

ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมาย
ของรัฐผู้รับการลงทุนในอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน*
ILLEGALITY OF INVESTMENTS AS A HOST - STATE 'S DEFENCE
IN INVESTOR - STATE ARBITRATION

ตันสกุลวงศ์ เพ็ชรฉกรรจ์

Tonsakunwong Phetchakun

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Bangkok, Thailand

*Corresponding author E-mail: eyeshiled21yaha@hotmail.com

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน และ 2) เพื่อวิเคราะห์รวมถึงกำหนดแนวทางในการนำปัจจัยที่มีผลต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดีมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเด็นดังกล่าว โดยวิจัยนี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพและใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร ซึ่งศึกษาค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ทั้งนี้ ผลการวิจัยพบว่า ข้อหนึ่ง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นดังกล่าวมีความไม่สม่ำเสมอกัน กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน อนุญาโตตุลาการควรจะปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนดังกล่าว ในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการตามหลักความยินยอมและหลักมือสะอาด แต่ถึงกระนั้นกลับปรากฏคำชี้ขาดในลักษณะที่ว่าอนุญาโตตุลาการยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ แต่ด้วยความบกพร่องของเนื้อหาจึงไม่สมควรรับไว้ในชั้นพิจารณา (Admissibility) และถึงขนาดปรากฏกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับข้อพิพาทไว้ในชั้นพิจารณา (Merit) ต่อไปด้วย และข้อสองผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจากการศึกษาสามารถวิเคราะห์หาข้อสรุปและจัดทำข้อเสนอแนะได้ในลักษณะที่ว่า อนุญาโตตุลาการควรนำปัจจัยว่าด้วยข้อกำหนดทางกฎหมาย เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำผิด และความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งล้วนแต่เป็นปัจจัยที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอมาพิจารณาเรียงตามลำดับตามที่กล่าวมา จะช่วยผสานความไม่สม่ำเสมอและสร้างบรรทัดฐานอย่างเป็นระบบต่อการทำคำชี้ขาดได้ต่อไป

คำสำคัญ: ข้อต่อสู้ของรัฐ, คำชี้ขาด, การลงทุนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย, ความยินยอม, ขอบอำนาจ

Abstract

The objectives of this research article are 1) to study the problem of irregularities in arbitral awards regarding actions of foreign investors that are contrary to the laws of the investment recipient state in investor-State arbitrations and 2) to Analyze and determine guidelines for applying factors affecting consideration and awarding of cases to disputes that arise on the said

* Received December 19, 2023; Revised December 28, 2023; Accepted December 29, 2023



issue. This research is qualitative research and uses documentary research methods. which studied and researched documents in Thai and foreign languages. The results of the research found that, number one, the arbitral awards in this matter are inconsistent, that is, generally when foreign investors have acted contrary to the law of investment recipient state Arbitrators should deny protection to such investments on the basis of consent and clean hands principles. But even so, the award appears in such a way that the arbitrator still has jurisdiction over the dispute. But due to the shortcomings of the content, it is not appropriate to accept it in the admissibility stage, and there are even cases where the arbitrator accepts the dispute in the merit stage as well. Secondly, the researcher sees that in order to solve the said problem from The study can analyze, draw conclusions and make recommendations in such a way that The arbitrator should take into account the following factors: Legal requirements Content and severity of the act The time period of the offense and the offense of the investee state These are all factors that affect the unevenness. Let's consider them in order as mentioned. It will help to consolidate irregularities and create a systematic norm for further arbitrations.

Keywords: Host - State's Defence, Award, Illegality Investment, Consent, Jurisdiction

บทนำ

การลงทุนต่างชาติมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ (ดร.นาถนรินทร์ จันทรงาม, 2562) ซึ่งเพื่อเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตน ประกอบกับความต้องการที่จะคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ ตนในการลงทุนในต่างประเทศ ยกตัวอย่างในประเทศไทย เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 รัฐทั้งหลายจึงเห็นพ้องต้องกันในการให้ความสำคัญกับการสร้างระบบกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น เพื่อคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนต่างชาติ โดยมีเป้าหมาย คือ การสร้างสภาพการณ์แวดล้อมที่เป็นคุณต่อการลงทุน เพื่อประโยชน์ร่วมกันของทั้งนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน ผ่านทางการจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนผ่านทาง การจัดทำสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งใบปอเกิดสำคัญของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่มีความชัดเจน ซึ่งความชัดเจนดังกล่าวนี้จะช่วยเป็นหลักที่ปรากฏชัดปราศจากการถกเถียงในการสร้างสภาพการณ์ที่มีความเป็นธรรมและมีเท่าทันต่อการลงทุนในระดับนานาชาติ โดยการกำหนดมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุน เช่น การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม การเวนคืน การให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ การไม่เลือกปฏิบัติ ผ่านทางการจัดทำสนธิสัญญาการลงทุน (อำนาจ ตั้งศิริพิมาน, 2565) และเพื่อให้การคุ้มครองนักลงทุนเกิดขึ้นได้จริงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาทในการแก้ไขข้อขัดแย้งระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งวิธีการที่ประเทศต่าง ๆ นิยมใช้ คือ วิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศและศาลการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศโดยส่วนมากจะมีการกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติ และรัฐผู้รับการลงทุนโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เสียมากกว่าอันเป็นหลักประกันในการที่นักลงทุนต่างชาติ จะได้รับการพิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการที่มีความอิสระ เป็นกลาง และให้คำชี้ขาดที่สามารถบังคับได้ ทั้งนี้ จากการสำรวจสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements, IIAs) กว่า 1,600 ฉบับ ขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co - operation and Development, OECD) ในปี ค.ศ. 2012 พบว่า ร้อยละ 96 ของสนธิสัญญาการลงทุนที่ได้สำรวจมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่าง

รัฐกับนักลงทุนโดยให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการยกข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุน ผ่านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) ซึ่งถือว่าเป็นสถิติที่สูงมาก (ศฤงคาร วิเชียรรัตน์, 2564)

เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนต่างชาติอาจกระทำการบางประการไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่นักลงทุนต่างชาติได้รู้ทราบและเข้าใจถึงข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายอย่างถูกต้องครบถ้วนแต่ได้กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ หรือเป็นเพราะเหตุที่มีได้ศึกษาถึงกฎระเบียบภายในของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างเพียงพอ จึงได้กระทำการบางประการที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐกับผู้รับการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบหลายประการ ประเด็นปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าเมื่อนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นบุคคลที่สนธิสัญญาการลงทุนมุ่งหมายที่จะคุ้มครองได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบอะไรบ้างซึ่งอาจเป็นผลกระทบต่อเศรษฐกิจ หรือผลกระทบต่อการค้าพหุกฎหมาย อีกทั้งจะมีผลเป็นอย่างไรต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และรัฐผู้รับการลงทุนจะมีวิธีในการจัดการเรื่องนี้อย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้ในทางกฎหมายภายในรัฐผู้รับการลงทุนอาจมีมาตรการในสร้างกฎเกณฑ์ที่มั่นคงแน่นอนหาซึ่งอาจสร้างผลร้าย หากนักนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐ สำหรับในทางระหว่างประเทศนั้นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นเป็นหนึ่งในข้อต่อสู้สำคัญของรัฐที่ยกขึ้นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่กระทำความผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาการลงทุนมักจะมีกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้ โดยจะระบุไว้ในลักษณะที่ว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นการลงทุนที่ทำการ “ตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน” (*in accordance with the host state's laws and regulations*) โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายและปฏิเสธความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศโอเออีเอ็มกับประเทศเยเมน ค.ศ. 1998 ที่ได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ในส่วนหนึ่งของคำนิยามการลงทุนว่า

“การลงทุน” หมายถึง ทรัพย์สินใด ๆ ที่นักลงทุนเป็นเจ้าของและที่ลงทุนโดยนักลงทุน ... และได้รับการยอมรับโดยรัฐผู้รับการลงทุนว่าเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ และได้มีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการลงทุน (จุฬาลักษณ์ พินะ, 2557)

เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้และนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการแก้ไขข้อพิพาทในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติละเมิดกฎหมาย ซึ่งแม้จะไม่ได้มีการวิเคราะห์ตัวตัวเลขอย่างเด่นชัด แต่จากสถิติพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยส่วนมากเห็นว่า การลงทุนที่กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ได้รับการคุ้มครองจากสนธิสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การลงทุนดังกล่าวมิใช่การลงทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนยอมรับ (Consent) ไว้ในสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ยกตัวอย่างเช่น คดี (Fraport v. & Republic of the Philippines, 2006); (Inceysa V. & v. Republic of El Salvador, 2006) เป็นต้น อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ตามปรากฏปัญหาสำคัญ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องการกระทำอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนมีความไม่สม่ำเสมอ กล่าวคือ ปรากฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งที่เห็นว่า เมื่อสนธิสัญญามีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้และนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ข้อพิพาทดังกล่าวยังคงอยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) ที่จะพิจารณาและให้คำชี้ขาดข้อพิพาทนั้น แต่ถึงกระนั้นเพราะเหตุแห่งเนื้อหาของข้อพิพาท



ดังกล่าว มีความไม่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงไม่สมควรรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (Admissibility) กล่าวคือ เป็นการปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาเพราะเหตุแห่งเนื้อหาของข้อพิพาท หากใช้เพราะเหตุแห่งการที่อนุญาโตตุลาการไม่มีขอบอำนาจไม่ ดังที่ปรากฏในคำชี้ขาดคดี (Plama v. Republic of Bulgaria, 2008) นอกจากนี้ ยังปรากฏคำชี้ขาดในคดีซึ่งแม้เป็นกรณีที่สนธิสัญญามีการกำหนดข้อพิพาทด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้ และนักลงทุนต่างชาติก็ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน แต่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกลับได้มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่า เป็นข้อพิพาทที่อยู่ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และมีความเหมาะสมสมควร (Admissibility) ที่เข้าสู่การพิจารณาคดี (Merit) ต่อไป ยกตัวอย่างเช่น ในคดี (Tokios Tokelés v. Ukraine, 2004); (Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, 2010)

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องข้อต่อสู้ของรัฐว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติ ที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งแม้จะไม่ปรากฏสถิติที่เด่นชัดเป็นตัวเลขเนื่องจากประเด็นปัญหาดังกล่าวยังไม่ปรากฏมากนักในประเทศไทยปัจจุบัน แต่ปฏิเสธไม่ได้เลยว่า ผลลัพธ์ที่สำคัญ อันเปรียบเสมือน out come ของวิจัยนี้ คือ การกำหนดบรรทัดฐานที่ชัดเจนในการพิจารณาและชี้ขาดคดีในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติกระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจมีประโยชน์ต่อรัฐที่จะยกการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นข้อต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ และอาจมีประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติที่จะตระหนักถึงความสำคัญในการปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน หรือใช้ประกอบการตัดสินใจวางแผนการลงทุนโดยคำนึงถึงความเสี่ยงและผลที่จะได้รับในกรณีที่ปฏิบัติไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังอาจเกิดประโยชน์แก่นักอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จะรับทราบถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอและกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดต่อไป

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมาย ของรัฐผู้รับการลงทุนในอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนอันเป็นการป้องกันปัญหาความไม่มั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะซึ่งอาจเกิดขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนได้
2. เพื่อวิเคราะห์และกำหนดแนวทางในการนำปัจจัยที่มีผลต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดีมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติ อันเป็นการสร้างบรรทัดฐานในการทำชี้ขาดคดี ในประเด็นดังกล่าวนำไปสู่การป้องกันหรือแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น อีกทั้งเป็นแนวทางในการศึกษาวิจัยเพิ่มเติมหรือการดำเนินนโยบายต่อไปได้ในอนาคต

วิธีดำเนินการวิจัย

วิจัยนี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพและใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร โดยอาศัยการรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูล ดังนี้

ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารทั้งภาษาไทยและต่างประเทศในรูปแบบของตำราทางกฎหมาย บทความทางกฎหมาย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ วิทยานิพนธ์ งานวิจัย และรายงานที่เกี่ยวข้องรวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือวิจัยที่สำคัญ โดยมีการคัดกรองและกำหนดกรอบ และเลือกกลุ่มตัวอย่างจำกัดแต่เฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนและกำหนดกลุ่มตัวอย่างเฉพาะในส่วน of คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ไม่รวมคำพิพากษาของศาล

จัดการและวิเคราะห์ข้อมูลโดยวิธีการเรียงเรียง การวิเคราะห์ สรุปผล และ จัดหาแนวทางคำชี้ขาดที่มีความสม่ำเสมอและเป็นระบบ ซึ่งในการวิเคราะห์ข้อมูลนั้นได้อาศัยความเห็นผู้เชี่ยวชาญจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเป็นส่วนสำคัญ

ผลการวิจัย

จุดเด่นของงานวิจัยอันเปรียบเสมือนแก่นของงานวิจัยนี้ คือ การสร้างบรรทัดฐานในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนยกข้อต่อสู้ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐโดยนักลงทุนต่างชาติในชั้นในการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งเพื่อศึกษาปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน และเพื่อวิเคราะห์และกำหนดแนวทางในการนำปัจจัยที่มีผลต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดีมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติ สามารถแสดงผลการวิจัยได้ ดังนี้

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่อยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย คือ รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของสนธิสัญญา คือ การคุ้มครองการลงทุน สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยส่วนมากจึงมักมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการไว้ ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศเยอรมนีกับฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 ข้อ 9(2)(b) ได้กำหนดว่า

“ในกรณีที่ข้อพิพาทและไม่สามารถเจรจาต่อรองกันได้ผู้ลงทุนมีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน”

ข้อบทตามสนธิสัญญา ซึ่งเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการลงนามของทั้งสองฝ่ายจึงเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความยินยอมต้องตรงกันในการระงับข้อพิพาท โดยวิธีการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมีข้อพิพาทเกิดขึ้นนั่นเอง โดยหากมองในมุมหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการถือว่าเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ แต่หากมองในมุมกลับแล้วนั้นหมายความว่าเฉพาะแต่นักลงทุนตามสนธิสัญญาเท่านั้นที่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ หากมิได้มีสถานะเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญาแล้วก็มีสิทธิดังกล่าวไม่ ปัญหาจึงเกิดขึ้นต่อมาว่าหากนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นบุคคลที่สนธิสัญญามุ่งหมายที่จะคุ้มครองได้กระทำการบางประการที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนจะมีผลเป็นเช่นไรต่อสถานะของการเป็นนักลงทุนและต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดี

ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ

การกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนมีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองนักลงทุนตามสนธิสัญญาเนื่องจากโดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมักมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้โดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการปฏิเสธที่จะคุ้มครองการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมักจะปรากฏในส่วนของนิยามของการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไอมานกับประเทศเยเมน ค.ศ. 1998 ข้อ 1 (1) ได้กำหนดความหมายของการลงทุนไว้ว่า คำว่า



“การลงทุน” หมายถึง ทรัพย์สินใด ๆ ที่นักลงทุนเป็นเจ้าของและที่ลงทุนโดยนักลงทุน ... และได้รับการยอมรับโดยรัฐผู้รับการลงทุนว่าเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ และได้มีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการลงทุน

นอกจากนี้ ยังอาจปรากฏในบทข้อบทว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และการคุ้มครองการลงทุน (Promotion, Admission and Protection) ได้ด้วยเช่นกัน (ดร.นาถรินทร์ จันทร์งาม, 2562)

ความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นปัญหาวิสัยที่ต้องการทราบและค้นหาคำตอบสามารถแสดงโดยแยกเป็นประเด็นตามคำถามวิสัยได้เป็น 3 ประเด็น คือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (Admissibility) และการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาท ไว้พิจารณาในชั้นเนื้อหาแห่งคดี (Merits) ได้ดังนี้

การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction)

เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับโดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจมาในลักษณะของถ้อยคำของบทนิยามการลงทุน หรือบทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และการคุ้มครองการลงทุน หากนักลงทุนได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะไม่อยู่ในความหมายของการลงทุนตามสนธิสัญญาส่งผลให้นักลงทุนไม่อาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท ดังกล่าวปรากฏชัดในคดี Fraport V. Republic of the Philippines และคดี Inceysa V. Republic of El Salvador ดังนี้

Fraport V. Republic of the Philippines

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าบริษัท Fraport ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนและจัดตั้งขึ้นในประเทศเยอรมนีได้เช่าถือหุ้นในบริษัท Philippine International Air Terminals Co., Inc. หรือบริษัท PIATCO ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสัญญาสัมปทานการลงทุนเพื่อก่อสร้างและดำเนินการสถานีพักผู้โดยสารของสนามบินนานาชาติ รวมไปถึงบริษัทอื่น ๆ ที่ จัดตั้งในประเทศฟิลิปปินส์อีกหลายบริษัท และบริษัทเหล่านั้นล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัท PIATCO แทบทั้งสิ้น จึงทำให้สัดส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO ของบริษัท Fraport ทั้งโดยตรงและทางอ้อม รวมทั้งสิ้นร้อยละ 61.44 ของหุ้นบริษัท PIATCO ทั้งหมด อันเป็นขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าด้วยการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1999 ที่กำหนดให้ การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ใด ๆ ต้อง อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ที่วางข้อกำหนดเรื่อง การจำกัดการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติ ว่าสามารถถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้าง เพื่อสาธารณประโยชน์ได้ไม่เกินร้อยละ 40 ของประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างนั้นทั้งหมด จึงเป็นกรณีที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้ และบริษัท Fraport ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนดังกล่าวจึงไม่ใช่การลงทุนที่จะได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา ส่งผลให้บริษัท Fraport ไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว

Inceysa V. Republic of El Salvador

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าบริษัท Inceysa ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติสเปนได้แสดงข้อมูลอันเป็นเท็จและปกปิดข้อมูลบางประการที่ควรต้องเปิดเผยแก่คณะกรรมการประเมินของประเทศเอลซัลวาดอร์ เพื่อให้ผ่านการพิจารณา

ในขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติของบริษัทที่เข้าร่วมการประมูล อันเป็นการขัดต่อข้อบังคับการประมูลและกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์ การลงทุนดังกล่าวจึงมิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา ส่งผลให้บริษัท Inceysa ไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว

การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (Admissibility)

การปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (Admissibility) เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาถึงความบกพร่อง หรือความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท ซึ่งจะแตกต่างกับการปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาแต่เฉพาะประเด็นเรื่อง “อำนาจของอนุญาโตตุลาการ” เหนือข้อพิพาทเท่านั้น ว่าอนุญาโตตุลาการมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่ ฉะนั้น แม้ว่าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าตนมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท แต่หากลักษณะของข้อพิพาทมีความบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้

แม้ว่าโดยผลลัพธ์แห่งคดี ไม่ว่าอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเพราะเหตุแห่งขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) หรือเป็นกรณีที่ไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาเนื่องจากข้อพิพาทมีความไม่เหมาะสม (Admissibility) จะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน คือ ข้อพิพาทจะไม่ถูกนำขึ้นสู่ชั้นของการพิจารณา (Merit) ก็ตาม แต่ถึงกระนั้นปรากฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งที่เห็นว่าในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนควรเป็นประเด็นในส่วนของ การไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (Admissibility) เพราะเหตุแห่งความบกพร่อง หรือความไม่เหมาะสมของเนื้อหามากกว่าจะเป็นประเด็นเรื่องขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ ปรากฏในคดี Plama v Bulgaria

Plama v Bulgaria

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าบริษัท Plama ได้แสดงข้อความ อันเป็นเท็จถึงสถานะทางการเงินที่สูงกว่าความเป็นจริง และจงใจปกปิดสถานะทางการเงินที่แท้จริง ซึ่งหากสาธารณรัฐบัลแกเรียได้ทราบถึงข้อเท็จจริง ดังกล่าว ก็คงจะไม่อนุญาตให้ บริษัท Plama ได้เข้ามาลงทุน การกระทำของบริษัท Plama เป็นการละเมิดต่อกฎหมายของสาธารณรัฐบัลแกเรียซึ่งจำเป็นต้องมีการเจรจาโดยสุจริต และขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ คือ หลักสุจริต อีกทั้งยังขัดกับนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศที่ปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าเป็นข้อพิพาทที่ไม่เหมาะสมที่จะรับไว้ในชั้นพิจารณา (Admissibility) มิใช่เพราะขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction)

ด้วยผลของคดี ดังกล่าว จึงทำให้เริ่มมีการถกเถียงกันอย่างมากขึ้นว่าในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วควรถูกหยาบมาพิจารณาในชั้นใด ผลที่ตามมา คือ รัฐผู้รับการลงทุนเริ่มยกการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อให้อนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองเพราะเนื้อหาของคดีมีความบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสมมากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ในคดี von Pezold v Zimbabwe ซึ่งประเทศซิมบับเวในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนได้กล่าวอ้างการไม่ได้รับอนุญาตให้ลงทุนภายในประเทศและการกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย ท้องถิ่นบางประการของนักลงทุนต่างชาติขึ้นต่อสู่ในลักษณะที่ว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมแทนที่จะอ้างถึงขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยัง ปรากฏการยกอ้างข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนในลักษณะที่เป็น การกล่าวรวมกันมาทั้ง เรื่องขอบอำนาจและความไม่เหมาะสมของข้อพิพาทด้วยเช่นในคดี Oxus Gold v Uzbekistan เป็นต้น



การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาท ไว้พิจารณาในชั้นเนื้อหาแห่งคดี (Merits)

โดยหลักแล้วการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนไม่สมควรที่จะได้รับการพิจารณาตัดสินกล่าวคือ อนุญาโตตุลาการควรจะปฏิเสธไม่รับไว้ในชั้นของการพิจารณาไม่ว่าเพราะเหตุแห่งขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือเพราะความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าปรากฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อยู่จำนวนหนึ่ง ซึ่งแม้นักลงทุนต่างชาติจะได้กระทำการบางประการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน แต่อนุญาโตตุลาการ ก็ได้ปฏิเสธที่จะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา เช่น ในคดี Tokios Tokeles v. Ukraine และคดี Hamester v. Ghana

Tokios Tokeles v. Ukraine

คดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Tokios Tokeles ได้จดทะเบียนซื้อบริษัทไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายของประเทศยูเครนกำหนดและมีข้อผิดพลาดในเอกสารที่ยื่นเข้ามา เช่น ขาดลายเซ็นที่จำเป็นหรือขาดการรับรองเอกสาร แต่อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เห็นว่าการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนของบริษัท Tokios Tokeles ไม่กระทบต่อความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนแต่อย่างใด การอาศัยเพียงความผิดปกติ (Irregularity) หรือข้อผิดพลาดเล็กน้อย (Minor Error) เพื่อปฏิเสธความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนนั้น เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ (Object and purpose) ของสนธิสัญญาการลงทุน ที่ต้องการให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวางแก่นักลงทุนและการลงทุนต่างชาติ ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการ จึงเห็นว่าแม้รัฐผู้รับการลงทุนจะสามารถพิสูจน์ได้จริงว่า ข้อที่ผู้ร้องนำมาจดทะเบียนบริษัทสาขาของตน ไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดและมีข้อผิดพลาดใน เอกสารที่ผู้ร้องยื่นเข้ามา เช่น ขาดลายเซ็นที่จำเป็นหรือขาดการรับรองเอกสาร การดังกล่าวก็ไม่กระทบต่อความคุ้มครองการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนแต่อย่างใด

Hamester v. Ghana

คดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Hamester ได้กระทำการขัดกับกฎหมายของประเทศกานา คือ กระทำการทุจริตและฉ้อโกง อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีนี้ได้ตัดสินว่าคดีอยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการและสมควรรับไว้ในพิจารณาด้วยเหตุผลที่ว่า ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ นั้นปรับใช้เฉพาะกับพฤติกรรมของนักลงทุน ในขณะที่เริ่มต้นการลงทุนเท่านั้นไม่ครอบคลุมถึงพฤติกรรมของนักลงทุนหลังจากการลงทุน ที่อยู่นอกเหนือความคุ้มครองของสนธิสัญญาการลงทุนในภายหลัง ดังนั้น การลงทุนที่เกิดขึ้นตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะไม่กลายเป็นการลงทุนที่อยู่นอกเหนือความคุ้มครองของสนธิสัญญาการลงทุนในภายหลัง เพียงเพราะการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติในระหว่างที่ดำเนินการลงทุน ความชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการดำเนินการลงทุนหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการดำเนินการลงทุนเป็นเรื่องที่จะถูกนำไปพิจารณาในส่วนเนื้อหาของคดี (Merits)

อภิปรายผล

จะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนมีความไม่สม่ำเสมอซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นสามแนวคำชี้ขาด คือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน โดยการไม่รับข้อพิพาท ไว้พิจารณา (Admissibility) และการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นเนื้อหาแห่งคดี (Merits) โดยในส่วนอภิปรายผล นี้จะกล่าวถึง ปัจจัยที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอ ดังกล่าวตามวัตถุประสงค์ในข้อที่ 1 รวมถึงกำหนดแนวทางในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทในประเด็นดังกล่าวตามวัตถุประสงค์ในข้อที่ 2 ดังนี้

วัตถุประสงค์วิจัยข้อที่ 1 คือ เพื่อศึกษาปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติ ที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งจากการศึกษาสามารถอภิปรายถึงปัจจัยที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาด โดยแบ่งออกเป็น 5 ปัจจัย คือ ข้อกำหนดทางกฎหมาย เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิด และความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งสอดคล้องกับผลการวิจัย ดังนี้

ข้อกำหนดทางกฎหมาย

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง คือ ข้อกำหนดทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปของข้อบทในสนธิสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจปรากฏในรูปของบทนิยามการลงทุน บทส่งเสริม การรับและการคุ้มครองการลงทุนดังกล่าวไปแล้ว โดยจากการวิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติ ที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว จะพบว่า ในกรณีที่ปรากฏข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ และนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน อนุญาโตตุลาการโดยส่วนมากมีแนวโน้มที่จะตัดสินไปในแนวทางที่ว่าการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา นักลงทุนต่างชาติจึงไม่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว แต่ทั้งนี้จะต้องนำปัจจัยอื่น ๆ ขึ้นมาพิจารณาประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาและระดับความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิด หรือ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน ปรากฏชัดในคดี *Fraport V. Republic of the Philippines* และคดี *Inceysa V. Republic of El Salvador*

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัย

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัยเป็นกรณีที่สนธิสัญญามีได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการจึงหยิบยกหลักการหรือหลักกฎหมายบางประการขึ้น เพื่อปฏิเสธการคุ้มครองการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสิ่งที่อนุญาโตตุลาการนิยมนำมาใช้เป็นฐานในการอ้างข้อกำหนดโดยนัย คือ การอ้างวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของสนธิสัญญาที่มุ่งคุ้มครองแต่เฉพาะการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หลักสุจริต หลักมือสะอาด ซึ่งล้วนแล้วแต่มุ่งคุ้มครองเฉพาะแต่การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น

เมื่อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว จะพบว่า ในกรณีที่สนธิสัญญามีได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะหยิบยกข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัยมาปฏิเสธการให้ความคุ้มครอง แก่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติ แต่ด้วยเหตุที่สนธิสัญญา มิได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมาย ไว้เป็นการเฉพาะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นด้วยเหตุที่ข้อพิพาทตั้งอยู่บนฐานของการกระทำที่ไม่ชอบกฎหมายจึงเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่อง ไม่เหมาะสมที่รับไว้ในชั้นพิจารณา (Admissibility) ยกตัวอย่างเช่น ใน คดี *Plama v Bulgaria* เป็นต้น แต่ถึงกระนั้นต้องนำปัจจัยอื่น ๆ พิจารณาประกอบไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาและระดับความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิด หรือ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนด้วยเช่นกัน

เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ

แม้ว่าโดยทั่วไปการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครอง แต่ถึงกระนั้นเมื่อวิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนัก



ลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะพบว่า อนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงในการกระทำความผิด กับผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ มิใช่ทุกการกระทำความผิดที่จะมีผลทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาท เฉพาะแต่การกระทำที่มีเนื้อหาและระดับความรุนแรงที่เหมาะสมและได้สัดส่วนเท่านั้นที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาท

การกระทำใดบ้างที่จะถือว่ามีเนื้อหาและความรุนแรงที่ได้สัดส่วน ในประเด็นนี้อนุญาโตตุลาการได้นำปัจจัยทั้งหมด 3 ประการ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงสัดส่วนของการกระทำความผิด คือ ความสำคัญของกฎหมายที่ละเมิด ความรุนแรง หรือความร้ายแรงของการละเมิด และการชั่งน้ำหนักระหว่าง 2 ปัจจัย ข้างต้นกับการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างของการละเมิดที่ร้ายแรง เช่น การละเมิดหลักการทางกฎหมายขั้นพื้นฐานของรัฐ การละเมิดกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อสาธารณะการกระทำที่เป็นการทุจริต เป็นต้น นอกจากนี้ในบางกรณีอนุญาโตตุลาการได้นำปัจจัย เรื่องโทษในการกระทำความผิดมา เป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความสำคัญและความรุนแรงของการกระทำได้อีกด้วย

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว จะพบว่า ในกรณีที่มีการทำผิดนักลงทุนต่างชาติมีความเนื้อหาและระดับของความรุนแรงตามหลักได้สัดส่วนอนุญาโตตุลาการ มีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยในลักษณะที่ว่าเป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยสนธิสัญญา อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาท ดังกล่าวแต่ในกรณีเป็นแต่เฉพาะการกระทำความผิดเล็กน้อยอนุญาโตตุลาการ เห็นว่าอยู่ในขอบอำนาจของตนและสมควรรับไว้ในชั้นพิจารณาต่อไป (Merit) ยกตัวอย่างเช่น คดี (Tokios Tokeles v. Ukraine, 2004); (ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, 2562)

ช่วงเวลาในการกระทำความผิด

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้นำปัจจัยว่าด้วยช่วงเวลาในการกระทำผิดมาใช้เป็นเกณฑ์ในการปฏิเสธหรือให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนต่างชาติในลักษณะที่ว่า การกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังการดำเนินการลงทุนจะไม่ใช้ประเด็นเรื่องขออำนาจอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เฉพาะแต่การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก่อน หรือขณะการลงทุนเท่านั้นที่อนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการ การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายหลังการลงทุนจะถูกนำไปใช้ในชั้นของการพิจารณา(merit)ต่อไป ดังที่ปรากฏในคดี Hamester v. Ghana เป็นต้น (ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, 2562)

ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน

เป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำบางประการในลักษณะที่อาจตำหนิได้ว่าเป็นการมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด การทราบถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่ยินยอมด้วยความเต็มใจที่จะให้นักลงทุนแก้ไขให้ถูกต้อง หรือการเพิกเฉยกับการกระทำความผิด รัฐผู้รับการลงทุนจึงมีอาจหยิบยกการกระทำความผิดของนักลงทุนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นของขออำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ ปรากฏในหลายคดี เช่น (Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, 2018)

Gavrilovic v Croatia

คดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ประเทศโครเอเชีย ได้ยกข้อต่อสู้ว่า นาย Gavrilovic ซึ่งดำเนินกิจการแปรรูปเนื้อสัตว์ได้ดำเนินการทำการโอนเงินที่น่าสงสัย รวมถึงมีการขายสินบนเป็นจำนวนมาก ข้อเท็จจริงปรากฏต่ออนุญาโตตุลาการต่อมาว่าแท้จริงแล้ว ประเทศโครเอเชีย ได้ว่าจ้างให้นาย Gavrilovic ลักลอบขนเงินออกนอกประเทศแลกกับการที่นาย Gavrilovic มีสิทธิที่จะลงทุนในบริษัทแปรรูปเนื้อสัตว์ ประเทศโครเอเชียจึงไม่อาจยกการกระทำความผิดของ Gavrilovic ซึ่งประเทศโครเอเชียมีส่วนรู้เห็นในการกระทำดังกล่าวเพื่อให้อนุญาโตตุลาการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการได้ คดีจึงเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณาต่อไป (Merit) ต่อไป

วัตถุประสงค์การวิจัยข้อที่ 2 คือ เพื่อวิเคราะห์และกำหนดแนวทางในการนำปัจจัยที่มีผลต่อการพิจารณา และการทำคำชี้ขาดคดีมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของ รัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งจากการศึกษาสามารถอภิปรายถึงแนวทางการทำคำชี้ขาดของคณะ อนุญาโตตุลาการอันสอดคล้องกับผลการวิจัย ดังนี้

จากการวิเคราะห์ถึงเหตุปัจจัยที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยข้อ ต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติ ที่ขัดต่อกฎหมายในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน สามารถนำไปสู่องค์ความรู้ใหม่ที่ว่าด้วยการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว ตามวัตถุประสงค์วิจัย ข้อที่ 2 คือ ในการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดีว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัด ต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องนำปัจจัยว่าด้วย ข้อกำหนดทางกฎหมาย เนื้อหาและ ความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำผิด และความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน มาพิจารณาเรียง ตามลำดับอันจะเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดต่อไป

สรุป/ข้อเสนอแนะ

การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน โดยนักลงทุนต่างชาตินั้นถือว่าเป็นข้อต่อสู้สำคัญของรัฐ ในการเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ ในชั้นของ ขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากหากพิสูจน์ได้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทแล้วก็หา จำเป็นที่จะต้องพิจารณาในส่วนของเนื้อหาของคดีต่อไปไม่ แต่อย่างไรก็ตามแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในประเด็นดังกล่าวมีความไม่สม่ำเสมอตามวัตถุประสงค์วิจัยข้อที่ 1 กล่าวคือ เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการ อันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว อนุญาโตตุลาการควรปฏิเสธการให้ความคุ้มครองในชั้น ของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ ตามหลักความยินยอมของคู่สัญญาและหลักการมือสะอาด แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์ ซึ่งเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแต่อนุญาโตตุลาการ ยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทอยู่ แต่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธความคุ้มครองโดยการไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (Admissibility) และถึงขนาดการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นเนื้อหาแห่งคดี (Merits) ในบางคดี และในการทำ คำชี้ขาดคดีที่ประเด็นว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติ ที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐ ผู้รับการลงทุน ตามวัตถุประสงค์วิจัยข้อที่ 2 นั้น อนุญาโตตุลาการ จะต้องนำปัจจัยว่าด้วยข้อกำหนดทางกฎหมาย เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำผิด และความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน มาพิจารณา เรียงตามลำดับอันเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาและทำคำชี้ขาด ซึ่งการกำหนดบรรทัดฐานในการพิจารณาและ การทำคำชี้ขาดบนพื้นฐานของความไม่สม่ำเสมอที่อาจถือว่าเป็นหนึ่งในจุดเด่นของงานวิจัยนี้ และเป็นผลลัพธ์ (Out Come) ที่ชัดเจนของงานวิจัย ซึ่งแม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะยังมิได้รับผลกระทบจากความไม่สม่ำเสมอของ คำชี้ขาดมากนัก แต่การศึกษาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอและกำหนดแนวทางการทำคำชี้ขาดนี้อาจเป็นประโยชน์ แก่ประเทศไทยที่จะใช้เป็นแนวทางในการยกข้อต่อสู้ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติกระทำการอันขัดต่อกฎหมายของ ประเทศไทย และตระหนักถึงผลเสียหากประเทศไทยซึ่งเป็นผู้รับการลงทุนมีส่วนในการกระทำผิดเสียเอง ซึ่งจากงานวิจัยดังกล่าวนี้ปรากฏข้อเสนอแนะสำคัญสองประการ คือ ข้อเสนอแนะในเชิงนโยบายซึ่งอนุญาโตตุลาการ ควรจะให้ความสำคัญ และกำหนดบรรทัดฐานที่ชัดเจนในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว และ ข้อเสนอแนะใน การทำวิจัยต่อไป คือ ในการจัดการปัญหาเกี่ยวกับความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นแท้จริงแล้วควรจัดอยู่ในหมวดหมู่ ของคำชี้ขาดในลักษณะใดเพราะความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนบางกรณี เช่น การทุจริต อนุญาโตตุลาการปฏิเสธ ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนโดยทั่วไปกลับเข้าสู่การพิจารณา ในชั้นเนื้อหาแห่งคดี (Merits) เป็นเรื่องที่จะต้องศึกษากันต่อไป



เอกสารอ้างอิง

- จุฬาลักษณ์ พินธะ. (2557). ข้อต่อสู้ของรัฐบาลเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน. ใน วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ดร.นาถนิรันดร์ จันทรงาม. (2562). หลักการพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศฤงคาร วิเชียรรัตน์. (2564). ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับแนวทางพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ย. ใน วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อำนาจ ตั้งศรีพินาน. (2565). การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Fraport v. & Republic of the Philippines. (2006). ICSID Case No. ARB/03/26, Award (August 2, 2006).
- Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia. (2018). ICSID Case No. ARB/12/39 (July 26, 2018).
- Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana. (2010). ICSID Case No. ARB/07/24 (June 18, 2010).
- Inceysa V. & v. Republic of El Salvador. (2006). ICSID Case No. ARB/03/26, Award (August 2, 2006).
- Plama v. Republic of Bulgaria. (2008). ICSID Case No. ARB/03/24 (August 27, 2008).
- Tokios Tokeles v. Ukraine. (2004). ICSID Case No. ARB/02/18 (April 29, 2004).