

สถานการณ์การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย Investor-state Dispute Settlement (ISDS) situation in Thailand

สุรพี โปธิสาราช*

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

80 หมู่ 9 ถนนพหลโยธิน ตำบลบ้านตู่ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

Suraphi Phothisarath

School of Law, Chiang rai Rajabhat University

80 moo. 9 Paholyothin Rd., Muang District Chiang rai province 57100

Email: sompan_pho@hotmail.com

Received: September 29, 2022

Revised: January 4, 2023

Accepted: January 6, 2023

บทคัดย่อ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements – IIAs) มีหลายประเภทขึ้นอยู่กับขอบเขตและเนื้อหาของความตกลง ได้แก่ ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) ซึ่งเป็นความตกลงที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายเนื่องจากมีขั้นตอนการจัดทำที่น้อยกว่าและมีขอบเขตแคบกว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบอื่นและการจัดทำ BITs ระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศในภูมิภาคเดียวกันมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับ

BITs เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาลของสองประเทศที่กำหนดพันธะกรณีในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองการลงทุนและเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนในประเทศของตนเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น BITs จึงเป็นกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จะประสานประโยชน์ของทั้งสองประเทศดังกล่าว และใน BITs ระบุกลไก ISDS เป็นการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อกำหนดสิทธิและความคุ้มครองที่นักลงทุนจะได้รับจากรัฐ ผู้รับการลงทุนที่มีลักษณะต่างตอบแทนกันระหว่างรัฐภาคีและกระบวนการระงับข้อพิพาทที่นิยมในกลไก ISDS คือการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพบปัญหาเรื่องระยะเวลาพิจารณานาน การแปลเอกสารและหลักฐานของคดี กระบวนการพิจารณาขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ และปัญหารัฐประสพภาระค่าใช้จ่ายหลังจากการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นจึงมีการศึกษาการปฏิรูปกลไก ISDS ให้มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนมากขึ้น เช่น ในความ

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์, รองคณบดี สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

ตกลงการค้าการลงทุนระหว่างไทยกับสหภาพยุโรปที่สหภาพยุโรปเสนอการนำศาลการลงทุน
ทวิภาคีมาระงับข้อพิพาทแทนการอนุญาโตตุลาการและอยู่ในขั้นตอนการศึกษาความเป็นไปได้

คำสำคัญ: การระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ, การอนุญาโตตุลาการ,
ศาลการลงทุนทวิภาคี

Abstract

International Investment Agreements (IIAs) were consists of well-recognized Bilateral Investment Treaties (BITs). BITs has less procedural need to prepare and also more specific than other IIAs. BITs were increasingly being used in the region of developing countries countries.

BITs were bilateral agreements between state's governments with commitment to promote increasing investment within their countries. Hence, BITs were legal mechanism to helped the committed countries to reached their goal of mutual benefit. BITs determined ISDS mechanism which was international investment dispute settlement under arbitration approach. The investor will be protected under government policy with mutual benefit between the them and the states. ISDS dispute resolution mechanism was arbitration which plague with issues such as long period of the process, inconsistent document translation and complicated arbitration procedure. States also found unable to control the cost of arbitration after the case was closed. Thereupon, the study of ISDS was established to increase its efficiency in encouraging international investment such as Thai- EU trade agreement in which EU suggest the establishment of international bilateral-investment court in place of arbitration.

Keywords: international investment dispute settlement, arbitration, International Bilateral Investment Court

1. บทนำ

สืบเนื่องจากผู้เขียนได้เคยเขียนบทความในเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Thailand ในวารสารนิติ รัฐกิจและสังคมศาสตร์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2560 นั้น บทความดังกล่าวเป็นข้อมูลเบื้องต้นในการทำความเข้าใจ ISDS และระยะเวลาผ่านไป 5 ปีผู้เขียนยังคงมีความสนใจในการศึกษาข้อมูลเรื่อง ISDS ผู้เขียนจึงทำการศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมและติดตามสถานการณ์ ISDS ในประเทศไทย เนื่องจากช่วง 2-3 ปีที่ประเทศไทยและทั่วโลกได้รับผลกระทบจาก COVID-19 และในประเทศไทยมีการเคลื่อนไหวในการเข้าร่วมเป็นภาคีของไทยในความตกลง CPTPP หรือพันธกรณีภายใต้ความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ที่มีข้อถกเถียงในประเด็นเรื่องมาตรการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรยา หรือ CL (Compulsory licensing) ที่อนุญาตให้หน่วยงานภาครัฐหรือภาคเอกชนที่ไม่ใช่เจ้าของสิทธิบัตรสามารถใช้สิทธิในการผลิตและการนำเข้าผลิตภัณฑ์ด้านยาที่มีสิทธิบัตรได้ในสถานการณ์แพร่ระบาดของโรค COVID-19 หรือในเรื่องผลกระทบด้านต่าง ๆ เช่น หากรัฐบาลไทยลงนามในข้อตกลง CPTPP แล้วจะนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายด้านการเกษตรซึ่งจะทำให้เกษตรกรไม่สามารถเก็บเมล็ดพันธุ์พืชไว้เพาะปลูกเองได้โดยจะต้องซื้อผ่านบริษัทด้านอุตสาหกรรมเกษตรเท่านั้นถือเป็นผลร้ายที่เกิดขึ้นกับเกษตรกรที่ทำให้ราคาพืชผลที่ตกต่ำแต่กลับส่งผลดีต่อกลุ่มทุนที่ได้รับประโยชน์ยิ่งขึ้น อีกทั้งยังมีความน่ากังวลในเรื่องอำนาจของรัฐบาลที่ถูกกำหนดในมาตรา 178 แห่งรัฐธรรมนูญ 2560 ที่ระบุไว้หากรัฐบาลลงนามในสนธิสัญญาใดๆ กับต่างประเทศ ที่มีผลต่อด้านเศรษฐกิจ สังคม การค้า การลงทุน อย่างกว้างขวาง ให้รัฐสภาพิจารณาภายใน 60 วัน แต่ถ้าพิจารณาไม่ทันให้ถือว่ารัฐสภาเห็นชอบและไม่บังคับให้รัฐบาลต้องเปิดเผยรายละเอียดให้ประชาชนทราบ เพียงแต่ให้มีการแสดงความเห็นและได้รับการเยียวยาที่จำเป็นเท่านั้น² และในความตกลง CPTPP ระบุสิทธิในการระงับ

² รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 178 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในกรณี รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นและได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบของการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย

ข้อพิพาทโดยกลไก ISDS ไว้ ดังนั้นในช่วง 2 – 3 ปี 2564 – 2565 ที่ผ่านมาจึงมีการพูดถึง ISDS มากขึ้นตลอดจนถึงการเสนอการปฏิรูป ISDS หรือการปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น บทความนี้ผู้เขียนจึงต้องการนำเสนอสถานการณ์ความก้าวหน้าของ ISDS ในประเทศไทยให้แก่ผู้ที่สนใจศึกษา ISDS ในภาพรวมก่อนที่จะศึกษาประเด็นอื่น ๆ ที่น่าสนใจแต่ละเรื่องในเชิงลึกต่อไป

2. ความเบื้องต้นกลไก ISDS

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements – IIAs) เป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์โดยรวมเพื่อที่จะสร้างปัจจัยที่เอื้อประโยชน์ให้การลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment) ซึ่งอาจมีหลายประเภทขึ้นอยู่กับขอบเขตและเนื้อหาของความตกลง ได้แก่ ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) ความตกลงว่าด้วยภาษีซ้อน (Double Taxation Treaties – DTTs) ความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีขอบทเกี่ยวกับการลงทุน (Free Trade Agreements – FTAs) ความตกลงว่าด้วยการเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจที่มีขอบทเกี่ยวกับการลงทุน (Economic Partnership Agreements – EPAs) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนในระดับภูมิภาค (Regional Integration Agreements – RIAs) ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนอื่น เช่น GATs, TRIMs, TRIPs เป็นต้น สำหรับความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน หรือ BITs นั้น เป็นความตกลงที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย เนื่องจากมีขั้นตอนการจัดทำที่น้อยกว่าและมีขอบเขตแคบกว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบอื่น และการจัดทำ BITs ระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและระหว่างประเทศในภูมิภาคเดียวกันมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับ

ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน หรือ BITs นั้น เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาลของสองประเทศที่กำหนดพันธกรณีในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในประเทศและอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุน เพื่อเป็นการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนในประเทศของตนหรือเพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนในประเทศของตนเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น BITs จึงเป็นกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จะประสานประโยชน์ของทั้งสองประเทศดังกล่าว

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ Investor State Dispute Settlement หรือ ISDS นั้นถือเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ International Investment Agreements หรือ IIAs ซึ่งอาจพบว่าถูกระบุเป็นการระงับข้อพิพาทในความตกลงรูปแบบต่าง ๆ ทั้งแบบทวิภาคและพหุภาคี เช่น ความตกลงการคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection Agreement : IPA) ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและ

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ”

คุ้มครองการลงทุน (Investment Promotion and Protection Agreement : IPPA) และ ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) เป็นต้น ในความตกลงดังกล่าวที่กำหนดให้สิทธินักลงทุนในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุน (Host state) ทั่วโลก ISDS ปรากฏอยู่ในความตกลง IIAs ที่รัฐจัดทำขึ้นระหว่างกันกว่า 3,000 ฉบับทั่วโลกเพื่อกำหนดสิทธิและความคุ้มครองที่นักลงทุนจะได้รับจากรัฐผู้รับการลงทุน โดยความคุ้มครองในความตกลง IIAs มีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างรัฐที่ทำข้อตกลงกัน และใน IIAs ส่วนใหญ่จะให้สิทธิคุ้มครองที่สำคัญ อาทิ (1) รัฐจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศคู่สัญญาไม่น้อยกว่าที่รัฐนั้นได้ปฏิบัติต่อคนชาติของตนและนักลงทุนต่างชาติอื่น (2) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนและการชดเชยความเสียหายจากการเวนคืนและเวนคืนทางอ้อม (3) สิทธิในการโอนเงินและผลกำไรโดยเสรีในสกุลเงินที่ใช้ได้โดยเสรี และ (4) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมเท่าเทียมและได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ (ในข้อนี้ค่อนข้างเป็นนามธรรมในการตีความหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น)

ในการกำหนดกลไก ISDS นั้นเกิดจากการที่ประเทศที่พัฒนาแล้วเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา ประเทศที่พัฒนาแล้วอาจไม่มั่นใจในกฎหมายและกระบวนการพิจารณาของประเทศนั้น ๆ จึงมีการกำหนดกลไก ISDS เพื่อเป็นเกราะคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติที่หากรัฐออกนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะและเกิดกระทบสิทธินักลงทุนต่างชาติ โดยการทำข้อตกลงที่มี ISDS นั้นเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐที่มีลักษณะต่างตอบแทน กล่าวคือข้อตกลงระหว่างรัฐดังกล่าวจะเป็นการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติในประเทศและคุ้มครองของนักลงทุนของตนที่เข้าไปลงทุนในต่างประเทศ เช่น หากประเทศไทยความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) กับประเทศ A โดย 1 ในข้อกำหนดระบุให้ สิทธิในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุนโดยกลไก ISDS ก็จะเป็นกรณีลักษณะต่างตอบแทนที่สามารถยกกลไก ISDS มาใช้ระหว่างนักลงทุนไทยกับประเทศ A หรือกรณีนักลงทุนประเทศ A ที่มาลงทุนในประเทศไทย เป็นต้น ในการใช้กลไก ISDS จึงเป็นการส่งเสริมการลงทุนทั้งด้านการส่งเสริม (Promotion) และด้านการคุ้มครอง (Protection) เพื่อประโยชน์ของนักลงทุนที่รัฐเข้าทำข้อตกลงแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty หรือ BITs) กล่าวคือ นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิอย่างไรหรือถูกปฏิบัติอย่างไรในประเทศไทยในทางกลับกันนักลงทุนก็สามารถยก ISDS เพื่อระงับข้อพิพาทในการลงทุนในรัฐที่เข้าทำข้อตกลงดังกล่าว

สำหรับรูปแบบของ กลไก ISDS ที่มักมีการระบุไว้ในความตกลง IIAs ได้แก่

(1) กระบวนการหารือ (Consulation) เป็นกลไกที่รัฐและนักลงทุนต่างชาติมีโอกาสหารือถึงข้อพิพาทบนพื้นฐานความสมัครใจ โดยนำปัญหาและข้อเสนอแนะมาปรึกษาหารือกัน เพื่อแก้ไขปัญหาพร้อมกัน ในกระบวนการหารือนี้ทำให้ทั้งสองฝ่ายสามารถจัดปัญหาตั้งแต่เริ่มต้น ลดปัญหาการเกิดข้อพิพาท

(2) กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions) เช่น การไกล่เกลี่ย (Mediation) การประนีประนอม (Conciliation) เป็นกรณีที่คู่พิพาทยินยอมให้บุคคล

ที่สามซึ่งเป็นคนกลางที่ไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาททำการช่วยเหลือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ทั้งสองฝ่ายยินยอมลดหย่อนผ่อนปรนให้แก่กันจนกระทั่งสามารถตกลงกันได้โดยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันต่อไป

(3) กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) วิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ ทำการพิจารณาชี้ขาด โดยคู่กรณีผูกพันที่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง คณะอนุญาโตตุลาการอาจให้รัฐชำระค่าชดเชยให้กับนักลงทุนตามจำนวนที่กำหนด

(4) การฟ้องคดีต่อศาลภายในประเทศของรัฐภาคี

รูปแบบของกลไก ISDS ที่เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติทั้ง 4 รูปแบบนั้นในแต่ละข้อตกลงจะใช้เครื่องมือใดขึ้นอยู่กับความตกลงของรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติซึ่งจากการศึกษาข้อมูลพบว่ารูปแบบวิธีการที่นิยม ได้แก่ การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะดำเนินตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration rules) ที่ความตกลงนั้นถูกกำหนดขึ้นโดย Arbitration forum/rules ที่มีการใช้บ่อยที่สุด ได้แก่ ICSID และ UNCITRAL Arbitration Rules ตามลำดับโดยอาจปรับเปลี่ยน Arbitration rules ได้ตามสมควรหากทั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน ทั้งนี้ ขั้นตอนการดำเนินการของกระบวนการคล้ายกัน ดังนี้

(1) นักลงทุนแจ้งต่อรัฐภาคีคู่พิพาทขอให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Notice of arbitration)

(2) ทั้งสองฝ่ายเลือกคณะอนุญาโตตุลาการและแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการ โดยส่วนใหญ่แต่งตั้งจำนวน 3 คน

(3) คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมาย (Applicable law) ที่กำหนดไว้ในความตกลงให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทซึ่งอาจเป็นกฎหมายของประเทศใดก็ได้ ขั้นตอนการพิจารณานี้อาจใช้เวลาหลายปี

(4) เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว โดยทั่วไปคำชี้ขาดนั้นถือเป็นที่สุดไม่สามารถอุทธรณ์ได้ หากชี้ขาดว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงฯ คณะอนุญาโตตุลาการอาจให้รัฐชำระค่าชดเชยให้กับนักลงทุนตามจำนวนที่กำหนดและผู้ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ศาลในประเทศภาคีของอนุสัญญาที่ยอมรับตามคำชี้ขาด

ทั้งนี้ ในมุมมองหนึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกลไก ISDS อาจเป็นการเพิ่มช่องทางให้นักลงทุนต่างชาติในการเรียกร้องค่าชดเชยในกรณีที่เห็นว่ารัฐละเมิดสิทธิของตน เพิ่มเติมจากการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศเพื่อพิจารณาข้อพิพาท หากแต่ในทางปฏิบัติคดีส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นมักเป็นการฟ้องโดยนักลงทุนต่างชาติจากประเทศพัฒนาแล้วต่อรัฐที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา กลไก ISDS ทำหน้าที่โดยไม่อยู่ใต้บริบทของกฎหมายและศาลใน

ประเทศ และเป็นการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบปิดลับ โดยไม่มีหน้าที่ที่จะต้องตีพิมพ์เผยแพร่คำวินิจฉัยหรือไม่จำเป็นต้องอนุญาตให้มีผู้สังเกตการณ์ระหว่างการพิจารณาและนอกจากนี้ยังไม่มียกเว้นในการอุทธรณ์คำสั่งต่างๆ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าตามกลไก ISDS นักลงทุนสามารถฟ้องคดีต่อรัฐได้แต่รัฐไม่สามารถฟ้องคดีนักลงทุนได้

3. ผลกระทบของกลไก ISDS ในความตกลงด้านการลงทุนที่รัฐไทยเป็นภาคี

หัวใจสำคัญของกลไก ISDS คือการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติดำเนินคดีกับรัฐเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงทำให้นักลงทุนเสียประโยชน์หรือการออกนโยบายใดที่เป็นเหตุที่ทำให้รัฐเข้ายึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่ส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความความหมายคำว่ายึดทรัพย์สินซึ่งการยึดทรัพย์สินไม่ได้หมายถึงเพียงการนำทรัพย์สินของนักลงทุนมาเป็นของรัฐ หรือการเวนคืนพื้นที่อุตสาหกรรมเท่านั้นแต่ยังตีความโดยกว้างถึงกรณีที่นักลงทุนจะได้รับผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตหรือการที่รัฐมีนโยบาย กฎเกณฑ์ใด ๆ ที่ออกมาใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องการลงทุนแล้วมีผลทำให้นักลงทุนเสียประโยชน์บางอย่างก็จะเป็นตีความว่าเป็นการยึดทรัพย์สินตามข้อตกลง FTAs หรือ BIT ที่มีอยู่ในข้อตกลง FTAs หรือ BIT นั้น หากรัฐมีการยึดทรัพย์สินทั้งโดยตรงหรือโดยทางอ้อมถือว่านักลงทุนเกิดความเสียหายและสามารถจะฟ้องเรียกค่าเสียหายให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวได้ แม้ว่านโยบายที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นประโยชน์กับประชาชนก็ตาม ดังเช่น กรณีอนุญาโตตุลาการตัดสินเรื่องบริษัททอลเตอร์บาวกับรัฐบาลไทยในคดีตอนเมืองโพลล์เวย์ที่รัฐบาลไทยแพ้คดีและต้องจ่ายค่าเสียหายที่ได้จากการเก็บภาษีของประชาชนจำนวนมหาศาลจนเกิดประเด็นที่รัฐกลับมาทบทวนถึงความเหมาะสมตามบริบทว่ารัฐไทยมีความพร้อมสำหรับการรับมือกับกลไก ISDS ที่นักลงทุนต่างชาติซึ่งมาจากประเทศที่พัฒนาเป็นกลุ่มประเทศที่มีเงินสนับสนุนการลงทุนที่สูงมีการผลักดันให้ใช้กลไก ISDS ในการเจรจาข้อตกลง BIT หรือ FTAs ที่ระบุในข้อบทในความตกลงโดยใช้กลไก ISDS ซึ่งความน่ากลัวของกลไก ISDS นี้ หากในความตกลงทั้งแบบทวิภาคีและพหุภาคีที่นักลงทุนต่างชาติจากประเทศที่มีอำนาจในการลงทุนอาจฟ้องรัฐบาลประเทศที่กำลังพัฒนาหากเกิดกรณีที่รัฐทำให้ผลกำไรหรือกำไรที่คาดว่าจะได้รับนั้นลดน้อยลง จึงอาจกล่าวได้ว่าอาจเป็นการเปิดช่องให้นักลงทุนที่มีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) โดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมาย (legal loopholes) เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน³

หากพิจารณาในทางปฏิบัตินั้นการบังคับใช้กลไก ISDS พบปัญหาและข้อบกพร่องในเรื่องของกระบวนการพิจารณาคดี ความโปร่งใส การตีความ และคำตัดสินชี้ขาดการใช้สิทธิไปทางที่ไม่ถูกต้องของนักลงทุนต่างชาติตลอดจนผลกระทบที่เกิดกับรัฐที่ส่งผลให้ระบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทไม่มีประสิทธิภาพและระยะเวลาการพิจารณาในกระบวนการ

³ สุรพี โพธิสาราช, “การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Thailand,” วารสารนิติ รัฐกิจและสังคมศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏ เชียงราย 1, ฉ.1 (มกราคม - มิถุนายน 2560).

อนุญาโตตุลาการที่ใช้ระยะเวลา 3 ถึง 5 ปีในการพิจารณา ซึ่งหากรวมกระบวนการก่อนเข้าอนุญาโตตุลาการ เช่น กระบวนการปรึกษาหารือ และการแจ้งการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แล้วนั้นพบว่าจะใช้เวลาประมาณ 8 ถึง 10 ปี สาเหตุที่ทำให้กระบวนการล่าช้าส่วนใหญ่เกิดจากพฤติกรรมของภาคีคู่กรณีที่ใช้กลไกการฟ้องร้องเกินสมควร การแปลเอกสารและหลักฐานของคดี กระบวนการวิธีพิจารณาคดีขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น และภายหลังจากการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นรัฐประสบปัญหาเรื่องภาระค่าใช้จ่ายซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่อาจต้องนำงบประมาณในการพัฒนาประเทศมาจ่ายชดเชย ค่าเสียหายให้กับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องทบทวนถึงความคุ้มค่า และการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศโดยรวม นอกจากนี้ยังอาจกระทบต่อสิทธิของภาคเอกชนในการเข้าถึงกลไก ISDS ของบริษัทขนาดกลางและขนาดย่อม

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าปัญหาส่วนหนึ่งเป็นเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่าย นอกจากนี้จากการศึกษาพบว่าความไม่ต่อเนื่องของคณะอนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาและการทำคำตัดสินชี้ขาดนั้นคณะอนุญาโตตุลาการมีลักษณะแบบเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) ซึ่งมีผลต่อการตีความกฎหมายหรือความตกลงด้านการลงทุนในแต่ละข้อพิพาทแตกต่างกันไปอันมีผลนำไปสู่คำตัดสินที่ไม่อาจคาดหมายได้และไม่มีการตั้งฐานที่ชัดเจน ความเป็นธรรมและความโปร่งใส ในการเข้าถึงข้อมูลของคู่กรณีพิพาท การเปิดเผยกระบวนการพิจารณา การรักษาความลับในกรณีที่ข้อมูลนั้นอาจเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือเป็นความลับทางด้านธุรกิจ เป็นต้น ตลอดจนข้อตกลงในกลไก ISDS ขาดกลไกการอุทธรณ์และความไม่แน่นอนและความไม่แน่นอนในการตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หากมองในทางกลับกันกลไก ISDS ไม่ได้มีเฉพาะผลกระทบที่เป็นด้านลบเท่านั้นในส่วนข้อดีของกลไก ISDS นั้นถือเป็นการสร้างความมั่นใจให้นักลงทุนว่าจะได้รับการคุ้มครอง ไม่ถูกกีดกัน กลั่นแกล้ง หรือโดนละเมิดจากการออกนโยบายของรัฐ เพราะหากมีเหตุใดก็ตามที่ขัดประโยชน์ของนักลงทุน นักลงทุนอาจไม่มั่นใจในกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย หรือเพื่อความรวดเร็วจึงเลือกที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายผ่านกลไก ISDS อีกทั้งในทั่วไปนักลงทุนมีมุมมองว่า ISDS จะส่งเสริมหลักการ Good Governance ของรัฐบาลได้ ซึ่งหากรัฐบาลดำเนินการโดยขาดความระมัดระวัง ไม่เป็นธรรม รัฐบาลก็มีความเสี่ยงที่จะถูกนักลงทุนฟ้องได้ และในการใช้กลไก ISDS เป็นการทำข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐตั้งนั้นการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติในไทยอย่างไร นักลงทุนไทยก็จะได้รับการปฏิบัติเช่นนั้นในรัฐที่เข้าไปลงทุน

4. วิเคราะห์สถานการณ์ปัจจุบันของ ISDS

แนวคิดในการพัฒนาโลก ISDS นั้นเกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 เป็นต้นมาได้มีแนวคิดในการปรับกลไก ISDS ให้มีความสมดุลมากยิ่งขึ้น โดยมีการให้ความสำคัญกับพื้นที่เชิงนโยบายของรัฐทำให้รัฐสามารถออกนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้โดยไม่ต้องหวงหวางจะเกิดการฟ้องร้อง

จากนักลงทุนต่างชาติแต่ยังคงคำนึงถึงสิทธิของนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองที่เป็นธรรม⁴ และหากพิจารณาย้อนกลับไปมองถึงปัญหาการฟ้องร้องของรัฐในลักษณะความตกลงแบบทวิภาคี BITs หรือ ความตกลงการค้าเสรี FTAs จะพบว่าในข้อตกลงในส่วนที่เป็นการใช้กลไก ISDS จะพบปัญหาการใช้ภาษาที่คลุมเครือ การตีความขอบเขตพันธกรณี ความซับซ้อนของ BITs และ FTAs อีกทั้งการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ นักกฎหมาย และนักลงทุนชาติที่มีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) ใช้ช่องโหว่ทางกฎหมาย (legal loopholes) เพื่อเรียกร้อยค่าเสียหายจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน เป็นต้น และสิ่งที่พบว่าเป็นปัญหาของการกลไก ISDS ในประเทศไทยนั้นพบว่าข้อตกลงแบบทวิภาคี หรือ BITs ยังขาดกลไกในส่วนของ การรับมือในกระบวนการของ ISDS และยังเชื่อมโยงถึงปัญหาทางด้านการลงทุนของไทยที่ยังขาดหน่วยงานที่ดูแลภาพรวมของนโยบาย การลงทุน และการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในกรณีที่เกิดข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐไทย

ประเทศไทยมีความตื่นตัวถึงประเด็น ISDS ในกรณีที่รัฐเข้าทำความตกลง RCEP (The Regional Comprehensive Economic Partnership) ซึ่งได้ข้อสรุปในสาระสำคัญในปี 2562 และภายหลังลงนามในเดือนพฤศจิกายน 2563 โดยทั้ง 15 ประเทศ สำหรับประเทศไทย รัฐสภาได้อนุมัติข้อตกลงในเดือนกุมภาพันธ์ 2564 และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกำลังดำเนินการแก้ไขกฎหมาย และกฎระเบียบภายในประเทศที่จำเป็น ก่อนที่ประเทศไทยจะสามารถให้สัตยาบันข้อตกลงและเมื่อพิจารณาพบว่าบทที่ 10 (เรื่องการลงทุน) ครอบคลุมสี่ด้านของการลงทุน ได้แก่การคุ้มครอง การเปิดเสรี การส่งเสริมและการอำนวยความสะดวก หัวข้อนี้เน้นเฉพาะการคุ้มครองการลงทุนเท่านั้น เป็นนำแปลกที่บทที่ 10 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ ISDS อย่างไรก็ตาม ข้อ 10.18 (แผนงาน) กำหนดให้ประเทศภาคีเข้าสู่การหารือเกี่ยวกับ ISDS และการใช้ข้อ 10.13 (การเวนคืน) กับมาตรการทางภาษีที่ถือเป็นการเวนคืนไม่เกินสองปีหลังจากวันที่ความตกลง RCEP มีผลใช้บังคับ และเพื่อสรุปข้อหารือภายในสามปีนับแต่วันที่เริ่มอภิปราย และประเด็นเกี่ยวกับ ISDS ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นครั้งแรกในระหว่างการศึกษารณีการเข้าร่วม CPTPP (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership) เกี่ยวข้องกับข้อกังวลที่ว่าหน่วยงานของรัฐจะถูกฟ้องผ่าน ISDS โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพวกเขาใช้มาตรการที่มีเป้าหมายเพื่อควบคุมการบริโภคยาสูบและแอลกอฮอล์ ตลอดจนการออกใบรับรองภาคบังคับ ความเป็นไปได้ดังกล่าวหลายคนแย้งว่า จะส่งผลให้เกิด “ความเยือกเย็นด้านกฎระเบียบ” ในส่วนของรัฐบาล⁵

⁴ MFA Thailand Channel, “รายการบันทึกสถานการณ์ : ประเด็น CPTPP : ทำความรู้จักกลไก ISDS (Investor-State Dispute Settlement),” 2564, <https://www.youtube.com/watch?v=XUxCSaS6AA>, สืบค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2565.

⁵ ไกรจักร อีรตยานันท์, “Thailand’s International Investment Agreements: Moving Towards A More Balanced Investment Protection Regime?,” 2564, <https://www.itd.or.th/en/itd-data-center/thailand-international-investment-agreements-moving-towards-a-more-balanced-investment-protection-regime/>, สืบค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2565

ในกรณีที่รัฐไทยทำความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BIT) ซึ่งจะมีข้อบทเกี่ยวกับมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุน ซึ่ง 2 มาตรฐานที่ถูกใช้ในการฟ้องคดีมากที่สุด คือ 1) การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment-FET) และ 2) หลักการเวนคืน (Expropriation) มีรายละเอียด ดังนี้

1) การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment-FET) เป็นหลักการที่ถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา ตัวอย่างอาจเห็นได้จาก NAFTA (1992) หรือ Thailand-Germany BIT (2002) ที่มีสาระสำคัญเหมือนกันว่า “รัฐต้องต่อปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม” โดยไม่มีการอธิบายเพิ่มเติมหรือนิยามความหมายของมาตรฐานนี้เป็นอย่างไรจึงเกิดปัญหาในการตีความว่าความเป็นธรรม ความเที่ยงธรรม ว่ามีขอบเขตเพียงใด

ต่อมาเห็นได้จาก USMCA (2020) ที่วางหลักการไว้เหมือนเดิมว่า รัฐต้องต่อปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม แต่ก็มีการอธิบายเพิ่มเติมในวรรคต่อมา มีสาระสำคัญว่า “เพื่อความชัดเจนแน่นอนมากขึ้น ข้อความในวรรคแรกเป็นการอ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ” (Minimum Standard of International Justice-MSIJ) ทำให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (FET) ถูกผูกเข้ากับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (MSIJ) ส่วนมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศนั้นมีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (FET) รวมไปถึงหน้าที่ในเรื่องไม่ปฏิเสธที่จะให้ความยุติธรรมทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง โดยรัฐ (obligation not to deny justice) และรวมไปถึงหลักกระบวนการยุติธรรม (principle of due process) แนวโน้มในปัจจุบัน รัฐพยายามตีความให้หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (FET) ให้เป็นคุณแก่รัฐมากขึ้น ซึ่งในส่วนนี้จะมีเรื่องการเวนคืนโดยอ้อมไว้ ทำให้มีความเสี่ยงในการตีความกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้น โดยที่อนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักเรื่องรัฐต้องเคารพความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาในการที่รัฐมีมาตรการเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณะ หากทำให้กระทบต่อความเชื่อโดยสุจริตของนักลงทุน (legitimate expectation) อาจถือว่าเป็นมาตรการที่เปรียบเสมือนการเวนคืนได้จึงแสดงให้เห็นว่าพันธกรณีของประเทศผู้รับการลงทุนถูกขยายเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งแม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ มาตรการนี้ก็อาจจะไม่ได้รับพิจารณาหรือถูกพิจารณาน้อยมากโดยอนุญาโตตุลาการได้ (อนุญาโตตุลาการอาจมองว่า มาตรการที่รัฐทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นคนละเรื่องกับสัญญา) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันไทยก็ไปลงทุนในประเทศอื่น แนวโน้มของความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) ก็อาจจะเปลี่ยนไปจากเดิมที่เราไม่ค่อยได้มีการพูดถึงประเด็นเหล่านี้ ก็จะได้มีการพูดถึงเพื่อทำความเข้าใจมากยิ่งขึ้น⁶

⁶ สัมมนาวิชาการเรื่อง “อนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและนักลงทุนตามสนธิสัญญา : อดีต ปัจจุบัน และอนาคต” วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2563 ณ ห้องจัด เศรษฐบุตร (Lt.1) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทำพระจันทร์ สัมมนา ดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของงานเชิดชูครุภุมายและรำลึก ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ประจำปี 2563

2) หลักการเวนคืน (Expropriation)

ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยหลักรัฐจะมีการเวนคืน 2 กรณี ได้แก่ (1) การเวนคืนโดยตรง (direct expropriation) และ (2) การเวนคืนโดยอ้อม (indirect expropriation) จากหลักการเวนคืนรัฐจะทำการเวนคืนไม่ได้เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ ทำตามขั้นตอนตามกฎหมาย (due process) และมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ (effective and adequate compensation)⁷ การเวนคืนโดยตรง (direct expropriation) โดยรูปแบบการเวนคืนโดยตรงนั้นเป็นกรณีที่รัฐเจ้าภาพจงใจยึดทรัพย์สินและโอนสิทธิ์ของตนให้ตนเองหรือหน่วยงานของรัฐ⁸ และการเวนคืนโดยอ้อม (indirect expropriation) ซึ่งหมายถึงการที่รัฐใช้มาตรการต่างๆ เช่น 1. การขอที่ดิน 2. บังคับขาย 3. การเรียกเก็บภาษีในอัตราที่สูง 4. การกีดกันผลกำไร 5. การแทรกแซงในการจัดการธุรกิจ 6. สิ้นสุดสิทธิต่างๆ เช่น ใบอนุญาต สัญญาหรือ หนี้สิน 7. การปิดกั้นและคุกคามพนักงาน และ 8. การห้ามส่งกำไรกลับประเทศ เป็นต้น

และหากพิจารณาความตกลงแบบทวิภาคี BITs นั้นมีเนื้อหาสำคัญ 3 ส่วน ได้แก่ (1) ขอบเขตของความตกลง (2) ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการลงทุนและการส่งเสริมการลงทุน และ (3) การระงับข้อพิพาท มีรายละเอียด ดังนี้

(1) ขอบเขตความตกลง ขอบเขตของความตกลงจะปรากฏอยู่ในเนื้อหาสองส่วน คือ ข้อทว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้ และคำนิยาม

1) ข้อทว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้ เป็นข้อบทสำคัญที่กำหนดขอบเขตการลงทุนและคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนตาม BITs และยังเป็นข้อบทที่ใช้ในการกำหนดวิธีการกลั่นกรองการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตาม BITs อันเป็นไปตามหลักการยอมรับการลงทุน ซึ่งมีหลักการว่า การลงทุนที่จะได้รับประโยชน์และการคุ้มครองตามตกลงควรจะเป็นการลงทุนที่เป็นประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้อาจกำหนดให้ต้องเป็นการลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment – FDI)⁹

⁷ United Nations Conference on Trade and Development, “Switzerland-Uruguay BIT (1988),” <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3004/switzerland---uruguay-bit-1988->, สืบค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2565.

⁸ Newcombe and L. Paradell, “Chapter 7 Expropriation” in *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (2009), p. 322.

⁹ การลงทุนในทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง การลงทุนโดยการซื้อทรัพย์สินไม่ว่าจะมีรูปร่างหรือไม่และได้รับผลตอบแทนในรูปแบบของรายได้หรือกำไร ซึ่งอาจเป็นการลงทุนจากบุคคลในประเทศ (Domestic Investment) และการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Investment) สำหรับการลงทุนจากต่างประเทศนั้นอาจแบ่งได้เป็น 1) การลงทุนทางตรง (Direct Investment) หมายถึง การลงทุนในกิจการที่ผู้ลงทุนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเป็นคนต่างชาติ และบุคคลนั้นเป็นเจ้าของและมีอำนาจจัดการในกิจการนั้น 2) การลงทุนในหลักทรัพย์ (Portfolio Investment) หมายถึง การลงทุนในหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัทผ่านตลาดหุ้นของประเทศที่ไปลงทุน 3) การกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ (International Loan) หมายถึง การกู้ยืมเงินจากประเทศหนึ่งเพื่อนำไปใช้ในโครงการหรือเพื่อลงทุนในอีกประเทศ

ที่ได้เข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุน (Post-establishment)¹⁰ แล้ว และได้รับการรับรองจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายของประเทศภาคีสัญญา ส่วนการกำหนด

2) คำนิยาม คือ บทนิยามสำคัญที่แสดงถึงขอบเขตของความตกลง Bits ได้แก่ นิยามคำว่า “นักลงทุน” และ “การลงทุน” โดยนิยามคำว่า “นักลงทุน” นั้น หมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่ถาวร หรือนิติบุคคลที่จัดตั้ง (Incorporated) หรือก่อตั้ง (Constituted) ในประเทศภาคีสัญญา สำหรับนิติบุคคลนั้นอาจต้องพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้น (Ownership) หรืออำนาจควบคุม (Control) ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมควบคู่กันไป ในการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับประเทศภาคีสัญญาเพื่อประโยชน์ในการได้รับการส่งเสริมหรือคุ้มครอง ส่วนนิยามคำว่า “การลงทุน” นั้น หมายถึง ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยไม่รวมถึงทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น โดยทั่วไปประกอบด้วย สหกรณ์ทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ หุ่น สิทธิเรียกร้องที่มีมูลค่าทางการเงิน ทรัพย์สินทางปัญญา และสัญญาสัมปทาน¹¹

(2) ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดหลักการดังต่อไปนี้

1) การปฏิบัติเกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนในประเทศภาคีสัญญาโดยใช้มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment: NT)¹² และมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-Nation – MFN)¹³ และมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) กล่าวคือ ประเทศผู้รับการลงทุนได้รับการคาดหมายว่าจะให้การคุ้มครองที่มีเหตุผลและปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอีกฝ่ายไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน หรือนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศที่สาม อย่างไรก็ตาม ประเทศ

¹⁰ ในขณะที่ BITS บางฉบับอาจมีขอบเขตกว้างกว่าโดยอาจรวมถึงการลงทุนก่อนที่จะเข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุน (Post-establishment) ด้วย

¹¹ สัญญาสัมปทานถือเป็นสัญญาของรัฐ (State Contracts) ประเภทหนึ่ง โดยสัญญาของรัฐ หมายถึง สัญญาระหว่างรัฐบาลกับคนชาติของประเทศอื่น เช่น สัญญาจ้าง สัญญาจัดหาบริการ สัญญาก่อสร้างและจัดการระบบขนส่ง สัญญาสัมปทานที่สิทธิแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติ โดยทั่วไป หากรัฐผิดสัญญาเหล่านี้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การระบุนิยามของคำว่า “การลงทุน” ให้หมายความรวมถึงสัญญาสัมปทานด้วย ย่อมทำให้ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทใน BITS ด้วย รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู มูจลินท์ นวลนัม และศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, “ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITS): พันธะและนโยบายเชิงนโยบาย, หน้า 16.

¹² เป็นหลักปฏิบัติแบบเปรียบเทียบซึ่งกำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอีกฝ่ายไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน

¹³ เป็นหลักปฏิบัติแบบเปรียบเทียบที่คล้ายคลึงกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่เป็นการเปรียบเทียบกับนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศที่สาม กล่าวคือ ในสภาวะการณ์ที่คล้ายคลึงกัน ประเทศผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีสัญญาไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศที่สาม

ภาคีสัญญาอาจกำหนดให้การคุ้มครองตามหลัก NT และหลัก MFN เป็นไปตามหลักต่างตอบแทน (a reciprocal basis) ก็ได้

2) การเวนคืนและค่าชดเชยความเสียหาย (Expropriation and Compensation) ซึ่งกำหนดมิให้ประเทศผู้รับการลงทุนเวนคืนทรัพย์สินของการลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาโดยไม่เป็นธรรมและการเวนคืนนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดและจะต้องมีการชดเชยความเสียหาย

3) การโอน (Transfer of funds) ซึ่งกำหนดให้การลงทุนหรือนักลงทุนสามารถโอนเงินหรือผลตอบแทนจากการลงทุนหรือที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนได้โดยเสรีและไม่ล่าช้ารวมถึงสกุลเงินและอัตราแลกเปลี่ยนโดยมีข้อยกเว้นบางประการ

4) เรื่องอื่นๆ เช่น ค่าชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses) ซึ่งกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดกับการลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ร้ายแรง เช่น สงคราม จลาจล หรือการใช้อาวุธ โดยรวดเร็วเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ และการรับช่วงสิทธิ (Subrogation) ซึ่งกำหนดให้มีการรับช่วงสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิอื่นให้แก่ผู้ที่จ่ายค่าชดเชยความเสียหายแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาไป

(3) การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlements) ซึ่งรวมถึงวิธีการ องค์กร ผลบังคับและค่าใช้จ่ายของการระงับข้อพิพาทนั้น อาจแบ่งได้ดังนี้ 1) การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศระหว่างรัฐภาคีสัญญา และ 2) การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญา

สำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสัญญาอาจกระทำเป็นขั้นตอนโดยเริ่มต้นจากการเจรจาหรือการปรึกษาหารือและสิ้นสุดลงที่อนุญาโตตุลาการ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันประเทศภาคีสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยประเทศภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการในส่วนของตนหรือกำหนดให้ประเทศภาคีสัญญาที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด

จากกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น มีหลายองค์การระหว่างประเทศที่เสนอแนวความคิดในการปฏิรูปกลไก ISDS เช่น คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ที่ได้มีการแต่งตั้งคณะทำงานที่ 3 ภายใต้กรอบของ UNCITRAL เพื่อรับผิดชอบการปฏิรูปกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนโดยแบ่งขั้นตอนการดำเนินงานออกเป็น 3 ขั้นตอน ประกอบด้วย ขั้นตอนที่ 1. การศึกษาและพิจารณาปัญหาในด้านกระบวนการและแนวทางปฏิบัติของกลไก ISDS ในปัจจุบัน ขั้นตอนที่ 2. การพิจารณาว่าการปฏิรูปจะช่วยแก้ไขข้อกังวลที่มีอยู่ได้อย่างไร และขั้นตอนที่ 3. การจัดตั้งคณะทำงานเพื่อทำการศึกษานำแนวทางการปฏิรูปกลไก ISDS แล้วเสนอต่อคณะกรรมาธิการเพื่อทำการพิจารณาต่อไป ซึ่งในปัจจุบันการดำเนินการของคณะทำงานฯ อยู่ในขั้นตอนที่ 1 โดยมุ่งให้เกิด

แนวทางการปฏิรูปที่สมดุระหว่างสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแลกับ การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ

นอกจาก UNCITRAL ที่เสนอแนวคิดการปฏิรูปกลไก ISDS แล้ว สหภาพยุโรปก็ได้เสนอแนวคิดใน การแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้อง ความไม่เป็นธรรมของอนุญาโตตุลาการ และความไม่โปร่งใสของกลไก ISDS ด้วยการจัดตั้งศาลการลงทุน (Investment Court System) และจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการประจำศาลแบบถาวร โดยสหภาพยุโรปได้ผลักดันแนวความคิดนี้ในความตกลงคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection Agreement: IPA) ที่สหภาพยุโรปเจรจา กับสิงคโปร์และเวียดนามซึ่งเป็นความตกลงแยกต่างหากออกมาจากความตกลง FTAs ที่สหภาพยุโรปเจรจา กับ 2 ประเทศนี้และนอกจากนี้ยังได้มีการเสนอให้เพิ่มกลไกการอุทธรณ์เข้ามาใน กระบวนการพิจารณาด้วยซึ่งสหภาพยุโรปมีความเห็นว่ากลไกนี้จะช่วยให้คู่กรณีมั่นใจถึงความโปร่งใสของการพิจารณาและความเป็นธรรมของคำตัดสินชี้ขาด อย่างไรก็ตามการระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้อาจไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับกลไก ISDS ในปัจจุบันได้เพราะการจัดตั้งศาลแบบถาวรและการเพิ่มให้มีการอุทธรณ์อาจนำไปสู่ระยะเวลาของการพิจารณาข้อพิพาทที่นานขึ้นและมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกถือเป็นอีกหนึ่งทางออกที่หลายองค์การให้ความสนใจในการแก้ไขปัญหา ใน เรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่าย ถึงแม้ว่ากลไก ISDS ในปัจจุบันกำหนดให้มีกระบวนการปรึกษาหารือเป็น กระบวนการก่อนนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางปฏิบัติแล้วมีเพียงส่วนน้อยที่ข้อพิพาทสามารถระงับไปได้ในขั้นตอนนี้อาจถึงเวลาที่ต้องส่งเสริมให้นักลงทุนและรัฐให้ความสำคัญกับกระบวนการ ก่อนเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท (pre-arbitral phase) มากขึ้น เช่น การไกล่เกลี่ย (mediation) การประนีประนอม (conciliation) และการจัดเจรจา (good offices) เป็นต้น ซึ่งการส่งเสริมอาจไม่เพียงพอใน การบังคับให้คู่ภาคี พิพาทปฏิบัติตามหลักการนี้ การทำแนวปฏิบัติกำหนดสิทธิหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่าง การระงับข้อพิพาท ทางเลือกและอนุญาโตตุลาการ อาจทำให้รัฐและนักลงทุนเลือกที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ และพยายามทำให้ ข้อพิพาทสำเร็จโดยมิต้องพึ่งพาการอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการปฏิรูปอยู่ในระยะเริ่มต้นเท่านั้นทุกฝ่ายยังจะต้องร่วมกันกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาในระยะยาวและไม่เป็นการเพิ่มภาระให้แก่ทุกฝ่าย และที่สำคัญรัฐไทยจะต้องเตรียมความพร้อมในด้านต่างๆไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนด หรือบุคลากรที่จะมีการเปลี่ยนแปลงในอนาคต

5. สรุป

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ หรือ กลไก ISDS นั้นมีขั้นตอนในลักษณะเดียวกันกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสัญญา คือ เริ่มต้นจากการเจรจาหรือการปรึกษาหารือ และหากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการดังกล่าวได้ คู่กรณีทั้ง

สองฝ่ายตกลงร่วมกันที่จะเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการยุติธรรมของประเทศผู้รับการลงทุนและการอนุญาโตตุลาการ และวิธีการในการระงับข้อพิพาทในกลไก ISDS นิยมใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะ ดังนี้

1) มีความรวดเร็ว ซึ่งการฟ้องคดีต่อศาลนั้นมีขั้นตอนมากและคู่ความยังสามารถอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปได้ทำให้เสียเวลามาก แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดรวดเร็วและไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก

2) ขจัดความยุ่งยากและสลับซับซ้อนของคดีได้ดี โดยปกติคู่กรณีจะตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาททำให้เข้าใจเรื่องที่พิพาทและพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้รวดเร็ว ซึ่งส่งผลให้การชี้ขาดข้อพิพาททำได้รวดเร็วและยุติธรรม หากเทียบกับการดำเนินคดีในศาลคู่ความไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ มาพิจารณาคดีให้ตนได้ ซึ่งก็ต้องมีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความ ทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างยากลำบากและล่าช้า และอาจมีปัญหาในการรับฟังพยานหลักฐาน เพราะต้องขึ้นอยู่กับว่าพยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความอธิบายได้ชัดเจนถูกต้องมากน้อยเพียงใด

3) มีการรักษาชื่อเสียงและความลับคู่กรณี โดยหลักการพิจารณาคดีของศาลต้องทำโดยเปิดเผย ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาของศาลได้ สื่อมวลชนก็อาจรับฟังและนำเสนอข่าวได้ง่าย ซึ่งอาจส่งผลเสียต่อภาพพจน์ทางธุรกิจและการรักษาความลับของคู่กรณี เว้นแต่ว่าจะมีการพิจารณาคดีเป็นการลับ ซึ่งก็จะมีเป็นบางคดีเท่านั้น แต่หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำเป็นการลับ เฉพาะคู่กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณา บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสรู้ข้อเท็จจริงโดยตรง จึงไม่รู้ว่าคู่กรณีมีข้อพิพาทกันหรือไม่ หรือมีกันอย่างไร จึงเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่พิพาทและความลับทางธุรกิจของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี และ

4) เป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี โดยหลักการแล้วนั้นหากนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั้นเป็นการต่อสู้คดีกัน และใช้เวลานานในการพิจารณาคดีกว่าคดีจะสิ้นสุดเพราะคดีสามารถอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปได้ ซึ่งส่งผลเสียต่อความสัมพันธ์ทางธุรกิจแต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทกันโดยตรง บรรยากาศในการพิจารณามีลักษณะเป็นมิตรกว่าการขึ้นศาลไม่เคร่งเครียด อีกทั้งไม่มีระบบที่ให้ผู้กรณีโต้แย้งหักล้างพยานหลักฐานกันอย่างเข้มข้นเพื่อเอาชนะคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทซึ่งอยู่ในวงการธุรกิจ ที่ส่วนใหญ่จะต้องคบค้าและประกอบธุรกิจกันต่อไปอีกในอนาคตและอาจเป็นกรณีคู่กรณีที่นักลงทุนต่างชาติไม่เชื่อมั่นในกฎหมาย หรือกระบวนการพิจารณาที่มีคู่ความเป็นรัฐว่าจะได้รับความเป็นธรรมหรือไม่ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลในการพิจารณา

ในขณะที่เดียวกันจะเห็นได้ว่ายังมีข้อกังขาต่างๆในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการกับนักลงทุนต่างชาติจึงมีแนวความคิดในการปฏิรูปกลไก ISDS เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนต่างชาติ เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาการคุ้มครองการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

(UNCITRAL) ซึ่งสหภาพยุโรปมีการเสนอแนวคิดในการแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้อง ความไม่เป็นธรรมของอนุญาโตตุลาการ และความไม่โปร่งใสของกลไก ISDS ด้วยการจัดตั้งศาล การลงทุน (Investment Court System) และจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการประจำศาลเพื่อให้ เป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนสอดคล้องกับความตกลงต่างๆ และสร้างความธรรมให้แก่นักลงทุน ต่างชาติมากยิ่งขึ้น ดังนั้นการศึกษาให้มีการจัดตั้งศาลการลงทุนจึงเป็นเรื่องน่าสนใจใน การศึกษาต่อไป

บรรณานุกรม

- ไกรจักร ชีรตยานันท์. “*Thailand’s International Investment Agreements: Moving Towards A More Balanced Investment Protection Regime?*.” 2564, <https://www.itd.or.th/en/itd-data-center/thailands-international-investment-agreements-moving-towards-a-more-balanced-investment-protection-regime/>, สืบค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2565.
- มจลินท์ นวลนิ่ม และศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์. *ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนโยบายเชิงนโยบาย*. ธนาคารแห่งประเทศไทย, 2553. หน้า 16.
- สุรพี โปธิสาราช. “การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Thailand.” *วารสารนิติ รัฐกิจและสังคมศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย* 1, ฉ.1 (มกราคม - มิถุนายน 2560).
- อำนาจ ตั้งศิริพิมาน. “การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ : ศาลการลงทุนทวิภาคี.” *วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 40, ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2565).
- อำนาจ ตั้งศิริพิมาน. “อนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและนักลงทุนตามสนธิสัญญา : อดีต ปัจจุบัน และอนาคต” 2563, <https://law.tu.ac.th/summary-seminar-arbitration-state-investor/>, สืบค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2565.
- MFA Thailand Channel. “รายการบันทึกสถานการณ์ : ประเด็น CPTPP : ทำความรู้จัก กลไก ISDS (Investor-State Dispute Settlement).” 2564, <https://www.youtube.com/watch?v=XUxCsCaS6AA>. สืบค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2565.
- Newcombe and L. Paradell, “Chapter 7 Expropriation” In *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (2009), p. 322.
- United Nations Conference on Trade and Development. “Switzerland-Uruguay BIT (1988).” <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3004/switzerland---uruguay-bit-1988->. สืบค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2565.