



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หลักนิติธรรมกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

จัดทำโดย ดร. วิลาวรรณ มังคะฉนะกุล
รหัส ๖๒๐๗๓๗

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๗
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล^๑

บทนำ

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement หรือ ISDS) เป็นกลไกภายใต้ความตกลงระหว่างรัฐว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement หรือ IIA) ทั้งในรูปแบบความตกลงทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty หรือ BIT) และข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement หรือ FTA) โดยกลไกดังกล่าวให้สิทธิกับนักลงทุนต่างชาติในการเข้าถึงกระบวนการการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมและเป็นอิสระ โดยเฉพาะเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องร้องรัฐได้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ระหว่างประเทศ ในกรณีที่รัฐทำผิดพันธกรณีบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน อาทิ พันธกรณีเกี่ยวกับการเวนคืน หรือการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศดังกล่าวจะเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ระบุในความตกลงหรือตามคำพิพาททั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน ซึ่งส่วนใหญ่คู่พิพาทจะสามารถเลือกและแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้เอง^๒ และเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว โดยทั่วไปคำชี้ขาดนั้นถือเป็นที่สุด ไม่สามารถอุทธรณ์ได้ ซึ่งหากชี้ขาดว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลง คณะอนุญาโตตุลาการอาจให้รัฐชำระค่าชดเชยให้กับนักลงทุนตามจำนวนที่กำหนด และผู้ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาด (เช่น ศาลในประเทศภาคีของอนุสัญญาที่ยอมรับตามคำชี้ขาด) ทั้งนี้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐถือเป็นช่องทางให้นักลงทุนต่างชาติเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในกรณีที่เห็นว่ารัฐละเมิดสิทธิของตน เพิ่มเติมจากการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศของรัฐนั้น ๆ

ตามสถิติของสำนักเลขาธิการการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development หรือ UNCTAD) ปัจจุบัน มีการทำความตกลง

^๑ ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล สำเร็จการศึกษาระดับนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต (Master of Laws) สาขากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Law) และนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (Doctor of Philosophy in Law) จากมหาวิทยาลัยลอนดอน (University of London) สหราชอาณาจักร ปัจจุบันดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมายกระทรวงการต่างประเทศ และกรรมการสถาบันอนุญาโตตุลาการ

^๒ องค์คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวน ๓ คน โดยรัฐและนักลงทุนที่เป็นคู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ ๑ คน ส่วนอนุญาโตตุลาการอีก ๑ คนซึ่งทำหน้าที่ประธาน มักมาจากการตกลงร่วมกันระหว่างอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่พิพาทหรือมาจากการแต่งตั้งโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจแต่งตั้ง (Appointing Authority)

ว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศทั่วโลก ๓,๓๑๙ ฉบับ มีผลใช้บังคับ ๒,๖๕๙ ฉบับ^๓ ซึ่งอย่างน้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของความตกลงทั้งหมดมีข้อบทเรื่องกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ นอกจากนี้สถิติของ UNCTAD ระบุว่า ที่ผ่านมาได้มีการฟ้องร้องรัฐภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐแล้วไม่ต่ำกว่า ๙๔๒ คดีทั่วโลก โดยมีคดีที่ยังดำเนินอยู่ไม่ต่ำกว่า ๓๓๒ คดี^๔ ทั้งนี้ ประเทศไทยถือว่าเป็นหนึ่งในประเทศที่ดำเนินนโยบายเชิงรุกด้านการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยใช้เป็นทั้งเครื่องมือในการดึงดูดและส่งเสริมการลงทุนที่มีคุณภาพและความรับผิดชอบเพื่อช่วยในการพัฒนาประเทศ และเป็นทั้งเครื่องมือในการคุ้มครองนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศซึ่งมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ปัจจุบัน ประเทศไทยมีความตกลงทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลใช้บังคับแล้ว ๓๖ ฉบับ และความตกลงการค้าเสรีที่มีข้อบทเรื่องการลงทุนรวมอยู่ด้วย ๘ ฉบับ อนึ่ง ถึงแม้ประเทศไทยจะมีความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจำนวนไม่น้อย แต่ที่ผ่านมา ประเทศไทยมีประสบการณ์การใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศไม่มากนัก^๕

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐถือว่าเป็นหนึ่งในลักษณะเด่นของความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม จำนวนความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศและคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เพิ่มขึ้นอย่างมากได้นำมาซึ่งเสียงวิพากษ์วิจารณ์และการถกเถียงอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับประโยชน์ ความชอบธรรม รวมถึงการตั้งคำถามในแง่หลักนิติธรรมของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐอันเนื่องมาจากโครงสร้างของกลไกที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องร้องรัฐได้เพียงฝ่ายเดียว ขณะที่รัฐมีสิทธิเพียงต่อสู้คดี (Defense) และอาจมีสิทธิอย่างจำกัดที่จะฟ้องแย้ง (Counterclaim) เพียงในบางกรณี โดยอยู่บนพื้นฐานของการให้ความคุ้มครองการลงทุนต่างชาติที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ (ที่กำหนดในความตกลงนั้น ๆ) ซึ่งส่งผลในทางปฏิบัติให้นักลงทุนต่างชาติอาจได้รับการคุ้มครองมากกว่าคนชาติของรัฐเอง จึงเกิดเป็นคำถามในเรื่องอธิปไตยของรัฐ ตลอดจนคำถามในเรื่องการจำกัดสิทธิและการใช้อำนาจบริหารของรัฐในการกำหนดกฎเกณฑ์และนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะ อาทิ ด้านการรักษาสิ่งแวดล้อมหรือสิทธิมนุษยชน ที่อาจได้รับผลกระทบจากกลไกดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้วิจารณ์บางส่วนเห็นว่าโครงสร้างของกลไกที่ให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิฟ้องร้องรัฐเพียงฝ่ายเดียวเป็นโครงสร้างที่ขาดความสมดุลและไม่ได้คำนึงถึงผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอื่น ๆ อีกทั้งยังมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับภาพลักษณ์ด้านแนวโน้มการตัดสินคดีที่มักถูกมองว่าเอื้อประโยชน์ต่อนักลงทุน

^๓ <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA> สถานะเดือนเมษายน ๒๕๖๒

^๔ <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS> สถานะเดือนเมษายน ๒๕๖๒

^๕ มี ๒ คดี ได้แก่ (๑) คดี Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand ที่รัฐบาลไทยถูกบริษัท Walter Bau ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมัน ฟ้องร้องภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับเยอรมนี กรณีโครงการทางด่วนดอนเมืองโทลเวย์ เมื่อปี ๒๕๔๘ และ (๒) คดี Kingsgate Consolidated Ltd. v. The Kingdom of Thailand ซึ่งรัฐบาลไทยถูกบริษัท Kingsgate Consolidated Ltd ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติออสเตรเลียฟ้องร้องภายใต้ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย กรณีเหมืองแร่ทองคำของบริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) เมื่อปี ๒๕๕๙

มากกว่า อย่างไรก็ตาม ข้อวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวมักละเลยที่จะอภิปรายอย่างถี่ถ้วนเกี่ยวกับประโยชน์และ วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศและกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุน กับรัฐ ในฐานะที่เป็นการสร้างกรอบทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการลงทุนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมให้แก่นักลงทุนต่างชาติในกรณีที่รัฐไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ ความตกลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการลงทุนในประเทศที่หลักนิติธรรมขาดความเข้มแข็ง กฎหมาย ภายในประเทศด้านการคุ้มครองการลงทุนต่างชาติยังไม่ได้มาตรฐานหรือไม่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเพียงพอ การมีความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศและ กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจึงเป็นการช่วยสร้างพื้นฐานทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งจำเป็น ในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศอันจะมีส่วนส่งเสริมเป้าหมายด้านการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุน ในขณะที่เดียวกัน หลักนิติธรรมก็เป็นหลักการชี้แนะ (Guiding Principle) สำคัญเพื่อให้การใช้กลไกการระงับ ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีความเป็นธรรมอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ

บทความฉบับนี้จึงมีความมุ่งหมายสองประการ กล่าวคือ ประการแรกเพื่อวิเคราะห์เกี่ยวกับกลไก การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจากมุมมองของหลักนิติธรรม และประการที่สองคือเพื่อนำแนวคิด เรื่องหลักนิติธรรมมาใช้ในการพิจารณาข้อเสนอแนะสำหรับการปรับปรุงหรือปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาท ระหว่างนักลงทุนกับรัฐเพื่อสร้างจุดสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองและการประกันการเข้าถึงระบบ ยุติธรรมแก่นักลงทุนต่างชาติกับการรักษาพื้นที่เชิงนโยบายสำหรับรัฐในการออกกฎเกณฑ์และมาตรการ ต่าง ๆ เพื่อความมุ่งประสงค์ของสาธารณะ

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจากมุมมองของหลักนิติธรรม

นิยามของหลักนิติธรรมที่ใช้เป็นปทัสฐาน

โดยที่ความตกลงระหว่างรัฐว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย ระหว่างประเทศ ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในที่นี้จึงควรต้องเป็นไปตามปทัสฐานที่มีความเป็นสากล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่านิยามของหลักนิติธรรมโดย Lord Bingham อธิบดีประธานศาลฎีกาของสหราชอาณาจักร^๖ และนิยามที่ระบุในรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๒ เรื่อง *Delivering Justice*:

^๖ Tom Bingham, *The Rule of Law* (Allen Lane, Penguin Press, 2010) โดยในข้อเขียนดังกล่าว Lord Bingham ได้อธิบาย ความหมายของหลักนิติธรรมว่าหมายถึง “หลักการที่กำหนดให้บุคคลทุกคนและองค์กรทุกองค์กรในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรภาครัฐหรือ ภาคเอกชนจะต้องผูกพันและได้รับประโยชน์จากกฎหมายของรัฐ ซึ่งมีการจัดทำอย่างเปิดเผย เป็นกฎหมายที่โดยทั่วไปแล้ว มีผลใช้บังคับ ในอนาคต และเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยศาล” นอกจากนี้ ยังได้อธิบายองค์ประกอบ (ingredients) ของหลักนิติธรรมไว้ด้วยว่า มี ๘ ประการ ได้แก่ (๑) กฎหมายต้องเข้าถึงได้ ชัดเจน และคาดการณ์ได้ (accessible, clear and predictable) (๒) ปัญหาว่าด้วยสิทธิและ ความรับผิดชอบตามกฎหมายต้องแก้ด้วยการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ใช่ดุลพินิจ (๓) กฎหมายต้องใช้บังคับกับบุคคลทั้งหมดอย่างเท่าเทียมกัน ยกเว้นในกรณีที่มีเหตุผลชอบธรรมเพียงพอสำหรับการใช้บังคับที่แตกต่างกัน (๔) บรรดารัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจ ภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้รับมอบอย่างเป็นเหตุเป็นผล โดยไม่ละเมิดข้อจำกัดนั้น (๕) กฎหมายต้องให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้น พื้นฐานอย่างเพียงพอ (๖) กฎหมายต้องมีช่องทางและกระบวนการระงับข้อพิพาทเพื่อแก้ไขความขัดแย้ง (๗) กระบวนการยุติธรรมต้องมีความเป็นธรรม และ (๘) รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ

Programme of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels^{๑๓} และที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญ ครั้งที่ ๖๗ ได้รับทราบ^{๑๔} ซึ่งเป็นนิยามที่ได้รับการอ้างอิงอย่างกว้างขวาง น่าจะมีความเหมาะสมในบริบทนี้ โดยรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติที่กล่าวถึงข้างต้นระบุว่าหลักนิติธรรมตามนิยามของสหประชาชาติหมายถึง

“หลักการของระบบอภิปาลซึ่งบุคคล สถาบันและองค์กรทั้งปวง ไม่ว่าจะของรัฐหรือเอกชน รวมถึงรัฐเอง จะต้องมีการรับผิดชอบต่อกฎหมายที่ได้ประกาศใช้เป็นการสาธารณะ มีการบังคับใช้อย่างเท่าเทียมกัน และมีการวินิจฉัยอย่างเป็นอิสระ ตลอดจนสอดคล้องกับบรรทัดฐานและมาตรฐานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ หลักนิติธรรมยังจำเป็นต้องมีมาตรการเพื่อประกันการยึดมั่นในหลักการกฎหมายเป็นใหญ่ ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ภาระรับผิดชอบต่อกฎหมาย ความเป็นธรรมในการใช้บังคับกฎหมาย การแบ่งแยกอำนาจ การมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ ความแน่นอนทางกฎหมาย การหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ และความโปร่งใสทางกฎหมายและกระบวนการ”^{๑๕}

คำถามสำคัญจึงอยู่ที่ประเด็นว่า ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งให้การคุ้มครองที่เฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนต่างชาติสะท้อนและสอดคล้องกับแนวคิดของหลักนิติธรรมตามคำนิยามข้างต้น รวมถึงหลักการความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือไม่ และการให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเป็นส่วนหนึ่งและสอดคล้องกับหลักนิติธรรมหรือไม่ อย่างไร

หลักนิติธรรมกับความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ

ในประเด็นแรกว่าความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่นั้น อาจเริ่มพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการทำความตกลงดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไป การจัดทำความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างชาติ (และบางครั้ง

^{๑๓} *Delivering Justice: Programme of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels, Report of the Secretary General, UN Doc A/66/749 (2012)* ซึ่งสามารถสืบค้นได้ที่ https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/749

^{๑๔} ข้อมติสมัชชาแห่งสหประชาชาติ ในการประชุมสมัยสามัญ ครั้งที่ ๖๗ ที่ A/RES/67/1 เมื่อวันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๕ *Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels* ซึ่งสามารถสืบค้นได้ที่ <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>

^{๑๕} วรรค ๒ ของรายงานที่อ้างอิงข้างต้นระบุว่า สหประชาชาติกำหนดนิยามของหลักนิติธรรม “as a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.”

อาจรวมถึงการเปิดเสรีด้านการลงทุน) เพื่อความมุ่งหมายที่จะนำไปสู่การสร้างเสริมความสัมพันธ์ทางการเมืองและเศรษฐกิจระหว่างรัฐคู่ภาคีให้มีความเข้มแข็งและใกล้ชิดยิ่งขึ้น ซึ่งในระยะยาวจะนำไปสู่การส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาของรัฐภาคีโดยรวมในที่สุด^{๑๐} โดยจะเห็นได้ว่าเป้าหมายดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดอันเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางที่ว่าหลักนิติธรรมเป็นปัจจัยสำคัญที่เกื้อหนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนา^{๑๑}

ในแง่ความสอดคล้องโดยตรง ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งเป็นการสร้างกรอบทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองการลงทุนต่างชาติจึงสอดคล้องกับหลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นการให้ความคุ้มครองต่อการกระทำของรัฐที่อาจขาดความชอบธรรม และในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน การมีความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศยังเป็นการช่วยลดความเสี่ยงทางการเมืองในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนกับรัฐซึ่ง (หากปราศจากความตกลง) จะมีอำนาจโดยสมบูรณ์เกี่ยวกับกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน การมีกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจึงเป็นกลไกในการประกันให้เกิดการควบคุมการกระทำของรัฐให้สอดคล้องกับความตกลงในรูปแบบของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่เป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของบุคคลต่างชาติ หรือกรณีที่แม้รัฐผู้รับจะไม่ได้จำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมสำหรับบุคคลต่างชาติ แต่หลักนิติธรรมภายในอาจขาดความเข้มแข็ง ทำให้กระบวนการยุติธรรมขาดความเป็นอิสระและความเป็นกลางจากรัฐอย่างแท้จริงหรือไร้ซึ่งประสิทธิภาพ ในกรณีเหล่านี้ กลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศจะเป็นกลไกเสริมที่ช่วยแก้ปัญหาที่นักลงทุนต่างชาติอาจต้องประสบในเชิงของระบบธรรมาภิบาลและหลักนิติธรรมภายในของรัฐผู้รับได้ ทั้งในแง่กระบวนการและในแง่เนื้อหาสาระกล่าวคือการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่มีมาตรฐาน^{๑๒}

ขอบเขตและเนื้อหาของการให้ความคุ้มครองภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละความตกลง ทั้งนี้ หลักการสำคัญที่เป็นพื้นฐานในความตกลงโดยทั่วไปมักรวมถึง การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment) การให้ความคุ้มครองและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน (Expropriation and Compensation) การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) และการให้ความคุ้มครองอย่างเต็มที่ (Full Protection) ซึ่งแม้หลักการดังกล่าวจะเป็นการให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง แต่ก็ไม่ใช่ทั้งหมดที่จะอยู่

^{๑๐} Jesward Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, 2010)

^{๑๑} อาทิ ในวรรค ๗ ของข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่อ้างไว้ใน ๘ ข้างต้น หรือบทความเรื่อง *The Rule of Law as a Factor of Economic Development* โดย A.G. Lisitsyn-Svetlanov, A.V. Mal'ko และ S.F. Afanas'ev ซึ่งตีพิมพ์ในวารสาร Herald of the Russian Academy of Sciences, 2018, Vol. 88 (Pleiades Publishing, Ltd., 2018)

^{๑๒} Stephen W. Schill, *International Investment Law and the Rule of Law*, (Amsterdam Center for International Law Working Paper, 2017)

ภายใต้ขอบเขตของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ^{๑๓} โดยในที่นี้ ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่าง เรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองมาตรฐานที่มีอยู่ในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับและเป็นหนึ่งในประเด็นที่ถูกยกมาอ้างเป็นพื้นฐานในการฟ้องร้องในกระบวนการการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมากที่สุด^{๑๔} โดยแม้ว่าถ้อยคำในข้อบทเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมจะแตกต่างกันไปในแต่ละความตกลง และขอบเขตที่ชัดเจนของข้อบทเรื่องนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงอยู่ แต่ก็กล่าวได้ว่าหลักการอันได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวคิดพื้นฐานของการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่นักลงทุนต่างชาตินั้นมีรากฐานมาจากองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม โดยเฉพาะเรื่องความเท่าเทียมภายใต้กฎหมาย และหลักกระบวนการอันชอบธรรมตามกฎหมาย (Due Process of Law) ซึ่งรวมถึงการต้องไม่ปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Denial of Justice)^{๑๕} ด้วย

นอกจากนี้ ยังมีงานวิชาการไม่น้อยที่กล่าวถึงความสอดคล้องในทางอ้อมระหว่างความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศกับหลักนิติธรรม โดยมีทั้งที่เห็นว่าประเทศกำลังพัฒนาใช้ความตกลงว่าด้วยการค้าและการลงทุนเป็นเครื่องมือหรือกลไกในการยกระดับสิทธิมนุษยชนและธำรงหลักประชาธิปไตยในประเทศ^{๑๖} ขณะที่งานวิชาการบางชิ้นเห็นว่าความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศสามารถมีส่วนเสริมสร้างความผาสุกของสังคมได้โดยควบคู่ไปกับการมีกับสภาพแวดล้อมทางการเมืองที่มั่นคงและการเคารพสิทธิมนุษยชน อีกทั้งการเผชิญความเสี่ยงจากกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐยังเป็นการเพิ่มแรงจูงใจสำหรับรัฐในการปรับปรุงกฎหมายและแนวปฏิบัติภายในเพื่อหลีกเลี่ยงข้อพิพาทในอนาคต ซึ่งจะช่วยส่งเสริมความแน่นอนและความคาดการณ์ได้ของกรอบกฎหมายอันเป็นความมุ่งประสงค์ดั้งเดิมของความตกลงว่าด้วยการลงทุน^{๑๗} นอกจากนี้ คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนอาจมีส่วนส่งเสริมและต่อยอดจากหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรมภายในประเทศได้โดยการอ้างอิงคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลอื่น ๆ

^{๑๓} การกำหนดให้ข้อบทใดหรือความคุ้มครองใดสามารถนำมาใช้อ้างเป็นพื้นฐานในการฟ้องร้องภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้นั้นจะขึ้นอยู่กับรัฐที่ผู้เจรจาความตกลงจะตกลงกัน

^{๑๔} August Reinisch, *Standards of Investment Protection* (Oxford University Press, 2008)

^{๑๕} อาทิจ Stephen W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, (Institute for International Law and Justice Working Paper, 2006)

^{๑๖} อาทิจ Jon C. Pevehouse, *Democracy From Above: Regional Organizations And Democratization* (Cambridge University Press., 2005); Emilie M. Hafner-Burton, *Trading Human Rights: How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression* สามารถสืบค้นได้ที่ https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/BAF0F89BFF640874AB50E6AB55EB966D/S0020818305050216a.pdf/trading_human_rights_how_preferential_trade_agreements_influence_government_repression.pdf

^{๑๗} United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* ซึ่งสามารถสืบค้นได้ที่ http://unctad.org/en/Docs/iteiia20073_en.pdf

ในการตีความความตกลงที่เป็นประเด็นพิพาท^{๑๘๘} อาทิ ศาลด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งสะท้อนให้เห็นข้อเท็จจริงว่าขอบเขตของสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนมีความทับซ้อนอย่างมีนัยสำคัญกับสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และในบางกรณี ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำอันไม่ชอบธรรมของรัฐต่อนักลงทุนต่างชาติก็อาจเป็นประเด็นพิพาทได้ทั้งในศาลสิทธิมนุษยชนและกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการลงทุน^{๑๘๙}

จากเหตุผลข้างต้น จึงกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน รวมถึงการมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ มีความสอดคล้องและมีส่วนเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับหลักนิติธรรมทั้งระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนทั้งวัตถุประสงค์ทางตรง ทางอ้อม และวัตถุประสงค์ในระยะยาว ยังสอดคล้องและเกื้อหนุนหลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นปัจจัยส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ตลอดจนการพัฒนาที่ยั่งยืนของสังคมโดยรวม

สำหรับประเด็นเรื่องความชอบธรรมของการให้ความคุ้มครองที่เฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนต่างชาติที่อาจมากกว่าความคุ้มครองที่ให้กับนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตนนั้น ส่วนหนึ่งอาจอธิบายได้ว่าการให้ความคุ้มครองดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศซึ่งรัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการเจรจาและยินยอมที่จะผูกพันตามพันธกรณี ดังนั้น การที่รัฐละเมิดสิทธิของนักลงทุนต่างชาติที่พึงได้รับความคุ้มครองจึงเท่ากับเป็นการละเมิดสิทธิของรัฐเจ้าบ้านของนักลงทุนที่เป็นภาคีความตกลงด้วย^{๑๙๐} และในทางตรงกันข้าม นักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐนั้นก็จะได้รับสิทธิและความคุ้มครองอย่างเดียวกันจากรัฐคู่ภาคีเช่นเดียวกัน ซึ่งประเด็นนี้ยังสามารถนำมาใช้อธิบายเกี่ยวกับคำถามเรื่องอธิปไตยและการจำกัดสิทธิและการใช้อำนาจบริหารของรัฐในการกำหนดกฎเกณฑ์และนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยแม้รัฐอาจต้องสละอธิปไตยส่วนหนึ่งจริง แต่ก็เป็นการกระทำบนพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการเจรจาและยินยอมที่จะผูกพันตามพันธกรณี (เช่นเดียวกับในการเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะมีความตกลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สิทธิแรงงานหรือสิ่งแวดล้อม

^{๑๘๘} Charles N. Brower & Sadie Blanchard, *What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States* (Columbia Journal of Transnational Law Volume 52) ได้ยกตัวอย่างกรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนสัญชาติสหรัฐฯ กับสาธารณรัฐเช็กภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างสหรัฐฯ กับสาธารณรัฐเช็กเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ในคดี *Lauder v. Czech Republic* ซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการครั้งดังกล่าวได้อ้างอิงคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อม

^{๑๘๙} อาทิ ในคดีระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัทน้ำมัน Yukos กับรัสเซีย ซึ่งในคดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ผู้ถือหุ้นของบริษัท Yukos ได้กล่าวหาว่ารัสเซียละเมิดอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปโดยการเวนคืนกิจการโดยผิดกฎหมายรวมถึงการโอนเป็นของรัฐ การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นของบริษัท Yukos ยังได้ริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาภาคีพลังงาน (Energy Charter Treaty) ด้วยข้อหาที่ใกล้เคียงกัน ทั้งนี้ สามารถสืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ *Oao Neftyanaya Kompaniya v. The Russian Federation*, Judgment, Eur. Ct. H.R. No. 14902/04 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106308>.) และ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (<http://pca-cpa.org/en/cases/61/>)

^{๑๙๐} เป็นแนวคิดที่ปรากฏใน *Chorzow Factory Case (Germany v Poland)* (1928), PCIJ Reports (set A), No 17

ซึ่งการที่รัฐแสดงความยินยอมที่จะผูกพันตามพันธกรณียอมเท่ากับรัฐได้สละอธิปไตยของตนส่วนหนึ่งเท่าที่ได้ยินยอมที่จะผูกพันทำตามพันธกรณีภายใต้ในความตกลงนั้น) ซึ่งในกรณีของความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ ความมุ่งหมายของการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐภายใต้ความตกลงไม่ใช่เป็นไปเพื่อให้สิทธิหรือความคุ้มครองพิเศษแก่นักลงทุนต่างชาติ แต่เป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติจากการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่เป็นการเลือกปฏิบัติและปราศจากเหตุผล ภายใต้ขอบเขตที่รัฐได้ยินยอมที่จะผูกพันตามพันธกรณี ซึ่งเป็นความคุ้มครองที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ทั่วโลกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐนั้นมีโครงสร้างและรายละเอียดที่แตกต่างจากศาลยุติธรรมทั้งภายในและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องของบุคคลที่ทำหน้าวินิจฉัยข้อพิพาท การประกันว่าการนำกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐไปใช้ในทางปฏิบัติจะเป็นไปอย่างมีความชอบธรรม เป็นธรรม สอดคล้องตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของรัฐในการจัดทำความตกลง จึงเป็นเรื่องที่มีความท้าทายอย่างยิ่ง ซึ่งจะกล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

หลักนิติธรรมกับการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

หลักนิติธรรมไม่ได้มีความสำคัญเฉพาะในการใช้อธิบายโครงสร้างหรือวัตถุประสงค์ของการมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเท่านั้น แต่ยังมีความสำคัญในฐานะบรรทัดฐานและหลักการชี้แนะสำหรับการนำกลไกดังกล่าวไปใช้ในทางปฏิบัติให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแท้จริง ดังที่ได้กล่าวแล้วในตอนต้นของบทความนี้ว่า การเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมากโดยเฉพาะภายในช่วงไม่กี่ปีสองทศวรรษที่ผ่านมาของทั้งความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศและคดีอนุญาโตตุลาการบนพื้นฐานของความตกลงดังกล่าว ซึ่งในหลายกรณีได้นำไปสู่คำสั่งให้รัฐผู้รับการลงทุนที่ถูกวินิจฉัยว่าละเมิดพันธกรณีต้องชดเชยค่าเสียหายแก่นักลงทุนเป็นมูลค่ามหาศาล ได้ก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์และการตั้งคำถามต่อความชอบธรรม รวมถึงกระแสเรียกร้องอย่างกว้างขวางให้มีการทบทวนและปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในหลากหลายเวที ไม่ว่าจะเป็นความพยายามของประเทศต่าง ๆ เอง หรือความพยายามร่วมกันในระดับภูมิภาคและระดับพหุภาคี ซึ่งรวมถึงการพิจารณายกเลิกการมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยสิ้นเชิง อย่างไรก็ตาม ได้ชี้ให้เห็นข้างต้นแล้วว่าความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยตัวของมันเองไม่ได้ขัดแย้งกับหลักนิติธรรม แต่เป็นสิ่งที่สอดคล้องและมีส่วนเกื้อหนุนหลักนิติธรรมทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกัน การใช้กลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะมีความชอบธรรมได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามบรรทัดฐานหรือมาตรฐานตามหลักนิติธรรมเท่านั้น บทความส่วนนี้จึงจะกล่าวถึงการใช้หลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นบรรทัดฐานและหลักการชี้แนะสำหรับการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ เพื่อแก้ไขปัญหาความท้าทายต่าง ๆ ในระบบปัจจุบันให้เกิดความชอบธรรมและเป็นธรรมอย่างแท้จริง

การหารือในกรอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ถือได้ว่าเป็นเวที

หรือเกี่ยวกับการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ครอบคลุมและกว้างขวางที่สุด โดยเฉพาะในแง่ประเทศที่เข้าร่วมในกระบวนการ โดย UNCITRAL ได้มอบหมายให้คณะทำงานที่สาม (Working Group III) พิจารณาเรื่องนี้^{๒๑} และคณะทำงานที่สามของ UNCITRAL ได้แบ่งกลุ่มข้อกังวลหรือปัญหาเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในปัจจุบันออกเป็นสามกลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มที่หนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้อง (Inconsistency) และความไม่ถูกต้องของคำชี้ขาด (Award) ของศาลอนุญาโตตุลาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นปัญหาในเชิงคุณภาพของคำชี้ขาด กลุ่มที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) โดยเฉพาะประเด็นการสวมหมวกหลายใบ (Double-hatting) อาทิ กรณีของบุคคลที่รับทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในคดีหนึ่งและเป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญให้กับคู่พิพาทอีกคดีหนึ่ง ซึ่งอาจมีประเด็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนหรือผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of Interest) และกลุ่มที่สาม ปัญหาในเชิงกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีค่าใช้จ่ายสูง และใช้เวลานาน รวมถึงประเด็นเช่นเรื่องการสนับสนุนค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยบุคคลที่สาม (Third-party Funding)^{๒๒} ที่อาจส่งผลกระทบต่อความโปร่งใส ค่าใช้จ่ายและกระบวนการโดยรวม

สำหรับปัญหากลุ่มแรกเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องและความไม่ถูกต้องของคำชี้ขาดนั้น เป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อความแน่นอนและความคาดการณ์ได้ทางกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม การแก้ไขปัญหานี้จึงสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและช่วยส่งเสริมความชอบธรรมของระบบปัจจุบัน ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าปัญหาความไม่สอดคล้องในคำชี้ขาดหรือการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีเนื้อหาใกล้เคียงกันนั้นอาจมีทั้งความไม่สอดคล้องที่สามารถอธิบายได้ (เช่น อาจเกิดจากความแตกต่างในสาระและถ้อยคำของความตกลงแต่ละฉบับหรือรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันไปในแต่ละกรณี) และความไม่สอดคล้องที่ไม่สามารถอธิบายได้ (เช่น อาจเกิดจากการที่ศาลอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตีความข้อบทเดียวกันในความตกลงฉบับเดียวกันแตกต่างกัน) นอกจากนี้ ความถูกต้องของคำชี้ขาดจะต้องเป็นเงื่อนไขแรกเสมอ กล่าวคือความสอดคล้องของคำชี้ขาดจะเกิดขึ้นโดยปราศจากความถูกต้องมิได้ ข้อเสนอแนะทางการแก้ไขที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม เช่น การมีกลไกการตีความร่วม (Joint Interpretation Mechanism) ระหว่างรัฐภาคีของความตกลงโดยให้การตีความนั้นมีผลผูกพันองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการมีกลไกการตีความร่วมจะช่วยให้การตีความข้อบทของความตกลงเป็นไปโดยสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐภาคีและช่วยเพิ่มความแน่นอนและความคาดการณ์ได้ให้กับการตีความ หรืออาจพิจารณามีกลไกทบทวนหรือตรวจสอบคำชี้ขาด เป็นต้น

ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งเช่นกันในการทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีความเป็นธรรมและสอดคล้องกับหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง เนื่องจากเป็นผู้ตีความข้อบทของความตกลงและวินิจฉัยข้อพิพาทเพื่อนำไปสู่ผลลัพธ์ในทางปฏิบัติซึ่งได้แก่คำชี้ขาด ดังนั้น

^{๒๑} สามารถสืบค้นรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

^{๒๒} โดยที่ประเด็นนี้เป็นเรื่องค่อนข้างใหม่จึงยังไม่มีค่านิยมที่เป็นมาตรฐานชัดเจน โดยทั่วไปหมายถึงการมีส่วนสนับสนุนค่าใช้จ่ายให้แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม (ซึ่งในที่นี้คือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ) โดยบุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่พิพาทโดยตรงในกระบวนการยุติธรรมนั้น

อนุญาโตตุลาการจึงไม่เพียงต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถเป็นที่ประจักษ์ในด้านกฎหมายและเรื่องที่เป็นประเด็นพิพาทเท่านั้น แต่ยังต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระ เที่ยงธรรมและเป็นธรรมอย่างแท้จริง และต้องมีความรับผิดชอบ (Accountability) ต่อผลการพิจารณาของตน โดยเฉพาะในระบบอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการลงทุนในปัจจุบันที่คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและไม่สามารถอุทธรณ์ได้^{๒๓} ข้อเสนอแนะทางแก้ไข เช่น การจัดทำประมวลจรรยาบรรณหรือประมวลจริยธรรม (Code of Conduct หรือ Code of Ethics) สำหรับอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ การจัดทำรายชื่ออนุญาโตตุลาการสำหรับให้คู่พิพาทเลือกจากรายชื่อดังกล่าวโดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความหลากหลายและเงื่อนไขอื่น ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการเลือกกลุ่มคนเดิม ๆ ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะเกิดปัญหาผลประโยชน์ทับซ้อนหรือระบบเกื้อหนุนที่จะกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลาง หรือการให้มีกลไกทบทวนคำชี้ขาด เป็นต้น

ส่วนประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ยาวนานของกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็มีความเกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากเกี่ยวข้องโดยตรงกับความสามารถในการเข้าถึงช่องทางและกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม ข้อเสนอแนะทางแก้ไขที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม อาทิ การแบ่งปันและร่วมกันพัฒนาแนวปฏิบัติที่ดีในการป้องกันการเกิดข้อพิพาท (Dispute Prevention) การส่งเสริมกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลหรือการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) เช่น การไกล่เกลี่ย การจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการลงทุน เพื่อเน้นให้ความช่วยเหลือและการสนับสนุนทางกฎหมายแก่ประเทศกำลังพัฒนา เป็นต้น นอกจากนี้ การส่งเสริมความโปร่งใสของกระบวนการรวมถึงการวางกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการสนับสนุนค่าใช้จ่ายโดยบุคคลที่สาม ตลอดจนการพิจารณาเรื่องความร่วมมือร่วมของบุคคลที่สามก็เป็นประเด็นสำคัญจากแง่มุมของหลักนิติธรรมเช่นกัน

ปัญหาและข้อเสนอแนะทางแก้ไขต่าง ๆ ที่หยิบยกมาข้างต้นเป็นปัญหาที่จำเป็นต้องมีการหารือและถกเถียงอย่างถี่ถ้วน ซึ่งเห็นได้ชัดว่าหลักนิติธรรมเป็นบรรทัดฐานและหลักการชี้ว่าที่ขาดไม่ได้ในกระบวนการปฏิรูปที่ดำเนินอยู่ในเวทีต่าง ๆ เพื่อสามารถนำไปสู่ผลลัพธ์ที่เป็นที่ยอมรับว่ามีความชอบธรรมอย่างแท้จริง โดยรัฐสามารถนำหลักนิติธรรมมาใช้ตั้งแต่ในขั้นตอนการเจรจาความตกลง เพื่อให้ได้ความตกลงที่สะท้อนสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนกับประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ และสิทธิของรัฐในการกำหนดนโยบายเพื่อสาธารณะ และเพื่อให้ได้ข้อบทที่มีความรัดกุมเพียงพอซึ่งจะช่วยเพิ่มความแน่นอนและคาดการณ์ได้ และลดการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการ ในฐานะผู้นำความตกลงไปตีความและใช้ให้เกิดเป็นผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติ จะต้องนำหลักนิติธรรมไปใช้ในการดำเนินกระบวนการและการพิจารณาคดีในทุก

^{๒๓} กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement Investment Disputes between States and Nationals of Other States หรือ ICSID) อนุญาโตให้มีการยื่นคำร้องให้ คำชี้ขาดเป็นโมฆะ (annulment) แต่ก้อย่างจำกัดเฉพาะในกรณีที่มีการทำผิดกฎข้อบังคับเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการ แต่ไม่สามารถอุทธรณ์ในส่วนเนื้อหาของคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ สามารถสืบค้นข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่

ขั้นตอนรวมถึงในการตีความความตกลง เพื่อประกันว่ากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีความชอบธรรมและเป็นธรรม เป็นไปเพื่อประโยชน์โดยรวมของสาธารณะอย่างแท้จริง

การดำเนินการและข้อเสนอของประเทศไทยในบริบทของการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ประเทศไทย โดยกระทรวงการต่างประเทศและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง^{๒๔} มีบทบาทอย่างแข็งขันในกระบวนการหารือเพื่อปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยเฉพาะในกรอบคณะทำงานที่สามของ UNCITRAL ซึ่งประเทศไทยได้มีข้อเสนอแนะแนวทางการปฏิรูป^{๒๕} ที่สำคัญ โดยให้ความสำคัญกับหลักความเป็นสากลและความยืดหยุ่น (Universality and Versatility) การสร้างพื้นฐานเพื่อสานต่อในอนาคต (“Building Blocks” for the Future) และการมุ่งเน้นการป้องกันมากกว่าการฟ้องร้อง (Prevention rather than Litigation) โดยมีข้อเสนอที่สำคัญ ดังนี้

- การมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ที่ใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยเฉพาะ เนื่องจาก UNCITRAL Arbitration Rules ในปัจจุบันเป็นชุดของข้อบังคับที่จัดทำขึ้นเพื่อใช้กับอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์เป็นการทั่วไปทั้งระหว่างเอกชนด้วยกันและระหว่างรัฐกับเอกชน การมีชุดของข้อบังคับที่ใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเป็นการเฉพาะจะสามารถแก้ไขข้อห่วงกังวลและความท้าทายต่าง ๆ รวมถึงสามารถตอบสนองความจำเป็นของรัฐในการสงวนสิทธิในการกำหนดและดำเนินนโยบายเพื่อสาธารณะได้ เช่น โดยการให้ชุดของข้อบังคับที่จะจัดทำขึ้นใหม่ครอบคลุมถึงการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ Third-party Funding การให้มีประมวลจรรยาบรรณสำหรับผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ การให้มีกฎเกณฑ์ที่รองรับกลไกการตีความร่วม (Joint Interpretation Mechanism) และกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ (อาทิ การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท) เป็นต้น

- การมีแนวทางชี้แนะเกี่ยวกับการป้องกันการเกิดข้อพิพาท (Guidelines on Dispute Prevention) ซึ่งเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการจัดการและแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นต่อ โดยอาจเริ่มตั้งแต่ระยะการเจรจา การส่งเสริมให้เกิดการพูดคุยหารือตั้งแต่ช่วงที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดข้อพิพาท การสนับสนุนให้ใช้กลไกภายในประเทศ และการส่งเสริมให้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก

- การจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (Advisory Centre on International Investment Law) เพื่อให้บริการช่วยเหลือและสนับสนุนรัฐ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาในการรับมือกับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและประหยัด

^{๒๔} ได้แก่ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กระทรวงยุติธรรม กระทรวงพาณิชย์ และสถาบันอนุญาโตตุลาการ

^{๒๕} เอกสารที่ไทยยื่นสำหรับการประชุม ครั้งที่ ๓๗ ระหว่างวันที่ ๑ - ๕ เมษายน ๒๕๖๒ ที่สำนักงานใหญ่สหประชาชาติ ณ นครนิวยอร์ก สามารถสืบค้นได้ที่ <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>

ค่าใช้จ่าย โดยอาจให้บริการที่ครอบคลุมตั้งแต่การสร้างเสริมศักยภาพแก่บุคลากรภายในประเทศจนถึงการให้คำปรึกษาทางกฎหมายเมื่อเกิดข้อพิพาท

- การมีข้อบทตัวอย่าง (Model Clauses) สำหรับประเด็นต่าง ๆ ในความตกลงว่าด้วยการลงทุน เพื่อรัฐสามารถยกร่างข้อบทที่มีความชัดเจน โปร่งใส สอดคล้องกับเจตนารมณ์และแนวนโยบายโดยรวมของรัฐ ตลอดจนสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักการอื่น ๆ ตามมาตรฐานสากล เพื่อนำไปใช้ในการยกร่างและเจรจาความตกลงว่าด้วยการลงทุนต่อไป

นอกจากข้อเสนอเกี่ยวกับแนวทางการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในกรอบการหารือระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ในระดับภายในประเทศ กระทรวงการต่างประเทศยังได้ร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการจัดตั้ง “คณะกรรมการด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ”^{๒๖} เป็นกลไกกลางที่ทำหน้าที่กำกับดูแลภาพรวมนโยบายและทำที่การเจรจาด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ รวมทั้งติดตามการปฏิบัติตามความตกลงที่ประเทศไทยเป็นภาคี โดยเป็นการสนับสนุนส่วนราชการที่เกี่ยวข้องให้มีความเข้าใจยิ่งขึ้นเกี่ยวกับพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศ และปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศได้ ซึ่งจะช่วยให้เกิดการบูรณาการในการป้องกันการดำเนินมาตรการที่อาจขัดต่อพันธกรณี และช่วยลดความเสี่ยงในการเกิดข้อพิพาทด้านการลงทุนด้วย

สรุป

หลักนิติธรรมเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย^{๒๗} ที่สำคัญซึ่งได้รับการระบุไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางจากประชาคมระหว่างประเทศ ดังเห็นได้จากการที่สหประชาชาติก็ได้รับรองหลักการเรื่องนี้ไว้ในข้อมติสมัชชาแห่งสหประชาชาติ ในการประชุมสมัยสามัญครั้งที่ ๒๗ ที่ A/RES/67/1 เมื่อปี ๒๕๕๕ โดยบทความฉบับนี้ได้แสดงให้เห็นว่า ในแง่หลักการ การจัดทำความตกลงระหว่างรัฐว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ซึ่งรวมถึงการมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการฟ้องร้องรัฐภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

^{๒๖} จัดตั้งขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๖๒ วันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๒ โดยระเบียบดังกล่าวกำหนดให้มี “คณะกรรมการด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ” ซึ่งประกอบด้วยรองนายกรัฐมนตรีที่รัฐมนตรีมอบหมายเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายเป็นรองประธานกรรมการ และมีปลัดกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ปลัดกระทรวงคมนาคม ปลัดกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงสาธารณสุข ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรม เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม อัยการสูงสุด อธิบดีกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย และผู้จัดการธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย เป็นกรรมการ และให้อธิบดีกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศเป็นกรรมการและเลขานุการ ทั้งนี้ สามารถสืบค้นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวได้ที่ http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2562/E/052/T_0001.PDF

^{๒๗} พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้กำหนดนิยามของคำว่า “นิติธรรม” ว่าเป็น “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน”

ระหว่างประเทศที่กำหนดในความตกลงในกรณีที่รัฐทำผิดพันธกรณีบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนนั้น แท้จริงแล้วไม่ได้ขัดแย้งแต่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมทั้งในแง่กระบวนการและเนื้อหาสาระ ผ่านการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่มีมาตรฐาน นอกจากนี้ ยังมีส่วนเสริมและเกื้อหนุนวัตถุประสงค์ของหลักนิติธรรมในฐานะเป็นปัจจัยพื้นฐานที่ช่วยสร้างเสริมสันติภาพ สิทธิมนุษยชน การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และการบรรลุเป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืน ทั้งระดับภายในและระหว่างประเทศ

ขณะเดียวกัน การมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจะมีความชอบธรรมได้ก็ต่อเมื่อการใช้กลไกนั้นเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักนิติธรรมเท่านั้น หลักนิติธรรมจึงมีความสำคัญอีกประการหนึ่งในฐานะบรรทัดฐานและหลักการชี้้นำสำหรับการนำกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐไปใช้ในทางปฏิบัติ รวมทั้งสำหรับกระบวนการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ดำเนินอยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและชอบธรรมอย่างแท้จริง ตลอดจนสะท้อนสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองการลงทุนกับประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ และสิทธิของรัฐในการกำหนดนโยบายเพื่อสาธารณะ และสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ระยะยาวของความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ นั่นคือการส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาที่ยั่งยืนของสังคมอันเป็นเป้าประสงค์ของหลักนิติธรรมเช่นกัน ดังที่ Lord Bingham ได้เคยระบุในข้อเขียนของเขาว่า “...The rule of law is held to be not only good in itself, because it embodies and encourages a just society, but also as a cause of other good things, notably growth...”^{๒๘}



^{๒๘} Tom Bingham, *The Rule of Law* (Allen Lane, Penguin Press, 2010)

บรรณานุกรม

๑. ราชบัณฑิตยสถาน.//(๒๕๕๔).//พจนานุกรม
๒. Bingham, Tom.//(2010).//The Rule of Law.//(Allen Lane, Penguin Press)
๓. Brower, Charles N. & Sadie Blanchard.//(2014).//What’s in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States.// Columbia Journal of Transnational Law, Volume 52
๔. European Court of Human Rights.//(2012).//Oao Neftyanaya Kompana Yukos v. Russia.//Judgment, Eur. Ct. H.R. No. 14902/04.//(Online) - <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106308>
๕. Hafner-Burton, Emilie M.//(2005).// Trading Human Rights: How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression.//(Online) - <https://doi.org/10.1017/S0020818305050216>
๖. International Centre for Settlement of Investment Disputes.//Post-Award Remedies - ICSID Convention Arbitration.//(Online) - <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Post-Award-Remedies-Convention-Arbitration.aspx>
๗. Lisitsyn-Svetlanov, A.G., A.V. Mal’ko and S.F. Afanas’ev.//(2018).//The Rule of Law as a Factor of Economic Development.//Herald of the Russian Academy of Sciences, Vol. 88.// (Pleiades Publishing, Ltd.,)
๘. Permanent Court of Arbitration.//Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation.//(Online) - <http://pca-cpa.org/en/cases/61/>
๙. Pevehouse, Jon C.//(2005).//Democracy From Above: Regional Organizations and Democratization.//(Cambridge University Press)
๑๐. Reinisch, August.//(2008).//Standards of Investment Protection.//(Oxford University Press)
๑๑. Salacuse, Jesward.//(2010).//The Law of Investment Treaties.//(Oxford University Press)
๑๒. Schill, Stephen W.//(2006).// Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law.//(Institute for International Law and Justice)
๑๓. Schill, Stephen W.//(2017).// International Investment Law and the Rule of Law.// (Amsterdam Center for International Law)
๑๔. United Nations.//(2012).//Delivering Justice: Programme of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels, Report of the Secretary General,

- UN Doc A/66/749.//(Online) -
https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/749
๑๕. United Nations.//(2012).//UNGA Resolution No A/RES/67/1 - Declaration of the High-Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels.//(Online) - <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>
๑๖. United Nations Commission on International Trade Law.//(Online) -
https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state
๑๗. United Nations Conference on Trade and Development.//(2007).// Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking.//(Online) -
http://unctad.org/en/Docs/iteiia20073_en.pdf
๑๘. United Nations Conference on Trade and Development.//(2019, April).//International Investment Agreements.//(Online) - <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA>
๑๙. United Nations Conference on Trade and Development.//(2019, April).//Investor-State Dispute Settlement.//(Online) - <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS>

