะข้อพิพาท ขององค์การการค้าโลกนั้นเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงทำให้เกิดปัญหาในการลง ฉันทามติสำหรับการพัฒนากระบวนการในระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ เนื่องจาก ประเด็นความแตกต่างกันในเรื่องของวัฒนธรรมและพื้นหลังในการยึดถือหลักของแต่ละรัฐสมาชิก จึง ทำให้เกิดความยากมากในกระบวนการตัดสินใจ ที่จะไม่เอนเอียงไปทางระบบกฎหมายหนึ่งมากกว่า ระบบกฎหมายอื่นๆ

ในบริบทนี้อาจสรุปได้ว่าหลักความโปร่งใส นั้นจะไม่ถูกนำมาพิจารณาโดยคณะผู้พิจารณาและ องค์กรอุทธรณ์ เพราะอาจส่งผลกระทบต่อในแง่ลบสำหรับความโปร่งใสและกระบวนการอื่นๆในระบบ การระงับข้อพิพาท

2.2.3 ความโปร่งใสในการปรึกษาหารือ

* In addition to obligations to publicise rules and procedures, there is also an obligation in a number of agreements to provide enquiry points. In some cases these relate to Members only, but in others, these relate to the rights of a broader range of interested parties. "Agreement on Technical Barriers to Trade," 1868 UNTS 120 (1995). Art. 10.

¹⁵ WTO Appellate Body, "Shrimp-Turtle " AB-1998-4 (1998).pp. 182-183.

¹⁶ "Ec- Hormones," AB-1997-4 (1998).p. 133.

การปรึกษาหารือที่จำเป็นและเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับกระบวนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณา ซึ่งประเด็นปัญหาในเรื่องของความโปร่งใสก็คือ ในกระบวนการปรึกษาหารือระหว่างคู่พิพาทนั้นควรจะรักษาความลับไว้หรือควรที่จะเปิดเผย เพราะแต่เดิมนั้นเอกสารที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ รวมถึงคำถามและคำตอบระหว่างคู่พิพาทจะต้องปิดเป็นความลับเอาไว้¹⁷ ในขณะที่คณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ต่างก็ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าขั้นตอนการพิจารณานั้นจะต้องปิดเป็นความลับ และเช่นเดียวกันกับในกรณีที่มีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทโดยตรงในระหว่างที่มีการปรึกษาหารือด้วย¹⁸

การปรึกษาหารือที่มีวัตถุประสงค์หลักในการดูแลกระบวนการร่วมกัน ซึ่งจะเหมาะสมกว่าถ้ากระบวนการในการระงับความตึงเครียดใดๆก็ตามนั้นถูกปิดเป็นความลับ ดังนั้นการสนับสนุนการเพิ่มความโปร่งใสในขั้นตอนนี้อาจทำให้เกิดความไม่แน่ใจในขั้นตอนการพิจารณาได้

2.2.4 ความโปร่งใสในการเลือกคณะผู้พิจารณา

ในปัจจุบันนั้นคู่พิพาทนั้นตกลงกันที่จะเลือกคณะผู้พิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ประเทศสมาชิกอื่นของ WTO ทราบ และไม่ต้องเปิดเผยถึงบุคลิกลักษณะความสามารถของคณะผู้พิจารณาด้วย ซึ่งคณะผู้พิจารณานั้นต้องมาจากตัวแทนของประเทศสมาชิกใน WTO แม้ว่า การใช้บุคคลภายนอกนี้จะเป็นบางครั้งคราวเท่านั้น¹⁹ แต่ก็มีข้อเรียกร้องจากนักวิจารณ์บางคนในประเด็นความไม่เหมาะสมของการที่ไม่สามารถระบุตัวตนของเจ้าหน้าที่ที่จะมาทำการระงับข้อพิพาทของ WTO ได้ เช่นเดียวกับการอนุญาตโตตุลาการ ที่คู่พิพาทมีสิทธิที่จะเลือกอนุญาตโตตุลาการด้วยตัวเองและการเลือกนั้นก็เป็นการลับ และหลังจากมีการเลือกแล้วตัวตนของอนุญาตโตตุลาการถึงจะเป็นที่รู้จัก ซึ่งความเห็นแย้งที่เกิดขึ้นนั้นอาจจะเกี่ยวกับขั้นตอนทั่วไปในการเลือกนั้น²⁰

¹⁷ "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dsu), Opened for Signature 15 April 1994," 1869 UNTS 401, 33 ILM 1226 (1995). Article. 4(6).

¹⁸ WTO Panel, "Report of the Panel: United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear " *WT/DS24/R* (1996).pp. 7,27; WTO Appellate Body, "Report of the Appellate Body: India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products," *AB- 1997-5* (1997).p. 94.

¹⁹ "Working Procedures for Appellate Review " *WT/AB/WB/3* (1997).pp. 9-11, 13.

²⁰ Whitney Debevoise, "Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency," *32 International Lawyer* (1998).pp. 817, 820-821.

2.2.5 ความโปร่งใสในการเปิดเผยการพิจารณาคดี

ความชัดเจนของความโปร่งใสในการพิจารณาคดีตัดสินของศาลภายในประเทศ และศาลอุทธรณ์นั้นก็คือ โดยปกติเปิดให้ประชาชนเข้าถึงการพิจารณาคดีได้ เช่นเดียวกันกับองค์คณะในทางระหว่างประเทศ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ดังนั้นประเด็นที่ควรพิจารณาคือการพิจารณาคดีในขั้นตอนของคณะผู้พิจารณาและในองค์กรอุทธรณ์ของ WTO นั้นควรเปิดเผยหรือไม่ ซึ่งนาย Hudec ได้เสนอว่าถ้าหากมีการเปิดเผยการพิจารณาคดี แต่ละประเทศก็มีแนวโน้มที่จะใช้ทุกประเด็นทางกฎหมายเพื่อจะปกป้องประชาชนในระบอบประชาธิปไตยของตน ซึ่งจะทำให้เกิดความยาวนานและซับซ้อน ซ้ำยังอาจจะทำให้เกิดประเด็นปัญหาเพิ่มขึ้นด้วย แต่อย่างไรก็ตามเขาระบุว่าเพื่อหลีกเลี่ยงคำวิจารณ์ที่อันตรายจากองค์กรพัฒนาเอกชนถึงลักษณะของการระงับข้อพิพาทของ WTO ดังนั้นก็ควรเปิดเผยการพิจารณาคดี แต่คณะผู้พิจารณาจะต้องควบคุมการพิจารณาคดีให้ได้²¹ คำวิจารณ์ขององค์กรพัฒนาเอกชนนั้นทำให้เกิดความกังวลได้ในทันที แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีความสำคัญในเรื่องค่าใช้จ่ายและผลประโยชน์ที่จะต้องได้รับการพิจารณาเมื่อมีการตัดสินใจที่จะทำให้การพิจารณาคดีนั้นเปิดเผย

2.2.6 ความโปร่งใสในการรับเอกสารจากบุคคลฝ่ายที่สามซึ่งมิใช่คู่พิพาท (Amicus Curiae Briefs)

การเข้าถึงเอกสารของ Amicus curiae นั้นอยู่ในส่วนของกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งการส่งเอกสารจาก Amicus curiae นั้นถูกยอมรับจากคดี Shrimp - Turtle

ในขณะที่ในขั้นตอนการพิจารณาของคณะผู้พิจารณานั้นไม่สามารถที่จะรับเอกสารของ Amicus curiae ได้²² แต่ในขั้นตอนขององค์กรอุทธรณ์นั้นก็มีการตัดสินใจที่จะยอมรับเอกสารบนพื้นฐานที่ว่าองค์กรอุทธรณ์นั้นสามารถรับข้อมูลได้จากทุกทาง ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่มาจากการร้องขอภายใต้ข้อ 13 ของกลไกการระงับข้อพิพาทหรือไม่²³ โดยองค์กรอุทธรณ์นั้นมีการพิจารณาว่าองค์กร

²¹ Robert Hudec, "The New Wto Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years," 8 *Minnesota Journal of Global Trade* 1 (1999), pp. 44-47.

²² WTO Panel, "Shrimp-Turtle," *WT/DS58/R*, pt VII (1998).p. 8.

²³ WTO Appellate Body, "Shrimp-Turtle ".pp. 101-110.

นี้มีอำนาจในการรับเอกสารได้ แต่ไม่ต้องผูกพันที่จะต้องทำเช่นนั้น²⁴ และการตีความตามตัวอักษรในข้อที่ 13 นั้นอาจจะถูกเลือกใช้ได้โดยคณะผู้พิจารณา ซึ่งจะส่งผลให้คณะผู้พิจารณานั้นอาจจะหาข้อมูลเพิ่มเติมได้ แต่ก็ไม่ได้มีอำนาจในการรับข้อมูลที่ได้มีการร้องขอ²⁵

ในคดี US – Hot-Rolled Lead องค์การอุทธรณ์ได้แสดงข้อคิดเห็นที่ว่า บทบัญญัติในข้อที่ 13 นั้นสามารถใช้ได้แค่กับคณะผู้พิจารณา โดยมีการพิจารณาว่ามีข้อห้ามใดในกลไกการระงับข้อพิพาทที่ห้ามการพิจารณาเอกสารที่มาจาก Amicus curiae และได้อ้างถึงข้อ 17(9) ซึ่งเกี่ยวกับการให้อำนาจองค์การอุทธรณ์ในการสร้างกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสม โดยองค์การได้มีข้อสรุปว่าองค์การนี้มีอำนาจในการที่จะตัดสินใจว่าจะรับเอกสารหรือสิ่งอื่นใดที่เป็นประโยชน์ได้²⁶

2.2.7 ความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาทนั้นโดยปกติแล้วจะมีความเป็นส่วนตัวระหว่างคู่พิพาททั้งสอง ซึ่งการระงับข้อพิพาทนั้นจะส่งผลกระทบต่อสมาชิกอื่นไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง เพราะฉะนั้นจึงมีความสำคัญในการสนับสนุนความโปร่งใสในผลของการระงับข้อพิพาท ในขณะที่วัตถุประสงค์แรกเริ่มของระบบการระงับข้อพิพาทนั้นมีเพียงเพื่อดูแลระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท แต่ต่อมาในกลไกการระงับข้อพิพาทก็ได้มีการตอบรับว่าภาคีฝ่ายที่สามนั้นมีสิทธิ์ที่จะทำให้ตนมั่นใจได้ว่าการระงับข้อพิพาทนั้นสอดคล้องกับพันธกรณีขององค์การการค้าโลก ดังนั้นกลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกจึงมีการกำหนดให้ผลการระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องส่งไปยังองค์การระงับข้อพิพาทเพื่อเผยแพร่ ในกรณีนี้อาจจะเกิดคำถามจากประเทศสมาชิกอื่นๆ²⁷

2.3 หลักความโปร่งใสในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

²⁴ Gabrielle Marceau. Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-Governmental Organisations and Civil Society's Claims for More Transparency and Public Participation, p. 36.

²⁵ WTO Appellate Body, "Report of the Appellate Body: United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom " AB-2000-1 (2000).pp. 36-37.

²⁶ Ibid. p. 39.

²⁷ "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dsu), Opened for Signature 15 April 1994.", article 3(6).

2.3.1 การรักษาความลับและความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

โดยธรรมชาติแล้วระหว่างการรักษาความลับกับความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีสภาพของความตึงเครียดอยู่²⁸ การปกปิดเป็นความลับนั้นถือเสมือนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่สำคัญมากอย่างหนึ่งของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนักวิชาการต่างก็มีความคิดที่แตกต่างกันออกไป โดยส่วนหนึ่งกล่าวว่า การปกปิดเป็นความลับนั้นเสมือนเป็นลักษณะเด่นของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และในอีกส่วนหนึ่งก็กล่าวว่า การทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการโปร่งใสนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์มากต่อระบบการพิจารณา²⁹

รัฐและองค์กรพัฒนาเอกชน (Non-Governmental Organization: NGO) ได้เน้นย้ำถึงความต้องการพิเศษของประชาชนทั้งในเรื่องของความโปร่งใสและความรับผิดชอบในกระบวนการ การอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 2005 คณะกรรมการว่าด้วยการลงทุนขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาได้ออกถ้อยแถลงเพื่อสนับสนุนหลักความโปร่งใสมากยิ่งขึ้นแก่ประเทศสมาชิกทั้งหมด 34 ประเทศโดยกล่าวว่า “เป็นที่ทราบโดยทั่วกันระหว่างสมาชิกของคณะกรรมการว่าด้วยการลงทุนที่จะเพิ่มหลักของความโปร่งใสเข้าไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอาจจะมีการป้องกันที่จำเป็นสำหรับการป้องกันความลับของธุรกิจและข้อมูลของรัฐ ซึ่งเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและการยอมรับของประชาชนยิ่งขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับการมีส่วนร่วมในการพัฒนาเพิ่มเติมในเรื่องของตัวหลักกฎหมาย สมาชิกของคณะกรรมการการลงทุนได้เสนอมุมมองในกรณีที่ว่ากระบวนการพิจารณามีประเด็นสำคัญที่ประชาชนให้ความสนใจมาก ก็อาจจะอนุญาตให้บุคคลฝ่ายที่ 3 เข้ามามีส่วนร่วมได้ แต่เพียงเพื่อให้เป็นแนวทางและเพิ่มความชัดเจนในการพิจารณา”³⁰

²⁸ Cindy G. Buys, "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration," 14 *AM. REV. INT'L ARB* (2003). p. 121.

²⁹ Hans Bagner, "Confidentiality-a Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?," 18 *J. INT'L ARB* (2001). p. 243; Michael Collins, "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings," 11 *ARB. INT'L*. p. 321; Andrew Rogers and Duncan Miller, "Non-Confidential Arbitration Proceedings," 12 *ARB. INT'L*.p. 319; Hans Smit Hans Smit, "Confidentiality in Arbitration," 11 *ARB. INT'L*. p. 337; Leon E. Trakman, "Confidentiality in International Commercial Arbitration," 18 *ARB. INT'L* (2002). p. 1.

³⁰ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures (June 2005). [online]. Available from: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/34786913.pdf>.

ในทำนองเดียวกันนั้นองค์กรพัฒนาเอกชนหลายๆองค์กรก็ได้มีการพูดถึงระบบการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศที่เป็นความลับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในส่วนที่เป็นความกังวลของสาธารณะชน (Public concern) ยกตัวอย่างเช่นคำกล่าวของ นาย Luke Peterson ตัวแทนจากสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (International Institute for Sustainable Development) ที่กล่าวว่า “ในขณะที่มีเหตุผลจำเป็นสำหรับนักลงทุนที่จะคาดหวังถึงกระบวนการตัดสินที่โปร่งใสในประเทศที่ตนไปลงทุน มันก็มีเหตุจำเป็นเช่นกันสำหรับประชาชนที่จะคาดหวังว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจะถูกระงับด้วยกระบวนการที่เท่าเทียมและเปิดกว้างให้เห็นถึงความโปร่งใสและรวมถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นควรที่จะยินยอมให้ประชาชนและผู้ที่ได้รับผลกระทบได้เข้าถึงกระบวนการด้วย”³¹

2.3.2 หลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นมีอยู่ 3 รูปแบบที่สำคัญคือ การเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท, การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณา และการรับเอกสารจาก Amicus curiae

2.3.2.1 การเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท

ความโปร่งใสในบริบทนี้คือการอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูลหรือเอกสารในกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลหรือเอกสารนั้นประกอบไปด้วย

1. หนังสือแสดงเจตนาที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการ
2. หนังสือแจ้งการเสนอ-การตอบรับ ให้มีการอนุญาโตตุลาการ

³¹ Luke Peterson, *Challenges under Bilateral Investment Treaties Give Weight to Calls for Multilateral Rules* (2001). [online]. Available from: http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_law_commentary.pdf. p. 14.

3. คำให้การของคู่พิพาท, บันทึกต่างๆ, เอกสารที่มาจากคู่พิพาทที่ยื่นให้อนุญาตตุลาการ และเอกสารที่มาจากภาคีที่มีใช้คู่พิพาท
4. รายงานหรือสำเนาการพิจารณาคดีของอนุญาตตุลาการ
5. คำสั่ง, คำตัดสิน และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ³²

2.3.2.2 การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณา

อีกประเด็นหนึ่งในเรื่องของความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐก็คือ การเปิดเผยการพิจารณา โดยคณะอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องพิจารณาถึงการรักษาผลประโยชน์ของประชาชนในข้อพิพาทนั้นๆและความต้องการของคู่พิพาทในการรักษาความลับด้วย ซึ่งการเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณานั้น อนุญาตตุลาการจะเป็นผู้ควบคุมความมากน้อยในการเปิดเผย โดยจะต้องมีการปรึกษารื้อกับคู่พิพาทเสียก่อน หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีข้อมูลที่ยืนยันว่าจะป้องกันหรือรักษาเป็นความลับไว้ ก็จะต้องแจ้งกับอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการจะต้องจัดการเผยแพร่อย่างเหมาะสม³³

2.3.2.3 การรับเอกสารจาก Amicus curiae

การรับเอกสารจาก amicus curiae นั้นเสมือนเป็นตัวบ่งชี้สำหรับความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งเมื่ออนุญาตตุลาการได้มีการปรึกษารื้อกับคู่พิพาทแล้วอนุญาตตุลาการอาจจะอนุญาตให้บุคคลหรือหน่วยงานอื่นใดที่มีใช้คู่พิพาท สามารถยื่นเอกสารเพื่อให้อนุญาตตุลาการพิจารณาได้ ซึ่งเนื้อหาจะต้องอยู่ในขอบเขตของข้อพิพาท ซึ่งอาจจะประกอบไปด้วย เอกสารที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท หรืออาจจะเป็นการให้ข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เชี่ยวชาญ หรือมุมมองเฉพาะที่แตกต่างจากคำให้การของคู่พิพาท แต่ทั้งนี้อนุญาตตุลาการจะต้องทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า การเข้ามาแทรกแซงของ amicus curiae นั้นจะไม่ไปรบกวนกระบวนการอนุญาตตุลาการ หรือจะก่อให้เกิดภาวะที่เกินควรหรือไม่เป็น

³² UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, *Transparency* (2012). [online]. Available from: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=425>. pp. 75-76.

³³ Ibid. p.76.

ธรรมแก่คู่พิพาท และคู่พิพาทจะต้องมีโอกาสในการที่จะแสดงความคิดเห็นต่อเอกสารที่ amicus curiae ยื่นมา³⁴

ดังนั้นหลักความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทนั้น ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาททางการค้าหรือการลงทุน ล้วนแล้วแต่มีพื้นฐานที่สำคัญมาจากหลักความโปร่งใส 3 ข้อ คือ การเข้าถึงข้อมูลและเอกสารได้, การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณา, การให้บุคคลอื่นเช่น amicus curiae สามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้ ซึ่งในแต่ละระบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทก็นำหลักนี้ไปปรับใช้เพื่อให้เหมาะสมกับระบบของตน ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบที่แตกต่างกันไป อาทิเช่น ลักษณะของข้อพิพาท, คู่พิพาท, กฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาท



³⁴ Ibid. p.77.

บทที่ 3

ปัญหาความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยการ อนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

การปฏิรูปกฎระเบียบในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นมาจากลักษณะของข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่แตกต่างกัน การอนุญาโตตุลาการในรูปแบบเดิมที่มาจากอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้านั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาความชอบธรรมจนทำให้ต้องมีการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งในบทนี้จะศึกษาถึงความแตกต่างของข้อพิพาททางการค้ากับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ และความแตกต่างในกระบวนการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ รวมถึงปัญหาความชอบธรรมที่เกิดขึ้น และการแก้ไขกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนเพื่อให้เกิดความชอบธรรม

3.1 ความแตกต่างในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

การอนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาการลงทุนนั้นอยู่ในรูปแบบของความยินยอมซึ่งกันและกันระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งเนื้อหาของสนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาการลงทุนนั้นเกิดจากข้อพิพาทที่มาจากความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชน ผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำและใช้อำนาจทางมหาชนโดยรัฐ ซึ่งแตกต่างจากความยินยอมในการที่จะอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างประเทศ หรือข้อพิพาททางการค้า (ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชน) ซึ่งในแต่ละฝ่ายคู่พิพาทนั้นจะมีความสามารถในการที่จะใช้กฎหมายหรือปฏิบัติตามกฎหมายเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายมหาชน การอนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาการลงทุนนั้นเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่อยู่ภายใต้การควบคุม ระหว่างรัฐกับเอกชน มากกว่าความสัมพันธ์แบบซึ่งกันและกันระหว่างกฎหมายที่เท่าเทียมกัน (Commercial Arbitration)¹

¹ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: OUP, 2007), p. 45.

3.1.1 การอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้า

การขยายกรอบความตกลงในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการฟ้องโดยเอกชน กรณีที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมของรัฐ ซึ่งเมื่อก่อนนั้นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะถูกตั้งขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ เพราะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดแทนการใช้กำลังต่อกัน ในบริบทนี้การอนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดจากข้อพิพาทระหว่างรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเอกชนไม่ได้รับอนุญาตให้มีการฟ้องร้องได้เว้นแต่จะให้ประเทศของตนเป็นตัวแทนในการฟ้องร้อง แต่อย่างไรก็ตามการทำธุรกิจระหว่างประเทศนั้นได้แพร่ขยายออกไปมากในศตวรรษที่ 20 รัฐได้ให้บทบาทเอกชนมากขึ้นในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยใช้เป็นสื่อกลางในการระงับข้อพิพาททางการค้า ถึงแม้ว่าในอดีตวัตถุประสงค์เดิมนั้นจะมีใช้เพื่อควบคุมความสัมพันธ์แบบภายใต้อำนาจการควบคุมของรัฐในเรื่องของการทำธุรกิจ แต่เพื่ออำนวยความสะดวกในการทำการค้าระหว่างองค์กรหรือระหว่างรัฐด้วยกันเอง²

รากฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้นมาจากพิธีสารเจนีวา (Geneva Protocol) ในปี ค.ศ. 1923³ และมีการลงนามใน 17 ประเทศ ซึ่งส่วนมากอยู่ในยุโรป ซึ่งในพิธีสารนั้นยินยอมที่จะให้สนธิสัญญาที่เกิดจากคู่สัญญาเอกชน ซึ่งอยู่คนละเขตอำนาจศาล สามารถส่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และในเวลาเดียวกัน รัฐได้ตกลงยินยอมให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นมาจากรัฐที่จะบังคับใช้คำชี้ขาดเอง และจำกัดว่าจะต้องเป็นข้อพิพาททางการค้าเท่านั้น⁴

รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าได้ขยายมากขึ้นในอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Convention) ปีค.ศ. 1927⁵ ในกรณีที่รัฐยินยอมที่จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มาจากประเทศอื่น การบังคับคดีระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการให้ฝ่ายที่ชนะคดีบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อทรัพย์สินของฝ่ายที่แพ้ในดินแดนของประเทศคู่สัญญาตามสนธิสัญญา

² Ibid. p. 50.

³ Protocol on Arbitration Clauses in Commercial Matters (the Geneva Protocol of 1923). Entered into force 28 July 1924.

⁴ Geneva Protocol, article 1 and 4.

⁵ Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, the Geneva Convention 1927 (Geneva, 1927), entered into force 25 July 1929.

คำชี้ขาดนั้นสามารถเคลื่อนย้ายได้ กล่าวคือ ฝ่ายที่ชนะสามารถไล่ตามเอาทรัพย์สินจากฝ่ายที่แพ้ได้ โดยการข้ามประเทศได้

เพื่อบังคับตามคำชี้ขาด ฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องแสดงให้เห็นถึงความสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศที่จะบังคับคดี⁶ และยิ่งกว่านั้นคือคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะต้องสามารถระงับข้อพิพาทได้จริงภายใต้กฎหมายของประเทศที่จะดำเนินการบังคับคดี และรัฐยังคงมีสิทธิที่จะจำกัดการผูกพันในการบังคับคดีในข้อพิพาททางการค้า⁷

ในต้นปี ค.ศ. 1950 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce - ICC) และหน่วยงานอื่น ๆ มีความพยายามที่จะสร้างสนธิสัญญาอื่นขึ้นมาแทนพิธีสารเจนีวา 1927 และในปี ค.ศ. 1958 ก็มีการสร้างอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติในเรื่องของการยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (United Nations Convention on the Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards) ซึ่งมีชื่อเรียกสั้น ๆ ว่าอนุสัญญา New York⁸ และเมื่อเกิดอนุสัญญาตัวนี้ขึ้นมาก็ทำให้เกิดความตึงเครียดระหว่างวัตถุประสงค์ของรัฐที่จะขยายการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กับการรักษาอำนาจปกครองภายใน และในร่างการประชุมขององค์การสหประชาชาติได้กล่าวไว้ว่า “เป็นที่น่าพึงพอใจที่จะจัดตั้งอนุสัญญาใหม่ขึ้นมาเพื่อเพิ่มเติมจากอนุสัญญาเจนีวาในเรื่องของการอำนวยความสะดวกในการบังคับคดี แต่ในเวลาเดียวกันก็จะต้องรักษาหลักทั่วไปที่จะต้องยินยอมหลักการตัดสินใจตามสิทธิอธิปไตยของรัฐ”⁹

เพื่อจะไปให้ถึงวัตถุประสงค์ อนุสัญญา New York จึงได้ขยายขอบเขตสำหรับการบังคับคดีตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะต้องยอมรับสนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในอนาคตที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนดกฎหมายไว้ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับสัญญาหรือไม่ และในอนุสัญญา New York ได้ยกเลิกกฎที่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะต้องมาจากประเทศที่จะบังคับคดี โดยที่คำชี้ขาดนั้นเพียงแต่ต้องทำตามกฎหมายของประเทศที่การอนุญาโตตุลาการถูกจัดขึ้น ขึ้นอยู่กับมาตรฐานพื้นฐานของความยินยอมกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และโดยข้อตกลงที่จะบังคับตามคำชี้ขาด

⁶ Geneva Convention of 1927, art 1(c).

⁷ Ibid. art 1(b). *Also, the award had to be consistent with the agreement to arbitrate and with the applicable procedural rules (art 1(c) and 2(c)), and recognition and enforcement had to be consistent with the public policy and the principle of law of the country where enforcement was sought (art 1(e)).

⁸ "United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention) ", entered into force 7 June 1959 (1958).

⁹ UN ESC, "Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitration Awards," UN DOC E/AC.42/4/Rev. 1 (1955). p. 5.

รัฐจะต้องยอมสละในเรื่องความสำคัญของเขตอำนาจศาลโดยการยอมรับคำชี้ขาดที่มาจากอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นนอกเขตอำนาจศาล¹⁰

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมามากมายนี้อนุสัญญา New York ถือเสมือนเป็นเสาหลักที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และบางครั้งก็เป็นตัวอย่างที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดของกฎหมายระหว่างประเทศในประวัติศาสตร์ของกฎหมายการค้า¹¹

ทุกวันนี้อนุสัญญา New York ได้แพร่ขยายครอบคลุมออกไปมากมาย มากกว่า 120 ประเทศได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญานี้ ซึ่งเปรียบเสมือนว่าเขตอำนาจศาลก็กว้างมากขึ้นสำหรับฝ่ายที่ชนะคดี ที่จะสามารถบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อทรัพย์สินของฝ่ายที่แพ้ได้ แต่กระนั้นอนุสัญญา New York นั้นก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์เดิมของหอการค้านานาชาติ (ICC) ที่จะทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเต็มในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยที่ไม่ต้องผ่านการพิจารณาจากศาลภายในเขตอำนาจที่การอนุญาโตตุลาการได้จัดตั้งขึ้น¹² และยิ่งกว่านั้น การปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญา New York ยังคงจำกัดข้อพิพาทเฉพาะที่คิดว่าจะสามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ และเพื่อที่จะตัดสินชี้ขาดให้สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹³ ดังนั้น ศาลภายในประเทศจึงต้องสงวนไว้ซึ่งอำนาจเพื่อจำกัดการบังคับตามคำชี้ขาด และยิ่งกว่านั้น ในอนุสัญญานี้ยังยินยอมให้รัฐสามารถจำกัดพันธกรณีของตนต่อข้อพิพาททางการค้าได้¹⁴

ศาลภายในของแต่ละประเทศต่างก็ตีความข้อจำกัดในเรื่องของขอบเขตอำนาจในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบที่ต่างกัน ซึ่งก่อให้เกิดความพยายามใหม่ที่จะรวมเอากฎหมายภายในมาเชื่อมโยงกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศทันที และเพื่อเรื่องนี้ในปี ค.ศ. 1985 คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law- UNCITRAL) จึงได้สร้างแม่แบบของ

¹⁰ New York Convention, art II.1 and II.3.

¹¹ G Wetter G Wetter, *The Present Status of the International Court of Arbitration of the Icc* (1990), pp. 91,93.

¹² A Redfern and M Hunter M Hunter A Redfern, "Law and Practice in International Commercial Arbitration " (2004). p. 68.

¹³ New York Convention, art II(1) and V(2)(a) and (b).

¹⁴ Ibid. art I(3). *This one of two permitted reservations. The other was a reciprocity reservation by which states could limit recognition to awards made in states that also recognized the treaty. By 2001, 39 of 125 states parties had entered a commercial reservation and 68 that entered a reciprocity reservation.

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้า¹⁵ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้แบบกฎหมายนี้ถูกออกแบบเพื่อใช้โดยรัฐเสมือนเป็นพื้นฐานสำหรับกฎหมายภายในเพื่อที่จะสร้างระบบพิเศษขึ้นมา สำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อศาลภายใน ในเรื่องของการยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคำชี้ขาดนั้นมาจากประเทศใดและโดยปราศจากการเรียกร้องข้อตอบแทนใดๆ¹⁶ อีกทั้งแม่แบบกฎหมายตัวนี้ยังได้รับเอารูปแบบคำจำกัดความของทางระหว่างประเทศและทางการค้ามา และยังให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างชัดเจนในการตัดสินภายใต้อำนาจของตัวเอง¹⁷

สิ่งสำคัญคือแม่แบบกฎหมายตัวนี้ได้เพิ่มเติมจากข้อจำกัดของอนุสัญญา New York ที่เคยจำกัดการใช้ดุลพินิจในการตัดสิน เพื่อปฏิเสธ เพื่อกายอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด และเพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการเพิกเฉยต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลในประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการจัดตั้งขึ้น¹⁸

ในแต่ละส่วนที่เกี่ยวข้อง แม่แบบกฎหมายตัวนี้ได้เพิ่มจำนวนของข้อขัดแย้งทางธุรกิจ ที่ไม่พอใจต่อคำตัดสินของศาลภายในประเทศที่ตัดสินตามอนุสัญญา New York ไว้ด้วย¹⁹ ตั้งแต่แม่แบบกฎหมายตัวนี้ออกมา ประมาณ 40 ประเทศ ทั้งประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนาได้ใช้แม่แบบกฎหมายตัวนี้เพื่อแก้ไขข้อกฎหมายของตัวเอง ในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการทางการค้า เพื่อให้เกิดการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมากยิ่งขึ้น จากการแก้ไขขอบเขตรูปแบบมากขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับตามคำชี้ขาด ถึงแม้ว่าแม่แบบกฎหมายตัวนี้จะเพิ่มเติมมาจากอนุสัญญา New York แต่กระนั้น รัฐก็อาจจะยังเลือกที่จะจำกัดแม่แบบกฎหมายนี้ต่อข้อพิพาททางการค้าและกลับไปยังขอบเขตส่วนตัวได้ (Private Realm)²⁰

ก่อนที่คณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติจะสร้างแม่แบบเรื่องอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศขึ้นมานั้น คณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติได้เคยสร้างข้อบังคับว่าด้วยการ

¹⁵ UNCITRAL, "Model Law on International Commercial Arbitration (Uncitral Model Law)," *UN Doc A/40/17, annex I, 24 ILM 1302* (1985).

¹⁶ UNCITRAL Model Law, article 34-36.

¹⁷ UNCITRAL Model Law, article 1(3), 16.

¹⁸ MJ Mustill, *Arbitration: History and Background* (1989), p. 52.

¹⁹ UN, "Report of the Secretary- General: Possible Feature of a Model Law on International Commercial Arbitration," *UN DOC A/CN.9/207* (1981).

²⁰ UNCITRAL Model Law, article 1(1).

อนุญาโตตุลาการ ของ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1976²¹ ไว้ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีคุณค่ามาก เพราะจะเชื่อมโยงกับสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งเป็นหนึ่งในชุดของ กระบวนการภายใต้การฟ้องร้องของนักลงทุน ดังนั้นข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนี้ เปรียบเสมือนชุดของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่จะรวมอยู่ในระบบลักษณะนี้ เพื่อใช้ในการควบคุมการดำเนินการของการอนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาการลงทุน รวมไปถึงประเด็นสำคัญ เช่นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกสถานที่ในการอนุญาโตตุลาการ ความมากน้อยของการ เข้าถึงกระบวนการ และลักษณะการผูกพันต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ²²

เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการสหประชาชาติ นั้น เหมือนกับข้อบังคับอื่นๆที่เขียนโดยอ้างอิงจากการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่าง ประเทศ อย่างเช่น การกำหนดเพิ่มเติมในเรื่องของสนธิสัญญาการลงทุนจะเชื่อมโยงกับกฎว่าด้วยการ อนุญาโตตุลาการอย่างไร ซึ่งแต่เดิมนั้นเป็นการพิจารณาตัดสินโดยอาศัยความยินยอม มากกว่าการใช้ กระบวนการทางศาลตามกฎหมายมหาชน²³

3.1.1.1 ลักษณะการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้า

แนวคิดพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้นคือ รูปแบบของเอกชนในการใช้อำนาจตัดสินโดยอาศัยเจตนาจากคู่พิพาท²⁴ และถูกควบคุมโดยหลักที่ทำ ตามความเชื่อสูงสุดของคู่สัญญา ซึ่งหลักนี้ตั้งอยู่บนการตัดสินใจโดยสมัครใจของเอกชน ในเรื่องของ ธุรกิจว่าควรจะถูกยอมรับโดยรัฐอย่างไร ความเคารพต่อคู่สัญญาหมายถึง การยอมรับการตัดสินใจ ของฝ่ายที่ทำธุรกิจร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง การตกลงที่จะระงับข้อพิพาท โดยการทำข้อตกลงการอนุญาโต ตุลาการ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ²⁵ การ อนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นคือผลจากข้อตกลงของคู่สัญญา และอำนาจในการอนุญาโตตุลาการก็เป็น เนื้อหาสาระภายในข้อสัญญา

²¹ UN Doc, "Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law," *UNCITRAL Rules*, no. A/31/17 (1976).

²² PT Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford: Blackwell, 1999), p. 540.

²³ UN, "Report of the Secretary-General: Preliminary Draft Set of Arbitration Rules for Optional Use in Ad Hoc Arbitration Relating to International Trade," *UNCITRAL Arbitration Rules, UN Doc* (1974). pp. 163-164.

²⁴ UNCITRAL Model Law, article 19(1)

²⁵ A Redfern and M Hunter, *Law and Practice in International Commercial Arbitration*, p. 131.

การอนุญาโตตุลาการทางการค้าที่เกิดขึ้นเสมือนหนึ่งเป็นทางเลือกนอกจากกระบวนการทางศาลของกฎหมายมหาชน ซึ่งเอกชนสามารถตกลงที่จะให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างพวกเขาถูกระงับ โดยการอนุญาโตตุลาการแทนที่จะใช้ระบบศาล การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจจะดีกว่า เพราะ รวดเร็วและรักษาความลับได้ดีกว่า ซึ่งในทางระหว่างประเทศ การอนุญาโตตุลาการก็ใช้เพื่อเติมเต็มช่องว่างทางกฎหมาย และหลีกเลี่ยงปัญหาในการบังคับใช้คำตัดสินของศาลต่างประเทศ สำหรับรัฐเหตุผลหนึ่งในการที่จะรับรองการอนุญาโตตุลาการทางการค้าก็คือ เพื่ออำนวยความสะดวกและเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพภายใน ของการระงับข้อพิพาทข้อพิพาทในการดำเนินธุรกิจข้ามประเทศ²⁶

การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้นสามารถเป็นโครงสร้างที่ใช้แทนกระบวนการทางศาล และเพื่อใช้เป็นตัวกลางในการระงับข้อพิพาทที่ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการอำนวยความสะดวกในการทำการค้าก็เพื่อสร้างความมั่นใจในเรื่องของความเท่าเทียม รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพในการตัดสินข้อพิพาทระหว่างประเทศ

กฎที่คู่สัญญาสร้างขึ้นเราเรียกว่าข้อตกลงของคู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการ เป็นการแสดงออกถึงการให้ความเคารพจากรัฐ และโดยเฉพาะศาลภายใน ซึ่งข้อตกลงในการที่จะอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะได้ความเคารพจากประเทศที่ทำการค้าของแต่ละคู่สัญญา ในทำนองเดียวกัน กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ควรจะถูกป้องกันจากการแทรกแซงโดยศาลภายในภายใต้เงื่อนไขความยินยอมและพื้นฐานของกระบวนการที่เท่าเทียมกัน ขณะที่การอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อตกลง นอกจากนั้นศาลจะเข้ามามีบทบาทไม่ได้เว้นแต่กระบวนการนั้นจะไม่เป็นธรรม และตราบเท่าที่การอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เกินกว่าขอบเขตการตกลงของคู่สัญญา กล่าวคือ ไม่มีประเทศใดจะสามารถเอากระบวนการตัดสินหรือนโยบายใดๆของตนมาใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ในข้อพิพาทที่ได้มีการตกลงที่จะให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะไม่สามารถใช้อำนาจในความสัมพันธ์ในการอนุญาโตตุลาการนี้ได้ การอนุญาโตตุลาการทั้งหมดนั้นก็ขึ้นอยู่กับรัฐ ในการที่จะใช้อำนาจบังคับให้คู่สัญญายินยอมผูกพันต่อกระบวนการพิจารณา และการใช้อำนาจเพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจจะอาศัยอำนาจของศาลภายใน ในการออกคำสั่งให้คู่สัญญายอมรับและเคารพในข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ²⁷ เพื่อบังคับให้พยานมาศาล²⁸ หรือออกคำสั่งต่างๆ เพื่อบังคับ

²⁶ Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitration Awards, UN ESC, UN DOC, (1955), pp. 5-6.

²⁷ UNCITRAL Model Law, article 8, 11(4).

²⁸ Ibid. article 6, 8, 27.

มาตรการชั่วคราว²⁹ หรือเพื่อเป็นที่พึ่งสุดท้ายในกรณีที่เกิดความล้มเหลว³⁰ ดังนั้นการอนุญาตโตตุลาการทางการค้าเมื่อมองดูแล้วนั้นเป็นรูปแบบของการควบคุมที่ขึ้นอยู่กับรัฐว่าจะบังคับใช้อย่างไร เพราะเหตุนี้จึงสันนิษฐานได้อย่างหนึ่งว่ารัฐมีความชอบธรรมทางกฎหมาย ในการที่จะลบล้างหรือปฏิเสธข้อตกลงการอนุญาตโตตุลาการอยู่หลายเหตุผล อาทิเช่น เพื่อป้องกันผลประโยชน์ให้แก่ฝ่ายที่อ่อนแอกว่า, ฝ่ายที่ 3 หรือเพื่อประชาชน

แม้กระนั้นในหลายๆประเทศ การอำนวยความสะดวกให้แก่บริษัทของตัวเองเพื่อให้ทำการค้าได้ และในกรณีที่ต้องการทำเพื่อสนับสนุนอุตสาหกรรมการอนุญาตโตตุลาการภายในประเทศของตัวเอง จึงต้องจำกัดการเข้าแทรกแซงของข้อตกลงเอกชนในการที่จะอนุญาตโตตุลาการ และในส่วนบทบาทของศาลภายใน ในเรื่องของการขัดขวางการทำข้อตกลงระหว่างบริษัทซึ่งอยู่คนละเขตอำนาจศาล ซึ่งรัฐนั้นได้สนับสนุนการอนุญาตโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศให้กลายเป็นกรอบกฎหมายที่จำเป็นในตลาดเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจของเอกชนคู่สัญญาในการยินยอมที่จะบังคับใช้การอนุญาตโตตุลาการนั้นสำคัญมาก เพราะในการตกลงที่จะอนุญาตโตตุลาการนั้น คู่สัญญาจะต้องยอมสละสิทธิพื้นฐานในเรื่องของความคุ้มกันต่อพลเมืองไป เพื่อที่จะใช้สิทธิในการเลือกรูปแบบในการระงับข้อพิพาทเอง³¹

รูปแบบโครงสร้างของการอนุญาตโตตุลาการทางการค้า เปรียบเสมือนระบบที่มีอิสระเลือกได้ด้วยตนเอง ซึ่งต่างจากขอบเขตของมหาชน การอนุญาตโตตุลาการถูกกำหนดหรือยอมรับโดยรัฐที่ถือเสมือนว่าตนเป็นเอกชน โดยการใช้อำนาจอธิปไตยในการยินยอมรับคำชี้ขาดจากการกระทำของตน โดยการอนุญาตโตตุลาการแทนที่ศาล ความสามารถและการแทนที่โดยการสร้างทางเลือกร่วมกัน รัฐจะกระทำผ่านกฎหมายหรือศาลซึ่งเสมือนเป็นตัวแปรของการตัดสินใจในทางเอกชน ซึ่งแตกต่างจากการควบคุมการกระทำของรัฐ และแตกต่างจากการใช้การตัดสินใจเพื่อกำหนดเขตอำนาจของกฎหมายในการใช้อำนาจอธิปไตย และตราใบไต่ข้อพิพาทเกิดขึ้นภายใต้โครงสร้างของกฎหมายเอกชน เอกชนอาจจะตกลงที่จะถอนข้อพิพาทหรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายในรูปแบบเฉพาะนี้ออกจากกระบวนการทางศาลเบื้องต้นของศาลในประเทศนั้นๆได้ และสามารถส่งข้อพิพาทให้แก่อนุญาตโตตุลาการแทน ในทางกลับกัน ศาลมีอำนาจโดยตรงในการยินยอมให้การอนุญาตโตตุลาการซึ่งเกิดจากความยินยอมของรัฐที่ตกลงจะอนุญาตโตตุลาการเพื่อการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งสิ่งที่สำคัญในที่นี้ไม่ใช่ความครอบคลุมหรือลักษณะของการอนุญาตโตตุลาการทางการค้า แต่ที่สำคัญคือ กรอบของการ

²⁹ Ibid. article 17.

³⁰ Ibid. article 11(4).

³¹ A Redfern and M Hunter, *Law and Practice in International Commercial Arbitration*, p. 5.

อนุญาโตตุลาการทางการค้านี้ไม่สามารถใช้ได้ เมื่อการอนุญาโตตุลาการนั้นใช้ในการระงับข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะยกตัวอย่างของรูปแบบความยินยอมของรัฐที่ต่างกัน การให้ความเคารพ การทำสัญญา และสนธิสัญญาการอนุญาโตตุลาการการลงทุนตามลำดับ

3.1.2 การอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

สนธิสัญญาพหุภาคีฉบับแรกที่ควบคุมไปถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่รวมเอาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนกับรัฐคือ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุน (Convention on the Settlement of investment Disputes- ICSID Convention) ปี ค.ศ. 1965³² ซึ่งจัดตั้งโดยสถาบันระงับข้อพิพาทการลงทุนของธนาคารโลก (World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes- ICSID) เพื่อให้สถาบันระงับข้อพิพาทนี้มีเขตอำนาจที่ทั้งรัฐและนักลงทุนจะต้องให้ความยินยอมในการอนุญาโตตุลาการต่อสถาบันนี้ โดยการทำข้อสัญญา, ธรรมนูญ หรือสนธิสัญญา ซึ่งสองอย่างหลังนี้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการสำหรับสถาบันระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นจากความยินยอมของรัฐ ที่ยินยอมให้อนุญาโตตุลาการของสถาบันสามารถตัดสินและมีอำนาจควบคุมการอนุญาโตตุลาการในแบบที่อนุสัญญา New York ไม่เคยมี ซึ่งเป็นโครงสร้างหลักที่สำคัญที่สุดของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุน อันมีแนวคิดพื้นฐานสำหรับรัฐในการขยายขอบเขตการอนุญาโตตุลาการการลงทุนโดยอาศัยการทำสัญญา และใช้ในการควบคุมจัดการ³³

ในการเจรจาของอนุสัญญา New York ช่วงปี ค.ศ. 1950 ได้มีวัตถุประสงค์ในการขยายขอบเขตการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ โดยการขยายคำจำกัดความในสนธิสัญญาเรื่องความหมายของคำว่า การค้า (Commercial) ซึ่งวัตถุประสงค์นี้ดำเนินต่อไปได้โดยการเจริญเติบโตที่สำคัญของหน่วยงานรัฐในระบบการค้าระหว่างประเทศ การเจรจาจากฝั่งประเทศตะวันตก โดยเฉพาะการเน้นย้ำในเรื่องของการทำสัญญาระหว่างประเทศด้วย ในสุดท้าย สนธิสัญญานี้ก็ใช้ได้กับหน่วยงานของรัฐด้วย แต่รัฐก็ยังคงมีสิทธิในการจำกัดพันธกรณีต่อข้อพิพาททางการค้าอยู่ ดังนั้นเพื่อขยายขอบเขตอนุสัญญา New York จึงได้รวมเอาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับรัฐเข้ามาด้วย แต่ก็จำกัดแค่ที่

³² Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States. (the ICSID Convention) (Washington, entered into force 14 October 1966).

³³ Gus Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, p.55

เกี่ยวกับการกระทำของรัฐในทางเอกชนเท่านั้น ซึ่งอนุสัญญานั้นก็ควบคุมไปถึงการอนุญาตตุลาการ การลงทุนด้วย แต่มิใช่การอนุญาตตุลาการการลงทุนในขอบเขตของมหาชนภายใต้ความยินยอม ทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนของธนาคารโลก เพราะใน อนุสัญญานี้ไม่ได้จำกัดการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างนักลงทุนกับรัฐและยังอนุญาตให้มีการ อนุญาตตุลาการการลงทุนตามการตัดสินใจแบบมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญานี้ได้ขยายเขต อำนาจศาลไปยังทุกข้อพิพาททางกฎหมาย ที่เกิดจากการลงทุนโดยตรง โดยที่ไม่มีข้อจำกัด ในคำ จำกัดความของคำว่า การลงทุน³⁴

ตั้งแต่อนุสัญญานี้ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของธนาคารโลกได้เกิดขึ้น ประเทศที่ ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาการลงทุนกว่าร้อยประเทศทั้งหมดได้เปลี่ยนจากรูปแบบการ การแบบเดิมมาเป็นการอนุญาตตุลาการที่อยู่ภายใต้การควบคุม ในการอนุญาตตุลาการสนธิสัญญา การลงทุนตามการอนุญาตตุลาการทางการค้านั้น คณะอนุสัญญาตุลาการถูกจัดตั้งโดยเอกชนคู่สัญญา อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดขอบเขตอำนาจของตนเอง และการเลือกรับข้อพิพาท และ อนุญาตตุลาการสามารถเลือกสถานที่ในการอนุญาตตุลาการได้ ดังนั้น กฎหมายภายในจะอยู่ภายใต้ เขตอำนาจศาลของอนุญาตตุลาการด้วย เมื่ออนุญาตตุลาการมีเขตอำนาจก็จะกำหนดข้อเท็จจริง แห่งปัญหาข้อพิพาท และหากกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และถ้าหาก อนุญาตตุลาการพบว่าประเทศที่ถูกกล่าวหา นั้นละเมิดข้อตกลงหรือมาตรฐานทางกฎหมายจริง อนุญาตตุลาการก็จะออกคำชี้ขาดกำหนดค่าเสียหายให้แก่นักลงทุน แต่ในอีกทางหนึ่งคือ อนุญาตตุลาการก็อาจจะปฏิเสธการรับคำฟ้องไปเลย คำชี้ขาดนั้นจะผูกพันทั้งฝ่ายที่ฟ้องและฝ่ายที่ถูก กล่าวหา แม้ว่าคำชี้ขาดนั้นจะมีได้ก่อให้เกิดความผูกพันแต่ก็จะสามารถส่งผลโน้มน้าวใจในกรณี อนาคตได้ และยิ่งกว่านั้นคำชี้ขาดจะถูกป้องกันจากการพิจารณาโดยศาลภายใน ซึ่งศาลภายในจะเข้า มาเกี่ยวข้องได้ก็ต่อเมื่อเกิดความผิดพลาดในเรื่องของเขตอำนาจศาลหรือ กระบวนการ อนุญาตตุลาการนั้นไม่เหมาะสม และในกรณีที่อนุญาตตุลาการตีความกฎหมายผิด และเช่นเดียวกัน กับการอนุญาตตุลาการทางการค้า สนธิสัญญาการลงทุนอนุญาตให้เอกชนสามารถยื่นคำฟ้องได้ และ ก่อนมีการจัดตั้งการอนุญาตตุลาการ การเลือกตัวอนุสัญญาตุลาการนั้นสามารถแต่งตั้งได้จากคู่พิพาท ทั้งสองฝ่าย กระบวนการต่างๆก็เหมือนกับการอนุญาตตุลาการแบบเอกชน และการเยียวยาหลักก็คือ คำชี้ขาดให้ชดเชยค่าเสียหายที่สามารถบังคับได้ภายใต้อนุสัญญา New York และตราสารอื่นๆ ของ การอนุญาตตุลาการทางการค้า และเพิ่มเติมคือ การอนุญาตตุลาการหลายๆครั้งนั้นก็กระทำโดย

³⁴ Gus Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, p.57

ผ่านสถาบันการอนุญาโตตุลาการเอกชนอื่นที่ไม่ใช่สถาบันการอนุญาโตตุลาการของสถาบันระงับข้อพิพาทการลงทุนของธนาคารโลก (World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes- ICSID) ซึ่งครอบคลุมมิใช่แค่เพียงรัฐ แต่รวมไปถึงหน่วยงานทางธุรกิจด้วย ในบางกรณีสนธิสัญญาการลงทุนก็ยินยอมให้หน่วยงานเหล่านี้มีอำนาจในการแต่งตั้งประธานในการอนุญาโตตุลาการ เหนือสิ่งอื่นใดอำนาจในการระงับข้อพิพาทนั้นก็จะเป็นของอนุญาโตตุลาการเอกชน ซึ่งมีพื้นหลังและสถานที่แตกต่างกันไปตามกรณีที่ถูกแต่งตั้งขึ้นอยู่ดี ซึ่งก็เพียงพอที่จะกล่าวได้ว่า รัฐจะต้องใช้สนธิสัญญาการลงทุนอรรถสิทธิ์ การกำกับดูแลรูปแบบการตัดสินของเอกชน ซึ่งเดิมออกแบบมาเพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าและเพื่อก่อตั้งวิธีการที่มีรูปแบบเฉพาะในการจัดการในระดับระหว่างประเทศ³⁵

3.1.3 ความแตกต่างของกรอบกฎหมายที่เกิดจากลักษณะข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

ความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชน (Public Law) และกฎหมายเอกชน (Private Law) นั้นคือรูปแบบของความสัมพันธ์ที่ต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายมหาชนจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แต่ในกฎหมายเอกชนนั้นจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งการกระทำโดยใช้อำนาจทางปกครองของรัฐภายใต้กรอบกฎหมายมหาชนนั้นเป็นไปเพื่อเรื่องของสาธารณะประโยชน์ทั้งหลาย แต่ในกฎหมายเอกชนนั้นเป็นการกระทำใดๆโดยรัฐหรือเอกชน ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกชนโดยมุ่งไปที่ประโยชน์เฉพาะบุคคล หรือเฉพาะตัว³⁶ ซึ่งในคดี I Congreso del Partido³⁷ นั้น ได้มีการใช้วิธีการอย่างหนึ่งในการหาความแตกต่างของกฎหมายมหาชนและเอกชนโดยการทดสอบลักษณะการกระทำของรัฐ กล่าวคือถ้ารัฐกระทำไปโดยฝ่ายเดียวโดยใช้อำนาจอธิปไตยก็จะเป็น (jure imperii) อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน แต่ถ้ารัฐกระทำไปโดยเสมือนหนึ่งเป็นเอกชนดำเนินธุรกิจหรือการค้าก็จะเป็น (jure gestionis) อยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน

³⁵ Ibid. p. 58.

³⁶ คณะทำงานพัฒนาศูนย์ความรู้กลาง กรมชลประทาน, ความแตกต่างของกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน [online]. Available from http://kmcenter.rid.go.th/kclaw/news_ins_doc/MN002.ppt.

³⁷ I Congreso del Partido, 1 AC (HL)(1983), pp. 244, 267.

ยกตัวอย่างเช่น เมื่อรัฐมีข้อสัญญากับบริษัทเพื่อผลประโยชน์แล้ว ผลสรุปจากการทำสัญญาของรัฐนั้นเป็นการกระทำเพื่อการค้า รัฐกระทำไปเสมือนหนึ่งตัวเองเป็นเอกชน ซึ่งการจะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทแบบนี้จะอยู่ในกรอบของกฎหมายของเอกชน (Private)

ในกรณีนี้การอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นเปรียบเสมือนพื้นที่สีเทาระหว่างการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากกรอบของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน เพราะแม้ว่าการกระทำของรัฐในสนธิสัญญาการลงทุนนั้นจะกระทำไปโดยเสมือนหนึ่งรัฐเป็นเอกชนและเป็นการกระทำในรูปแบบของกฎหมายแบบเอกชน แต่ไม่สามารถสรุปได้ว่าการอนุญาโตตุลาการการลงทุนจะเป็นจะอยู่ในกรอบของกฎหมายเอกชน เพราะว่าการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและส่งผลกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่³⁸

3.1.4 การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกับข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุม

การใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) คือรูปแบบของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและตัวประชาชนในรัฐนั้นๆ การใช้อำนาจอธิปไตย หมายถึงการที่รัฐกระทำเสมือนหนึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ต่อความสัมพันธ์ในกลุ่มประเทศอื่นๆ การใช้อำนาจอธิปไตยนั้นคือการปกครองทั้งภายนอกและการควบคุมภายในส่วนของรัฐ อำนาจอธิปไตยในขอบเขตระหว่างประเทศนั้น รัฐ คือตัวแทนของประชาชนและดินแดน แต่ในขอบเขตภายในประเทศ รัฐ คือ ผู้คุมอำนาจ เพื่อที่จะทำการตัดสินใจของรัฐบาล โดยเฉพาะในส่วนข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อเป็นการสะดวกจะเรียกข้อพิพาทนี้ว่า เป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุม (Regulatory disputes) และจำแนกข้อพิพาทนี้ ออกจากข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนทั่วไป

ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าที่เกิดจากความยินยอมของคู่สัญญาที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความยินยอมนั้นมีใช่แค่การให้ความยินยอมในกรอบของกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่เป็นการที่คู่พิพาทกระทำการโดยใช้ความสามารถทางเอกชน กล่าวคือ ตกลงกันที่จะใช้การระงับข้อพิพาทในรูปแบบเฉพาะ สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน เพื่อป้องกันการตัดสินใจผิดพลาดจากศาลโดยการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการแทน³⁹ ในทางตรงกันข้ามการตัดสินใจโดยใช้อำนาจทางอธิปไตยในการพิจารณาโดยกระบวนการตัดสินซึ่งเป็นทางเลือกของนโยบายโดยรัฐเพื่อให้ใช้วิธีการเฉพาะในการตัดสิน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในกลไกการปกครอง การตัดสินตามกฎหมายมหาชนนั้น

³⁸ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, p. 46.

³⁹ *Ibid.* p. 48.

แตกต่างจากการตัดสินโดยความยินยอมจากทั้งสองฝ่ายของกฎหมายเอกชน เพราะรัฐกระทำไปโดยใช้อำนาจอธิปไตย เมื่อตกลงให้ความยินยอมในการตัดสิน และเพราะว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

เป็นธรรมดาในกฎหมายระหว่างประเทศที่ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุม (Regulatory disputes) จะถูกตัดสินโดยศาลภายในประเทศโดยใช้กฎหมายภายในและกฎหมายมหาชนภายในประเทศซึ่งเกี่ยวเนื่องกับอำนาจภายในของรัฐ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับอำนาจภายนอกของรัฐ อาทิเช่น ความสัมพันธ์และข้อพิพาทระหว่างรัฐจะแก้ไขอย่างไร ซึ่งจริงที่ว่าในกฎหมายระหว่างประเทศ การตัดสินในบางครั้งจะใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐหนึ่งต่อประชาชนของอีกรัฐหนึ่ง และในกรณีดังกล่าวการตัดสินในทางระหว่างประเทศนั้นจะเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์แบบอยู่ภายใต้อำนาจควบคุม ระหว่างรัฐกับประชาชนชาวต่างชาติ แต่อาจจะถูกจำกัดโดยทฤษฎีเรื่องอำนาจอธิปไตยและความคุ้มกันของรัฐ และโดยหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาตามกฎหมายภายในให้สิ้นสุดเสียก่อนของชาวต่างชาติ (Exhaust local remedies) ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุมจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจเฉพาะของระบบกฎหมายของรัฐนั้นๆตามมาตรฐานทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อพิพาทนั้นๆจะไม่ถูกนำมาพิจารณาโดยระบบกฎหมายระหว่างประเทศ หากมิได้มีความยินยอมจากประเทศผู้รับการลงทุน (Host state) และเช่นกันในทางระหว่างประเทศ คำร้องของเอกชนต่างประเทศจะถูกยกขึ้นมาได้ก็ต่อเมื่อประเทศเอกชนผู้นั้น (Home state) เป็นผู้ร้องแทนให้ ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุม จะถูกส่งตรงไปตัดสินได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อข้อพิพาทนั้นถูกเปลี่ยนแปลงรูปแบบ จากข้อพิพาทระหว่างประเทศที่รับการลงทุน (Host state) กับเอกชนไปเป็นข้อพิพาทที่เท่าเทียมกัน คือระหว่าง รัฐกับรัฐ⁴⁰

โดยหลักแล้ว ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุมจะอยู่ในกฎหมายเอกชน แต่เมื่อมีการมาถึงของการฟ้องร้องได้เองโดยเอกชนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน (Investment treaties) กล่าวคือเอกชนไม่ต้องผ่านกระบวนการเยียวยาภายในจนหมดสิ้นแล้ว (Exhaust local remedies) ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุมนี้จะถูกส่งตรงไปถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เลย ในฐานะผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ เป็นคู่พิพาทกันได้โดยตรง โดยไม่ต้องผ่านประเทศที่เป็นประเทศส่งออกนักลงทุน (Home state) ดังนั้นเมื่อความสัมพันธ์แบบอยู่ภายใต้การควบคุมกลายมาเป็นความสัมพันธ์แบบเอกชนที่ใช้กฎหมายระหว่างประเทศตัดสิน การเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้เกิดการอนุญา

⁴⁰ Ibid. p. 49.

โศดูลการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนในฐานะที่คอยจัดการควบคุมสนธิสัญญา ซึ่งสนธิสัญญานี้โดยนัยแล้วเกิดขึ้นตามกฎหมาย (Public law)⁴¹

3.1.5 ความแตกต่างในรูปแบบของความยินยอมในการอนุญาตโศดูลการ

3.1.5.1 ความยินยอมจำเพาะ (Specific consent) ในการทำสัญญาการอนุญาตโศดูลการ

การอนุญาตโศดูลการทางการค้ำนั้นแต่เดิมมาจากความยินยอมของเอกชนคู่สัญญา โดยความสามารถของเอกชน ซึ่งความยินยอมนี้มีได้ทั้งกรณีหลังข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือก่อนข้อพิพาทจะเกิดขึ้น ในกรณีที่ทำหลังจากข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ความยินยอมจะขึ้นอยู่กับข้อพิพาท แต่ถ้าเป็นในกรณีที่ให้ความยินยอมก่อน ความยินยอมนั้นจะขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ในทั้งสองกรณีความยินยอมจะถูกจำกัดเฉพาะข้อพิพาทหรือเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนคู่สัญญา ซึ่งระดับของความจำเพาะของความยินยอมในการอนุญาตโศดูลการนั้นกระทบต่อความกว้างของเขตอำนาจศาลของการอนุญาตโศดูลการ และระดับที่คู่พิพาทยอมรับสิทธิของพวกเขาในการตัดสินข้อพิพาทเฉพาะในศาลด้วย

ตามหลักแล้วการอนุญาตโศดูลการเป็นอำนาจที่เกิดจากการตกลงที่จะใช้กระบวนการอนุญาตโศดูลการ ซึ่งขึ้นอยู่กับความยินยอมจำเพาะ ไม่สามารถไปได้ไกลเกินกว่าความสัมพันธ์ทางเอกชนของคู่พิพาท ดังนั้น เนื้อหาสาระของข้อพิพาทไม่สามารถมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของทั้งฝ่ายที่สามหรือ รัฐที่มีอำนาจในการปกครอง เพราะไม่ว่าจะเป็นฝ่ายที่สามหรือรัฐ(ซึ่งกระทำโดยอาศัยอำนาจอธิปไตย) ได้ให้ความยินยอมในการที่จะการอนุญาตโศดูลการแล้ว แต่ก็มิได้หมายความว่ารัฐจะไม่สามารถให้ความยินยอมจำเพาะต่อการอนุญาตโศดูลการในรูปแบบเอกชนได้ ในทางตรงกันข้าม รัฐสามารถยินยอมที่จะอนุญาตโศดูลการทางเอกชนได้เช่นเดียวกับสัญญากับบริษัทในการขนส่งสินค้า

⁴¹ Ibid. p. 50.

หรือบริการ และตกลงที่จะอนุญาตตุลาการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญานั้น ความยินยอมของรัฐในการอนุญาตตุลาการในสัญญานั้นโดยรูปแบบทั่วไปแล้วคือการอนุญาตตุลาการทางการค้า (State as a private party) ซึ่งความยินยอมของรัฐนี้อยู่ในขอบเขตของความยินยอมแบบเอกชน ซึ่งจำเพาะกับข้อพิพาทหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการค้า แต่โดยหลักแล้วไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องของฝ่ายที่สาม หรือนักลงทุนหรือเรื่องของทางมหาชน

การอนุญาตตุลาการการค้าระหว่างประเทศนั้นอาจใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนได้ในกรณีที่ มาจากข้อสัญญาที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาการลงทุนที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางการค้า สัญญาระหว่างรัฐและนักลงทุนชาวต่างชาติกลายเป็นข้อตกลงการลงทุนหรือ ข้อตกลงเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ หรือข้อสัญญาของรัฐ ที่มักจะรวมเอาเงื่อนไขการอนุญาตตุลาการเข้าไปด้วย และส่วนมากในข้อสัญญาเหล่านี้เกี่ยวข้องกับภาระของรัฐในทางเอกชน ในข้อสัญญาการลงทุนนั้นเกี่ยวข้องกับรัฐ โดยใช้หลักอิสระของคู่สัญญาเป็นบทบาทใหญ่ เพราะข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นระหว่างความสัมพันธ์แบบเอกชน ข้อพิพาทจึงเป็นข้อพิพาทการลงทุนในขอบเขตของเอกชน หรืออีกทางหนึ่งคือข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นโดยมีรัฐเป็นคู่สัญญา

ความยินยอมจำเพาะในการที่จะอนุญาตตุลาการข้อพิพาทการลงทุนอาจมีความหมายที่สำคัญสำหรับการตัดสินใจโดยรัฐ แต่โดยนัยแล้วส่งผลเล็กน้อย โดยผลของการอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้นขึ้นอยู่กับความยินยอมทั่วไป การอนุญาตตุลาการการลงทุนที่ทำเป็นสัญญานั้น สามารถคาดเดาและจัดการได้มากกว่าการทำเป็นสนธิสัญญา และกฎหมายที่ต่างกันเพราะเนื้อหาสาระที่จำกัดเฉพาะข้อพิพาทจำเพาะ นักลงทุน หรือแผนงาน และเพราะว่าคู่สัญญาและคู่พิพาทคือคนเดียวกัน ดังนั้น การกระทำของรัฐที่ทำไปในทางเอกชน เมื่อรัฐยินยอมทำสัญญาว่าด้วยการอนุญาตตุลาการการลงทุน การอนุญาตตุลาการนั้นก็จะมีโอกาสน้อยที่จะไปเชื่อมโยงกับเรื่องของความกังวลสาธารณะ (Public concern)⁴²

3.1.5.2 ความยินยอมทั่วไป (General consent) ในการทำสนธิสัญญา อนุญาตตุลาการการลงทุน

⁴² Ibid. pp. 62-63.

ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน รัฐให้ความยินยอมทั่วไปในการบังคับให้มีการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่มีกับนักลงทุนชาวต่างชาติในรูปแบบกลุ่ม ทางเลือกในการอนุญาโตตุลาการนั้นเปิดให้แก่บุคคลทั่วไปหรือบุคคลตามกฎหมายที่ตอบสนองเงื่อนไขในการเริ่มกระบวนการฟ้องร้อง ซึ่งการร่วมกันภายใต้ระบบที่เปิดกว้างให้แก่คำร้องที่อาจจะเกิดขึ้นกับบุคคลซึ่งไม่มีตัวตนในรัฐ ในตอนที่รัฐให้ความยินยอม และเปิดกว้างให้แก่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำใดๆที่รัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยแล้วส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างประเทศ ในการให้ความยินยอมทั่วไปนั้น รัฐไม่ได้กระทำไปในทางเอกชน แต่ในทางตรงกันข้าม รัฐกระทำไปโดยใช้อำนาจตัวเองฝ่ายเดียวเสมือนเป็นตัวการในทางระหว่างประเทศ ซึ่งมีเพียงแต่รัฐเท่านั้นที่จะสามารถให้ความยินยอมทั่วไปได้ในการอนุญาโตตุลาการ เพราะเพียงแต่รัฐเท่านั้นที่มีอำนาจในการควบคุมเอกชนภายในประเทศของตน และอำนาจในการบังคับเอกชนให้เข้ารับการตัดสินข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของรัฐ ซึ่งในแง่นี้ ความยินยอมทั่วไปได้เปลี่ยนแปลงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จากรูปแบบของความเห็นชอบร่วมกันในการตัดสินเป็นไปในรูปแบบของการจัดการของฝ่ายปกครองแทน

ในบทความของ Paulsson⁴³ ได้กล่าวไว้ว่า “ การอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นก็คือ การอนุญาโตตุลาการที่ปราศจากเรื่องของเอกชน ” ซึ่งคำกล่าวนั้นเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตามอาจจะทำให้เกิดความเข้าใจผิด เพราะมันเหมือนกับความยินยอมทั่วไปของรัฐ(ปราศจากเรื่องของเอกชน)ที่มีต่อความยินยอมจำเพาะของคู่สัญญาเอกชนในการอนุญาโตตุลาการทางการค้า(เรื่องของเอกชน) ซึ่งถ้าหากวิเคราะห์ดูแล้วขอบข่ายนั้นยังอยู่ในกฎหมายเอกชน เพราะแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการการลงทุนจะเป็นการให้ความยินยอมทั่วไปจากรัฐ ที่ขาดองค์ประกอบเรื่องเอกชน แต่ก็ยังเข้าใจได้ว่าเป็นความยินยอมที่จะอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ในอีกทางหนึ่งความยินยอมทั่วไปในบางครั้งเปรียบเสมือนการยื่นข้อเสนอโดยรัฐ เพื่อการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติ ข้อเสนอธรรมนั้นมีอยู่เพราะว่านักลงทุนนั้นจะสามารถได้ผลประโยชน์ และมีโอกาสในการยื่นฟ้องได้ทุกเวลา แต่ที่กล่าวมาข้างต้นก็ยังไม่ถูกต้องทั้งหมด เพราะว่าจะเป็นการยึดเอาเนื้อหาของกฎหมายเอกชนมากเกินไป อย่างไรก็ตามก็ได้ทำให้รู้ถึงระดับการเปิดกว้างของความยินยอมทั่วไปในการตัดสินในทางระหว่างประเทศที่มีต่อข้อพิพาทและคำฟ้องที่อาจจะเกิดขึ้น

อีกทางหนึ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการแสดงความยินยอมทั่วไป คือการพิจารณาว่ารัฐใช้วิธีอย่างไรในการให้ความยินยอมจำเพาะ ซึ่งอาจจะกระทำไปเพื่อการปกป้องคุ้มครองนัก

⁴³ J Paulsson, *Arbitration without Privity*, 10 *Icsid Rev* (1995). [online]. Available from: <https://www.italaw.com/cases/435#sthash.qh00G8Sf.dpuf>. p. 232, 256.

ลงทุนและความรับผิดชอบของรัฐซึ่งอยู่นอกขอบเขตของความยินยอมทั่วไป เพื่อที่จะทำเช่นนั้น รัฐจะต้องแยกข้อตกลงการอนุญาตอุตสาหกรรมกับนักลงทุนต่างชาติแต่ละคนที่ทำขึ้นภายใต้ราชอาณาจักร และพิจารณานักลงทุนต่างประเทศที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรทุกคน ดังนั้นในประเทศแม็กซิโก เพื่อที่จะให้เกิดความประสบความสำเร็จ สิ่งที่เปรียบเทียบได้กับความยินยอมทั่วไปของประเทศตัวเองในการที่จะอนุญาตอุตสาหกรรมซื้อพิพาทการลงทุนภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement-NAFTA) ประเทศแม็กซิโกจึงต้องทำสัญญาแบ่งแยกหลายฉบับกับทุกๆบุคคลหรือนิติบุคคลสัญชาติอเมริกา หรือแคนาดา ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีอำนาจโดยตรงหรือทางอ้อมในการควบคุมทรัพย์สินในประเทศแม็กซิโก ข้อเสนอที่แม็กซิโกจะทำก็คือ การเผยแพร่ให้เห็นขอบเขตที่แท้จริงของพันธกรณีและความรับผิดชอบซึ่งอยู่นอกกรอบของความยินยอมทั่วไป ซึ่งเน้นย้ำให้เห็นว่าการอนุญาตอุตสาหกรรมนั้นมีชื่อเล่นว่า “การอนุญาตอุตสาหกรรมที่ปราศจากเรื่องทางเอกชน” โดยการมองข้ามบทบาทของการอนุญาตอุตสาหกรรมการลงทุนในฐานะที่เป็นการจัดการทางปกครองโดยเป็นลักษณะการให้ความยินยอมทั่วไป ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ครอบคลุมในเรื่องภาระผูกพันตามข้อสัญญาในส่วนของรัฐที่มีต่อนักลงทุนในอนาคตและปัจจุบันได้อย่างไร ส่งผลกับแนวทางต่อมาในการปฏิเสธบทบาทของการปกครองโดยรัฐ โดยการลดการกระทำระหว่างประเทศทั้งหมดระหว่างรัฐและนักลงทุนไปยังรูปแบบความสัมพันธ์ทางการค้า

ความยินยอมทั่วไปนั้นเป็นลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพราะลักษณะของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความยินยอม โดยการให้ความยินยอมทั่วไปในการที่จะอนุญาตอุตสาหกรรมการลงทุน รัฐจะต้องยอมให้ตัวเองเข้าไปอยู่ในกลไกเฉพาะเพื่อการควบคุมการปฏิบัติภายใต้กฎระเบียบของตัวเอง โดยทั่วไปแล้ว การอนุญาตอุตสาหกรรมตามสนธิสัญญาการลงทุน มีมาตรฐานที่จำกัดการกระทำของรัฐทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ การผ่านหรือการปรับปรุงกฎหมายนั้นคือการกระทำโดยใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งการกำหนดโทษของข้อบังคับใช้โดยฝ่ายบริหาร หรือการระงับข้อพิพาทขั้นสุดท้ายโดยศาลภายใน ซึ่งการกระทำเหล่านี้อาจจะนำมาใช้ได้แค่ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมรับลักษณะเฉพาะของรัฐที่เป็นตัวแทนของกลุ่มทางการเมืองนั้น และไม่มีเอกชนคนไหนสามารถขัดขวางการใช้อำนาจนั้นโดยรัฐ ดังนั้นการอนุญาตอุตสาหกรรมการลงทุน มิได้เป็นเพียงการให้ความยินยอมที่เป็นการใช้อธิปไตยเท่านั้น แต่ยังเป็นกรกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติด้วย

การรับเอาสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนมาใช้กับอธิปไตยของรัฐนั้น โดยนัยแล้วมีความล้าลึกสำหรับกฎหมายมหาชนภายในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพราะอนุญาตอุตสาหกรรมได้รับอำนาจในการออกคำสั่งขาดเขตเสียหายในการเยียวยา ถึงแม้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อการตัดสินใจของรัฐบาลที่

ยากจะเข้าถึง การรักษาความลับที่ล้อมรอบระบบเอาไว้และใกล้ที่จะเป็นไปได้ในการที่จะประเมิน และภาคนโยบายที่เริ่มถูกปล่อยทิ้งหรือแก้ไขโดยรัฐเพื่อที่จะป้องกันหรือระงับข้อพิพาท และสิ่งที่สำคัญที่สุดคือ ประชาธิปไตยในระบบกฎหมายภายใน ซึ่งถือเป็นตัวแทนในกฎหมายภายใน ยกตัวอย่างเช่น โดยกฎเรื่องของกฎหมายสูงสุด ในระบอบประชาธิปไตยส่วนมาก คำตัดสินของฝ่าย นิติบัญญัตินั้นก็คือสูงสุด แต่สำหรับการจำกัดกำหนดโดยบทบัญญัติซึ่งตีความโดยศาล โดยทั่วไปแล้ว ศาลจะกำหนดขอบเขตของค่าเสียหายที่ใช้ในการเยียวยาสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติของฝ่ายนิติ บัญญัติ และสำหรับการตัดสินการเลือกตั้ง ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน อย่างไรก็ตามการตัดสินใจ ของฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการตรวจสอบ เช่นเดียวกับมาตรการอื่นใดของรัฐ และดังนั้นอนุญาโตตุลาการ อาจจะทำคำชี้ขาดว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และออกคำชี้ขาดให้ชดใช้ ค่าเสียหายตามกฎหมายเอกชน ซึ่งรัฐไม่สามารถจะเรียกร้องได้ว่าการกระทำของตนนั้นยุติธรรมแล้ว หรือว่าความรับผิดชอบของรัฐนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายภายใน เพราะรัฐยินยอมที่จะเอาตัวเองเข้าไปยังการ อนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งทุกอย่างจะขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในสนธิสัญญา ตามที่ ระบุไว้ในหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวว่า รัฐไม่สามารถยกเอากฎหมายและ โครงสร้างในการปกครองของตนเองมาใช้ในการหลีกเลี่ยงภาระผูกพันในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น หลักเรื่องความเป็นเอกภาพของรัฐ ซึ่งรวมไปถึงสถานการณ์เป็นตัวแทนของรัฐ ทำให้เกิดความ รับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำใดๆของตนเองโดยไม่คำนึงถึงว่าอำนาจอธิปไตยนั้นจะถูกแบ่งย่อย อย่างไรบ้างในกฎหมายภายใน การปรับใช้ให้เป็นระบบในขอบเขตของทางระหว่างประเทศ และอะไร ที่สำคัญเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นคือ การอนุญาโตตุลาการนี้นำหลักในบริบทของข้อ พิพาทที่อยู่ในการควบคุมระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งตรงกันข้ามกับข้อพิพาทระหว่างรัฐ หรือเรื่อง เอกภาพของรัฐนั้น ก็ได้เปลี่ยนจากกฎเพื่ออำนวยความสะดวกและบังคับข้อต่อระหว่างประเทศมา เป็นการใช้ออนุญาโตตุลาการในการลงโทษการตัดสินของฝ่ายปกครองโดยการจำกัดการพิจารณา คดี

ในช่วงแรกของบทนี้ได้กล่าวถึงลักษณะพิเศษของรัฐที่เสมือนเป็นตัวแทน เพื่อให้เกิดความ แตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาการลงทุนกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ทั้งการให้ความยินยอมของรัฐ และการ กระทำของรัฐซึ่งก่อให้เกิดข้อพิพาทกับนักลงทุน

อย่างไรก็ตาม นักวิจารณ์มากมายได้กล่าวถึงความต่างที่เหมือนกันโดยการทดสอบการบังคับ ใช้ออนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาการลงทุนว่าถูกยอมรับมากน้อยเพียงใด รวมไปถึงผลกระทบใน

เรื่องของการตัดสินของนิติบัญญัติ⁴⁴ ซึ่งจริงที่ว่า การอนุญาตตุลาการการลงทุนแม้ว่าดั้งเดิมจะมาจาก การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่ผลมีแนวโน้มที่จะกระทบต่อความกังวลของสาธารณะชนซึ่งเกิดจากความสัมพันธ์ของรัฐ โดยเฉพาะความสัมพันธ์ทางการค้า เหนือสิ่งอื่นใด เพราะมันได้กำหนดความถูกต้องตามกฎหมายของการใช้อำนาจทางมหาชนในกรณีที่เป็นต่อบุคคล การควบคุมการตัดสินนั้นยิ่งเกี่ยวข้องมากต่อผลประโยชน์สาธารณะ ยิ่งกว่านั้น การประเมินการยอมรับที่กว้างขึ้นนี้ อีกสิ่งหนึ่งที่สำคัญคือ ความสำคัญของการตัดสินใจของรัฐในการเข้าร่วมให้ความยินยอมทั่วไปในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการ และดังนั้น การเปลี่ยนจากอำนาจในการพิจารณาคดีของรัฐไปยังกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศก็เป็นการตัดสินใจสำคัญโดย การที่รัฐใช้สิทธิของตนในการเลือก

แต่ก็มีคำถามว่าทำไมการระงับข้อพิพาทการลงทุนในบางกรณีมีความสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะน้อยกว่า การระงับข้อพิพาททางการค้า ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทในคดี Fledman⁴⁵ ซึ่งมีคำชี้ขาดภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีเสรีอเมริกาเหนือ ตามบทที่ 11 ที่ประเทศแม็กซิโกจะต้องจ่ายค่าเสียหาย 1.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ สำหรับการที่ประเทศแม็กซิโกไม่ยอมส่งคืนภาษีบุหรี่ส่งออก ซึ่งมีความสำคัญต่อประชาชนประเทศแม็กซิโกมากกว่าการระงับข้อพิพาทสัญญาการลงทุนมูลค่าร้อยละล้านดอลลาร์ ระหว่างบริษัทหน่วยงานของประเทศแม็กซิโก กับชาวต่างชาติผู้ซื้อ ซึ่งข้อพิพาททางการค้าในขอบเขตของเอกชนในบางกรณีนั้นก็ส่งผลต่อความกังวลสาธารณะเช่นกัน ซึ่งบางทีก็มากกว่าข้อพิพาทการลงทุนเสียอีก ดังนั้นลักษณะของสนธิสัญญาอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้นจึงจะต้องระบุให้แม่นยำโดยการพิจารณาบทบาทของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในตอนการเริ่มต้นทำสนธิสัญญา และจุดเริ่มต้นของข้อพิพาท เพราะข้อพิพาทนี้จะเกิดขึ้นได้จากการใช้อำนาจของรัฐซึ่งทำไปเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณะ แต่ผลที่ได้รับกลับมามีอาจจะไม่จริงเสมอไป⁴⁶

3.1.5.3 ความยินยอมของนักลงทุน

⁴⁴ C Tollefson, "Metalclad V. United Mexican State Revisited : Judicial Oversight of Nafta's Chapter Eleven Investor-State Claim Process " (2002). cited in Gus Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, p. 67.

⁴⁵ Marvin Roy Feldman Karpa V. United Mexican States (Also Known as Marvin Feldman V. Mexico), ([online]. Available from: <https://www.italaw.com/cases/435#sthash.qh00G8Sf.dpuf>.

⁴⁶ Gus Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, p. 68.

จากที่กล่าวมาข้างต้นเราพิจารณาถึงความสำคัญของความยินยอมของรัฐในการอนุญาตตุลาการการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามนักวิจารณ์บางคนหรือตัวอนุญาตตุลาการนั้น ก็พิจารณาไปถึงความยินยอมของนักลงทุนด้วย การพิจารณาถึงความยินยอมของนักลงทุนนั้นเป็นมุมมองที่ดี เป็นการยอมรับและให้โอกาสที่กำหนดโดยรัฐ เพื่อให้แก่นักลงทุนในรูปแบบกลุ่ม โดยเฉพาะความยินยอมของนักลงทุนที่ได้รับโอกาสในการเรียกร้องค่าเสียหายโดยผ่านทาง การอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ในกรณีที่รัฐละเมิดมาตรฐานระหว่างประเทศ

ความยินยอมของนักลงทุนนั้นจะไม่มี ความหมายถ้าไม่มีความยินยอมของรัฐ ซึ่งนี่คือความแตกต่างของความยินยอมของนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุนอนุญาตตุลาการการลงทุนกับความยินยอมของคู่พิพาทในการอนุญาตตุลาการทางการค้า ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน ความยินยอมของนักลงทุนนั้นมาจากข้อต่อระหว่างรัฐมากกว่ามาจากข้อตกลงของเอกชน และเป็นข้อพิพาทที่อยู่ใน การควบคุมมากกว่าข้อพิพาททางการค้า ยกตัวอย่างเพิ่มเติม ในสนธิสัญญาการลงทุนอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้น นักลงทุนตัดสินใจที่จะหันไปพึ่งกระบวนการอนุญาตตุลาการก็แค่เพียงหลังจากที่มีข้อพิพาทกับรัฐเกิดขึ้น ความยินยอมนั้นมีผลย้อนหลังเป็นข้อพิพาทที่จำกัดเฉพาะใช้ได้กับข้อพิพาทที่อยู่ใน การควบคุม ซึ่งแตกต่างจากรัฐ นักลงทุนมิได้ยินยอมที่จะบังคับใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งข้อพิพาทนั้นคือข้อพิพาทที่มีต่อประเทศนำเข้าหรือเอกชนที่ได้รับผลกระทบจากการทำธุรกิจของนักลงทุน อนุญาตตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจในการออกคำสั่งชื้อขาดหรือกำหนดค่าเสียหายใดๆ ต่อบริษัทข้ามชาติเหล่านี้จากการที่พวกเขาละเมิดมาตรฐานตามสนธิสัญญาซึ่งควบคุมนักลงทุนระหว่างประเทศอยู่ ถ้ากล่าวโดยทั่วไปก็คือ แค่เพียงรัฐเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ และเพียงแค่นักลงทุนเท่านั้นที่จะได้รับค่าชดเชย แท้จริงแล้ว นักลงทุนไม่สามารถให้ความยินยอมทั่วไปแบบรัฐได้ในการอนุญาตตุลาการการลงทุน ในฐานะเอกชนนักลงทุนนั้นถูกกระทำจากการที่รัฐใช้อำนาจทางมหาชนนั้นไม่จริงเสมอไป ในบางกรณีเพื่อให้นักลงทุนต่างชาติถูกลงโทษผ่านกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศนั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากประเทศของนักลงทุนเอง มิใช่ความยินยอมจากตัวนักลงทุน ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน ความยินยอมของนักลงทุนนั้นจะอยู่ในรูปแบบจำเพาะเสมอ มีแต่ความยินยอมของรัฐเท่านั้นที่เป็นความยินยอมแบบทั่วไป แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่า ความยินยอมของนักลงทุนนั้นจะไม่สำคัญ ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในสนธิสัญญาด้วย รวมถึงเนื้อหาในข้อพิพาทในการอนุญาตตุลาการว่ามีความสำคัญต่อนักลงทุนอย่างไร เช่นเดียวกับรัฐด้วย ยกตัวอย่างเช่น อาจเกิดผลกระทบต่อความสามารถกลับไปใช้ทางเลือกในการเยียวยาภายใต้กฎหมายภายใน ซึ่งบางสนธิสัญญาจะมีข้อกำหนดให้ผู้ฟ้องร้องจะต้องเลือกระหว่าง ฟ้องเพื่อการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาหรือจะร้องขอการเยียวยาจากกฎหมายภายในประเทศ เช่น กรณี

ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ในการเริ่มต้นการฟ้องร้องนั้น นักลงทุนจะต้องสละทั้งการเยียวยาจากประเทศผู้ส่งออกและประเทศอื่นๆที่เป็นสมาชิกของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ข้อกำหนดทั้งสองแบบก่อให้เกิดความพิเศษของสนธิสัญญาการลงทุนไต่สวนการการลงทุน ในฐานะที่เป็นวิธีที่ทำหายผลกระทบของผู้ส่งออกในการหาวิธีเยียวยาโดยการชดใช้ค่าเสียหาย⁴⁷

ในทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้จะต้องมีเงื่อนไขต่อนักลงทุน ในการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นักลงทุนจะต้องสละสิทธิอื่นๆที่จะได้รับจากกระบวนการตามกฎหมายภายใน ซึ่งเงื่อนไขในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนี้ ถูกกำหนดโดยประเทศคู่สัญญาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในสนธิสัญญาการลงทุน เพื่อตกลงที่จะจัดตั้งการอนุญาโตตุลาการการลงทุนเป็นตัวควบคุม ในบริบทนี้ความยินยอมของนักลงทุนนั้นเหมือนการตัดสินใจของเอกชนในการที่จะหาค่าชดเชยจากรัฐในกฎหมายมหาชนภายในมากกว่าการตัดสินใจของเอกชน ที่จะหาค่าชดเชยจากเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งในกฎหมายเอกชน หรือเป็นความยินยอมจากคู่พิพาทเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้า ซึ่งเงื่อนไขที่มีต่อความยินยอมของนักลงทุนนั้นไม่ได้มาจากข้อตกลงของนักลงทุนเอง แต่มาจากข้อตกลงระหว่างรัฐ ซึ่งเป็นความยินยอมในเรื่องของเอกสิทธิมากกว่าพันธกรณีต่างตอบแทน⁴⁸

3.2 ความแตกต่างในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการค้ากับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

3.2.1 วัฒนธรรมทางกฎหมาย

เมื่อสังเกตถึงระบบโดยรวมของกระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนที่จะไปพิจารณาถึงรูปแบบของกฎหมายนั้น สิ่งหนึ่งที่จะต้องทำความเข้าใจก็คือ สภาพแวดล้อมของทั้งเรื่องภายในประเทศและระหว่างประเทศนั้น ถูกกำหนดโดยระบบทางการเมือง, การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องจากสังคม, พื้นหลังของอาชีพของตัวตนและบุคคลนั้นๆ ล้วนแล้วแต่มีความเกี่ยวข้องที่สำคัญและมีผลกระทบต่อรูปแบบของกฎหมายและการนำมาปรับใช้

⁴⁷ North American Free Trade Agreement, ([online]. Available from: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1116>, article 1121.

⁴⁸ Gus Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, pp. 69-70.

ในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันนั้น สิ่งที่ทำให้เกิดความแตกต่างที่ชัดเจนอีกเรื่องหนึ่งก็คือเรื่องของระบบกฎหมาย นั่นคือ ระบบกฎหมาย Common law และ ระบบกฎหมาย Civil law ซึ่งระบบกฎหมายทั้งสองนี้เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศทั่วโลก สำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าในระดับภายในประเทศนั้น จะเห็นได้ว่าการปฏิบัติตามระบบกฎหมายทั้งสองนั้นยังคงถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวาง โดยการให้ข้อเสนอแนะและกระบวนการทางการอนุญาโตตุลาการ แต่ในระดับระหว่างประเทศนั้น การแบ่งแยกและการรวมกันของระบบกฎหมายทั้งสองนั้นแสดงออกโดยผ่านทางอนุญาโตตุลาการการลงทุน และในการอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้น ความแตกต่างในเรื่องของวัฒนธรรมทางกฎหมายนั้นเป็นส่วนเกี่ยวข้องที่สำคัญ เพราะว่าสถาบันการอนุญาโตตุลาการส่วนมากจะกำหนดไว้ เช่นในข้อ 21.2 ของ New ICC Rules* ที่กำหนดไว้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องพิจารณาถึงประเพณีการค้าที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างประเทศต่างๆ และภูมิภาคต่างๆ ของโลก ในอีกทางหนึ่ง สิ่งที่แตกต่างกันในเรื่องของวัฒนธรรมทางกฎหมายส่วนใหญ่นั้นส่งผลกระทบต่ออนุญาโตตุลาการการลงทุน เนื่องจากบทบาทที่แตกต่างกันมากที่มีอยู่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐ ทั้งในเรื่องของกรอบของรัฐธรรมนูญหรือจากการนำมาปรับใช้ในเชิงปฏิบัติอีกด้วย⁴⁹

3.2.2 กรอบของกฎหมาย และกฎหมายที่นำมาปรับใช้

เป็นเรื่องง่ายที่จะยอมรับว่าความแตกต่างของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นคือ รูปแบบของตัวกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติ

ในกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศนั้นยังเป็นที่กังวลสำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการค้า สนธิสัญญาฉบับเดียวที่เกี่ยวข้องนั้นก็คือ New York Convention ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับใช้คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในขณะที่สนธิสัญญาอื่นแบบดั้งเดิมยังไม่ค่อยมีบทบาทเท่าใดนัก ในอีกทางหนึ่ง สำหรับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้น สนธิสัญญาที่มาจากกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศนั้น ได้กำหนดกรอบพื้นฐานเอาไว้ โดยเฉพาะในการทำข้อตกลง BIT และข้อตกลงระดับพหุภาคีเช่นในอนุสัญญา ICSID, NAFTA และ CAFTA

* The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages." ICC Rules of Arbitration, article 21.2.

⁴⁹ KARL-HEINZ BOCKSTIEGEL, "Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?," *The Journal of the London Court of International Arbitration* 28 (2012). p. 578.

ในแง่ของระบบกฎหมายภายในนั้นจะมีบทบาทที่แตกต่างออกไป การอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้น ข้อบังคับที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการจะมาจากประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการจัดขึ้น และกฎหมายภายในของประเทศนั้นก็จะถูกนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็อาจจะมียกเว้นบ้างเป็นบางกรณี เช่นในกรณีที่ข้อสัญญานั้นไม่มีกฎหมายภายในของประเทศใดเลยเกี่ยวข้อง หรือมีกฎหมายภายในที่เข้ามาเกี่ยวข้องมากกว่า 1 ประเทศ ซึ่งคู่สัญญาอาจจะตกลงกันเลือกใช้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับก็ได้ ซึ่งการเปิดโอกาสให้มีการเลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้นั้นก็ไม่ได้ทำให้การทำงานของอนุญาโตตุลาการง่ายขึ้นแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นก็ล้วนมาจากประเทศที่มีวัฒนธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกันมาก และไม่สามารถตกลงยอมรับกฎหมายภายในของอีกฝ่ายได้ ซึ่งในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นกฎหมายภายในมีบทบาทที่แตกต่างออกไป กฎที่บังคับใช้ในการกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ ถ้าข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้ถูกกำหนดไว้โดยสนธิสัญญาเช่นใน ICSID หรือ NAFTA แต่ถูกเลือกจากข้อบังคับของสถาบัน เช่น ICC หรือ LCIA ในทางกลับกันนั้น กฎที่จะนำมาใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการนั้นคือกฎที่มาจากประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการจัดตั้งขึ้น และในส่วนของกฎหมายสารบัญญัตินั้น กฎหมายภายในจะถูกนำมาใช้ได้ 2 กรณีคือ หนึ่งในกรณีที่ข้อสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาตินั้นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะใช้กฎหมายภายในของรัฐที่รับการลงทุนมาบังคับใช้ แต่อย่างไรก็ตามก็มีใช้เพียงเท่านั้น ในการเลือกกฎหมาย โดยทั่วไปจะต้องตีความให้ได้ว่านักลงทุนนั้นยินยอมหากมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในภายหลังด้วย แต่ในหลายกรณีที่เกิดขึ้นนั้น บทสรุปมักจะเป็นในรูปแบบที่นักลงทุนนั้นปฏิเสธที่จะยอมรับกฎหมายที่รัฐเปลี่ยนแปลงโดยมีเจตนาที่จะทำไปเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของรัฐโดยมาลดค่าหรือลดสิทธิที่นักลงทุนควรจะมีตามข้อสัญญาในการลงทุน ซึ่งจะค่อนข้างชัดเจนเมื่อมีการออกกฎหมายเวนคืน แต่อาจจะไม่ชัดเจนในเรื่องของผลกระทบ เช่นในเรื่องของ ภาษี หรือ กฎหมายเศรษฐกิจอื่นๆ ซึ่งความยากที่เหมือนกันก็ปรากฏขึ้นในข้อสัญญาที่ทำกับหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ เมื่อรัฐมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย หรือมีการออกคำสั่งใดๆ เพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่หน่วยงานรัฐวิสาหกิจของตนและไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุน หรือมีการช่วยเหลือปกป้องรัฐวิสาหกิจจากภาวะที่จะต้องกระทำตามพันธสัญญาโดยอ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัย (force majeure) และอีกหนึ่งกรณีที่กฎหมายภายในจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาได้นั้น เช่นใน ICSID Convention article 42 ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงกฎหมายภายในของประเทศที่รับการลงทุนนอกเหนือจากบทบัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งก็เหมือนกันกับหลายๆข้อกำหนดที่พบใน BIT ส่วนมาก และก็มีอยู่ใน BIT รูปแบบใหม่ด้วย

บนพื้นฐานนี้ นักลงทุนชาวต่างชาติจะต้องยอมรับว่าการลงทุนนั้นถูกควบคุมโดยกฎหมายภายในของประเทศที่รับการลงทุน และเช่นกัน หมายถึงรวมถึงการเปลี่ยนแปลงภายหลังใดๆของกฎหมายด้วย แต่อย่างไรก็ตามเรื่องนี้ถูกจำกัดไว้โดยตัวสนธิสัญญาอยู่แล้ว การนำมาใช้หรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายบางครั้งนั้นทำให้เกิดการละเมิดสนธิสัญญาภายใต้สถานการณ์บางอย่าง ซึ่งในความตกลงไตรภาคีฉบับใหม่ระหว่าง จีน ญี่ปุ่น และเกาหลีนั้น ชี้ให้เห็นชัดเจนถึงความกังวล โดยเฉพาะประเด็นนี้ ดังที่กำหนดไว้ในข้อที่ 3 ว่าด้วยเรื่องการปฏิบัติต่อคนชาติไว้ว่า “การปฏิบัติในการอนุญาตให้มีการลงทุนนั้น ไม่ว่าในกรณีใดจะต้องเป็นที่น่าพอใจไม่น้อยไปกว่า การอนุญาตในตอนแรกเริ่มที่การลงทุนนั้นได้ทำขึ้น”

ภายใต้กรอบของกฎหมาย การเปลี่ยนให้มีการเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้น ถ้าหากกฎนั้นถูกเขียนไว้ในสนธิสัญญา กฎนั้นก็จะนำมาใช้ได้เพียงแต่กับการอนุญาโตตุลาการการลงทุน แต่อย่างไรก็ตาม กฎที่สถาบันที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐสร้างขึ้นแต่แรกและใช้แค่กับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าในปัจจุบันก็สามารถถูกเลือกได้โดยคู่กรณีเช่นกัน รัฐก็มีฐานะเช่นเดียวกับนักลงทุนสำหรับการอนุญาโตตุลาการการลงทุน ในบางที่ แค่เพียงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL บ่อยครั้งก็รวมเอาทางเลือกหลากหลายรวมกันไว้ในสนธิสัญญา แต่ปัจจุบันก็พบว่ามีอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICC, the LCIA, the SCC และสถาบันการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศที่ตอนแรกเริ่มได้แสดงเจตนาแค่เพียงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าอีกด้วย และแน่นอนหากรัฐมีการถอนตัวจากการเป็นสมาชิกของ ICSID อย่างเช่นที่ประเทศเวเนซุเอลา ได้ทำในวันที่ 24 มกราคม 2012 ซึ่งประเทศเวเนซุเอลาก็จะต้องหาข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นๆ มาเพื่อใช้ระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งในความเป็นจริง ประเทศเวเนซุเอลาก็ได้ทำมาก่อนหน้านี้แล้ว ดูได้จากผลคำตัดสินของสถาบัน ICC ในคดี Exxon Mobil ที่ถูกเผยแพร่โดยทันที และค่าเสียหายที่นักลงทุนได้รับจากประเทศเวเนซุเอลานั้นก็มาจากการเลือกใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ในปี ค.ศ. 1997 และอย่างที่ทราบกันแต่เดิมนั้นร้อยละ 10 ของคดีในสถาบัน ICC นั้นจะเกี่ยวข้องกับการที่ฝ่ายรัฐเข้ามาเป็นคู่พิพาทด้วย ดังนั้นในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 2012 นั้นจึงรวมเอาเรื่องนี้เข้าไปด้วย⁵⁰

⁵⁰ Ibid. pp. 579-581.

3.2.3 การเลือกอนุญาตตุลาการ

ในส่วนของการเลือกตัวอนุญาตตุลาการนั้น การตัดสินใจของคู่สัญญานั้นถือว่ามี ความสำคัญมากต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการ

หนึ่งในเหตุผลที่สำคัญที่กล่าวถึงโดยทั่วไปสำหรับการเลือกอนุญาตตุลาการทางการค้าแทน การใช้ระบบศาลภายในนั้น จริงที่ว่าการเกิดจากการอนุญาตตุลาการนั้น คู่พิพาทสามารถเลือกตัว อนุญาตตุลาการที่จะมาระงับข้อพิพาทได้ด้วยตนเองและรู้สึกมั่นใจ และด้วยหลายๆแง่มุมที่ หลากหลายทางพาณิชย์ เช่น การค้า, อุตสาหกรรม, การก่อสร้าง, การให้บริการ, การคลัง, ประกันภัย หรือการขนส่งนั้น การที่คู่พิพาทสามารถเลือกตัวอนุญาตตุลาการที่เป็นที่รู้จักคุ้นเคยนั้นมีความสำคัญ มาก

ในการอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้นสถานการณ์แตกต่างออกไป ปัญหาที่เกิดขึ้นแก่ข้อ พิพาทนั้นมีข้อจำกัดมากกว่า ไม่ว่าจะการลงทุนนั้นจะเป็นในรูปแบบพหุภาคีหรือทวิภาคี การลงทุนนั้นก็ จะถูกคุ้มครองโดยสนธิสัญญา ด้วยข้อกำหนดที่คล้ายคลึงกัน เกี่ยวกับการเวนคืน, การปฏิบัติที่เท่า เทียมและยุติธรรม, การเลือกปฏิบัติและในบางครั้งก็คุ้มครองถึงข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ด้วย ซึ่ง ในกรณีเหล่านี้จะต้องใช้อุญาตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะในเรื่องของการบังคับใช้การคุ้มครองนั้นๆด้วย

ในทางปฏิบัติ ผลก็คือ อนุญาตตุลาการของการอนุญาตตุลาการทางการค้านั้นมักจะไม่ถูก เลือกโดยคู่สัญญาในการอนุญาตตุลาการการลงทุน และในทางกลับกันผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย ระหว่างประเทศมากมายที่ถูกเลือกให้มาเป็นอนุญาตตุลาการในการอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้น ก็ มักจะไม่ถูกเลือกให้มาทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการในการอนุญาตตุลาการทางการค้า ซึ่งโดยปกติ จำนวนอนุญาตตุลาการในการอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้น จะมีน้อยกว่าอนุญาตตุลาการที่ทำหน้าที่ ในการอนุญาตตุลาการทางการค้า แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีอนุญาตตุลาการบางกลุ่มที่สามารถทำ หน้าที่อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ทั้งสองกรณี ทั้งการอนุญาตตุลาการทางการค้าและ การอนุญาตตุลาการการลงทุน สำหรับการอนุญาตตุลาการทางการค้าและการอนุญาตตุลาการการ ลงทุนนั้น ข้อพิพาททั้งคู่มีจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นมาก โดยทั่วไปความขัดแย้งและความท้าทายในการ อนุญาตตุลาการทางการค้านั้นจะขึ้นอยู่กับข้อตกลงก่อน หรือข้อตกลงในปัจจุบันของบริษัทกฎหมาย ของอนุญาตตุลาการที่มีต่อผู้ประกอบการซึ่งกลายมาเป็นคู่พิพาท และความท้าทายนั้นก็อาจจะมี บทบาทเช่นเดียวกันกับการอนุญาตตุลาการการลงทุนด้วย

ในปัจจุบันนี้คู่สัญญาบางรายหรือที่ปรึกษาของพวกเขาจะเลือกอนุญาโตตุลาการโดยมุ่งประเด็นไปที่ตัวอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น ถูกเลือกจากคู่สัญญาเดิมบ่อยๆ และไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือรัฐ หรืออื่นๆ โดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือนักลงทุน ก็จะต้องพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่มีประวัติและรายละเอียดที่เหมาะสมกับฝ่ายของตนอีกด้วย⁵¹

3.2.4 อำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

ขอบเขตอำนาจนั้นเป็นประเด็นที่มีบทบาทแตกต่างกันมากในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและการอนุญาโตตุลาการการลงทุน

ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้น ประเด็นข้อพิพาทในเรื่องของอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดนั้นจะมีไม่มากนัก แต่จะมุ่งประเด็นไปพิจารณาที่ขอบเขตของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อครอบคลุมทั้งข้อสัญญาที่ไม่ได้มีการลงนาม ภายในกลุ่มของบริษัท, ผู้ทำข้อสัญญาทั่วไป หรือหลังจากมีการกำหนดข้อสัญญาแล้ว

ในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้น ประเด็นในเรื่องของอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะกว้างกว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้ามาก และเรามักจะพบว่า จะมีคำตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งอาจจะส่งผลให้เกิดความแตกแยกในการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งในประเด็นนี้ความยินยอมของคู่สัญญาที่จะอนุญาโตตุลาการนั้น จะกำหนดไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญา ของกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ อย่างเช่นในข้อตกลง BIT หรือ ใน ICSID Convention ดังนั้นการตีความบทบัญญัติทั่วไปในสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง Vienna Convention จะกลายมาเป็นรายละเอียดสำคัญที่เข้ามาเกี่ยวข้อง และความยินยอมของรัฐในการที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการนั้นก็อาจจะขึ้นอยู่กับการตีความในเรื่องเหล่านี้ 1) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการลงทุนที่มีอยู่ 2) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการที่ผู้ร้องนั้นเป็นคนชาติของรัฐที่ส่งออกการลงทุน ซึ่งมักจะเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยมีบริษัทแม่อยู่แล้ว โดยทำไปเพื่อเหตุผลเดียวคือ รัฐที่เป็นผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นได้ทำ BIT ไว้กับรัฐที่ถูกร้อง 3) หรือไม่ว่าจะเป็นในเรื่องที่คนชาติของรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นเจ้าของที่แท้จริง และหรือเป็นผู้ควบคุมบริษัทที่ถูกเวนคืนนั้นๆ

⁵¹ Ibid. pp. 581-583.

3.2.5 การจัดการข้อพิพาท

ในทางปฏิบัติของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นที่แน่นอนอยู่แล้วว่าจะต้องเริ่มต้นด้วยการพิจารณาบทบัญญัติข้อบังคับในกฎหมายที่จะใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายใน ในกรณีของการอนุญาโตตุลาการทางการค้า หรือ การใช้สนธิสัญญาในการอนุญาโตตุลาการการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามที่กล่าวมานี้ปกติจะมีข้อจำกัดที่น้อยมากและมีเพียงกฎพื้นฐานที่เกี่ยวกับกระบวนการ อย่างเช่น กฎว่าด้วยกระบวนการทางกฎหมายต่างๆ

เนื้อหาที่มากกว่านั้นถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะแตกต่างในเรื่องของความลึกในรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดการกระบวนการ โดยไม่คำนึงว่าใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือการอนุญาโตตุลาการการลงทุน ซึ่งทำไว้อย่างย่อสำหรับขั้นตอนดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่จำเป็น แต่บางข้อก็มีการใส่รายละเอียดเพิ่มเติม เช่นใน ข้อ 22 ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ LCIA⁵² ที่อธิบายถึงอำนาจเพิ่มเติมต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการ

ทั้งกฎหมายที่ใช้บังคับและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ในดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวกับวิธีจัดการขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ และแน่นอนการที่อนุญาโตตุลาการนั้นสามารถใช้สิทธิพิเศษที่ให้โอกาสแก่อนุญาโตตุลาการได้ และก็เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องจัดรูปแบบขั้นตอนโดยใช้วิธีเฉพาะที่เหมาะสมที่สุดกับข้อพิพาทที่อยู่ในมือด้วย⁵³

3.2.6 การรักษาความลับและความโปร่งใส

เหตุผลดั้งเดิมที่มักจะถูกกล่าวถึงเสมอ สำหรับการเลือกที่จะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาททางการค้าแทนที่จะใช้กระบวนการทางศาลนั้นก็คือ ในการอนุญาโตตุลาการนั้นกระบวนการทั้งหมดจะถูกปิดเป็นความลับ และดูเหมือนว่าจะยังเป็นเหตุผลสำคัญที่บริษัทเอกชนต่างๆยังคงเลือกที่จะใช้วิธีนี้อยู่ในปัจจุบัน

สำหรับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้น แต่เดิมตราสารต่างๆอาทิเช่น อนุสัญญา ICSID และ BIT ทั้งหลายนั้นได้กล่าวไว้ว่าน้อยนิดหรือไม่ได้กล่าวเอาไว้เลยว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการและ

⁵² Lcia Arbitration Rules (Additional Powers). Article 22

⁵³ KARL-HEINZ BOCKSTIEGEL, Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?, p. 584.

ผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องปิดเป็นความลับ ซึ่งในปัจจุบันในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นก็ไม่มีปิดเป็นความลับอีกต่อไป แม้ในอนุสัญญา ICSID จะยังคงต้องถามความยินยอมของคู่พิพาทเสมอสำหรับการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่โดยไม่ต้องคำนึงถึงคำตอบของคู่พิพาท คำชี้ขาดเกือบจะทั้งหมดนั้นก็จะถูกเผยแพร่ และก็เป็นเช่นเดียวกับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นๆ ด้วย เช่น ICC, LCIA หรือสถาบันการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศต่างๆ ซึ่งก็ได้มีการเผยแพร่คำชี้ขาดลงไปเป็นหลายๆแหล่งที่มาของข้อมูล ซึ่งตอนนี้มีอยู่ในอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่

โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานการณ์ของกฎหมาย เป็นเหตุผลที่ดีที่สุดสำหรับการเพิ่มขึ้นของความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการการลงทุน เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐ ซึ่งถือเสมือนเป็นตัวแทนของประชาชนและสังคม ดังนั้นคำร้องขอของประชาชนและกลุ่มองค์กรภาคประชาสังคมที่ต้องการจะรับทราบข้อมูลนั้น จะต้องให้ข้อมูลจนเป็นที่เข้าใจได้เพียงพอ ด้วยเหตุนี้ตราสารใหม่ๆ มากมายจึงได้มีการกำหนดเน้นย้ำในเรื่องของความโปร่งใสที่มากขึ้น หรือไม่ คู่สัญญาาก็ตกลงกันตั้งแต่ตอนเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ในปัจจุบัน ในคดี Canadian Cattlemen Case ที่แม้ว่าการพิจารณาคดีจะมีขึ้นที่ Washington และมีการเปิดให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้ามารับฟังได้แล้ว ก็ยังมีการแพร่ภาพสดไปยังประเทศแคนาดาด้วย ต่อมาภายหลัง ตราสารต่างๆ เช่น สนธิสัญญา CAFTA ก็ได้เน้นย้ำถึงเรื่องความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่นในสนธิสัญญา Solflower Lumber ระหว่างประเทศแคนาดา กับสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าสินค้าที่ใหญ่ที่สุดอย่างหนึ่งระหว่างสองประเทศ และข้อพิพาทอื่นๆระหว่างสองประเทศนี้ ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ LCIA นั้น ล้วนแล้วแต่มีการกำหนดที่ชัดเจนว่า คำให้การทั้งหมด, การเข้ารับฟังการพิจารณาคดี และผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเผยแพร่ต่อสาธารณะ

ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะ เป็น ICSID หรือกฎเพิ่มเติมของ ICSID, UNCITRAL Rules หรือข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการการลงทุนของสถาบันใดๆ ล้วนแล้วแต่กำหนดให้ คำให้การ, รายงาน, คำสั่ง, การเข้ารับฟังการพิจารณา, และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเผยแพร่ต่อสาธารณะ ซึ่งหากพิจารณาถึงเรื่องของการรักษาความลับและความโปร่งใส นั้น ก็อาจจะกล่าวได้ว่า เป็นความแตกต่างที่ชัดเจนของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและการอนุญาโตตุลาการการลงทุน⁵⁴

⁵⁴ Ibid. pp. 586-587.

3.2.7 การคาดการณ์และความสอดคล้องของคำตัดสิน

ในการอนุญาตตุลาการทางการค้านั้น แต่เดิมการรักษาความลับ มิใช่มีแค่เพียงในกระบวนการอนุญาตตุลาการเท่านั้น แต่รวมไปถึงผลคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการด้วย ซึ่งส่งผลให้มักจะเกิดความไม่พอใจเสมอ เพราะไม่มีใครทราบถึงคำชี้ขาดที่คณะอนุญาตตุลาการได้ตัดสินในข้อพิพาท แต่ในความจริงแล้ว คู่พิพาทและที่ปรึกษาทางกฎหมายของพวกเขาจะต้องมีการพิจารณากันถึงประเด็นข้อพิพาทอยู่แล้วว่าผลคำชี้ขาดน่าจะออกมาในรูปแบบใดบ้าง และมีทางใดที่จะทำให้ฝ่ายของตนนั้นมีโอกาสเหนือกว่าอีกฝ่ายก่อนที่จะมีการเริ่มต้นคดี ซึ่งในกระบวนการของศาลภายในสังคมของกฎหมายนั้นมีประเพณีที่ยาวนานในการรวบรวมคำพิพากษาและจัดระบบข้อมูลที่สำคัญ ซึ่งแม้ว่าจะแตกต่างกันในระบบกฎหมาย Common Law ที่ยึดเอาหลักคำพิพากษาในคดีก่อนมาเป็นบรรทัดฐานในคดีต่อไป และในระบบกฎหมาย Civil Law ที่คำพิพากษาเก่านั้นก็ถูกนำมาพิจารณาแต่ก็ไม่ได้มีผลผูกพันใดๆ

สถาบันอนุญาตตุลาการ เช่น ICC นั้นมีความพยายามที่จะทำให้สถานการณ์ดีขึ้นโดยเผยแพร่หรืออนุญาตให้เปิดเผยกระบวนการพิจารณาและผลคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยไม่ระบุถึงคู่พิพาทและรายละเอียดของคดี และในปัจจุบัน LCIA นั้นก็เปิดให้มีการเผยแพร่คำชี้ขาดและคำคัดค้านของอนุญาตตุลาการ แต่นอกเหนือจากนั้น การเปิดเผยรูปธรรมของคดีและผลคำชี้ขาดในการอนุญาตตุลาการทางการค้านั้น ยังคงมีข้อยกเว้นบางอย่างอยู่

ในการอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้นสถานการณ์แตกต่างกันมาก คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเกือบทั้งหมดนั้นถูกเผยแพร่ ไม่ว่าจะได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาทหรือไม่ และสถาบันที่จัดการอนุญาตตุลาการนั้นก็ได้กำหนดให้ผลคำชี้ขาดที่มีอยู่มากมายนั้น สามารถหาได้โดยคู่พิพาทและที่ปรึกษาทางกฎหมายของพวกเขา เพื่อที่จะได้สามารถนำไปใช้ในการเตรียมและประเมินโอกาสของพวกเขาในคดีต่อไปได้ ส่วนคำให้การของคู่พิพาทนั้นจะถูกนำมาใช้ในการอนุญาตตุลาการในคดีใหม่ด้วย เพื่อเป็นการพิจารณาก่อน ในกรณีที่ประเด็นข้อกฎหมายและประเด็นข้อเท็จจริงเหมือนกัน

อนุญาตตุลาการเองนั้น ก็จะต้องใช้ข้อมูลเหล่านั้นอย่างระมัดระวัง ซึ่งในการอนุญาตตุลาการนั้น มิได้กำหนดว่าจะต้องยึดเอาผลคำชี้ขาดเดิมมาใช้ในประเด็นข้อพิพาทที่เหมือนกัน แต่ในทางปฏิบัติ ถ้ามีคำชี้ขาดที่เหมือนกันของคณะอนุญาตตุลาการก่อนหน้าหรือบางทีอาจจะมีคำชี้ขาดที่คล้ายๆกันในหลายๆการอนุญาตตุลาการ เกี่ยวกับประเด็นเดียวกันนั้น การตัดสินจากอนุญาตตุลาการในคดีใหม่นี้ หากจะมีคำชี้ขาดที่แตกต่างออกไปจากอันก่อนๆ ก็จะต้องมีการ

พิจารณาอย่างระมัดระวัง และจะต้องตอบให้ได้ว่าเหตุใดจึงตัดสินไม่เหมือนกันกับอนุญาโตตุลาการ
ก่อนหน้า⁵⁵

3.3 ปัญหาความชอบธรรมในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาการ ลงทุนและความพยายามในการแก้ไขก่อนที่จะมีหลักความโปร่งใสของ UNCITRAL

3.3.1 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญา การลงทุน

ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1995 นั้น มีการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาท
ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนเพียงหยิบมือเดียว แต่เมื่อเวลาผ่านไป จำนวนข้อพิพาทที่เกี่ยวกับ
สนธิสัญญาการลงทุนก็เพิ่มมากขึ้น และเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเงินที่เริ่มต้นจาก 120 ดอลลาร์
จนกลายเป็นพันล้านดอลลาร์

และในปี ค.ศ. 2007 นั้นรัฐ (ใช้อำนาจอธิปไตย) ในการทำสนธิสัญญาสองฝ่าย (Bilateral
Investment Treaties-BITs) กว่า 1500 ฉบับ และสนธิสัญญาพหุภาคีอีก 5 ฉบับ เพื่อที่จะดึงดูดนัก
ลงทุนชาวต่างชาติ โดยการให้ความเชื่อมั่นถึงสิทธิในการลงทุนข้ามประเทศแก่นักลงทุนชาวต่างชาติ
และได้สร้างกลไกการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุน ซึ่งกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศบางตัวนั้น
สิทธิจะต้องมาก่อนเสมอในสนธิสัญญาการลงทุน เช่น สิทธิที่จะได้รับการดูแลอย่างยุติธรรมและเท่า
เทียมกันจากรัฐ (Fair and Equitable treatment)

การลงทุนจากต่างชาตินั้นเป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ และความ
เจริญของโลก ซึ่งทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนานั้นได้พัฒนาอุตสาหกรรมในประเทศของตน และยัง
ได้รับเงินจากนักลงทุนต่างชาติเพื่อใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานภายในประเทศ ขณะที่นักลงทุน
นั้นก็จะได้เงินเป็นค่าตอบแทน และมีฐานะทางธุรกิจที่มั่นคงต่อไป ในระหว่างที่เศรษฐกิจทั่วโลก
ยังคงขยายเติบโตไปเรื่อยๆ ก็มีเงื่อนไขที่วุ่นวายทางเศรษฐกิจเกิดขึ้นด้วย นักลงทุนกลายมาเป็นผู้ที่มี
ประสบการณ์เกี่ยวกับการวางแผนการลงทุนและ ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน สนธิสัญญาการ
ลงทุนนั้นมีบทบาทมากในตอนเริ่มต้นการตัดสินใจที่จะลงทุน ในประเทศที่กำลังพัฒนา โครงสร้างของ

⁵⁵ Ibid. pp. 587-588.

รูปแบบการลงทุนและวิธีการเพิ่มผลประโยชน์ทางการค้าหากเกิดความยุ่งยากในการลงทุน ดังนั้นรัฐจึงได้สร้างสนธิสัญญาขึ้นมาเพื่อสนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติ และค่อยๆ ให้ความมั่นใจในเรื่องของความมั่นคงในการลงทุนแก่นักลงทุน

การเปลี่ยนแปลงนี้เริ่มขึ้นจาก สนธิสัญญาทางไมตรี การค้าและการเดินเรือ (Treaties of Friendship Commerce and Navigation) แต่สนธิสัญญาเหล่านี้มีข้อจำกัด เพราะไม่มีในส่วนของ การระงับข้อพิพาท ดังนั้นต่อมาจึงได้มีการทำสนธิสัญญาหลายฝ่าย ว่าด้วยเรื่องของการลงทุน (Multilateral Investment Treaties) ซึ่งจะให้ความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนในเรื่องของ สิทธิอธิปไตย และพันธกรณีของรัฐ ซึ่งเป็นความหวังของนักลงทุนต่างชาติในการลงทุนโดยตรง แต่เนื่องจากการประกาศใช้โดยทำเป็นสนธิสัญญาหลายฝ่ายนั้นกว้างเกินไป จึงไม่ส่งผลสำเร็จ

จากนั้นหลายๆ ประเทศจึงกลับไปใช้สนธิสัญญาสองฝ่ายแทน (Bilateral Investment Treaties-BITs) เพื่อรักษาสีทธิให้แก่การลงทุนชาวต่างชาติ และกระตุ้นเพื่อสนับสนุนความมั่นคงในการลงทุน ซึ่งรัฐได้เรียนรู้ว่าสนธิสัญญาการลงทุนนั้นสามารถเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการคุ้มครองและอำนวยความสะดวกให้แก่การไหลเวียนของเงินทุนข้ามประเทศ และการนำกำไรมาให้ทั้งประเทศผู้รับการลงทุนและตัวนักลงทุนชาวต่างชาติ การเกิดขึ้นและการเจรจาเพื่อตกลงของสนธิสัญญาการลงทุนแบบสองฝ่ายนั้นเป็นการจูงใจในการสร้างนโยบายทางมหานระหว่างประเทศ และสนธิสัญญานี้ ปัจจุบันเป็นมาตรฐานของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ขณะที่หลายๆ สนธิสัญญาการลงทุนเริ่มต้นขึ้นมาจากประเทศส่งออกและประเทศที่นำเข้าการลงทุน ซึ่งปัจจุบันสนธิสัญญาการลงทุนหลายๆฉบับรวมเอาทั้งประเทศที่กำลังพัฒนา และประเทศที่พัฒนาแล้วมาอยู่ด้วยกัน อีกทั้งยังมีการทำสนธิสัญญา ระหว่างประเทศเหล่านี้ด้วย การลงทุนนั้นอยู่ระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้ว เพราะสนธิสัญญาการลงทุนนั้นไม่สามารถจะมีเพียงแค่ระหว่างประเทศอุตสาหกรรมได้ทั้งหมด จำนวนของสนธิสัญญา BITs ได้ขยายขึ้นมากในปัจจุบัน ในปี ค.ศ. 1990 ปีเดียวนั้น สนธิสัญญาการลงทุนได้มีการเจรจาทุกวัน และก็มีสนธิสัญญาแบบพหุภาคีเพิ่มมาอีกด้วยเช่นกัน

สิ่งที่ทำให้สนธิสัญญาการลงทุนนั้นพิเศษกว่าสนธิสัญญาแบบอื่นนั้น ประการที่หนึ่งคือ ให้ความมั่นใจแก่นักลงทุน ในเรื่องของสิทธิต่างๆ เพื่อนำไปสู่ความมั่นคงในการลงทุนต่อไป ประการที่สองคือ รัฐนั้นยื่นข้อเสนอให้นักลงทุนสำหรับการเยียวยาโดยตรงหากมีการละเมิดสิทธิพื้นฐานของนักลงทุน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐให้นักลงทุนนั้นมีอยู่ด้วยกัน 7 ประการคือ 1. นักลงทุนนั้นจะได้รับค่าชดเชยสำหรับกรณีที่มีการเวนคืนทรัพย์สินที่ลงทุนไปอย่างเพียงพอ 2. รัฐจะไม่สามารถควบคุมเรื่องของสกุลเงินเพื่อสนับสนุนการไหลเวียนของเงินทุนอย่างอิสระ 3. รัฐจะไม่เลือกปฏิบัติเฉพาะกับคนในชาติ หมายความว่า นักลงทุนนั้นจะมีสิทธิได้รับการดูแลจากรัฐไม่น้อยไปกว่าคนในรัฐนั้นหรือชาติอื่นๆ

4. รัฐให้สัญญาที่จะดูแลการลงทุนอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม 5. รัฐสัญญาที่จะให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ในการลงทุน 6. รัฐให้ความเชื่อมั่นว่าการลงทุนนั้นจะไม่ถูกดูแลต่ำกว่ามาตรฐานทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และ 7. ในบางกรณีรัฐก็ตกลงที่จะยินยอมให้มีภาระผูกพันที่ได้ทำเกี่ยวกับการลงทุน ในขณะที่สิทธิบางประการนั้นถูกกำหนดเป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องทำภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือตามกฎหมายอื่นๆ อยู่แล้ว สนธิสัญญาการลงทุนนั้นได้กำหนดการระงับข้อพิพาทในรูปแบบพิเศษที่นักลงทุนสามารถอ้างเพื่อร้องขอการชดเชยสำหรับการละเมิดข้อตกลงของรัฐได้ และยิ่งกว่านั้น นอกจากการที่จะได้ระงับข้อพิพาทที่มีต่อรัฐโดยผ่านกระบวนการทางศาลโลก (International Court of Justice-ICJ) หรือโดยผ่านศาลของประเทศนั้นๆ นักลงทุนสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้โดยตรง

สนธิสัญญาการลงทุนนั้นให้ทางเลือกแก่นักลงทุน โดยการที่นักลงทุนจะนำข้อพิพาทนั้นไปยังศาลที่อยู่ในเขตอำนาจของประเทศของตนเอง หรือจะเลือกรับการอนุญาโตตุลาการก็ได้ และบางสนธิสัญญาก็ให้ทางเลือกแก่นักลงทุนที่แคบกว่านั้น แต่มีแนวโน้มที่จะให้นักลงทุนได้มีหลายทางเลือกในการอนุญาโตตุลาการจากสถาบันต่างๆ อาทิเช่น ภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for Settlement of Investment Disputes-ICSID), หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce-ICC), และ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) และเมื่อข้อพิพาทการลงทุนเกิดขึ้น นักลงทุนก็จะประเมินข้อกำหนดในการระงับข้อพิพาทที่อยู่ในสนธิสัญญา เพื่อเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งข้อกำหนดในสนธิสัญญาการลงทุนนั้นเข้าใจได้ว่าเป็นข้อสัญญาฝ่ายเดียวที่เสนอโดยรัฐเพื่อระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และเมื่อนักลงทุนตกลงที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน กระบวนการระงับข้อพิพาทก็จะเริ่มขึ้นคือ 1. ส่งหนังสือแจ้งไปยังรัฐเพื่อให้ทราบถึงข้อพิพาทที่เกิดขึ้น 2. ระยะเวลาของการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาท 3. เลือกสถานที่ในการระงับข้อพิพาท 4. เลือกกระบวนการระงับข้อพิพาทตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน และลำดับต่อมาในกระบวนการก็คือการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะอนุญาตให้แต่ละฝ่ายคู่สัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละ 1 คน และประธานในองค์คณะอนุญาโตตุลาการก็จะแต่งตั้งมาจากอนุญาโตตุลาการที่ฝ่ายคู่สัญญาได้ตั้งไว้ ซึ่งก็เป็นมาตรฐานที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน และมาตั้งประธานการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่รู้จัก และเป็นที่ยอมรับในกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ ในด้าน เศรษฐกิจ และกฎหมายการลงทุน ส่วนในเรื่องของการแจ้งเตือนต่างๆในกระบวนการ อาทิเช่น การนัดพบ, การพิสูจน์หลักฐาน, การเข้ารับฟัง

กระบวนการอนุญาโตตุลาการ, ผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และการประกาศผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับกฎในกลไกการอนุญาโตตุลาการที่นักลงทุนเป็นผู้เลือก

การให้การโต้แย้งของแต่ละฝ่าย การถกเถียงว่าด้วยเรื่องหลักฐาน, การถกเถียงเรื่องทางกฎหมายนั้นจะอยู่ในช่วงของกระบวนการรับฟังคำให้การ และหลังจากนั้นองค์คณะอนุญาโตตุลาการก็จะออกคำชี้ขาด ซึ่งจากแต่เดิมนั้นการอนุญาโตตุลาการการลงทุนมีพื้นฐานมาจากการอนุญาโตตุลาการทางการค้า ที่ให้ความสำคัญในเรื่องของการรักษาความลับมาก แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐก็ตาม แต่กระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นก็ยังเป็นความลับ ไม่โปร่งใส ซึ่งหมายความว่าไม่ว่าผู้ใดจะเป็นคู่สัญญา (นักลงทุนหรือรัฐ) การที่จะเข้าถึงกระบวนการนั้น ไม่ว่าจะเป็นหลักฐานหรือการแก้ต่างนั้นมีน้อยมาก และการตัดสินใจของคู่สัญญาก็เป็นความลับ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน⁵⁶

3.3.2 ปัญหาความชอบธรรมในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS)

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยผ่านกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement : ISDS) ปัจจุบันนี้มีข้อบกพร่องของระบบที่ทำให้เกิดปัญหาวิกฤตได้ อาทิเช่น ค่าใช้จ่ายในกระบวนการที่มีราคาสูงมากเกินไป, ผลของคำชี้ขาดที่ไม่อาจคาดเดาได้ และการตีความข้อตกลงการลงทุนระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ไม่สอดคล้องกันของอนุญาโตตุลาการ

สถานการณ์เหล่านี้ทำให้เกิดการโต้เถียงเกี่ยวกับข้อดีและข้อเสียรวมถึงการที่ควรจะมี หรือไม่มีกลไก ISDS ซึ่งหลายประเทศได้เริ่มมีมาตรการปฏิรูปแล้ว โดยแบ่งทางเลือกออกเป็น 2 ทางคือ 1) รักษาโลก ISDS เอาไว้และทำการปฏิรูปอย่างที่เป็นบางประเทศได้ทำ อาทิเช่น Canada-EU CETA* หรือ 2) ละทิ้งหรือแทนที่โลก ISDS ด้วยรูปแบบการระงับข้อพิพาทแบบอื่นแทน⁵⁷ ซึ่งปัญหาหลักที่ทำให้เกิดการปฏิรูปโลกในการระงับข้อพิพาท ISDS นั้นมีดังนี้

⁵⁶ Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decision, pp. 1521-32, 1539-45.

* Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement.

⁵⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance* (2015). [online]. Available from: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245p>. 145.

- 1) การที่กลไก ISDS ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติมากกว่าสิทธิของนักลงทุนในประเทศจนทำให้เกิดสภาวะการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมกัน
- 2) การเปิดเผยสถานะของประเทศผู้รับการลงทุนนั้นทำให้เกิดความเสี่ยงทางกฎหมายและทางการเงิน โดยที่มีได้ทำให้เกิดผลประโยชน์ใดๆเพิ่มเติม และอาจนำไปสู่สภาวะ Regulatory Chill^{*}
- 3) การขาดความชอบธรรมจากการใช้รูปแบบดั้งเดิมของการอนุญาโตตุลาการทางการค้า, การขาดความโปร่งใส, ปัญหาความกังวลเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความยุติธรรมของอนุญาโตตุลาการ
- 4) ความล้มเหลวในเรื่องของความสอดคล้องของคำชี้ขาดที่มาจากอนุญาโตตุลาการที่ต่างกัน ในประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่เหมือนกัน
- 5) การที่ไม่อนุญาตให้มีการแก้ไขคำชี้ขาดที่มีความผิดพลาด
- 6) กลไก ISDS ทำให้เกิดแรงจูงใจในการวางแผนเรื่องสัญญาชาติโดยนักลงทุนจากประเทศที่สาม หรือจากประเทศผู้รับการลงทุนเอง เพื่อให้สามารถใช้กลไก ISDS ได้
- 7) ค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไปสำหรับผู้ใช้
- 8) ยังเทียบไม่ได้กับระบบกฎหมายภายในประเทศที่มีรากฐานและการทำงานที่ดี⁵⁸

3.3.3 แนวทางในการแก้ไขปัญหาความชอบธรรมในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

การปฏิรูปกลไก ISDS ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งการปฏิรูปนั้นจะผนวกอยู่ในบทบัญญัติใหม่ในการทำข้อตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อให้ประเทศที่จะมีการทำข้อตกลงในอนาคตหรือที่มีการทำข้อตกลงไปแล้วสามารถนำกลไก ISDS นี้ไปใช้ได้ ในส่วนของการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มความชอบธรรมในกลไก ISDS, เพิ่มการควบคุมคู่สัญญาในเรื่องของการตีความสนธิสัญญา และปรับปรุงกระบวนการเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งแนวทางในการปฏิรูปนั้นมีดังนี้⁵⁹

^{*} “Regulatory Chill” คือความคิดที่ว่าภาระหน้าที่ในการจางเงินค่าชดเชยจากการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมาย อาจจะทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนนั้นจะไม่สามารถควบคุมความพึงพอใจของสังคมได้. Available from <https://www.igiglobal.com/dictionary/regulatory-chill/44758>.

⁵⁸UNCTAD, World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, p.147.

⁵⁹ Ibid. pp. 147-148.

1) เพิ่มความโปร่งใสมากขึ้นโดยการอนุญาตให้ประชาชนเข้าถึงเอกสารในการอนุญาตใบอนุญาต (รวมถึงข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วย), การอนุญาตให้มีการเข้ารับฟังการพิจารณาได้ และการให้บุคคลที่มีข้อพิพาทที่มีความสนใจอย่างเช่น องค์กรภาคประชาสังคม สามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้

2) การสร้างความมั่นใจว่า บุคคลที่จะมาเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นมีทักษะที่จำเป็น, มีความเป็นอิสระ, ปราศจากความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และมีค่าใช้จ่ายที่ไม่แพงเกินไปสำหรับคู่พิพาท อาทิเช่น การสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาตใบอนุญาต, การดำเนินการของอนุญาตใบอนุญาต และ/หรือค่าตอบแทนของอนุญาตใบอนุญาต

3) ทำลายความเชื่อมโยงระหว่างคู่พิพาทและอนุญาตใบอนุญาต อย่างเช่น การจัดตั้งบัญชีรายชื่ออนุญาตใบอนุญาตที่มีคุณสมบัติตามที่คู่สัญญาตกลงกัน และเลือกโดยการจับสลาก

4) การเสริมสร้างบทบาทของคู่สัญญาในการตีความสนธิสัญญา อาทิเช่น โดยการสร้างกลไกสำหรับข้อกำหนดในการร่วมกันตีความของคู่สัญญาและอำนวยความสะดวกโดยการให้บุคคลที่มีข้อพิพาทสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้

5) การเสริมสร้างความเข้มแข็งในการควบคุมการพิจารณาของคู่สัญญาในประเด็นที่ละเอียดอ่อนบางอย่าง เช่น การกำหนดให้อนุญาตใบอนุญาตพิจารณาเรื่องต่างๆ เช่น ภาษี, การให้บริการทางการเงิน เพื่อร่วมกันกำหนดในขั้นตอนแรกเริ่มโดยภาคีในสนธิสัญญา

6) หลีกเลี่ยงการเปลี่ยนแปลงทรัพยากรในการพิจารณาคดีในรูปแบบเต็มสำหรับการเรียกร้องที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการเรียกร้องที่มีขอบ

7) การกระจายค่าใช้จ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการอนุญาตใบอนุญาตและการปฏิเสธการยื่นคำร้องที่ไม่มีมูล โดยผ่านการจัดสรรค่าใช้จ่ายทางกฎหมายอย่างเหมาะสม อย่างเช่นในเรื่องของ การจ่ายค่าธรรมเนียมของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายแก่อนุญาตใบอนุญาต, ที่ปรึกษาทางกฎหมาย, ค่าผู้เชี่ยวชาญพิเศษ หรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ

8) ป้องกันนักลงทุนจากการยกเรื่องการละเมิดเรื่องเดียวกันขึ้นมาเรียกร้องค่าชดเชยในหลายๆศาล โดยการสร้างข้อกำหนดเรื่องการสละสิทธิ์ขึ้นมา ซึ่งข้อกำหนดนี้มีได้กีดกันนักลงทุนจากการพยายามที่จะได้รับการชดเชยในศาลภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน

3.3.4 ปัญหาความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มีต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ปัญหาความชอบธรรมในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่มีต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น คือปัญหาของการละเลยความสำคัญในคุณค่าของรัฐธรรมนูญและหลักการในรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ทั่วไป ในระบบกฎหมายภายใน ซึ่งการแก้ปัญหานี้จะต้องได้รับการพัฒนาแก้ไขภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน การแก้ปัญหาระเบิดของการละเลยหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญก็คือการเพิ่มหลักเกณฑ์เหล่านี้ลงในกลไกการอนุญาโตตุลาการ และหลักการที่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายรัฐธรรมนูญในกฎหมายภายในของหลายประเทศทั่วโลกนั้น ก็คือหลักการในระบอบประชาธิปไตย แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม และการปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งการใช้หลักการเหล่านี้มีใช้แค่เพียงเพื่อสร้างสมดุลในการตีความสนธิสัญญาการลงทุนเท่านั้น แต่ยังสามารถเป็นแนวทางในการปฏิรูปกฎระเบียบของกลไก ISDS ได้ และหลักการดังกล่าวนี้ยังเป็นแนวทางให้รูปแบบการอนุญาโตตุลาการของกลไก ISDS ในอนาคตได้โดยการออกแบบให้สอดคล้องกับหลักการในระบอบประชาธิปไตย หลักนิติธรรม และปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งหลักการในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีความต้องการในเรื่องเพิ่มความโปร่งใสในกลไก ISDS และการเข้ามามีส่วนรวมของบุคคลฝ่ายที่สามซึ่งมิใช่คู่พิพาทที่ได้รับผลกระทบจากกลไก ISDS ยกตัวอย่างเช่น การส่งเอกสารจาก Amicus curiae ในทำนองเดียวกัน หลักการในระบอบประชาธิปไตยนั้นจะสนับสนุนการมีส่วนร่วมขององค์กรทั่วโลกที่มีความสนใจในกลไกของ ISDS เพื่อทำหน้าที่เสมือนเป็นที่ปรึกษาสำหรับประเด็นสำคัญที่ทั่วโลกสนใจซึ่งอาจจะเกี่ยวข้องกับกลไกของ ISDS⁶⁰

3.3.5 แนวทางการแก้ไขปัญหาความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มีต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ

หลักการในรัฐธรรมนูญ เช่นในเรื่องของหลักการในระบอบประชาธิปไตยและรูปแบบของหลักนิติธรรมนั้นมิใช่แค่เป็นเพียงมาตรฐานในการปฏิรูปกฎระเบียบของสถาบันที่ระงับข้อพิพาท ISDS แต่ยังมีอิทธิพลต่อการปฏิรูปการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในอนาคตว่าควร

⁶⁰ Stephan W Schill, "Reforming Investor-State Dispute Settlement (Isds): Conceptual Framework and Options for the Way Forward," *E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum* (2015). p. 4.

เป็นอย่างไรด้วย และไม่ว่าข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นจะระงับโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ หรือสถาบันถาวร เช่น กลไกการอุทธรณ์หรือในศาลการลงทุนถาวร การระงับข้อพิพาทนั้นก็จะต้องสามารถทำให้มั่นใจได้ว่าทั่วโลก ISDS นั้นใช้หลักการในระบบประชาธิปไตยมากขึ้นและไม่ขัดขวางการเพิ่มมากขึ้นของหลักนิติธรรม ดังนั้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพทั้งในการสามารถตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจในกลไกของ ISDS และความชอบธรรมของหลักการในระบบประชาธิปไตยได้ หลักความโปร่งใสจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญมากที่สุดควรนำมาใช้ ในทำนองเดียวกันความเป็นไปได้ที่จะให้บุคคลฝ่ายที่สามเข้ามามีส่วนร่วมในกลไก ISDS เช่นในฐานะของ Amicus curiae และบุคคลซึ่งมิใช่คู่พิพาทนั้นก็ควรได้รับการแก้ไขเพราะสะท้อนให้เห็นถึงหลักการในระบบประชาธิปไตยที่บุคคลผู้ที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของรัฐนั้นควรจะมีสิทธิมีเสียงในกระบวนการได้

การปฏิรูปข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในปี ค.ศ. 2006, การมีผลบังคับใช้ของหลักความโปร่งใสภายใต้อำนาจการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 2014 และหลักความโปร่งใสรวมถึงหลักการเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลฝ่ายที่สามในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศนั้นได้นำหลักการในรัฐธรรมนูญเหล่านี้มาปรับใช้ และได้มีการสร้างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (Mauritius Convention, Transparency Convention) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่บังคับใช้หลักความโปร่งใสทั้งหมด โดยมีข้อยกเว้นที่เหมาะสมในเรื่องของความลับทางธุรกิจ และผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่สำคัญของรัฐ และหลักที่วางไว้ในหลักความโปร่งใสของ UNCITRAL และในอนุสัญญา Mauritius นั้นควรจะเป็นเสาหลักของการปฏิรูปกลไก ISDS ซึ่งทุกรัฐและองค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐควรลงนามในอนุสัญญา Mauritius นี้⁶¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.4 พัฒนาการของหลักความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันต่างๆ

3.4.1 ภายใต้อัตนการการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA: North American Free Trade Agreement)

⁶¹ Ibid. p. 9.

3.4.1.1 NAFTA ในฐานะผู้นำการพัฒนาหลักความโปร่งใสในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการตามข้อสัญญาการลงทุนระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามร่วมกันเพื่อก่อให้เกิดความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อลดและขจัดความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ NAFTA เป็นข้อตกลงการค้าเสรีไตรภาคีในหมู่ประเทศ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และ เม็กซิโก⁶² ในบทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เป็นเรื่องเฉพาะว่าด้วยข้อสัญญาการลงทุน และยังมีอนุญาโตตุลาการให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลฟ้องผู้ลงนามในข้อตกลง NAFTA เมื่อการลงทุนนั้นได้รับผลกระทบหรือเกิดความเสียหายจากการกระทำของรัฐ⁶³ ในส่วนข้อย่อนี้มีสาระสำคัญคือ 1) กระบวนการล่วงหน้าที่สุดัญญาในข้อตกลง NAFTA จะนำมาใช้เพื่อให้บรรลุถึงการเปิดเผยกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณชน และ 2) กฎเกณฑ์ของข้อตกลง NAFTA ได้กำหนดให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปในรูปแบบที่โปร่งใสผ่านแนวทางการปฏิบัติและตีความอย่างไรบ้าง แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าการบังคับใช้แนวทางการปฏิบัติหรือการตีความของข้อตกลง NAFTA นั้นจะมีน้ำหนักต่อการนำมาปรับใช้ของ ICSID และ UNCITRAL หรือไม่

3.4.1.2 มาตรการที่ก้าวหน้าของ NAFTA ในด้านนโยบายเพื่อความโปร่งใสใน กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ในบทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือว่าด้วยเรื่องระบบการอนุญาโตตุลาการนั้น ได้ให้ความสำคัญกับนโยบายที่ทำให้โปร่งใสซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับรัฐบาลต่างๆใน ข้อตกลง NAFTA โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทที่ 11 นี้ได้เพิ่มประเด็นซึ่งเป็นที่ต้องการเข้าไปอย่างเช่น การอนุญาโตให้ตีพิมพ์เอกสารการอนุญาโตให้บุคคลที่สามซึ่งมิใช่คู่พิพาทเข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้⁶⁴

⁶² Lee Hudson Teslik, "Nafta 'S Economic Impact," *COUNCIL ON FOREIGN REL.* (2009).

⁶³ North American Free Trade Agreement, chapter 11, article 1116-1117

⁶⁴ North American Free Trade Agreement, chapter 11, article 1128.

ในวันที่ 31 กรกฎาคม 2001 คณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA ได้อ้างถึงอำนาจในการตีความข้อกำหนดในข้อตกลง NAFTA ประเด็นเรื่องการตีความให้ประชาชนสามารถเข้าถึงเอกสารได้ คณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA ซึ่งรวมเอารัฐมนตรีกระทรวงการค้าจากรัฐบาลแต่ละประเทศสมาชิกทั้งสามประเทศของ NAFTA ได้กล่าวถึงเรื่องการอนุญาตให้ประชาชนทั่วไปเข้าถึงเอกสารเกี่ยวกับการอนุญาตไต่สวนการว่า ไม่มีอะไรในข้อตกลง NAFTA ที่กำหนดหน้าที่ทั่วไปในเรื่องการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาตไต่สวนการในบทที่ 11 และในเอกสารการตีความดังกล่าวยังมีการกล่าวเพิ่มเติมว่าคณะกรรมการตกลงร่วมกันที่จะให้มีการตีพิมพ์เอกสารทั้งหมดเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตไต่สวนการในช่วงเวลาที่เหมาะสม ยกเว้นกรณีที่เป็นความลับทางธุรกิจ ข้อมูลที่เป็นความลับหรือข้อมูลอื่นใดที่ห้ามเปิดเผยภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่เป็นคู่สัญญานั้นๆ⁶⁵ เอกสารการตีความนั้นชัดเจนในเรื่องการรับรองอย่างเป็นทางการจาก คณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA ว่า การเข้าถึงเอกสารที่มาจากกระบวนการอนุญาตไต่สวนการระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นอยู่ในกระบวนการขั้นตอนตามบทที่ 11 ของข้อตกลง NAFTA ซึ่งผลที่ตามมาหลังจากการตีความกระบวนการอนุญาตไต่สวนการในบทที่ 11 นั้นส่งผลกระทบบถึงการปฏิบัติเป็นมาตรฐานสำหรับการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะชน ทำให้ประชาชนมีอิสระในการเข้าถึงเอกสารที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการอนุญาตไต่สวนการได้⁶⁶

ส่วนในเรื่องการปฏิบัติที่มีการอนุญาตให้คู่กรณีฝ่ายที่มีใช้คู่พิพาทสามารถส่งคำร้องได้นั้นก็มีเนื้อหาระบุอยู่ในบทที่ 11 ของข้อตกลง NAFTA เช่นกัน รัฐบาลของประเทศแคนาดาได้มีการส่งคำแนะนำไปยังคณะกรรมการทำงาน (Working Group) ของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ ซึ่งมีเนื้อหาว่าจากประสบการณ์ของประเทศแคนาดา ที่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของบุคคลฝ่ายที่สาม ถ้าหากมีการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมแล้ว ก็ควรอนุญาตให้มีการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ เพราะการอนุญาตให้มีการส่งคำร้องโดยฝ่ายที่สามซึ่งมีใช้คู่พิพาทนั้น สามารถเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการอนุญาตไต่สวนการได้⁶⁷ ซึ่งคณะกรรมการ

⁶⁵ NAFTA Free Trade Comm'n, *Notes on Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions* (2001). [online]. Available from: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp

⁶⁶ Andrea J. Menaker, *Piercing the Veil of Confidentiality: The Recent Trend Towards Greater Public Participation and Transparency in Investor-State Arbitration*, p. 129, 134.

⁶⁷ Settlement of Commercial Disputes U.N. Comm'n on Int'l Trade Law Secretariat, "Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration," *Comments of the Governments of Canada and of the United States of America on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration Under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement*, (A/CN.9/WG.II/WP). p. 4.

การค้าเสรีของ NAFTA ก็ได้มีการออกถ้อยแถลงในเรื่องของการปฏิบัติต่อฝ่ายที่สามซึ่งมีใช้คู่พิพาทในปี ค.ศ. 2003 และในถ้อยแถลงนี้คณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA ได้มีการการตีความไว้ว่า 1) ไม่มีข้อกำหนดใดในข้อตกลง NAFTA ที่กำหนดถึงการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะรับเอาคำร้องจากบุคคลหรือตัวตนอื่นใดที่มีใช้คู่กรณีพิพาทกัน และ 2) ไม่มีอะไรในถ้อยแถลงนี้ที่ออกโดยคณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA จะไปลดทอนสิทธิของคู่สัญญาในข้อตกลง NAFTA⁶⁸ ภายใต้มาตรา 1128*

จากถ้อยแถลงดังกล่าว อนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจที่จะกำหนดการเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลฝ่ายที่สาม คู่พิพาทได้รับอนุญาตเพียงให้แสดงความคิดเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรจะยกเลิกให้มีการส่งคำร้องของฝ่ายที่สามหรือไม่ แต่โดยหลักแล้วนั้น อนุญาโตตุลาการสามารถรับเอาคำร้องนั้นได้แม้ว่าจะมีคำคัดค้านจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายก็ตาม ดังที่ระบุไว้ในถ้อยแถลงว่า ในการใช้ดุลพินิจนั้น อนุญาโตตุลาการควรพิจารณาจากจำนวนข้อเท็จจริง เพื่อกำหนดว่าควรจะให้มีการยื่นคำร้องจากบุคคลฝ่ายที่สามหรือไม่ และคำร้องนั้นจะมีส่วนช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างไร ทั้งนี้รวมถึงในกรณีที่บุคคลฝ่ายที่สามนั้นเป็นผู้มีความรู้หรือความเข้าใจอย่างลึกซึ้งในข้อพิพาทแตกต่างจากคู่พิพาท และในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นได้รับความสนใจเป็นอย่างมากจากบุคคลฝ่ายที่สามหรือประชาชนโดยทั่วไป⁶⁹

สุดท้ายในเรื่องของการเริ่มต้นเปิดให้มีการเข้ามารับฟังกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้บทที่ 11 ของข้อตกลง NAFTA นั้นปรากฏในถ้อยแถลงของคณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA ในปี ค.ศ. 2003 ซึ่งยินยอมที่จะให้เปิดเผยกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้บทที่ 11 ทั้งหมดให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังได้⁷⁰ ซึ่งในถ้อยแถลงได้กำหนดว่า การเข้ารับฟังกระบวนการอนุญาโตตุลาการในบทที่ 11 นั้นจะต้องเปิดเผยต่อหน้าสาธารณะชน เว้นแต่เป็นข้อมูลที่ต้องปิดเป็นความลับและให้รวมถึงข้อมูลที่เป็นความลับทางธุรกิจด้วย

ในถ้อยแถลงเรื่องการเปิดให้เข้าฟังการอนุญาโตตุลาการนั้น คณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA ได้แนะนำหลากหลายวิธีในการเปิดให้รับฟัง เช่น ผ่านทางโทรศัพท์ และผ่านทางเว็บไซต์

⁶⁸ NAFTA FREE TRADE COMMISSION, *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation* (2003). [online]. Available from: http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_ftc_comment_oct03.pdf.

* มาตรา 1128 ว่าด้วยเรื่องหนังสือที่แจ้งไปยังคู่พิพาท คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจมีการส่งคำร้องไปยังอนุญาโตตุลาการในประเด็นคำถามเรื่องการตีความในข้อตกลง NAFTA Free Trade Agreement, article 1128.

⁶⁹ U.N. Comm'n on Int'l Trade Law Secretariat, *Settlement of Commercial Disputes*, (A/CN.9/WG.II/WP.163), p. 4.

⁷⁰ U.S. TRADE REPRESENTATIVE, *Statement on Open Hearings in Nafta Chapter Eleven Arbitrations* (2003). [online]. Available from: https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

ออนไลน์⁷¹ NAFTA ถือได้ว่าเป็นผู้ริเริ่มการพัฒนากลไกกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐให้โปร่งใส โดยมีการรับรองถึงการอนุญาตให้เปิดเผยข้อมูลเอกสารต่อประชาชน การให้บุคคลที่สามเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ การเปิดให้เข้ารับฟังกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีอิทธิพลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนในสังคมระหว่างประเทศ

3.4.1.3 ข้อจำกัดในการตีความข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ

ในฐานะที่ NAFTA เปรียบเสมือนผู้นำในเรื่องการผลักดันหลักความโปร่งใส คณะกรรมการการค้าเสรีของ NAFTA จึงได้มีการตีความพันธกรณีเรื่องความโปร่งใสในข้อสัญญา ระหว่างนักลงทุนกับรัฐในรูปแบบของถ้อยแถลงและแนวทางการปฏิบัติ ซึ่งการออกถ้อยแถลงและแนวทางการปฏิบัตินั้นมีข้อจำกัด อย่างไรก็ตามเพราะว่าคู่พิพาทยังคงอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการในเวลาที่เกิดการอนุญาโตตุลาการนั้นๆ*

กลไกกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐของ NAFTA ในบทที่ 11 นั้นมิได้กำหนดข้อบัญญัติโดยตรงอันเป็นการเพิ่มเติมพันธกรณีในเรื่องของการเปิดเผยหรือรักษาความลับในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁷² และในกรณีที่เนื้อหาและหลักการอนุญาโตตุลาการในข้อตกลง NAFTA มิได้ถูกนำมาใช้หรือคู่สัญญาเลือกที่จะไปใช้อื่นๆ อย่างเช่น นักลงทุนจะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาซึ่งเป็นรัฐที่อยู่ใน NAFTA แต่ให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การควบคุมของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ซึ่งกรณีนี้เนื้อหาในข้อตกลง NAFTA ก็จะไม่ถูกนำมาใช้ในส่วนของการเปิดเผยเอกสารและการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของบุคคลฝ่ายที่สาม แต่ในส่วนของการเปิดให้รับฟังกระบวนการพิจารณานั้น มีการนำมาใช้

⁷¹ Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party, [online]. Available from <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta-transparency-alena-transparence.aspx?lang=eng>.

* As an example of a case that involved a NAFTA dispute that proceeded under the UNCITRAL Rules, Methanex was the first case to recognize the "privilege" of third parties to participate as amicus curiae in investment arbitration proceedings. Julie Lee, "Uncitral's Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitration," *Northwestern Journal of International Law & Business* 33, no. 2 (2013). p. 452.

⁷² Ibid. p. 453.

แต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL กล่าวคือ การรับฟังนั้นจะสามารถใช้กล้องได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยินยอมตกลง⁷³ ทั้ๆที่ในข้อตกลง NAFTA ยินยอมให้มีการเข้ารับฟังกระบวนการพิจารณา แต่ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL นั้นจะต้องให้คู่สัญญายินยอมเสียก่อนจึงจะอนุญาตให้เปิดให้มีการเข้ารับฟังการอนุญาโตตุลาการได้⁷⁴ ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในข้อตกลง NAFTA ที่กำหนดถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบโปร่งใส ในช่วงเริ่มต้นนั้นยังมิได้รับความนิยมนักในหมู่นักลงทุน

3.4.2 ภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)

3.4.2.1 ข้อบังคับฉบับใหม่ของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศที่ออกแบบมาเพื่อให้บรรลุถึงความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

การอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐส่วนมากจะกระทำผ่านศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ และมากกว่าร้อยละ 60 ของกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ภายใต้ กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID หรือกฎอื่นๆเพิ่มเติมที่กำหนดมาเพื่อช่วยอำนวยความสะดวกในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID⁷⁵ ดังนั้นจึงคุ้มค่าที่จะพิจารณาว่าศูนย์ ICSID นั้นได้เพิ่มเติมเรื่องหลักความโปร่งใสโดยการผสมผสานและแก้ไขกฎต่างๆอย่างไรบ้าง

ศูนย์ ICSID ได้มีการแก้ไขกฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 2006 เพื่อเพิ่มเติมสิ่งที่อยู่ในความนิยมในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006) ซึ่งจำนวนของข้อสัญญาทวิภาคีที่มีการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID นั้นมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆอย่างเห็นได้ชัด นักลงทุนได้รับอนุญาตให้มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทที่มีกับรัฐเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ผ่านข้อตกลงพหุภาคีหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญาการปฏิรูปพลังงาน

⁷³ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, art. 28(3).

⁷⁴ Andrea J. Menaker, *Piercing the Veil of Confidentiality: The Recent Trend Towards Greater Public Participation and Transparency in Investor-State Arbitration*

⁷⁵ Ethan G. Shenkman Gary B. Born, "Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration, in the Future of Investment Arbitration." pp. 5, 28.

ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ และเร็ว ๆ นี้ที่เพิ่งได้ข้อสรุปคือ ข้อตกลงอเมริกากลาง (CAFTA) ซึ่งกฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ(ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006) นั้นมีเจตนาที่จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นมีความคล่องตัวและโปร่งใสมากยิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันก็ทำให้เกิดความเชื่อมั่นมากยิ่งขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁷⁶

3.4.2.2 มาตรการที่ก้าวหน้าของศูนย์ระดับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

ศูนย์ ICSID ได้รับเอาหลักหลายๆหลักเข้ามาปรับใช้เพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณะชนที่ต้องการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ศูนย์ ICSID มีวัตถุประสงค์ที่จะพัฒนาในด้านความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น โดยผ่านการอนุญาตให้ฝ่ายที่สามสามารถเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการได้ การอนุญาตให้สาธารณะชนเข้ารับฟังกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ และการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะชนอีกด้วย

ศูนย์ ICSID ได้กำหนดมาตรฐานขึ้นใหม่และกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณะชนมากยิ่งขึ้นในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ในฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006 ซึ่งกำหนดให้มีการพิจารณาถึงคำขอของคู่กรณีฝ่ายที่สามเพื่อให้มีการส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม และถ้าหากประเด็นนั้นๆไม่เพียงพอที่จะนำมาพิจารณาโดยบุคคลฝ่ายที่สาม ก็สามารถนำประเด็นดังกล่าวเข้ามาพิจารณาได้โดยผ่านทางประชาชนคนอื่นๆได้ ยกตัวอย่างเช่น มีประเด็นที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยปกติแล้วจะมีแต่เพียงคู่สัญญาเท่านั้นที่เกี่ยวข้อง แต่ในกรณีนี้หากประเด็นในเรื่องนั้นๆเป็นเรื่องสำคัญที่ประชาชนให้ความสนใจเป็นอย่างมาก เช่น ประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมหรือประเด็นเรื่องการค้า ก็สามารถอนุญาตให้บุคคลฝ่ายที่สามเข้าร่วมได้

⁷⁶ David W. Ogden Gary Born, Rachael D. Kent, John V.H. Pierce, David W. Bowker, *Investment Treaty Arbitration: Icsid Amends Investor-State Arbitration Rules* (April 2006). [online]. Available from: <https://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandnewsdetail.aspx?NewsPubId=90393>

ศูนย์ ICSID ไม่ได้จำกัดชนิดของบุคคลฝ่ายที่สาม ที่จะสามารถส่งคำร้องขอเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ตามที่ระบุไว้ที่มีการอ้างอิงถึงฝ่ายที่มีใช้คู่กรณี ซึ่งหมายถึง “บุคคลธรรมดาหรือตัวตนอื่นใด”*

ความหมายอย่างกว้างของ “บุคคลธรรมดาหรือตัวตนอื่นใด” นั้นหมายถึง บุคคลธรรมดาประชาชนทั่วไป องค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) ที่มีใช้หน่วยงานของรัฐ องค์กรธุรกิจ และหน่วยงานท้องถิ่นหรือหน่วยงานระดับชาติ ยิ่งกว่านั้นในฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีความก้าวหน้าในเรื่องของความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น โดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ ในการพิจารณาคำร้องขอของฝ่ายที่สามถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะคัดค้าน แต่อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการก็จะต้องปรึกษากับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อนที่จะมีการวินิจฉัยคำร้องเพิ่มเติมถ้าหากมีการยอมรับมากกว่าคำคัดค้านจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย⁷⁷

นอกจากในส่วนเพิ่มเติมเรื่องการรับคำร้องจากบุคคลฝ่ายที่สามซึ่งมีใช้คู่กรณีนั้น ใน ICSID ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006 ยังได้เพิ่มเติมในเรื่องของความโปร่งใสโดยการให้บุคคลภายนอกสามารถเข้ามารับฟังการพิจารณาได้ บุคคลเหล่านี้อาจประกอบไปด้วยองค์กรพัฒนาเอกชน และองค์กรภาคประชาสังคมต่างๆ ซึ่งสามารถเข้ามาอยู่ในกระบวนการพิจารณาได้นอกจากฝ่ายที่เกี่ยวข้องโดยตรง การแก้ไขกฎเหล่านี้ก็เพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณะชน โดยอนุญาโตตุลาการสามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญาหรือตัวแทนของคู่สัญญาเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการได้ หรือแม้กระทั่งเปิดให้สาธารณะชนเข้ามารับฟังการอนุญาโตตุลาการได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นไปด้วยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย** แต่หลักเกณฑ์ใหม่นี้ยังคงเป็นที่น่าสนใจในเรื่องของปัญหาความเชื่อมั่นในการรักษาความลับ เพราะอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นผู้รับผิดชอบในการตัดสินใจเรื่องการ

* After consulting both parties, the tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute ... to file a written submission with the tribunal regarding a matter within the scope of the dispute." ICSID Doc, ICSID Convention, Regulations and Rules (2006). [online]. Available from: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf#search=icsid%20convention>. Rule 37(2), at 117.

⁷⁷ Ibid.

** Unless either party objects, the tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the tribunal, to attend or observe all or part of the hearings . . . " ICSID Rules, rule 32(2), at 115.

เปิดเผยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และจะต้องสร้างกระบวนการสำหรับป้องกันสิทธิหรือข้อมูลอันเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาอีกด้วย⁷⁸

ใน ICSID ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006 ยังได้มีจุดมุ่งหมายเพิ่มเติมในเรื่องของความโปร่งใส โดยการก่อตั้งหลักเกณฑ์ซึ่งอำนวยความสะดวกในเรื่องของช่วงเวลาในการตีพิมพ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่หลักเกณฑ์ที่แก้ไขนั้นใน ICSID มีการห้ามมิให้ตีพิมพ์ผลคำชี้ขาดหากปราศจากความยินยอมจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าทั้งสองฝ่ายมิได้ยินยอม ICSID จะตีพิมพ์ได้เพียงข้อความที่ตัดตอนมาจากข้อสรุปทางกฎหมายของผลคำตัดสินคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁷⁹ ในทางตรงกันข้ามหลักเกณฑ์เก่านั้นมิได้ให้อำนาจ ICSID ในการตีพิมพ์ข้อความที่ตัดตอนมาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และยิ่งกว่านั้นในหลักเกณฑ์เก่านั้นมิได้ให้ตีพิมพ์ข้อความที่ตัดตอนมาจากข้อสรุปทางกฎหมายของคำชี้ขาดด้วย และบางครั้งระยะเวลาในการตีพิมพ์นั้นก็ยืดเยื้อไปหลายเดือนอีกด้วย⁸⁰

ดังนั้น ศูนย์ ICSID ได้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในเรื่องของความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นใน ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006 โดยการเปิดให้บุคคลที่สามส่งคำร้องเพื่อเข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ การเปิดให้เข้ารับฟังการอนุญาโตตุลาการ และการตีพิมพ์ผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของหลักเกณฑ์ในศูนย์ ICSID ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อข้อสัญญาการลงทุนที่กำหนดให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID

3.4.2.3 หลักความโปร่งใสของกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID ในรูปแบบที่พัฒนาแล้ว

ICSID ฉบับที่พัฒนาแล้วในปี ค.ศ. 2006 นั้นต่างจากแนวทางและการตีความของ NAFTA เพราะการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID นั้นเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน หลักเกณฑ์ที่ครอบคลุมไปถึงความโปร่งใสนั้นมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 10 เมษายน ปี ค.ศ. 2006 ซึ่งรวมเอาหลักเกณฑ์ของ ICSID ในปี ค.ศ. 1966 ที่มีอยู่แล้วเข้าด้วยกัน

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ ICSID Rules, rule 48, at 122.

⁸⁰ Andrew P. Tuck, "Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the Icsid and Uncitral Arbitration Rules," *Law and Business Review of the Americas* 13, no. 4 (2007). p 900.

และให้ฉบับที่แก้ไขในปี ค.ศ. 2006 นั้นมีผลบังคับใช้* และยิ่งกว่านั้นประเด็นในเรื่องการตีความ คำให้การนั้นก็จะต้องโปร่งใสด้วย ICSID ได้ออกแบบมาตรฐานความโปร่งใสด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม หลักความโปร่งใสลงไปในกฎข้อบังคับที่มีอยู่แล้ว และ ICSID ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2006 นั้นจะมีผล บังคับใช้สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหลักจากวันที่มีผลบังคับใช้⁸¹

ICSID ในปี ค.ศ. 2006 นั้นได้รับการตอบสนองอย่างรวดเร็วจากการอนุญาตตุลาการระหว่าง นักลงทุนกับรัฐและวิวัฒนาการของการเติบโตของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ICSID แยกแยก ออกจากแนวโน้มที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ในประเด็นเรื่องความโปร่งใส ในบริบทของการเป็นทางเลือกโดย สมัยครใจสำหรับนักลงทุนต่างชาติ โดยการทำให้วัตถุประสงค์เพื่อความโปร่งใสนั้นชอบด้วยกฎหมาย และให้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์ที่มีผลผูกพัน นอกจากนี้เพื่อให้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ ของ UNCITRAL นำเอาวัตถุประสงค์เหล่านี้ไปส่งเสริมให้มีความโปร่งใสมากขึ้นในการ อนุญาตตุลาการเฉพาะกิจ ซึ่งมาตรฐานความโปร่งใสของ ICSID นั้นควรจะถูกร่างและจัดการให้ ออกมาในรูปแบบของหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับใช้ให้ดียิ่งขึ้นกว่าการตีความและแนวทางในการ อนุญาตตุลาการ

3.4.3 หลักความโปร่งใสภายใต้การอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมาย การค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL)

จำนวนของการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ในช่วงท้ายของปี ค.ศ. 2010 ซึ่งข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่รู้จักว่า 390 ข้อพิพาทนั้นได้ถูกส่งไป ยังหลายสถาบันอนุญาตตุลาการ ซึ่งสถาบันอนุญาตตุลาการที่ถูกใช้บ่อยที่สุดในการระงับข้อพิพาท ระหว่างนักลงทุนกับรัฐก็คือ ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ (ICSID) และสถาบันอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง สหประชาชาติ (UNCITRAL) และข้อพิพาทที่อยู่กับ UNCITRAL นั้นมีอยู่ด้วยกัน 109 คดี ซึ่งการ

* For example, subsection (2) of Rule 37 is a completely new addition to the 1966 version of the rule. Subsection (2) of Rule 37, which deals with submissions of non-disputing parties, has been incorporated in its entirety as an amendment to the old rule. See ICSID Rules, Rule 37(2), at 117. The rule was previously only concerned with the tribunal's ability to visit places connected to the dispute.

⁸¹ Gary Born et al., *Investment Treaty Arbitration: ICSID Amends Investor-State Arbitration Rules* (April 2006)

เพิ่มขึ้นของจำนวนข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐส่วนใหญ่เกิดจากการเพิ่มขยายมากขึ้นของ สนธิสัญญาทวิภาคีและสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ ในปัจจุบันสนธิสัญญาการลงทุนกว่า 2500 ฉบับนั้นมีผลบังคับใช้ ซึ่งในสนธิสัญญานี้ให้สิทธิแก่นักลงทุนเอกชนที่จะสามารถเริ่มดำเนินการ อนุญาโตตุลาการกับรัฐได้ในกรณีที่รัฐละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา แต่อย่างไรก็ตามก็ได้มีการ หยิบยกความกังวลในเรื่องที่ว่าจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ ที่จะใช้รูปแบบเดิมในการอนุญาโตตุลาการ ที่มาจากข้อพิพาทเอกชน มาใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ⁸²

ในปี ค.ศ. ค.ศ. 2008 คณะกรรมาธิการของ UNCITRAL ได้เล็งเห็นว่าความโปร่งใสในการ อนุญาโตตุลาการสนธิสัญญาระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นเป็นสิ่งสำคัญในอนาคต และควรจะมีการสร้าง มาตรฐานทางกฎหมายขึ้นมา ดังนั้นเมื่อมีการประกาศใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 2010 ไปแล้ว คณะกรรมาธิการของ UNCITRAL จึงได้มอบหมายให้คณะทำงาน 2 ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอมข้อพิพาท (Working Group II : Arbitration and Conciliation) พิจารณาหลักการที่จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ว่าด้วยความโปร่งใส ในขณะที่เดียวกันก็ สามารถรักษาสันติภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความจำเป็นที่จะต้องรักษาความลับใน กระบวนการอนุญาโตตุลาการไปพร้อมกัน โดยพยายามที่จะสร้างมาตรฐานทางกฎหมายว่าด้วยความ โปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญาให้เป็นไปได้ด้วย⁸³

จากการศึกษาพบว่าด้วยความแตกต่างที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและการ อนุญาโตตุลาการการลงทุน อาทิเช่น ลักษณะของคู่พิพาท, ลักษณะของข้อพิพาท, กฎหมายที่บังคับใช้ และรูปแบบของความยินยอมที่ต่างกันนั้น ทำให้เกิดปัญหาวิกฤตขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ที่แต่เดิมใช้รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการทางการค้า อาทิเช่นปัญหาเรื่อง ความโปร่งใส, ปัญหาเรื่องความสอดคล้องของคำตัดสิน และปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในกระบวนการ ซึ่ง แนวทางในการแก้ไขก็คือการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับ ปัญหาที่เกิดขึ้น อย่างเช่น การแก้ไขปัญหาเรื่องความโปร่งใสโดยการเพิ่มหลักความโปร่งใสเข้าไปใน ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ

⁸² Claudia REITH, *Enhancing Greater Transparency in the Uncitral Arbitration Rules - a Futile Attempt?*, vol. 2 (Yearbook on International Arbitration, 2012), p. 298.

⁸³ สถาบันอนุญาโตตุลาการ., "ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการ," (ณ โรงแรมดับเบิลยู กรุงเทพฯ 2557). หน้า 1.

บทที่ 4

วิเคราะห์หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

สิ่งที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติในบทนี้คือการวิเคราะห์ถึงเนื้อหาของหลักว่าด้วยความโปร่งใส และอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสว่ามีความสำคัญอย่างไร รวมถึงการศึกษาถึงข้อดีและข้อเสียของหลักความโปร่งใสถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากข้อพิพาทด้วย

4.1 หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้า ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

ในการประชุมสมัยที่ 46 (กรกฎาคม 2556) คณะกรรมการ UNCITRAL ได้รับรองหลักว่าด้วยความโปร่งใสการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor- State Arbitration- “UNCITRAL Rules on Transparency”) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (ข้อที่ 1 วรรคที่ 4) ที่แก้ไขใหม่ในปี ค.ศ. 2013 โดยการรวมหลักว่าด้วยความโปร่งใสเข้าไปด้วย¹

หลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน 2014 กฎนี้ประกอบไปด้วยขั้นตอนกฎระเบียบว่าด้วยเรื่องความโปร่งใสและการเข้าถึงได้ของสาธารณะชนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งหลักว่าด้วยความโปร่งใสจะนำมาใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 เมษายน 2014 ได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาตกลงกันหรือคู่พิพาทตกลงเห็นด้วยที่จะใช้หลักนี้ หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นในวันที่ 1 เมษายน 2014 หรือหลังจาก 1 เมษายน 2014 (future treaties) เมื่อมีการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

¹ เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการ, สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ณ โรงแรมดับเบิลยู กรุงเทพฯ- 23 ธันวาคม 2557), หน้า 1-2.

จะตกลงเป็นอย่างอื่น อีกทั้งหลักว่าด้วยความโปร่งใสในนั้นยังเปิดให้ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่กระทำภายใต้กฎอื่นใด นอกจากนี้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL รวมถึงการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจด้วย (Ad Hoc Arbitration)

การเชื่อมโยงระหว่างข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL กับหลักว่าด้วยความโปร่งใสในนั้นกระทำโดยการแก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 2013 ใหม่ ซึ่งก็จะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน 2014 ด้วยเช่นกัน การแก้ไขดังกล่าวคือการรวมเอาวรรคที่เขียนใหม่ของข้อที่หนึ่งเข้ามา เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใสในนั้นจะถูกนำไปเขียนไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ฉบับล่าสุด เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนในการปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และจะมีการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL

ในส่วนอื่นๆข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 2013 ก็ยังคงไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากตัวข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 2010 มากนัก

ข้อมูลที่จะให้บริการแก่ประชาชนตามหลักว่าด้วยความโปร่งใสในนั้น จะต้องเปิดเผยโดยใช้พื้นที่เก็บข้อมูลส่วนกลาง ซึ่งดำเนินการโดยเลขาธิการสหประชาชาติโดยผ่านสำนักเลขาธิการ UNCITRAL และข้อมูลจะถูกเปิดเผยผ่านเว็บไซต์ของ UNCITRAL²

หลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญามีเจตนารมณ์ที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญามีความโปร่งใสเปิดเผย

โดยสาธารณะชนสามารถที่จะเข้าถึงกระบวนการได้ตั้งแต่ขั้นเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐส่วนใหญ่แล้ว จะดำเนินการไปโดยไม่เปิดเผยซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและในหลายกรณีก็ยังมีประเด็นของประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

หากรัฐนั้นตกเป็นฝ่ายแพ็คดีย่อมต้องกระทบต่อเงินภาษีของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่นข้อพิพาทเกี่ยวกับแหล่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือประเด็นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ประกอบกับเป็น

² UNCITRAL Texts & Status, International Commercial Arbitration & Conciliation, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, available from: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html.

สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลของประชาชนในรัฐ ซึ่งการเข้าถึงข้อมูลที่ได้รับการยอมรับในกรณีเหล่านี้ถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ดังนั้นหลักว่าด้วยความโปร่งใสจึงเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายใหม่ที่จะเข้ามากำกับดูแลให้สาธารณะชนสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกรณีพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในการอนุญาโตตุลาการได้ อันเป็นการส่งเสริมหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (The good governance) และสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลของประชาชน (Right of access to information)³

4.2 วิเคราะห์หลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา

4.1.1 ขอบเขตในการบังคับใช้และการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญามาปรับใช้

เนื้อหาในส่วนนี้ครอบคลุมถึงขอบเขตและวิธีการบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสในข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งปัจจุบันเป็นส่วนหนึ่งของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 2013

4.1.1.1 ขอบเขตในการบังคับใช้

ในข้อที่ 1(1) ของกฎนี้ได้กำหนดไว้ว่า ข้อบังคับนี้จะใช้สำหรับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนที่สร้างขึ้นหลังจากที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสมีผลบังคับใช้ และเพื่อที่จะระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ได้นั้น ข้อพิพาทจะต้องเข้าเงื่อนไขตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งการที่จะใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL นั้นก็รวมไปถึงหลักว่าด้วยความโปร่งใสด้วย แต่อย่างไรก็

³ เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการ, สถาบันอนุญาโตตุลาการ, หน้า 2-3.

ตามรัฐภาคีภายใต้สนธิสัญญาก็อาจสามารถตกลงกันที่จะไม่ใช้กฎนี้ตามข้อ 1(1) ได้โดยการแสดงออกอย่างชัดเจนในการที่จะไม่นำหลักว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL มาใช้ หรือกำหนดไปเลยว่าจะใช้กฎของการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 1976 แทน ซึ่งนี่คือการสร้างทางเลือกให้แก่รัฐภาคี โดยการเลือกที่จะตัดหลักว่าด้วยความโปร่งใสออกไป (opt-out) เพราะสำหรับการทำสนธิสัญญาในอนาคตที่จะเกิดขึ้นนั้น หากมีการกำหนดให้ใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL เมื่อไหร่ก็นั้นหมายความว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใสก็จะถูกนำมาใช้ด้วย เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

UNCITRAL เลือกเอาวันที่ 1 เมษายน 2014 เป็นวันที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสมีผลบังคับใช้ ซึ่งทำให้เวลาแก่ UNCITRAL ในการที่จะเตรียมความพร้อมสำหรับสิ่งที่จำเป็น และเพื่อพัฒนาความสามารถในการที่จะจัดเก็บข้อมูล ถ้าหากสนธิสัญญาใดที่กระทำหลังจากที่มีการยอมรับหลักว่าด้วยความโปร่งใสในเดือน กรกฎาคม ปี ค.ศ. 2013 แต่ก่อนที่จะถึงวันที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสมีผลใช้บังคับในเดือนเมษายน 2014 หลักว่าด้วยความโปร่งใสก็จะไม่ถูกนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL และหากรัฐภาคีที่มีการทำสนธิสัญญาก่อนวันที่ 1 เมษายน 2014 ต้องการที่จะให้รวมเอาหลักว่าด้วยความโปร่งใสเข้ามาใช้กับสนธิสัญญา ก็จะต้องแสดงความจำนงให้ชัดเจนโดยการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรลงในสนธิสัญญาที่สร้างขึ้น และถ้าหากรัฐคู่สัญญาไม่กระทำตามนั้น หลักว่าด้วยความโปร่งใสก็จะไม่ถูกนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ภายใต้สนธิสัญญานั้น

ข้อจำกัดในการประยุกต์ปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสในสนธิสัญญานั้นเกิดจากข้อที่ 1(2) ของกฎ ซึ่งในข้อนี้ได้กำหนดว่า หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะถูกนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ที่กระทำภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนซึ่งทำขึ้นภายในวันที่ 1 เมษายน 2014 ได้เมื่อไหร่และอย่างไร รวมถึงวันที่กฎนี้มีผลบังคับใช้ด้วย สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะถูกนำมาใช้ถ้า 1) คู่พิพาทได้ตกลงกันไม่ว่าในเวลาใดก็ตามว่าจะใช้กฎนี้หรือ 2) รัฐภาคีในสนธิสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้องนั้นได้ให้ความยินยอมหลังจากวันที่ 1 เมษายน 2014 เพื่อที่จะนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาบังคับใช้

เมื่อพิจารณาถึงทางเลือกแรก ที่กำหนดให้คู่พิพาทสามารถตกลงที่จะนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ โดยได้ให้อิสระแก่คู่พิพาทในการที่จะเลือกใช้กฎที่จะนำมาใช้ ซึ่งอาจจะทำเช่นนั้นได้โดยตรง คือการให้ความยินยอมเฉพาะจากคู่พิพาทในการที่จะเลือกแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎในการอนุญาโตตุลาการเอง หรือในทางอ้อมโดยการอ้างถึงรูปแบบของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

ที่คล้ายๆกัน ที่ยินยอมให้คู่พิพาทสามารถแก้ไขกฎที่จะนำมาบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการของตนได้

ในทางเลือกที่สอง (การตกลงโดยรัฐคู่สัญญาที่จะนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาบังคับใช้) นั้น รัฐคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องจะต้องแสดงให้เห็นถึงความยินยอมที่จะนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้ หลังจากที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นมีผลบังคับใช้ไปแล้ว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อที่ 1(2) นั้น เป็นรูปแบบของ “ความตกลง” ที่จำเป็นสำหรับรัฐคู่สัญญาในการที่จะแสดงความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อให้มีความยืดหยุ่น เพื่อที่จะให้รัฐคู่สัญญาได้ตกลงกันโดยผ่านสนธิสัญญา, แลกเปลี่ยนร่วม หรือการแสดงความยินยอมฝ่ายเดียว หรือวิธีการอื่นใดสำหรับการจัดตั้งความตกลง และในเชิงอรรถของข้อที่ 1 ในกฎนี้ก็ได้กำหนดเพิ่มเติมในประเด็นของการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้ ซึ่งในเชิงอรรถแรกได้กำหนดว่า หลักว่าด้วยความโปร่งใสที่ถูกออกแบบมาเพื่อนำมาปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการในสนธิสัญญาการลงทุนเท่านั้น และดังนั้น ก็จะไม่มีการปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสโดยอัตโนมัติกับข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อสัญญาที่กระทำขึ้นก่อนหรือหลังจากที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะมีผลบังคับใช้ (แม้ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐก็ตาม) และในเชิงอรรถที่สองก็อธิบายเพิ่มเติมว่า รัฐหรือคู่สัญญาในสนธิสัญญาที่กล่าวมานั้น อาจรวมไปถึง อาทิเช่น สนธิสัญญาระหว่างสหภาพยุโรป(European Union- EU) กับ ฮองกงก็ได้

หนึ่งในประเด็นที่เกิดขึ้นในเรื่องของขอบเขตการบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสก็คือ การที่สนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นก่อน แต่มีการต่ออายุเมื่อสิ้นอายุ และหลังจากวันที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสมีผลบังคับใช้นั้น จะตกอยู่ภายใต้ข้อที่ 1(1) หรือ 1(2) ซึ่งอาจจะมีข้อโต้แย้งได้ว่า ถ้าสนธิสัญญามีผลบังคับใช้อีกวาระหนึ่ง หลังจากที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสมีผลใช้บังคับ การใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL กับสนธิสัญญาที่มีการต่ออายุนั้นจะต้องรวมเอาหลักว่าด้วยความโปร่งใสเข้าไปด้วย และเมื่อสันนิษฐานว่ารัฐคู่สัญญาได้ทราบเกี่ยวกับหลักว่าด้วยความโปร่งใสที่จะนำมาใช้บังคับนั้นแล้ว รัฐคู่สัญญาที่สามารถที่จะเลือกตัดกฎนี้ออกได้ (opt-out) ในเวลาที่มีการยุติหรือมีการต่ออายุสนธิสัญญาได้ถ้าหากรัฐคู่สัญญาทั้งคู่จำเป็นต้องการ

4.1.1.2 การบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส

ในข้อที่ 1(3) นั้นระบุเกี่ยวกับการทำให้เสื่อมลงและการแก้ไขหลักว่าด้วยความโปร่งใส ในข้อ 1(3)(a) ได้จำกัดความสามารถของคู่พิพาทในการที่จะตกลงกันทำให้หลักว่าด้วย

ความโปร่งใสที่เชื่อมโยง ซึ่งกฎในข้อนี้ถูกขับเคลื่อนโดยการพิจารณาของทั้งรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนและประชาชนทั่วไปที่มีความสนใจในเรื่องของความโปร่งใส ซึ่งอาจจะถูกทำลายโดยการที่อนุญาตให้คู่พิพาทสามารถหลีกเลี่ยงการเปิดเผยข้อมูลที่กำหนดไว้ในหลักว่าด้วยความโปร่งใส

ในขณะที่ข้อ 1(3)(b) นั้นกำหนดให้มีความยืดหยุ่นกับอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีการปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส ด้วยการให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระที่จะเบี่ยงเบนไปจากวัตถุประสงค์ของกฎได้หากเป็นเรื่องที่จำเป็น แต่ก็ระบุไว้ว่าการเปลี่ยนแปลงใดๆนั้นควรจะเป็นไปเพื่อการเพิ่มหรือส่งเสริมมิใช่การตอบโต้กับวัตถุประสงค์ของการส่งเสริมความโปร่งใส

4.1.1.3 การใช้ดุลพินิจและขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

บางบทบัญญัติในหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการที่จะใช้ดุลพินิจได้ ซึ่งอยู่ในบริบทเหล่านั้น ในข้อที่ 1(4) ได้ให้คำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการใช้ดุลพินิจดังกล่าวว่าควรจะใช้อย่างไร ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทของการใช้ดุลพินิจนั้นก็คือ 1) ประเภทแรกนั้นประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงสองประเด็นแยกกันคือ ความสนใจของประชาชนทั่วไปในการอนุญาโตตุลาการของนักลงทุนกับรัฐ และความสนใจของประชาชนในข้อพิพาทเฉพาะ 2) ประเภทที่สองนั้นเกี่ยวกับความสนใจของคู่พิพาทในเรื่องของ “ความยุติธรรมและความมีประสิทธิภาพ” ในการยุติข้อพิพาทของพวกเขา

ต่อมาในข้อที่ 1(5) ก็ได้กำหนดถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการที่จะอนุญาตหรือเรียกร้องถึงความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL โดยไม่ใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส และมีจุดมุ่งหมายที่จะตอบโต้ข้อสันนิษฐานที่อาจเกิดขึ้นกับความโปร่งใสที่อาจจะได้รับการตีความเป็นอย่างอื่นนอกจากข้อ 1(2) และในข้อที่ 1(5) ยังกำหนดว่าการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL เมื่อหลักว่าด้วยความโปร่งใสไม่ถูกนำมาใช้ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วนั้นไม่อาจจะตีความโดยสัญญาได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นควรปิดเป็นความลับด้วย

ดังนั้นระดับของความโปร่งใสที่ได้รับความยินยอมโดยข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ไม่ว่าจะในปี ค.ศ. 2010 หรือในปี ค.ศ. 1976 นั้นไม่มีทางที่จะมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ความโปร่งใสนั้นลดลงโดยการใดๆ ที่มีใช้การนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้ และในข้อที่ 1(6) ยังได้จำกัดความสามารถของรัฐในการที่จะหลบเลี่ยงการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้เมื่อจะต้องใช้ โดยการแทรกไว้ในส่วนของการประนีประนอม ซึ่งออกแบบมาเพื่อสร้างสมดุลให้กับบาง

ข้อ ยกเว้นในข้อที่ 7 ซึ่งให้อำนาจรัฐที่ถูกฟ้องในการที่จะมีอิสระในการอ้างกฎหมายภายในของตนเพื่อหลีกเลี่ยงการเปิดเผยข้อมูล

4.1.1.4 วิธีพิจารณาลำดับชั้นของกฎหมาย

ในข้อที่ 1(7) และ 1(8) นั้นได้ระบุตำแหน่งของหลักว่าด้วยความโปร่งใสในลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งตามที่กล่าวไว้ในข้อ 1(7) หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะอยู่เหนือกว่าหากเกิดความขัดแย้งกับบทบัญญัติใดๆ ในการบังคับใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ยกตัวอย่างเช่น แม้ว่าการบังคับใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทั่วไปนั้นจะอนุญาตให้คู่พิพาทตกลงกันที่จะแก้ไขกฎที่ควบคุมข้อพิพาทอยู่ได้เช่น โดยผ่านทางข้อ 1(1) ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 2010 และ 2013 แต่หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะยังคงอยู่เหนือกว่าและถูกป้องกันจากการแก้ไข แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่เกิดข้อขัดแย้งกับบทบัญญัติในการบังคับใช้สนธิสัญญา ให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นอยู่เหนือกว่า และในข้อ 1(8) นั้นสะท้อนให้เห็นถึง หลักการที่ว่าข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถอยู่เหนือกว่าบทบัญญัติของกฎหมายได้

4.1.1.5 การบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสกับการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL

บทบัญญัติข้อสุดท้ายของข้อที่ 1 ซึ่งก็คือข้อ 1(9) นั้นทำให้เกิดความชัดเจนว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใสนี้อาจจะใช้ในการเชื่อมโยงกับการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของผู้อื่นได้ โดยในระหว่างการเจรจา สถาบันในการอนุญาโตตุลาการหลายๆแห่ง รวมไปถึง ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration- PCA) และ ICSID ก็ได้ยืนยันว่า หลักว่าด้วยความโปร่งใสสามารถนำมาปรับใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้การควบคุมของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการของ UNCITRAL ได้ปฏิเสธความคิดที่จะจำกัดไว้แค่ตามข้อ 1(2) โดยการกำหนดให้หลักว่าด้วยความโปร่งใสสามารถปรับใช้ได้กับข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้สนธิสัญญา ที่กระทำขึ้นภายหลังที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสมีผลบังคับใช้ และสามารถขยายรวมถึงการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่ UNCITRAL ด้วย

4.1.2 รูปแบบและเนื้อหาของหลักว่าด้วยความโปร่งใส

4.1.2.1 การเปิดเผยข้อมูลเมื่อเริ่มกระบวนการอนุญาตตุลาการ

ในข้อที่ 2 ของหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่รวดเร็วและการเปิดเผยข้อเท็จจริงว่าการอนุญาตตุลาการนั้นได้เริ่มขึ้น โดยเมื่อผู้ฟ้องได้ส่งคำเสนอการอนุญาตตุลาการไปยังรัฐผู้ถูกฟ้องอย่างเป็นทางการ ถึงการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทแต่ละฝ่ายก็จะต้องมีหน้าที่ในการที่จะต้องส่งต่อคำเสนอนั้นให้แก่ผู้จัดเก็บข้อมูล และเมื่อผู้จัดเก็บข้อมูลมีหลักฐานว่าผู้ถูกฟ้องได้รับคำเสนอการเริ่มต้นการอนุญาตตุลาการแล้ว ผู้จัดเก็บก็จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานแห่งข้อพิพาทโดยทันที อาทิเช่น ชื่อของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย, ภาคเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง หรือสนธิสัญญาที่ผู้ฟ้องได้อ้างใช้ในการฟ้อง

เมื่อพิจารณาถึงการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ คณะผู้แทนบางส่วนเกิดความวิตกกังวลว่า ถ้าหากมีการเผยแพร่คำเสนอในการอนุญาตตุลาการก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ จะทำให้อนุญาตตุลาการขาดอำนาจในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับการป้องกันหรือการรักษาความลับของข้อมูลที่ควรจะได้รับ การป้องกันจากการเปิดเผยข้อมูล แต่ถ้าหากการเปิดเผยคำเสนอการอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องรอจนกว่าจะมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ก็อาจจะทำให้ใช้เวลานานระหว่างช่วงเวลาที่มีการส่งคำเสนอการอนุญาตตุลาการและการเปิดเผยข้อมูลข้อพิพาทที่มีอยู่ และยิ่งกว่านั้น ถ้าในกรณีที่อนุญาตตุลาการไม่ได้ถูกแต่งตั้งขึ้น เช่น ถ้าหากข้อพิพาทนั้นได้ถูกระงับไปก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ดังนั้นการจะทราบได้ว่ามีข้อพิพาทเช่นนั้นอยู่ก็อาจจะไม่เกิดขึ้น

การประนีประนอมให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงพื้นฐานในทันทีนั้น (โดยที่ไม่จำเป็นต้องใช้การตัดสินใจส่วนตัวหรือการใช้ดุลพินิจโดยผู้จัดเก็บข้อมูล) เมื่อมีหลักฐานว่าผู้ถูกฟ้องนั้นได้รับหนังสือเสนอการอนุญาตตุลาการแล้วนั้น หนังสือที่ทำขึ้นเพื่อเสนอการอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องถูกเปิดเผยโดยอัตโนมัติตามที่กำหนดไว้ในข้อที่ 3 แต่หลังจากที่มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว

ในบางกรณี คู่พิพาทอาจจะไม่เห็นด้วยที่จะนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้หรือไม่ ในข้อที่ 2 นั้น อย่างไรก็ตาม คู่พิพาททั้งสองฝ่ายและผู้จัดเก็บข้อมูลนั้นจะต้องดำเนินการตาม ก่อนที่อนุญาตตุลาการจะเริ่มการพิจารณาปัญหาเพื่อระงับข้อพิพาทใดๆ ในกรณีดังกล่าวมากกว่านั้นการปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะถูกระงับไว้ระหว่างการใช้ดุลพินิจของอนุญาตตุลาการในการ

พิจารณาเนื้อหา ซึ่งการใช้วิธีการนั้นผู้ที่เขียนร่างนี้ได้ให้เหตุผลว่า ปริมาณและชนิดของข้อมูลที่เปิดเผยในข้อที่ 2 นั้นจะไม่มีผลกระทบต่อที่สำคัญ หรือทำให้เกิดความเสี่ยงที่ข้อมูลที่เป็นความลับจะกลายมาเป็นสาธารณะ

4.1.2.2 การเปิดเผยเอกสาร

ในข้อที่ 3 นั้นได้กำหนดถึงการเปิดเผยเอกสารที่ถูกส่งมาหรือออกโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภทได้แก่ 1) เอกสารที่ถูกกำหนดและให้เปิดเผยโดยอัตโนมัติ 2) เอกสารที่ถูกกำหนดให้เปิดเผยก็ต่อเมื่อมีบุคคลร้องขอให้มีการเปิดเผยจากอนุญาโตตุลาการและ 3) เอกสารซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วว่าควรจะให้เปิดเผย

ในขณะที่สนธิสัญญาส่วนใหญ่จะไม่ได้กล่าวถึงการปิดเป็นความลับหรือความโปร่งใสของข้อพิพาท บางฉบับก็มีการเปิดเผยที่นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในข้อที่ 3 ของหลักว่าด้วยความโปร่งใส⁴ และเพื่อที่จะป้องกันหลักว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL จากการจำกัดความโปร่งใส ข้อที่ 1(7) ของหลักว่าด้วยความโปร่งใสจึงกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการเปิดเผยใดๆ ที่กว้างขึ้นนั้น สนธิสัญญาที่ครอบคลุมการอนุญาโตตุลาการอยู่นั้นจะอยู่เหนือกว่าในกรณีที่เกิดความไม่สอดคล้องกันระหว่างสนธิสัญญาและหลักว่าด้วยความโปร่งใส

ข้อที่ 3(1) ซึ่งเป็นประเภทแรกของเอกสารนั้นจะรวบรวมชุดของเอกสารมากมายที่ถูกส่งมาหรือออกโดยอนุญาโตตุลาการ ระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการรวมถึงคำให้การทั้งหมด และคำเสนอโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายและรัฐภาคีที่ไม่ใช่คู่พิพาท หรือจากคู่กรณีฝ่ายที่ 3 รวมทั้งสำเนาการพิจารณาคดี, คำสั่ง, ผลคำตัดสิน และผลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และที่สำคัญ คณะทำงานของ UNCITRAL ได้กำหนดไว้ว่า สำเนาการพิจารณาคดีนั้นจะต้องแยกจากการพิจารณาคดี ซึ่งนั่นหมายความว่าแม้การพิจารณาคดีอาจจะต้องเป็นความลับด้วยเหตุผลใดๆ ตามข้อที่ 6 ของกฎนี้ แต่ในส่วนของสำเนาการพิจารณาคดีที่ไม่ได้เป็นความลับหรือถูกป้องกันก็จะถูกเปิดเผยตามข้อที่ 3(1)

ประเภทที่ 2 ของเอกสารนั้นอยู่ในข้อที่ 3(2) ซึ่งรวมไปถึงคำให้การของพยานและรายงานของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งก็เกิดความกังวลจากสมาชิกบางประเทศของ UNCITRAL ที่ระบุว่า การเปิดเผยข้อมูลของเอกสารทั้งสองชิ้นนี้จะทำให้เกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันผลงานของผู้เชี่ยวชาญ และการป้องกันการข่มขู่พยานหรือผู้เชี่ยวชาญ อย่างไรก็ตามคณะผู้แทนอื่นๆก็ได้เน้นย้ำว่าเอกสาร

⁴ Nathalie Bernasconi-Osterwalder & Lise Johnson, Transparency in the dispute settlement process: Country best practices (IISD & CIEL, 2011, p 5-7.

เหล่านี้เป็นกุญแจสำคัญที่จะทำให้เข้าใจปัญหาและความขัดแย้งและผลของข้อพิพาท ดังนั้นจึงควรมีการบังคับให้มีการเปิดเผยเอกสารเหล่านี้ ซึ่งในการพยายามที่จะให้เกิดความสมมูลนั้น UNCITRAL จึงได้แก้ไขโดยการที่จะยกเว้นการเผยแพร่คำให้การพยานและรายงานของผู้เชี่ยวชาญอย่างอัตโนมัติตามข้อ 3(1) แต่จะยังคงต้องมีการเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้ตามข้อ 3(2) ถ้าหากเอกสารเหล่านี้ได้รับการร้องขอในขณะที่การอนุญาโตตุลาการยังมีอยู่ และเมื่อมีการร้องขอให้เปิดเผยคำให้การพยานหรือรายงานของผู้เชี่ยวชาญ เอกสารจะถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะชนโดยผ่านผู้จัดเก็บข้อมูล

ข้อที่ 3(3) นั้นครอบคลุมถึงประเภทที่ 3 ของเอกสาร ซึ่งก็คือเอกสารที่ขึ้นอยู่กับพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่จะมีคำสั่งให้เผยแพร่ ซึ่งคณะผู้แทนหลายคนรู้สึกว่าการบังคับให้มีการเปิดเผยเอกสารทั้งหมดอาจจะเป็นภาระเกินควร และภาระในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอาจจะไม่ได้เป็นกฎทั่วไป อาจจะมีมากเกินไปสำหรับความสนใจของสาธารณะชนในข้อมูลนั้นๆ ดังนั้นคณะผู้แทนจึงตัดสินใจที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลเหล่านั้นโดยขึ้นอยู่กับตัวอนุญาโตตุลาการเอง หรือถ้ามีการร้องขอโดยภาคีฝ่ายที่มีข้อพิพาทและเมื่อมีการตัดสินใจที่จะออกคำสั่งให้เปิดเผยเอกสาร ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบของข้อที่ 1(4) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชน

ในข้อที่ 3(4) ได้วางรูปแบบกระบวนการสำหรับการเผยแพร่ข้อมูลและการปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับ เมื่อมีการบังคับให้มีการเปิดเผยข้อมูล อนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องส่งข้อมูลไปให้แก่ผู้จัดเก็บข้อมูล “ให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้” หลังจากที่ทำตามขั้นตอนที่ได้จำกัดการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งถือว่าเป็นการคุ้มครองหรือเป็นการรักษาความลับ และต่อมาผู้จัดเก็บข้อมูลก็จะต้องเผยแพร่ข้อมูลเหล่านั้นลงในเว็บไซต์ ในทางตรงกันข้ามอนุญาโตตุลาการจะมีความยืดหยุ่นในการพิจารณาความหมายของการเปิดเผยเอกสารที่มีคำขอร้องขอให้เปิดเผยข้อมูลอื่นๆ จากภาคีฝ่ายที่มีข้อพิพาท และสามารถ ยกตัวอย่างเช่น ส่งข้อมูลเอกสารเหล่านั้นไปให้แก่ผู้จัดเก็บข้อมูล หรือออกคำสั่งให้มีการเผยแพร่ได้

หลักทั่วไปของการนำข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ไปใช้นั้นก็คือประชาชนจะไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายหรือไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งข้อยกเว้นเดียวก็คือการเปิดเผยข้อมูลที่ให้แก่บุคคลเฉพาะตามข้อ 3(3) ภายใต้การให้ข้อมูลเนื้อหาที่ผ่านการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการแล้วและอาจทำโดยวิธีการอื่นๆ มากกว่าการส่งผ่านไปให้แก่ผู้จัดเก็บข้อมูล และที่พิเศษกว่านั้นในข้อที่ 3(5) บุคคลหรือองค์กรใดๆ ที่ทำการขอรับการเข้าถึงเอกสารตามข้อ 3(3) นั้นจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ เพื่อให้บุคคลหรือองค์กรเหล่านั้นได้ใช้เอกสารเหล่านั้นได้ (แต่ไม่ใช่ค่าดำเนินการทุกอย่างหรืออาจจะเป็นคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ) ซึ่ง “ค่าดำเนินการ” นี้มีวัตถุประสงค์ที่จะไม่รวมค่าใช้จ่าย เช่นค่าใช้จ่ายทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ

สุดท้ายนี้ในหลักว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL ก็ไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์ใดๆที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลที่ถูกร้องขอ หลังจากที่มีการอนุญาตตุลาการไม่ได้มีอยู่แล้ว แต่ไม่ได้ระบุว่าในบริบทของการอนุญาตตุลาการแบบเฉพาะจะเป็นแบบนี้ด้วยหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้สามารถและควรจะได้รับการพัฒนาแนวทางที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาตตุลาการแบบเฉพาะ

4.1.2.3 การรับเอกสารจากคู่กรณีฝ่ายที่สาม

ในข้อที่ 4 นั้นเกี่ยวกับการส่งเอกสารจากบุคคลที่ไม่ใช่คู่พิพาทและก็ไม่ใช่อัยการในสนธิสัญญาด้วย

ในข้อที่ 4(1) นั้นแสดงออกชัดเจนถึงอำนาจของอนุญาตตุลาการการลงทุนในการที่จะรับเอกสารจากบุคคลที่สาม (Amicus curiae) ซึ่งเป็นการให้โดยตัวนหรือทำให้ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทได้รับรู้โดยการ “ส่งหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษร (written submission)” และไม่ได้อยู่ในรูปแบบอื่นของการเข้ามามีส่วนร่วมเช่น สำเนาการพิจารณาคดี แต่อย่างไรก็ตาม อนุญาตตุลาการก็อาจจะอนุญาตให้มีการทำในรูปแบบอื่นๆ ของการเข้ามีส่วนร่วมตามอำนาจในการตัดสินใจของอนุญาตตุลาการภายใต้ข้อ 15 ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 1976* และตามข้อ 17 ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 2010 ได้**

* Article 15 “1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case. 2. If either party so requests at any stage of the proceedings, the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument. In the absence of such a request, the arbitral tribunal shall decide whether to hold such hearings or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. 3. All documents or information supplied to the arbitral tribunal by one party shall at the same time be communicated by that party to the other party.”

** Article 15 “1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case. 2. If either party so requests at any stage of the proceedings, the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument. In the absence of such a request, the arbitral tribunal shall decide whether to hold

ส่วนที่เหลือของข้อที่ 4 นั้นครอบคลุมไปถึงกระบวนการและการพิจารณาเกี่ยวกับการตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่าจะอนุญาตให้รับเอกสารจาก *amicus curiae* หรือไม่ และจะจัดการกระบวนการอย่างไรในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกสารนั้น และในทางตรงกันข้ามวิธีการดำเนินงานกับบางสนธิสัญญายังคงคลุมเครือในเรื่องของมาตรฐานและกระบวนการที่จะจัดทำและรับเอกสารจากฝ่ายที่สาม ซึ่งบทบัญญัติเรื่องความโปร่งใสที่รวมถึง รายละเอียดเรื่องของกฎและแนวทางด้วย ในข้อ 4(2)(c) ตัวอย่างเช่น แสดงให้เห็นว่าผู้ที่ส่งเอกสารนั้นจะต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่มาเพื่อพิจารณา โดยไม่คำนึงถึงการสนับสนุนนั้นจะมาจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยตรงหรือทางอ้อมหรือไม่ว่าจะเป็นการให้โดยเฉพาะสำหรับการเตรียมความพร้อมในการส่งเอกสาร

ในข้อที่ 4(3) ได้กำหนดถึงรายการข้อเท็จจริงที่ไม่ผูกขาด สำหรับอนุญาโตตุลาการในการที่จะพิจารณาเมื่อจะต้องกำหนดว่าในการอนุญาโตตุลาการนั้นจะให้มีการส่งเอกสารหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณานั้นควรรวมเอาเรื่องของผลประโยชน์ของบุคคลฝ่ายที่สามที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการด้วย และต้องพิจารณาเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่เกิดขึ้น หรือข้อมูลทางกฎหมายที่บุคคลฝ่ายที่สามนั้นสามารถให้ได้ ซึ่งในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการที่จะอนุญาตหรือไม่นั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาประเด็นข้อเท็จจริงตามที่อยู่ในข้อ 1(4) ซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์ของประชาชนและการพิจารณาถึงประสิทธิภาพในข้อที่ 4(4) นั้นได้จัดรายการเงื่อนไขสำหรับรูปแบบและเนื้อหาของเอกสาร อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายถึงรายการทั้งหมด อนุญาโตตุลาการอาจจะกำหนดให้มีการแบ่งแยกเงื่อนไขในรูปแบบและเนื้อหาของเอกสารได้

ในข้อที่ 4(5) นั้นระบุและรับรองถึงกระบวนการและผลกระทบที่สำคัญของการส่งเอกสารในข้อพิพาทและคู่พิพาท โดยยอมรับให้เอกสารที่ส่งมานั้นสามารถทำให้เกิดภาระเพิ่มเติมแก่คู่พิพาทได้ แต่ภาระเหล่านั้นจะต้องไม่เป็นภาระที่เกินควร ซึ่งเสมือนเป็นการยอมรับโดยทางอ้อมว่าเอกสารที่ส่งมาจากบุคคลฝ่ายที่สามที่มีใช้คู่พิพาทนั้น อาจจะทำให้เกิดผลกระทบในเชิงลบโดยตรงต่อสถานะของคู่พิพาท และในข้อ 4(5) และ 4(6) นั้นได้ตอบสนองต่อข้อกำหนดนี้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นจะถูกจัดการไปในลักษณะที่ทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า การใดๆที่สำคัญนั้นจะไม่เกิดความไม่ยุติธรรม ดังที่ได้เน้นย้ำในข้อ 4(6) ซึ่งกำหนดว่าคู่พิพาทนั้นจะต้องได้โอกาสที่เหมาะสมในการที่จะสามารถตอบโต้ต่อเอกสารที่บุคคลที่สามนั้นส่งมา

such hearings or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. 3. All documents or information supplied to the arbitral tribunal by one party shall at the same time be communicated by that party to the other party.”

4.1.2.4 การยอมรับเอกสารจากภาคีที่ไม่ใช่คู่พิพาท

ในข้อที่ 5 นั้นกล่าวถึงการรับเอกสารจากภาคีที่มีคู่พิพาทในสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางตรงกันข้ามกับข้อที่ 4 ในข้อที่ 5 นั้นไม่ได้กำหนดว่าจะต้องส่งเอกสารเป็น “ลายลักษณ์อักษร” เท่านั้น

ข้อที่ 5(1) นั้นกำหนดให้อนุญาตตุลาการจะต้องรับเอกสารในประเด็นที่เกี่ยวกับการตีความ สนธิสัญญาจากรัฐภาคีที่มีคู่พิพาทในสนธิสัญญา โดยกำหนดให้เอกสารที่ส่งมานั้นจะต้องไม่ “รบกวนหรือเป็นภาระเกินควรในการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการ หรือส่งผลกระทบต่อทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมกับคู่พิพาท” ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 5(4) และในข้อที่ 5(1) นั้นยังให้อำนาจโดยตรงกับอนุญาตตุลาการ ในการที่จะขอเอกสารจากรัฐภาคีที่มีคู่พิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของกรณีความสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน

ในข้อที่ 5(2) นั้นก็ได้ระบุเพิ่มเติมถึงการที่อนุญาตตุลาการนั้นมีอำนาจในการที่จะรับเอกสาร ในเนื้อหาอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทจากรัฐภาคีที่มีคู่พิพาทได้เช่นกัน ในเรื่องพื้นฐานของสนธิสัญญา และแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจของอนุญาตตุลาการ ในการขอเอกสารเหล่านั้น แต่ก็ไม่ได้ระบุไว้ว่าอนุญาตตุลาการนั้นไม่มีอำนาจดังกล่าว ซึ่งในระหว่างการเจรจานั้นคณะผู้แทนบางคนแสดงความกังวลว่าข้อที่ 5(2) นั้นจะกลายเป็นเครื่องมือให้แก่อำนาจผู้ส่งออกนักลงทุนในการใช้หลักความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) ซึ่งประโยคสุดท้ายในข้อ 5(2) นั้นพยายามที่จะแก้ไขปัญหาโดยการกำหนดให้อนุญาตตุลาการนั้นระงับในการใช้ข้อที่ 5

การยอมรับปัจจัยมากมายที่อาจจูงใจให้รัฐภาคีที่มีคู่พิพาทตัดสินใจที่จะส่งเอกสารเพิ่มเติมหรือไม่นั้น ในข้อที่ 5(3) ได้ห้ามอนุญาตตุลาการจากการร่างข้อสรุปใดๆที่ภาคีที่มีคู่พิพาทเก็บไว้เป็นความลับและในข้อที่ 5(4) และ 5(5) นั้นเป็นเหมือนกระจกสะท้อนจากข้อ 4(5) และ 4(6) ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้ป้องกันภาระที่เกินควรและความลำเอียงไม่ยุติธรรม ที่อาจเกิดขึ้นกับคู่พิพาท แต่ก็เป็นการรู้กันและยอมรับความจริงที่ว่า เอกสารที่ส่งมานั้นอาจจะส่งผลกระทบต่อสถานะของคู่พิพาทได้

4.1.2.5 การพิจารณาคดี

ข้อที่ 6 แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างมากจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการอื่นๆ ในเรื่องของการให้มีการเปิดเผยการพิจารณาคดี โดยมีข้อจำกัด 3 ประการคือ 1) เพื่อปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับ 2) เพื่อปกป้องความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาตตุลาการ และ 3) ด้วยเหตุผลที่สามารถรับฟังได้ คู่พิพาทนั้นไม่ว่าจะฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่าย จะไม่สามารถคัดค้านการเปิดเผยการพิจารณาคดีได้

เพื่อเคารพต่อการรักษาข้อมูลที่จะต้องปิดเป็นความลับ และประเด็นที่อาจทำให้เกิดปัญหาของความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาตตุลาการ ข้อที่ 6(2) จึงได้กล่าวถึงข้อที่ 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นในการเปิดเผยข้อมูล และในข้อที่ 6(3) นั้นได้ระบุประเด็นเรื่องของการเคลื่อนย้ายข้อมูล โดยให้อำนาจโดยชัดแจ้งแก่อนุญาตตุลาการ ในการที่จะกำหนดว่าจะเปิดเผยการพิจารณาคดีอย่างไร และให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณาว่าจะตัดสินใจที่จะอำนวยความสะดวกให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยช่องทางออนไลน์ และยังอนุญาตให้อำนาจในการจำกัดการปิดเข้าฟังการพิจารณาคดีได้โดยมีเหตุผลสมควร ทั้งนี้เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า อำนาจในการปิดการเข้าถึงการพิจารณาคดีสำหรับเหตุผลสมควรนั้นจะมีอย่างจำกัดและจะไม่ใช้ในทางที่ผิด โดยคณะทำงานนั้นได้แทรกข้อความในบทบัญญัติเพื่อแสดงให้เห็นว่า ปัญหาเรื่องของการเคลื่อนย้ายข้อมูลนั้นควรจะต้องเตรียมล่วงหน้าการพิจารณาคดี เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงของประชาชน และหลีกเลี่ยงความเสียหายในทางปฏิบัติ เฉพาะในกรณีที่ 1) เกิดเหตุการณ์ไม่คาดฝันหรือไม่คาดคิดในภายหลัง 2) สถานการณ์เหล่านั้นมีความจำเป็นที่จะต้องปิด การเข้าถึงการพิจารณาคดีก็ควรจะต้องปิดภายใต้ข้อ 6(3)

เมื่อมีการปิดการเข้ารับฟังการพิจารณาคดี ไม่ว่าจะเพราะเหตุผลใด ที่ระบุไว้ในข้อที่ 6(2) และ 6(3) นั้น การปิดการเข้ารับฟังการพิจารณาคดีนั้นจะปิดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และต้องระลึกไว้เสมอว่า ในส่วนของสำเนารพิจารณาคดีนั้น จะยังเป็นไปตามข้อกำหนดในข้อ 3 ดังนั้นหากทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีถูกปิดการเข้าถึง ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆ ที่ระบุไว้ในข้อที่ 6 นั้น ในแง่มุมมองของการเปิดเผยสำเนารพิจารณาคดีนั้น อย่างไรก็ตามก็จะมีการเปิดเผยตามข้อที่ 3 และข้อที่ 7 ของหลักว่าด้วยความโปร่งใส

4.1.2.6 ข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความโปร่งใส

เพื่อสร้างสมดุลในข้อกำหนดต่างๆในหลักว่าด้วยความโปร่งใส ในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลจึงมีการสนับสนุนอย่างเป็นเอกฉันท์สำหรับข้อกำหนดที่ระบุว่าจะต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นสำหรับการป้องกันหรือรักษาความลับของข้อมูล

ในข้อที่ 7(2) นั้นได้ระบุความเป็นไปได้ ที่ข้อที่ 4 อาจจะไปทับซ้อนกับข้อมูลที่จะต้องปิดเป็นความลับหรือปกป้องไว้ ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องตัดสินใจเป็นกรณีๆไป เพราะขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อมูลและกฎหมายที่ใช้บังคับด้วย

หลักนี้ได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณาเพื่อกำหนดว่าคู่พิพาทและบุคคลที่มีใช้คู่พิพาทควรจะดำเนินการเมื่อมีการกำหนดข้อมูลที่จะต้องปิดเป็นความลับหรือการป้องกันอย่างไร และการกำหนดนั้นขึ้นอยู่กับมุมมองของอนุญาตตุลาการ ในแง่มุมมองของอนุญาตตุลาการเองหรือในมุมมองของคู่พิพาท ซึ่งกฎหมายสารบัญญัติที่ครอบคลุมก็มีผลกระทบต่อ การตัดสินใจว่าควรจะรักษาหรือปกป้องข้อมูลไว้เป็นความลับหรือไม่ ซึ่งก็เป็นเช่นเดียวกับข้อมูลที่เหลือส่วนใหญ่ที่เปิดด้วย โดยการให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณากำหนดประเด็นนี้ก่อนได้ มีเฉพาะแค่ 2 กรณีที่เป็นอำนาจของอนุญาตตุลาการในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับหรือกฎที่เล็กกว่านั้น 1) ก็คือข้อที่ 7(2)(c) ซึ่งระบุว่าในกรณีที่ข้อมูลที่เป็นของ “ผู้ถูกฟ้อง” กฎหมายของรัฐที่เป็นผู้ถูกฟ้องจะเป็นตัวกำหนดว่า ควรที่จะปกป้องหรือรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับหรือไม่และ 2) ก็คือข้อที่ 7(5) ที่กำหนดให้รัฐที่ถูกฟ้องนั้นเป็นผู้ระบุข้อยกเว้นเองเพื่อที่จะป้องกันการเปิดเผยข้อมูล ถ้าหากว่ารัฐพิจารณาแล้วว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะทำให้ขัดกับประโยชน์ในเรื่องของความมั่นคงที่จำเป็น

ในขณะที่ความเป็นไปได้ในวงกว้าง ก็ยังมีข้อจำกัดในขอบเขตของข้อยกเว้นเหล่านั้นอยู่ อย่างแรกคือ ข้อมูลของรัฐที่ได้รับการคุ้มครองจากการเปิดเผยข้อมูลภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น หรือมีการกล่าวอ้างว่าข้อมูลนั้นควรเก็บไว้เป็นความลับ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ในเรื่องของความมั่นคงที่จำเป็น ซึ่งในหลายกรณีจะไม่ได้ถูกส่งมายังอนุญาตตุลาการแต่แรก การบังคับใช้ข้อยกเว้นนั้นจะมาเกี่ยวข้องถ้ามีการกล่าวอ้างเพื่อรักษาความลับหรือปกป้องข้อมูลคือ 1) คำสั่งให้มีการกำหนดโดยรัฐที่ถูกฟ้องให้กับนักลงทุนหรือผู้ฟ้องโดยอนุญาตตุลาการหรือศาล หรือโดยการดำเนินการของนักลงทุนหรือผู้ฟ้อง และหลังจากที่มีการส่งข้อมูลโดยนักลงทุนหรือผู้ฟ้องมายังอนุญาตตุลาการหรือ 2) การอาสาที่จะส่งข้อมูลให้กับอนุญาตตุลาการโดยรัฐที่ถูกฟ้องเอง

อย่างที่สองนั้นคือ ในกรณีที่ข้อมูลนั้นถูกส่งมายังอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการจะมีอำนาจภายใต้ข้อ 1(8) ที่จะต่อต้านความพยายามที่จะใช้กลยุทธ์ที่ไม่เหมาะสมในการป้องกันข้อมูลจากการเปิดเผย ดังนั้น UNCITRAL จึงได้แทรกข้อจำกัดเฉพาะนี้ลงไปเพื่อป้องกันการที่รัฐผู้ถูกฟ้องจะใช้หลักคุ้มครองพิเศษในทางที่ผิด

นอกจากนี้ในการป้องกันสำหรับข้อมูลที่เป็นความลับ และข้อมูลที่ถูกปกป้องในข้อที่ 7 นั้น มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการ “ยับยั้ง” หรือ “การทำให้ล่าช้า” แต่ไม่จำเป็นต้องยกเว้นถาวรก็ได้สำหรับคำสั่งการเปิดเผยข้อมูลว่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว อาจจะเป็นอันตรายต่อความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แนวคิดนี้มีความเป็นไปได้ที่จะขยายวงกว้างและอาจเป็นภัยคุกคามต่อประสิทธิภาพของหลักว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL จึงได้ระบุไว้ในข้อ 7(7) ว่าข้อยกเว้นเป็นเพียงส่วนน้อยและจะใช้แค่กับสถานการณ์ที่มีการเปิดเผยข้อมูลซึ่งสามารถ “ยับยั้งการรวบรวมหรือการเก็บหลักฐาน” หรือ “นำไปสู่การข่มขู่พยานหรือทนายความของคู่พิพาท หรือสมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการ” หรือใน “สถานการณ์พิเศษที่เทียบกันได้” เท่านั้น

4.1.2.7 การจัดเก็บข้อมูลที่ถูกเปิดเผย

ในข้อนี้เน้นสะท้อนถึงการตัดสินใจเป็นเอกฉันท์โดย UNCITRAL ที่จะเป็นผู้จัดเก็บข้อมูลที่ถูกเปิดเผยไว้เอง

แม้ว่าในเวลาที่มีการเห็นชอบในการใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้น UNCITRAL จะยังไม่ทราบว่าจะมีพื้นที่เพียงพอสำหรับจัดเก็บข้อมูลเหล่านั้นหรือไม่ และถ้าหากเมื่อถึงวันที่ 1 เมษายน 2014 แล้ว UNCITRAL นั้นยังไม่สามารถที่จะรองรับข้อมูลในฐานะผู้จัดเก็บได้แล้ว ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร หรือ PCA ก็จะมาเข้ามามีหน้าหน้าที่นี้แทน แต่ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการชั่วคราวเท่านั้น เพราะสุดท้ายหน้าที่นี้จะถูกถ่ายโอนไปยัง UNCITRAL อยู่ดีเมื่อ UNCITRAL มีความพร้อมสำหรับหน้าที่นี้⁵

4.3 อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration – Transparency Convention)

⁵ Nathalie Bernasconi-Osterwalder Lise Johnson, "New Uncitral Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps," *CIEL, IISID, VCC* (August 2013). p. 8-23.

เมื่อเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2013 ที่ประชุมคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) สมัยที่ 46 ได้รับรองหลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration – “UNCITRAL Rules on Transparency”) และ UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4 , as adopted in 2013) ที่แก้ไขใหม่ และได้มีมติให้คณะทำงาน 2 ว่าด้วย การอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอมข้อพิพาท (Working Group II : Arbitration and Conciliation) จัดทำอนุสัญญาเพื่อให้ใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา กับสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน

คณะทำงาน 2 ได้ใช้เวลาในการประชุมคณะทำงาน สมัยที่ 59 และ 60 ในการยกร่างและพิจารณาร่างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา ครั้งที่ 2 (second reading) แล้วเสร็จ และได้มีมติให้นำร่างดังกล่าวเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาและให้การรับรองต่อไป ทั้งนี้ ประเทศไทยได้เข้าร่วมพิจารณาในการประชุมทั้งสองสมัยด้วย ในการประชุม UNCITRAL สมัยที่ 47 ระหว่างวันที่ 7-18 กรกฎาคม 2557 ณ สำนักงานใหญ่ สหประชาชาติ นครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ประชุมคณะกรรมการฯ ได้มีมติรับรองและจะเสนอร่างอนุสัญญาดังกล่าวให้สมัชชาสหประชาชาติ (United Nations General Assembly - UNGA) พิจารณารับรองในช่วงการประชุม UNGA สมัยที่ 69 ในเดือนธันวาคม 2557 ก่อนจัดให้มีพิธีลงนามอนุสัญญา ณ กรุงพอร์ตหลุยส์ (Port Louis) ประเทศมอริเชียส ในวันที่ 17 มีนาคม 2558 และหลังจากนั้นจะเปิดให้ลงนามอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา ที่สำนักงานใหญ่สหประชาชาติ นครนิวยอร์กต่อไป⁶ ซึ่งอนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้ 6 เดือนหลังจากที่มีการลงนามให้สถาบัน, ยอมรับเห็นชอบ หรือภาคยานุวัติ

อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส⁶ มีสาระสำคัญคือการเปิดให้ลงนามยินยอมเข้ามาเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส เพื่อให้สามารถนำหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL มาใช้กับสนธิสัญญาการลงทุนทั่วไปที่มีอยู่และมีผลใช้บังคับก่อน

⁶ เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการ, สถาบันอนุญาโตตุลาการ, หน้า 9.

วันที่ 1 เมษายน 2557 ไม่ว่าคู่พิพาทนั้นจะใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นหรือไม่⁷

4.4 วิเคราะห์อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ภายใต้สนธิสัญญา

4.4.1 ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญา

ในข้อที่ 1 ของอนุสัญญานั้นครอบคลุมไปถึงเรื่องขอบเขตของอนุสัญญาซึ่งระบุไว้ว่า ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ หรือนักลงทุนกับองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Economic Integration Organization) เช่น สหภาพยุโรป (European Union)

ภายใต้คำว่า “สนธิสัญญาการลงทุน” นี้รวมถึงสนธิสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน 2014 (ในที่นี้จะเรียกสนธิสัญญาที่ทำขึ้นก่อนว่า สนธิสัญญาที่มีอยู่หรือ existing treaties) ซึ่งความครอบคลุมชั่วคราวของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสเป็นเช่นเดียวกับสนธิสัญญาที่ยกเว้นจากการครอบคลุมภายใต้ข้อ 1(2) ของหลักว่าด้วยความโปร่งใส นั้นเป็นเพราะว่าวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสเป็นไปเพื่อสร้างกลไกผ่านการที่รัฐสามารถมั่นใจได้ว่า ข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาที่มีอยู่นั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความโปร่งใส

คำว่า “สนธิสัญญาการลงทุน” ในข้อที่ 1(2) ของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสมีความหมายเดียวกันกับขอบเขตของคำว่า “สนธิสัญญา” ในหลักว่าด้วยความโปร่งใส ซึ่งอนุสัญญานี้ใช้กับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน มิใช่การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้ข้อสัญญา ที่คู่พิพาทจะได้รับตามสัญญาการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 10.

ในอนุสัญญานี้คำว่า “รัฐ” นั้นหมายถึงรัฐแต่ละรัฐ และคำว่า “คู่สัญญา” นั้นหมายถึงรัฐและองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค ซึ่งทั้งสองฝ่ายอาจจะลงนามในสนธิสัญญาการลงทุน และคำว่า “การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ” นั้น หมายถึงการเริ่มการอนุญาโตตุลาการ โดยการที่นักลงทุนมีการฟ้องภาคีในสนธิสัญญา ซึ่งบางครั้งอาจจะเป็นรัฐหรือองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคก็ได้

4.4.2 หลักต่างตอบแทน (Reciprocal) ในกรณีที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่ได้ตั้งข้อสงวนที่จะไม่ใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส

ในข้อที่ 2(1) นั้นใจความสำคัญคือการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้สนธิสัญญา เมื่อทั้งสองฝ่ายคือรัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐผู้ส่งออกนักลงทุน เป็นภาคีในอนุสัญญานี้ว่าด้วยความโปร่งใส ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีใหม่ขึ้นตามข้อที่ 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties - VCLT) ที่สามารถส่งเสริมหรือแทนที่สนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่ได้ ซึ่งในที่นี้มีการตั้งข้อสงวนได้หลักๆอยู่ 2 รูปแบบที่สามารถป้องกันการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ได้ภายใต้ข้อ 2(1) แม้ว่าจะเป็นในกรณีที่ทั้งรัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนจะเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ว่าด้วยความโปร่งใสก็ตาม คือ

1) การตั้งข้อสงวนโดยที่รัฐผู้ส่งออกนักลงทุนและรัฐผู้ถูกฟ้องได้ทำขึ้นเพื่อตัดสนธิสัญญาดังกล่าวออกจากขอบเขตของอนุสัญญานี้ว่าด้วยความโปร่งใส ตามข้อที่ 3(1)(a)* ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องของ “หลักต่างตอบแทน” นั่นคือ หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะถูกนำมาใช้แค่กับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาเฉพาะตามข้อ 2(1) เท่านั้น ถ้าหากรัฐทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ว่าด้วยความโปร่งใสและไม่ได้แสดงออกว่าต้องการที่จะตัดสนธิสัญญาเฉพาะนั้นออกจากขอบเขตของอนุสัญญานี้ว่าด้วยความโปร่งใส

2) การตั้งข้อสงวนโดยที่รัฐผู้ถูกฟ้องทำขึ้นเพื่อตัดข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่น นอกจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ออกจากขอบเขตของอนุสัญญานี้ว่าด้วยความโปร่งใสตามข้อที่ 3(1)(b)** ซึ่งในที่นี้ “หลักต่างตอบแทน” นั้นไม่จำเป็น

* A Party may declare that: (a) It shall not apply this Convention to investor-State arbitration under a specific investment treaty, identified by title and name of the contracting parties to that investment treaty.

** (b) Article 2(1) and (2) shall not apply to investor-State arbitration conducted using a specific set of arbitration rules or procedures other than the UNCITRAL Arbitration Rules, and in which it is a respondent.

เพราะไม่ว่ารัฐผู้ส่งออกนักลงทุนจะตั้งข้อสงวนตัดข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นที่ไม่ใช่ UNCITRAL ออกจากการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้หรือไม่ ก็จะไม่ส่งผลกระทบต่อรัฐผู้ถูกฟ้องที่จะยังคงต้องผูกมัดให้ใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสอยู่ดี

ผลของการตั้งข้อสงวนเหล่านี้หมายความว่า ภายใต้สนธิสัญญา ไม่ว่าจะทำในรูปแบบสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายนั้น การบังคับใช้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการนี้คือ 1) รัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนเป็นภาคีภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและ 2) ทั้งรัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนไม่ได้ตั้งข้อสงวนตัดสนธิสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้องออกจากขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและ 3) รัฐผู้ถูกฟ้องไม่ได้ทำการตั้งข้อสงวนไว้สำหรับข้อพิพาทอื่น ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นที่ไม่ใช่ UNCITRAL ว่าอยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส

ตัวอย่างผลของข้อ 2(1) และการตั้งข้อสงวน ในการบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส:

กรณีการบังคับใช้ภายใต้ข้อ 2(1)

ก) รัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐที่ส่งออกนักลงทุนเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส และไม่ได้ทำข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้อง หรือสำหรับการอนุญาโตตุลาการที่ควบคุมภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นใดนอกจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL

ข) รัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐที่ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส และรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนได้ตั้งข้อสงวนโดยระบุว่า หลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นจะไม่นำมาใช้เมื่อมีกฎอื่นนอกจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ครอบคลุมข้อพิพาทอยู่ และกรณีหากรัฐผู้ถูกฟ้องมิได้ตั้งข้อสงวนไว้เช่นนั้น อย่างไรก็ตาม โดยไม่คำนึงถึงการตั้งข้อสงวนของรัฐผู้ส่งออกนักลงทุน หลักว่าด้วยความโปร่งใสก็จะยังคงนำมาใช้ได้ภายใต้ข้อ 2(1) กับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นใดนอกเหนือจาก UNCITRAL

กรณีไม่มีการบังคับใช้ภายใต้ข้อ 2(1)

ก) รัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐที่ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส แต่รัฐผู้ส่งออกนักลงทุนได้ตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญาเฉพาะไว้ ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสก็จะไม่นำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว

ข) รัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐที่ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส แต่รัฐผู้ถูกฟ้องได้ตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญาเฉพาะไว้ ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสก็จะไม่นำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว

ค) รัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐที่ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส แต่รัฐผู้ถูกฟ้องได้ตั้งข้อสงวนโดยระบุว่า อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสนั้นจะนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL นั้นเป็นกฎที่ควบคุมข้อพิพาท และในกรณีนี้นักลงทุนได้เลือกที่จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่น เช่น ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

สำหรับสนธิสัญญาหลายฝ่ายนั้น ไม่จำเป็นว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายของสนธิสัญญาการลงทุนจะต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส และเพื่อให้หลักว่าด้วยความโปร่งใสสามารถนำมาใช้ได้ภายใต้ข้อ 2(1) นั้นแค่เพียงรัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐที่ส่งออกนักลงทุนนั้นต้องเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสก็เพียงพอ

ในข้อ 2(1) ได้เน้นย้ำว่าผู้ฟ้องนั้นจะต้องเป็นรัฐที่เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญา และจะต้องไม่ตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่มีอยู่ ซึ่งการทำเช่นนี้ก็เพื่อจำกัดผลกระทบของพันธสัญญาและการตั้งข้อสงวนโดยองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค และเพื่อระบุประเด็นปัญหาเฉพาะที่เกิดขึ้นเมื่อองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคและรัฐสมาชิกขององค์การนั้นล้วนแล้วแต่เป็นภาคีในสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่ทั้งคู่ เช่น การที่ EU เป็นภาคีในสนธิสัญญาฉบับตรพลังงาน (Energy Charter Treaty - ECT) และตามข้อที่ 2(1) เมื่อนักลงทุนมีการฟ้องรัฐภายใต้สนธิสัญญา ECT คำถามที่เกิดขึ้นเมื่อมีการพิจารณาคือ มี “หลักต่างตอบแทน” ภายใต้ข้อ 2(1)หรือไม่ และการที่รัฐผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและได้ตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญา ECT ไว้และไม่ว่า EU จะเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสหรือไม่ หรือจะมีการตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญา ECT ไว้หรือไม่ แต่ถ้าหากรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนเป็นสมาชิกของ EU และเป็นภาคีในสนธิสัญญา ECT และตั้งข้อสงวนตัดสนธิสัญญานี้ออกจากขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ดังนั้นหลักว่าด้วยความโปร่งใสจะไม่ถูกนำมาใช้ภายใต้ข้อ 2(1) สำหรับข้อพิพาทที่มาจากนักลงทุนที่ฟ้องรัฐที่เป็นภาคีในสนธิสัญญา ECT และไม่ว่า EU จะลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสหรือมีการตั้งข้อสงวนใดๆก็ตาม จะเกิดปัญหาก็คือเมื่อเป็นกรณีที่ EU เป็นผู้ถูกฟ้องในการอนุญาโตตุลาการการลงทุน

4.4.3 การเสนอฝ่ายเดียวโดยรัฐผู้ถูกฟ้องที่เปิดให้นักลงทุนตอบรับ

ถ้าเงื่อนไขในข้อ 2(1) นั้นไม่เพียงพอ ในข้อ 2(2) ก็ยังมีกลไกที่สองในการบังคับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส ซึ่งตามที่กำหนดไว้ในข้อนี้ นั่น ภาคิโนอนุสัญญาที่เป็นผู้ถูกฟ้องได้มีการทำข้อเสนอฝ่ายเดียวเพื่อเสนอการอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักว่าด้วยความโปร่งใสเมื่อตนตกเป็นผู้ถูกฟ้อง และถ้าหากคำเสนอนั้นได้รับการตอบรับจากนักลงทุนในบริบทของข้อพิพาทนั้นๆ ข้อพิพาทนั้นก็จะถูกควบคุมโดยหลักว่าด้วยความโปร่งใส โดยที่ผู้ถูกฟ้องนั้นมีพันธกรณีภายใต้ข้อกำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสที่จะต้องเป็นผู้เสนอ

ภายใต้ข้อ 2(2) นั้นไม่เกี่ยวกับการที่รัฐผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นจะเป็นภาคิโนอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสหรือไม่ หรือไม่ว่าจะตั้งข้อสงวนไว้หรือไม่ ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสที่ไม่มีส่วนใดที่อนุญาตให้รัฐผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นสามารถจำกัดขอบเขตคำเสนอฝ่ายเดียวของรัฐผู้ถูกฟ้อง หรือมีการขัดขวางนักลงทุนจากการตอบรับข้อเสนอ เช่นเดียวกับในข้อ 2(1) ในข้อ 2(2) นั้นอนุญาตให้รัฐสามารถตั้งข้อสงวนได้โดยในข้อ 2(2) นั้นให้ทางเลือกแก่รัฐ 3 ทางด้วยกันในการจำกัดและแม้กระทั่งการตัดออกทั้งหมดของข้อเสนอฝ่ายเดียวโดยที่รัฐอาจจะ:

- 1) ตั้งข้อสงวนในการตัดสินสัญญาเฉพาะทั้งหมดออกจากขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสตาม ข้อ 3(1)(a) และ
- 2) ตั้งข้อสงวนตัดข้อพิพาทที่ควบคุมโดยข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นนอกจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ตามข้อ 3(1)(b) และ
- 3) การตั้งข้อสงวนโดยระบุว่าข้อ 2(2) จะไม่นำมาใช้กับข้อพิพาทด้วยการที่ผู้ถูกฟ้องนั้นปฏิเสธที่จะผูกพันตัวเองกับคำเสนอฝ่ายเดียวใดๆ ตามข้อ 3(1)(c)*

อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสไม่ได้บังคับให้นักลงทุนต้องตกลงที่จะใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสโดยผ่านแบบฟอร์มเฉพาะใดๆ ซึ่งหนึ่งในคณะผู้แทนได้เสนอข้อตกลงที่จะให้ความตกลงของผู้ฟ้องนั้นจะต้องชัดเจนโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ข้อเสนอนั้นก็ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบที่เพียงพอจะนำมาใช้⁸ ดังนั้นผู้ฟ้องอาจจะระบุลงในหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการว่ายอมรับข้อเสนอกี่ได้ หรือจะแสดงความตกลงโดยปากเปล่าในระหว่างการดำเนินการอนุญาโตตุลาการก็ได้

* Article 2(2) shall not apply in investor-State arbitration in which it is a respondent.

⁸ "Draft Report of the United Nations Commission on International Trade Law," *forty-seventh session A/CN.9/XLVII/CRP.1/Add.1* (2014). paras. 17-19.

4.4.4 หลักว่าด้วยความโปร่งใสฉบับที่ปรับปรุงใหม่

ในข้อที่ 2(3) คณะทำงานของ UNCITRAL นั้นได้คาดการณ์ไว้ว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นอาจจะมีการแก้ไขได้ในอนาคต ดังนั้นในข้อนี้จึงระบุว่าถ้าหากหลักว่าด้วยความโปร่งใสที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม หลักว่าด้วยความโปร่งใสฉบับล่าสุดนั้นจะถูกนำมาปรับใช้กับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส แต่อย่างไรก็ตามรัฐภาคีสามารถตั้งข้อสงวนได้ภายใต้ข้อ 3(2) ในการที่จะไม่นำกฎที่ปรับปรุงใหม่นี้มาใช้

4.4.5 การพิจารณาลำดับชั้นของกฎต่างๆ

ข้อที่ 2(4) นั้นได้ระบุถึงลำดับชั้นของความสัมพันธ์ระหว่างหลักว่าด้วยความโปร่งใสกับสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่

ในข้อที่ 1(7) ของหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นได้ระบุลำดับชั้นของกฎที่มีความสัมพันธ์กับสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่ ซึ่งระบุว่าเมื่อเกิดข้อขัดแย้งระหว่างหลักว่าด้วยความโปร่งใสและสนธิสัญญาการลงทุน ให้ข้อกำหนดในสนธิสัญญาการลงทุนนั้นอยู่เหนือกว่า และในข้อที่ 2(4) ของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสนั้นได้ลบข้อกำหนดสำหรับสถานการณ์นี้ทันทีเมื่อหลักว่าด้วยความโปร่งใสถูกนำมาใช้โดยผ่านอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ซึ่งข้อกำหนดในอนุสัญญาที่เปลี่ยนแปลงหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นช่วยให้เกิดความโปร่งใสมากขึ้นในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญา ที่ได้ทำขึ้นก่อนที่หลักว่าด้วยความโปร่งใสจะมีผลบังคับใช้ แต่ก็มีข้อกังวลว่าถ้าข้อ 1(7) ของหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นถูกนำมาใช้นั้นจะทำให้สนธิสัญญาการลงทุนที่มีมาตรฐานเรื่องความโปร่งใสน้อยกว่าอยู่เหนือหลักว่าด้วยความโปร่งใส และเป็นการทำลายประสิทธิภาพของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสซึ่งเป็นเครื่องมือที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญานั้นโปร่งใสมากขึ้น

ประเด็นปัญหาหนึ่งที่ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนในอนุสัญญาก็คือ ความสัมพันธ์ระหว่างหลักว่าด้วยความโปร่งใสและการบังคับใช้กฎหมายภายใน และแม้ว่าความสัมพันธ์นั้นจะได้รับผลกระทบต่อเมื่อหลักว่าด้วยความโปร่งใสนั้นถูกนำมาใช้โดยผ่านอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ซึ่งโดยทั่วไปแล้วข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่นำมาใช้กับข้อพิพาทนั้นขึ้นอยู่กับและไม่สามารถหลบเลี่ยงบทบัญญัติข้อบังคับของกฎหมายภายในประเทศที่มีการจัดการอนุญาโตตุลาการได้ เมื่อข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นถูกนำมาใช้โดยสนธิสัญญา แต่อย่างไรก็ตามก็มีการแสดงมุมมองที่ต่างกันอย่างออกเป็น 2 ทางในเรื่องของลำดับกฎหมายคือ 1) การตีความแรกกล่าวว่า สนธิสัญญานั้นเป็นเพียงแค่

ตัวกำหนดว่าการใช้กฎหมายอย่างจะได้รับอนุญาตหรือมีความจำเป็น แต่ไม่ได้ตั้งใจที่จะปรับเปลี่ยนสถานะของกฎนั้นโดยการยกระดับให้อยู่ในระดับเดียวกับสนธิสัญญา ซึ่งสามารถเอาชนะกฎหมายภายในประเทศที่ขัดแย้งกันได้ และ 2) การตีความในแบบที่สองนี้กล่าวว่า สนธิสัญญานั้นรวมเอาข้อบังคับการปฏิบัติเข้าไว้ด้วยโดยการอ้างอิงไว้ในตัวสนธิสัญญา และโดยการกระทำเพื่อให้กฎนั้นเป็นส่วนประกอบที่สำคัญในสนธิสัญญา ซึ่งการยกระดับกฎไปยังสถานะของสนธิสัญญานั้นทำให้สามารถแทนที่กฎหมายภายในประเทศที่ไม่สอดคล้องกันได้ ซึ่งการตีความในแต่ละแบบนี้ให้ความหมายที่ต่างกันสำหรับหลักว่าด้วยความโปร่งใส

สำหรับการตีความในแบบแรกนั้น ตัวอย่างเช่น รัฐสามารถที่จะออกกฎหมายภายในซึ่งเป็นการจำกัดความโปร่งใสของการอนุญาตอุตสาหกรรมระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ แม้ว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใสจะถูกนำมาใช้ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส แต่กฎหมายภายในก็อาจจะสามารถเอาชนะและลบล้างวัตถุประสงค์ของหลักว่าด้วยความโปร่งใสและอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสได้

ตามที่ระบุในข้อ 1(7) ของหลักว่าด้วยความโปร่งใสซึ่งได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ว่า ในกรณีที่เกิดความขัดแย้ง การบังคับใช้กฎหมายภายในจะอยู่เหนือกว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใส แต่อย่างไรก็ตามในข้อที่ 1(6) ของกฎนั้นได้ระบุไว้ว่าเมื่อรัฐได้ออกมาตรการหรือการกระทำใดๆ “ที่ส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ทั้งหมดของหลักว่าด้วยความโปร่งใส อนุญาโตตุลาการจะต้องทำให้มั่นใจได้ว่า วัตถุประสงค์เพื่อความโปร่งใสเหล่านั้นจะอยู่เหนือกว่า” และการตีความตามข้อ 1(6) ของกฎนั้นได้รับการยอมรับโดยความตกลงเอกฉันท์จากคณะทำงานของ UNCITRAL⁹ เนื่องจากคณะทำงานนั้นมีความกังวลอยู่แล้วเกี่ยวกับการที่รัฐใช้กฎหมายของตนในการหลีกเลี่ยงการเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดไว้ในหลักว่าด้วยความโปร่งใส ดังนั้นจึงดูเหมือนว่าจะไม่มีเหตุผลสำหรับคณะทำงานที่จะมีจุดมุ่งหมายให้อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสที่อนุญาตให้ถอนได้อย่างง่ายดายโดยกฎหมายภายใน เพราะฉะนั้นบนพื้นฐานดังกล่าว การตีความในแบบที่สอง การทำให้หลักว่าด้วยความโปร่งใสที่ยกระดับไปถึงสถานะของสนธิสัญญาและมีผลเหนือกว่ากฎหมายภายในนั้นดูเหมือนจะมีเหตุผลมากกว่าการตีความในแบบแรก

ในกรณีเมื่อมีการปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสกับอนุสัญญา นอกจากการเอาชนะกฎหมายภายในได้ก็ยังมีโอกาสที่จะทำให้ผลลัพธ์ของความโปร่งใสลดลงได้มากกว่าขยายเพิ่มขึ้น ยกตัวอย่าง เช่น ถ้าในการปรับใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใส อนุญาโตตุลาการมีการกำหนดให้ปิดกระบวนการเป็น

⁹ Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixtieth Session A/Cn.9/799 (New York 2014), para 97-128.

ความลับ และมีคำสั่งว่าห้ามมิให้มีการเผยแพร่หรือการเข้าถึงได้ นี่อาจจะมีความเป็นไปได้ที่ศาลภายในประเทศ ภายหลังจากอาจจะมีการร้องขอให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่อนุญาตตุลาการสั่งให้ปิดเป็นความลับ ซึ่งถ้าหากตีความในแบบที่ให้หลักว่าด้วยความโปร่งใสอยู่เหนือกว่ากฎหมายภายใน คำสั่งของอนุญาตตุลาการที่ให้ปิดการอนุญาตตุลาการเป็นความลับ ก็จะอยู่เหนือกว่ากฎหมายภายใน ซึ่งเป็นการปิดกั้นประชาชนจากการเข้าถึงข้อมูลซึ่งรัฐหรือหน่วยงานอื่นใดนั้นมีหน้าที่ในการเปิดเผย

ในสนธิสัญญาการลงทุนบางฉบับ ข้อกำหนดในการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้น แสดงให้เห็นว่ารัฐนั้นมีการเตรียมการล่วงหน้า และโดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงผลดังกล่าว สนธิสัญญาที่ต้องการความโปร่งใสนั้นจะต้องทำให้แน่ใจได้ว่าจะไม่มีการใช้กฎใดที่จะมาขัดขวางรัฐจากการเปิดเผยข้อมูล ที่รัฐมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยภายใต้กฎหมายภายใน ซึ่งข้อกำหนดนี้คุ้มครองบทบาทของกฎหมายภายในเพื่อทำให้มั่นใจในการเข้าถึงข้อมูลโดยรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสนธิสัญญานี้ข้อกำหนดในเรื่องของความโปร่งใสและการรักษาความลับนั้นระบุไว้โดยตรงในสนธิสัญญา เพราะฉะนั้นจึงไม่มีคำถามเกี่ยวกับว่า ข้อกำหนดเหล่านั้นมีสถานะเป็นข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการทั่วไปหรือกฎหมายระหว่างประเทศ)

ในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส นั้น ไม่มีข้อกำหนดที่ใช้ในการคุ้มครองเหมือนในสนธิสัญญาที่จะทำให้มั่นใจได้ว่า คำสั่งให้รักษาความลับของอนุญาตตุลาการนั้น จะไม่ขัดขวางการเปิดเผยข้อมูลที่กฎหมายภายในได้กำหนดไว้ ดังนั้นจึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า การใช้การตีความในแบบที่สอง โดยการยกระดับหลักว่าด้วยความโปร่งใสไปยังสถานะสนธิสัญญานั้น อาจจะมีความเสี่ยงที่คำสั่งให้รักษาความลับของอนุญาตตุลาการ จะทำให้การเปิดเผยข้อมูลตามที่กฎหมายภายในได้กำหนดไว้ นั้นตกไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

4.4.6 ผลกระทบของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง

ในข้อที่ 2(5) นี้ผู้ร่างอนุสัญญามีการถกเถียงกันอย่างมากในเรื่องของความปรารถนาในบทบัญญัตินี้ที่ต้องการจะปกป้องนักลงทุนจากการใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation - MFN) ในสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่ เพื่อพยายามที่จะหลีกเลี่ยงหรือทำให้ปลอดภัยจากการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้

อย่างไรก็ตามการเจรจาต่อรองในท้ายที่สุดก็เลือกที่จะใส่เรื่องนี้ลงในอนุสัญญา โดยคณะผู้แทนได้เน้นย้ำว่า เอกสารในการเตรียมร่างอนุสัญญานั้นสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจของ UNCITRAL ที่ไม่ได้ระบุวาทบัญญัติเกี่ยวกับหลัก MFN นั้นจะนำมาใช้กับกระบวนการระงับข้อพิพาท

ได้อย่างไร UNCITRAL จึงได้สรุปไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ฟ้อง (Investors) นั้นถูกยกเว้นจากการใช้หลัก MFN ในการที่จะขยายหรือทำให้ขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในนั้นแคบลง¹⁰

ผู้ฟ้องก็อาจจะพยายามที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการด้วยข้อโต้แย้งว่า หลักว่าด้วยความโปร่งใสควรหรือไม่ควรที่จะนำมาใช้กับบทบัญญัติเรื่อง MFN ในสนธิสัญญาการลงทุน และดังที่กล่าวมานั้นในข้อที่ 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties - VCLT) นั้นทำให้ทราบได้ว่าจะปรับใช้สนธิสัญญาที่สืบเนื่องกับเรื่องเดียวกันได้อย่างไร และอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในนั้นมีผลกระทบต่อบทบัญญัติ MFN ในสนธิสัญญาการลงทุนอย่างไร โดยพิจารณาจากข้อที่ 30(3)* และ 30(4)** ซึ่งในข้อ 30(3) นั้นระบุว่า “เมื่อภาคีทั้งหมดในสนธิสัญญาก่อน กลายมาเป็นภาคีในสนธิสัญญาอีกฉบับภายหลังด้วย แต่สนธิสัญญาฉบับก่อนจะไม่สิ้นสุดหรือถูกยกเลิกการใช้งานภายใต้ข้อที่ 59 สนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นจะนำมาใช้แค่เพียงบทบัญญัติที่เข้ากันได้กับสนธิสัญญาฉบับหลัง และในข้อ 30(4) นั้นเป็นกรณีที่ภาคีในสนธิสัญญาฉบับหลังนั้นมีใช้ภาคีทั้งหมดในสนธิสัญญาฉบับก่อนคือ a) ระหว่างรัฐภาคีในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับใช้กฎเดียวกันกับตามวรรค 3 และ b) ระหว่างรัฐภาคีในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ และมีรัฐภาคีที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาแค่ฉบับเดียว ให้สนธิสัญญาที่รัฐทั้งสองเป็นภาคีเป็นตัวควบคุมสิทธิและหน้าที่ร่วมกัน ”

ตามที่ข้อ 30(3) และ 30(4)(a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ระบุไว้เมื่อรัฐผู้ถูกฟ้องและรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นเป็นภาคีทั้งคู่ในสนธิสัญญาการลงทุนและอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส และไม่ได้ตั้งข้อสงวนไว้ว่าจะตัดสนธิสัญญาการลงทุนดังกล่าวออกจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ดังนั้นอนุสัญญาก็จะถูกนำมาใช้ในกระบวนการเพื่อป้องกันการที่นักลงทุนจะใช้หลัก MFN ในการที่จะหลีกเลี่ยงการใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส อย่างไรก็ตามในบางสถานการณ์ก็ใช้ข้อ 30(4)(b) เข้ามาควบคุมแทน เช่นเมื่อมีแค่เพียงรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนเท่านั้นที่เป็น

¹⁰ Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Fifty-Eighth Session A/Cn.9/765 (New York 2013), para. 62.

* When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

** When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) As between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (b) As between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.

ภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส หรือมีการตั้งข้อสงวนกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้จากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ดังนั้นผลกระทบของการนำหลัก MFN มาใช้ก็อาจจะยังมีอยู่

4.4.7 การตั้งข้อสงวน

ในข้อที่ 3 ของอนุสัญญานี้เป็นการตั้งข้อสงวนที่รัฐภาคีอาจจะทำได้ ซึ่งมีอยู่สามข้อหลักในการตั้งข้อสงวนเพื่อจำกัดการนำอนุสัญญาและหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้

ในวรรคที่ 1 ของข้อที่ 3(1) นั้นรวมเอาการตั้งข้อสงวนหลักที่สามารถใช้เพื่อจำกัดการใช้อนุสัญญาและหลักว่าด้วยความโปร่งใสไว้ ซึ่งมีอยู่สามรูปแบบหลักคือ 1) ในข้อ 3(1)(a) ที่เป็นการตั้งข้อสงวนโดยการตัดการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาเฉพาะออกจากอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและ 2) ในข้อที่ 3(1)(b) ที่เป็นการตั้งข้อสงวนโดยการตัดข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นที่มีใช้ UNCITRAL ออกจากการนำอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ตามข้อ 2(1) และ 2(2) และ 3) ในข้อ 3(1)(c) ที่เป็นการตั้งข้อสงวนภายใต้การที่รัฐเป็นผู้เลือกตัดออกจากการนำอนุสัญญามาใช้จากข้อ 2(2)

การตั้งข้อสงวนเหล่านี้ทำให้เกิดผลในแง่ลบ เพราะสนธิสัญญาทั้งหมดและข้อพิพาททั้งหมดภายใต้สนธิสัญญาเหล่านี้จะถูกควบคุม เว้นแต่รัฐภาคีจะประกาศโดยเฉพาะเป็นอย่างอื่น และมากกว่านั้นคณะผู้แทนก็ยังมีความตกลงเป็นเอกฉันท์ว่า “ไม่สามารถยอมรับได้” สำหรับรัฐที่ยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสแล้วต่อมาก็ตัดความโปร่งใสทั้งหมดออกโดยการตั้งข้อสงวนตามข้อที่ 3¹¹

การตั้งข้อสงวนแบบแรกในข้อที่ 3(1)(a) นั้นอนุญาตให้ภาคีนั้นสามารถแยกการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนเฉพาะออกจากอนุสัญญาได้ ที่ทำเช่นนั้นเพราะรัฐภาคีเชื่อว่าหลักว่าด้วยความโปร่งใสที่มีการสร้างมาตรฐานในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลและกระบวนการอนุญาโตตุลาการสำหรับสนธิสัญญาของพวกเขาสูงเกินไป หรือสำหรับรัฐที่ต้องการความโปร่งใสในบางสนธิสัญญาที่มีอยู่ มาตรฐานเรื่องความโปร่งใสที่อาจจะต้องต่ำเกินไป สำหรับข้อ 3(1)(a) ในการตั้งข้อสงวนนั้นรัฐภาคีจะต้องกำหนดชื่อของสนธิสัญญาการลงทุนที่ต้องการที่จะแยกอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสออกและชื่อของภาคีสัญญาในสนธิสัญญาการลงทุนนั้นด้วย

¹¹ Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixtieth session (New York, 3-7 February 2014), A/CN.9/799, paras. 40-46, 88-96.

เมื่อผู้ถูกฟ้องได้ดำเนินการทันเวลา ข้อ 3(1)(a) ในการตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญาการลงทุนแล้วนั้น ก็จะไม่มีการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้กับข้อพิพาทภายใต้ข้อ 2(1) หรือ 2(2) ด้วย และการตั้งข้อสงวนตามข้อ 3(1)(a) โดยรัฐผู้ส่งออกนักลงทุนนั้นก็สามารถมีผลกระทบต่อการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ด้วยเช่นกัน ถ้ารัฐผู้ส่งออกนักลงทุนได้มีการตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญาการลงทุนเฉพาะ และนักลงทุนภายหลังมีการนำการอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้กับรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้นรัฐผู้ถูกฟ้องไม่จำเป็นต้องทำตามข้อ 2(1) ในการที่จะอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักว่าด้วยความโปร่งใส แม้ว่าจะเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสและไม่ได้ตั้งข้อสงวนแบบเดียวกันไว้สำหรับสนธิสัญญาการลงทุนก็ตาม (แต่ถ้ารัฐผู้ถูกฟ้องไม่ได้มีการตั้งข้อสงวนและนักลงทุนยอมรับคำเสนอฝ่ายเดียวจากผู้ถูกฟ้องในการที่จะอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักว่าด้วยความโปร่งใส กฎดังกล่าวนี้จะถูกนำมาใช้ภายใต้ข้อ 2(2) ของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส)

การตั้งข้อสงวนในแบบที่สองในข้อ 3(1)(b) ที่อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถยินยอมให้การอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักว่าด้วยความโปร่งใสเป็นตัวเลือกในการเลือกโดยนักลงทุน ยกตัวอย่างเช่น ถ้ารัฐมีการตั้งข้อสงวนว่าจะไม่ใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสสำหรับการควบคุมการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ รัฐภาคีในสนธิสัญญาการลงทุนอนุญาตให้นักลงทุนเลือกว่าจะอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID หรือ UNCITRAL และ นักลงทุนเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในการควบคุมการอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีการฟ้องรัฐในข้อพิพาทสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งถ้าเป็นไปตามที่ยกตัวอย่างมานี้ อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสจะไม่นำเอาหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาบังคับใช้ในการอนุญาโตตุลาการ

ถ้ารัฐใช้ข้อ 3(1)(b) ในการตั้งข้อสงวนสำหรับข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอื่นใดที่มีใช้ UNCITRAL การตั้งข้อสงวนดังกล่าวนี้จะมีผลกระทบบ้างกับรัฐผู้ถูกฟ้อง โดยที่การตั้งข้อสงวนจะไม่มีผลกระทบใดๆกับภาคีหรือคู่สัญญาในสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่ ดังนั้น ถ้ารัฐ A และ รัฐ B เป็นภาคีทั้งในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty - BIT) และในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส (และไม่ได้ตั้งข้อสงวนเฉพาะไว้สำหรับ BIT ที่รัฐ A และรัฐ B ทำขึ้น) และรัฐ A ได้มีการตั้งข้อสงวนสำหรับการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID ทั้งหมด แต่รัฐ B ไม่ได้ทำและ นักลงทุนของรัฐ A มีการฟ้องรัฐ B โดยการอนุญาโตตุลาการการลงทุนภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสจะต้องนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ อย่างไรก็ตามถ้านักลงทุนของรัฐ B เป็นผู้

ฟ้องรัฐ A ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID แล้วนั้น อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสก็ไม่ต้องนำกฎว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้

การตั้งข้อสงวนในแบบที่สาม ในข้อ 3(1)(c) นั้นอนุญาตรัฐสามารถเลือกคำเสนอฝ่ายเดียว ออกจากการอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักว่าด้วยความโปร่งใสที่กำหนดไว้ในข้อ 2(2) ได้ และถ้าหาก รัฐมีการตั้งข้อสงวนดังกล่าว อนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสก็นำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ก็ต่อเมื่อเงื่อนไขในข้อ 2(1) นั้นบรรลุเท่านั้น

4.4.8 การตั้งข้อสงวนเพื่อควบคุมการใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสที่มีการแก้ไข

ในข้อ 3(2) นั้น การอนุญาตรัฐให้มีการตั้งข้อสงวนเพิ่มเติม โดยการยอมให้รัฐแยกออก จากข้อ 2(3) ที่กำหนดว่าให้ใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสฉบับล่าสุดในการใช้บังคับในข้อพิพาทภายใต้ การควบคุมการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากหลักว่าด้วยความโปร่งใสที่มีการแก้ไขในอนาคตเพื่อลด หรือเพิ่มความโปร่งใส ก็จะมีการอนุญาตรัฐให้มีการตั้งข้อสงวนได้ เพื่อการหลีกเลี่ยงการใช้หลักว่าด้วยความโปร่งใสฉบับที่มีการแก้ไข

4.4.9 ตัวเลือกสำหรับการถอนข้อสงวนที่ละน้อย

ในข้อที่ 3(3) นี้ระบุว่า การตั้งข้อสงวนทั้งหมดเพื่อจำกัดการนำอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสหรือหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ นั้น อาจรวมอยู่ในตราสารเดียวกันได้ แต่จะแบ่งแยกการ ปฏิบัติในการถอนข้อสงวนได้ที่ละหนึ่ง ซึ่งการถอนข้อสงวนที่ละหนึ่งนั้นออกแบบมาเพื่อให้ง่ายต่อรัฐ ในการค่อยๆถอนข้อสงวนออก และเพื่อเพิ่มโอกาสที่จะนำกฎและอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้

4.4.10 การห้ามมิให้มีการตั้งข้อสงวนเพิ่ม

ข้อที่ 3(4) นั้นทำให้เห็นได้ชัดว่า การตั้งข้อสงวนอื่นใดนอกจากที่ระบุไว้ในข้อ 3 นั้น จะไม่ได้รับอนุญาตรัฐ

4.4.11 หลักเกณฑ์ในการตั้งข้อสงวน

ในข้อที่ 4 นั้นครอบคลุมไปถึงกระบวนการและระยะเวลาในการจัดทำ, การมีผลบังคับใช้ และการถอนข้อสงวน

กฎทั่วไปนั้นอยู่ในข้อที่ 4(1) ที่กำหนดให้รัฐอาจจะมีการตั้งข้อสงวนกับสนธิสัญญาได้ทุกเวลา แต่มีข้อยกเว้นหนึ่งข้อคือ ข้อสงวนที่ตั้งขึ้นภายใต้ข้อ 3(2) เพื่อป้องกันการนำกฎว่าด้วยความโปร่งใสฉบับที่แก้ไขล่าสุดมาใช้นั้น จะต้องส่งให้แก่ผู้เก็บรักษาภายใน 6 เดือนนับจากวันที่กฎฉบับที่แก้ไขมีผลบังคับใช้ และการตั้งข้อสงวนจะมีผลทันทีเมื่อมีการเก็บรักษาถ้า 1) เป็นข้อสงวนที่ภาคีใช้เมื่อมีการให้สัตยาบัน, ยอมรับ, อนุมัติหรือมีการภาคยานุวัติในอนุสัญญา หรือ 2) เป็นข้อสงวนตามข้อ 3(2) ที่เป็นการยกเว้นภาคีจากการที่จะต้องนำกฎฉบับล่าสุดมาใช้

สำหรับการตั้งข้อสงวนอื่นใดนั้นกล่าวคือ การตั้งข้อสงวนใดๆภายใต้ข้อ 3(1) นั้น ภาคีจะต้องทำหลังจากที่มีการให้สัตยาบัน, ยอมรับ, อนุมัติหรือมีการภาคยานุวัติในอนุสัญญาแล้ว และจะมีผล 12 เดือนหลังจากที่มีการยื่นตราสารให้แก่ผู้เก็บรักษาแล้ว กฎที่ระบุไว้ในข้อ 4(4) นั้น สะท้อนให้เห็นถึงความตกลงของ UNCITRAL ที่ให้รัฐภาคีในอนุสัญญานั้นไม่สามารถจำกัดเสรีภาพในการผ่อนคลายภาระผูกพันที่สำคัญเมื่อเวลาที่เข้าร่วมในสนธิสัญญานั้นๆ และเมื่อมีรัฐใดรัฐหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา และมีข้อผูกพันเกิดขึ้น การตั้งข้อสงวนใหม่ใดๆที่รัฐกระทำขึ้นภายใต้ข้อ 3(1) จะไม่มีผลบังคับใช้ในป็นั้น และช่วงระยะเวลา 1 ปีนั้นขึ้นอยู่กับมุมมองว่าช่วงระยะเวลานั้นยาวนานเพียงพอในการที่จะป้องกันการละเมิด ซึ่งอาจจะส่งผลถ้ารัฐได้เรียนรู้ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นได้ และสามารถจำกัดพันธสัญญาของตนภายใต้อนุสัญญา เพื่อหลีกเลี่ยงการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ได้ โดยคณะผู้แทนได้ให้เหตุผลว่า ช่วงเวลาของการรอคอยให้การตั้งข้อสงวนมีผลบังคับใช้นั้นควรจะอย่างน้อยเท่าที่เป็นช่วงคลายความตึงเครียดในสนธิสัญญาการลงทุนออกได้ และช่วงเวลาในการลดความตึงเครียดนั้นควรจะระบุช่วงเวลาขั้นต่ำไว้ด้วย ในระหว่างที่ผู้ถูกฟ้องนั้นมีการเตรียมพร้อมในระหว่างข้อพิพาท และเมื่อการอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มต้น และหลังจากการเจรจาเกี่ยวกับช่วงเวลาที่จะใช้ลดความตึงเครียดซึ่งโดยปกติจะอยู่ที่ 6-9 เดือนในสนธิสัญญาการลงทุนทั่วไป แต่ UNCITRAL ก็ได้ตั้งเวลาไว้ที่ 1 ปี

ในทางตรงกันข้ามกับการตั้งข้อสงวน การถอนข้อสงวนทั้งหมดนั้นจะมีผลใช้ทันทีนับจากวันที่มีการจัดเก็บแล้ว เช่นเดียวกับข้อ 3(3) ในการที่มีการแบ่งแยกการถอนข้อสงวน ซึ่งข้อกำหนดนี้ออกแบบมาเพื่ออำนวยความสะดวก และเพื่อขยายการใช้อนุสัญญาและหลักว่าด้วยความโปร่งใส

4.4.12 การปรับใช้กับการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ในข้อที่ 5 นั้นได้กำหนดกฎพิเศษสำหรับการนำอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสมาปรับใช้, การตั้งข้อสงวน และการถอนข้อสงวนในการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญา ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสจะใช้บังคับในตอนเริ่มข้อพิพาท และจะครอบคลุมไปถึงกระบวนการด้วยได้หรือไม่

ตามที่ระบุไว้ในข้อนี้ ถ้ารัฐมีการยื่นตราสารการตั้งข้อสงวนสำหรับสนธิสัญญาเฉพาะน้อยกว่า 12 เดือนก่อนที่จะมีการเริ่มข้อพิพาท ข้อสงวนดังกล่าวก็จะไม่สามารถนำมาใช้ได้กับข้อพิพาท เพราะว่ายังไม่ถึงเวลาในการบังคับใช้ ในทางตรงกันข้าม ถ้ารัฐมีการยื่นตราสารในการถอนข้อสงวนใดๆก่อนที่จะมีการเริ่มการอนุญาตตุลาการ ผลของการถอนข้อสงวนดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับทันทีสำหรับข้อพิพาทการลงทุนนั้น

4.4.13 ผู้เก็บรักษา

ตามที่ระบุไว้ในข้อที่ 6 ของอนุสัญญานี้ ผู้เก็บรักษาตราสารที่รัฐภาคียื่นเพื่อการตั้งข้อสงวน หรือถอนข้อสงวน หรือตราสารในการให้สัตยาบัน, ยอมรับ, อนุมัติหรือมีการภาคยานุวัติในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส นั่นคือ เลขอาธิการสหประชาชาติ

4.4.14 การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การอนุมัติ และการภาคยานุวัติในอนุสัญญา

ข้อที่ 7 นั้นเป็นข้อกำหนดพื้นฐานในเรื่องของการลงนามและให้สัตยาบัน, การยอมรับหรือรับรองอนุสัญญาโดยภาคี หลังจากที่มีการเปิดให้ลงนามในวันที่ 17 มีนาคม 2015 และยังคงเปิดให้ลงนามได้เรื่อยๆ ณ สำนักงานใหญ่สหประชาชาติในนิวยอร์ก สำหรับรัฐหรือองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคใดๆ ที่ต้องการจะลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสนี้ หลังจากวันที่ 17 มีนาคม 2015 ซึ่งจะช่วยให้การครอบคลุมของอนุสัญญานี้ขยายเพิ่มขึ้นไปอีก

4.4.15 การเข้าร่วมขององค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค

อนุสัญญานั้นแสดงออกอย่างชัดเจนในการที่ยินยอมให้องค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคนั้นมาเป็นภาคีในอนุสัญญา และองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคสำคัญที่เป็นแรงจูงใจนั้นคือสหภาพยุโรป

สำหรับสหภาพยุโรปหรือองค์การอื่นใดที่เข้ามาเป็นภาคีนั้น จะต้องมีการทำสนธิสัญญาการลงทุนและเมื่อมีการยื่นตราสาร การให้สัตยาบัน การยอมรับ การรับรองหรือการภาคยานุวัติอนุสัญญาแก่ผู้เก็บรักษาแล้ว องค์การจะต้องส่งหลักฐานให้แก่ผู้เก็บรักษา ว่าองค์การนั้นเป็นภาคีในสนธิสัญญาการลงทุน โดยการระบุชื่อของสนธิสัญญาและรายชื่อของภาคีในข้อตกลงนั้นด้วย

4.4.16 การมีผลใช้บังคับ

ภายใต้ข้อ 9(2) นั้นรัฐภาคีจะต้องยื่นตราสารอย่างน้อย 3 ฉบับในการให้สัตยาบันยอมรับ รับรองหรือในการภาคยานุวัติในอนุสัญญา เพื่อให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ ซึ่งการทำเช่นนี้ก็เพื่อให้มั่นใจได้ว่าภาคีนั้นต้องการที่จะใช้อนุสัญญานั้นเป็นเหมือนกลไกที่มีประสิทธิภาพในการนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้กับสนธิสัญญาที่มีอยู่

บทบัญญัติในข้อนี้กับข้อที่ 7 นั้นยืนยันได้ว่ารัฐนั้นจะผูกพันเฉพาะในระดับระหว่างประเทศหลังจากมีการให้สัตยาบัน ยอมรับ รับรองหรือภาคยานุวัติแล้วเท่านั้น การลงนามฝ่ายเดียวนั้นจะไม่มีผลใดๆ และระยะเวลา 6 เดือนในการรอให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้นั้นเป็นมาตรฐานปฏิบัติที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาโดยการให้เวลาภาคีในสนธิสัญญาในการเตรียมการล่วงหน้าและพร้อมสำหรับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากอนุสัญญา

4.4.17 การแก้ไขอนุสัญญา

ภายใต้ข้อที่ 10 ของอนุสัญญานี้ได้แทรกข้อกำหนดที่ชัดเจนและรายละเอียดสำหรับข้อเสนอ

การยอมรับ และการมีผลบังคับใช้ของการแก้ไข ซึ่งอาจจะเสนอโดยภาคีฝ่ายใดก็ได้ในอนุสัญญา ซึ่งผู้ร่างอนุสัญญาได้ชี้ให้เห็นว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาจะเป็นตัวดำเนินการควบคุมปัญหาที่

มิได้ระบุเฉพาะไว้ในอนุสัญญาต่อไป แต่การแทรกข้อกำหนดเพิ่มเติมเพื่ออุดช่องว่างและพัฒนาทำให้เหมาะสมมากยิ่งขึ้นตัวอย่างเช่น กฎในข้อที่ 10(2) ที่ระบุว่า การแก้ไขอนุสัญญาจะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากหรือผลฉันทามติจากภาคี ซึ่งสะท้อนการปฏิบัติภายใน UNCITRAL ซึ่งจะตัดสินใจโดยการใช้ผลฉันทามติ¹²

หลังจากการยินยอมให้มีการแก้ไขได้รับการยอมรับ (โดยผลฉันทามติหรือในกรณีที่ไม่สามารถให้เป็นผลฉันทามติได้ก็ให้เป็นได้โดยการถูกเลือกโดยสองในสามของภาคีที่มาในการประชุม) ซึ่งการแก้ไขนั้นจะไม่มีผลบังคับใช้ได้โดยอัตโนมัติแต่จะมีผลบังคับใช้ได้หลังจากที่รัฐภาคีอย่างน้อย 3 รัฐเห็นด้วยและยื่นตราสารอย่างเป็นทางการถึงการยอมรับการแก้ไขนั้นแก่ผู้เก็บรักษา

การมีผลบังคับใช้อนุสัญญาที่แก้ไขนั้นไม่จำเป็นจะต้องใช้กับรัฐภาคีใดโดยเฉพาะสำหรับรัฐหรือองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่เป็นภาคีในอนุสัญญา ในเวลาที่อนุสัญญาที่แก้ไขมีผลบังคับใช้ไปแล้ว อนุสัญญาที่แก้ไขนั้นจะสามารถนำมาใช้ได้ ถ้ามีการให้ความยินยอมโดยตรงที่จะผูกพันซึ่งเลขาธิการสหประชาชาตินั้นจะมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ภาคีในอนุสัญญา ทราบถึงการรับเอาอนุสัญญาที่แก้ไขมาใช้ เพราะมีใช้ว่าภาคีทุกฝ่ายจะอยู่ในการประชุมระหว่างที่มีการรับการแก้ไขของอนุสัญญา ดังนั้นภาคีจึงสามารถที่จะยอมรับ รับรอง หรือให้สัตยาบัน แก่อนุสัญญาที่แก้ไขได้ภายหลัง และภาคีใดที่ไม่ได้กระทำการดังกล่าวก็จะมีผลผูกพันกับอนุสัญญาที่แก้ไขนี้

สำหรับรัฐหรือองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค ที่ภาคยานุวัติเข้ามาในอนุสัญญา หลังจากทีอนุสัญญาที่แก้ไขนั้นมีผลบังคับใช้แล้ว ก็จะมีผลผูกพันกับอนุสัญญาที่แก้ไขนั้นแล้ว ซึ่งไม่มีกลไกในการเลือกเข้าหรือเลือกออก สำหรับภาคีในการเลือกอนุสัญญาเฉพาะฉบับในการภาคยานุวัติได้

4.4.18 การยกเลิกการเป็นภาคีในอนุสัญญา

ภายใต้ข้อที่ 11 ของอนุสัญญานี้ระบุว่ารัฐภาคีอาจจะยกเลิกการเป็นภาคีในอนุสัญญาได้ตลอดเวลาโดยที่การยกเลิกนั้นจะมีผล 1 ปีให้หลังจากการยื่นตราสารให้แก่ผู้เก็บรักษา และถ้าการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นมีการเริ่มขึ้นในเวลาใดก่อนหรือภายในช่วงระยะเวลา 1 ปีนั้น อนุสัญญาก็จะยังมีผลใช้บังคับกับข้อพิพาท ซึ่งช่วงเวลา 1 ปีในการรอให้ผลการยกเลิกมีผลนั้นก็เท่ากับช่วงเวลาที่รอให้การตั้งข้อสงวนมีผลบังคับใช้ได้ โดยช่วงเวลานี้มีไว้เพื่อป้องกันการใช้ในทางที่ผิดหรือการหลีกเลี่ยงในสถานการณ์ที่ภาคีต้องการจะยกเลิกการเป็นภาคีในอนุสัญญา

¹² Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixtieth session

เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการนำอนุสัญญาและหลักว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้กับข้อพิพาทที่มีอยู่หรือกำลังดำเนินการอยู่¹³

4.5 ข้อดีที่มีมากกว่าข้อเสียของการรับเอาหลักความโปร่งใสของ UNCITRAL มาปรับใช้จะมีผลส่งเสริมให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นมีความชอบธรรมมากขึ้น

4.5.1 ข้อดีของความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทการลงทุน

ความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นทำให้เกิดประโยชน์ ซึ่งความโปร่งใสนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่จะต้องมีการมีส่วนร่วมของประชาชน และการที่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมนั้นทำให้เกิดความโปร่งใสมากยิ่งขึ้นเพราะเป็นการอำนวยความสะดวกในการเผยแพร่ข้อมูล และทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้รับการเผยแพร่ด้วย ซึ่งข้อดีของการเพิ่มความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมนี้มีดังนี้

4.5.1.1 เพิ่มคุณภาพในการตัดสินใจ

การเพิ่มความโปร่งใสนั้นจะช่วยทำให้คุณภาพในการตัดสินใจในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐดีขึ้น ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือกรณีการใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่รวมเอาประเด็นทางกฎหมายที่หลากหลายไว้ด้วยกัน และในกรณีที่อนุญาโตตุลาการนั้นขาดความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆด้วย เพราะตั้งแต่ขั้นตอนการเลือกอนุญาโตตุลาการเป็นต้นมา ก็ไม่ได้มีการรับประกันว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความรู้ในประเด็นกฎหมายที่อยู่ในข้อพิพาทการลงทุนนั้น แต่อย่างไรก็ตามตั้งแต่มีการให้เปิดเผยความเห็นของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์น้อยก็จะใช้เหตุผลตามอนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์มากกว่า ซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการนั้นมีการตัดสินใจที่แม่นยำมากขึ้น

การตัดสินใจที่ถูกต่อนั้นจึงถือเป็นการป้องกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสินใจนั้นมีความสำคัญมากต่อการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่มีการจำกัดความสามารถในการอุทธรณ์และในหลายๆ

¹³ Lise Johnson, "The Mauritius Convention on Transparency: Comments on the Treaty and Its Role in Increasing Transparency of Investor-State Arbitration," *CCSI policy paper* (2014). p. 3-18.

กรณี โดยเฉพาะในสถาบันเอกชนนั้นจะไม่มีการอุทธรณ์เลย ซึ่งการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID โอกาสในการที่จะอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นมีน้อยมาก ซึ่งสิทธิในการอุทธรณ์นั้นถูกจำกัดในการอนุญาโตตุลาการโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาข้อดีของการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่มากกว่าศาล กล่าวคือเป็นคำตัดสินสุดท้ายที่รวดเร็วและราคาไม่แพงด้วย แต่อย่างไรก็ตามก็มีความจำเป็นที่จะต้องทำให้มั่นใจได้ว่า แต่ละการตัดสินใจนั้นชอบด้วยกฎหมายและถูกต้องตามความเป็นจริง

ในประเด็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและเนื้อหาอื่น ๆ นั้น ก็เป็นการป้องกันพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งในตอนทีอนุญาโตตุลาการ, นักกฎหมาย และคู่พิพาทรู้ว่าการกระทำของตนนั้นจะถูกตรวจสอบได้โดยประชาชน โอกาสที่จะเกิดการทุจริตในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะมีน้อยลงด้วย

สำหรับการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น ความโปร่งใสมีส่วนทำให้การตัดสินใจนั้นมีคุณภาพสูงขึ้นได้ด้วยการอนุญาตให้มีการรับเอกสารจากเพื่อนของศาล (amicus curiae) ซึ่งสามารถให้ข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งทางกฎหมายได้ และในหลายๆการอนุญาโตตุลาการก็ให้ความสำคัญกับเอกสารที่ได้รับจาก amicus curiae ที่อยู่ในบริบทของข้อพิพาท เพราะหลายครั้งที่คู่พิพาทไม่ได้เปิดเผยพื้นฐานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องทั้งหมด ของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะเรื่องที่เป็นที่กังวลและเป็นผลกระทบต่อสาธารณะชน เช่นในคดี Bewater¹⁴ ที่ได้ระบุความสำคัญของ amicus curiae ว่าเป็นการช่วยจัดเตรียมบริบทของข้อพิพาทที่ผู้อื่นไม่ได้บอกไว้ และยิ่งกว่านั้น amicus curiae อาจจะมีข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริงที่สำคัญในการช่วยอนุญาโตตุลาการในการตัดสินใจที่มากขึ้น ซึ่งสำหรับการรวบรวมข้อมูลในบริบทของการลงทุนที่อาจจะใช้เวลาหลายปีนั้น ก็อาจจะทำให้ประชาชนที่สนใจมีข้อมูลสถิติ และทราบถึงข้อเท็จจริงที่จำเป็นได้

โดยแท้จริงแล้วการยอมรับเอกสารจาก amicus curiae นั้นไม่ได้จำกัดแค่ในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนเท่านั้น เพราะว่า amicus curiae นั้นเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือสามารถประเมินสถิติและรายละเอียดที่เป็นประเด็นสำคัญในข้อพิพาทได้ยกตัวอย่างเช่นในคดี Brazil Tyres นั้นคณะผู้พิจารณาของ WTO ได้อาศัยข้อเท็จจริงและข้อมูลการวิเคราะห์ทางสถิติที่อยู่ในเอกสารของ amicus curiae มาใช้ในการช่อมแซมยางและเพื่อประสิทธิภาพในการลดระดับของของเสียในบราซิล¹⁵

¹⁴ Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania, Award, Icsid Case No. Arb/05/22 (ICSID, [online]. Available from: <https://www.italaw.com/cases/157>. pp. 355, 358, 359, 392.

¹⁵ Panel Report, "Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres," WT/DS332/R (2007). p. 114-140.

ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นเอกสารของ amicus curiae นั้นได้ให้ข้อมูลเฉพาะที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของประชาชนที่มีความกังวลในข้อพิพาทยกตัวอย่างเช่นในคดี Suez/Vivendi¹⁶ ซึ่งอนุญาโตตุลาการนั้นได้ใช้เอกสารของ amicus curiae ที่เป็น NGOs ถึงห้าราย เพราะพวกเขามีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องของการกระจายน้ำและระบบน้ำเสีย ซึ่งเป็นประเด็นหลักของข้อพิพาทนี้

ยิ่งกว่านั้นเอกสารของ amicus นั้นยังสามารถรวมไปถึงข้อโต้แย้งทางกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกที่จะไม่ใส่ลงไปในการร้องขอของตนด้วย เช่นในคดี Methanex¹⁷ ที่อนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าเอกสารที่ amicus ส่งมานั้นมีการระบุถึง “ประเด็นข้อกฎหมายที่สำคัญที่ถูกปรับปรุงโดยคู่พิพาท” ซึ่งเอกสารนั้นมาจากสมาคมการค้าประชาชนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม โดยแสดงให้เห็นถึงความกังวลของประชาชนโดยเฉพาะในเรื่องของการที่กฎหมายระหว่างประเทศนั้นส่งเสริมการยอมทำตามรัฐได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกำหนดเรื่องสุขภาพของมนุษย์และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และในคดี Bewater นั้นอนุญาโตตุลาการได้มีการใช้ข้อโต้แย้งทางกฎหมายของ amicus ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของนักลงทุน ในบริบทของหลักความเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน ซึ่งตัวอย่างที่กล่าวมานั้นเป็นการพิสูจน์ว่าเอกสารจาก amicus นั้นสามารถช่วยให้เกิดการตัดสินใจที่มีคุณภาพมากขึ้นได้¹⁸

4.5.1.2 คำนิยมประชาธิปไตยและการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน

เมื่อรัฐเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในความตกลงการลงทุน ดังนั้นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจึงเกิดคำถามในประเด็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย และความจำเป็นในการที่จะต้องยึดหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งการเข้าถึงข้อมูลหรืออิสระของข้อมูลที่เป็นที่ยอมรับในระบอบประชาธิปไตยทั่วโลกนั้น ในหลายๆประเทศนั้นมีการต่อสู้กันอย่างยากลำบาก และได้นำไปสู่การตระหนักว่าประชาชนนั้นมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลซึ่งส่งผลโดยตรงต่อพวกเขา ในปัจจุบันศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter – American Court of Human Rights) ได้ประกาศว่าการเข้าถึงข้อมูลนั้นถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชน และได้ยืนยันในข้อที่ 13 ของ

¹⁶ ICSID, "Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General De Aguas De Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A (Spain) V. Argentine Republic (Arg.), Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae," in *ARB/03/19* (2005). p. 19, 21.

¹⁷ *Methanex Corp. (Can.) V. United States, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits*, 44 I.L.M. 1345 (2005). p. 26-29.

¹⁸ *Bewater Award*, p. 370-71, 373-75, 378.

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาซึ่งรวมถึงสิทธิในการ "แสวงหา, รับและส่งข้อมูล"* ซึ่งชี้ให้เห็นว่า การเข้าถึงข้อมูลสาธารณะนั้นจำเป็นอย่างมากสำหรับการใช้การปกครองแบบประชาธิปไตย

ในระดับระหว่างประเทศนั้นรัฐยอมรับถึงความสำคัญในการเข้าถึงข้อมูลในเรื่องของสิ่งแวดล้อมและการระงับข้อพิพาท ซึ่งในข้อที่ 10 ของปฏิญญาโรโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา** ได้ยืนยันว่าบุคคลทุกคนต้องมีการเข้าถึงข้อมูลและมีโอกาสที่จะมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และการเข้าถึงการแก้ไขและการเยียวยา ในขณะที่หลักการโดยตรงเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องสิ่งแวดล้อมในระดับภายในประเทศนั้น

แผนปฏิบัติการภายใต้ปฏิญญาได้เน้นย้ำถึงความจำเป็นในการเข้าถึงข้อมูลในระดับระหว่างประเทศด้วยเพื่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งเทียบได้กับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ เพราะโครงการการลงทุนนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของนักลงทุนเอกชนและรัฐ เพื่อวัตถุประสงค์ในการพัฒนา และบ่อยครั้งที่เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วความตกลงการลงทุนนั้นทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา อันเป็นจุดเริ่มต้นที่จะต้องให้รัฐสร้างบทบัญญัติในแง่ของความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชน

การนำกฎของปฏิญญาโรโอมาใช้ ส่วนที่สำคัญที่สุดนั่นก็คืออนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูล, การมีส่วนร่วมของสาธารณชนในการตัดสินใจ และการเข้าถึงความยุติธรรมในด้านสิ่งแวดล้อม (Aarhus Convention) ซึ่งนี่เป็นครั้งแรกในการมีผลผูกพันของกลไกระดับระหว่างประเทศสำหรับการเข้าถึงข้อมูลและการมีส่วนร่วมของประชาชนในด้านสิ่งแวดล้อม และเป็นการเจรจาระหว่างรัฐในคณะกรรมการการค้าด้านเศรษฐกิจเพื่อยุโรปขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Economic Commission for Europe - UNECE) แต่ก็มี การเปิดให้ทุกรัฐสามารถเลือกใช้¹⁹

* Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one's choice., American Convention on Human Rights, article 13.

** Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided., Rio Declaration on Environment and Development, principle 10.

¹⁹ United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), "Aarhus Convention, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters," (2008).

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการเข้าถึงข้อมูลและการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจ นั้นคือสิ่งสำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเป็นที่ยอมรับในทั้งระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ การยินยอมให้มีการใช้ความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้น แสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะเป็นประชาธิปไตยในการตัดสินใจเรื่องสิ่งแวดล้อมและการระงับข้อพิพาท นอกจากนี้ยังช่วยให้บุคคลนั้นตระหนักถึงสิทธิที่พวกเขาควรจะได้รับซึ่งจริงๆ แล้วการเข้าถึงความยุติธรรมนั้นไม่ได้มีความหมายจนกว่าจะมีการรับรู้ของการเข้าถึงดังกล่าว ในขณะที่การมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น กำหนดถึงการเข้าถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความกังวลหลักความโปร่งใสส่งเสริมการรับรู้ถึงข้อพิพาท ซึ่งเกี่ยวกับการตระหนักถึงสิทธิในข้อมูลและการมีส่วนร่วม และยิ่งกว่านั้นการพัฒนาในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ และการเข้าถึงข้อมูลนั้นมีส่วนทำให้เกิดหลักธรรมาภิบาล (good governance) ซึ่งหลักนี้เป็นหนึ่งในส่วนประกอบหลักของค่านิยมประชาธิปไตย โดยเฉพาะแนวคิดที่รัฐนั้นควรคำนึงถึงผลประโยชน์ในวงกว้างและควรจะมีควมรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวเอง

ตั้งแต่การอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐแสดงให้เห็นถึงการตัดสินใจที่อาจจะส่งผลกระทบต่อประชาชน ในการที่จะดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวกับรัฐแล้วนั้น หลักความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับหลักธรรมาภิบาล และยิ่งกว่านั้นมาตรฐานของหลักธรรมาภิบาลก็ยังรวมไปถึงข้อดีอื่นๆ ของหลักความโปร่งใสเช่น การคุ้มครองผลประโยชน์และความรับผิดชอบอีกด้วย

4.5.1.3 การคุ้มครองผลประโยชน์

ปัญหาหลักในการลงทุนและโครงการพัฒนาในประเทศกำลังพัฒนานั้น คือ การที่ผู้ได้รับผลกระทบไม่ได้ตระหนักถึงผลประโยชน์ของตนหรือวิธีที่จะคุ้มครองตนเอง ในขณะที่อาจจะมีการปรึกษาหารือกับพวกเขาในขั้นตอนของการวางแผนโครงการ ซึ่งคนส่วนใหญ่ที่ได้รับผลกระทบนั้นมักจะไม่ค่อยมีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาท และปัญหานั้นก็เป็นปัญหาที่มีสองชั้น กล่าวคือ การขาดความตระหนักในระดับทั่วไป เช่น การรู้ถึงการมีอยู่ของข้อพิพาทและไม่สามารถที่จะได้รับรู้ข้อมูลที่มีความหมายอื่นนอกจากสิ่งที่คู่พิพาทเลือกจะบอก ความโปร่งใสในการอนุญาตตุลาการนั้นจะช่วยบรรเทาในบางส่วนของปัญหาเหล่านี้ได้ เพราะอย่างน้อยที่สุดการรู้ถึงการมีอยู่ของข้อพิพาทก็จะเปิดเผยแก่สาธารณะ และยิ่งกว่านั้นการยินยอมให้มีการเข้าถึงบางส่วนของ

รายละเอียดในข้อพิพาทภายในขอบเขตของผลประโยชน์ของการรักษาความลับนั้น จะทำให้การเข้ามามีส่วนร่วมใดๆนั้นมีความหมายและทำให้การตัดสินใจมีคุณภาพที่สูงขึ้น

การเข้ามามีส่วนร่วมของสาธารณะชนโดยผ่านการยื่นเอกสารของ amicus นั้นเปิดโอกาสให้แก่สาธารณะชนในการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนที่พึงมีได้ มิใช่แค่เพียงเปิดทางให้แสดงความคิดเห็นในข้อพิพาทเท่านั้นแต่ยังยอมให้พวกเขาข้อยโต้แย้งทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทมิได้กล่าวถึงอีกด้วย ซึ่งอาจจะมีข้อโต้แย้งว่าคู่พิพาทนั้นไม่ยอมทำการภายในขอบเขตของข้อเรียกร้องของแต่ละคนที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ทำไมในแง่ของผลประโยชน์ของประชาชนยิ่งกว่านั้นประชาชนยังสามารถยื่นเอกสารร้องเรียนได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องยกระดับเป็นผู้ฟ้องในคดีได้ ซึ่งเป็นประโยชน์เพราะเรื่องของผลประโยชน์ประชาชนนั้นกว้างมากและไม่จำเป็นที่จะต้องบังคับให้เข้ามาเป็นคู่พิพาทฝ่ายที่สาม ซึ่งหมายความว่าคู่พิพาทสามารถรักษาระดับของการรักษาความลับได้โดยการดำเนินการโดยให้ความเคารพแก่บุคคลที่มีคู่พิพาท และการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนโดยผ่านการยื่นเอกสารในฐานะ amicus ในกระบวนการอนุญาตตุลาการนั้น เพื่อให้มั่นใจว่าอย่างน้อยที่สุดการรักษาสถิติประโยชน์เหล่านี้จะถูกรับฟัง

4.5.1.4 ความสอดคล้องของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

ความโปร่งใสในกระบวนการและการตัดสินใจ ทำให้เกิดความสอดคล้องมากขึ้นในกระบวนการอนุญาตตุลาการการลงทุน ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัตินั้นจะไม่มีระบบการนำคำพิพากษาในคดีก่อนมาเป็นมาตรฐานในการตัดสินใจต่อไป (precedent) ในการอนุญาตตุลาการ แต่หากอนุญาตตุลาการจะต้องมีการตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว อนุญาตตุลาการก็จะต้องศึกษาคดีก่อนๆเพื่อเป็นแนวทางอยู่ดี แต่อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการนั้นแค่สามารถทำให้กระบวนการและการวิเคราะห์เชื่อมโยงกันได้ถ้าคดีนั้นมีการเผยแพร่และการประชาสัมพันธ์มากกว่าที่เป็นอยู่ขณะนี้ ซึ่งในการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้น ความสอดคล้องเป็นสิ่งที่สำคัญมาก เนื่องจากความสนใจที่มากขึ้นของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบ และความจริงที่ว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่จะมีการอุทธรณ์ ในขณะที่มีหลายคนได้รับผลกระทบจากคำตัดสินของอนุญาตตุลาการ ดังนั้นความสอดคล้องของคำตัดสินนั้นก็มีความจำเป็นเพื่อให้บรรลุความเชื่อมั่นและโอกาสสำคัญในการมีส่วนร่วมและความสอดคล้องนั้นยังเป็นที่พึงปรารถนาจากคู่พิพาทและประชาคมระหว่างประเทศที่มีขนาดใหญ่อีกด้วย เพราะฉะนั้นความโปร่งใสจึงเป็นกุญแจสำคัญทั้งในเรื่องของความเชื่อมั่น และความสอดคล้องในการระงับข้อพิพาทการลงทุน

4.5.1.5 ความชอบธรรม

ความชอบธรรมและความน่าเชื่อถือนั้นมีความสำคัญในบริบทของระบบการอนุญาตอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ เนื่องจากตัวอย่างของข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มีจำนวนสูงและการใช้การตัดสินใจของอนุญาตอุตสาหกรรมที่มีมาอยู่ก่อนเป็นแบบอย่าง ความโปร่งใสที่ช่วยให้เกิดความชอบธรรม โดยการรับรู้ถึงกระบวนการและเปิดโอกาสให้มีการปรับปรุงในพื้นที่ที่มีปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของการอนุญาตอุตสาหกรรมการลงทุน ความโปร่งใสนั้นช่วยลดปริมาณความลับและเรียกความมั่นใจของประชาชนในกระบวนการอนุญาตอุตสาหกรรม อีกทั้งการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนนั้นก็ช่วยลดความลับในกระบวนการ และทำให้กระบวนการนั้นมีความเหมือนกับศาลซึ่งเป็นที่คุ้นเคยและได้รับการยอมรับจากประชาชน

4.5.1.6 ความรับผิดชอบ

การลดลงของความรับผิดชอบของรัฐต่อประชาชน ในบริบทของการลงทุนนั้นแก้ไขให้สำเร็จได้โดยการย้ายกระบวนการรับข้อพิพาทที่เคยอยู่ในบริบทที่เป็นความลับ ไปสู่การเข้าถึงได้โดยประชาชน แต่อย่างไรก็ตามการเพิ่มขึ้นของการเรียกร้องในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น ทำให้ความรับผิดชอบของเอกชนและรัฐบาลในการตัดสินใจและการกระทำนั้นมีความสำคัญมากขึ้น หลักความโปร่งใสนั้นช่วยทำให้เกิดความรับผิดชอบมากขึ้น ด้วยการเข้ามามีส่วนร่วมในข้อพิพาทและรวมไปถึงการดำเนินการอนุญาตอุตสาหกรรมด้วย

4.5.1.7 การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตอุตสาหกรรม

การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตอุตสาหกรรมนั้น อาจจะเป็นเรื่องยากได้หากประชาชนมีความขัดแย้งกับคำชี้ขาดนั้น รัฐที่ได้รับความร่วมมือจากประชาชนนั้นมีแนวโน้มที่จะมีการปฏิบัติตามคำตัดสิน, กฎหมาย และบทบัญญัติในสนธิสัญญามากกว่ารัฐที่ไม่ได้รับความร่วมมือ ประชาชนมีโอกาสน้อยที่จะไม่อนุมัติคำตัดสินหรือกระบวนการที่พวกเขามีส่วนร่วม หรือแม้กระทั่งมี

สิทธิในการมีส่วนร่วม ดังนั้นการมีส่วนร่วมของประชาชนอาจนำไปสู่การดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น เพราะการยอมรับของประชาชนในผลลัพธ์ของกระบวนการที่พวกเขามีโอกาสมีส่วนร่วมในทางปฏิบัติ การมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นจะมีประโยชน์กับการปฏิบัติตามคำตัดสิน เพราะมีแนวโน้มที่ประชาชนจะยอมปฏิบัติตามคำตัดสินหากพวกเขามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจนั้นๆ²⁰

4.5.2 ข้อเสียของความโปร่งใสในการอนุญาตตุลาการข้อพิพาทการลงทุน

ข้อเสียในหลายกรณีอาจจะเกี่ยวข้องกับการเพิ่มความโปร่งใสมากขึ้น และการให้โอกาสในการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการระงับข้อพิพาทการค้าและการลงทุน ซึ่งในบางกรณีอนุญาตตุลาการและสถาบันต่างๆก็มีการพัฒนาวิธีการในการลดข้อเสีย ซึ่งข้อเสียที่เกิดจากความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของสาธารณะชนนั้นมีดังนี้

4.5.2.1 ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น

ในกระบวนการที่ทำให้ข้อมูลนั้นเผยแพร่สู่สาธารณะที่จำเป็นนั้น ส่งผลกระทบต่ออนุญาตตุลาการในการบริหารจัดการค่าใช้จ่าย ดังนั้นเมื่อมีการเพิ่มความโปร่งใสจึงเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายของอนุญาตตุลาการในบางส่วนด้วย การเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนนั้นก็เพิ่มค่าใช้จ่ายในส่วนของผู้พิพาทเกี่ยวกับเอกสารที่มาจาก *amicus curiae* หรือคำขอใดๆโดย *amicus* ซึ่งในคดี *Methanex* อนุญาตตุลาการได้กล่าวว่า "การยอมรับเอกสารจาก *amicus* นั้นอาจจะทำให้มีค่าใช้จ่ายมากขึ้นในกระบวนการอนุญาตตุลาการโดยรวม" และนั่นก็คือความเสี่ยงที่จะ "เพิ่มภาระพิเศษให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่าย"²¹

ตั้งแต่อนุญาตตุลาการมีความตั้งใจที่จะลดค่าใช้จ่ายมากกว่าการจذبอยู่กับเทคนิคในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากค่าใช้จ่ายส่วนเกินที่อาจจะทำให้เกิดปัญหาและอาจจะทำให้เกิดความท้อใจที่จะใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการได้ บางสถาบันและอนุญาตตุลาการจึงได้มีการนำกลไก

²⁰ Daniel Barstow Jr Magraw, "Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration," *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15, no. 2 (2009). P .345-351.

²¹ *Methanex Corp. (Can.) V. United States, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"* (2001). p. 50.

บางอย่างมาใช้เพื่อขจัดปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายนี้ หนึ่งในวิธีนั้นก็คือการจำกัดจำนวนหน้า ซึ่งประสบผลสำเร็จในระดับสถาบันโดยการกำหนดชัดเจนถึงข้อจำกัดสำหรับการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชน อย่างเช่นการอนุญาตตุลาการภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ก็ได้มีการกำหนดจำนวนหน้าของเอกสารที่ยื่นโดย amicus ว่าไม่ให้เกิน 5 หน้าสำหรับการแนะนำสถานะของ amicus และไม่ให้อีกเกิน 20 หน้าในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง²²

ในสถานการณ์อื่นๆอนุญาตตุลาการอาจจะต้องกำหนดข้อจำกัดเพื่อลดเนื้อหาบางส่วนที่อนุญาตตุลาการและคู่พิพาทจะต้องพิจารณาด้วย และอีกวิธีหนึ่งที่ใช้กันก็คือการใช้ความร่วมมือเชิงกลยุทธ์ ยกตัวอย่างเช่นในคดี *Bivater*²³ ที่องค์กรภาคประชาสังคมถึงห้องค์กรให้ความร่วมมือโดยการรวมกันส่งเอกสารในฐานะ amicus ร่วมกันในฉบับเดียวเพื่อยื่นให้แก่อนุญาตตุลาการ ซึ่งการให้ความร่วมมือนี้จะช่วยลดค่าใช้จ่ายสำหรับอนุญาตตุลาการและคู่พิพาทได้ เมื่อมีการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนและทำให้กระบวนการตัดสินใจนั้นมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นด้วย

4.5.2.2 ความล่าช้า

การเผยแพร่ข้อมูลและการยินยอมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมนั้นสามารถเป็นสาเหตุของความล่าช้าในกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ หลักความโปร่งใสที่มีการให้เวลาในการเผยแพร่ข้อมูล (ไม่ว่าจะเป็นในอินเทอร์เน็ตหรือผ่านทางสื่อมวลชน) และ/หรือ สำหรับการแปลข้อมูลนั้นๆ โดยการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนนั้นสามารถเป็นสาเหตุของความล่าช้าได้โดยช่วงเวลาที่มีการใช้ไปในการตัดสินใจว่าจะรับเอกสารจาก amicus หรือไม่ รวมถึงการรอการตอบสนองจากคู่พิพาท และช่วงเวลาในการพิจารณาเอกสารนั้นๆ ซึ่งความล่าช้าในบางครั้งก็เกิดจากการกำหนดขีดจำกัดของจำนวนหน้าเอกสารที่ส่งมาและการจำกัดเวลาในการส่งด้วย ซึ่งมีความเป็นไปได้สำหรับอนุญาตตุลาการที่จะสร้างกำหนดการที่แน่นอน สำหรับการพิจารณาเรื่องของความกังวลของประชาชน เพราะอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นว่าจะต้องใช้หรือแม้กระทั่งอ่านเอกสารที่ส่งมา และสุดท้ายทุกอย่างก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของอนุญาตตุลาการว่าเอกสารที่ส่งมานั้นจะเป็นประโยชน์ต่ออนุญาตตุลาการหรือไม่

²² Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation (2003), B2(b), B3(b). Available from: <https://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>.

²³ *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural (Order No. 5), p. 18.

4.5.2.3 ข้อบกพร่องในเรื่องของการรักษาความลับ

โดยกระบวนการที่มีความโปร่งใสน้อยนั้นเป็นหนึ่งในปัจจัยที่อาจทำให้คู่พิพาทเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการ ด้วยวิธีการรักษาความลับที่ในระบบศาลไม่มี ดังนั้นเมื่อมีการเพิ่มความโปร่งใสเข้าไป ด้วยความหมายแล้วก็คือการลดการรักษาความลับ และเพราะฉะนั้นจึงเป็นข้อเสียสำหรับนักลงทุนและบางที่รวมถึงรัฐด้วย เพราะจะเกิดความเสี่ยงเมื่อข้อมูลที่เป็นความลับจะถูกเปิดเผยในกระบวนการที่มีความโปร่งใสมากขึ้น และการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนนั้นก็ยังนำไปสู่ความบกพร่องในเรื่องการรักษาความลับในขอบเขตที่ความโปร่งใสอนุญาตให้เข้ามามีส่วนร่วมได้ โดยการส่งเอกสารในฐานะ *amicus curiae* ซึ่งถือว่าเป็นความตึงเครียดที่แก้ไขได้ยากเพราะในทางหนึ่งคู่พิพาทนั้นก็ต้องการรักษาความลับ แต่ในอีกทางหนึ่งนั้นประชาชนก็ต้องการที่จะรับรู้ถึงข้อมูลของข้อพิพาท²⁴

4.5.2.4 อุปสรรคในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในบางครั้งการให้ความโปร่งใสที่มากเกินไปก็อาจทำให้เกิดการละเมิดพันธกรณี ที่จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์ ความกังวลนั้นก็คือการเปิดเผยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และข้อผิดพลาดนั้นจะกลายเป็นเรื่องทางการเมือง และอาจจะมีแรงกดดันจากประชาชนทั่วไปและสื่อมวลชนได้ เช่นในคดี *Biwater* ที่มีข้อโต้แย้งจากคู่พิพาทว่าการกระทำของ NGOs, ประชาชน และสื่อมวลชนนั้นคุกคามความสมบูรณ์ของการอนุญาโตตุลาการ และยังเห็นว่ามีความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดความรุนแรงมากขึ้นในข้อพิพาทอีกด้วย²⁵

²⁴ Magraw, Daniel Barstow Jr., *Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration*, p.352-355.

²⁵ "Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania, Award, Icsid Case No. Arb/05/22 ". p.163.

บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปผลการศึกษา

ความโปร่งใสโดยทั่วไปนั้นมีความหมายเหมือนกับ “การเปิดเผย” หรือ “การตรวจสอบได้” และการนำไปใช้ในแต่ละบริบทนั้นไม่ได้แตกต่างกันมากนักเพราะมีรูปแบบที่สำคัญอยู่สามประการคือ

1) ประชาชนเข้าถึงได้ 2) ความโปร่งใส และ 3) การเปิดเผย

ความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นจากการที่องค์กรการอุทธรณ์ของ WTO ในหลายๆคดี อาทิเช่น คดี US – Shrimps, EC – Asbestos, EC – Hormones ที่เริ่มมีการนำหลักความโปร่งใสเข้ามาใช้ โดยการเริ่มรับเอกสารที่ส่งมาจาก amicus curiae จนทำให้ต้องมีการจัดการประชุมพิเศษของคณะมนตรีใหญ่ (General Council) เพื่อพิจารณาทกลงกันในเรื่องของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีความโปร่งใสเพิ่มเติมขึ้นมา ซึ่งสิ่งที่ WTO พิจารณามีดังนี้

- 1) ความโปร่งใสในการเข้าถึงข้อมูล
- 2) ความโปร่งใสในกระบวนการ
- 3) ความโปร่งใสในการปรึกษาหารือ
- 4) ความโปร่งใสในการเลือกคณะผู้พิจารณา
- 5) ความโปร่งใสในการเปิดเผยการพิจารณาคดี
- 6) ความโปร่งใสในการรับเอกสารจากบุคคลฝ่ายที่สามซึ่งมิใช่คู่พิพาท (Amicus Curiae Briefs)
- 7) ความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาท

ในส่วนของความโปร่งใสในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นมีอยู่ 3 รูปแบบที่สำคัญคือ การเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท, การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณา และการรับเอกสารจาก Amicus curiae

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่ง ถือเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทนอกเหนือจากการนำคดีเข้าสู่กระบวนการตุลาการ หรือการนำคดีขึ้นสู่ศาล การอนุญาโตตุลาการนั้นแบ่งออกเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งชี้ขาดข้อ

พิพาทระหว่างรัฐโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งจะชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ

การอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นเป็นรูปแบบของความยินยอมซึ่งกันและกัน ระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ในการที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในรูปแบบความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชนที่ได้รับผลจากการกระทำของรัฐโดยใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในเรื่องของความสามารถในการที่จะใช้กฎหมาย หรืออำนาจในการต่อรอง เนื่องจากคู่พิพาทนั้นมีฐานะที่ต่างกัน แต่การอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้นเป็นการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเอง หรือการที่รัฐกระทำการไปโดยเสมือนหนึ่งเป็นเอกชน ซึ่งอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันและมีอำนาจในการต่อรองที่เท่าเทียมกัน รวมถึงความแตกต่างในเรื่องของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เพราะการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นมาจากข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำฝ่ายเดียวโดยใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (jure imperii) ในการที่จะยอมยกเว้นเรื่องของหลักความคุ้มกันของรัฐ (Sovereign Immunity) เพื่อทำสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน แต่การอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้นมาจากการที่เอกชนหรือรัฐกระทำไปโดยเสมือนหนึ่งเป็นเอกชนในการดำเนินธุรกิจหรือการค้า (jure gestionis) ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ จะเรียกว่า ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุม ซึ่งโดยหลักแล้ว ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุมจะอยู่ในกฎหมายเอกชนแต่เมื่อมีการมาถึงของการฟ้องร้องได้เองโดยปัจเจกชนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน (Investment treaties) กล่าวคือเอกชนไม่ต้องผ่านกระบวนการเยียวยาภายในจนหมดสิ้นแล้ว (Exhaust local remedies) ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การควบคุมนี้จะถูกส่งตรงไปถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เลย ในฐานะผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ เป็นคู่พิพาทกันได้เลย โดยไม่ต้องผ่านประเทศผู้ส่งออกนักลงทุน (Home state) ดังนั้นเมื่อความสัมพันธ์แบบภายใต้การควบคุมกลายมาเป็นความสัมพันธ์แบบเอกชนที่ใช้กฎหมายระหว่างประเทศตัดสิน การเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้เกิดการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนในสถานะคอยจัดการควบคุมสนธิสัญญา ซึ่งสนธิสัญญานี้โดยนัยแล้วเกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชน (Public law)

การอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้น แต่เดิมถูกตั้งขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นทางเลือกที่ดีกว่าการใช้กำลังต่อกัน แต่เมื่อการทำธุรกิจระหว่างประเทศได้แพร่ขยายออกไปมาก ก็เริ่มมีการให้บทบาทแก่ปัจเจกชนมากยิ่งขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการทำการค้า โดยรากฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้านั้นมาจากพิธีสารเจนีวา (Geneva Protocol) ซึ่งเกี่ยวกับการที่เอกชนที่อยู่คนละเขตอำนาจศาล สามารถส่งข้อพิพาทเข้าสู่

กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รวมถึง อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Convention) ที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มาจากประเทศอื่น และต่อมาก็ได้มีการสร้างอนุสัญญา New York ขึ้นมา ซึ่งอนุสัญญานี้ถือเสมือนเป็นเสาหลักที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญานี้ขยายขอบเขตของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีกว่า 120 ประเทศที่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญานี้ แต่อนุสัญญานี้ก็จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ที่อยู่ในรูปแบบของเอกชนเท่านั้น

สนธิสัญญาพหุภาคีฉบับแรกที่ควบคุมไปถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่รวมเอาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนกับรัฐคือ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุน (Convention on the Settlement of investment Disputes- ICSID Convention) ปี 1965 ซึ่งจัดตั้งโดยสถาบันระงับข้อพิพาทการลงทุนของธนาคารโลก (World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes- ICSID) เพื่อให้สถาบันระงับข้อพิพาทนี้มีเขตอำนาจที่ทั้งรัฐและนักลงทุนจะต้องให้ความยินยอมในการอนุญาโตตุลาการต่อสถาบันนี้ โดยการทำข้อสัญญา, ธรรมนูญ หรือสนธิสัญญา ซึ่งสองอย่างหลังนี้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการสำหรับสถาบันระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นจากความยินยอมของรัฐ ที่ยินยอมให้อนุญาโตตุลาการของสถาบันสามารถตัดสินและมีอำนาจควบคุมการอนุญาโตตุลาการในแบบที่อนุสัญญา New York ไม่เคยมี ซึ่งเป็นโครงสร้างหลักที่สำคัญที่สุดของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุน อันมีแนวคิดพื้นฐานสำหรับรัฐในการขยายขอบเขตการอนุญาโตตุลาการการลงทุนโดยอาศัยการทำสัญญาและใช้ในการควบคุมจัดการ

ในประเด็นของรูปแบบในการให้ความยินยอม ในการอนุญาโตตุลาการนั้นมี 2 แบบคือ ความยินยอมจำเพาะ (Specific consent) และความยินยอมทั่วไป (General consent)

ความยินยอมในการทำสัญญาการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้านั้น แต่เดิมมาจากความยินยอมของเอกชนคู่สัญญา โดยความสามารถของเอกชน ซึ่งความยินยอมนี้มีได้ทั้งกรณีหลังข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือก่อนข้อพิพาทจะเกิดขึ้น ในกรณีที่ทำหลังจากข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โดยความยินยอมจะถูกจำกัดเฉพาะข้อพิพาทหรือเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนคู่สัญญา ซึ่งระดับของความจำเพาะของความยินยอมในการอนุญาโตตุลาการนั้นกระทบต่อความกว้างของเขตอำนาจศาลของการอนุญาโตตุลาการ และระดับที่คู่พิพาทยอมรับสิทธิของพวกเขาในการตัดสินข้อพิพาทเฉพาะในศาล และตามหลักแล้วการอนุญาโตตุลาการทางการค้าเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นจากการตกลงที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งขึ้นอยู่กับความยินยอมจำเพาะ ไม่สามารถไปได้ไกลเกินกว่าความสัมพันธ์ทางเอกชน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะไม่สามารถให้ความยินยอมจำเพาะต่อการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบเอกชนได้ ในทางตรงกันข้าม รัฐสามารถยินยอมที่จะอนุญาโตตุลาการทาง

เอกชนได้เช่นเดียวกับสัญญาฉบับบริษัทในการขนส่งสินค้าหรือบริการ และตกลงที่จะอนุญาตตุลาการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญานั้น ความยินยอมของรัฐในการอนุญาตตุลาการในสัญญานั้นโดยรูปแบบทั่วไปแล้วคือการอนุญาตตุลาการทางการค้า (State as a private party) ซึ่งความยินยอมของรัฐนี้อยู่ในขอบเขตของความยินยอมแบบเอกชน ซึ่งจำเพาะกับข้อพิพาทหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการค้า แต่โดยหลักแล้วไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องของฝ่ายที่สาม หรือนักลงทุนหรือเรื่องของทางมหาชน และการอนุญาตตุลาการการค้าระหว่างประเทศนั้นอาจจะใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนได้ในกรณีที่ มาจากข้อสัญญาที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาการอนุญาตตุลาการการลงทุนที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางการค้า สัญญาระหว่างรัฐและนักลงทุนชาวต่างชาติกลายเป็นข้อตกลงการลงทุนหรือ ข้อตกลงเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ หรือข้อสัญญาของรัฐ ที่มีจะรวมเอาเงื่อนไขการอนุญาตตุลาการเข้าไปด้วย และส่วนมากในข้อสัญญาเหล่านี้เกี่ยวข้องกับกรกระทำของรัฐในทางเอกชน ในข้อสัญญาการอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้นเกี่ยวข้องกับรัฐ โดยใช้หลักอิสระของคู่สัญญาเป็นบทบาทใหญ่ เพราะข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นระหว่างความสัมพันธ์แบบเอกชน ข้อพิพาทจึงเป็นข้อพิพาทการลงทุนในขอบเขตของเอกชน หรืออีกทางหนึ่งคือข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นโดยมีรัฐเป็นคู่สัญญา

ความยินยอมทั่วไปในการทำสนธิสัญญาอนุญาตตุลาการการลงทุนนั้น รัฐให้ความยินยอมทั่วไปในการบังคับให้มีการอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทที่มีกับนักลงทุนชาวต่างชาติในรูปแบบกลุ่ม โดยให้ทางเลือกในการที่จะอนุญาตตุลาการ แก่บุคคลทั่วไปหรือนิติบุคคลที่จะมาลงทุนในรัฐ ซึ่งในตอนรัฐให้ความยินยอม และเปิดกว้างให้แก่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำใดๆที่รัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยแล้วส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างประเทศ ในการให้ความยินยอมทั่วไปนั้น รัฐไม่ได้กระทำไปทางเอกชน แต่ในทางตรงกันข้าม รัฐกระทำไปโดยใช้อำนาจตัวเองฝ่ายเดียวเสมือนเป็นตัวการในทางระหว่างประเทศ ซึ่งมีเพียงแต่รัฐเท่านั้นที่จะสามารถให้ความยินยอมทั่วไปได้ในการอนุญาตตุลาการ เพราะเพียงแต่รัฐเท่านั้นที่มีอำนาจในการควบคุมปัจเจกชนภายในประเทศของตน และอำนาจในการบังคับปัจเจกชนให้เข้ารับการตัดสินข้อพิพาทระหว่างรัฐและปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของรัฐ ซึ่งในแง่นี้ ความยินยอมทั่วไปได้เปลี่ยนแปลงการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ จากรูปแบบของความเห็นชอบร่วมกันในการตัดสินเป็นไปในรูปแบบของการจัดการของฝ่ายปกครองแทน ซึ่งความยินยอมทั่วไปนั้นเป็นลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพราะลักษณะของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความยินยอม โดยการให้ความยินยอมทั่วไปในการที่จะอนุญาตตุลาการการลงทุน รัฐจะต้องยอมให้ตัวเองเข้าไปอยู่ในกลไกเฉพาะเพื่อการควบคุมการปฏิบัติภายใต้กฎระเบียบของตัวเอง โดยทั่วไปแล้ว การอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน มี

มาตรฐานที่จำกัดการกระทำของรัฐทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ การผ่านหรือการปรับปรุงกฎหมายนั้นคือการกระทำโดยใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งการกำหนดโทษของข้อบังคับใช้โดยฝ่ายบริหาร หรือการระงับข้อพิพาทขั้นสุดท้ายโดยศาลภายใน ซึ่งการกระทำเหล่านี้อาจจะนำมาใช้ได้แค่ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมรับลักษณะเฉพาะของรัฐที่เป็นตัวแทนของกลุ่มทางการเมืองนั้น และไม่มีเอกชนคนไหนสามารถขัดขวางการใช้อำนาจนั้นโดยรัฐ ดังนั้นการอนุญาตตุลาการการลงทุน มิได้เป็นเพียงการให้ความยินยอมที่เป็นการใช้อธิปไตยเท่านั้น แต่ยังเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติด้วย

การอนุญาตตุลาการการลงทุนภายใต้สนธิสัญญานั้นได้เกิดขึ้นมากในช่วงปี 2007 เพราะมีการทำสนธิสัญญาสองฝ่าย (Bilateral Investment Treaties-BITs) กว่า 1500 ฉบับ และสนธิสัญญาพหุภาคีอีก 5 ฉบับ เพื่อที่จะดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ โดยการให้ความเชื่อมั่นถึงสิทธิในการลงทุนข้ามประเทศแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งการลงทุนจากต่างชาตินั้นเป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ และความเจริญของโลก ซึ่งทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนานั้นได้พัฒนาอุตสาหกรรมในประเทศของตน และยังได้รับเงินจากนักลงทุนต่างชาติเพื่อใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานภายในประเทศ ขณะที่นักลงทุนนั้นก็จะได้รับเงินเป็นค่าตอบแทน และมีฐานทางธุรกิจที่มั่นคงต่อไป

สิ่งที่ทำให้สนธิสัญญาการลงทุนนั้นพิเศษกว่าสนธิสัญญาแบบอื่นนั้น ประการที่หนึ่งคือ เพื่อให้ความมั่นใจแก่นักลงทุน ในเรื่องของสิทธิต่างๆ เพื่อนำไปสู่ความมั่นคงในการลงทุนต่อไป ประการที่สองคือ รัฐนั้นยื่นข้อเสนอให้นักลงทุนสำหรับการเยียวยาโดยตรงหากมีการละเมิดสิทธิพื้นฐานของนักลงทุน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐให้นักลงทุนนั้นมีอยู่ด้วยกัน 7 ประการคือ 1. นักลงทุนนั้นจะได้รับค่าชดเชยสำหรับกรณีที่มีการเวนคืนทรัพย์สินที่ลงทุนไปอย่างเพียงพอ 2. รัฐไม่สามารถควบคุมเรื่องของสกุลเงินเพื่อสนับสนุนการไหลเวียนของเงินทุนอย่างอิสระ 3. รัฐจะไม่เลือกปฏิบัติเฉพาะกับคนในชาติ หมายความว่า นักลงทุนนั้นจะมีสิทธิได้รับการดูแลจากรัฐไม่น้อยไปกว่าคนในรัฐนั้นหรือชาติอื่นๆ 4. รัฐให้สัญญาที่จะดูแลการลงทุนอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม 5. รัฐสัญญาที่จะให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ในการลงทุน 6. รัฐให้ความเชื่อมั่นว่าการลงทุนนั้นจะไม่ถูกดูแลต่ำกว่ามาตรฐานทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และ 7. ในบางกรณีรัฐก็ตกลงที่จะยินยอมให้มีภาระผูกพันที่ได้ทำเกี่ยวกับการลงทุน ในขณะที่สิทธิบางประการนั้นถูกกำหนดเป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องทำภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือตามกฎหมายอื่นๆ อยู่แล้ว สนธิสัญญาการลงทุนนั้นได้กำหนดการระงับข้อพิพาทในรูปแบบพิเศษที่นักลงทุนสามารถอ้างเพื่อร้องขอการชดเชยสำหรับการละเมิดข้อตกลงของรัฐได้

ปัญหาความชอบธรรมในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นประกอบไปด้วย

1) การที่กลไก ISDS ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติมากกว่าสิทธิของนักลงทุนในประเทศจนทำให้เกิดสถานะการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมกัน

2) การเปิดเผยสถานะของประเทศผู้รับการลงทุนนั้นทำให้เกิดความเสี่ยงทางกฎหมายและทางการเงิน โดยที่มีได้ทำให้เกิดผลประโยชน์ใดๆเพิ่มเติม และอาจนำไปสู่สถานะ Regulatory Chill

3) การขาดความชอบธรรมจากการใช้รูปแบบดั้งเดิมของการอนุญาโตตุลาการทางการค้า, การขาดความโปร่งใส, ปัญหาความกังวลเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความยุติธรรมของอนุญาโตตุลาการ

4) ความล้มเหลวในเรื่องของความสอดคล้องของคำชี้ขาดที่มาจากอนุญาโตตุลาการที่ต่างกัน ในประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่เหมือนกัน

5) การที่ไม่อนุญาตให้มีการแก้ไขคำชี้ขาดที่มีความผิดพลาด

6) กลไก ISDS ทำให้เกิดแรงจูงใจในการวางแผนเรื่องสัญญาโดยนักลงทุนจากประเทศที่สาม หรือจากประเทศผู้รับการลงทุนเอง เพื่อให้สามารถใช้กลไก ISDS ได้

7) ค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไปสำหรับผู้ใช้

8) ยังเทียบไม่ได้กับระบบกฎหมายภายในประเทศที่มีรากฐานและการทำงานที่ดี ซึ่งแนวทางในการปฏิรูปกลไก ISDS เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมีดังนี้

1) เพิ่มความโปร่งใสมากขึ้นโดยการอนุญาตให้ประชาชนเข้าถึงเอกสารในการอนุญาโตตุลาการได้ (รวมถึงข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วย), การอนุญาตให้มีการเข้ารับฟังการพิจารณาได้ และการให้บุคคลที่มีใช้คู่พิพาทที่มีความสนใจสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้

2) การสร้างความมั่นใจว่า บุคคลที่จะมาเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นมีทักษะที่จำเป็น, ความเป็นอิสระ, ปราศจากความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และมีค่าใช้จ่ายที่ไม่แพงเกินไปสำหรับคู่พิพาท

3) ทำลายความเชื่อมโยงระหว่างคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการ

4) การเสริมสร้างบทบาทของคู่สัญญาในการตีความสนธิสัญญา

5) การเสริมสร้างความเข้มแข็งในการควบคุมการพิจารณาของคู่สัญญาในประเด็นที่ละเอียดอ่อนบางอย่าง

6) หลีกเลี่ยงการสิ้นเปลืองทรัพยากรในการพิจารณาคดีในรูปแบบเต็มสำหรับการเรียกร้องที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการเรียกร้องที่มีขอบ

7) การกระจายค่าใช้จ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการอนุญาโตตุลาการและการปฏิเสธการยื่นคำร้องที่ไม่มีมูล โดยผ่านการจัดสรรค่าใช้จ่ายทางกฎหมายอย่าง

8) ป้องกันนักลงทุนจากการยกเรื่องการละเมิดเรื่องเดียวกันขึ้นมาเรียกร้องค่าชดเชยในหลายๆศาล โดยการสร้างข้อกำหนดเรื่องการสละสิทธิ์ขึ้นมา

ปัญหาความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มีต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นคือการละเลยความสำคัญในคุณค่าของรัฐธรรมนูญและหลักการในรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ทั่วไปในระบบกฎหมายภายใน ในหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งการแก้ปัญหาเหล่านี้จะต้องได้รับการพัฒนาแก้ไขภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน การแก้ปัญหาเรื่องของการละเลยหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญก็คือการเพิ่มหลักเกณฑ์เหล่านี้ลงไปในกลุ่มการอนุญาโตตุลาการ และหลักการที่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายรัฐธรรมนูญในกฎหมายภายในของหลายๆประเทศทั่วโลกนั้น ก็คือหลักการในระบอบประชาธิปไตย แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม และการปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน หลักการในรัฐธรรมนูญ เช่นในเรื่องของหลักการในระบอบประชาธิปไตยและรูปแบบของหลักนิติธรรมนั้นไม่แค่เพียงมาตรฐานในการปฏิรูปกฎระเบียบของสถาบันที่ระงับข้อพิพาท ISDS แต่ยังมีอิทธิพลต่อการปฏิรูปการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในอนาคตว่าควรจะเป็นอย่างไรด้วย และไม่ว่าข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นจะระงับโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันถาวร เช่น กลไกการอุทธรณ์หรือในศาลการลงทุนถาวร การระงับข้อพิพาทนั้นก็จะต้องสามารถทำให้มั่นใจได้ว่า ISDS นั้นใช้หลักการในระบอบประชาธิปไตยมากขึ้นและไม่ขัดขวางการเพิ่มมากขึ้นของหลักนิติธรรม ดังนั้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพทั้งในการสามารถตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจในกระบวนการ ISDS ได้ และความชอบด้วยกฎหมายของหลักการในระบอบประชาธิปไตย หลักความโปร่งใสจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญมากที่สมควรนำมาใช้ ในทำนองเดียวกันความเป็นไปได้ที่จะให้บุคคลฝ่ายที่สามเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการ ISDS เช่นในฐานะของ Amicus curiae และบุคคลซึ่งมิใช่คู่พิพาทนั้นก็ควรได้รับการแก้ไขเพราะสะท้อนให้เห็นถึงหลักการในระบอบประชาธิปไตยที่บุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของรัฐนั้นควรจะมีสิทธิมีเสียงในกระบวนการได้

การปฏิรูปข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในปี 2006, การมีผลบังคับใช้ของหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี 2014 และหลักความโปร่งใสรวมถึงหลักการเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลฝ่ายที่สามในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศนั้นได้นำหลักการในรัฐธรรมนูญเหล่านี้มาปรับใช้ และได้มีการสร้างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (Mauritius Convention,

Transparency Convention) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่บังคับใช้หลักความโปร่งใสทั้งหมด โดยมีข้อยกเว้นที่เหมาะสมในเรื่องของความลับทางธุรกิจ และผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่สำคัญของรัฐ และหลักที่วางไว้ในหลักความโปร่งใสของ UNCITRAL

การสร้างกฎว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor- State Arbitration) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญามีความโปร่งใสเปิดเผย โดยสาธารณะชนสามารถที่จะเข้าถึงกระบวนการได้ตั้งแต่ขั้นเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐส่วนใหญ่แล้ว จะดำเนินการไปโดยไม่เปิดเผยซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและในหลายกรณีก็ยังมีประเด็นของประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

สาระสำคัญของกฎว่าด้วยความโปร่งใส นั่นคือการกำหนดหลักการปฏิบัติสำหรับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนที่โปร่งใสและประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้โดยมีอยู่ทั้งหมด 8 ข้อ ซึ่งประกอบไปด้วย 1) ขอบเขตของการบังคับใช้กฎว่าด้วยความโปร่งใส 2) การเปิดเผยข้อมูลเมื่อเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 3) การเปิดเผยเอกสาร 4) การรับเอกสารจากคู่กรณีฝ่ายที่สาม 5) การยอมรับเอกสารจากภาคีที่ไม่ใช่คู่พิพาท 6) การพิจารณาคดี 7) ข้อยกเว้นของกฎว่าด้วยความโปร่งใสและ 8) การจัดเก็บข้อมูลที่ถูกเปิดเผย

นอกจากนั้น UNCITRAL ก็ยังได้สร้างอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration – Transparency Convention) ขึ้นมาอีกด้วยเพื่อใช้กับสนธิสัญญาการลงทุนที่ได้กระทำขึ้นก่อนวันที่กฎว่าด้วยความโปร่งใสจะมีผลใช้บังคับ เพื่อให้สามารถนำกฎว่าด้วยความโปร่งใสมาใช้ได้กับการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนนั้น

สาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส นั้นก็มีอยู่ด้วยกัน 11 ข้อคือ 1) ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญา 2) การนำกฎว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL มาปรับใช้ 3) ข้อสงวน 4) การตั้งข้อสงวน 5) การปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ 6) ผู้เก็บรักษา 7) การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การรับรอง การภาคยานุวัติ 8) การเข้าร่วมขององค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค 9) การมีผลใช้บังคับ 10) การแก้ไขอนุสัญญาและ 11) การยกเลิกการเป็นภาคีในสนธิสัญญา

ความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นจะทำให้เกิดผลประโยชน์ต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความโปร่งใสนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องมีการมีส่วนร่วมของประชาชน และการที่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมนั้นทำให้เกิดความโปร่งใสมากยิ่งขึ้นเพราะเป็นการอำนวยความสะดวกในการเผยแพร่ข้อมูล และทำให้อัปเดตที่เกิดขึ้นได้รับการเผยแพร่ด้วย ซึ่งข้อดีของการเพิ่มความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมนั้นมีดังนี้ 1) เพิ่มคุณภาพในการตัดสินใจ 2) เพิ่มค่านิยมในระบอบประชาธิปไตยและการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน 3) การคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชน 4) ความสอดคล้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ 5) ความชอบด้วยกฎหมาย 6) ความรับผิดชอบ 7) การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หลักความโปร่งใสนั้นยังมีข้อเสียในหลายกรณีที่เกิดขึ้นจากการเพิ่มความโปร่งใส และการให้โอกาสในการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการระงับข้อพิพาทการค้าและการลงทุน ซึ่งข้อเสียที่เกิดขึ้นจากความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของสาธารณะชนนั้นมีดังนี้ 1) ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น 2) ความล่าช้าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 3) ข้อบกพร่องในเรื่องของการรักษาความลับ 4) อุปสรรคในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และแม้ว่าหลักความโปร่งใสนั้นจะมีข้อเสียอยู่บ้างในบางประการ แต่ก็เห็นได้ชัดว่า หลักความโปร่งใสนั้นมีข้อดีที่มากกว่าอยู่ และสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้ในบางประการ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ UNCITRAL ได้สร้างหลักว่าด้วยความโปร่งใสขึ้นมาใช้กับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ เพื่อแก้ปัญหาเรื่องการขาดความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยให้สิทธิกับบุคคลภายนอกที่มีความสนใจ อาทิเช่น องค์กรภาคประชาสังคมต่างๆ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการยื่นเอกสารในกระบวนการพิจารณาได้ หรือไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยเอกสารและข้อมูลในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการเปิดเผยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าความโปร่งใสสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นเปรียบเสมือนเป็นดาบสองคม ในทางหนึ่งนั้นส่งผลดีต่อประชาชนทั่วไปที่มีส่วนได้เสียหรืออาจจะได้รับผลกระทบจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะจะทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วมีรัฐเข้าไปเป็นคู่พิพาทด้วยนั้น ได้รับการแก้ไขอย่างถูกต้อง โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และประชาชนมีสิทธิมีเสียงในการแสดงความคิดเห็น แต่ในอีกทางหนึ่ง สำหรับข้อพิพาทการลงทุนนั้น แม้จะอยู่ในบริบทของกฎหมายมหาชน แต่รูปแบบของข้อสัญญาการลงทุนนั้น แต่เดิมอยู่ในบริบทของกฎหมายเอกชน ซึ่งคู่สัญญา

หรือคู่พิพาทก็คาดหวังที่จะได้รับการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมและเป็นส่วนตัวตามรูปแบบการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน กล่าวคือ มีการรักษาความลับที่มากพอในระดับหนึ่ง เพื่อป้องกันผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อมูลบางอย่าง ที่อาจทำให้เกิดความเสียหายหรือความเสี่ยงในการเสื่อมเสียชื่อเสียง หรืออาจส่งผลกระทบต่อทางการเงิน ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่รัฐ หรือนักลงทุนต่างชาติจะทำสนธิสัญญาการลงทุนที่นำเอาหลักเรื่องความโปร่งใสมาใช้ในนั้นยังเป็นที่น่าสังเกตว่าหากพิจารณาจากผลประโยชน์ที่รัฐ หรือนักลงทุนจะได้รับนั้น จะเพียงพอหรือไม่ที่จะเป็นแรงจูงใจให้นำหลักความโปร่งใสนี้ไปใช้ เพราะหลักความโปร่งใสในที่ UNCITRAL สร้างขึ้นนั้น จะมีประสิทธิภาพและใช้ได้จริงเมื่อมีการทำสนธิสัญญาการลงทุนที่นำเรื่องหลักความโปร่งใสมาใช้

ดังนั้น แม้ว่าจะมีการแก้ไขข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการให้โปร่งใสมากเพียงใด ก็ควรจะต้องพิจารณาถึงความพึงพอใจของผู้เลือกใช้กระบวนการเป็นหลักด้วย เพราะถ้าหากกระบวนการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบเดิมที่เน้นการรักษาความลับ เริ่มเปลี่ยนแปลงไปจนคล้ายกับกระบวนการทางศาลภายในประเทศที่เปิดเผยทุกขั้นตอนแล้วนั้น อาจเกิดความเสี่ยงที่นักลงทุนหรือรัฐ อาจจะไปใช้กระบวนการเดิมคือ การเยียวยาตามกฎหมายภายใน ดังนั้นการรักษาสมดุลระหว่างการรักษาความลับและความโปร่งใสนั้น จึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพื่อแก้ไขข้อบังคับในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนนั้นสมบูรณ์

รายการอ้างอิง

- A Redfern, M Hunter. "Law and Practice in International Commercial Arbitration ". (2004).
- "Agreement on Technical Barriers to Trade." *1868 UNTS 120* (entered into force 1 January 1995).
- Andrew Rogers and Duncan Miller. "Non-Confidential Arbitration Proceedings." *12 ARB. INT'L*.
- Bagner, Hans. "Confidentiality-a Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?". *18 J. INT'L ARB* (2001).
- "Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania, Award, Icsid Case No. Arb/05/22 ". ICSID.
- BOCKSTIEGEL, KARL-HEINZ. "Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?". *The Journal of the London Court of International Arbitration* 28 (2012).
- Buys, Cindy G. "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration." *14 AM. REV. INT'L AR3* (2003).
- Catherine A. Rogers. "Transparency in International Commercial Arbitration." *54 U. Kan. L. Rev.* 1301 (2006).
- Collins, Michael. "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings." *11 ARB. INT'L. Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, the Geneva Convention 1927 Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States.*
- David Mechanic. "The Media, Public Perceptions & Health, and Health Policy." (5 *Hous. J. HEALTH L. & POL'Y*).
- David Weil. "The Benefits and Costs of Transparency: A Model of Disclosure-Based Regulation." 2002.

- Debevoise, Whitney. "Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency." *32 International Lawyer* (1998).
- Dimitrios Katranstiotis. "Transparency in International Investment Arbitration: From the Current Towards the Future Normative Framework."
- "Draft Report of the United Nations Commission on International Trade Law." *forty-seventh session A/CN.9/XLVII/CRP.1/Add.1* (7-18 July 2014).
- Fracassi, Fulvio. "Confidentiality and Nafta Chapter 1 Arbitrations." *2 CHI. J. INT'L L.* (2001).
- Franck, Susan D. *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision* 2005.
- Gabrielle Marceau, Peter Pedersen. "Is the Wto Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the Wto with Non-Governmental Organisations and Civil Society's Claims for More Transparency and Public Participation." *33(I) Journal of World Trade* 5 (1999).
- Gary B. Born, Ethan G. Shenkman. "Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration, in the Future of Investment Arbitration."
- Gary Born, David W. Ogden, Rachael D. Kent, John V.H. Pierce, David W. Bowker. "Investment Treaty Arbitration: Icsid Amends Investor-State Arbitration Rules ". April 2006.
- Hans Smit. "Confidentiality in Arbitration." *11 ARB. INT'L.*
- Harten, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law* Oxford: OUP, 2007.
- Hudec, Robert. "The New Wto Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years." *8 Minnesota Journal of Global Trade* 1 (1999).
- ICSID. "Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General De Aguas De Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A (Spain) V. Argentine Republic (Arg.), Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae." In *ARB/03/19*, 2005.
- ICSID Doc. "Icsid Convention, Regulations and Rules." 2006.
- Lcia Arbitration Rules (Additional Powers).*

- Lee, Julie. "Uncitral's Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitration." *Northwestern Journal of International Law & Business* 33, no. 2 (2013).
- Leon E. Trakman. "Confidentiality in International Commercial Arbitration." *18 ARB. INT'L* (2002).
- Lise Johnson. "The Mauritius Convention on Transparency: Comments on the Treaty and Its Role in Increasing Transparency of Investor-State Arbitration." *CCSI policy paper* (2014).
- Lise Johnson, Nathalie Bernasconi-Osterwalder. "New Uncitral Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps." *CIEL, IISID, VCC* (August 2013).
- Magraw, Daniel Barstow Jr. "Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration." *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15, no. 2 (2009).
- "Marvin Roy Feldman Karpa V. United Mexican States (Also Known as Marvin Feldman V. Mexico)." In *Icsid Case No. Arb(Af)/99/1*
- Menaker, Andrea J. *Piercing the Veil of Confidentiality: The Recent Trend Towards Greater Public Participation and Transparency in Investor-State Arbitration. Methanex Corp. (Can.) V. United States, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"* (2001).
- Methanex Corp. (Can.) V. United States, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits*, 44 I.L.M. 1345 (2005).
- MJ Mustill. *Arbitration: History and Background* 1989.
- NAFTA Free Trade Comm'n. "Notes on Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions." In *U.S. Dep't St*, 2001.
- NAFTA FREE TRADE COMMISSION. "Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation." 2003.
- Nakagawa, Junji. *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*. London and New York: Routledge, 2013.

Nathalie Bernasconi –Osterwalder, Aaron Cosbey, Lise Johnson, Damon Vis –Dunbar.

"Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Question & Answer." *IISD*: 2.

"North American Free Trade Agreement." Chap. 11.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). " Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures." In *Statement by the Oecd Investment Division*, June 2005.

Paulsson, J. "Arbitration without Privity," *10 Icsid Rev.*" 1995.

Peterson, Luke. "Challenges under Bilateral Investment Treaties Give Weight to Calls for Multilateral Rules." In *World Trade Agenda* 2001.

"Press-Enter. Co. V. Superior Court." 1984.

Protocol on Arbitration Clauses in Commercial Matters (the Geneva Protocol of 1923)).

PT Muchlinski. *Multinational Enterprises and the Law* Oxford: Blackwell, 1999.

REITH, Claudia. *Enhancing Greater Transparency in the Uncitral Arbitration Rules - a Futile Attempt?* Vol. 2: Yearbook on International Arbitration, 2012.

Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Fifty-Eighth Session A/Cn.9/765. New York 2013.

Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Sixtieth Session A/Cn.9/799. New York 2014.

Report, Panel. "Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres." *WT/DS332/R* (12 June 2007).

Schill, Stephan W. "Reforming Investor-State Dispute Settlement (Isds): Conceptual Framework and Options for the Way Forward." *E15 Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum* (2015).

Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party. [online]. Available from: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta-transparency-alena-transparence.aspx?lang=eng>].

- Teslik, Lee Hudson. "Nafta 'S Economic Impact." *COUNCIL ON FOREIGN REL* (7 July 2009).
- Tollefson, C. "Metalclad V. United Mexican State Revisited : Judicial Oversight of Nafta's Chapter Eleven Investor-State Claim Process ". (2002).
- Tuck, Andrew P. "Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the Icsid and Uncitral Arbitration Rules." *Law and Business Review of the Americas* 13, no. 4 (2007).
- U.N. Comm'n on Int'l Trade Law Secretariat, Settlement of Commercial Disputes. "Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration." *Comments of the Governments of Canada and of the United States of America on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration Under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, (A/CN.9/WG.II/WP)*.
- U.S. TRADE REPRESENTATIVE. "Statement on Open Hearings in Nafta Chapter Eleven Arbitrations." 2003.
- UN. "Report of the Secretary- General: Possible Feature of a Model Law on International Commercial Arbitration." *UN DOC A/CN.9/207* (1981).
- . "Report of the Secretary-General: Preliminary Draft Set of Arbitration Rules for Optional Use in Ad Hoc Arbitration Relating to International Trade." *UNCITRAL Arbitration Rules, UN Doc* (1974).
- UN Doc. "Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law." *UNCITRAL Rules*, no. A/31/17 (1976).
- UN ESC. "Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitration Awards." *UN DOC E/AC.42/4/Rev. 1* (28 March 1955).
- UNCITRAL. "Model Law on International Commercial Arbitration (Uncitral Model Law)." *UN Doc A/40/17, annex I, 24 ILM 1302* (21 June 1985).
- UNCTAD. "World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance ". 2015.
- UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. "Transparency." 2012.

"Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dsu),
Opened for Signature 15 April 1994." *1869 UNTS 401, 33 ILM 1226* (1 January
1995).

UNITED NATION. Bilateral Investment Treaties: Trends in Investment Rulemaking
[online]. 1995-2006. Available from:
http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf].

"United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral
Awards (the New York Convention) ". *entered into force 7 June 1959* (1958).

United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). "Aarhus Convention,
Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making
and Access to Justice in Environmental Matters." (2008).

Wetter, G. *The Present Status of the International Court of Arbitration of the Icc*
1990.

WTO Appellate Body. "Ec- Hormones." *AB-1997-4* (16 January 1998).

———. "Report of the Appellate Body: India - Patent Protection for Pharmaceutical
and Agricultural Chemical Products." *AB- 1997-5* (19 December 1997).

———. "Report of the Appellate Body: United States - Imposition of Countervailing
Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products
Originating in the United Kingdom ". *AB-2000-1* (10 May 2000).

———. "Shrimp-Turtle ". *AB-1998-4* (12 October 1998).

———. "Working Procedures for Appellate Review ". *WT/AB/WB/3* (28 February 1997).

WTO General Council. "Procedures for the Circulation and Derestriction of Wto
Documents." In *Wt/L/160/Rev 1* 1996.

WTO Panel. "Report of the Panel: United States - Restrictions on Imports of Cotton
and Man-Made Fibre Underwear ". *WT/DS24/R* (8 November 1996).

———. "Shrimp-Turtle." *WT/DS58/R, pt VII* (15 May 1998).

กรมชลประทาน, คณะทำงานพัฒนาศูนย์ความรู้กลาง. ความแตกต่างของกฎหมายมหาชนกับกฎหมาย
เอกชน [online]. Available from:
http://kmcenter.rid.go.th/kclaw/news_ins_doc/MN002.ppt].

คณะทำงานส่งเสริมธรรมาภิบาลของ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. หลักความโปร่งใส [online].
Available from: <http://www.socgs.soc.go.th/labelTransparent.html>].

สถาบันอนุญาโตตุลาการ. "ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการ." ณ โรงแรมดับเบิลยู กรุงเทพฯ, 2557.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Article 1. Scope of application

Applicability of the Rules

1. The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”) shall apply to investor-State arbitration initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors (“treaty”)* concluded on or after 1 April 2014 unless the Parties to the treaty** have agreed otherwise.

2. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when:

(a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or

(b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

Application of the Rules

3. In any arbitration in which the Rules on Transparency apply pursuant to a treaty or to an agreement by the Parties to that treaty:

(a) The disputing parties may not derogate from these Rules, by agreement or otherwise, unless permitted to do so by the treaty;

* For the purposes of the Rules on Transparency, a “treaty” shall be understood broadly as encompassing any bilateral or multilateral treaty that contains provisions on the protection of investments or investors and a right for investors to resort to arbitration against Parties to the treaty, including any treaty commonly referred to as a free trade agreement, economic integration agreement, trade and investment framework or cooperation agreement, or bilateral investment treaty.

** For the purposes of the Rules on Transparency, any reference to a “Party to the treaty” or a “State” includes, for example, a regional economic integration organization where it is a Party to the treaty.

(b) The arbitral tribunal shall have the power, besides its discretionary authority under certain provisions of these Rules, to adapt the requirements of any specific provision of these Rules to the particular circumstances of the case, after consultation with the disputing parties, if such adaptation is necessary to conduct the arbitration in a practical manner and is consistent with the transparency objective of these Rules.

Discretion and authority of the arbitral tribunal

4. Where the Rules on Transparency provide for the arbitral tribunal to exercise discretion, the arbitral tribunal in exercising such discretion shall take into account:

(a) The public interest in transparency in treaty-based investor-State arbitration and in the particular arbitral proceedings; and

(b) The disputing parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute.

5. These Rules shall not affect any authority that the arbitral tribunal may otherwise have under the UNCITRAL Arbitration Rules to conduct the arbitration in such a manner as to promote transparency, for example by accepting submissions from third persons.

6. In the presence of any conduct, measure or other action having the effect of wholly undermining the transparency objectives of these Rules, the arbitral tribunal shall ensure that those objectives prevail.



Applicable instrument in case of conflict

7. Where the Rules on Transparency apply, they shall supplement any applicable arbitration rules. Where there is a conflict between the Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision in these Rules, where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail.

8. Where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the disputing parties cannot derogate, that provision shall prevail.

Application in non-UNCITRAL arbitrations

9. These Rules are available for use in investor-State arbitrations initiated under rules other than the UNCITRAL Arbitration Rules or in ad hoc proceedings.

Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings

Once the notice of arbitration has been received by the respondent, each of the disputing parties shall promptly communicate a copy of the notice of arbitration to the repository referred to under article 8. Upon receipt of the notice of arbitration from the respondent, or upon receipt of the notice of arbitration and a record of its transmission to the respondent, the repository shall promptly make available to the public information regarding the name of the disputing parties, the economic sector involved and the treaty under which the claim is being made.

Article 3. Publication of documents

1. Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.

2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal.

3. Subject to article 7, the arbitral tribunal may decide, on its own initiative or upon request from any person, and after consultation with the disputing parties, whether and how to make available exhibits and any other documents provided to, or issued

by, the arbitral tribunal not falling within paragraphs 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specified site.

4. The documents to be made available to the public pursuant to paragraphs 1 and 2 shall be communicated by the arbitral tribunal to the repository referred to under article 8 as soon as possible, subject to any relevant arrangements or time limits for the protection of confidential or protected information prescribed under article 7. The documents to be made available pursuant to paragraph 3 may be communicated by the arbitral tribunal to the repository referred to under article 8 as they become available and, if applicable, in a redacted form in accordance with article 7. The repository shall make all documents available in a timely manner, in the form and in the language in which it receives them.

5. A person granted access to documents under paragraph 3 shall bear any administrative costs of making those documents available to that person, such as the costs of photocopying or shipping documents to that person, but not the costs of making those documents available to the public through the repository.

Article 4. Submission by a third person

1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty (“third person(s)”), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute.

2. A third person wishing to make a submission shall apply to the arbitral tribunal, and shall, in a concise written statement, which is in a language of the arbitration and complies with any page limits set by the arbitral tribunal:

(a) Describe the third person, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities and any parent organization (including any organization that directly or indirectly controls the third person);

(b) Disclose any connection, direct or indirect, which the third person has with any disputing party;

(c) Provide information on any government, person or organization that has provided to the third person (i) any financial or other assistance in preparing the submission; or (ii) substantial assistance in either of the two years preceding the application by the third person under this article (e.g. funding around 20 per cent of its overall operations annually);

(d) Describe the nature of the interest that the third person has in the arbitration; and

(e) Identify the specific issues of fact or law in the arbitration that the third person wishes to address in its written submission.

3. In determining whether to allow such a submission, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant:

(a) Whether the third person has a significant interest in the arbitral proceedings; and

(b) The extent to which the submission would assist the arbitral tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitral proceedings by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties.

4. The submission filed by the third person shall:

(a) Be dated and signed by the person filing the submission on behalf of the third person;

(b) Be concise, and in no case longer than as authorized by the arbitral tribunal;

(c) Set out a precise statement of the third person's position on issues; and

(d) Address only matters within the scope of the dispute.

5. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party.

6. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the third person.

Article 5. Submission by a non-disputing Party to the treaty

1. The arbitral tribunal shall, subject to paragraph 4, allow, or, after consultation with the disputing parties, may invite, submissions on issues of treaty interpretation from a non-disputing Party to the treaty.
2. The arbitral tribunal, after consultation with the disputing parties, may allow submissions on further matters within the scope of the dispute from a non-disputing Party to the treaty. In determining whether to allow such submissions, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant, the factors referred to in article 4, paragraph 3, and, for greater certainty, the need to avoid submissions which would support the claim of the investor in a manner tantamount to diplomatic protection.
3. The arbitral tribunal shall not draw any inference from the absence of any submission or response to any invitation pursuant to paragraphs 1 or 2.
4. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party.
5. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by a non-disputing Party to the treaty.

Article 6. Hearings

1. Subject to article 6, paragraphs 2 and 3, hearings for the presentation of evidence or for oral argument (“hearings”) shall be public.
2. Where there is a need to protect confidential information or the integrity of the arbitral process pursuant to article 7, the arbitral tribunal shall make arrangements to hold in private that part of the hearing requiring such protection.
3. The arbitral tribunal shall make logistical arrangements to facilitate the public access to hearings (including where appropriate by organizing attendance through video links or such other means as it deems appropriate). However, the arbitral tribunal may, after consultation with the disputing parties, decide to hold all or part of the hearings in private where this becomes necessary for logistical reasons, such as when the circumstances render any original arrangement for public access to a hearing infeasible.

Article 7. Exceptions to transparency*Confidential or protected information*

1. Confidential or protected information, as defined in paragraph 2 and as identified pursuant to the arrangements referred to in paragraphs 3 and 4, shall not be made available to the public pursuant to articles 2 to 6.

2. Confidential or protected information consists of:

(a) Confidential business information;

(b) Information that is protected against being made available to the public under the treaty;

(c) Information that is protected against being made available to the public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; or

(d) Information the disclosure of which would impede law enforcement.

3. The arbitral tribunal, after consultation with the disputing parties, shall make arrangements to prevent any confidential or protected information from being made available to the public, including by putting in place, as appropriate:

(a) Time limits in which a disputing party, non-disputing Party to the treaty or third person shall give notice that it seeks protection for such information in documents;

(b) Procedures for the prompt designation and redaction of the particular confidential or protected information in such documents; and

(c) Procedures for holding hearings in private to the extent required by article 6, paragraph 2.

Any determination as to whether information is confidential or protected shall be made by the arbitral tribunal after consultation with the disputing parties.

4. Where the arbitral tribunal determines that information should not be redacted from a document, or that a document should not be prevented from being made available to the public, any disputing party, non-disputing Party to the treaty or third person that

voluntarily introduced the document into the record shall be permitted to withdraw all or part of the document from the record of the arbitral proceedings.

5. Nothing in these Rules requires a respondent State to make available to the public information the disclosure of which it considers to be contrary to its essential security interests.

Integrity of the arbitral process

6. Information shall not be made available to the public pursuant to articles 2 to 6 where the information, if made available to the public, would jeopardize the integrity of the arbitral process as determined pursuant to paragraph 7.

7. The arbitral tribunal may, on its own initiative or upon the application of a disputing party, after consultation with the disputing parties where practicable, take appropriate measures to restrain or delay the publication of information where such publication would jeopardize the integrity of the arbitral process because it could hamper the collection or production of evidence, lead to the intimidation of witnesses, lawyers acting for disputing parties or members of the arbitral tribunal, or in comparably exceptional circumstances.

Article 8. Repository of published information

The repository of published information under the Rules on Transparency shall be the Secretary-General of the United Nations or an institution named by UNCITRAL.

ภาคผนวก ข

United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State
Arbitration

Preamble

The Parties to this Convention,

Recognizing the value of arbitration as a method of settling disputes that may arise in the context of international relations, and the extensive and wide-ranging use of arbitration for the settlement of investor-State disputes,

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,

Believing that the Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 11 July 2013 (“UNCITRAL Rules on Transparency”), effective as of 1 April 2014, would contribute significantly to the establishment of a harmonized legal framework for a fair and efficient settlement of international investment disputes,

Noting the great number of treaties providing for the protection of investments or investors already in force, and the practical importance of promoting the application of the UNCITRAL Rules on Transparency to arbitration under those already concluded investment treaties,

Noting also article 1(2) and (9) of the UNCITRAL Rules on Transparency,
Have agreed as follows:

Article 1. Scope of application

1. This Convention applies to arbitration between an investor and a State or a regional economic integration organization conducted on the basis of an investment treaty concluded before 1 April 2014 (“investor-State arbitration”).

2. The term “investment treaty” means any bilateral or multilateral treaty, including any treaty commonly referred to as a free trade agreement, economic integration agreement, trade and investment framework or cooperation agreement, or bilateral investment treaty, which contains provisions on the protection of investments or investors and a right for investors to resort to arbitration against contracting parties to that investment treaty.

Article 2. Application of the UNCITRAL Rules on Transparency

Bilateral or multilateral application

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

Unilateral offer of application

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

Applicable version of the UNCITRAL Rules on Transparency

3. Where the UNCITRAL Rules on Transparency apply pursuant to paragraph 1 or 2, the most recent version of those Rules as to which the respondent has not made a reservation pursuant to article 3(2) shall apply.

Article 1(7) of the UNCITRAL Rules on Transparency

4. The final sentence of article 1(7) of the UNCITRAL Rules on Transparency shall not apply to investor-State arbitrations under paragraph 1.

Most favoured nation provision in an investment treaty

5. The Parties to this Convention agree that a claimant may not invoke a most favoured nation provision to seek to apply, or avoid the application of, the UNCITRAL Rules on Transparency under this Convention.

Article 3. Reservations

1. A Party may declare that:

(a) It shall not apply this Convention to investor-State arbitration under a specific investment treaty, identified by title and name of the contracting parties to that investment treaty;

(b) Article 2(1) and (2) shall not apply to investor-State arbitration conducted using a specific set of arbitration rules or procedures other than the UNCITRAL Arbitration Rules, and in which it is a respondent;

(c) Article 2(2) shall not apply in investor-State arbitration in which it is a respondent.

2. In the event of a revision of the UNCITRAL Rules on Transparency, a Party may, within six months of the adoption of such revision, declare that it shall not apply that revised version of the Rules.

3. Parties may make multiple reservations in a single instrument. In such an instrument, each declaration made:

(a) In respect of a specific investment treaty under paragraph (1)(a);

(b) In respect of a specific set of arbitration rules or procedures under paragraph (1)(b);

(c) Under paragraph (1)(c); or

(d) Under paragraph (2);

shall constitute a separate reservation capable of separate withdrawal under article 4(6).

4. No reservations are permitted except those expressly authorized in this article.

Article 4. Formulation of reservations

1. Reservations may be made by a Party at any time, save for a reservation under article 3(2).

2. Reservations made at the time of signature shall be subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval. Such reservations shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the Party concerned.
3. Reservations made at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or accession thereto shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the Party concerned.
4. Except for a reservation made by a Party under article 3(2), which shall take effect immediately upon deposit, a reservation deposited after the entry into force of the Convention for that Party shall take effect twelve months after the date of its deposit.
5. Reservations and their confirmations shall be deposited with the depositary.
6. Any Party that makes a reservation under this Convention may withdraw it at any time. Such withdrawals are to be deposited with the depositary, and shall take effect upon deposit.

Article 5. Application to investor-State arbitrations

This Convention and any reservation, or withdrawal of a reservation, shall apply only to investor-State arbitrations that are commenced after the date when the Convention, reservation, or withdrawal of a reservation, enters into force or takes effect in respect of each Party concerned.

Article 6. Depositary

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary of this Convention.

Article 7. Signature, ratification, acceptance, approval, accession

1. This Convention is open for signature in Port Louis, Mauritius, on 17 March 2015, and thereafter at United Nations Headquarters in New York by any (a) State; or (b) regional economic integration organization that is constituted by States and is a contracting party to an investment treaty.
2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatories to this Convention.

3. This Convention is open for accession by all States or regional economic integration organizations referred to in paragraph 1 which are not signatories as from the date it is open for signature.
4. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession are to be deposited with the depositary.

Article 8. Participation by regional economic integration organizations

1. When depositing an instrument of ratification, acceptance, approval or accession, a regional economic integration organization shall inform the depositary of a specific investment treaty to which it is a contracting party, identified by title and name of the contracting parties to that investment treaty.
2. When the number of Parties is relevant in this Convention, a regional economic integration organization does not count as a Party in addition to its member States which are Parties.

Article 9. Entry into force

1. This Convention shall enter into force six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession.
2. When a State or a regional economic integration organization ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force in respect of that State or regional economic integration organization six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 10. Amendment

1. Any Party may propose an amendment to the present Convention by submitting it to the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to the Parties to this Convention with a request that they indicate whether they favour a conference of Parties for the purpose of considering and voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third of the Parties favour such a

conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations.

2. The conference of Parties shall make every effort to achieve consensus on each amendment. If all efforts at consensus are exhausted and no consensus is reached, the amendment shall, as a last resort, require for its adoption a two-thirds majority vote of the Parties present and voting at the conference.

3. An adopted amendment shall be submitted by the Secretary-General of the United Nations to all the Parties for ratification, acceptance or approval.

4. An adopted amendment enters into force six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval. When an amendment enters into force, it shall be binding on those Parties which have expressed consent to be bound by it.

5. When a State or a regional economic integration organization ratifies, accepts or approves an amendment that has already entered into force, the amendment enters into force in respect of that State or that regional economic integration organization six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.

6. Any State or regional economic integration organization which becomes a Party to the Convention after the entry into force of the amendment shall be considered as a Party to the Convention as amended.

Article 11. Denunciation of this Convention

1. A Party may denounce this Convention at any time by means of a formal notification addressed to the depositary. The denunciation shall take effect twelve months after the notification is received by the depositary.

2. This Convention shall continue to apply to investor-State arbitrations commenced before the denunciation takes effect.

DONE in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized by their respective Governments, have signed the present Convention.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวนภชนก รอดแสง เกิดวันที่ 25 มีนาคม 2534 ที่จังหวัดชุมพร สำเร็จการศึกษา ระดับชั้นมัธยมปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาพัฒนาการ รัชดา ในปีการศึกษา 2551 เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาตรีศาสตรบัณฑิต วิทยาลัยนานาชาติ มหาวิทยาลัยนเรศวร ในปีการศึกษา 2552 และได้เข้าศึกษาต่อในระดับมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต หมวดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2556

