

ข้อต่อสู้ว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในการ  
อนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2566

Illegality in the act of investors as a defence in investor-state arbitration



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
FACULTY OF LAW  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2023

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ข้อต่อสู้ว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อ กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในการอนุญาตต่อผลการ ระหว่างรัฐกับนักลงทุน
โดย	นายต้นสกุลวงศ์ เพ็ชรฉกรรจ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

----- คณะบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

----- ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์กะ)

----- อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)

----- กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์)

ต้นสกุลวงศ์ เพ็ชรฉกรรจ์ : ข้อต่อสู้ว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อ  
 กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน. (   
 Illegality in the act of investors as a defence in investor-state arbitration) อ.  
 ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของ  
 คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำ  
 ของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงศึกษาแนวคิด หลักการ  
 และทฤษฎีทางกฎหมายที่มีผลต่อการพิจารณาและทำคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว จากหนังสือและ  
 บทความวิชาการต่างๆ เพื่อวิเคราะห์และกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการนำปัจจัยที่มีผลต่อการ  
 พิจารณาและการทำคำชี้ขาดมาปรับใช้กับประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยจากการศึกษาพบว่าคำชี้  
 ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของ  
 นักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนมีความไม่สม่ำเสมอ ซึ่งเพื่อเป็นการ  
 ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการพิจารณาและการทำคำชี้  
 ขาดคดีในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศควร  
 นำปัจจัยว่าด้วย ข้อกำหนดทางกฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิด เนื้อหาและความรุนแรง  
 ของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน และข้อยกเว้นอื่นๆ มาพิจารณาปรับใช้กับ  
 ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามลำดับ อันจะเป็นการวางแนวทางในการตัดสินคดีเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนยก  
 ข้อต่อสู้ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติซึ่งจะ  
 เป็นประโยชน์แก่รัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนต่างชาติ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่าง  
 ประเทศ รวมถึงวงการนิติศาสตร์ต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
 ปีการศึกษา 2566

ลายมือชื่อนิสิต .....  
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6380068834 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Host-state's defence, Award, Illegality investment

Tonsakunwong Phetchakun : Illegality in the act of investors as a defence in investor-state arbitration. Advisor: Asst. Prof. TIDARAT SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

This study examines the problem of inconsistency in the international investment arbitration awards, particularly regarding the host state's defense against actions by investor illegality who runs counter to the host state's domestic laws. The study also examines the legal concepts, principles, and theories relevant to the consideration and issuance of awards according to this issue from various academic books and articles to analyze and determine appropriate guidelines for applying factors affecting consideration and awarding to dispute issues that arise. The study reveals that the inconsistency in the enforcement of international investment arbitration awards in cases involving the host state's defense against investor illegality actions by foreign investors violating domestic laws creates an inconsistency. This inconsistency is characterized by a reluctance to afford protection to illegality investments within the legal framework. In addressing and awarding such disputes, the author suggests that international investment arbitration tribunals should consider legal requirements, the timeframe of the wrongful act, the proportion of the violence, the misconduct of the host state, and other relevant exceptions. These considerations should guide the tribunals in rendering awards that serve as guidelines for future cases that benefit to the host state, foreign investors, international investment arbitration and the jurisprudent

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2023

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีด้วย ความกรุณา ความช่วยเหลือ และการสนับสนุน จากบุคคลหลายท่าน ผู้วิจัยขอระลึกถึงพระคุณของทุกท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ขอกราบขอบคุณท่าน ผศ.ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิมรณสุข ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และ กรุณาถ่ายทอดความรู้ ให้คำปรึกษา คำแนะนำ และชี้แนะที่ เป็นประโยชน์แก่ผู้วิจัย รวมถึงเป็นกำลังใจกับผู้วิจัยตลอดมา จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำรวมทั้งข้อคิดที่เปี่ยมมุมมองใหม่ ๆ ในทางวิชาการให้กับผู้วิจัย และขอกราบขอบพระคุณ ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และสละเวลาอันมีค่าตรวจทานและให้คำแนะนำ และให้กำลังใจในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากขึ้น

ผู้วิจัยขอขอบคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่คอยอำนวยความสะดวกในระหว่างการจัดทำวิทยานิพนธ์จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้หากปราศจากกำลังใจจากบุคคลในครอบครัวของผู้วิจัย ตลอดจนเพื่อน ๆ ร่วมชั้นเรียนปริญญาโท ที่มีอยู่ตลอดระยะเวลาในการศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้วิจัยขออุทิศความดีความชอบเหล่านั้นให้แก่บุพการีและคณาจารย์ของผู้วิจัย แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

ต้นสกุลวงศ์ เพ็ชรฉกรรจ์

## สารบัญ

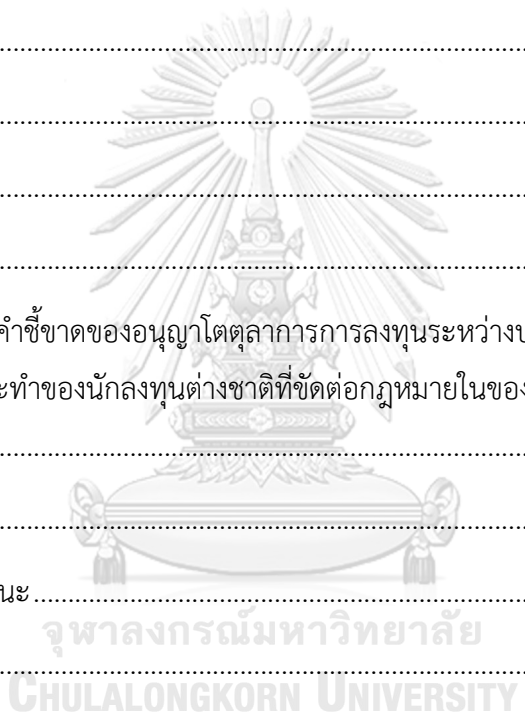
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....ค	
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... ง	
กิตติกรรมประกาศ..... จ	
สารบัญ..... ฉ	
บทที่ 1..... 10	
บทนำ..... 10	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 10	
1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย..... 14	
1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... 15	
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย..... 15	
1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับ..... 15	
1.7 ทบทวนวรรณกรรม..... 16	
บทที่ 2..... 1	
แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนต่างชาติและการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การ ลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน..... 1	
2.1 บทนำ..... 1	
2.2 การส่งเสริมและการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติตามสนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty)..... 3	
2.2.1 ความหมายของสนธิสัญญาการลงทุน..... 4	
2.2.2 ประเภทของสนธิสัญญา..... 4	
2.2.3 โครงสร้างและเนื้อหาสำคัญของสนธิสัญญาการลงทุน..... 5	
2.3 การลงทุนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน..... 12	

2.3.1 การลงทุน.....	13
2.3.1.1 การลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุน .....	13
2.3.1.2 การลงทุนตามการลงทุนตาม ICSID Convention.....	14
2.3.2 กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน .....	16
2.3.2.1 กฎหมายการลงทุนต่างชาติ .....	17
2.3.2.2 กฎหมายภายในอื่น .....	30
2.4 การปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการ ลงทุน .....	35
2.4.1 บ่อเกิดของกฎหมาย.....	35
2.4.1.1 สนธิสัญญา .....	36
2.4.1.2 หลักกฎหมายทั่วไป .....	44
2.4.1.3 นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ.....	50
2.4.2 การพิจารณาคดี.....	51
2.4.2.1 ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ(Jurisdiction).....	52
2.4.2.2 การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) .....	56
2.4.2.3 การพิจารณาในส่วนของมูลแห่งข้อพิพาท (merits).....	63
บทที่ 3.....	65
ความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่อง กระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน .....	65
3.1 บทนำ.....	65
3.2 การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอ อำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction).....	66
Fraport V. Republic of the Philippines.....	66
Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador.....	70
Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan .....	76



3.3 การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) .....	79
World duty free vs Kenya.....	80
Plama v Bulgaria.....	82
3.4 การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท (merits) .....	84
Tokios Tokeles v. Ukraine .....	85
Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana.....	90
Quiborax v. Bolivia.....	95
Gavrilovic v Croatia.....	98
Mamidoli vs Albania.....	102
Kardassopoulos v Georgia.....	106
3.5 แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน .....	109
บทที่ 4 .....	111
อภิปรายผล .....	111
4.1 ปัจจัยที่มีผลต่อความไม่เสมอสอดคล้องของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน .....	112
4.1.1 ข้อกำหนดทางกฎหมาย .....	112
4.1.1.1 ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง.....	112
4.1.1.2 ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัย.....	116
4.1.2 เนื้อหาและความรุนแรง.....	121
4.1.3 ช่วงเวลาในการกระทำความผิด .....	125
4.1.4 ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน .....	127

4.1.5.กรณีอื่นๆ .....	134
4.1.5.1 การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้ทำให้การลงทุนเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น.....	134
4.1.5.2 รัฐไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติได้ .....	135
4.2 แนวทางการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อ ต่อสู้อของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการ ลงทุน .....	136
ขั้นตอนแรก .....	137
ขั้นตอนที่สอง.....	138
ขั้นตอนที่สาม.....	138
ขั้นตอนที่สี่ .....	139
ขั้นตอนที่ห้า.....	140
4.3 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้อของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในศาลไทย .....	140
บทที่ 5 .....	151
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	151
5.1 บทสรุป.....	151
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	158
บรรณานุกรม .....	161
ประวัติผู้เขียน .....	169



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ไม่ว่าในฐานะของความชั่วร้าย (evil) ความชั่วร้ายอันจำเป็น (necessary evil) หรือ ความจำเป็น (necessity) การลงทุนต่างชาติได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของโลกอย่างมีอานุภาพได้มาตั้งแต่ครั้งอดีตกาล การเข้ามามีบทบาทสำคัญดังกล่าวประจักษ์ชัดโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการปลดปล่อยอาณานิคม (decolonization) เพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้ ทุนระหว่างประเทศภาครัฐ (public international fund) ที่มีอยู่แต่เดิมของแต่ละประเทศไม่เพียงพอกับความต้องการของรัฐที่เพิ่งได้รับเอกราชในการนำไปใช้ในการพัฒนาประเทศของตน การลงทุนจากต่างชาติโดยตรงจากภาคเอกชน (private direct foreign investment) จึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นแหล่งเงินทุนทดแทน<sup>1</sup> ประกอบกับภายหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต ซึ่งทัศนคติทางการเมืองและเศรษฐกิจได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากแต่เดิม ส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมกลายเป็นแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์กระแสหลักที่รัฐต่าง ๆ ยึดถือในการออกแบบนโยบายทางการค้าและการลงทุน การลงทุนโดยนักลงทุนเอกชนต่างชาติจึงถูกมองว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ<sup>2</sup>

เพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตน โดยเฉพาะในกรณีของประเทศที่มีระบบกฎหมายภายในไม่เอื้อต่อการลงทุนมากนัก เป็นเหตุให้มีความเสี่ยงและต้นทุนทางธุรกิจที่สูงอันเป็นอุปสรรคต่อการตัดสินใจลงทุนของภาคเอกชน ประกอบกับความต้องการที่จะคุ้มครองนักลงทุนของชาติตนในการลงทุนในต่างประเทศ รัฐทั้งหลายจึงเห็นพ้องต้องกันในการให้ความสำคัญกับการสร้างระบบกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นเพื่อคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนต่างชาติ โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างสภาวะแวดล้อมที่เป็นคุณต่อการลงทุนเพื่อประโยชน์

<sup>1</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า. 1.

<sup>2</sup> อานาจ ตั้งศิริพิมาน, การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า. 10.

ร่วมกันของทั้งนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนอันมีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุน เช่น การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม ( fair and equitable treatment:FET) การเวนคืน (expropriation) การให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security : FPS) การไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) การโอนเงินอย่างเสรี (free transfer) ผ่านทางการจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaty: BIT) สนธิสัญญาการลงทุน พหุภาคี (multilateral investment treaty: MIT) และสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อบทว่าด้วย การลงทุน (treaty with investment provisions: TIP) บนพื้นฐานทางความคิดที่ว่ารัฐทั้งหลายพึงลงนามในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเพื่อผูกพันตนตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติและการลงทุนต่างชาติตามข้อกำหนดที่ปรากฏในสนธิสัญญา<sup>3</sup>

เพื่อให้การส่งเสริมและการคุ้มครองนักลงทุนเกิดขึ้นได้จริง สนธิสัญญาการลงทุนโดยส่วนมากมักจะมีการกำหนดกระบวนการระดับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเอาไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับการพิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการที่มีความอิสระ เป็นกลาง และให้คำชี้ขาดที่สามารถบังคับได้ ซึ่งปัญหาสำคัญมีอยู่ว่าเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาลงทุนในรัฐใดรัฐหนึ่ง นักลงทุนต่างชาติอาจกระทำการบางประการ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่นักลงทุนได้รู้ ทราบ และเข้าใจถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างถูกต้องครบถ้วน แต่ได้กระทำการโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่อ กิติ หรือ เป็นเพราะเหตุที่ไม่ได้ศึกษาถึงกฎระเบียบภายในของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างเพียงพอ จึงได้กระทำการบางประการที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ประเด็นปัญหาจึงเกิดขึ้นในเบื้องต้นว่าเมื่อนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นบุคคลที่สนธิสัญญาการลงทุนมุ่งหมายที่จะให้การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะส่งผลอย่างไรต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติ นั้นถือว่าเป็นหนึ่งในข้อต่อสู้สำคัญที่รัฐผู้รับการลงทุนยกขึ้นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) เพราะหากอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดเป็นคุณกับรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว คดีจะไม่เข้าสู่ในชั้นของการพิจารณา

---

<sup>3</sup> Ibid. หน้า. 11

มูลแห่งข้อพิพาท(merits) ต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาการลงทุนมักจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้ ไม่ว่าจะปรากฏในบทนิยามของการลงทุน หรือ บทว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน ในลักษณะที่ว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นการลงทุนที่ทำการ “ตามกฎหมายและ ข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน” (in accordance with the host state's laws and regulations) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เพื่อเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองการลงทุนที่มีชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไอมานกับประเทศเยเมน ค.ศ. 1998 ที่ได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ในส่วนหนึ่งของคำนิยามการลงทุนว่า

*“การลงทุน” หมายถึง สินทรัพย์ใดๆที่นักลงทุนเป็นเจ้าของและที่ลงทุนโดยนักลงทุน ... และได้รับการยอมรับโดยรัฐผู้รับการลงทุนว่าเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ และได้มีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการลงทุน<sup>4</sup>*

โดยทั่วไปแล้วเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาตินั้นมักจะเป็นเหตุให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการ(jurisdiction) เนื่องจาก การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยินยอมของคู่สัญญาในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ และกระทบต่อการเคารพความซื่อสัตย์และไว้วางใจกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งเป็นความจำเป็นในการป้องกันไม่ให้ผู้เรียกร้องแสวงหาผลกำไรจากการกระทำผิดของตนเอง นอกจากนี้ยังจำต้องปฏิเสธเพื่อรักษาความสมบูรณ์ของระบบกฎหมาย โดยคณะอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมักให้เหตุผลไปในแนวทางที่ว่าเมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจมาในลักษณะของถ้อยคำของบทนิยามการลงทุน หรือ บทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน หากนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุน

<sup>4</sup> จุฬาลักษณ์ พินระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า. 121.

ดังกล่าวจะไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่อาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวปรากฏชัดในคดี Fraport V. Republic of the Philippines คดี Inceysa V. Republic of El Salvador และ คดี Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan

อย่างไรก็ตามปรากฏปัญหาสำคัญ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนมีความไม่สม่ำเสมอ กล่าวคือ ปรากฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งที่เห็นว่า แม้รัฐผู้รับการลงทุนจะยกข้อต่อสู้ว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นต่อสู้เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นอนุญาโตตุลาการยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ แต่ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทการลงทุนดังกล่าวนี้มีฐานมาจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องและไม่สมบูรณ์จึงใช้ดุลพินิจไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) กล่าวคือมิใช่เป็นการปฏิเสธการคุ้มครองเพราะขอบอำนาจ แต่เป็นการปฏิเสธเพราะความบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของข้อพิพาทนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น คดี World duty free vs Kenya และ Plama v Bulgaria

นอกจากนี้ยังปรากฏคำชี้ขาดในคดีซึ่งแม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้ และนักลงทุนต่างชาติก็ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกลับได้มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่า เป็นข้อพิพาทดังกล่าวยังคงเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) และมีความเหมาะสมสมควร (admissibility) ที่เข้าสู่ขั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท (merit) ต่อไป ยกตัวอย่างเช่น คดี Tokios Tokeles v. Ukraine และ Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana เป็นต้น

งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอ (inconsistency) ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องข้อต่อสู้ของรัฐว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในทางกฎหมาย จากหนังสือและบทความวิชาการ รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่น่าสนใจ นอกจากนี้ยังศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีทาง

กฎหมายที่มีผลต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อวิเคราะห์แนวทางของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดคดีในประเด็นดังกล่าว ซึ่งการศึกษาวิจัยนี้อาจเป็นประโยชน์ต่อรัฐผู้รับการลงทุนในการเตรียมพร้อมการดำเนินคดีในกรณีที่น่าจะปรากฏข้อเท็จจริงว่านักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นอย่างมาก เป็นประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติจะตระหนักถึงความสำคัญในการปฏิบัติตามกฎหมาย รวมถึงใช้ในการประกอบการตัดสินใจสำหรับการวางแผนการลงทุนโดยคำนึงถึงความเสี่ยงและผลที่จะได้รับจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังอาจเกิดประโยชน์แก่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จะรับทราบถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอและกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน
2. เพื่อศึกษา แนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายที่มีผลต่อการพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน
3. เพื่อวิเคราะห์และกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการนำหลักกฎหมายที่มีผลต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติ

## 1.3 สมมติฐานการวิจัย

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนมีความไม่สม่ำเสมอ (inconsistency) ซึ่งเพื่อเป็นการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว นั้น คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศควรนำปัจจัยว่าด้วย ข้อกำหนดทางกฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำผิด เนื้อหา

และความรุนแรงของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน และข้อยกเว้นอื่นๆ มาพิจารณาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามลำดับ

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การวิจัยนี้มุ่งในการศึกษาปัญหาความไม่สม่ำเสมอ (inconsistency) ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ จากหนังสือและบทความของนักวิชาการ รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ที่น่าสนใจ และศึกษาแนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายของที่มีผลต่อการพิจารณาและชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อวิเคราะห์แนวทางในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวต่อไป

#### 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการศึกษาและวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary research) เป็นหลัก โดยศึกษาปัญหาความไม่สม่ำเสมอ (inconsistency) ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ทั้งในทางกฎหมาย และในทางปฏิบัติจากหนังสือ บทความ วารสารทางวิชาการ วิทยานิพนธ์และคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้อง ศึกษาแนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายที่มีผลต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจากหนังสือ บทความ วารสารทางวิชาการ และวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง

#### 1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับ

(1) ทำให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้อง (inconsistency) ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนัก



ลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

(2) ทำให้เข้าใจแนวคิด หลักการ และทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในการ อนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

## 1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1.7.1. หนังสือ เรื่อง “หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการ ดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ” (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562) โดย นาถนิรันดร์ จันทรงาม

หนังสือเล่มนี้อธิบายความเบื้องต้นของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ พัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงสัญญาการลงทุน ช่วยเป็นพื้นฐานในการศึกษาประเด็นปัญหาว่าด้วยข้อต่อสู้อันเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมาย ของรัฐผู้รับการลงทุน

1.7.2. วิทยานิพนธ์ เรื่อง “ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2557) โดย จุฬาลักษณ์ พินระ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นพื้นฐานในการศึกษาการนำพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของนักลงทุนใช้ในการพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาด รวมทั้งปรากฏตัวอย่างคำชี้ขาดที่น่าสนใจเป็น อย่างมาก

## บทที่ 2

### แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนต่างชาติและการปฏิเสธการให้ความ คุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

#### 2.1 บทนำ

ครั้งหนึ่ง การลงทุนจากต่างชาติ เคยถูกมองว่าเป็นความชั่วร้าย ถึงแม้ว่าในบางคราวจะเป็นความชั่วร้ายที่จำเป็น แต่ในปัจจุบันกลับเป็นสิ่งสำคัญที่ได้รับการยอมรับกันอย่างสากล (Foreign investment was once viewed as an evil in certain quarters although at time necessary evil now it is universally viewed as necessity)

R. Doak Bishop, Jame R. Crawford, and W. Michael Reisman<sup>5</sup>

ในอดีตการลงทุนต่างชาติเคยถูกมองว่าเป็นภัยร้ายที่จะทำลายผลประโยชน์ของคนภายในประเทศ โดยเฉพาะในช่วงภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งเกิดการแยกตัวของประเทศตะวันตกหลายประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมายที่จะใช้นโยบายปกป้องผลประโยชน์ของตนเพื่อเสริมสร้างฐานะทางเศรษฐกิจให้พึ่งตัวเองมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ นำไปสู่ระบบเศรษฐกิจที่เรียกว่าระบบเศรษฐกิจแบบชาตินิยมผ่านการตั้งกำแพงภาษีเพื่อสกัดกั้นการนำเข้าและปรับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามด้วยสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปภายหลังเหตุการณ์การสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งจักรวรรดิอาณานิคมไม่สามารถจะรักษาไว้ซึ่งเป็นประเทศภายใต้อาณัติของตนได้จึงจำเป็นต้องมีการปลดปล่อยอาณานิคม (decolonization) ออกมา ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากเหตุการณ์ดังกล่าว คือ ประเทศซึ่งเพิ่งได้รับเอกราชเหล่านี้ต่างเป็นประเทศที่มีได้มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยส่งผลกระทบต่อปัญหาการขาดสภาพคล่องของทุนระหว่างประเทศภาครัฐ (public international fund) กล่าวคือไม่มีเงินทุนเพียงพอต่อการพัฒนาประเทศของตนภายหลังจากการประกาศเอกราช<sup>6</sup> ประกอบกับอิทธิพลของแนวความคิดเศรษฐกิจเสรีนิยมที่ได้แผ่ขยายเพิ่มมากขึ้นภายหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต ส่งผลให้การลงทุนต่างชาติซึ่งแต่

<sup>5</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 37.

<sup>6</sup> Ibid. หน้า. 1

เดิมเป็นสิ่งที่ถูกกีดกันจากรัฐแต่ละรัฐ กับกลายเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีอาจปฏิเสธได้ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ<sup>7</sup>

ตามหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน เมื่อมีการลงทุนต่างชาติเกิดขึ้นในรัฐใด การลงทุนเหล่านั้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐนั้น เมื่อกล่าวโดยทั่วไปแล้ว การลงทุนต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติ หรือ ได้รับความคุ้มครองในลักษณะใด ก็ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของรัฐผู้รับการลงทุนที่แสดงออกผ่านบทบัญญัติของกฎหมายภายในเป็นหลัก ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า การลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการคุ้มครองอย่าง มั่นคง (stable) เป็นคุณ (favorable) โปร่งใส (transparent) และคาดหมายได้ (predictable) กับเป็นสิ่งที่ผูกติดอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐซึ่งสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาตามความมุ่งหมายของรัฐแต่ละรัฐ อีกทั้งยังอ่อนไหวไปตามสภาวะการณ์ของสังคมจึงอาจก่อให้เกิดต้นทุนทางเศรษฐกิจที่เพิ่มสูงขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติ และสร้างอุปสรรครวมถึงความไม่แน่นอนในการลงทุนอีกหลายประการ<sup>8</sup>

เครื่องมือทางกฎหมายหลายชนิดได้ถูกนำมาใช้ในการลดต้นทุนทางเศรษฐกิจอันจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐผู้รับการลงทุนในการพัฒนาประเทศ และ ต่อผู้บริโภคที่จะได้ใช้สินค้าและบริการที่มีคุณภาพและราคาเหมาะสม อีกทั้งเพื่อเสริมสร้างและประกันความมั่นคงของนิติฐานะระหว่างผู้มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้อง (participant) เช่น การใช้สัญญาการลงทุน โดยการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถตกลงเข้าทำสัญญาการลงทุน (investment contract) เป็นการเฉพาะรายกับรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะปฏิบัติต่อนักลงทุนภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนดให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ปรากฏในสัญญา<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตาม ในทางระหว่างประเทศเครื่องมือที่ได้รับการยอมรับกันมากในที่สุดซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน อันเปรียบเสมือนใบเบิกทางสำคัญของนักลงทุนต่างชาติในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนระหว่างประเทศ คือ สนธิสัญญาการลงทุน ที่จะทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับ สิทธิ หรือ ประโยชน์บาง

<sup>7</sup> อำนาจ ตั้งศิริพิมาน, การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ:ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.10

<sup>8</sup> Ibid. หน้า. 12

<sup>9</sup> Ibid. หน้า. 13

ประการตามสนธิสัญญาการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติทั่วไปต่อการลงทุน และนักลงทุน รวมถึงการระงับข้อพิพาททางการลงทุน เป็นต้น<sup>10</sup>

ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมา คือ เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาลงทุนในอาณาเขตของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นสิ่งที่สนธิสัญญาการลงทุนมุ่งหมายที่จะคุ้มครอง ได้กระทำการบางประการอันเป็นการละเมิดกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน การกระทำดังกล่าวนั้นจะมีผลอย่างไรต่อการให้ความคุ้มครองรวมถึงการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน อีกทั้งจะมีผลเป็นอย่างไรต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดีในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

ในบทที่สองนี้จึงได้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วน ในส่วนแรก คือ การส่งเสริมและการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติตามสนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty) ซึ่งจะอธิบายถึงหลักการทั่วไปของสนธิสัญญาในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ ในส่วนที่สองจะว่าด้วยเรื่องของการลงทุนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน อันเป็นการกล่าวถึง ความหมายของการลงทุน และลักษณะของกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน และในที่สุดท้ายจะกล่าวถึง การปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยจะกล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนำมาใช้ รวมถึงการยกข้อต่อข้อต่อผู้ของรัฐในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน อีกทั้งผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งอาจเกิดขึ้นได้เมื่อมีพฤติกรรมการไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น

## 2.2 การส่งเสริมและการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติตามสนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty)

เพื่อส่งเสริมการลงทุนต่างชาติและเพื่อแก้ไขแก้ไขอุปสรรคในการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการลดความเสี่ยงของโครงการการลงทุนระยะยาว การสร้างเสถียรภาพและความแน่นอนของการลงทุน รวมถึงการยกระดับการดำเนินงานกิจการภายในของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนต่างชาติให้สูงขึ้น รัฐทั้งหลายต่างเห็นพ้องต้องกันในการสร้างสภาวะการณ์ที่เป็นคุณต่อการลงทุนเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทั้งนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน ผ่านทางการจัดทำสนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty) ซึ่งมีสถานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในกฎหมายการลงทุนระหว่าง

<sup>10</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.100.

ประเทศและเป็นหนึ่งในใบเบิกทางที่สำคัญในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนระหว่างประเทศ โดยการที่รัฐภาคีตกลงกันตามสนธิสัญญาในการใช้อำนาจอธิปไตยตกลงเข้าผูกพันตนจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อเป็นหลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีอื่นที่เข้ามาลงทุนในเขตแดนของตนว่าจะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา ฉะนั้น สนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty) จึงเป็นหนึ่งในเครื่องมือสำคัญที่นานาประเทศยอมรับและเลือกใช้ในการให้การส่งเสริมและการให้คุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ การศึกษาถึงลักษณะสำคัญรวมถึงรายละเอียดของสนธิสัญญาการลงทุนไม่ว่าจะเป็นในส่วนของ ความหมาย การให้ความคุ้มครอง และการระงับข้อพิพาทจะเป็นประโยชน์ในการทำความเข้าใจและพัฒนาต่อยอดเกี่ยวกับการส่งเสริมและการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนต่างชาติต่อไป<sup>11</sup>

### 2.2.1 ความหมายของสนธิสัญญาการลงทุน

สนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะความตกลงนั้นจะอยู่ในตราสารฉบับเดียว หรือ ตราสารหลายฉบับ และไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุนที่ทำลงโดยนักลงทุนของรัฐภาคีหนึ่งในดินแดนของรัฐภาคีหนึ่ง ซึ่งโดยปกติแล้ว สนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty) มักจะประกอบด้วยเอกสารเพียงฉบับเดียว แต่รัฐภาคีอาจทำ พิธีสาร (protocol) หรือ จดหมาย เพื่ออธิบายหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้ดังที่ปรากฏตัวอย่างในกรณีของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างไทยกับเยอรมนี ค.ศ. 1961 ซึ่งมีการทำพิธีสารต่อท้ายสนธิสัญญาฯ เพื่ออธิบายบทบัญญัติในสนธิสัญญาฯ พิธีสารและจดหมายต่อท้ายดังกล่าวจึงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาการลงทุนและมีผลผูกพันเช่นเดียวกันกับสนธิสัญญาการลงทุน<sup>12</sup>

### 2.2.2 ประเภทของสนธิสัญญา

สนธิสัญญาการลงทุน สนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment treaty, IIT) หรือความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment agreement, IIA) สามารถแบ่งประเภทโดยพิจารณาเนื้อหาเป็น 3 ประเภทคือ

<sup>11</sup> Ibid. หน้า 101

<sup>12</sup> Ibid. หน้า 102

- (1) สนธิสัญญาการลงทุน ทวิภาคี (bilateral investment treaty, BIT)
- (2) ความตกลงเศรษฐกิจทวิภาคีซึ่งมีบทบัญญัติ ว่าด้วยการลงทุน (bilateral economic agreement with investment provisions) และ
- (3) ความตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุนซึ่งเกี่ยวข้องกับรัฐมากกว่า 2 รัฐ (investment-related agreement involving more than two states)<sup>13</sup>

### 2.2.3 โครงสร้างและเนื้อหาสำคัญของสนธิสัญญาการลงทุน

สนธิสัญญาการลงทุน (investment treaty) เป็นสนธิสัญญาที่มีความมุ่งหมายในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่การลงทุน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาการลงทุนจะประกอบไปด้วยเนื้อหาสำคัญ 5 ประการ คือ ชื่อและความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา บทนิยามและขอบเขตการปรับใช้ มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุน การระงับข้อพิพาทการลงทุน และ ระยะเวลา รวมถึงการสิ้นสุดของสัญญาซึ่งสามารถอธิบายเบื้องต้นได้ดังนี้<sup>14</sup>

**ประการแรก ชื่อและความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา** สนธิสัญญาการลงทุนแต่ละฉบับจะมีชื่อและอารัมภบท (title and preamble) สำหรับสนธิสัญญาของตัวเอง อันสะท้อนให้เห็นถึงเป้าหมายโดยรวมของสนธิสัญญาในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยในกรณีของ สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี มักจะมีการระบุถึงชื่อของรัฐภาคีในสนธิสัญญาด้วย เช่น ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997) เป็นต้น<sup>15</sup>

สำหรับอารัมภบทของสนธิสัญญานั้นเป็นสิ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้ระบุถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ (Object and purpose) ของสนธิสัญญา ยกตัวอย่างเช่น เพื่อยกระดับความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐภาคีและสร้างบรรยากาศที่เป็นคุณแก่การลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้แม้ว่าชื่อและอารัมภบทของสนธิสัญญาการลงทุนจะได้กำหนดพันธกรณีตามกฎหมาย

<sup>13</sup> Ibid. หน้า 103

<sup>14</sup> Ibid. หน้า 104

<sup>15</sup> Ibid. หน้า. 105

ที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตาม แต่ถึงกระนั้นองค์ประกอบทั้งสองส่วนนี้ก็กลับเป็นส่วนสำคัญในการช่วยตีความบทบัญญัติอื่น ๆ ของสนธิสัญญา เนื่องจากตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 31(1) ได้มีการระบุให้นำวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญามาเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่ใช้ในการประกอบการตีความ ซึ่งวัตถุประสงค์หรือความมุ่งประสงค์ดังกล่าวปรากฏตามชื่อและอารัมภบทของสนธิสัญญานั้นเอง<sup>16</sup>

**ประการที่สอง คำนิยาม** เป็นองค์ประกอบสำคัญซึ่งปรากฏในตอนต้นของสนธิสัญญาการลงทุนที่ใช้กำหนดถึงคำนิยามของถ้อยคำและขอบเขตการปรับใช้สนธิสัญญา (definition and scope of application) สำหรับคำนิยามที่มีความสำคัญในสนธิสัญญาการลงทุน ได้แก่ คำนิยามของคำว่า “การลงทุน”(investment) และ “นักลงทุน”(investor) เพราะเป็นสิ่งที่สนธิสัญญาการลงทุนมุ่งหมายที่จะให้ความส่งเสริมและคุ้มครอง ฉะนั้นเฉพาะแต่ “การลงทุน”(investment) และ “นักลงทุน”(investor) ตามสนธิสัญญาเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา หากมิใช่ “การลงทุน”(investment) และ “นักลงทุน”(investor) ตามบทนิยามของสนธิสัญญาแล้วก็มีสิทธิหรือได้รับประโยชน์ตามสนธิสัญญา<sup>17</sup> ยกตัวอย่างเช่น การให้ความส่งเสริมและคุ้มครองตามมาตรฐานการปฏิบัติทั่วไปต่อการลงทุนและนักลงทุน หรือ การระงับข้อพิพาทไม่ยกตัวอย่างเช่น ตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994)<sup>18</sup> ข้อ 1 ได้กำหนดบทนิยามของคำว่าการลงทุนไว้ว่า

“การลงทุน” หมายถึง “สินทรัพย์ทุกประเภทที่ผู้ลงทุนของภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายหนึ่งลงทุนในอาณาเขตของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามกฎหมายและข้อบังคับของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและให้รวมสิ่งต่อไปนี้ด้วย

/ A / สั่งหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์และสิทธิในทรัพย์สินอื่นใด เช่น การจำนอง สิทธิยึดหน่วง การจำนำ และสิทธิที่คล้ายคลึงกัน;

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid. หน้า106

<sup>18</sup> "Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/33e61250-ff2c-4392-ba82-7d514fda51ed>

/ B / หุ้นบริษัท พันธบัตรและหลักทรัพย์อื่น ๆ หรือการมีส่วนร่วมในบริษัทในรูปแบบอื่น

/ C / การเรียกร้องเงินหรือกิจกรรมมูลค่าทางเศรษฐกิจใด ๆ

/ D / สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ สิทธิบัตร แบบจำลองทางอุตสาหกรรม กระบวนการทางเทคนิค ความรู้ความชำนาญ ความลับทางการค้า ชื่อทางการค้า และค่าความนิยม

/ E / สิทธิใด ๆ ที่ได้รับตามกฎหมายหรือสัญญา และใบอนุญาตและการอนุญาตใด ๆ ตามกฎหมาย รวมถึงสัมปทานในการสำรวจ สกัด แปรรูป หรือใช้

การลงทุนในรูปแบบของการเปลี่ยนแปลงจะไม่ส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติต่อการลงทุน โดยมีเงื่อนไขว่าการแก้ไขดังกล่าวไม่ได้ให้กฎหมายการลงทุนแก่ภาคีผู้ทำสัญญาซึ่งมีอาณาเขตของตน

Article 1(1) of the BIT defines "investment" as " The term "investment" means any kind of assets invested on the economic activity of one Contracting Party to investors of the other Contracting Party's territory under its laws and procedures, and, in particular, though not always, include:

/ A / movable and immovable property and any other property rights, such as mortgage, lien, pledge and similar rights;

/ B / company shares, bonds and other securities, or other forms of participation in the company;

/ C / claims to money or to any economic value activities;

/ D / intellectual property rights, including copyrights, trademarks and service marks, patents, industrial models, technical processes, know-how, trade secrets, trade names and goodwill;



/ E / any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to laws, including concessions for natural resources exploration, extraction, processing or use.

Any investment in the form of change will not affect the treatment of investments, provided that such amendment does not give the Contracting Party in whose territory the investment laws.

**ประการที่สาม มาตรฐานการปฏิบัติทั่วไปต่อการลงทุนและนักลงทุน** คือ บรรดาพันธกรณี ทั้งหลายที่รัฐภาคีมีต่อการลงทุนและนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นแก่น หรือหัวใจสำคัญของการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติตามสนธิสัญญาการลงทุนเนื่องจากเป็น “สิทธิ” หรือเป็น “ประโยชน์” ที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับจากรัฐผู้รับการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น

การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment: FET)

การให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security: FPS)

การไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ซึ่งประกอบ ด้วย การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment: NT) และ การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับ ความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation treatment: MFN)

การเวนคืน (expropriation)

มาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (minimum standard of treatment, MST)

ข้อห้าม (umbrella clause)

การโอนเงินโดยเสรี (free transfer) เป็นต้น<sup>19</sup>

<sup>19</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.108

**ประการที่สี่ การระงับข้อพิพาท** แม้ว่าหัวใจสำคัญของสนธิสัญญาการลงทุนจะเป็นมาตรฐานการปฏิบัติทั่วไปต่อการลงทุนและนักลงทุนดังที่กล่าวไปในหัวข้อก่อน แต่อย่างไรก็ตามการจะสร้างสภาพการณ์ที่เอื้อต่อการลงทุนให้เกิดขึ้นได้จริงนั้น จำต้องอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ รวมถึงมีองค์กรทางกฎหมายที่สามารถให้ความเป็นที่สุดและสามารถมีค่าบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่นักลงทุนต่างชาติเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นได้ มิเช่นนั้นแล้วการบัญญัติมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนต่างๆให้อยู่ในรูปแบบของสนธิสัญญาที่มีความมั่นคงหนักแน่นก็คงมีสถานะเป็นเพียง“กฎหมายอย่างอ่อน” (soft law) ซึ่งไม่สามารถบังคับได้ก็เท่านั้น<sup>20</sup>

เพื่อให้การคุ้มครองนักลงทุนเกิดขึ้นได้จริง สนธิสัญญาการลงทุนโดยส่วนมากมักจะมีการกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนโดยวิธีการต่าง ๆ โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment arbitration) อันเป็นหลักประกันในการที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับการพิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการที่มีความอิสระ เป็นกลาง และให้คำชี้ขาดที่สามารถบังคับได้ ยกตัวอย่างเช่นความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994<sup>21</sup> (Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) ข้อ 8(2)/A ซึ่งได้กำหนดว่า

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนและไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้ ( 8(2)/A/ If any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party can not be resolved within 6 months, the investor may submit the dispute to: / A / the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), based on the application in 1965. Washington signed the Convention on the Settlement of Investment Disputes

<sup>20</sup> อานาจ ตั้งศิริพิมาน, การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.

17

<sup>21</sup> "Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments." "Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments."

between States and Nationals of Other States, shall be provided both Contracting Parties are Parties to this Convention)

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปจะวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและหลักการ อนุญาโตตุลาการที่ปราศจากการตกลงกันเป็นส่วนตัวระหว่างคู่กรณี (the doctrine of arbitration without privity) กล่าวคือ หากผู้ใดมีคุณสมบัติเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนแล้วก็สามารถอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ คือ หลักอิสระของคู่พิพาท (party autonomy) อันเป็นที่มาของลักษณะที่สำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการหลายประการ ยกตัวอย่างเช่น ความยืดหยุ่นของกระบวนการพิจารณา และการมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดีโดยคู่พิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาคดีเฉพาะในส่วนของข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่แต่งตั้งตนขึ้นมาเท่านั้น และเมื่อได้ดำเนินกระบวนการรวมถึงทำคำชี้ขาดเป็นที่เรียบร้อยแล้ว อำนาจหน้าที่ของ คณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง<sup>22</sup>

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น คู่พิพาทสามารถเลือกใช้อุญาโตตุลาการอยู่สองลักษณะคือ การอนุญาโตตุลาการสถาบัน (institutional arbitration) และการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) การอนุญาโตตุลาการสถาบันนั้น ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID Centre) การอนุญาโตตุลาการโดยหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce, ICC) การอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration, PCA) เป็นต้น ส่วนการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจนั้น มักเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนให้สิทธินักลงทุนดำเนินการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

<sup>22</sup> ศฤงคาร วิเชียรรัตน์, "ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับแนวทางพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ย" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2564), หน้า.26

ด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Arbitration Rules) หรือภายใต้กฎเกณฑ์อื่นที่ คู่กรณีกำหนดไว้<sup>23</sup>

สำหรับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการและการบริหารจัดการคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ (arbitral rules) ที่ถูกออกแบบไว้ใน สนธิสัญญาการลงทุน โดยข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่มักถูกนำมาใช้มากที่สุดคือ ข้อบังคับ การอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL ซึ่งความแตกต่างสำคัญระหว่างข้อบังคับของ ICSID กับ UNCITRAL คือ ข้อบังคับ การอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้นอยู่ภายใต้อนุสัญญา ICSID (the ICSID Convention) ที่มีกลไกการระงับข้อพิพาทเป็นของตนเอง (self-contained system) โดยการ บริหารจัดการข้อพิพาทต่าง ๆ รวมไปถึงการเพิกถอนคำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามข้อบังคับการ อนุญาโตตุลาการของ ICSID ในทางกลับกัน ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (the UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อบังคับดังกล่าวจะให้อำนาจกับศาลท้องถิ่นในการพิจารณาไม่ บังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ปี ค.ศ. 1958 (the New York Convention 1958)<sup>24</sup>นั่นเอง

### ประการที่ห้า ระยะเวลาและการสิ้นสุดของสัญญา

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาการลงทุนจะมีการกำหนดระยะเวลาใช้บังคับ (duration) เอาไว้ ซึ่งโดยส่วนมากจะกำหนดไว้อย่างต่ำ 10 ปี ซึ่งในระยะเวลาดังกล่าวนี้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ รัฐผู้รับการลงทุนสามารถนำมาตราการที่จำเป็นมาใช้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย รวมถึงเพื่อคุ้มครอง ชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือ พันธุ์พืช รัฐภาคีอาจปฏิเสธไม่ให้นักลงทุนต่างชาติของอีกรัฐ ภาคีหนึ่งได้รับผลประโยชน์ (denial of benefits) ตามสนธิสัญญาการลงทุนก็ได้ หากปรากฏ ข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ เช่น การกำหนดการยกเว้นพันธกรณีในกรณีที่นักลงทุนไม่มีกิจกรรมทาง ธุรกิจที่เป็นสาระสำคัญ (substantial business activity) มาตรกดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นข้อยกเว้น ของพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนซึ่งเรียกว่า มาตรกดที่ไม่ต้องห้าม (non-precluded

<sup>23</sup> Ibid. หน้า 27

<sup>24</sup> Ibid. หน้า 28

measure, NPM) ด้วยเหตุนี้ มาตรฐานการปฏิบัติต่อการลงทุนต่างชาติตามสนธิสัญญาทั้งหลายจึงมิใช่สิทธิที่เด็ดขาดของนักลงทุนต่างชาติแต่อย่างใด<sup>25</sup>

นอกจากนี้แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะสิ้นสุดลงก็ได้หมายความว่า การคุ้มครองตามสนธิสัญญาจะสิ้นสุดลงในทุกกรณี เนื่องจากสนธิสัญญาอาจมีการกำหนดคุ้มครองการลงทุนที่เกิดขึ้นก่อนการสิ้นสุดสนธิสัญญาให้ยังคงได้รับการคุ้มครองต่อไปได้ในเวลาที่กำหนด เช่น 10 ปี หรือ 15 ปี บทบัญญัติที่กำหนดความคุ้มครองการลงทุน แม้สนธิสัญญาจะสิ้นสุดลงแล้วเป็นที่รู้จักกันในชื่อว่าข้อบทที่กำหนดการสิ้นสุดการปรับใช้สนธิสัญญา หรือ sunset clause<sup>26</sup>

### 2.3 การลงทุนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

สนธิสัญญาการลงทุน เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่การลงทุน การลงทุน (investment) จึงเป็นสิ่งที่สนธิสัญญาการลงทุนมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเป็นสำคัญ การกำหนดค่านิยมของการลงทุนจึงเป็นสิ่งสำคัญมากในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองการลงทุน เพราะเฉพาะแต่การลงทุนตามความหมายของสนธิสัญญาเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา สินทรัพย์ (asset) หรือ ธุรกรรม (transaction) อื่นใดที่อยู่นอกเหนือจากบทนิยามของการลงทุนหาเป็นสิ่งที่สนธิสัญญาการลงทุนให้ความคุ้มครองไม่ ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการลงทุนเป็นสาระสำคัญในเชิงเนื้อหาของสนธิสัญญาการลงทุน (ratione materiae)

ในเชิงวิธีสารบัญญัติ หรือ การการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment arbitration) การมีอยู่ของการลงทุนถือว่าเป็นประเด็นของขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งถ้าหากสินทรัพย์ (asset) หรือ ธุรกรรม (transaction) ใดมิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาแล้ว จะส่งผลให้นักลงทุนไม่มีอำนาจฟ้องคดีเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาท (jurisdiction) ดังกล่าว การมีอยู่ของการลงทุนจึงเป็นคำถามว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (jurisdiction question) ดังนั้น การศึกษาว่าการลงทุนได้แก่ธุรกรรมทางเศรษฐกิจใด รวมถึงการศึกษาถึงลักษณะ

<sup>25</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 11

<sup>26</sup> Ibid.

ของกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจึงเป็นเรื่องสำคัญที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ในการทำความเข้าใจสาระสำคัญในเชิงเนื้อหาของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>27</sup>

### 2.3.1 การลงทุน

การกำหนด ความหมาย หรือ บทนิยามของคำว่าการลงทุนมีความสำคัญเนื่องจากสินทรัพย์ หรือ ธุรกิจใด จะได้รับการส่งเสริม หรือ ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดบทนิยามของการลงทุน นิยามและความหมายของการลงทุนจึงเป็นจุดเริ่มต้นในการได้รับสิทธิหรือประโยชน์ตามสนธิสัญญานั้นเอง ซึ่งในที่นี้จะขอกว่าความหมายของการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนและตาม ICSID Convention เป็นสำคัญ

#### 2.3.1.1 การลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุน

การศึกษาถึงการให้นิยามความหมายของการลงทุนนั้นสามารถเริ่มต้นได้จากบทนิยามการลงทุนที่ปรากฏตามสนธิสัญญาการลงทุนซึ่งจะเป็นตัวกำหนดว่า สินทรัพย์ หรือธุรกิจใดเป็นการลงทุนที่สนธิสัญญามุ่งหมายที่จะคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าสนธิสัญญาแต่ละสนธิสัญญามีได้มีกำหนดความหมายของ “การลงทุน” ที่เหมือนกันอย่างชัดเจนจึงยังไม่มีคำนิยามของ “การลงทุน” ที่ได้รับการยอมรับร่วมกันเป็นการทั่วไป สนธิสัญญาการลงทุนบางส่วนจึงกำหนดให้การลงทุนมีความหมายที่กว้างอย่างยิ่ง โดยครอบคลุมทั้งการลงทุนโดยตรง (direc investment) การลงทุนโดยอ้อม (indirect investment) ธุรกิจร่วมสมัยที่อยู่บนพื้นฐานของ สัญญา และธุรกิจร่วมสมัยอื่น ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ<sup>28</sup>

อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาการลงทุน อีกส่วนหนึ่งได้กำหนดคำนิยามของ “การลงทุน” ที่จำกัด โดยยังคงอ้างอิงกับข้อความคิดว่าด้วย การลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ และ/หรือจำกัดการลงทุนบางประเภทออกไป ดังนี้ จึงอาจกล่าวโดยรวมได้ว่า คำนิยามหลักของคำว่าการลงทุนที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุน ได้แก่ คำนิยามอย่างกว้างที่อยู่บน พื้นฐานของสินทรัพย์ ส่วนการจำกัดการลงทุนบางรูปแบบออกจากการคุ้มครองตามสนธิสัญญาเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น

แม้ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏนิยามของ “การลงทุน” ที่ได้รับการยอมรับร่วมกันเป็นการทั่วไปดังที่กล่าวไปข้างต้น แต่ถึงกระนั้นเมื่อพิจารณาจากคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะ

<sup>27</sup> Ibid. หน้า 147

<sup>28</sup> Ibid. หน้า 154

อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ในช่วงหลายปีที่ผ่านมาแล้วจะพบว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Center for Settlement of Investment Disputes) ซึ่งล้วนแล้วแต่มีฐานมาจากบทบัญญัติสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaty, BIT) มักกำหนดรูปแบบของคำนิยามของการลงทุนในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน โดยกำหนดคำนิยามของการลงทุนไว้ในมาตราแรก ๆ ร่วมกับคำนิยามของคำสำคัญอื่น ๆ สำหรับ ถ้อยคำที่ใช้ในการกำหนดคำนิยามดังกล่าวนั้น มักเป็นถ้อยคำทั่วไปอย่างกว้างที่แสดงถึง ความเป็นประเภทเดียวกัน (ejusdem generis formula) ของธุรกรรมทางเศรษฐกิจ (economic transaction) ที่รัฐภาคีกำหนดให้เป็นการลงทุน เช่น การนิยามให้การลงทุนรวมถึงสินทรัพย์ ทุกประเภท (every kind of asset) หรือสินทรัพย์ประเภทใด ๆ (any kind of asset) ซึ่งอาจ เรียกข้อกำหนดส่วนนี้ว่า บทนำ(chapeau) ก็ได้<sup>29</sup>

### 2.3.1.2 การลงทุนตามการลงทุนตาม ICSID Convention

การมีอยู่ของการลงทุน (existence of investment) มีความสำคัญในการพิจารณาความคุ้มครองในทางวิธียาธิปไตยภายใต้ ICSID Convention กล่าวคือ การลงทุนเป็นเงื่อนไขของอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในเชิงเนื้อหา (jurisdiction *ratione materiae*) ของ ICSID Centre ดังนั้น แม้ว่าสัญญาการลงทุน กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน และ/หรือ สนธิสัญญาการลงทุนได้แสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของการลงทุนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็ยังคงพิจารณาว่าการลงทุนตามตราสารเหล่านั้นเป็นการลงทุนตาม ICSID Convention หรือไม่ ถ้าคู่กรณีในตราสารดังกล่าวได้กำหนดให้ระงับข้อพิพาททางการลงทุนภายใต้ ICSID Convention <sup>30</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าตาม ICSID Convention มิได้มีการกำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้เป็นการเฉพาะเนื่องจากเกรงว่าคำนิยามที่เคร่งครัดตายตัวจะจำกัดขอบเขตของ ICSID Convention และนำไปสู่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่จำเป็น การตัดสินใจว่าการลงทุนประเภทใดบ้างที่จะสามารถเข้าสู่การพิจารณาของ ICSID Centre ได้จึงขึ้นอยู่กับความประสงค์ของรัฐภาคี แต่การไม่กำหนดบทนิยามของการลงทุน ตาม ICSID Convention ไว้เป็นการเฉพาะกลับมีลักษณะเป็นดาบสองคมเนื่องจาก การไร้ซึ่งคำนิยามของการลงทุน ตาม ICSID Convention ได้ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในการตีความตามมา โดยมีทั้งผู้ที่ตีความ “การลงทุน”

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid. หน้า 175

อย่างกว้างโดยอิงกับคำนิยามของการลงทุนสมัยใหม่และตีความอย่างแคบโดยอิงกับคำนิยามของการลงทุนตามความเข้าใจเดิม<sup>31</sup>

แม้จะมีได้มีการกำหนดความหมายของการลงทุนไว้เป็นการเฉพาะใน ICSID Convention แต่ถึงกระนั้นเมื่อพิจารณาจากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ ICSID รวมถึงความเห็นของนักวิชาการแล้วสามารถอธิบายลักษณะเด่นของการลงทุนได้ 5 ประการคือ (1) ระยะเวลาของธุรกรรม (certain duration) (2) ความสม่ำเสมอของผลกำไรและผลตอบแทน (regularity of profit and return) (3) การเข้ารับความเสี่ยง (assumption of risk) (4) พันธสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ (substantial commitment) และ (5) ความสำคัญต่อการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุน (significance for the host state's development) หรือการให้ประโยชน์อันเป็นสาระสำคัญ (substantial contribution)<sup>32</sup>

(1) ระยะเวลาของธุรกรรม (certain duration) ระยะเวลาการลงทุน หมายถึง ระยะเวลาในการดำเนินการที่แท้จริงรวมถึงเวลาที่ใช้ในการยื่นประมูล การถูกขัดจังหวะการทำงาน การเจรจาต่อรองกันใหม่ การขยายเวลา และการรับประกันตามสัญญาด้วย<sup>33</sup>

(2) ความสม่ำเสมอของผลกำไรและผลตอบแทน (regularity of profit and return) คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเห็นว่า แม้ความสม่ำเสมอของผลกำไรและผลตอบแทนจะถือว่าเป็นลักษณะของการลงทุน แต่ถึงกระนั้นกลับไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญกล่าวคือ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการลงทุนไม่มีผลกำไรและผลตอบแทนอย่างสม่ำเสมอ แต่หากปรากฏลักษณะเด่นประการอื่นของการลงทุน กิจกรรมดังกล่าวก็อาจมีลักษณะเป็นการลงทุนได้<sup>34</sup>

(3) การเข้ารับความเสี่ยง (assumption of risk) คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ยืนยันอย่างสม่ำเสมอว่าความเสี่ยงเป็นลักษณะเด่นประการสำคัญของการลงทุน เนื่องจากความเสี่ยงเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสัญญาพาณิชย์และเป็นสิ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนจะต้อง

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid. หน้า 179

<sup>33</sup> Ibid. หน้า 180

<sup>34</sup> Ibid. หน้า 181



แบกรับ ความเสี่ยงในที่นี้อาจมาได้ในหลายลักษณะเช่น ความเสี่ยงจากสถานการณ์ทางการเมือง หรือ เศรษฐกิจ หรือความเสี่ยงอันเกิดจากระยะเวลาที่ยาวนานของธุรกรรม เป็นต้น<sup>35</sup>

(4) พัน ธิ สะ ญ ญ อ ัน เป็ น ส าร ะ ส ำ ค ัญ (substantial commitment) อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้อธิบายพันธสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ หมายถึง การ สนับสนุน หรือ การสร้างประโยชน์ ซึ่งอาจเป็นเงิน หรือ การมีส่วนร่วมในรูปของความรู้ อุปกรณ์ บุคคลากร และการบริการ เป็นต้น<sup>36</sup>

(5) ความสำคัญต่อการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุน (significance for the host state's development) หรือการให้ประโยชน์อันเป็นสาระสำคัญ (substantial contribution) การ พัฒนาเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของ ICSID Convention แต่ถึงกระนั้น กลับไม่ใช่ลักษณะเด่นที่ปรากฏอยู่ในการลงทุนทั่วไป ความสำคัญต่อการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุน จึงเป็นตัวชี้วัดการมีอยู่ของการลงทุนที่ถูกต้องได้ยากที่สุด อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่ากิจกรรมที่ ไม่ส่งผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างชัดเจนจะไม่ได้รับความคุ้มครองจาก ICSID Convention ฉะนั้น ในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของการลงทุนผ่านปัจจัยว่าด้วยการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องมี ความยืดหยุ่นไม่ยึดติดกับตัวเลข เช่น ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ แต่จะต้องคำนึงถึงการ พัฒนาทรัพยากรบุคคล การพัฒนาทางการเมืองและสังคมและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย<sup>37</sup>

### 2.3.2 กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หมายถึง กฎหมายและข้อบังคับทั้งหมดของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายการลงทุนต่างชาติหรือกฎหมายอื่น ซึ่งในทางกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้น กฎหมายภายในอาจมีสถานะเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นสิ่งถูกนำมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลการลงทุนระหว่างประเทศรวมถึงการ ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุนอีกด้วย<sup>38</sup>

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาการลงทุนจะเป็นสิ่งที่รัฐภาคีตกลงกันตาม สนธิสัญญาในการใช้อำนาจอธิปไตยตกลงเข้าผูกพันตนจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อเป็น

<sup>35</sup> Ibid. หน้า 182

<sup>36</sup> Ibid. หน้า 183

<sup>37</sup> Ibid. หน้า 184

<sup>38</sup> Ibid. หน้า 139

หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีอื่นที่เข้ามาลงทุนในเขตแดนของตนว่าจะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา แต่ถึงกระนั้นกฎหมายภายในยังคงมีบทบาทสำคัญในการลงทุนระหว่างประเทศด้วยเหตุที่ไม่มีรัฐใดกำหนดให้การลงทุนต่างชาติที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนต้องอยู่ตามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด สนธิสัญญาการลงทุนบางฉบับจึงกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สนธิสัญญาการลงทุนปรับใช้เฉพาะกับการลงทุนที่ถูกรับเข้ามาตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับ การลงทุนการลงทุนที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติในการกล่าวอ้างความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน โดยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายการลงทุนต่างชาติ และ กฎหมายภายในอื่น ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้<sup>39</sup>

### 2.3.2.1 กฎหมายการลงทุนต่างชาติ

กฎหมายการลงทุนต่างชาติ (foreign investment law, FIL) เป็นกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีกฎหมายการลงทุนต่างชาติถูกบัญญัติขึ้นเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาการลงทุนยกตัวอย่างเช่น การกำหนดบทนิยามเกี่ยวกับการลงทุนและนักลงทุน การรับการลงทุน มาตรฐาน การส่งเสริมคุ้มครอง การลงทุน ควบคุมการลงทุน การบริหารกระบวนการลงทุน และสิทธิของนักลงทุนที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และยังรวมไปถึงมาตรฐานการคุ้มครองต่าง ๆ ที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุน เช่น การรับประกันการโอนเงินทุน การเวนคืน การไม่เลือกปฏิบัติ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน<sup>40</sup>

กฎหมายการลงทุนต่างชาติที่ปรากฏในกฎหมายไทย ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และ พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนั้น กฎหมาย การลงทุนต่างชาติอาจเป็นอีกหนึ่งนิตราสารที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้แสดงความยินยอมที่จะเข้าสู่ กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (นอกเหนือจากสัญญาการลงทุนและสนธิสัญญาการลงทุน) แต่ข้อแตกต่างประการหนึ่งระหว่างความยินยอมที่ปรากฏในกฎหมายการลงทุนต่างชาติ และความยินยอมที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนคือ รัฐสามารถบอก

<sup>39</sup> Ibid. หน้า 140

<sup>40</sup> Ibid.

เลิกความยินยอมที่ปรากฏ ในกฎหมายการลงทุนต่างชาติได้ง่ายดายกว่าโดยการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายภายในของรัฐนั่นเอง<sup>41</sup>

### พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่เปรียบเสมือนหัวใจสำคัญในการควบคุมการทำธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อมิให้คนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือคนไทยมากเกินไป อีกทั้งยังสร้างสมดุลโดยไม่เป็นการขัดขวางการส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติจนเกินไปด้วย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้มีสาระสำคัญหลายประการ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดบทนิยามของคนต่างด้าวและการประกอบธุรกิจ การควบคุมการประกอบธุรกิจ ข้อจำกัดการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นต้น ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้<sup>42</sup>

#### 1. นิยาม

นิยามซึ่งมีความสำคัญ ใน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประกอบด้วยสองส่วนคือ คนต่างด้าว และ การประกอบธุรกิจดังนี้

**1.1 คนต่างด้าว** พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้ให้นิยามคนคนต่างด้าวไว้ว่าหมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้

1. บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
2. นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
3. นิติบุคคลที่มีผู้เป็นเจ้าของข้างมากเป็นคนต่างด้าว กล่าวคือ เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้คือเป็น
  - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือ นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือ นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> โยธิน อินทรประสงค์, กฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2565), หน้า.4

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

4. นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือ นิติบุคคลที่มีผู้เป็นเจ้าของข้างมากเป็นคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือ นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือ นิติบุคคลที่มีผู้เป็นเจ้าของข้างมากเป็นคนต่างด้าว ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น<sup>43</sup>

**1.2 การประกอบธุรกิจ** หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรมหัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า<sup>44</sup>

## 2 การควบคุมการประกอบธุรกิจ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้แบ่งประเภทของธุรกิจออกเป็นสองประเภทตามหลักเกณฑ์การอนุญาตภายใต้ พ.ร.บ.ฯ ดังนี้

1. ธุรกิจควบคุม (Restricted Business)
2. ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม (Non-restricted Business)<sup>45</sup>

**2.1. ธุรกิจควบคุม (Restricted Business)** เป็นธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยมีเงื่อนไขตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือ ธุรกิจที่มี

<sup>43</sup> Ibid. หน้า 9

<sup>44</sup> Ibid. หน้า 39.

<sup>45</sup> Ibid. หน้า 41

ผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งประเภทของธุรกิจควบคุมเป็นสามบัญชีได้ดังนี้  
**บัญชีหนึ่ง** ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

**บัญชีสอง** ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

**บัญชีสาม** ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

**1) บัญชีหนึ่ง** ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยสิ้นซึ่งมีทั้งสิ้นเก้าธุรกิจ ดังต่อไปนี้

(1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุ โทรทัศน์

(2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(3) การเลี้ยงสัตว์

(4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ของประเทศไทย

(6) การสกัดสมุนไพรไทย

(7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน

เหตุที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง นั้น เป็นเหตุผลด้านความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการการจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนาเป็นหลัก<sup>46</sup>

**2) บัญชีสอง** ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบ ต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ธุรกิจตามบัญชีสอง เป็นธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี<sup>47</sup>

ธุรกิจตามบัญชีที่สอง มีด้วยกันทั้งสิ้นสิบสามธุรกิจ แบ่งเป็นสามหมวดดังต่อไปนี้

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือ ทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน

<sup>46</sup> Ibid. หน้า 42

<sup>47</sup> Ibid. หน้า 43

- (1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย
- (2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก
- (3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้า
- (4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย
- (5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือการผลิตถ้วยชาม หรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย<sup>48</sup>

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

- (1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์
- (3) การทำเกลือหิน
- (4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน
- (5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

เงื่อนไขในการประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง

ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 15 ได้กำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ไว้ว่า คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคล ที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้นเว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี อาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

ธุรกิจตามบัญชีสองนี้มีเงื่อนไขกำหนดว่าในการที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีนี้นิติบุคคลต่างด้าวที่ขออนุญาตจะต้อง

<sup>48</sup> libid. หน้า 44

(1) มีคนไทยหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของทุนของคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจนั้น (รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์อาจกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นที่น้อยกว่านี้ได้ แต่ต้องได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแต่เพดานต่ำสุดที่อนุญาตได้คือต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25) และหรือการเป็นพิเศษการทั้งหมดของนิติบุคคล

(2) ต้องมีกรรมการคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของคณะกรรมการทั้งต่างด้าวผู้ขออนุญาต

ดังนั้น ถึงแม้คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชีสองนี้แล้ว แต่ก็ต้อง อยู่ภายใต้เงื่อนไขทั้งสองข้างต้น<sup>49</sup>

### 3) บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

ธุรกิจตามบัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี กรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (“คณะกรรมการฯ”) ก่อนเริ่มประกอบธุรกิจ

ธุรกิจในบัญชีที่สามมีด้วยกันทั้งหมดยี่สิบเอ็ดธุรกิจ ดังนี้

- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ซิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม

<sup>49</sup> Ibid. หน้า 45



(9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม

(10) การก่อสร้าง ยกเว้น<sup>50</sup>

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุข โภค หรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้าง เป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหา ตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามา

จากต่างประเทศอันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้ การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือ โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>50</sup> Ibid. หน้า 46

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมาย ห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทยโดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายในประเทศ<sup>51</sup>

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม 18

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>52</sup>

## 2.2. ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม (Non-restricted businesses)

ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม (Non-restricted businesses) คือ ธุรกิจที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 8 ดังนั้น หากคนต่างด้าวทำธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุมก็ไม่ต้องขออนุญาต แต่ถึงแม้จะไม่ต้องขออนุญาต แต่ธุรกิจเหล่านี้ยังคงอยู่ในบังคับเรื่องทุนขั้นต่ำตามที่ กำหนดในมาตรา 14 ของ พ.ร.บ.ฯ คือ ต้องมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าสองล้านบาท เพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจ ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุมสามารถแบ่งออกเป็นสามประเภทย่อยตามสาเหตุที่ไม่ต้องขออนุญาต ดังต่อไปนี้<sup>53</sup>

### 2.2.1 ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีท้าย พ.ร.บ.ฯ

<sup>51</sup> Ibid. หน้า 47

<sup>52</sup> Ibid. หน้า 48

<sup>53</sup> Ibid. หน้า 49

ธุรกิจเหล่านี้ไม่ต้องได้รับอนุญาต เพราะไม่ได้ระบุไว้ในบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสาม ท้าย พ.ร.บ.ฯ จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 8 สามารถยกตัวอย่างประเภทของธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีท้าย พ.ร.บ.ฯ ที่สำคัญ ได้ดังนี้

1.1 ธุรกิจการผลิต

1.2 ธุรกิจส่งออกส่งออกสินค้าไปขายยังต่างประเทศ

1.3 ธุรกิจการลงทุนในหุ้นต่างๆ

1.4 ธุรกิจที่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้า

**2.2.2 ธุรกิจที่เป็นธุรกิจตามบัญชีสามท้าย พ.ร.บ. แต่ได้รับการยกเว้นจึงไม่ต้องขออนุญาตโดยมีเงื่อนไขพิเศษตามบัญชีท้าย**

2.1 ธุรกิจก่อสร้าง

2.2 ธุรกิจนายหน้า

2.3 ธุรกิจการขายทอดตลาด

2.4 ธุรกิจการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า

2.5 ธุรกิจการค้าปลีกและธุรกิจค้าส่ง<sup>54</sup>

### 3. ข้อจำกัดการบังคับใช้พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยทั่วไปกับธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย อย่างไรก็ตามปรากฏกรณีที่ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวถูกจำกัดไม่ให้ใช้บังคับกับธุรกิจของคนต่างด้าวด้วยซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

ข้อจำกัดการบังคับใช้ในกรณีที่กฎหมายอื่นได้กำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือห้ามคนต่างด้าว ในการประกอบธุรกิจบางประเภท

<sup>54</sup> Ibid. หน้า 63

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 13 ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดการบังคับใช้ในกรณีที่กฎหมายอื่นได้กำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือห้ามคนต่างด้าว ในการประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ว่า

ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่อง การถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการ ลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

จะเห็นได้ว่าหากมีกฎหมายอื่นอันเป็นกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงที่ห้ามคนต่างด้าวไม่ให้ประกอบธุรกิจใดธุรกิจนั้น หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็ไม่ต้องนำ พ.ร.บ.ฯ ไป ใช้ บังคับซ้ำซ้อนในส่วนดังกล่าวอีก และให้ใช้บังคับตามกฎหมายเฉพาะดังกล่าวเลย สำหรับตัวอย่างกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่สำคัญที่กำหนดเรื่องคนต่างด้าวก็จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นสัดส่วนการถือหุ้นหรือการลงทุนของคนต่างด้าวเอาไว้เช่น<sup>55</sup>

### 3.1.1 ประมวลกฎหมายที่ดิน

มาตรา 97 นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยถึงคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณี

<sup>55</sup> Ibid. หน้า 97

(3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่

(5) (ยกเลิก)

### 3.1.2 พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

มาตรา 16 สถาบันการเงินต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

ในกรณีที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเห็นสมควร ธนาคารแห่งประเทศไทยอาจอนุญาตให้บุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยถือหุ้นได้ถึงร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และให้มีกรรมการที่เป็นบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยได้เกินกว่าหนึ่งในสี่แต่ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด

ในกรณีมีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะการดำเนินการหรือเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงของ ระบบสถาบันการเงิน รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการแตกต่างไปจากที่กำหนดในวรรคสองได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเวลาด้วยก็ได้<sup>56</sup>

### 4. การขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 6 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตประกอบธุรกิจไว้ว่า

คนต่างด้าวต่อไปนี้ ห้ามประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร

(1) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย

(2) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น

<sup>56</sup> Ibid. หน้า 98

โดยทั่วไป คนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคลสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยขออนุญาตหรือได้รับการยกเว้น (แล้วแต่กรณี) ภายใต้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยกเว้น คนต่างด้าวสองประเภทตามที่ระบุในมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติ

การเนรเทศตามที่ระบุในมาตรา 6 (1) นั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งให้เนรเทศคนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักรโดยมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควร<sup>57</sup>

ส่วนมาตรา 6 (2) นั้น หมายความว่าด้วยคนเข้าเมืองที่บังคับใช้อยู่ในเรื่องเกี่ยวกับลักษณะ วิธีการ และประเภทของการเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา คือพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

สำหรับเหตุผลในการห้ามคนต่างด้าวสองประเภทนี้ในการประกอบธุรกิจคงเป็นเพราะโดยหลักการนั้น คนต่างด้าวจำพวกนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะ “อยู่” ในประเทศไทยอยู่แล้ว สิ่งที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด จึงเป็นเพียงการตัดสิทธิในการ “ทำธุรกิจ” ด้วยอีกเรื่องหนึ่งเท่านั้น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 16 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวในการขออนุญาตดังนี้

มาตรา 16 คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (3) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

<sup>57</sup> Ibid. หน้า 123

(5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วย การกู้ยืมเงิน ที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(7) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นที่เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวในวรรคหนึ่งด้วย<sup>58</sup>

### 2.3.2.2 กฎหมายภายในอื่น

กฎหมายภายในอื่น หมายถึง กฎหมายภายในที่ไม่ใช่กฎหมายการลงทุนต่างชาติ เช่น กฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายบริษัท กฎหมายปกครอง กฎหมายสิ่งแวดล้อม และกฎหมายว่าด้วย การแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ที่มีบทบาทสำคัญในการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งการที่ทรัพย์สินหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองในฐานะการลงทุนต่างชาติหรือไม่ส่วนหนึ่งก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย กล่าวคือ แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะกำหนดค่านิยามของการลงทุนไว้ แต่ขอบเขตของสิทธิในทรัพย์สินที่จะได้รับความคุ้มครองก็ยังคงขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินตามกฎหมายภายใน ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินของเอกชน ประเด็นบางประเด็นจึงถูกส่งกลับไปให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายใน ดังนั้น ในกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนได้กำหนดให้อสังหาริมทรัพย์ หุ่นในบริษัท และสัญญาสัมปทานเป็นการลงทุน การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หุ่นในบริษัท และ สัญญาสัมปทานดังกล่าว ก็ต้องเป็นไปตามวิธีการหรือขั้นตอนตามกฎหมายภายในด้วย โดยในที่นี้จะอธิบายจะขอ

<sup>58</sup> Ibid. หน้า 124

ยกตัวอย่างกฎหมายการให้สินบนข้ามชาติตามกฎหมายไทยซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกหยาบยกเป็นอย่างมากในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>59</sup>

### กฎหมายเกี่ยวกับการให้สินบนข้ามชาติ

การให้สินบนข้ามชาติถือว่าเป็นอีกหนึ่งการกระทำที่เป็นการขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศไทยที่มีการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

#### การให้สินบนข้ามชาติ

การให้สินบนข้ามชาติปรากฏตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 176 วรรค 1 ความว่า

“ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ เจ้าพนักงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>60</sup>

บทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นเรื่องความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ หรือ เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ โดยทั้ง “บุคคลธรรมดา” และ “นิติบุคคล” สามารถมีความผิดทางอาญาได้ภายใต้บทบัญญัตินี้ได้ บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีมุ่งหมายที่จะเอาผิดกับ ผู้ให้ ขอให้ หรือ รับว่าจะให้เป็นสำคัญ<sup>61</sup>

“คำว่า “สินบน” ตามมาตราดังกล่าวนี้ หมายถึง ทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นทรัพย์สิน และ วัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ไม่ว่าจะเป็น เงิน บ้าน รถ หรือ ประโยชน์อื่นใด โดย

<sup>59</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.141

<sup>60</sup> สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, คู่มือแนวทางการกำหนดมาตรการควบคุมภายในนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3 (สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2560), หน้า.7

<sup>61</sup> Ibid.



ผู้ให้มีเจตนาที่จะให้และรู้อยู่ว่าผู้ที่ตนจะให้สินบนนั้นเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ<sup>62</sup>

การให้สินบนที่จะเป็นความผิดตามมาตรา นี้จะต้องเป็นการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐอัน หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือ คณะกรรมการ ป.ป.ช. เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศผู้ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ของรัฐต่างประเทศ และบุคคลใด ๆ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ให้แก่รัฐ ต่างประเทศ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐ หรือ หน่วยงานรัฐวิสาหกิจ ไม่ว่า โดยการแต่งตั้ง หรือ เลือกตั้ง มีตำแหน่งประจำ หรือ ชั่วคราว ซึ่งจะได้รับเงินเดือน หรือค่าตอบแทนอื่น หรือไม่ก็ตาม หรือ เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศซึ่งหมายความถึง ผู้ปฏิบัติงานในองค์การระหว่างประเทศ หรือ ผู้ได้รับมอบหมายจากองค์การระหว่างประเทศให้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การระหว่างประเทศนั้น โดยมีมูลเหตุจูงใจ เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่<sup>63</sup>

การให้ที่จะเป็นความผิดตามมาตรา นี้ เจ้าพนักงานของรัฐ ผู้รับสินบนจะต้อง มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่ต้องการจูงใจนั้น” เช่น ผู้จัดการบริษัทก่อสร้างมอบเงินให้นายกเทศมนตรีเทศบาลเมือง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาอนุญาตให้ทำการก่อสร้างอาคารในเขตเทศบาลเพื่อจูงใจให้นายกเทศมนตรีอนุมัติให้ปลูกสร้างอาคารได้โดยเร็ว ทั้งๆที่หลักฐานการขออนุญาตก่อสร้างไม่ครบถ้วนพอที่จะอนุญาตได้อันเป็นการมิชอบด้วยหน้าที่และการให้สินบนดังกล่าวจะต้องเป็นการให้เพื่อจูงใจให้กระทำการ “อันมิชอบด้วยหน้าที่” เช่น การให้เงินเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อไม่ให้จับกุมผู้กระทำความผิด สำหรับการให้สินบนผ่านตัวกลาง เช่น คู่สมรสทั้งที่จดทะเบียนสมรส และไม่จดทะเบียน สมรส ญาติ หรือเพื่อนของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือนิติบุคคลที่จ้างเพื่อเป็นที่ปรึกษาทางธุรกิจ โดยมี เจตนาเพื่อมอบให้กับเจ้าพนักงานของรัฐนั้น ถือเป็นความผิดตามมาตรา นี้ด้วย แม้ว่าผู้ให้จะไม่ได้ให้สินบน แก่เจ้าพนักงานของรัฐโดยตรงก็ตาม<sup>64</sup>

**ความรับผิดของนิติบุคคลเอกชนเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นในการให้สินบน**

### **ข้ามชาติ**

<sup>62</sup> Ibid. หน้า 8

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid. หน้า 9

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 176 วรรค 2 วรรค 3 และ วรรค 4 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลใดและกระทำไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนั้น โดยนิติบุคคลดังกล่าวไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดนั้น นิติบุคคลนั้นมีความผิดตามมาตรานี้ และต้องระวางโทษปรับ ตั้งแต่หนึ่งเท่า แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ

นิติบุคคลตามวรรคสอง ให้หมายความถึง นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทย

บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลตามวรรคสอง ให้หมายความถึง ผู้แทนของนิติบุคคลลูกจ้างตัวแทนบริษัทในเครือ หรือบุคคลใดซึ่งกระทำการ เพื่อหรือในนามของนิติบุคคลนั้น ไม่ว่าจะทำหน้าที่และอำนาจในการนั้นหรือไม่ ก็ตาม”<sup>65</sup>

บทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นการกำหนดความรับผิดของนิติบุคคลในกรณีที่ผู้กระทำความผิดในการให้สินบนเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลและกระทำไปเพื่อประโยชน์ของ นิติบุคคล โดยหากนิติบุคคลดังกล่าวไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้ มีการกระทำความผิดนั้นนิติบุคคลนั้นจะมีความผิดด้วย บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้นิติบุคคลสอดส่องการทำงานของลูกจ้าง ตัวแทน หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลไม่ให้กระทำความผิด เนื่องจากสภาพโครงสร้างของนิติบุคคลในองค์กรทางธุรกิจในปัจจุบันที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ดังนั้น หากลูกจ้างหรือตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ ในทุกระดับของนิติบุคคล (โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล) กระทำความผิด โดยการให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้าพนักงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ ของรัฐต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล นิติบุคคลต้องรับผิดทางอาญาด้วยหากไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดนั้น ซึ่งนิติบุคคลในที่นี้หมายความรวมถึงนิติบุคคลที่

<sup>65</sup> Ibid.

ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทย<sup>66</sup>

สำหรับองค์ประกอบความผิดของมาตรานี้ประกอบด้วยสามประการ

**ประการแรก** ผู้ให้สินบนจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคล โดยมาตรา 176 วรรคสี่ ได้ให้นิยามไว้ว่า หมายความว่า ผู้แทนของนิติบุคคล ลูกจ้าง ตัวแทน บริษัทในเครือ หรือบุคคลใด ซึ่งกระทำการเพื่อหรือในนามของนิติบุคคลไม่ว่าจะมีอำนาจหน้าที่ในการนั้นหรือไม่ก็ตาม เช่น พนักงานขับรถซึ่งเป็นลูกจ้างของนิติบุคคลไปให้สินบนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศเพื่อให้นิติบุคคลได้รับประโยชน์ในเรื่องของการรับสมัครงาน แม้พนักงานขับรถจะไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาหรือธุรกิจของนิติบุคคลก็ตาม แต่ก็ได้ให้สินบนเพื่อประโยชน์แก่นิติบุคคล นิติบุคคลก็ย่อมต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องมีความหมายกว้างกว่าผู้ที่มีอำนาจกระทำแทนบริษัท และไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีอำนาจหน้าที่ในการนั้นหรือไม่ก็ตาม หรือกรณีที่เป็นส่วนของบริษัทในเครือให้สินบนเพื่อประโยชน์แก่บริษัทแม่ บริษัทแม่ก็ย่อมมีความรับผิดชอบด้วย<sup>67</sup>

**ประการที่สอง** ผู้ให้สินบนจะต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง โดยประโยชน์ของนิติบุคคลอาจมีหลายรูปแบบ เช่น เพื่อให้ได้เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ เพื่อเพิ่มยอดขายของบริษัท เพื่อประโยชน์ทางภาษี เพื่อประโยชน์ในข้อพิพาทหรือคดีความ หรือ เพื่อให้ได้รับสิทธิพิเศษต่างๆ จากภาครัฐ<sup>68</sup>

**ประการที่สาม** นิติบุคคลไม่มีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำ ความผิด โดยหากนิติบุคคลมีมาตรการควบคุมภายในที่เหมาะสมแล้วย่อมจะเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ ศาลพิจารณาว่าตัวนิติบุคคลไม่มีความรับผิด แม้บุคคลผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลจะได้มีการให้สินบนแก่เจ้าพนักงานของรัฐเพื่อประโยชน์แก่นิติบุคคลก็ตาม ดังนั้น นิติบุคคลจึงควรวางนโยบายหรือมีการจัดการที่เพียงพอเพื่อป้องกันมิให้เกิดการให้สินบนขึ้น เช่น อาจจะมีการวางมาตรการภายในเป็นรูปแบบของนโยบายหรือระเบียบภายในของนิติบุคคล มีการประกาศเจตนารมณ์ในการต่อต้านการทุจริต ควบคุมความเสี่ยงหรือปัจจัยในการให้สินบน เช่น ไม่มีการให้ของขวัญ หรือกระเช้ากับเจ้าพนักงานของรัฐ หรือมีระบบการตรวจสอบภายในที่เหมาะสม

<sup>66</sup> Ibid. หน้า 14

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid. หน้า. 15

นอกจากนี้มาตรา 176 วรรคสอง ได้กำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลซึ่งมิได้กำหนดค่าปรับตายตัว โดยมีระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งเท่าแต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ<sup>69</sup>

## 2.4 การปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่นานาอารยประเทศต่างเห็นพ้องต้องกันในการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งในนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศที่มุ่งหมายจะจัดการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังขัดกับหลักสุจริตที่บุคคลจะต้องปฏิบัติต่อกันอีกด้วย นอกจากนี้ขัดหลักการในทางกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นยังอาจก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นความเสียหายแก่รัฐผู้รับการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายภายนอก เช่น ความเสียหายทางเศรษฐกิจที่รัฐผู้รับการลงทุนอาจได้รับจากการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติ หรือ อาจเป็นความเสียหายภายในอันกระทบต่อคุณค่าบางประการซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนแต่ละรัฐมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครอง ฉะนั้น การศึกษาถึงการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจึงเป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างมาก ซึ่งเพื่อให้เข้าใจถึงการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในส่วนนี้จะว่าด้วยเรื่องของ บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ และ การพิจารณาคดีในกรณีที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

### 2.4.1 บ่อเกิดของกฎหมาย

มาตรา 38(1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กำหนดว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการใช้สิ่งต่อไปนี้

(a) อนุสัญญา ระหว่างประเทศ (international conventions) ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาแบบเฉพาะหรือทั่วไปที่กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับกันในหมู่ประเทศภาคี

(b) จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) อันเป็นที่ยอมรับกันเยี่ยงกฎหมาย

<sup>69</sup> Ibid.

(c) หลักกฎหมายทั่วไป (the general principles of law) ที่ยอมรับทั่วไปในหมู่อารยประเทศ

(d) ภายใต้อำนาจมาตรา 59, คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้มีคุณวุฒิยิ่งของประเทศต่างๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย<sup>70</sup>

มาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) มักถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม คำกล่าวเช่นนั้น เป็นคำกล่าวที่ถูกต้องเพียงบางส่วนเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากมาตราดังกล่าวมิได้สะท้อนให้เห็นถึง บ่อเกิดของกฎหมายที่ครบถ้วนสมบูรณ์ตามความเป็นจริงที่ปรากฏในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศทั้งหมดแต่อย่างใด<sup>71</sup> ซึ่งจากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติพบว่า ปรากฏสิ่งอื่นที่มีได้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรา 38 ที่สามารถถูกนำมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้เช่นกัน ในส่วนนี้จึงอธิบายรูปแบบของบ่อเกิดของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่มีส่วนในการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งปรากฏในมาตรา 38 อันได้แก่ สนธิสัญญาการลงทุน และ หลักกฎหมายทั่วไป และสิ่งที่ไม่ปรากฏในมาตรา 8 เช่น นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ เป็นต้น<sup>72</sup>

#### 2.4.1.1 สนธิสัญญา

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่อยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย คือ รัฐผู้รับการลงทุน และ นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของสนธิสัญญาการลงทุน คือ การมุ่งให้การส่งเสริม และการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนตามสนธิสัญญา สนธิสัญญาการลงทุนโดยส่วนมากจึงมักมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการไว้ ยกตัวอย่างเช่น ความตก

<sup>70</sup> ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า. 9.

<sup>71</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถวันตร์ จันทร์งาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า.99

<sup>72</sup> Ibid. หน้า 100

ลงส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997<sup>73</sup>) ข้อ 9(2)(b) ที่ได้กำหนดว่า “ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน และไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้” (2) If such divergencies cannot be settled according to the provisions of paragraph (1)(negation) of this Article within six months from the date of request for settlement, the investor concerned may submit the dispute to (b)The International Centre for the Settlement of Investment Disputes

ข้อบทตามสนธิสัญญา ซึ่งเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการลงนามของทั้งสองฝ่าย จึงเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความยินยอมต้องตรงกันในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมีข้อพิพาทเกิดขึ้นนั่นเอง โดยหากมองในมุมหนึ่ง การนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ แต่หากมองในกลับแล้วนั้นหมายความว่า เฉพาะแต่นักลงทุนต่างชาติที่ได้ลงทุนตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดของสนธิสัญญาเท่านั้น ที่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ หากมิได้มีสถานะเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญา หรือ เป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยสนธิสัญญาแล้ว นักลงทุนต่างชาติก็หาสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการไม่ ปัญหาจึงเกิดขึ้นต่อมาว่า หากนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นบุคคลที่สนธิสัญญามุ่งหมายที่จะคุ้มครองได้กระทำการบางประการที่เป็น การฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนจะมีผลเป็นเช่นไรต่อการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดคดี

### **ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ**

การกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน กฎหมาย หรือ ข้อบังคับ ของรัฐผู้รับการลงทุนมีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองนักลงทุนตามสนธิสัญญา เนื่องจาก โดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาการลงทุน

<sup>73</sup> "Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/84d99f50-c143-45ee-884a-738969ab8ddb>

มักมีการกำหนด ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้ โดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเพื่อเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น การปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน ถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ สนธิสัญญาการลงทุนจำนวนมาก จึงมักมีการระบุข้อบทอย่างชัดเจนว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นการลงทุนที่ทำลง “ตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน” (in accordance with the host state's laws and regulations) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวนี้อาจปรากฏได้ในหลายลักษณะไม่ว่าในรูปแบบของ บทนิยามการลงทุน หรือ บทบัญญัติว่าด้วย การส่งเสริม การรับ และการคุ้มครองการลงทุน เป็นต้น<sup>74</sup>

ภายใต้ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากสนธิสัญญาการลงทุนทั้งในทางสารบัญญัติ และ วิธีสารบัญญัติ กล่าวคือ ในทางสารบัญญัติ เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติก็จะต้องรับได้รับผลทางกฎหมายตามที่กฎหมายแต่ละฉบับได้บัญญัติไว้<sup>75</sup>

สำหรับในทางวิธีสารบัญญัตินั้น เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น และ นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะมีใช้การลงทุนที่ได้รับการยอมรับ (consent) ไว้ตามสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่อาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีขอบอำนาจ (Jurisdiction ) เหนือข้อพิพาทดังกล่าว<sup>76</sup>

### วัตถุประสงค์ของข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ

<sup>74</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.343

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid. หน้า. 344

วัตถุประสงค์พื้นฐานสำคัญของการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมาย และ ข้อบังคับ คือ การมุ่งส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่สมควรได้รับการคุ้มครองตาม สนธิสัญญาการลงทุน หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เพื่อเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่มีชอบ ด้วยกฎหมาย ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับจึงมิใช่เป็นแต่เพียงสิ่งที่ใช้ในการ กำหนดบทนิยามของการลงทุน หรือ เป็นเพียงเครื่องมือของรัฐผู้รับการลงทุนในใช้เป็นข้อต่อสู้ทาง เทคนิคในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น รัฐผู้รับการลงทุนต้องแสดงให้เห็นถึง เจตนาในการมุ่งปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ปราบกฏชัดในคดี Salini v. Morocco<sup>77</sup>

### Salini v. Morocco<sup>78</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าบริษัท Salini เป็นบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของ ประเทศอิตาลีมีวัตถุประสงค์ในการสร้าง บำรุงรักษา และดำเนินการ งานอันเกี่ยวกับถนน ต่อมา บริษัท Salini ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศ โมร็อกโกได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธรัฐ สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1990 (Agreement between the Federal Kingdom of morocco and the government of the Italian republic on the Reciprocal

<sup>77</sup> Ibid. หน้า. 345

<sup>78</sup> "Salini Costruttori S.P.A. And Italstrade S.P.A. V. Kingdom of Morocco, Icsid Case No. Arb/00/4," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001>



Promotion and Protection of Investments 1990<sup>79</sup>) อันเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับการประกอบกิจการของนักลงทุนต่างชาติ

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าในคดีนี้ บริษัท Salini ได้ละเมิดกฎหมายสำคัญบางประการของประเทศโมร็อกโก แต่อย่างไรก็ตามสาระสำคัญในคดีนี้มีอยู่ว่าประเทศโมร็อกโกซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน หาได้กล่าวอ้างข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่มีขอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด กลับกล่าวอ้างข้อบทดังกล่าวในลักษณะเป็นเพียงสิ่งที่กำหนดบทนิยามการลงทุน หรือ เป็นเพียงเครื่องมือของรัฐผู้รับการลงทุนในการขณะคดีเท่านั้นกล่าวคือ ประเทศโมร็อกโกได้กล่าวอ้างว่า ตามสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่าง อิตาลีกับโมร็อกโก ค.ศ. 1990 มาตรา 1(1) ได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า “การลงทุนหมายถึง สินทรัพย์ทุกประเภท เช่น สิ่งหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ และพันธบัตร ที่ถูกลงทุนตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ การลงทุน โดยประเทศโมร็อกโกกล่าวอ้างว่ากฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นสิ่งที่กำหนดนิยามของการลงทุน และธุรกรรมพิพาทมิใช่การลงทุนตามคำนิยามในกฎหมายและ ข้อบังคับของตนแต่อย่างใด ทั้งนี้เพื่อให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการแทนที่จะกล่าวอ้างในลักษณะที่ว่า การกระทำของ บริษัท Salini เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งขัดกับความมุ่งหมายของสนธิสัญญาที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ขอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การลงทุนดังกล่าวจึงไม่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาการลงทุน

คณะอนุญาโตตุลาการจึงได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ดังกล่าว โดยเห็นว่ากฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นกฎหมายและข้อบังคับสำหรับพิจารณาความสมบูรณ์ของการลงทุนกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้สนธิสัญญาการ

<sup>79</sup> "Agreement between the Federal Kingdom of Morocco and the Government of the Italian Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 1990," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2102/italy---morocco-bit-1990->

ลงทุนคุ้มครองการลงทุนที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครองเพราะการลงทุนนั้นเป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>80</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นๆก็ได้ชี้ขาดไปในทิศทางเดียวกันว่าการที่สนธิสัญญาการลงทุนอ้างถึงกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น เป็นไปเพื่อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนมิใช่กำหนดบทนิยามของการลงทุน

### เงื่อนไขในการให้การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ

การปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน เป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ สนธิสัญญาการลงทุนจำนวนมากจึงมักมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างชัดเจนซึ่งนิยมระบุว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นการลงทุนที่ทำลง “ตามกฎหมายและ ข้อบังคับ ของ รัฐผู้รับการลงทุน” (in accordance with the host state's laws and regulations) ถ้อยคำดังกล่าวอาจเป็นส่วนหนึ่งของคำนิยามของการลงทุนหรืออาจเป็นส่วนหนึ่ง ของ บทบัญญัติอื่น ๆ ในสนธิสัญญาก็ได้ เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน<sup>81</sup>

สำหรับตัวอย่างของข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ปรากฏชัดในบทนิยาม ได้แก่ ข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997<sup>82</sup>) ที่ได้ระบุว่า

<sup>80</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.345

<sup>81</sup> จุฬาลักษณ์ พิณระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.121

<sup>82</sup> "Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments." "Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments."

คำว่า "การลงทุน" นั้น หมายถึง ทรัพย์สินใดๆที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องของรัฐผู้ทำสัญญา (The term "investment" shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State)<sup>83</sup>

นอกจากนี้ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับยังอาจปรากฏในบทว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน การรับ และการคุ้มครองการลงทุน (promotion, admission and protection) เช่น ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์กับราชอาณาจักรสเปน (Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment signed between the Republic of El Salvador and the Kingdom of Spain<sup>84</sup>) ข้อ 2 และข้อ 3 ซึ่งมีข้อความ ดังนี้

ข้อ 2 ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับการส่งเสริมการลงทุนต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย (Each Contracting Party shall promote investments in its territory by investors of the Contracting Party and shall accept such investments in accordance with its laws.)

ข้อ 3 ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับการคุ้มครอง หากการลงทุนดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Each Contracting Party shall protect within its territory the investments made in accordance with its laws by investors of the other Contracting Party)

สำหรับในประเทศไทยนั้นข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับปรากฏชัดตาม ข้อ 2 แห่ง สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ. 2002 (Treaty between the Kingdom of Thailand and the

<sup>83</sup> จุฬาลักษณ์ พินธะ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.122

<sup>84</sup> "Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jusmundi.com/fr/document/treaty/en-agreement-between-the-kingdom-of-spain-and-the-republic-of-el-salvador-on-the-reciprocal-promotion-and-protection-of-investments-spain-el-salvador-bit-1995-tuesday-14th-february-1995>

Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments)<sup>85</sup> ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขของการลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองไว้ว่า

(1) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งที่ได้ลงทุนในเขตแดนของรัฐภาคีตราบเท่าที่เป็นไปได้ และยอมรับว่าการลงทุนนั้นได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its laws and regulations.)<sup>86</sup>

นอกจากการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเป็นการทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาการลงทุนบางฉบับยังได้เพิ่มความคุ้มครองแก่การลงทุนอีกชั้นหนึ่ง โดยการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการให้ความเห็นชอบการลงทุน (investment approval) ซึ่งบทบัญญัตินี้มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทั่วไปที่เพิกขำหนด ว่าการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นการลงทุนที่ขอด้วยกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น หากแต่เป็นบทบัญญัติที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือเป็นการเฉพาะ หรือ จะต้องลงทะเบียนเป็นการลงทุนต่างชาติตามที่กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนกำหนดด้วย ทั้งนี้ เพื่อกำกั ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาให้ครอบคลุมเฉพาะโครงการที่ได้รับความเห็นชอบเท่านั้น (approved project) ซึ่งโดยส่วนมากมักจะเกิดขึ้นกับโครงการที่มีวัตถุประสงค์จะพัฒนาเศรษฐกิจหรือตอบสนองผลประโยชน์แห่งชาติของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นสำคัญ<sup>87</sup>

สำหรับตัวอย่างของบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏให้เห็นชัดตามความตกลงการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 (ASEAN Comprehensive Investment Agreement of 2009, ACIA) ข้อ 4(a) ของ ซึ่งตามข้อกำหนดดังกล่าว “การลงทุนที่ครอบคลุม” (covered investment) หมายถึงการลงทุนในดินแดนของรัฐสมาชิกโดยนักลงทุนของรัฐสมาชิกอื่นใดซึ่งมีอยู่ในวันที่ความตกลง นั้นๆ มี

<sup>85</sup> "Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments," [Online] Accessed: 4 October 2023. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/2a37ab33-b394-4369-a657-efb213bad159>

<sup>86</sup> Ibid. หน้า. 122

<sup>87</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.350

ผลใช้บังคับ หรือถูกก่อตั้ง ได้มา หรือขยายในภายหลัง และถูกรับเข้ามาตามกฎหมาย ข้อบังคับ และนโยบาย แห่งชาติ และได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือเป็นการเฉพาะจากเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจของรัฐสมาชิก ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบเช่นนั้น ให้ดำเนินการให้ความเห็นชอบเป็นหนังสือเป็นการเฉพาะนั้น และตาม เชิงอรรถที่ 1 ของความตกลงฯ ได้กำหนดให้เป็นไปตามภาคผนวก ที่ 1 ว่าด้วยความเห็นชอบเป็นหนังสือ (Annex 1 Approval in Writing) ซึ่งภาคผนวกดังกล่าว ได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่กฎหมายภายใน ข้อบังคับ และนโยบายแห่งชาติของรัฐสมาชิกหนึ่งได้กำหนดว่าการลงทุนที่ครอบคลุมต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือเป็นการเฉพาะ รัฐสมาชิกนั้น ต้อง

(a) แจ้งให้รัฐสมาชิกอื่นทั้งหมดทราบถึงรายละเอียดการติดต่อของเจ้าหน้าที่ของตน ซึ่ง มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบดังกล่าว โดยผ่านสำนักเลขาธิการอาเซียน

(b) ในกรณีที่คำขอไม่สมบูรณ์ ให้ระบุตัวตนและแจ้งผู้ยื่นคำขอเป็นหนังสือภายใน 1 เดือน นับจากวันที่ได้รับคำขอที่ไม่สมบูรณ์นั้น เพื่อให้ทราบถึงข้อมูลเพิ่มเติมทั้งหมดที่ต้องยื่น

(c) แจ้งผู้ยื่นคำขอเป็น หนังสือว่าการลงทุนได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะแล้ว หรือถูกปฏิเสธ ภายใน 4 เดือนนับจากวันที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจได้รับคำขอที่สมบูรณ์ และ

(d) ในกรณีที่คำขอถูกปฏิเสธ แจ้งผู้ยื่นคำขอเป็นหนังสือให้ทราบถึงเหตุแห่งการปฏิเสธ ผู้ยื่นคำขอต้องมีโอกาสที่จะยื่นคำขอใหม่ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ยื่นคำขอ

จากมาตรา 4(a) และภาคผนวกที่ 1 จะเห็นได้ว่า รัฐสมาชิกที่กำหนดให้การลงทุนที่ครอบคลุมต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือเป็นการเฉพาะก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติเช่นกัน สำหรับคดี ตัวอย่างที่เคยมีการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการให้ความเห็นชอบการลงทุน นั้น เช่น คดี *Gruslin v. Malaysia* และคดี *Middle East Cement ๑ v. Egypt* เป็นต้น<sup>88</sup>

#### 2.4.1.2 หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายสำหรับในกรณีที่ไม่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศ (international conventions) บัญญัติไว้ หรือ ไม่ปรากฏจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ (international custom) ที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีนั้นๆ ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกัน รวมถึง

<sup>88</sup> Ibid.351

หลีกเลี่ยง มิให้เกิดสถานการณ์ซึ่งไม่สามารถหากกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีได้ (non-liquet situation) <sup>89</sup> นอกจากนี้ที่สำคัญประการดังกล่าวแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปยังมีส่วนช่วยในการตีความ เงื่อนไข หรือ กลุ่มถ้อยคำของสนธิสัญญา ปรากฏชัดตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 (C) นั่นเอง<sup>90</sup> ทั้งนี้หลักกฎหมายทั่วไปที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะสามารถนำมาปรับใช้ได้นั้น อาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากกฎหมายสารบัญญัติ หรือวิธีสารบัญญัติก็ได้<sup>91</sup>

ประวัติศาสตร์การยอมรับในการหลักกฎหมายทั่วไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี เริ่มต้นในคดี Klockner V. Cameroon ซึ่งเป็นการพิจารณาคดีโดย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ซึ่ง มีสาระสำคัญอยู่ที่ คณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc committee) ในคดีนี้ได้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีก่อน เพราะเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีความผิดพลาดในการประกาศหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงอย่างสิ้นเชิง (duty of full disclosure) กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะต้องพิจารณาทั้งในระบบกฎหมายภายใน รวมถึงพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่ปรับใช้ในระบบกฎหมายอื่นอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในคดีก่อนกลับประกาศถึงการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปโดยพิจารณาแต่เฉพาะในระบบกฎหมายภายในเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่ปรับใช้ในระบบกฎหมายอื่นไม่ การค้นหาการมีอยู่ของหลักกฎหมายดังกล่าวนั้นสะท้อนถึงการเริ่มต้นการยอมรับถึงการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปเป็นอย่างมาก<sup>92</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Phoenix V. Czech Republic ยังได้กล่าวถึงบทบาทของหลักกฎหมายทั่วไป โดยอธิบายว่า ในการวิเคราะห์ความตกลงระหว่างประเทศ

<sup>89</sup> Ibid. หน้า 117

<sup>90</sup> ศาสตราจารย์ ดร.จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (โรงพิมพ์เดือนตุลา: วิทยุชน, 2563), หน้า.119

<sup>91</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (บริษัทพิมพ์ดีการพิมพ์ จำกัด: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า.27

<sup>92</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.115

เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States 1965 ) และสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี ผู้วิเคราะห์ต้องคำนึงถึงเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปต่างๆ ด้วย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่มีกล่าวถึงในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนเช่น

- (1) หลักสุจริต
- (2) หลักมาศาลด้วยมือสะอาด
- (3) ลาภมิควรได้
- (4) กฎหมายปิดปาก
- (5) ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์
- (6) สิทธิที่จะถูกรับฟัง
- (7) ความเป็นที่สุดของคำพิพากษา
- (8) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

โดยที่นี้จะขอกกล่าวเฉพาะแต่ หลักสุจริต หลักมาศาลด้วยมือสะอาด หลักกฎหมายปิดปาก เป็นสำคัญ<sup>93</sup>

#### 2.4.1.2 1 หลักสุจริต (Good Faith)

หลักสุจริต เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญเป็นลำดับต้นๆ ในการพิจารณาคดีทั้งในศาลและในการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นในหลักกฎหมายทั่วไปที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน อันปรากฏชัดในภาษาลาตินที่ว่า bona fides แปลว่าความซื่อสัตย์ หรือสัจจะที่ดี และในภาษาเยอรมันที่ว่า Treu und Glauben แปลว่า ความซื่อสัตย์และไว้วางใจ โดยหลักสุจริตนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ หลักสุจริตทั่วไป และ หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง ดังนี้<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Ibid. หน้า 116

<sup>94</sup> รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า.153

หลักสุจริตทั่วไป เป็นหลักสุจริตในความหมายอย่างกว้าง อันเป็นสิ่งที่กำหนดถึงมาตรฐานทั่วไปที่ใช้วัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆว่า การกระทำเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายนั้นควรจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยทั่วไปไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้หรือ ความเข้าใจในเรื่องเฉพาะที่เกี่ยวกับการผิดกฎหมายแต่อย่างใด<sup>95</sup>

หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เป็นหลักสุจริตในความหมายอย่างแคบ โดยพิจารณาความสุจริตของบุคคลจาก ความรู้ หรือ ไม่รู้ของของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องว่าผู้กระทำความผิดได้รู้และและทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวอย่างถูกต้องครบถ้วนหรือหรือไม่ หากผู้กระทำได้ทราบถึงความผิดกฎหมายนั้นแล้ว แต่ยังสามารถดั่งกล่าวอีกก็ถือบุคคลดังกล่าวว่าไม่สุจริต<sup>96</sup>

สำหรับในทางระหว่างประเทศนั้น ศาสตราจารย์ Schwazzenberger ซึ่งเป็นหนึ่งในนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ได้กล่าวยกย่องหลักสุจริตไว้ว่า “หลักสุจริต” ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่มีความสำคัญยิ่ง หลักสุจริตนี้ถือเป็น 1 ใน 3 หลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ (Fundamental Principle of International Law) เลยก็ว่าได้ ซึ่งเหตุที่หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญ หลักสุจริต(Good Faith) จึงได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในเอกสารสำคัญต่าง ๆ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศมากมาย ยกตัวอย่างเช่น กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ ข้อ2(2) มีใจความว่า “สมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ข้อผูกพันซึ่งตนยอมรับตามกฎบัตรฉบับปัจจุบันโดยสุจริต” ฯลฯ เป็นต้น จากบทบัญญัติดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับถึงขนาดได้รับรองให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสนธิสัญญาในระดับสากล<sup>97</sup>

วัตถุประสงค์สำคัญของหลักสุจริต (Good Faith) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ คือ เพื่อเข้ามาควบคุมความสัมพันธ์ของรัฐภาคีในทางระหว่างประเทศว่าจะต้องปฏิบัติตามความตกลงรวมใช้สิทธิต่างๆ ไปสุจริต โดยเริ่มตั้งแต่กระบวนการก่อนเข้าทำสัญญาจนถึงการสิ้นสุดของสัญญาซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

ในช่วงกระบวนการพูดคุยเจรจา หลักสุจริตได้เข้ามาควบคุมภาคีสัญญาทั้งสอง ตั้งแต่ในช่วงกระบวนการพูดคุยเจรจากัน (Pre - Contractual Negotiation) เช่น กำหนดหน้าที่รัฐภาคีในการแจ้งหรือเปิดเผยข้อมูลบางประการแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยสุจริต ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนการ

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ibid. หน้า 154

<sup>97</sup> ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย," ใน *จลนิตติ*, (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า.53



กระทำได้กล่าวเช่น ปกปิดข้อมูลที่ควรบอกแจ้งทราบซึ่งหากรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งรู้ก็คงจะไม่ผูกพันตน เข้าทำสัญญาแล้ว แม้ว่าจะมีการลงนามตามสนธิสัญญาการลงทุนเรียบร้อยแล้ว สนธิสัญญาดังกล่าว ย่อมมีอาจมีผลในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ หากกรณีที่สนธิสัญญาได้ลงนามอันมาจากเหตุแห่งการ การบังคับข่มขู่ (Coercion) ของแทนของรัฐ หรือ มีการกระทำโดยกลฉ้อฉล (Fraud) ก็หาเป็นผลเช่นกันเพราะเหตุแห่งการฝ่าฝืนหลักสุจริต<sup>98</sup>

ในช่วงภายหลังกการทำสัญญา หลักสุจริตมีหน้าที่ในการเข้ามากำกับเพื่อให้คู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามสัญญา ตามสุภาษิตโรมันที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) อันปรากฏตาม มาตรา ๒๖ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญานั้นมิใช่แต่เพียงการกระทำโดยทั่วไปที่ไม่ใยดีต่อผล แต่จะต้อง ไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวาง หรือทำลาย วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่ได้ทำกันไว้ด้วย นอกจากนี้ยังรวมถึงการห้ามมิให้ใช้สิทธิอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายอีกด้วย<sup>99</sup>

นอกจากหลักสุจริตจะได้เข้าไปกำกับดูแลขั้นตอนก่อนการเข้าทำสนธิสัญญาอัน หมายถึง ช่วงระยะเวลาของการพูดคุยเจรจาต่อรอง (Negotiation) อีกทั้งเข้ามากำกับดูแลขั้นตอน ภายหลังจาก ที่ได้มีการลงนามยินยอมอันส่งผลผูกพันต่อรัฐภาคีแล้ว หลักสุจริตยังเข้าไปกำกับดูแลใน กรณีที่เกิด ข้อพิพาท (Dispute อีกด้วย กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐ ภาคีการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) จะต้องเป็นไปตามหลักสุจริตซึ่งเรียกร้องให้มีการ เจรจาทกลงกันอย่างสันติวิธี (Peaceful Means) แนวคิดดังกล่าวได้มีการกำหนดไว้ อย่างเป็นทางการ ในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อที่ 2(3) และมีการอธิบายขยายความในข้อ 33 ถึงวิธีการ ระงับข้อพิพาท โดยสันติวิธี เช่น การเจรจาต่อรองกัน ฯลฯ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาท ที่จะต้องกระทำโดย กระบวนการที่ซื่อสัตย์ เป็นธรรมและเป็นเหตุเป็นผลต่อคู่พิพาท มีการดำเนินการด้วยความจริงใจที่จะ หาทางออกของปัญหาที่แท้จริงเพื่อให้ได้มาซึ่งความพึงพอใจของคู่พิพาททุกฝ่าย หาใช่เป็นเพียงแค่ การพูดคุยโดยทั่วไปไม่ ฉะนั้นเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการที่ไม่สุจริตจึงอาจมีผลต่อการพิจารณา และการทำคำชี้ขาดคดีในอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นั่นเอง<sup>100</sup>

#### 2.4.1.2.2 หลักมาศาลด้วยมือสะอาด

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Ibid. หน้า 54

หลักมาศาลด้วยมือสะอาดเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญ ซึ่งอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนำมาใช้ในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาท โดยมีสาระสำคัญว่า บุคคลที่จะใช้สิทธิหรือจะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนที่เกิดขึ้นมานั้นจะต้องไม่มีส่วนในการกระทำความผิดด้วย ซึ่งแม้ว่าแนวคิดทางกฎหมายของหลักมาศาลด้วยมือสะอาดจะถูกพัฒนามาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>101</sup> แต่ในปัจจุบันหลักการดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในวงการนิติศาสตร์ กล่าวคือทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ล้วนแล้วแต่ให้การยอมรับและไม่ปฏิเสธถึงการมีอยู่ของหลักการดังกล่าวแทบทั้งสิ้น หลักมาศาลด้วยมือสะอาดจึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมีหน้าที่สำคัญในการเป็นมาตรฐานควบคุมการใช้สิทธิในทางกฎหมายของบุคคล เพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่า พฤติกรรม หรือ การกระทำใดควรอยู่ภายใต้กรอบและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายให้การรับรอง หรือกฎหมายเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการที่ควรได้รับการประณามและลงโทษ<sup>102</sup>

แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะไม่ได้ระบุถึงหลักมาศาลด้วยมือสะอาดไว้อย่างชัดเจน แต่ถึงกระนั้นการกำหนดถึงประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนย่อมถือว่าเป็นการสะท้อนหลักสำคัญของหลักมาศาลด้วยมือสะอาดเป็นอย่างมาก ฉะนั้น หากนักลงทุนต่างชาติกระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักมาศาลด้วยมือสะอาด ซึ่งโดยปกติคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมักนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาดปรับใช้เพื่อเป็นเหตุในการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ(Jurisdiction) รวมถึง ในชั้นของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility)<sup>103</sup>

โดยทั่วไปแล้วคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมักไม่ค่อยกล่าวถึงหลักมาศาลด้วยมือสะอาดโดยตรงแต่กล่าวถึงด้วยการใช้หลักในภาษาละติน (Latin maxims) ที่สัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักมาศาลด้วยมือสะอาดมากกล่าวแทนยกตัวอย่างเช่น

<sup>101</sup> จุฬาลักษณ์ พินระ, "ข้อต่อผู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.137

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Ibid.137

(1) การกระทำผิดไม่อาจนำมาเป็นฐานในการดำเนินคดีในทางกฎหมาย (ex delicto non oritur actio or an unlawful act cannot serve as the basis of an action in law)

(2) การกระทำผิดไม่อาจนำมาฟ้องร้องยังศาล (ex turpi causa non oritur actio or an action cannot arise from a dishonorable cause”)

(3) บุคคลไม่ควรได้รับอนุญาตให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของตน (nullus commodum capere potest de injuria sua propria or no one can be allowed to take advantage to his own wrong)

(4) หลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (nemo auditur propriam turpitudinem allegans or nobody can benefit from his own wrong) เป็นต้น<sup>104</sup>

#### 2.4.1.2.3 หลักกฎหมายปิดปาก

หลักกฎหมายปิดปาก เป็นหนึ่งในแนวความคิดทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญในการพิจารณาคดี โดยเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์มิให้บุคคลนำข้อเรียกร้องบางอย่างขึ้นมาอ้างได้ปรากฏชัดจากการที่ศาล หรือ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำมาใช้เพื่อ ป้องกันหรือ ระงับมิให้บุคคลกลับไปใช้คำพูดของตนได้<sup>105</sup>

#### 2.4.1.3 นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ

นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (international public policy) เป็นหนึ่งในสิ่งทีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำมาปรับใช้กับการพิจารณาคดี โดยเฉพาะในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดกับสิ่งที่รัฐทั้งหลายเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการปฏิเสธมิให้ได้รับการคุ้มครอง ยกตัวอย่างเช่น การกระทำที่ไม่โปร่งใส เป็นต้น

<sup>104</sup> Ibid. หน้า 138

<sup>105</sup> ศาลปฏิเสธจะบังคับอนุญาโตตุลาการภายใต้หลัก Estoppel Law ที่เป็นธรรมของรัฐบาลกลาง[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 November 2023. แหล่งที่มา:

<https://thac.or.th/th/%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%A5%E0%B8%9B%E0%B8%8F%E0%B8%B4%E0%B9%80%E0%B8%AA%E0%B8%98%E0%B8%88%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B8%B8%E0%B8%8D%E0%B8%B2/>

คณะอนุญาโตตุลาการได้นำความสงบเรียบร้อย ระหว่างประเทศมาประกอบการชี้ขาดข้อพิพาทแล้วในหลายคดี ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Inceysa ve Salvador* ซึ่งเป็นกรณีที่นักลงทุนต่างชาติมีการลงทุนโดยมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลายประการเพื่อให้ได้มาซึ่งการขนะการประมูลไม่ว่าจะเป็น แสดงสถานะทางการเงินของบริษัทที่เป็นเท็จ แสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้เชี่ยวชาญที่เป็นเท็จ รวมถึงปกปิดข้อมูลสำคัญบางประการ โดยในเบื้องต้นคณะอนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการลงทุนที่เกิดขึ้นโดยการฉ้อฉลจะได้รับความคุ้มครองจากสนธิสัญญาการลงทุนหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศประกอบด้วยหลักการพื้นฐานทั้งหลายซึ่งเป็นแก่นที่แท้จริงของรัฐ โดยมีหน้าที่สำคัญในการสงวนไว้ซึ่งคุณค่าของระบบกฎหมายระหว่างประเทศให้ พ้นจากการกระทำทั้งหลายที่ขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ<sup>106</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่เกิดขึ้นโดยขัดกับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การเคารพกฎหมายเป็นประเด็นเรื่องความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยมีต้องสงสัย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการลงทุนเกิดขึ้นโดยการฉ้อฉลในกระบวนการประมูลงาน ซึ่งละเมิดกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนดังกล่าวย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองจากสนธิสัญญาการลงทุนแต่อย่างใด คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น<sup>107</sup>

#### 2.4.2 การพิจารณาคดี

พฤติกรรมการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นอาจมีผลต่อการพิจารณาคดีได้ในสามลักษณะคือ ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (Jurisdiction) ชั้นของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) และในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท (merits) ดังนี้

<sup>106</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.347

<sup>107</sup> จุฬาลักษณ์ พิณระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า. หน้า 138

### 2.4.2.1 ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ(Jurisdiction)

คำถามว่าด้วยขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการพิจารณาเหนือข้อพิพาทเหล่านั้นหรือไม่ ซึ่งเมื่ออนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเหนือข้อพิพาทเนื่องด้วยเงื่อนไข หรือ ปัจจัยบางประการแล้ว คดีจะไม่เข้าไปสู่ในขั้นของการพิจารณาในเนื้อหาของคดีต่อไป โดยในที่นี้จะขออธิบายเนื้อหาออกเป็นสองส่วนคือ เหตุผลเบื้องหลังในการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ และข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

#### 2.4.2.1.1 เหตุผลเบื้องหลังในการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว แนวความคิดว่าด้วยการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่ขัด หรือ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นสิ่งที่อยู่ในมนโสมนัสทั่วไปของปวงชน กล่าวคือ แม้ผู้ที่ไม่ได้ศึกษาถึงวิชากฎหมายกฎหมายโดยเฉพาะก็ย่อมต้องเข้าใจในเบื้องต้นว่า เมื่อมิได้ปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ย่อมอาจมีผลร้ายเกิดขึ้นกับบุคคลนั้นได้ ในทางระหว่างประเทศโดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องประเด็นอันว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมอาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่การลงทุนของนักลงทุนเช่นเดียวกัน ซึ่งในการพิจารณาคดีและทำคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนมีแนวโน้มที่จะถูกปฏิเสธการให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลเบื้องหลังทั้ง 4 ประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก หลักความยินยอม การนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นบนพื้นฐานของความยินยอมของคู่พิพาท กล่าวคือ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมตรงกันในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถ้าพึงแต่ความต้องการของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีอาจทำให้ข้อพิพาทระงับลงโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้หากปราศจากความยินยอมของคู่พิพาทอีกฝ่าย ซึ่งเพื่อเป็นการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ สนธิสัญญาการลงทุนโดยส่วนมากมักจะมีการ

กำหนดข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อเป็นหลักประกันว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติจะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม และสามารถให้คำบังคับชี้ขาดได้หากตนมีสถานะเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญา อีกทั้งสินทรัพย์ หรือ ธุรกิจดังกล่าวนั้นเป็นการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนด้วยเช่นกัน ซึ่งดังที่กล่าวในหัวข้อก่อนแล้วว่าสนธิสัญญาการลงทุนโดยส่วนมากมักจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเอาไว้โดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะเป็นการลงทุนที่ไม่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา ส่งผลให้การนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศถือว่าเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุน อันจะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในชั้นของขอขบอำนาจอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

ประการที่สอง เพื่อเคารพความซื่อสัตย์และไว้วางใจกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงส่งเสริมวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งผู้กระทำความผิดได้ละเมิด กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเป็นสิ่งมิสามารถ “เดินหน้า” ไปได้โดยลำพัง แต่จะต้องก้าวไปพร้อม หรือ ควบคู่ กับนโยบายพื้นฐานของรัฐผู้รับการลงทุนในการจัดการกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายหากพิจารณาโดยผิวเผินอาจถูกมองว่าเป็นการกระทำโดยทั่วไปๆ แต่หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่า การละเมิดต่อกฎหมายเป็นการละเมิดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ อันเป็นคุณค่าบางประการที่รัฐผู้รับการลงทุนยึดถือและมุ่งหมายที่จะให้การปกป้องหรือคุ้มครอง ฉะนั้น การละเมิดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนจึงเป็นการกระทำที่ได้กระทบถึง แก่น หรือ หลักการซึ่งเป็นความมุ่งหมาย หรือ นโยบายที่รัฐให้ความสำคัญ การกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน จึงเป็นสิ่งที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครองทั้งในภายในและในทางระหว่างประเทศ<sup>108</sup>

<sup>108</sup> Zachary Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration," *ICSID Review* 29(2014).para.164

ประการที่สาม เป็นความจำเป็นในการป้องกันไม่ให้ผู้เรียกร้องแสวงหาผลกำไรจากการกระทำผิดของตนเอง หลักการนี้เป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักในภาษาละตินที่ว่า *nemo propiam turpitudinem allegans* หรือ บุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด ซึ่งเป็นหนึ่งในข้อต่อสู้สำคัญที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้เป็นเหตุเพื่อให้อนุญาตตุลาการการลงทุนปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติที่กระทำการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว บุคคลที่จะใช้สิทธิหรือจะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนที่เกิดขึ้นมานั้นจะต้องไม่มีส่วนในการกระทำความผิดด้วย ฉะนั้น เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติจึงไม่อาจนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นั้นเอง<sup>109</sup>

ประการที่สี่ เพื่อรักษาความสมบูรณ์ของระบบกฎหมาย กล่าวคือหนึ่งในวัตถุประสงค์สำคัญของการป้องกันการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ก็เพื่อให้แน่ใจว่าอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะไม่กลายเป็นเวทีสำหรับผู้กระทำความผิดที่จะต่อสู้เพื่อแย่งชิงทรัพย์สินของตนและรับความช่วยเหลือในรูปแบบของการเยียวยาทางศาล<sup>110</sup>

#### 2.4.2.1.2 ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้วการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดกับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นมักจะถูกหยิบยกมาใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดโดยสิ้นเชิง (complete defense) จากข้อกล่าวหาว่าได้ละเมิดต่อพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนมีอยู่ต่อนักลงทุนต่างชาติภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ด้วยการหยิบยกพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนขึ้นมาเป็นเหตุแห่งการโต้แย้งขอบอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการ โดยแนวทางของรัฐในการนำพฤติกรรมที่มีชอบของนักลงทุนเข้ามาเป็นข้อต่อสู้เพื่อโต้แย้งขอบอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการมักจะมีลักษณะ เช่น การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่าง

<sup>109</sup> Ibid.p.166

<sup>110</sup> Ibid.p.168

ประเทศว่าด้วยการลงทุนต้องเป็นการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้น การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมขัดต่อความยินยอมของรัฐในการทำการอนุญาตตุลาการ เป็นต้น<sup>111</sup>

โดยในขณะเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขเรื่องความยินยอมของคู่พิพาท (ratione voluntatis) ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญในการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการกำเนิดและตั้งอยู่บนความยินยอมของคู่กรณีที่เกิดลงมอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสิน อันแสดงถึงลักษณะของความยินยอม (consensualbaed) ของการระงับข้อพิพาทแบบการอนุญาตตุลาการที่ยังถูกคงไว้ในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน โดยความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อมอบข้อพิพาทให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาท มักปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หรือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (consent through investment treaties) การให้ความยินยอมเช่นนี้ของรัฐ มีความคล้ายคลึงกับการทำคำเสนอเป็นการทั่วไปถึงความยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติให้คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้ตัดสิน ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่สำคัญของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่ารัฐผู้รับการลงทุนกำหนดเงื่อนไขในการให้ความยินยอมไว้อย่างไร ทั้งนี้ เพราะมิใช่ข้อพิพาททุกประเภทที่รัฐผู้รับการลงทุนจะยินยอมให้ระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการ ในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนในฐานะรัฐเอกราช (sovereign entity) ย่อมอิสระในการตกลงใจผูกพันตนกับพันธกรณีต่างๆ ตามที่รัฐเห็นสมควร ในบริบทการลงทุนระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกัน รัฐมีอิสระในการพิจารณาระดับการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ ตามที่รัฐเห็นสมควรซึ่งการจำกัดความยินยอมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งการใช้บังคับความตกลงสำหรับการให้ความคุ้มครอง (limit the application and protection) แก่นักลงทุนต่างชาติ และกระทบต่อเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย<sup>112</sup>

<sup>111</sup> จุฬาลักษณ์ พิริยะ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.118

<sup>112</sup> Ibid. หน้า 119



### 2.4.2.2 การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility)

การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เป็นหนึ่งในสิ่งที่มีความซับซ้อนและคลุมเครือในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่น่าประหลาดใจว่านักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านได้มีความพยายามที่จะอธิบายถึงลักษณะรวมถึงความสำคัญของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา แต่ถึงกระนั้นกลับปรากฏนักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศหลายท่านที่ยอมแพ้และเลิกล้มความตั้งใจ เพราะซับซ้อนของเขตแดนดังกล่าว ในส่วนนี้จะขออธิบายถึงการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) โดยแบ่งออกเป็นสามประเด็น คือ ความพยายามในการแบ่งแยกระหว่างขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ความแตกต่างระหว่างขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) และข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนกับการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility)<sup>113</sup> ดังนี้

#### 2.4.2.2.1 ความพยายามในการแบ่งแยกระหว่างขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility)

แนวความคิดว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เป็นแนวความคิดที่มีความสัมพันธ์ข้องเกี่ยวกับแนวความคิดว่าด้วยขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (jurisdiction) มาเป็นเวลานานและไม่อาจแยกออกจากกันได้โดยง่าย อีกทั้งยังมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการพิจารณาในชั้นของมูลแห่งข้อพิพาท (merits) แนวความคิดว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) จึงเปรียบเสมือนเป็นแดนสนธยา (twilight) ที่อยู่ชั้นกลางระหว่างเขตแดนของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ(jurisdiction) กับชั้นของการพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาท(merits) ซึ่งมีความสำคัญ แต่กลับซ่อน

<sup>113</sup> Paolo Busco, "The Defence of Illegality in International Investment Arbitration: A Hybrid Model to Address Criminal Conduct by the Investor, at the Crossroads between the Culpability Standard of Criminal Law and the Separability Doctrine of International Commercial Arbitration " UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE 20 Dec 2021).para.180

ไปด้วยความคลุมเครือและความไม่แน่นอน ถึงขนาดนั้นที่ในบางครั้งบางกรณีคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงในการกำหนดเส้นเขตแดนระหว่างเขตแดนทั้งสองแทนที่จะดำเนินการพิจารณาเพื่อก่อให้เกิดหลักการที่สามารถใช้แบ่งแยกให้ชัดเจนปรากฏตามคดี Kiliç v Turkmenistan ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้กล่าวว่า

“เมื่อเผชิญกับคำถามว่าด้วยขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศและการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนแต่ละคดีอาจมีการตัดสินคดีไปในแนวทางที่แตกต่างกัน ฉะนั้น มิใช่หน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนในคดีนี้ที่จะกำหนดตำแหน่งให้ชัดเจนของเขตแดนดังกล่าว “[F]aced with the same question, other tribunals have decided differently on questions of jurisdiction and admissibility; it is not for the committee to favour one or the other of these positions”<sup>114</sup>

นอกจากข้ออ้างในการปฏิเสธการอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (*jurisdiction*) กับ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (*admissibility*) ของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีดังกล่าวแล้ว ยังปรากฏความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการอธิบายความแตกต่างของสองเขตแดนดังกล่าว ในลักษณะของการกล่าวอ้างถึงผลของการพิจารณาว่า มีว่าคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะปฏิเสธความคุ้มครองแก่ข้อพิพาทในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (*jurisdiction*) หรือ ในชั้นของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (*admissibility*) ก็มีผลเป็นอย่างเดียวกันในการพิจารณาคดี คือ คดีจะไม่เข้าสู่ในชั้นของการพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาท (*merits*) ดังนั้นจึงหาความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของสองเขตแดนกล่าวไม่ ดังที่กล่าวในคดี Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic ว่า

“การแบ่งแยกถึงความแตกต่างของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศและการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นสิ่งจำเป็นไม่เพราะคู่สัญญาได้นำคดีเข้าสู่การพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาทตามที่ตนคัดค้านอยู่ดี “[T]here is no need to go into the possible - and somewhat controversial - distinction between jurisdiction and

<sup>114</sup> Ibid.p.181

*admissibility. Whatever the labelling, the parties have presented their case on the basis of the six objections raised by the Respondent.*”<sup>115</sup> อีกทั้งเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการลงทุนระหว่างประเทศมีความต้องการที่จะแบ่งแยกลักษณะที่สำคัญของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) หรือ ในชั้นของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ก็พบปัญหาสำคัญ คือ การที่เขตแดนทั้งสองดังกล่าวไม่สามารถแยกออกกันอย่างชัดเจน ดังคำกล่าวของศาสตราจารย์ แจ็ค โค จูเนียร์ที่ว่า ความแตกต่างระหว่างขอบอำนาจศาลและการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาไม่ได้เป็นเรื่องของการแบ่งแยกที่ชัดเจนเสมอไป “The admissibility-jurisdiction distinction has not always been a matter of marked divisions ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ นักวิชาการในหลายๆ ท่านจึงหลีกเลี่ยงในการอธิบายถึงความแตกต่างของสองเขตแดนดังกล่าวนั่นเอง (Moreover the distinction often seems inconsequential)”<sup>116</sup>

#### 2.4.2.2 ความแตกต่างระหว่างขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility)

แม้ความพยายามในการอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) จะลดน้อยถอยลงในนักวิชาการจำนวนหนึ่ง แต่หากพิจารณาสำคัญไม่ เนื่องจากได้มีนักวิชาการหลายท่าน ได้เห็นถึงความท้าทายและมีความพยายามที่จะพิชิตการแบ่งเขตแดนดังกล่าวโดยได้พยายามอธิบายถึงความแตกต่างโดยแบ่งออกเป็นสามประการดังนี้

ประการแรก ความแตกต่างในทางเทคนิค ศาสตราจารย์เอียน บราวน์ลี ได้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ไว้ว่า

“ขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นคำถามที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของอำนาจตุลาการของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทบางประการ ซึ่งการ

<sup>115</sup> Ibid.p. 182

<sup>116</sup> Ibid.p.183

ปฏิเสธขออำนาจอนุญาตตุลาการ หากประสบความสำเร็จ ก็หาจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาต่อไปไม่

จะเห็นได้ว่าในการพิจารณาคดีคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ จะต้องพิจารณาประเด็นขออำนาจอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีก่อน ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว ก็หาจำเป็นที่จะต้องพิจารณาการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาซึ่งเป็นเขตแดนที่อยู่ชั้นกลางระหว่างขออำนาจอนุญาตตุลาการและชั้นของการพิจารณาในเนื้อหาของคดีไม่นั่นเอง ฉะนั้น คำถามว่าด้วยขออำนาจอนุญาตตุลาการเป็นคำถามหลักและจะต้องพิจารณาก่อน ส่วนคำถามว่าด้วยการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นคำถามรองและจะต้องพิจารณาในภายหลังอันเป็นการแบ่งเบื้องต้นในทางเทคนิคกล่าวโดยละเอียดคือ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจแล้วจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องความบกพร่องของข้อพิพาทต่อไป<sup>117</sup>

ประการที่สอง ความแตกต่างในทางเนื้อหา นอกจากการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างขออำนาจอนุญาตตุลาการและการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาจะสามารถแบ่งแยกโดยทางเทคนิคดังที่กล่าวไปในข้างต้นแล้ว การแบ่งแยกถึงลักษณะสำคัญของทั้งสองเขตแดนนั้นยังสามารถพิจารณาจากเนื้อหาเป็นสำคัญได้อีกด้วย กล่าวคือ การพิจารณาถึงประเด็นว่าด้วยขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเป็นการพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีขออำนาจเหนือข้อพิพาทหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากความยินยอมของคู่สัญญาอันมักปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนเป็นสำคัญ ฉะนั้น โดยทั่วไปแล้วเมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีสถานะเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญาแล้ว คู่พิพาททั้งฝ่ายก็มีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในชั้นต่อไปได้ ไม่สมควรได้รับการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด แต่ในส่วนของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) นั้น จะเป็นการพิจารณาถึงความบกพร่องหรือความเหมาะสมของข้อพิพาทว่าสมควรรับไว้ในชั้นของการพิจารณาเนื้อหาของคดีหรือไม่ เช่น ข้อพิพาทเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการทุจริต เป็นต้น ฉะนั้นประเด็นหลักในการพิจารณาคือการพิจารณาถึงความบกพร่องหรือความเหมาะสมของเนื้อหาเป็นสำคัญ ฉะนั้นจะเห็นว่าประเด็นหลักในการพิจารณาของทั้งสองเขตแดนจะมี

<sup>117</sup> Ibid. p.184

ความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาความยินยอมของ คู่พิพาทซึ่งปรากฏตามสนธิสัญญาการลงทุนเป็นประเด็นหลัก แม้อาจมีประเด็นอื่นๆ เช่น ประเด็นว่า ด้วยความชอบด้วยกฎหมายแทรกอยู่บ้าง แต่ถือว่าเป็นประเด็นรอง สำหรับในชั้นของ การใช้ดุลพินิจ ในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) นั้นเป็นการพิจารณาถึงความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของข้อพิพาทเป็นสำคัญโดยไม่พิเคราะห์ถึงความยินยอมของคู่พิพาทแต่อย่างใด ดังปรากฏ ในคดี BBA v BAZ ที่ว่า

ขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ พิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีขอบอำนาจพิจารณา หรือไม่ ในขณะที่การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นการพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวมีความเหมาะสมในการรับฟังหรือไม่ (*Jurisdiction is commonly defined to refer to 'the power of the tribunal to hear a case', whereas admissibility refers to 'whether it is appropriate for the tribunal to hear it'*)<sup>118</sup>

ประการที่ สาม ความแตกต่างในเรื่องหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุน ระหว่างประเทศ การอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างระหว่างขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) และ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เปรียบเสมือนการ อธิบายถึงความแตกต่างระหว่าง “หน้าที่” และ “อำนาจ” โดยทั่วไปแล้วการนำคดีเข้าสู่การ พิจารณาของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นได้จะต้องอาศัยความ ยินยอมของคู่พิพาทซึ่งมักปรากฏตามสนธิสัญญาการลงทุน ฉะนั้น เมื่อคู่สัญญาตามสนธิสัญญาการ ลงทุนได้ปฏิบัติชอบด้วยสนธิสัญญาแล้ว คู่สัญญาก็สามารถนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธี อนุญาโตตุลาการตามสิทธิที่ตนได้รับได้ ในทางกลับกันเมื่อนักลงทุนต่างชาติมิได้ปฏิบัติโดยชอบด้วย สนธิสัญญาแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะเป็นการลงทุนที่ไม่ได้รับการยอมรับด้วยสนธิสัญญาส่งผลให้นัก ลงทุนต่างชาติไม่มีอำนาจในการฟ้องคดี คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมี “หน้าที่” ที่จะต้องปฏิเสธการคุ้มครองแก่การกระทำของนักลงทุนต่างชาติในขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ สามารถขัดขึ้น หรือ สามารถใช้ดุลพินิจได้ แต่สำหรับ กรณีของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้ พิจารณา(admissibility) เปรียบเสมือน “อำนาจ” ของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่าง ประเทศ ในการกลั่นกรอง ความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท ซึ่งอนุญาโตตุลาการ การลงทุนระหว่างประเทศจะตัดสินและมีคำชี้ขาดในลักษณะใดก็ถือว่าเป็นดุลพินิจของคณะ

118 "Jurisdiction and Admissibility in Dispute Resolution Clauses," [Online] Accessed: 4 October 2023. Available from: <https://www.ibanet.org/article/57470714-a3f7-4db9-9dab-69dfbcb156c9>

อนุญาโตตุลาการตามที่เห็นควรเหมาะสมนั่นเอง ซึ่งความดังกล่าวนี้ได้ปรากฏในคดี PAO Tatneft v Ukraine โดย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศท่านหนึ่งนามว่า Butcher J ได้อธิบายว่า นอกจากนี้หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่าขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ(Jurisdiction) เป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อย และนโยบายสาธารณะ ซึ่งศาลสามารถที่ยกขึ้นเองได้ แต่อย่างไรก็ตามในส่วนของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) นั้นถือเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการซึ่งหากได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลมีอาจก้าวล่วงได้<sup>119</sup>

ประเด็นขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่ ในขณะที่การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจนั้นอย่างไร (In essence, jurisdiction concerns whether a tribunal has the power to adjudicate the claim in question at all, whereas admissibility assumes that power and goes to whether the tribunal will choose to exercise )

กล่าวโดยสรุป การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) เป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาถึงความบกพร่อง หรือความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท ซึ่งจะแตกต่างกับการปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาแต่เฉพาะประเด็นเรื่อง ของอำนาจของอนุญาโตตุลาการเหนือข้อพิพาทเท่านั้นว่าอนุญาโตตุลาการมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่ ฉะนั้น แม้ว่าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าตนมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว แต่หากลักษณะของข้อพิพาทมีความบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ เปรียบเสมือนกลไกในการคัดกรองข้อพิพาทของนักลงทุนอีกชั้นหนึ่ง (filtering mechanism to screen investor claims) หรือ กล่าวด้วยความใจโดยง่ายคือ ขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเป็นการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาหรือไม่อันเป็นประเด็นด้านที่หนึ่ง แต่การการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท

<sup>119</sup> Paolo Busco, "The Defence of Illegality in International Investment Arbitration: A Hybrid Model to Address Criminal Conduct by the Investor, at the Crossroads between the Culpability Standard of Criminal Law and the Separability Doctrine of International Commercial Arbitration ".p.185

ดังกล่าวแล้ว จะต้องพิจารณาในประเด็นถัดไปที่ว่าข้อพิพาทดังกล่าวมีความบกพร่อง หรือ ไม่สมควรรับไว้ในชั้นพิจารณาหรือไม่อันเปรียบเสมือนประเด็นที่สองนั่นเอง<sup>120</sup>

มีประเด็นที่น่าสนใจว่าโดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาการลงทุนมักมีการกำหนดให้คู่พิพาทมีการตกลงเจรจากันอย่างฉันทมิตรเสียก่อน หากไม่สามารถเจรจากันได้จึงเปิดโอกาสให้คู่พิพาทนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าหากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยังมิได้มีการดำเนินการเจรจากันอย่างฉันทมิตรแต่ข้ามกระบวนการไปสู่การฟ้องคดีเลย ประเด็นดังกล่าวนี้จะถือว่าเป็นประเด็นว่าด้วยขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ(Jurisdiction) หรือ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) ในประเด็นนี้ นักวิชาการปัจจุบันเห็นว่าเป็นคำถามดังกล่าวนี้เป็นคำถามว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เนื่องจากสนธิสัญญามีความมุ่งหมายที่จะให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ การไกล่เกลี่ยนั้นอาจถือว่ามีลักษณะเป็นแต่เพียงเงื่อนไขบังคับก่อนเท่านั้น หากมีผลเป็นการปฏิเสธขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไม่

#### 2.4.2.2.2 การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) กับ การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กับการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างใกล้ชิด ทั้งนี้เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) ถือเป็นอำนาจหลักของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาถึงความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญคือป้องกันมิให้การข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนที่มีความบกพร่อง หรือ ไม่สมควรได้เข้าสู่การพิจารณาในชั้นเนื้อหาของคดี ซึ่งสิ่งที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนิยมนำมาใช้ในการเป็นฐานในการพิจารณาถึงความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของเนื้อหาอันเปรียบเสมือนประเด็นที่สองมิให้การลงทุนที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครองได้เข้าสู่ในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นหลักสุจริต หลักมือสะอาด และนโยบายสาธารณะ เป็นต้น

<sup>120</sup> จุฬาลักษณ์ พิณธะ, "ข้อต่อผู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.136

เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำหลักกฎหมายทั่วไป มาเป็น “เครื่องกรอง” การการลงทุนที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครองให้เข้าสู่การพิจารณาส่วนของมูล แห่งข้อพิพาท เนื่องจากหลักกฎหมายเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในทางสากล อันน่านายประเทศต่างเห็นต้องตรงกันว่าควรเป็นสิ่งสามารถนำมาใช้เป็นมาตรวัดถึงความเหมาะสมของการกระทำว่าการกระทำใดควรได้รับการคุ้มครอง และการกระทำใดสมควรถูกประณาม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคงปฏิเสธไม่ได้เลยว่าการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย เป็นสิ่งที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ในหลายประการ ไม่ว่าจะเป็น หลักสุจริต หรือ หลักมือสะอาด รวมถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ เนื่องจาก โดยทั่วไปแล้วในการลงทุนก็ดี หรือ ในการธุรกรรมอื่นใดบุคคลจะต้องดำเนินต่อกันโดยสุจริต และกระทำการอันปราศจากการละเมิดสิทธิ หรือ กฎเกณฑ์ที่อีกฝ่ายยินยอมรับ ฉะนั้น เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว แม้จะผ่านในขั้นของ ขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมาได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม แต่ถึงกระนั้น ด้วย การที่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐการลงทุนเป็นสิ่งที่ขัดต่อคุณค่าซึ่งนานาประเทศยอมรับส่งผลให้ ข้อพิพาททางการลงทุนดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องและไม่เหมาะสมในการรับเข้าสู่ขั้นพิจารณาต่อไปนั่นเอง

#### 2.4.2.3 การพิจารณาในส่วนของมูลแห่งข้อพิพาท (merits)

โดยหลักแล้วการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนไม่สมควรที่ได้รับการพิจารณาคดี กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการควรจะไม่รับไว้ในขั้นของการพิจารณาไม่ว่าเพราะเหตุแห่งขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือ เพราะความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ก็อาจมีผลต่อการพิจารณาคดีได้ในการกำหนดค่าเสียหาย กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถนำพฤติการณ์การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนเข้ามาเป็นปัจจัยในขั้นการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนมีส่วนในการกระทำความผิดด้วย หลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวปรากฏในข้อ 39 ของข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ค.ศ. 2001 ซึ่งอนุญาตให้นำพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้เสียหายเข้ามาพิจารณา ร่วมด้วยในการกำหนดค่าเสียหาย ข้อ 39 มีข้อความดังนี้

“ ในการพิจารณาเรื่องการคำนวณค่าชดเชย ปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย คือ การกระทำของผู้เสียหายที่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจ



ประมาท หรือ ละเว้นการกระทำของรัฐที่ได้รับความเสียหายบุคคลใด หรือ นิติบุคคลก็ตามซึ่งเป็นผู้  
เรียกร้องการชดเชยนี้”<sup>121</sup>



---

<sup>121</sup> Ibid. หน้า 156.

### บทที่ 3

## ความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

### 3.1 บทนำ

โดยทั่วไปแล้วการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนถือว่าเป็นหนึ่งในข้อต่อสู้ที่สำคัญของรัฐผู้รับการลงทุนในการเรียกร้องให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากการลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยินยอมในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และกระทบต่อการเคารพความซื่อสัตย์และไว้วางใจกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งเป็นความจำเป็นในการป้องกันไม่ให้ผู้เรียกร้องแสวงหาผลกำไรจากการกระทำผิดของตนเอง นอกจากนี้ยังเพื่อรักษาความสมบูรณ์ของระบบกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยส่วนมากจึงเห็นว่าการกระทำอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับควรเป็นเหตุให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการตามสิ่งนักลงทุนต่างชาติได้กระทำ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในแล้วจะพบว่าคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวก็มีความไม่สม่ำเสมอ (inconsistency) กล่าวคือ ปรากฏกรณีที่แม้นักลงทุนต่างชาติจะได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ออนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศยังคงเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว แต่ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทนั้นมีความบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสมสมควรรับไว้ในชั้นของการพิจารณาอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นของการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) นอกจากนี้ยังปรากฏคำชี้ขาดอีกจำนวนหนึ่งซึ่งเห็นว่าแม้รัฐผู้รับการลงทุนจะยกอ้างการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของนักลงทุนขึ้นเพื่อเป็นข้อให้อนุญาตปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน แต่ถึงกระนั้น อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว อีกทั้งเนื้อหาของคดีมีความเหมาะสมสมควรรับไว้ในชั้นพิจารณา (merit) ต่อไป ในบทที่สามนี้จึงขออธิบายถึง ความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุน

ระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน โดยแบ่งออกเป็นสี่ส่วนคือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในส่วนของมูลแห่งข้อพิพาท (merits) และ แนวแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยรวม ดังนี้

### 3.2 การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction)

เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบ่งชี้ว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจมาในลักษณะของถ้อยคำของบทนิยามการลงทุน หรือ บทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการรับ และการคุ้มครองการลงทุน หากนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่อาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวปรากฏชัดในคดี *Fraport V. Republic of the Philippines* คดี *Inceysa V. Republic of El Salvador* และ คดี *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan* ดังนี้

#### **Fraport V. Republic of the Philippines<sup>122</sup>**

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) โดย Judge Peter Tomka (President) Judge Dominique Hascher (Arbitrator) และ Professor Campbell McLachlan (Arbitrator)

<sup>122</sup> "Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide V. Republic of the Philippines (Ii), Icsid Case No. Arb/11/12," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-fraport-ag-frankfurt-airport-services-worldwide-v-republic-of-the-philippines-ii-award-wednesday-10th-december-2014>

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเพณีของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศฟิลิปปินส์ (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศฟิลิปปินส์เท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของ บริษัท Fraport ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ อันเกี่ยวกับ ข้อกำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติแล้ว จึงทำให้การลงทุนของ บริษัท Fraport ไม่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997)<sup>123</sup> ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า

คำว่า "การลงทุน" หมายถึง สินทรัพย์ใดๆที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและข้อบังคับอันเกี่ยวข้องกับรัฐภาคีผู้ทำสัญญา (The term "investment" shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State) ฉะนั้น เมื่อการลงทุนดังกล่าวมิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาแล้ว บริษัท fraport จึงไม่สิทธินำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 9(2)(b) แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนและไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้ (2) If such divergencies cannot be settled according to the

<sup>123</sup> "Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments." "Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments."

provisions of paragraph (1)(negation) of this Article within six months from the date of request for settlement, the investor concerned may submit the dispute to (b)The International Centre for the Settlement of Investment Disputes through conciliation or arbitration, established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, of March 18,1965 done in Washington D.C. ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่การพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท Fraport เป็นบริษัทจดทะเบียนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศฟิลิปปินส์ได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997) อันเกี่ยวกับการเวนคืน

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมามีว่า ประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท Fraport ในชั้นของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างเหตุว่าบริษัท Fraport ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ เนื่องจากตามกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของชาวต่างชาติของประเทศฟิลิปปินส์ ได้วางข้อกำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติในลักษณะที่ว่า การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ใดๆ จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งตามกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์มีการกำหนดห้ามมิให้ชาวต่างชาติถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์เกินกว่าร้อยละ 40 ในสิ่งปลูกสร้างนั้นทั้งหมด

จากข้อเท็จจริง บริษัท Fraport ได้เข้าถือหุ้นในบริษัท Philippine International Air Terminals Co., Inc. (PIATCO) ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสัญญาสัมปทานการลงทุนเพื่อก่อสร้างและ

ดำเนินการสถานีพักผู้โดยสารของสนามบินนานาชาติ ณ กรุงมะนิลาจากกระทรวงคมนาคมและการสื่อสารของประเทศฟิลิปปินส์ อีกทั้งบริษัท Fraport ยังได้เข้าถือหุ้นในบริษัทอื่นๆ ที่จัดตั้งในประเทศฟิลิปปินส์อีกหลายบริษัทซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทที่ถือหุ้นอยู่ใน บริษัท PIATCO อีกทอดหนึ่ง จึงทำให้บริษัท Fraport มีสัดส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO ทั้งโดยตรงและทางอ้อม รวมทั้งสิ้นร้อยละ 61.44 ของหุ้นบริษัท PIATCO ทั้งหมด

ข้อเท็จจริงปรากฏเพิ่มเติมว่าบริษัท Fraport ได้ทราบถึงการกระทำที่อาจขัดต่อกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ปรากฏชัดจากการที่บริษัท Fraport ได้ว่าจ้างสำนักงานกฎหมายที่มีชื่อเสียงให้ดำเนินการศึกษาและตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ซึ่งตามรายงานการประเมินได้มีการระบุอย่างชัดเจนถึงการกระทำที่อาจขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์ในเรื่องของการถือครองสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์ของรัฐโดยนักลงทุนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบริษัท Fraport จะทราบถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายดังกล่าวแล้ว แต่บริษัท Fraport ก็หามีการปรับเปลี่ยนแผนการลงทุนไม่ ยังคงตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศฟิลิปปินส์ตามแผนการลงทุนที่มีอยู่แต่เดิม

การที่บริษัท Fraport เข้าถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO ประกอบกับถือครองหุ้นในบริษัทอื่นๆ ที่จัดตั้งในประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งล้วนแล้วแต่ถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO อีกทอดหนึ่งจนทำให้บริษัท Fraport มีสัดส่วนของการถือครองหุ้นในบริษัท PIATCO รวมทั้งสิ้นร้อยละ 61.44 จึงเป็นกรณีที่บริษัท Fraport ได้เข้าถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์เกินกว่าร้อยละ 40 โดยผ่านการถือหุ้นของบริษัท PIATCO ซึ่งขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่าเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาจะต้องเป็นการลงทุนที่สอดคล้องต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ฉะนั้นเมื่อ บริษัท Fraport ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศฟิลิปปินส์อันเกี่ยวกับการถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อ

สาธารณประโยชน์ของชาวต่างชาติแล้ว บริษัท Fraport จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดีส่งผลให้ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว<sup>124</sup>

### **Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador<sup>125</sup>**

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) โดย Rodrigo Oreamuno Blanco (President) Burton A. Landy (Arbitrator) Claus von Wobeser (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขอบอำนาจในเรื่องประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอนของการพิจารณาขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศ เอลซัลวาดอร์ (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่าการลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศเอลซัลวาดอร์เท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L.ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศเอลซัลวาดอร์อันเกี่ยวกับการฉ้อโกงแล้ว จึงทำให้การลงทุนของบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ไม่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 2 และ ข้อ 3 แห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรสเปนกับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์

<sup>124</sup> จุฬาลักษณ์ พินระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.125-129

<sup>125</sup> "Inceysa Vallisoletana S.L. V. Republic of El Salvador, Icsid Case No. Arb/03/26," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-inceysa-vallisoletana-s-l-v-republic-of-el-salvador-award-wednesday-2nd-august-2006>

ค.ศ.1995 (Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 1995<sup>126</sup>) ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า

ข้อ 2 ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับการส่งเสริมการลงทุนต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย (Each Contracting Party shall promote investments in its territory by investors of the Contracting Party and shall accept such investments in accordance with its laws.)

ข้อ 3 ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับการคุ้มครอง หากการลงทุนดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Each Contracting Party shall protect within its territory the investments made in accordance with its laws by investors of the other Contracting Party)

เมื่อการลงทุนดังกล่าวมิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาแล้ว บริษัท Inceysa Vallisoletana จึงไม่สิทธินำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 11(2) แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนและไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้ (If the dispute cannot be thus settled within six months from the date of the written notification mentioned in paragraph 1(negation), it shall be submitted, at the choice of the investor, to: The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, which was opened for signature at Washington, D.C. on 18 March 1965, ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีชอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่การพิจารณาเรื่องชอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

---

<sup>126</sup> "Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments." "Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments."



คดีนี้มีข้อน่าสังเกตว่าในช่วงของกระบวนการจัดทำร่างสนธิสัญญา คณะผู้ร่างได้มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับความเหมาะสมในการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับว่าควรจะถูกนำมาไว้ในส่วนใดระหว่าง ในส่วนของบทนิยามการลงทุน และ บทบัญญัติว่าด้วยการ ส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการร่างความตกลง (travaux preparatoires) ประกอบกับถ้อยคำที่ปรากฏในความตกลงแล้วจะพบว่า แต่เดิมรัฐทั้งสองประสงค์ให้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ในส่วนของบทนิยามการลงทุน กล่าวคือ คณะผู้ร่างเห็นว่าสมควร นำประโยคที่ว่า “ความสอดคล้องต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นของแต่ละรัฐภาคี” (in accordance with the laws in force in each of the Contracting Parties) มาใส่ไว้ในบทนิยามของการลงทุน แต่ในท้ายที่สุดรัฐภาคีเห็นควรว่า ข้อกำหนดเรื่องความสอดคล้องต่อกฎหมายของการลงทุน น่าจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับกระบวนการในการเข้าไปลงทุน (process of admission of the investment) ของนักลงทุนมากกว่า ดังนั้น รัฐภาคีจึงเห็นสมควรเพิ่มว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนไว้ใน ข้อ 2 และ ข้อ 3 เรื่องการส่งเสริมและการยอมรับการเข้ามาลงทุน (promotion and admission) แทนการนำไปใส่ในบทนิยามการลงทุนตามความประสงค์แรก แต่ถึงกระนั้นไม่ว่าข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนจะปรากฏในบทนิยามของการลงทุนหรือการส่งเสริมและการยอมรับการเข้ามาลงทุนก็ล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนทั้งสิ้น

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสเปน ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศเอลซัลวาดอร์ได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรสเปนกับสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์กับ (Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments) อันเกี่ยวกับการเวนคืน

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศเอลซัลวาดอร์ซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท

Inceysa Vallisoletana S.L. ในชั้นของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่าบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ กล่าวคือ บริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ได้เข้าร่วมการประมูลสัญญาการให้บริการเพื่อการติดตั้ง จัดการ และ ดำเนินการตรวจสอบยานพาหนะ รวมถึงการควบคุมการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ผู้ลงเอง และเสียง ที่จัดขึ้นโดยกระทรวงสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศเอลซัลวาดอร์ โดยการประมูลในครั้งนี้เปิดโอกาสให้นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศสามารถยื่นข้อเสนอในการประมูลได้

ในการคัดสรรผู้เข้าร่วมการประมูลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะเข้ามาดำเนินการในโครงการนี้ ฝ่ายผู้จัดการประมูลได้จัดตั้ง คณะกรรมการประเมิน (Evaluation Committee) ขึ้นมาเพื่อทำการ พิจารณาข้อเสนอและคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมการประมูล ตามข้อมูลของผู้เข้าร่วมการประมูลแต่ละรายยื่นข้อเสนอเข้ามา เพื่อนำข้อมูลของผู้เข้าร่วมการประมูลทั้งหมดมาเปรียบเทียบกับเงื่อนไขและคุณสมบัติต่างๆ ที่กระทรวงสิ่งแวดล้อมได้กำหนดไว้ ภายหลังจากการพิจารณา คณะกรรมการได้ผล สรุปว่า บริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ชนะการประมูลและได้เข้าทำสัญญากับกระทรวงสิ่งแวดล้อมของประเทศ เอลซัลวาดอร์

อย่างไรก็ตามปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ได้มีพฤติกรรมการณ์ฉ้อฉลดังต่อไปนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งการชนะการประมูล

1. แสดงสถานะทางการเงินของบริษัทที่เป็นเท็จ
2. แสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้เชี่ยวชาญที่เป็นเท็จ
3. แสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับประวัติ ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญของบริษัท Inceysa และ บริษัทพันธมิตรของบริษัทว่ามีความเชี่ยวชาญในการดำเนินการในกิจกรรมที่ขอรับสัมปทาน
4. แสดงหลักฐานปลอมเพื่อยืนยันว่าบริษัทเคยได้รับสัญญาการลงทุนมูลค่าหลายล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐกับประเทศอื่นๆ มาแล้ว เพื่อนำมาสนับสนุนความน่าเชื่อถือของบริษัท Inceysa และ

5 ปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่าง บริษัท Construcccion และ บริษัท Inceysa ว่าทั้งสองบริษัทเป็นบริษัทในเครือ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวถือเป็นข้อมูลที่สำคัญ อย่างยิ่งต่อการพิจารณาและตรวจสอบคุณสมบัติ เพราะต้องนำมาใช้เป็นปัจจัยในการคัดเลือกบริษัทที่มีความเหมาะสมเข้ามาดำเนินการในโครงการของคณะกรรมการประเมิน

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้ตัดสินโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศมาใช้พิจารณาประกอบกับพฤติกรรมของนักลงทุนดังนี้

ประการแรก คือ หลักสุจริต (good faith) ซึ่งถือได้ว่า เป็นหลักเกณฑ์สูงสุด (supreme principle) ที่ใช้บังคับกับทุกนิติสัมพันธ์ จึงย่อมต้องนำเข้ามาใช้บังคับกับการเข้าทำสัญญาการประมวลของบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ด้วยเช่นกัน คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า การให้ ข้อมูลอันเป็นเท็จของบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ขัดต่อหลักความสุจริตตั้งแต่ ณ เวลาที่บริษัทเข้ามาทำการลงทุน เพราะในการก่อนิติสัมพันธ์ในลักษณะต่างตอบแทนดังเช่นสัญญานั้น ความซื่อสัตย์ ความจริง และ ความมุ่งหมายในการรักษาไว้ซึ่งความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาเป็นสิ่งสำคัญ

ประการที่ 2 คือ หลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (nemo auditur propiam turpitudinem allegans or no one shall be heard, who invokes his own guilt) การกระทำของบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตอันเนื่องมาจากการฉ้อฉล และตามหลักนี้ผู้ที่ทำการอันไม่สุจริตย่อมไม่อาจนำการกระทำที่ไม่สุจริต (การฉ้อฉล) ยกขึ้นมาเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อ เป็นประโยชน์แก่ตนได้ ฉะนั้น ตามหลักดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า บริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ไม่ สามารถเรียกร้องสิทธิใดๆจากการลงทุนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนได้ และย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลง

ประการที่ 3 นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (International public policy) คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า การระบุเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายให้ปรากฏชัดในความตกลง เปรียบเสมือนหนึ่งการแสดงออกถึงความตั้งใจของรัฐภาคีที่จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่สอดคล้องต่อกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งหน้าที่ในการเคารพต่อกฎหมายย่อม

ถือเป็น เรื่องนโยบายสาธารณะ (respect for the law is a matter of public policy) ไม่ใช่เฉพาะ แต่ ประเทศเอลซัลวาดอร์ แต่นานาอารยะประเทศเห็นพ้องว่า การเคารพต่อกฎหมายคือเรื่องของ นโยบาย สาธารณะ หากคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศประกาศว่าตนมีอำนาจเหนือคดีนี้ ย่อมเป็นการเพิกเฉยต่อ พฤติกรรมที่มีขอบของนักลงทุน ซึ่งตามกฎหมายแล้วเป็น พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำ

ประการที่ 4 หลักเรื่องลาภมิควรได้ (unlawful enrichment) คณะคณะ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศตั้งข้อสังเกต ว่า พฤติกรรมของบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. เป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การลงทุนที่บริษัท Inceysa Vallisoletana S.L. ได้มาจึงเป็นการได้มาโดยไม่มีมูลเหตุทางกฎหมายรองรับจึงถือเป็นลาภมิควรได้

นอกจากหลักทั่วไปแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศพิจารณา รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ และกฎหมายว่าด้วยต่างตัวของประเทศเอลซัลวาดอร์ซึ่ง ระบุถึงเงื่อนไขเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุนและหน้าที่ของนักลงทุนในการปฏิบัติการ ลงทุนให้สอดคล้องต่อกฎหมาย นับแต่เข้ามาลงทุนในประเทศเอลซัลวาดอร์ให้เป็นที่ปรากฏชัดใน กฎหมายทั้งสอง ฉะนั้นนักลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์เท่านั้นจึง จะเป็รนักลงทุนต่างชาติที่จะได้รับสิทธิประโยชน์และความคุ้มครอง

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่าเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการ ลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ ฉะนั้นเมื่อบริษัท Inceysa Vallisoletana S.L.ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์ซึ่งเป็นรัฐผู้รับการ ลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาส่งผลให้ Inceysa Vallisoletana S.L.ไม่อาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อ พิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว<sup>127</sup>

<sup>127</sup> จุฬาลักษณ์ พินธะ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.130-135

### Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan<sup>128</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, (President) Mr. John M. Townsend (Arbitrator) และ Mr. Claus von Wobeser (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศอุซเบกิสถาน (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศอุซเบกิสถานเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Metal-Tech ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศอุซเบกิสถานอันเกี่ยวกับการทุจริตแล้ว จึงทำให้การลงทุนของบริษัท Metal-Tech ไม่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐอิสราเอลกับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน ค.ศ. 1994 (Agreement between the government of the state of Israel and the government of the republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994<sup>129</sup>) ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า

คำว่า "การลงทุน" หมายถึง สินทรัพย์ใดๆที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและข้อบังคับอันเกี่ยวข้องกับภาคีสัญญา (The term "investments" shall comprise any kind of

<sup>128</sup> "Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan, Icsid Case No. Arb/10/3," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-award-friday-4th-october-2013>

<sup>129</sup> "Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/3935ddfe-45f3-4127-ae40-4b859dd5983c>; *ibid.*

assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party) ฉะนั้น เมื่อการลงทุนดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาแล้ว บริษัท Metal-Tech จึงไม่สิทธินำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 8 แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ภาคีสัญญายินยอมให้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter: the "Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965) ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่การพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท Metal-Tech เป็นบริษัทจดทะเบียนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอิสราเอล มีวัตถุประสงค์ในการผลิตผงเซรามิก โลหะ และอนุพันธ์ของโลหะ รวมถึงผลิตภัณฑ์โมลิบดีนัม ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 บริษัท Metal-Tech และ รัฐวิสาหกิจอื่นๆ อีก 2 แห่งของประเทศอุซเบกิสถานได้ร่วมกันทำกิจการร่วมค้าในนาม Uzrmetal

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า บริษัท Metal-Tech ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศอุซเบกิสถาน ได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐอิสราเอลกับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน ค.ศ. 1994 (Agreement between the government of the state of Israel and the government of the republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994) ดังนี้

1. ละเมิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment:FET) ตาม ข้อ 9 ของกฎหมายว่าด้วยการลงทุนจากต่างประเทศ
2. ละเมิดการให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security: FPS) ตาม ข้อ 9 ของกฎหมายว่าด้วยการลงทุนจากต่างประเทศ

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศออสเตรีย ซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการที่บริษัท Metal-Tech ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศออสเตรีย เพื่อให้อนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศต่อตุลาการปฏิเสธรที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท Metal-Tech ในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการ โดยอ้างเหตุผลว่า เพื่อให้ได้มาซึ่งการได้รับอนุมัติการลงทุน บริษัท Metal-Tech ได้กระทำการดังต่อไปนี้

1. บริษัท Metal-Tech ได้ว่าจ้างที่ปรึกษาในการดำเนินธุรกิจมีมูลค่าสูงถึงร้อยละ 20 ของมูลค่าโครงการทั้งหมด ซึ่งถือเป็นจำนวนเงินที่มากกว่าเงินที่บริษัท Metal-Tech นำเข้ามาร่วมลงทุน นอกจากนี้ เมื่อตรวจสอบถึงคุณสมบัติและประสบการณ์การทำงานของที่ปรึกษาเหล่านั้นแล้วพบว่า กลุ่มบุคคลดังกล่าวหาไม่พบประสบการณ์หรือ ความเชี่ยวชาญในการประกอบธุรกิจที่บริษัท Metal-Tech ดำเนินกิจการอยู่ไม่ กลับกันเป็นแต่เพียงกลุ่มบุคคลที่ประกอบอาชีพในวิชาชีพอื่น อาทิ เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายบุคคลในสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้จัดการสำนักหนังสือพิมพ์ ผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรม และเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกษียณอายุราชการซึ่งล้วนแล้วแต่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับนายกรัฐมนตรีของประเทศออสเตรีย ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีอำนาจในการพิจารณาและอนุมัติการลงทุนแทบทั้งสิ้น

2. บริษัท Metal-Tech ได้ชำระค่าจ้างด้วยวิธีการที่คลุมเครือ กล่าวคือ บริษัท Metal-Tech ได้ชำระเงินค่าจ้างแก่ให้บริษัทซึ่งที่ปรึกษาต่างๆ ถือหุ้นอยู่แทนที่จะดำเนินการชำระเงินค่าจ้างให้แก่ทางที่ปรึกษาโดยตรง

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้เห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวของบริษัท Metal-Tech ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายค่าจ้างในจำนวนที่มากผิดปกติ การว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งขาดความรู้ความเชี่ยวชาญในการประกอบธุรกิจ แต่มีลักษณะเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและอนุมัติการลงทุน รวมถึงชำระค่าจ้างด้วยวิธีการที่คลุมเครือนั้นล้วนแล้วแต่ เป็นพฤติกรรมที่ไม่โปร่งใส ซึ่งพฤติกรรมทั้งหมดของบริษัท Metal-Tech ชี้ให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า ข้อตกลงเพื่อว่าจ้างที่ปรึกษาเหล่านั้นมิใช่ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อเข้ามาดูแลการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจแต่อย่างใด หากแต่เป็นเพียงการกระทำเพื่อปกปิดสถานะที่แท้จริงของความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท Metal-Tech และที่ปรึกษาทั้งหลายเท่านั้น (designed to conceal the true nature of the relationship) จึง

เป็นการกระทำที่ไม่โปร่งใสอันถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถานได้ ดังนั้นพิจารณาได้ว่าการลงทุนดังกล่าวมิใช่การลงทุนจัดตั้งขึ้นโดยสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ตามข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐอิสราเอลกับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน ค.ศ. 1994 (Agreement between the government of the state of Israel and the government of the republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994) บริษัท Metal-Tech จึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว<sup>130</sup>

### 3.3 การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility)

แม้ว่าโดยผลลัพธ์แห่งคดี ไม่ว่าจะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเพราะเหตุแห่งขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) หรือ เป็นกรณีที่ไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาเนื่องจากข้อพิพาทมีความไม่เหมาะสม (admissibility) จะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน คือ ข้อพิพาทจะไม่เข้าสู่ขั้นของการพิจารณาเนื้อหาของคดี(merit) ก็ตาม แต่ถึงกระนั้นปรากฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งที่เห็นว่าในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนควรเป็นประเด็นในส่วนของ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เพราะเหตุแห่งความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของเนื้อหามากกว่าจะเป็นประเด็นเรื่องขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ ปรากฏในคดี World duty free vs Kenya และ คดี Plama v Bulgaria<sup>131</sup>

<sup>130</sup> จุฬาลักษณ์ พินระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.181-187

<sup>131</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International* 37, 1 (2021).p.75



### World duty free vs Kenya<sup>132</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Geoffrey Robertson (President) Mr. Paul K. Muite (Arbitrator) และ Ms. Olivia Holdsworth (Arbitrator)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท World Duty Free เป็นบริษัทจดทะเบียนที่จัดตั้งขึ้นใน ไอล์ออฟแมน (Isle of Man) ซึ่งเป็นดินแดนอาณานิคมปกครองตนเองของ สหราชอาณาจักรมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ ก่อสร้าง บำรุงรักษา และ ดำเนินกิจการร้านค้าปลอดภาษี โดยมีนาย นาเซอร์ ไอบراهيم อัลลี (Mr. Nasir Ibrahim Ali) เป็นกรรมการผู้จัดการและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า บริษัท World Duty Free มีความประสงค์จะดำเนินการเกี่ยวกับร้านค้าปลอดภาษีในประเทศเคนยา จึงเริ่มดำเนินการตกลงเข้าทำสัญญาการดำเนินการ ก่อสร้าง บำรุงรักษา และ ดำเนินกิจการร้านค้า ปลอดภาษี (Agreement for the Construction, Maintenance and Operation of Duty Free Complexes) จากรัฐบาลประเทศเคนยา ซึ่งในการดำเนินการเพื่อขอทำสัญญาดังกล่าว นายอัลลีได้ขอคำแนะนำเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศเคนยาจาก นายราชิด ซาร์จาด (Mr. Rashid Sajjad) ผู้เป็นนักธุรกิจที่มีชื่อเสียงในประเทศเคนยา โดยนายซา จาด ได้แนะนำนายอัลลีว่า ในการทำธุรกิจกับรัฐบาลเคนยานั้น นายอัลลีควรดำเนินการตามธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศเคนยา คือ การฮารัมบี (Harambee) อันเป็นการบริจาคเงินเป็นการส่วนตัว (personal donation) ให้แก่ประธานาธิบดีประเทศเคนยา ตาม มูลค่า และ ขนาด ของการลงทุนที่นายอัลลีต้องการ ซึ่งนายราชิดแนะนำว่า ในการดำเนินการลงทุนในครั้งนี้ นายอัลลีควรบริจาคเงินสดแก่ประธานาธิบดีประเทศเคนยาประมาณ 2 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ

ในเวลาต่อมา นายซาร์จาด ได้ดำเนินการให้นายอัลลีได้เข้าพบกับประธานาธิบดีประเทศเคนยาเพื่อเข้าเสนอโครงการลงทุนดังกล่าว โดยในการเดินทางไปเข้าพบประธานาธิบดีของ

<sup>132</sup> "World Duty Free Company V. Republic of Kenya, Icsid Case No. Arb/00/7," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-world-duty-free-company-v-republic-of-kenya-award-wednesday-4th-october-2006>

ประเทศเคนยานั้น นายอัลลีได้นำกระเป๋าสตางค์เงินซึ่งบรรจุเงินจำนวน 2 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐไปด้วย โดยวางไว้หน้าห้องของประธานาธิบดีก่อนเข้าดำเนินเจรจา แต่หลังจากที่นายอัลลีดำเนินการเข้าเจรจากับแผนการทางธุรกิจของตนกับประธานาธิบดีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เมื่อออกมาจากห้องนายอัลลีพบว่า เงินจำนวน 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐที่ซึ่งตนได้วางไว้หน้าห้องของประธานาธิบดีก่อนที่จะเข้าไปเจรจากับธุรกิจกลับถูกแทนที่ด้วยข้าวโพด และภายหลังจากการเจรจาในครั้งนั้นเพียงแค่ 1 เดือน นายอัลลีก็ได้รับอนุมัติให้เข้าทำสัญญาการค้า การก่อสร้าง บำรุงรักษา และดำเนินกิจการร้านค้าปลอดภาษีในท่าอากาศยานนานาชาติกับรัฐบาลประเทศ เคนยาตามความมุ่งหมายของตน

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้เห็นว่าแม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มิได้มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งถึงความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ผ่านการกำหนดข้อบทที่ว่าการลงทุนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนจึงจะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุน แต่ถึงกระนั้นหาหมายควมว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือ นโยบายสาธารณะข้ามชาติ อันเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศที่จะต้องนำนโยบายสาธารณะดังกล่าว เข้ามาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการปราบปรามการทุจริตอันเป็นมาตรฐานสากลที่ได้รับการยอมรับและถูกหยิบยกไปปรับใช้ในทุกเวที

อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้กล่าวเพิ่มเติมอีกว่า คุณค่าที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากลดังกล่าวนี้ ยังรวมถึง ศีลธรรมอันดี (good morals) และ จริยธรรมในการค้าระหว่างประเทศ (ethics of international trade) อีกด้วย อย่างไรก็ตามในการใช้การตีความนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ หรือสาธารณะข้ามชาติ นั้น คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมาก (very cautious) โดยต้องพิจารณาให้รอบครอบถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะเหล่านั้นว่ามีอยู่อย่างไร ทั้งนี้ อาจพิจารณาและค้นหาวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้จาก อนุสัญญาระหว่างประเทศ การเปรียบเทียบกฎหมาย และ จากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้เห็นว่า การตัดสินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับต้องกันว่าขัดขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศของเกือบทุกประเทศ ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวของ บริษัท World Duty Free ในการตัดสินบนแก่ประธานาธิบดีของประเทศเคนยาเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนนั้น เป็นพฤติกรรมที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่ควรจะเข้าไปส่งเสริมหรือให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนผู้ซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องโดยมีเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนเอง (ex turpi causa non oritur actio or an action cannot arise from a dishonorable cause) อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักมาศาลด้วยมือสะอาดแต่อย่างใด นอกจากนี้หากคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศรับข้อพิพาทของนักลงทุนดังกล่าวไว้พิจารณาอาจเป็นการกระทำที่ดูถูกความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม (affront to public conscience) และอาจเป็นการส่งเสริมพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของนักลงทุนได้ ฉะนั้นคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงปฏิเสธที่จะรับข้อพิพาทไว้พิจารณา<sup>133</sup>

#### Plama v Bulgaria<sup>134</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Carl F. Salans, (President) Professor Albert Jan van den Berg (Arbitrator) และ V.V. Veeder (Arbitrator)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าอยู่ว่าบริษัท Plama ได้กระทำการฉ้อฉลปิดข้อความจริงซึ่งควรแจ้งให้ทราบแก่หน่วยงานรัฐ ซึ่งหากหน่วยงานรัฐได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวก็คงจะไม่ตกลงผูกพันตนตามสัญญา ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นในรัฐวิสาหกิจ โดยในช่วงต้นของกระบวนการเจรจาเพื่อขอเข้าทำสัญญาซื้อหุ้นจากรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการกลั่นน้ำมันกับหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization Agency) ของประเทศบัลแกเรีย บริษัท Plama ได้แสดงตนต่อหน่วยงานรัฐที่ดูแลเกี่ยวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจว่าตนได้ร่วมกับกิจการค้าร่วม (Consortium)

<sup>133</sup> จุฬาลักษณ์ พินระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.16-18

<sup>134</sup> "Plama Consortium Limited V. Republic of Bulgaria, Icsid Case No. Arb/03/24," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-plama-consortium-limited-v-republic-of-bulgaria-award-wednesday-27th-august-2008>

ขนาดใหญ่อีก 2 โครงการที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในเรื่องการกลั่นน้ำมัน แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าในช่วงท้ายของการเจรจา โครงการค้าร่วมขนาดใหญ่ทั้ง 2 โครงการ ได้ถอนตัว ออกจากการเข้าลงทุน จึงทำให้เหลือแต่เพียงบริษัท Plama ที่ดำเนินการเจรจาเพื่อของความยินยอม ในการเข้าซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรีย ซึ่งแม้สถานะของนักลงทุนจะเปลี่ยนแปลงไป แต่ บริษัท Plama ยังคงปิดบังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการถอนตัวของโครงการค้าร่วมทั้ง 2 โดยการไม่แจ้ง เหตุดังกล่าวแก่หน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจทราบ ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวถือว่าเป็นปัจจัย สำคัญต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในการพิจารณาว่าจะให้ความยินยอมแก่นักลงทุนเพื่อ เข้าซื้อหุ้นในรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรียหรือไม่ การได้มาซึ่งการลงทุนของนักลงทุนอันเกิดจาก การปิดบังข้อเท็จจริงจึงถือเป็นการฉ้อฉลต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้ พิจารณาคดีโดยเริ่มต้นจาก การ พิจารณาถึงกฎหมายภายในของประเทศบัลแกเรียในเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privertization Act) และ คำตัดสินของศาลฎีกาในประเด็นดังกล่าว รวมถึง สนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงาน (Energy Chater Treaty (ECT)) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า แม้สนธิสัญญาอนุ ญาบัตรพลังงานจะไม่มีข้อกำหนดข้อบ่งชี้ว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มิได้มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งถึงความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะ การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ผ่านการกำหนดข้อบ่งชี้ว่าการลงทุน จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนจึงจะได้รับการคุ้มครองตาม สนธิสัญญาการลงทุน แต่ถึงกระนั้นหาหมายควมว่าสนธิสัญญาอนุญาบัตรพลังงานจะให้ความคุ้มครอง แก่การลงทุนไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ นอกจากนี้คณะ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศยังได้อาศัยการตีความสนธิสัญญาโดยพิเคราะห์ถึง วัตถุประสงค์พื้นฐานของสนธิสัญญาอนุญาบัตรพลังงานซึ่งปรากฏตามคำแถลงการณ์การและอารัมภท คือ เพื่อส่งเสริมหลักกฎหมายในเรื่องพลังงานแล้วเห็นว่า การตีความสนธิสัญญาควรจะต้องตีความให้ เป็นไปในแนวทางที่ส่งเสริมให้เกิดการเคารพต่อหลักกฎหมายเท่านั้น (encouraging respect for the rule of law) ฉะนั้น สิทธิอันเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองแก่การลงทุน (substantive protection) ภายใต้สนธิสัญญาอนุญาบัตรพลังงาน จึงไม่อาจนำไปใช้บังคับแก่การลงทุนที่ขัดต่อ กฎหมายได้ นอกจากนี้ก่อนที่จะสรุปการพิจารณาในประเด็นดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการการ

ลงทุนระหว่างประเทศได้นำคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีระหว่างบริษัท inceysa กับ สาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์ และคดีระหว่างบริษัท World Duty Free กับ สาธารณรัฐเคนยา ในส่วนที่เกี่ยวกับการนำหลักมาศาลด้วยมือสะอาด และนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศเข้ามาปรับใช้กรณีนี้นักลงทุนต่างชาติกระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนอีกด้วย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงเห็นว่าการลงทุนจะต้องเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการเจรจาโดยสุจริต ซึ่งเมื่อบริษัท Plama ได้กระทำการฉ้อฉลปกปิดข้อความจริงซึ่งควรแจ้งให้ทราบแก่หน่วยงานรัฐ อันหากหน่วยงานรัฐได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวก็คงจะไม่ตกลงผูกพันตนตามสัญญาจึงเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของประเทศบัลแกเรีย ดังนั้น การให้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาฉบับที่ตราขึ้นแก่การลงทุนของนักลงทุนอาจขัดต่อหลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (nemo auditur propriar turpitudiner alegans or nobody can benefit from his own wrong) รวมทั้งยังขัดต่อแนวคิดพื้นฐานของ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่ควรที่จะบังคับตามสิทธิใน สัญญาการลงทุนที่ได้มาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบ (wrongful means) โดยการฉ้อฉลและแสดงหลักฐานอันเป็นเท็จ ข้อพิพาทดังกล่าวจึงไม่สมควรรับไว้ในชั้นของการพิจารณาเนื้อหาของคดี(admissibility)<sup>135</sup>

### 3.4 การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท (merits) มหาวิทยาลัย

โดยหลักแล้วการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ควรเข้าสู่ชั้นของการพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาท ไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) หรือเพราะความไม่เหมาะสมสมควรของข้อพิพาท(admissibility) ทั้งนี้เพราะโดยทั่วไปแล้วบุคคลซึ่งกระทำผิดไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด ตามหลัก nemo auditur propiam turpitudinem allegans or no one shall be heard, who invokes his own guilt อีกทั้งยังขัดกับหลักพื้นฐานทั่วไปคือหลักสุจริตอีกด้วย อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อได้ศึกษาและได้พิเคราะห์ถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว

<sup>135</sup> จุฬาลักษณ์ พิณระ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.139-140

ปรากฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งซึ่ง แม้นักลงทุนต่างชาติ จะได้กระทำการบางประการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว แต่อนุญาโตตุลาการ การลงทุนระหว่างประเทศก็ไม่ได้ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด อีกทั้งยังรับคดีเข้าสู่ชั้นพิจารณาต่อไปอีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น คดี Tokios Tokeles v. Ukraine คดี Hamester v. Ghana คดี Gavrilovic v Croatia คดี Mamidoli vs Albania คดี Kardassopoulos v Georgia

### Tokios Tokeles v. Ukraine<sup>136</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Lord Mustill, (President) Professor Piero Bernardini (Arbitrator) Mr. Daniel M. Price (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่าง ประเทศ ฝ่ายประเทศยูเครน (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ การลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการ ลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศยูเครน เท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Tokios Tokeles ขัดต่อ กฎหมายภายในของประเทศยูเครนอันเกี่ยวกับการจดทะเบียนชื่อบริษัทจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตาม ข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐ ประชาชนยูเครน ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Republic of

<sup>136</sup> "Tokios Tokelés V. Ukraine Icsid Case No. Arb/02/18," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-tokios-tokeles-v-ukraine-decision-on-jurisdiction-thursday-29th-april-2004>

Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994<sup>137</sup>) ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า

“การลงทุน” หมายถึง “สินทรัพย์ทุกประเภทซึ่งถูกลงทุนในกิจกรรมทางเศรษฐกิจในอาณาเขตของอีกรัฐภาคแลคู่สัญญาและได้ปฏิบัติตามกฎหมายและกระบวนการของรัฐภาคีคู่สัญญานั้น (Article 1(1) of the BIT defines The term "investment" means any kind of assets invested on the economic activity of one Contracting Party to investors of the other Contracting Party's territory under its laws and procedures) ฉะนั้นเมื่อการลงทุนดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา บริษัท Tokios Tokeles จึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 8(2)/A แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนและไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้ ( 8(2)/A/ If any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party can not be resolved within 6 months, the investor may submit the dispute to: / A /(negotiation) the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), based on the application in 1965. Washington signed the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, shall be provided both Contracting Parties are Parties to this Convention) ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่การพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

จากข้อเท็จจริงบริษัท Tokios Tokeles เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศลิทัวเนีย มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการทำโฆษณา สิ่งพิมพ์ และการพิมพ์ทั้งในประเทศลิทัวเนีย และ ในต่างประเทศ ภายหลังจากปี 1994 บริษัท Tokios Tokeles ได้ก่อตั้ง

---

137 "Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments." "Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments."

บริษัทในเครือชื่อว่า บริษัท Taki spravy ภายใต้กฎหมายของประเทศยูเครน โดยมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับ บริษัท Tokios Tokeles คือ ประกอบกิจการเกี่ยวกับการทำโฆษณา สิ่งพิมพ์ และการพิมพ์ แต่กระทำใน ประเทศยูเครนเป็นหลัก

ต่อมา บริษัท Tokios Tokeles ได้นำคดีเข้าสู่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่า ประเทศยูเครนได้ ละเมิดพันธกรณีตาม ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง สาธารณรัฐลิทัวเนีย กับ สาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) คือ การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันส่งผลกระทบต่อการลงทุนของบริษัท Taki spravy ดังนี้

1. กระทำการสอบสวนเกินกว่าเหตุ
2. ดำเนินการทำให้สัญญาที่บริษัท Taki spravy ได้จัดทำเป็นโมฆะ
3. ยึด และอายัด ทรัพย์สิน ของ บริษัท Taki spravy
4. ยึด เอกสารทางการเงิน และ เอกสารอื่น โดยปราศจากเหตุผลที่สมควร
5. กล่าวหาว่า บริษัท Taki spravy กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของ ประเทศยูเครน ซึ่งหาเป็นความจริงไม่

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่า ประเทศยูเครน ซึ่งเป็น รัฐผู้รับการลงทุน ได้ยกข้อต่อสู้ว่า บริษัท Tokios Tokeles ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศยูเครน คือ การจดทะเบียนชื่อบริษัทไม่ต้องตรงตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายของประเทศยูเครนได้วางหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนชื่อบริษัทในเครือไว้ว่าจะต้องจดทะเบียนในชื่อของ “บริษัทในเครือ” แต่บริษัท Tokios Tokeles กลับจดทะเบียนว่า “บริษัทเอกชนในเครือ” รวมถึงไม่มีลายเซ็น หรือ การรับรองบางประการ

อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศตัดสินโดยเริ่มจากอ้างถึงหลักการสำคัญที่มีผลต่อการพิจารณา ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ คือ หลักความยินยอม และ ความชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้



หลักความยินยอม เป็นหลักที่ปรากฏชัดตาม อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States 1965 ) ในข้อที่ 25 กล่าวคือ การจะนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาท โดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นั้น จะต้องเกิดขึ้นบนพื้นฐานของความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งตาม ข้อที่ 25 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไว้ว่า

ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาททางกฎหมายใด ๆ ที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน ระหว่างรัฐภาคีผู้ทำสัญญา และ คนชาติของรัฐอื่น ซึ่งคู่พิพาทยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะยื่นต่อศูนย์ ซึ่งเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมแล้ว ห้ามมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพิกถอนความยินยอมนั้นแต่เพียงฝ่ายเดียว อีกทั้งอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้ ยังได้อธิบายเพิ่มเติมต่อไปอีกว่า ขอบอำนาจศาลของ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ขึ้นอยู่กับ ความยินยอม ของ คู่สัญญา เป็น สำคัญ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะใช้ขอบอำนาจเหนือข้อพิพาททั้งหมดที่อยู่ในขอบเขตของความยินยอมของภาคีผู้ทำสัญญา ครอบคลุมข้อพิพาทเป็นไปตามข้อกำหนดวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อ 25 ของอนุสัญญา ฉะนั้นการลงทุนที่ไม่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาจึงไม่มีสิทธิเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมาย หนึ่งในวัตถุประสงค์สำคัญของ สนธิสัญญาการลงทุน คือ การมุ่งคุ้มครองการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตาม กฎหมาย และ ข้อบังคับ ไว้เป็นการเฉพาะ ก็ได้หมายความว่าสนธิสัญญาการลงทุนนั้นจะคุ้มครองการกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อ 1 ของ ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) 1 แล้วจะพบว่าสนธิสัญญาการลงทุนมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองการลงทุนที่สมควรได้รับการคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ได้นำหลักการทั้งสองข้างต้นมาใช้อธิบายประกอบเท่านั้นโดยอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้อธิบายเพิ่มเติมต่อไปว่า แม้วัตถุประสงค์ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994 ในข้อ 1 จะเป็นการป้องกันไม่ให้นิติสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถึงกระนั้นวัตถุประสงค์สำคัญอีกประการสำคัญของสนธิสัญญาการลงทุนคือ ต้องการให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวางแก่ นักลงทุน และ การลงทุนต่างชาติ ฉะนั้น การอาศัยเพียงความผิดปกติ (irregularity) หรือ ข้อผิดพลาดเล็กน้อย (minor error) เพื่อปฏิเสธความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนนั้น เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ และ ความมุ่งประสงค์ (Object and purpose) ของสนธิสัญญาการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงเห็นว่า แม้รัฐผู้รับการลงทุน จะสามารถพิสูจน์ได้จริงว่าข้อที่ผู้ร้องนำมาจดทะเบียนบริษัทสาขาของตนไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด และมีข้อผิดพลาดในเอกสารที่ผู้ร้องยื่นเข้ามา เช่น ขาดลายเซ็นที่จำเป็น หรือ ขาดการรับรองเอกสารบางประการ การดังกล่าวก็ไม่กระทบต่อความคุ้มครองการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้แม้จะได้อ้างถึงความยินยอมตามข้อ 5 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States 1965 ) และ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ที่เป็นหลักทั่วไปของทุกสนธิสัญญา อีกทั้งยังปรากฏเป็นการเฉพาะในข้อ 1 ของ ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994(Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่การกระทำอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในคดีนี้มีความแตกต่างจากคดีอื่น เนื่องจาก เป็นการกระทำที่เป็น ข้อผิดพลาดเล็กน้อย(minor error) แต่เพียงการจดทะเบียนชื่อไม่เป็นไปตามแบบที่กฎหมายประเทศยูเครนกำหนดเท่านั้น ส่งผลให้ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ทำคำชี้ขาดในข้อพิพาทบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงดังกล่าวไปอีกแนวหนึ่งที่ว่า แม้จะปรากฏข้อบ่งชี้ด้วยการปฏิบัติตาม กฎหมาย และ ข้อบังคับ ไว้เป็นการเฉพาะที่มุ่งหมายจะคุ้มครองแต่การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และ นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศยูเครนซึ่งเป็นรัฐ

ผู้รับการลงทุน ในคดีนี้ แต่ถึงกระนั้นอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศยังคงมี ขอบอำนาจ (Jurisdiction) เหนือข้อพิพาทดังกล่าว และ สมควรรับคดีเข้าสู่ขั้นของการพิจารณาเนื้อหาของคดี (Merits) ต่อไป เพราะเหตุแห่งความผิดปกติ (irregularity) หรือ ข้อผิดพลาดเล็กน้อย (minor error)<sup>138</sup>

### Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana<sup>139</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Professor Brigitte Stern (President) Mr. Bernardo Cremades (Arbitrator) Mr. Toby Landau Q.C. (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขอบอำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศกานา (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับ การส่งเสริม และ ยอมรับ จะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตาม กฎหมาย และ ข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของ ประเทศกานา เท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของ บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG ขัดต่อกฎหมายภายในของ ประเทศกานาอันเกี่ยวกับ การฉ้อโกงจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตาม ข้อ 10 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับสาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995 (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of

<sup>138</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.349

<sup>139</sup> "Gustav F W Hamester GmbH & Co Kg V. Republic of Ghana, Icsid Case No. Arb/07/24," [Online] Accessed: 1 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-gustav-f-w-hamester-gmbh-co-kg-v-republic-of-ghana-award-friday-18th-june-2010>

Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995<sup>140</sup>) ซึ่งได้กำหนดว่า

สนธิสัญญานี้ยังใช้กับการลงทุนที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีผลใช้บังคับโดยคนชาติ หรือ บริษัทของรัฐภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่ง สอดคล้องกับกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน (This Treaty shall also apply to investments made prior to its entry into force by nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party consistent with the latter's legislation.) ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่ การพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ การลงทุนระหว่างประเทศ

จากข้อเท็จจริงบริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศเยอรมนี เกิดขึ้นการเกิดจากการควบรวมกิจการระหว่างบริษัท Walter Schroder GmbH & Co. KG Kakao- und Schokoladen-Werk กับ บริษัท Gustav FW Hamester GmbH มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจผลิตภัณฑ์โกโก้ รวมถึงการแปรรูปโกโก้ ตั้งอยู่ที่เมือง Hosta Werk für Schokoladenspezialitäten ประเทศเยอรมนี

บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG ได้ตกลงทำกิจการร่วมค้ากับ คณะกรรมการโกโก้แห่งประเทศกานา (Ghana Cocoa Board) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการ การซื้อเมล็ดโกโก้จากเกษตรกรผู้ปลูกโกโก้ในประเทศกานา และ ทำการตลาดรวมถึงส่งออกเมล็ด โกโก้ อีกทั้งมีหน้าที่อื่นๆ อีกได้แก่ การส่งเสริมการผลิตโกโก้ การประกอบกิจการปลูกโกโก้ การจัดตั้ง โรงงานแปรรูปอุตสาหกรรมเพื่อแปรรูปโกโก้ และ ให้ความช่วยเหลืออื่นๆ ในการพัฒนาอุตสาหกรรม โกโก้ รวมทั้งดูแลกฎระเบียบด้านการตลาด และการส่งออกโกโก้อีกด้วย

การดำเนินกิจการร่วมค้านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูโรงงานแปรรูปโกโก้เก่าของ คณะกรรมการโกโก้แห่งประเทศกานา (Ghana Cocoa Board) ที่ชื่อว่า West African Mills

<sup>140</sup> "Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jusmundi.com/fr/document/treaty/en-germany-ghana-bit-1995-germany-ghana-bit-1995-friday-24th-february-1995>

Company Limited ("Wamco I") ตั้งอยู่เมือง Takoradi ให้มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยเพื่อเพิ่มกำลังการผลิตโกโก้ ซึ่งในการดำเนินกิจการร่วมค้ำนี้บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG มีหน้าที่จัดหาเทคโนโลยี ความรู้ความชำนาญ และเงินทุนเพื่อปรับปรุงโรงงานให้ทันสมัย ในขณะที่คณะกรรมการโกโก้แห่งประเทศกานา (Ghana Cocoa Board) มีหน้าที่จัดตั้งสถานประกอบการณ์ รวมถึงจัดหาวัตถุดิบ

ในการดำเนินกิจการร่วมค้ำเพื่อฟื้นฟูโรงงานแปรรูปโกโก้ที่มีการแบ่งโครงสร้างการถือหุ้นโดยบริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG จะถือครองหุ้นร้อยละ 60 ของหุ้นทั้งหมด ส่วนคณะกรรมการโกโก้แห่งประเทศกานา (Ghana Cocoa Board) จะถือหุ้นร้อยละ 40 ของหุ้นทั้งหมด

ต่อมา บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่า ประเทศกานา ได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับ สาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995 (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995) ดังนี้

1. ละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment:FET) ตาม ข้อ 2(1) ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับ สาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995 (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995)

2. ละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับกระทำตามอำเภอใจอันเป็นการละเมิดต่อ ข้อ 2(2) ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับ สาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995 (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995)

3. ละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ระดับชาติตาม ข้อ 3 ของ ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับ สาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995

(Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995)

4.ละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security : FPS) ตามข้อ 4 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับ สาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995(Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995)

5.ละเมิดเกี่ยวกับการเวนคืน และการจัดการกับการเวนคืนตามข้อ 4(2)(3) ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับสาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995(Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995)

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศกานาซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการที่บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศกานาเพื่อให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG ในชั้นของขออำนาจอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยอ้างว่า บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG ได้กระทำการฉ้อโกงในหลายๆ ลักษณะ เช่น

การใช้อำนาจในทางที่ผิดในการควบคุมบริษัทอื่น

การดำเนินการเรียกเก็บ ค่าธรรมเนียม และ ค่าคอมมิชชั่น รวมถึง

ทำใบแจ้งหนี้อันเป็นเท็จซึ่งล้นแล้วแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศกานาซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนแทบทั้งสิ้น

อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเริ่มต้นพิจารณาขออำนาจโดยอ้างถึงหลักการสำคัญที่ปรากฏในคดี Phoenix v. Czech ว่าการลงทุนที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความไม่สุจริต ไม่ว่าจะ เป็น กระทำที่ไม่โปร่งใส ฉ้อฉล หรือ การหลอกลวงจะไม่ได้รับการคุ้มครองทั้งในประเทศ หรือต่างประเทศ และจะไม่สามารถเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

ภายใต้ CSID ได้ นอกจากนี้การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนก็ไม่สมควรได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน หลักการนี้เป็นหลักการทั่วไปที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับ เชื้อชาติ หรือ ภาษา นอกจากนี้รัฐผู้รับการลงทุนอาจกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงกลไกการระงับข้อพิพาทที่ไว้เป็นการเฉพาะผ่านการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับซึ่งในกรณีนี้คือ ข้อ 10 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับ สาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995 โดยเมื่อสนธิสัญญาการลงทุนกำหนดให้การคุ้มครองการลงทุนหนึ่งขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมายในขณะที่มีการเริ่มต้นการลงทุนนั้น (legality as at the initiation of the investment (made) บทบัญญัติดังกล่าวก็ปรับใช้เฉพาะกับพฤติกรรมของ นักลงทุนในขณะที่เริ่มต้นการลงทุนเท่านั้น และไม่ครอบคลุมถึงพฤติกรรมของนักลงทุนหลังจากนั้น ดังนั้น การลงทุนที่เกิดขึ้นตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะไม่กลายเป็นการลงทุนที่อยู่นอกเหนือความคุ้มครองของสนธิสัญญาการลงทุนการลงทุนในภายหลังเพียงเพราะการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติในระหว่างที่ดำเนินการลงทุน ความชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการดำเนินการลงทุนหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการดำเนินการลงทุน (legality or illegality during the performance of the investment) เป็นเรื่องที่จะถูกนำไปพิจารณาในส่วนของเนื้อหาของคดี

เป็นที่น่าสังเกตว่าในคดีนี้แม้บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG จะได้กระทำละเมิดกฎหมายที่สำคัญ และ ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายทั่วโลก คือ การกระทำที่ไม่โปร่งใสไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิดในการควบคุมบริษัทอื่น การดำเนินการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม และ ค่าคอมมิชชั่น รวมถึงทำใบแจ้งหนี้อันเป็นเท็จ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่สมควรปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ถึงกระนั้นอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำปัจจัยเรื่อง “ช่วงเวลาในการกระทำความผิด” มาเป็นเกณฑ์ในการดำเนินการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติ จากผลของคำชี้ขาดดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นที่น่าสนใจว่าการพิจารณาขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากจะนำปัจจัยว่าด้วยการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับแล้ว ช่วงเวลาก็มีผลต่อขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเช่นกัน<sup>141</sup>

<sup>141</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.348

### Quiborax v. Bolivia<sup>142</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, (President) Hon. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C., (Arbitrator) Prof. Brigitte Stern (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศโบลิเวีย (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศโบลิเวียเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Quiborax ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศยูเครนอันเกี่ยวกับการลงทะเบียนผู้ถือหุ้น จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 2 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐพหุชนชาติโบลิเวีย กับสาธารณรัฐชิลี ค.ศ.1994 (Agreement between the republic of Bolivia and the republic of chile for the promotion and reciprocal protection of investments 1994<sup>143</sup>) ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า

ความตกลงนี้ใช้กับการลงทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการมีผลใช้บังคับของความตกลง โดยนักลงทุนของรัฐภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งตามกฎหมายของรัฐภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีสัญญาฝ่ายหลัง (This Agreement shall apply to all investments made

<sup>142</sup> "Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-quiborax-s-a-non-metallic-minerals-s-a-v-plurinational-state-of-bolivia-award-wednesday-16th-september-2015>

<sup>143</sup> "Agreement between the Republic of Bolivia and the Republic of Chile for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/cc4897f5-db7a-483d-ba8d-4950ea8d91ab>



before or after the entry into force of the Agreement, by investors of one Contracting Party, in accordance with the laws of the other Contracting Party in the territory of the latter) ฉะนั้น เมื่อการลงทุนดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา บริษัท Quiborax จึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 10(2)(b) แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนและไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้ (If consultations fail to produce a settlement within six months from the date of request for settlement, the investor may submit the dispute to: b. To international arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States signed in Washington on 18 March 1965) ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่การพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท Quiborax เป็นบริษัทจดทะเบียนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศชิลีมีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเกี่ยวกับการสกัดแร่ยูเรเนียม รวมถึงการผลิตผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการสกัดแร่ดังกล่าว โดย บริษัท Quiborax ได้เข้ามาลงทุนเกี่ยวกับการทำเหมืองแร่ในประเทศโบลิเวีย แต่อย่างไรก็ตามภายหลังจากนั้นประเทศโบลิเวียได้ยกเลิกสัมปทานของ บริษัท Quiborax บริษัท Quiborax จึงได้นำคดีเข้าสู่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศโบลิเวียได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐพหุชนชาติโบลิเวีย กับสาธารณรัฐชิลี ค.ศ.1994 (Agreement between the republic of Bolivia and the republic of chile for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) ดังนี้

1. ละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ตามข้อ 4 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐพหุชนชาติโบลิเวีย กับสาธารณรัฐชิลี ค.ศ.1994 (Agreement between the republic of Bolivia and the republic of Chile for the promotion and reciprocal protection of investments 1994)

2. ละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับเวนคืนตามข้อ 6 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐพหุชนชาติโบลิเวีย กับสาธารณรัฐชิลี ค.ศ.1994 (Agreement between the republic of Bolivia and the republic of Chile for the promotion and reciprocal protection of investments 1994)

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศโบลิเวียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการที่บริษัท Quiborax ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศโบลิเวียเพื่อให้อนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท Quiborax ในชั้นของขออำนาจอนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยอ้างว่า บริษัท Quiborax ได้กระทำความผิดกฎหมายอันเกี่ยวการลงทะเบียนผู้ถือหุ้น กล่าวคือ บริษัท Quiborax มิได้มีจดทะเบียนผู้ถือหุ้นให้ถูกต้องตามกฎหมายของประเทศโบลิเวีย

อย่างไรก็ตาม บริษัท Quiborax ได้ยกข้อต่อสู้เพื่อคัดค้านข้อต่อสู้ของประเทศโบลิเวียโดยอ้างการไม่ลงทะเบียนผู้ถือหุ้นตามกฎหมายของประเทศโบลิเวีย แม้จะเป็นการกระทำผิดจริงแต่ถือว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยเมื่อเทียบกับสิ่งที่ บริษัท Quiborax จะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจของอนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ อีกทั้งการกระทำดังกล่าวนี้ได้เกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้งลงทุนคดีจึงเข้าสู่ขั้นของการพิจารณาในเนื้อหาคดีต่อไป

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้ได้เริ่มต้นอธิบายว่ามีใช่การกระทำอันขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติทุกกรณีที่จะมีผลเป็นการตัดขออำนาจของอนุญาโตตุลาการ เฉพาะแต่การกระทำที่มีเนื้อหาและความร้ายแรงถึงขนาดเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงในการกระทำความผิดกับผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจเท่านั้นอนุญาโตตุลาการจึงจะสมควรปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการสำหรับตัวอย่างของการการ

กระทำที่ร้ายแรงได้แก่การละเมิดกฎหมายที่สำคัญของรัฐผู้รับการลงทุน การละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับระบบการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงการทุจริต<sup>144</sup>

### Gavrilovic v Croatia<sup>145</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณา โดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Dr Michael C. Pryles, (President) Dr Stanimir A. Alexandrov (Arbitrator) Mr J. Christopher Thomas QC (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่าย ประเทศโครเอเชีย (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติ ตาม กฎหมาย และ ข้อ บังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศโครเอเชียเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Gavrilovic ขัดต่อกฎหมายภายในของ ประเทศโครเอเชีย อันเกี่ยวกับการให้สินบนจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตาม ข้อ 2 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียกับสาธารณรัฐโครเอเชีย ค.ศ.1997 (Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997<sup>146</sup>) ซึ่งได้กำหนดว่า

<sup>144</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า.349

<sup>145</sup> "Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. V. Republic of Croatia, Icsid Case No. Arb/12/39," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-georg-gavrilovic-and-gavrilovic-d-o-o-v-republic-of-croatia-award-wednesday-25th-july-2018>

<sup>146</sup> "Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/236/austria---croatia-bit-1997->

รัฐผู้รับการลงทุนต้องส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเท่าที่จะเป็นไปได้ และไม่ว่าในกรณีใดก็ตามรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน (Each Contracting Party shall in its territory promote, as far as possible, investments of investors of the other Contracting Party, admit such investments in accordance with its legislation and in any case accord such investments fair and equitable treatment) ฉะนั้น เมื่อการลงทุนดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา บริษัท Gavrilovic จึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 9(2)/A/ แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนและไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 3 เดือน นักลงทุนมีสิทธินำคดีเข้าสู่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนได้ (If a dispute according to paragraph 1 of this Article cannot be settled within threemonths of a written notification of sufficiently detailed claims, the dispute shall upon the request of the Contracting Party or of the investor of the other Contracting Party be subject to the following procedures a.to conciliation or arbitration by the International Centre for Settlement of Investment Disputes, established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature in Washington on 18 March 1965. ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท จากประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนำมาสู่การพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าบริษัท Gavrilović เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นที่เมือง Petrinja ในจักรวรรดิออสเตรีย-ฮังการี มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเกี่ยวกับการแปรรูปเนื้อสัตว์ ดำเนินกิจการเป็นเวลายาวนานและมีผลิตภัณฑ์ที่มีชื่อเสียงระดับโลก โดยบริษัท Gavrilović เป็นบริษัทที่เปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์กรมาหลายรูปแบบ แต่ยังคงสาระสำคัญของความเป็นธุรกิจครอบครัวอยู่ได้ แต่ด้วยการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้เกิดสหพันธ์

สาธารณรัฐประชาชนยูโกสลาเวียเป็นซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศเข้าสู่เข้าสู่ยุคของคอมมิวนิสต์ส่งผลให้เกิดการจำกัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคล กรรมสิทธิ์ในบริษัท Gavrilović จึงตกเป็นของสาธารณะ

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าบิดาของ นาย Georg Gavrilović ซึ่งเป็นเจ้าของ Gavrilović ได้ถูกตัดสินให้จำคุกเพราะเหตุทางการเมือง และ ภายหลังจากการถูกปล่อยตัว นาย Georg Gavrilović และบิดาได้ลี้ภัยไปยังประเทศออสเตรียโดยสละสัญชาติยูโกสลาเวียที่มีอยู่เดิม และ ถือสัญชาติออสเตรียแทน แต่ภายหลังที่ประเทศโครเอเชียประกาศเอกราชเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ.2534 รัฐบาลของประเทศโครเอเชียได้ประกาศคืน บริษัท Gavrilović ให้แก่ Georg Gavrilović แต่ด้วยการประสบปัญหาทางการเงินอย่างรุนแรงในช่วงการเปลี่ยนผ่านธุรกิจสู่เอกชน อีกทั้งเกิดปัญหาสถานะสงครามระหว่างประเทศโครเอเชียและเซอร์เบียส่งผลให้บริษัท Gavrilović ล้มละลาย แต่อย่างไรก็ตาม ในภายหลัง Georg Gavrilović ก็ได้ซื้อบริษัทคืนจากการล้มละลายได้

ต่อมาบริษัท Gavrilović ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศโครเอเชียได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียกับสาธารณรัฐโครเอเชีย ค.ศ.1997 (Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997) ดังนี้

1.ละเมิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment:FET) ตาม ข้อ 2(1) ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียกับสาธารณรัฐโครเอเชีย ค.ศ.1997 (Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997)

2.ละเมิดเกี่ยวกับการเวนคืนทรัพย์สิน ตามข้อ 4(1) ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียกับสาธารณรัฐโครเอเชีย ค.ศ.1997 (Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997)

3.ละเมิดเกี่ยวกับเลือกปฏิบัติตามข้อ 3(1) ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียกับสาธารณรัฐโครเอเชีย ค.ศ.1997 (Agreement between the

Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997)

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศโครเอเชียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการที่ บริษัท Gavrilović ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศโครเอเชียเพื่อให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท Gavrilović ในชั้นของขออำนาจอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างว่า บริษัท Gavrilović ได้กระทำการดังต่อไปนี้

ประการแรก กระทำการโอนเงินที่น่าสงสัยจากบัญชีทรัพย์สินที่ล้มละลายไปยังบัญชีขอ Gavrilović และบัญชีของบุคคลที่สาม

ประการที่สอง จ่ายสินบนจำนวนมากให้แก่ผู้ชำระบัญชีในคดีล้มละลายและ

ประการที่สาม กระทำการบางประการซึ่งอาจทำให้บริษัทอื่นๆ ล้มละลาย

อย่างไรก็ตามปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น ประเทศโครเอเชียกำลังประสบกับปัญหาสงครามจึงต้องการเงินจำนวนมาก โดยเฉพาะเงินตราต่างประเทศเพื่อซื้ออาวุธสงคราม ประเทศโครเอเชียจึงได้ว่าจ้างให้นาย Gavrilović ลักลอบขนเงินออกนอกประเทศและฝากไว้ในบัญชีธนาคารต่างประเทศที่ประเทศโครเอเชียทำการควบคุม แลกกับการเวนคืนธุรกิจแปรรูปเนื้อสัตว์ของครอบครัวเขา

บริษัท Gavrilović จึงยกการมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดของประเทศโครเอเชียเพื่อคัดค้านการปฏิเสธขออำนาจอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยอ้างว่าประเทศโครเอเชียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ใช้ให้นาย Gavrilović เพื่อส่งเสริมความพยายามในการทำสงคราม และเมื่อ นาย Gavrilović ขอความช่วยเหลือแลกเปลี่ยนกับการดำเนินการให้รัฐ เป็นรัฐที่ได้คืนธุรกิจให้ครอบครัวของเขา อีกทั้งยังให้เงินกู้ยืมอีกจำนวนหนึ่งด้วย ประเทศโครเอเชียจึงไม่อาจยกการกระทำความผิดของ Gavrilović ซึ่งประเทศโครเอเชียมีส่วนรู้เห็นในการกระทำดังกล่าวเพื่อให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธขออำนาจอนุญาตตุลาการได้

อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่าแม้ Gavrilović จะได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศโครเอเชียหลายประการ อันได้แก่ กระทำการโอนเงินที่น่าสงสัยจากบัญชีทรัพย์สินที่ล้มละลายไปยังบัญชีขอ Gavrilović และบัญชีของบุคคลที่สาม จ่ายสินบนจำนวน

มากให้แก่ผู้ชำระบัญชีในคดีล้มละลาย กระทำการบางประการซึ่งอาจทำให้บริษัทอื่นๆ ล้มละลาย แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ประเทศโครเอเชียรัฐผู้รับการลงทุนได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดคือ การว่าจ้างให้ Gavrilović ลักลอบขนเงินโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อการสงคราม ประเทศโครเอเชียจึงไม่อาจยกการกระทำความผิดของ Gavrilović ซึ่งประเทศโครเอเชียมีส่วนรู้เห็นในการกระทำดังกล่าว เพื่อให้อนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธขออำนาจอนุญาตต่อตุลาการได้ คดีจึงเข้าสู่ในขั้นของการพิจารณาต่อไป (merit) ต่อไป

ในคดีนี้อนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้อธิบายเพิ่มเติมในตอนท้ายว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถคัดค้านการเรียกร้องโดยอาศัยเหตุผิดกฎหมายบนพื้นฐานที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่ารัฐมีส่วนรู้เห็นกับการกระทำความผิดได้

#### Mamidoli vs Albania<sup>147</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) ตัดสินโดย Professor Dr. Rolf Knieper, (President) Dr. Yas Banifatemi (Arbitrator) และ Mr. Steven A. Hammond (Arbitrator)

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศแอลเบเนีย (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศแอลเบเนียเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของบริษัท Mamidoli ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศแอลเบเนียอันเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 2 แห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับ

<sup>147</sup> "Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. V. Republic of Albania, Icsid Case No. Arb/11/24," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-mamidoil-jetoil-greek-petroleum-products-societe-anonyme-s-a-v-republic-of-albania-award-monday-30th-march-2015>

สาธารณรัฐแอลเบเนีย ค.ศ.1991 (Agreement Between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1991<sup>148</sup>) ซึ่งได้กำหนดว่า

คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องส่งเสริมการลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมายเท่าที่จะทำได้ (Each Contracting Party shall in its territory, promote as far as possible, investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its legislation.) ฉะนั้นเมื่อการลงทุนดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา บริษัท Mamidoli จึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 10 แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติอันเกี่ยวข้องกับการลงทุน การเวนคืน หรือ โอนการลงทุนเป็นของรัฐ จะถูกระงับข้อพิพาทด้วยวิธีที่เป็นมิตร และในกรณี que คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้กลายเป็นสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐผู้ถือสัญชาติของอีกรัฐหนึ่งแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้นำข้อพิพาทเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (Any dispute between either Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning investments or the expropriation or nationalization of an investment shall, as far as possible, be settled by the disputing parties in an amicable way. In case both Contracting Parties have become members of the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States, disputes between either Contracting Party and the investor of the other Contracting Party under the first paragraph of this Article shall be submitted for settlement by conciliation or arbitration to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes.)

<sup>148</sup> "Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1991," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jusmundi.com/fr/document/treaty/en-agreement-between-the-government-of-the-hellenic-republic-and-the-government-of-the-republic-of-albania-for-the-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investments-albania-greece-bit-1991-thursday-1st-august-1991>



ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าบริษัท Mamidoli เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศกรีซ มีวัตถุประสงค์ในการ ซื้อ จัดเก็บ และจัดจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิง และ ผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับน้ำมันเชื้อเพลิง บริษัท Mamidoli ได้เข้ามาดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของบริษัทในประเทศแอลเบเนีย

ต่อมาบริษัท Mamidoli ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศแอลเบเนียได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐแอลเบเนีย ค.ศ.1991 Agreement Between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1991) เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่เกี่ยวกับการก่อสร้างและการดำเนินงานคลังน้ำมันและสถานบริการน้ำมันบนที่ดินในพื้นที่ท่าเรือ Dures

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศแอลเบเนียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการที่บริษัท Mamidoli ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศแอลเบเนียเพื่อให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัท Mamidoli ในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่า บริษัท Mamidoli ได้เข้ามาดำเนินกิจการซื้อ จัดเก็บ และจัดจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงและผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับน้ำมันเชื้อเพลิงในประเทศแอลเบเนีย โดยปราศจากใบอนุญาตในการก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับคลังน้ำมันอันเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของประเทศแอลเบเนีย ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองของประเทศแอลเบเนีย ได้กำหนดว่า

บุคคลที่มีความประสงค์จะทำการก่อสร้างในประเทศแอลเบเนียจะต้องยื่นขออย่างเป็นทางการสำหรับการขอรับใบอนุญาตก่อสร้างตามแบบฟอร์มที่กฎหมายกำหนด("แบบฟอร์มหมายเลข 1") ก่อนดำเนินการก่อสร้าง ต่อสำนักงานผังเมือง หากไม่ดำเนินการจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ปรากฏปัญหาสำคัญคือ ตามกฎหมายผังเมืองของประเทศแอลเบเนียได้มีการวางหลักเกณฑ์ที่สะท้อนถึงการอนุญาติให้แก้ไขซึ่งความผิดกฎหมายเอาไว้ดังจะเห็นได้จากการที่มาตรา 77 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการผังเมืองได้มีการกำหนดว่า

“สำหรับอาคารที่ผิดกฎหมายซึ่งสร้างขึ้นก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับและสร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตบนที่ดินที่ผู้สร้างเป็นเจ้าของ เจ้าหน้าที่อาจออกใบอนุญาตย้อนหลังได้” จึงเป็นปัญหาสำคัญในการพิจารณาคดี

อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ตัดสินคดีโดยเริ่มจากการเริ่มต้นอธิบายหลักการเบื้องต้นว่า มิใช่การกระทำอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนทุกกรณีจะมีผลเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ การกระทำคามผิดนั้นจะต้องเชื่อมโยงภายในระหว่างการกระทำที่ผิดกฎหมายกับการลงทุนอย่างเป็นรูปธรรมและมีความร้ายแรงเพียงพอด้วย ลำพังเป็นแต่เพียงกฎระเบียบ ขั้นตอนภายในประเทศไม่ถือเป็นเหตุในปฏิเสธขออำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามแม้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของ บริษัท Mamidoli ที่กล่าวอ้างว่าการออกใบอนุญาตคลังน้ำมันเป็นเรื่องข้อผิดพลาดเล็กน้อย แต่ถึงกระนั้นด้วยเหตุที่มีข้อเท็จจริงปรากฏต่ออนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศว่าประเทศแอลเบเนียเคยแจ้งแก่บริษัท Mamidoli ว่า หากบริษัท Mamidoli ดำเนินการแก้ไขให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ประเทศแอลเบเนีย ก็ยินดีที่จะแก้ไขในความผิดกฎหมายนั้นให้ตามมาตรา 77 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการผังเมือง อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงเห็นว่าประเทศแอลเบเนียไม่อาจอ้าง การกระทำผิดกฎหมายของ Mamidoli ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องขออำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพราะประเทศแอลเบเนียยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน คดีจึงเข้าสู่ขั้นของการพิจารณา (merit) ต่อไป

เป็นที่น่าสังเกตว่าในคดีนี้แม้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความร้ายแรงของการกระทำ หรือ การกระทำตามระเบียบขั้นตอนเล็กน้อยเอาไว้ แต่ถึงกระนั้นประเด็นสำคัญของคดีนี้คือการที่รัฐยินดีที่จะแก้ไขความผิดพลาดในอดีต ซึ่งส่งผลให้รัฐไม่สามารถยับยั้งการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นั่นเอง

### Kardassopoulos v Georgia<sup>149</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศตุลาการภายใต้ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes ,ICSID Centre) Mr. L. Yves Fortier, C.C., O.Q., Q.C., (President) Professor Francisco Orrego Vicuña (Arbitrator) และ Professor Vaughan Lowe, Q.C.

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำ พฤติกรรมของนักลงทุนเข้ามาพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการพิจารณาขออำนาจในเรื่อง ประเภทของข้อพิพาท กรณีมีข้อกำหนดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการลงทุน ดังนี้

ในขั้นตอน การพิจารณาขออำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ฝ่ายประเทศจอร์เจีย (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้แย้งขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างเหตุว่า การลงทุนที่จะได้รับการส่งเสริมและยอมรับจะต้องเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติ ตามกฎหมายและข้อบังคับ (investments in accordance with its laws and regulations) ของประเทศจอร์เจียเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อการลงทุนของ นาย Ioannis Kardassopoulos ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศจอร์เจียอันเกี่ยวกับการร่วมทุน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 2 แห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐจอร์เจีย ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994<sup>150</sup>) ซึ่งได้กำหนดว่า

ภาคีสัญญาจะต้องส่งเสริมการลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมายของตน (Each Contracting Party promotes in its territory investments by investors of the other

<sup>149</sup> "Ioannis Kardassopoulos V. The Republic of Georgia, Icsid Case No. Arb/05/18," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ioannis-kardassopoulos-v-georgia-decision-on-jurisdiction-friday-6th-july-2007>

<sup>150</sup> "Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-agreement-between-the-government-of-the-hellenic-republic-and-the-government-of-the-republic-of-georgia-on-the-promotion-and-reciprocal-protection-of-investments-georgia-greece-bit-1994-wednesday-9th-november-1994>

Contracting Party and admits such investments in accordance with its legislation.)  
 ฉะนั้นเมื่อการลงทุนดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา นาย Ioannis Kardassopoulos จึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามข้อ 9 แห่งสนธิสัญญาซึ่งกำหนดว่า

ข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติจะถูกระงับข้อพิพาทด้วยวิธีที่เป็นมิตร และในกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้น ผู้ลงทุนที่เกี่ยวข้องอาจส่งข้อพิพาทไปที่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน ซึ่งจัดตั้งขึ้นภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former, shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way. Where the dispute is referred to international arbitration the investor concerned may submit the dispute either to: a. the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature at Washington D.C. on 18 March 1965, for arbitration or conciliation, )

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าบริษัท Trames International Inc เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศจอร์เจียมีวัตถุประสงค์เฉพาะในการดำเนินกิจการร่วมค้าเกี่ยวกับการผลิตและการกลั่นน้ำมันและก๊าซ โดยมีนาย Ioannis Kardassopoulos สัญชาติกรีซ ซึ่งเป็นผู้ร้องในคดีนี้เป็นผู้ถือหุ้นหลัก ต่อมาบริษัท Trames International Inc ได้ลงนามในสัญญาร่วมทุนกับบริษัท SakNavtobi ในการประกอบอุตสาหกรรมน้ำมันและก๊าซธรรมชาติในประเทศจอร์เจีย เริ่มตั้งแต่การก่อสร้างท่อส่งน้ำมัน และก๊าซ การผลิตน้ำมันและก๊าซอื่นๆ การผลิต การแปรรูป การกลั่น การขนส่ง การจัดเก็บ และสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานอื่นๆ และการซื้อ การขาย การจัดเก็บ และการส่งออกผลิตภัณฑ์น้ำมันและก๊าซ

ต่อมา นาย Ioannis Kardassopoulos ได้นำคดีเข้าสู่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes) โดยกล่าวอ้างว่าประเทศจอร์เจียได้ละเมิดพันธกรณีตามตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง

สาธารณรัฐสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐจอร์เจีย ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994) และ สนธิสัญญาฉบับพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) อันเกี่ยวกับการประกอบกิจการสัมปทานน้ำมันและก๊าซในประเทศจอร์เจีย

ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาว่าประเทศจอร์เจียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการที่ นาย Ioannis Kardassopoulos ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศจอร์เจียเพื่อให้อนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นาย Ioannis Kardassopoulos ในชั้นของขออำนาจอนุญาตต่อตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอ้างว่าการร่วมทุนดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายการลงทุนของประเทศจอร์เจีย นาย Ioannis Kardassopoulos จึงได้ยกข้อต่อสู้กลับว่า แม้การร่วมทุนดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายการลงทุนของประเทศจอร์เจีย แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลได้อนุญาตกิจกรรมดังกล่าว และได้ลงนามในเอกสารสัญญาสัมปทานแล้ว อีกทั้งประเทศจอร์เจียไม่เคยประท้วงหรือกล่าวอ้างว่าข้อตกลงเหล่านี้ผิดกฎหมายภายใต้กฎหมายจอร์เจียแต่อย่างใด

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้เห็นว่า แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ตามแห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐจอร์เจีย ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994) และ บริษัท TrameX International Inc ก็มีได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศจอร์เจียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามการที่รัฐบาลและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลได้อนุญาตกิจกรรมดังกล่าว และได้ลงนามในเอกสารสัญญาสัมปทานแล้ว อีกทั้งประเทศจอร์เจียไม่เคยประท้วงหรือกล่าวอ้างว่าข้อตกลงเหล่านี้ผิดกฎหมายภายใต้กฎหมายจอร์เจียแต่อย่างใด อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า ประเทศจอร์เจียสร้างความคาดหวังแก่บริษัทว่าการลงทุนชอบด้วยกฎหมายของประเทศจอร์เจีย และแม้มีการละเมิดก็จะได้รับการคุ้มครองเนื่องจากการเพิกเฉยของประเทศจอร์เจีย ประเทศจอร์เจียไม่อาจอ้าง การกระทำผิดกฎหมายของ นาย Ioannis Kardassopoulos ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องขออำนาจอนุญาตต่อตุลาการการลงทุน

ระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพราะประเทศจอร์เจียได้ให้สัตยาบันอีกทั้งยังเพิกเฉยต่อการกระทำผิดของ นาย Ioannis Kardassopoulos คดีจึงเข้าสู่ขั้นของการพิจารณา (merit) ต่อไป

### 3.5 แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

เมื่อพิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศใน ประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการ ลงทุนดังที่ปรากฏในส่วนของบทที่สามนี้สามารถแบ่งแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุน ระหว่างประเทศได้ในสามลักษณะดังนี้

ลักษณะแรก การปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ เป็น แนวคำชี้ขาดที่หลักทั่วไปในการปฏิเสธความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติเพราะเหตุที่นักลงทุน ต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่ง โดยทั่วไปแล้ว อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมักตัดสินไปแนวทางที่ว่า เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการ กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครอง แต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจมาในลักษณะของถ้อยคำของบท นิยามการลงทุน หรือ บทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน หากนัก ลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะไม่ใช่ การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่มีอำนาจฟ้องคดี คณะ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว

ลักษณะที่สอง การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐ ผู้รับการลงทุนโดยการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) คณะ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการใช้ดุลพินิจไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ในลักษณะ ที่แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ เป็นเฉพาะ แต่หาได้หมายความว่าสนธิสัญญาการลงทุนจะส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ชอบด้วย กฎหมายไม่ ซึ่งเมื่อตีความวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา(ตามแต่ละคดี)แล้วจะพบว่า สนธิสัญญา แต่ละสนธิสัญญาล้วนมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วย กฎหมายเท่านั้น อีกทั้งการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการกระทำที่ฝ่า

ฝืนหลักสุจริตที่บุคคลที่จะต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต นอกจากนี้โดยทั่วไปแล้วบุคคลไม่อาจถือเอาประโยชน์จากการกระทำความผิดได้ตามหลักมือสะอาดข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายจึงเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องไม่สมควรรับไว้ในชั้นของการพิจารณา(admissibility)

ลักษณะที่สาม การรับข้อพิพาทในชั้นของการพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาท (merits) คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมักตัดสินใจในแนวทางที่ว่า แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ แต่ถึงกระนั้นด้วยเหตุบางประการ เช่น เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ นักลงทุนต่างชาติยังคงมีสิทธินำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้นบนฐานยังคงเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ และสมควรรับไว้ในชั้นของการพิจารณา ส่วนการจะได้รับค่าเสียหายมากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องของการพิจารณาในชั้นของมูลแห่งข้อพิพาทของคดี

## บทที่ 4

### อภิปรายผล

จะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนมีความไม่สม่ำเสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นควรเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยินยอมในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และเป็นการกระทบต่อการเคารพความซื่อสัตย์และไว้วางใจกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งเป็นความจำเป็นในการป้องกันไม่ให้ผู้เรียกร้องแสวงหาผลกำไรจากการกระทำผิดของตนเอง นอกจากนี้ยังเพื่อรักษาความสมบูรณ์ของระบบกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะทำคำชี้ขาดไปในแนวทางที่ว่าเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจึงไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา นักลงทุนต่างชาติจึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ การปรากฏตัวของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีได้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว คือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) และการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นของมูลแห่งข้อพิพาท (merits) จึงถือว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญว่า เพราะเหตุใดอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินขัดหลักการหลายประการ เช่น หลักความยินยอมของคู่สัญญา หลักสุจริตหรือ หลักการมือสะอาดซึ่งบุคคลที่กระทำความผิดไม่ควรได้รับประโยชน์จากการทำความผิดของตน โดยในบทที่ 4 นี้ จะแบ่งออกเป็นสี่ส่วน ส่วนแรกจะว่าด้วยเรื่องของปัจจัยที่ส่งผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศว่าด้วยการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ในส่วนที่สองจะว่าด้วยเรื่องของแนวทางพิจารณาและทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นดังกล่าวตามลำดับ ในประเด็นที่สามว่าด้วย การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายในของรัฐผู้รับการลงทุนในศาลไทย และในประเด็นสุดท้ายว่าด้วย คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศกับคดีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนี้



#### 4.1 ปัจจัยที่มีผลต่อความไม่เสมอภาคของค่าชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

เมื่อได้ศึกษาถึงค่าชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว จะพบปัญหาสำคัญที่ปรากฏ คือ ความไม่สม่ำเสมอของค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้โดยทั่วไปแล้ว เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน การกระทำดังกล่าวควรมีผลให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธการให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากค่าชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวแล้วพบว่า ปรากฏกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่าการกระทำอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นควรเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาในชั้นของ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) หรือ เป็นสิ่งที่จะต้องนำไปใช้ในชั้นการพิจารณาเนื้อหาของคดี(merits)ต่อไป ซึ่งจากการศึกษาจากการศึกษาพบว่า ปัจจัยที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนำมาใช้พิจารณาประกอบซึ่งจะมีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของแนวทางการทำคำชี้ขาดมีดังนี้

##### 4.1.1 ข้อกำหนดทางกฎหมาย

###### 4.1.1.1 ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง คือ ข้อกำหนดทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปของข้อบทในสนธิสัญญา หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจปรากฏในรูปของ บทนิยามของการลงทุน หรือ บทส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน โดยจากการวิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะพบว่า ในกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ และนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยส่วนมากมีแนวโน้มที่จะตัดสินใจไปในแนวทางที่ว่าการลงทุนดังกล่าวนั้นเป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติจึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว แต่ทั้งนี้จะต้องนำไปปัจจัยอื่นๆ ขึ้นมาพิจารณาประกอบด้วย ไม่ว่าจะ

จะเป็นการพิจารณาในส่วนของเนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิด หรือ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน ปราบกฏขัดใน คดี Fraport V. Republic of the Philippines คดี Inceysa V. Republic of El Salvador และ คดี Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan เป็นต้น<sup>151</sup>

เมื่อพิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่อง ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ใน คดี Fraport V. Republic of the Philippines , คดี Inceysa V. Republic of El Salvador และ คดี Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan แล้วจะพบว่าทั้งสามกรณีต่างมีจุดร่วมกันที่สำคัญ คือ มีการกำหนดข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้งถึงการมุ่งให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนผ่านการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน โดยในคดี คดี Fraport V. Republic of the Philippines<sup>152</sup> ปราบกฏข้อบทตามข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1997 (Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1997) ซึ่งเป็นบทกำหนดนิยามของการลงทุนความว่า คำว่า "การลงทุน" หมายถึง ทรัพย์สินใดๆที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องของรัฐผู้ทำสัญญา (The term "investment" shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State) CHULALONGKORN UNIVERSITY

สำหรับในคดี Inceysa V. Republic of El Salvador นั้น แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนไว้ในส่วนของบทนิยามการลงทุนเช่นในคดี Fraport V. Republic of the Philippines อันเป็นเพราะเหตุแห่งความเหมาะสมซึ่งเป็นความเห็นของผู้ร่าง แต่ถึงกระนั้นปราบกฏข้อกำหนดโดยชัดแจ้งที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนตามบทว่าด้วยการส่งเสริม การรับ

<sup>151</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " Arbitration International.p.59

และการคุ้มครองการลงทุน ในข้อ 2 และ ข้อ 3 ของ ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเอลซัลวาดอร์กับราชอาณาจักรสเปน (Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment signed between the Republic of El Salvador and the Kingdom of Spain) ความว่า ข้อ 2 ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับการส่งเสริมการลงทุนต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย (Each Contracting Party shall promote investments in its territory by investors of the Contracting Party and shall accept such investments in accordance with its laws.) ข้อ 3 ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับการคุ้มครอง หากการลงทุนดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (Each Contracting Party shall protect within its territory the investments made in accordance with its laws by investors of the other Contracting Party)

สำหรับ ในคดี Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan สนธิสัญญาการลงทุนได้มีการกำหนดข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้งผ่านการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ในในบทนิยามของการลงทุนเช่นใน คดี Fraport V. Republic of the Philippines ปรากฏชัดตาม ข้อ 1 แห่งความตกลง ส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐอิสราเอลกับสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน ค.ศ. 1994 (Agreement between the government of the state of Israel and the government of the republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994) ความว่า "การลงทุน" หมายถึงทรัพย์สินใดๆที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องของรัฐผู้ทำสัญญา (The term "investments" shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party)

จะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่อง ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนทั้งสามคดีคือ Fraport V. Republic of the Philippines , Inceysa V. Republic of El Salvador และ Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan ต่างมีการวางข้อกำหนดโดยชัดแจ้งถึงข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ โดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะไม่ว่าจะอยู่ในรูปของบทนิยามของการลงทุน หรือ บทส่งเสริม รับ และการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งเมื่อปรากฏการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อ

กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน กล่าวคือ ในคดี Fraport V. Republic of the Philippines นั้น เป็นกรณีที่บริษัท Fraport ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนและจัดตั้งขึ้นในประเทศเยอรมนีได้เข้าถือหุ้นในบริษัท PIATCO ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสัญญาสัมปทานการลงทุนเพื่อก่อสร้างและดำเนินการสถานีพักผู้โดยสารของสนามบินนานาชาติ ณ กรุงมะนิลาจากกระทรวงคมนาคมและการสื่อสารของประเทศฟิลิปปินส์ ทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม ในสัดส่วนรวมทั้งสิ้นร้อยละ 61.44 ของบริษัท PIATCO โดย Fraport ได้ทราบถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างครบถ้วน จึงเป็นการขัดต่อกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์(รัฐผู้รับการลงทุน) ที่ห้ามมิให้ชาวต่างชาติถือครองประโยชน์ในสิ่งปลูกสร้างเพื่อสาธารณประโยชน์เกินกว่าร้อยละ 40 ในสิ่งปลูกสร้างนั้นทั้งหมด<sup>153</sup>

สำหรับในคดี Inceysa V. Republic of El Salvador นั้นเป็นกรณีที่ Inceysa V. Republic ได้มีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลายประการไม่ว่าจะเป็น

1. แสดงสถานะทางการเงินของบริษัทที่เป็นเท็จ
2. แสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้เชี่ยวชาญที่เป็นเท็จ
3. แสดงเอกสารปลอมเกี่ยวกับประวัติ ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญของบริษัท Inceysa และ บริษัทพันธมิตรของบริษัทว่ามีความเชี่ยวชาญในการดำเนินการในกิจกรรมที่ขอรับสัมปทาน
4. แสดงหลักฐานปลอมเพื่อยืนยันว่าบริษัทเคยได้รับสัญญาการลงทุนมูลค่าหลายล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐกับประเทศอื่นๆ มาแล้ว เพื่อนำมาสนับสนุนความน่าเชื่อถือของบริษัท Inceysa และ
5. ปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่าง บริษัท Construcccion และบริษัท Inceysa ว่าทั้งสองบริษัทเป็นบริษัทในเครือ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวถือเป็นข้อมูลที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาและตรวจสอบคุณสมบัติ<sup>154</sup>

<sup>153</sup> "Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide V. Republic of the Philippines (Ii), Icsid Case No. Arb/11/12." "Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide V. Republic of the Philippines (Ii), Icsid Case No. Arb/11/12."

<sup>154</sup> "Inceysa Vallisoletana S.L. V. Republic of El Salvador, Icsid Case No. Arb/03/26." "Inceysa Vallisoletana S.L. V. Republic of El Salvador, Icsid Case No. Arb/03/26."

ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งการชนะการประมูลอันเป็นการขัดกับกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์ซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน

และในคดี Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัท Metal-Tech ได้กระทำการว่าจ้างที่ปรึกษาอำพรางการให้สินบนกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดของนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ ได้ว่าจ้างที่ปรึกษาในการดำเนินธุรกิจมีมูลค่าสูงถึงร้อยละ 20 ของมูลค่าโครงการทั้งหมด ซึ่งจำนวนเงินดังกล่าวถือเป็นจำนวนเงินที่มากกว่าเงินที่บริษัท Metal-Tech นำเข้ามาร่วมลงทุนเสียอีก อีกทั้งบุคคลเหล่านั้นล้วนแล้วแต่ไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับธุรกิจที่ Metal-Tech ทำการลงทุนแต่อย่างใด นอกจากนี้ยังปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมที่เด่นชัดว่าที่ปรึกษาทุกคนล้วนแล้วแต่เป็นที่มีความสนิทสนมใกล้ชิดกับนายกรัฐมนตรีผู้มีอำนาจในการอนุญาตการลงทุน อันเป็นขัดกับกฎหมายของประเทศอุซเบกิสถาน(รัฐผู้รับการลงทุน) เกี่ยวกับการให้สินบน<sup>155</sup>

เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนทั้งสามมีการกำหนดข้อกำหนดทางกฎหมายอย่างชัดเจน โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนผ่านการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ ซึ่งอาจมาในลักษณะของถ้อยคำของบทนิยามการลงทุน หรือ บทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน เมื่อนักลงทุนต่างชาติทั้งสามคือ บริษัท Fraport , บริษัท Inceysa และ บริษัท Metal-Tech Ltd ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะไม่ใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่มีอำนาจฟ้องคดี คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจ (Jurisdiction) เหนือข้อพิพาทดังกล่าว

#### 4.1.1.2 ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัย

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัย เป็น กรณีที่สนธิสัญญาไม่ได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการจึงหยิบยกหลักกฎหมายบางประการขึ้นเพื่อปฏิเสธการคุ้มครองการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสิ่งที่อนุญาโตตุลาการนิยมนำมาใช้เป็นฐานในการอ้างข้อกำหนดโดยนัย คือ การอ้างวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของสนธิสัญญาที่มุ่งคุ้มครองแต่เฉพาะการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น รวมถึงการอ้างหลักกฎหมายทั่วไปในทาง

<sup>155</sup> "Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan, Icsid Case No. Arb/10/3." "Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan, Icsid Case No. Arb/10/3."

ระหว่างประเทศบางประการ เช่น หลักสุจริต หลักมาศาลด้วยมือสะอาด หรือ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ซึ่งล้วนแต่มุ่งคุ้มครองเฉพาะแต่การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแทบทั้งสิ้น<sup>156</sup>

เมื่อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว จะพบว่าในกรณีที่สนธิสัญญาไม่ได้มีการกำหนดข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ มิได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะหยิบยกข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัยมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติ แต่ด้วยเหตุที่สนธิสัญญาไม่ได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า ข้อพิพาทดังกล่าวยังคงเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นด้วยเหตุที่ข้อพิพาทตั้งอยู่บนฐานของการกระทำที่ไม่ชอบกฎหมายจึงเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสมที่รับไว้ในชั้นพิจารณา (admissibility) ยกตัวอย่างเช่น ใน คดี *Plama v Bulgaria World duty free vs Kenya* แต่ถึงกระนั้นจะต้องนำไปปัจจัยอื่นๆ พิจารณาประกอบด้วยไม่ว่าจะเป็น เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็น เรื่อง ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในคดี ในคดี *Plama v Bulgaria* และ *World duty free vs Kenya* แล้วจะพบว่าคดีทั้งสองนั้นต่างมีจุดร่วมกัน คือ การไม่ปรากฏการวางข้อกำหนดโดยชัดแจ้งที่มุ่งหมายจะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน กล่าวคือ มิได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะในสนธิสัญญาการลงทุน ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ไม่สามารถที่จะปฏิเสธความคุ้มครองแก่การลงทุนที่มีชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนั้น เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความยินยอมกันตามสนธิสัญญา ซึ่งเมื่อนักลงทุนต่างชาติมีสถานะ เป็นนักลงทุนตามบทนิยามของการลงทุน อีกทั้ง สิทธิทรัพย์สิน หรือ ธุรกิจดังกล่าวของนักลงทุนต่างชาติล้วนแล้วแต่มีลักษณะต้อง

<sup>156</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.p.63

ตรงตามความหมายของบทนิยามของการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติก็สามารถที่จะใช้สิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนไม่ว่าจะเป็น สิทธิในการได้รับการส่งเสริม หรือ การได้รับความคุ้มครองตามมาตรฐานการปฏิบัติทั่วไปต่อการลงทุนและนักลงทุน รวมถึงการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนได้ ฉะนั้น เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมิได้มีการกำหนดข้อบ่งชี้ว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ แม้จะหาหมายความว่าสนธิสัญญามุ่งคุ้มครองการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย แต่ถึงกระนั้นก็มีอาจเป็นการปฏิเสธได้ว่าการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ปฏิบัติชอบด้วยสนธิสัญญาการลงทุนแล้ว แต่เนื่องด้วยความบกพร่องของการร่างสนธิสัญญา หรือ เพราะเหตุผลบางประการจึงทำให้คณะผู้ร่างมิยอมกำหนดข้อบ่งชี้ว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้อย่างแจ่มชัดและเป็นการเฉพาะ ส่งผลให้ นักลงทุนต่างชาติยังคงมีสิทธิในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท(Jurisdiction) ดังกล่าวอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตามแม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีได้วางข้อกำหนดโดยชัดแจ้งที่มุ่งหมายจะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน กล่าวคือ มิได้มีการกำหนดข้อบ่งชี้ว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะในสนธิสัญญาการลงทุน แต่ถึงกระนั้น เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว ปรากฏชัดในคดี *Plama v Bulgaria* ซึ่งเป็นกรณีบริษัท *Plama* ได้กระทำการฉ้อฉลปกปิดข้อความจริงซึ่งควรแจ้งให้ทราบแก่หน่วยงานรัฐ ซึ่งหากหน่วยงานรัฐได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวก็คงจะไม่ตกลงผูกพันตนตามสัญญา ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นในรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ ในช่วงต้นของกระบวนการเจรจาเพื่อขอเข้าทำสัญญาซื้อหุ้นจากรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการกลั่นน้ำมันกับหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization Agency) ของประเทศบัลแกเรีย บริษัท *Plama* แสดงตนต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจว่าตนได้ร่วมกับกิจการค้าร่วม (Consortium) ขนาดใหญ่อีก 2 กิจการที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในเรื่องการกลั่นน้ำมัน แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริง ปรากฏต่อมาว่าในช่วงท้ายของการเจรจา กิจการค้าร่วมขนาดใหญ่ทั้ง 2 กิจการ ได้ถอนตัวออกจากการเข้าลงทุน จึงทำให้เหลือแต่เพียงบริษัท *Plama* ที่ดำเนินการเจรจาเพื่อของความยินยอมในการเข้าซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรียแต่เพียงบริษัทเดียว ซึ่งแม้สถานะของนักลงทุนจะเปลี่ยนแปลงไป แต่ บริษัท *Plama* ยังคงปิดบังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการถอนตัว

ของกิจการค้าร่วมทั้ง 2 ด้วยการไม่แจ้งเหตุดังกล่าวแก่หน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในการพิจารณาว่าจะให้ความยินยอมแก่นักลงทุนเพื่อเข้าซื้อหุ้นในรัฐวิสาหกิจของประเทศบัลแกเรียหรือไม่ การได้มาซึ่งการลงทุนของนักลงทุนอันเกิดจากการปิดบังข้อเท็จจริงจึงถือเป็นการฉ้อฉลต่อหน่วยงานที่ดูแลการแปรรูปรัฐวิสาหกิจอันเป็นขัดต่อกฎหมายของประเทศบัลแกเรีย<sup>157</sup>

สำหรับในคดี World duty free vs Kenya นั้นเป็นกรณีที่ บริษัท World duty free ได้กระทำการฮาร์มบี (Harambee) อันเป็นการบริจาคเงินเป็นการส่วนตัว (personal donation) ให้แก่ประธานาธิบดีประเทศเคนยา ตามมูลค่าและขนาดของการลงทุนซึ่งมีลักษณะเป็นการให้สินบนรูปแบบหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการดำเนินการก่อสร้าง บำรุงรักษา และดำเนินกิจการร้านค้าปลอดภาษี จากรัฐบาลประเทศเคนยา แต่ถึงกระนั้นก็หาหมายความว่า การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการคุ้มครองไม่ กล่าวคือ แม้อนุญาตตุลาการจะไม่สามารถปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติในชั้นของขออำนาจอนุญาตตุลาการได้ เนื่องจากสนธิสัญญาการลงทุนมิได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องและไม่เหมาะสม อนุญาตตุลาการจึงมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) ได้ อันเปรียบเสมือนกลไกในการคัดกรองข้อพิพาทของนักลงทุนอีกชั้นหนึ่ง (filtering mechanism to screen investor claims) โดยอาศัยการตีความวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของสนธิสัญญา หรือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ล้นมุ้งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้นยกตัวอย่างเช่น ในคดี Plama v Bulgaria คณะอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้มีอาศัยการตีความสนธิสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์พื้นฐานของสนธิสัญญาฉบับดังกล่าว อันปรากฏตามคำแถลงการณ์การและอารัมภบทในการส่งเสริมหลักกฎหมายในเรื่องพลังงานแล้ว การตีความสนธิสัญญาจึงควรจะต้องเป็นไปในแนวทางที่ส่งเสริมให้เกิดการเคารพต่อหลักกฎหมายเท่านั้น (encouraging respect for the rule of law) ฉะนั้น สิทธิอันเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองแก่การลงทุน (substantive protection) ภายใต

<sup>157</sup> "Plama Consortium Limited V. Republic of Bulgaria, Icsid Case No. Arb/03/24." "Plama Consortium Limited V. Republic of Bulgaria, Icsid Case No. Arb/03/24."



สนธิสัญญาฉบับดังกล่าว จึงไม่อาจนำไปใช้บังคับแก่การลงทุนที่ขัดต่อกฎหมายได้ นอกจากนี้ยังขัดกับหลักสุจริต และ หลักบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (nemo auditur propriar turpitudiner alegans or nobody can benefit from his own wrong) รวมถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ อีกด้วย

ในคดี World duty free vs Kenya คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้ตัดสินโดยอาศัยนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศเป็นสำคัญว่า คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีหน้าที่ที่จะต้องนำนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศหรือ นโยบายสาธารณะข้ามชาติเข้ามาปรับใช้กับการพิจารณาและทำคำชี้ขาดคดีในกรณีปรากฏประเด็นว่าด้วยการทุจริตเกิดขึ้นในการพิจารณา ซึ่งเป็นฉันทามติสากล (international consensus) หรือ มาตรฐานสากล (universal standard) อันเป็นบรรทัดฐานการปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ (accepted norm of conduct) และจะต้องถูกนำไปใช้ในทุกเวที

คุณค่าที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการดังกล่าวนี้อย่างไรก็ตาม ยังรวมถึง ศีลธรรมอันดี (good morals) และ จริยธรรมในการค้าระหว่างประเทศ (ethics of international trade) อีกด้วย อย่างไรก็ตามในการใช้ แนวทางนี้คณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมาก (very cautious) โดยต้องพิจารณาให้รอบคอบถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะข้ามชาตินั้นว่ามีอยู่อย่างไร ทั้งนี้ อาจพิจารณา และ คำนึงวัตถุประสงค์ ดังกล่าวได้จาก อนุสัญญาระหว่างประเทศ การเปรียบเทียบกฎหมาย และจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ กฎหมายภายใน และอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต ตลอดจนคำตัดสินของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องการ ทุจริต คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้เห็นว่า การตัดสินบนเจ้าหน้าที่รัฐต่างเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับต้องตรงกันว่าขัดขัดต่อนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวของ บริษัท World Duty Free ในการตัดสินบนแก่ประธานาธิบดีของประเทศเคนยาเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาการลงทุนเป็นพฤติกรรมที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่ควรจะเข้าไปส่งเสริมหรือให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนผู้ซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องโดยมีเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนเอง (ex turpi causa non oritur actio or an action cannot arise from a dishonorable cause) อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักมาศาลด้วยมือสะอาด นอกจากนี้หากคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศรับข้อพิพาทของนักลงทุนดังกล่าวไว้

พิจารณาอาจเป็นการกระทำที่เป็นการดูถูกถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม (affront to public conscience) อีกทั้งเป็นการส่งเสริมพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของนักลงทุนได้ ฉะนั้นคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงปฏิเสธที่จะรับข้อพิพาทไว้พิจารณา<sup>158</sup>

#### 4.1.2 เนื้อหาและความรุนแรง

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครอง แต่ถึงกระนั้นเมื่อพิจารณาที่แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่นำแนวความคิดในการจะชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของการกระทำกับความผิด กับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการมาใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กล่าวคือ มิใช่ทุกการกระทำผิดของนักลงทุนต่างชาติที่จะมีผลเป็นการตัดขออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ เฉพาะแต่การกระทำที่มีเนื้อหาและความรุนแรงที่ได้สัดส่วนเท่านั้นที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการปราศจากขออำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว<sup>159</sup>

การกระทำที่จะถือว่ามีเนื้อหาและความรุนแรงที่ได้สัดส่วนนั้น ในประเด็นนี้ อนุญาโตตุลาการได้นำปัจจัยทั้งหมด 3 ประการมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงสัดส่วนของการกระทำผิด คือ ความสำคัญของกฎหมายที่ละเมิด ความรุนแรงและความร้ายแรงของการละเมิด และการชั่งน้ำหนักระหว่าง 2 ปัจจัยข้างต้นกับการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการ<sup>160</sup>

สำหรับตัวอย่างของการละเมิดกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีเนื้อหาและความรุนแรงตามสัดส่วนซึ่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของการกระทำผิด กับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการมาใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนั้น ได้แก่

##### 1. การละเมิดกฎหมายพื้นฐานสำคัญของรัฐ

<sup>158</sup> "World Duty Free Company V. Republic of Kenya, Icsid Case No. Arb/00/7." "World Duty Free Company V. Republic of Kenya, Icsid Case No. Arb/00/7."

<sup>159</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.p.66

<sup>160</sup> Ibid.p.67

2.การละเมิดกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะรวมถึงการกระทำที่เกี่ยวกับโครงสร้างหรือระบบการลงทุน

### 3.การกระทำที่เป็นการทุจริต<sup>161</sup>

นอกจากนี้ในบางกรณีคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำปัจจัยว่าด้วยเรื่องของโทษในการกระทำผิดมาเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความสำคัญและความรุนแรงของการกระทำผิดอีกด้วย

เมื่อพิจารณาถึงแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วแล้ว จะพบว่า ในกรณีที่มีการกระทำผิดนักลงทุนต่างชาติมีความเนื้อหาและความรุนแรงได้สัดส่วนเมื่อชั่งน้ำหนัก ระหว่างความร้ายแรงของการกระทำผิด กับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการมาใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยไปในลักษณะที่ว่าการลงทุนดังกล่าวนั้นเป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่มีอำนาจฟ้องคดี อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขออำนาจ(Jurisdiction) เนื้อข้อพิพาทดังกล่าว

สำหรับในกรณีที่การกระทำผิดกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นเป็นแต่เพียงความผิดปกติ (irregularity) หรือ ข้อผิดพลาดเล็กน้อย (minor error) คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะตัดสินมักจะอ้างถึงหนึ่งในวัตถุประสงค์สำคัญของสนธิสัญญาการลงทุนคือ ต้องการให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวางแก่ นักลงทุน และ การลงทุนต่างชาติ รวมถึงอ้างผลกระทบที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับจากการปฏิเสธไม่รับคดีในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการซึ่งจะกระทบต่อในส่วนของคดีหลัก หรือ เนื้อหาของคดีอันเกี่ยวกับมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการลงทุนเพียงเพราะนักลงทุนต่างชาติได้กระทำผิดเล็กน้อยเท่านั้นมาเป็นเหตุในการปฏิเสธข้อต่อสู้ของรัฐเกี่ยวกับการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน และรับคดีเข้าสู่ชั้นของการพิจารณาเนื้อหาของคดีต่อไป(Merits) แต่ทั้งนี้จะต้องนำไปปัจจัยอื่นขึ้นมาพิจารณาประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็น ข้อกำหนดทาง

<sup>161</sup> Khachvani David, "Legality of Investment," [Online] Accessed: 30 November 2023. Available from: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-legality-of-investment>

กฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำผิด และ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน เป็นต้น ยกตัวอย่างเช่น คดี Tokios Tokeles v. Ukraine และ คดี Quiborax v. Bolivia ดังนี้

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศใน คดี Tokios Tokeles v. Ukraine และ คดี Quiborax v. Bolivia แล้วจะพบว่าทั้งสองคดีมีจุดร่วมกัน คือ ทั้งสองคดีต่างเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมาย และข้อบังคับไว้อย่างชัดเจนปรากฏตาม ข้อ 1 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง สาธารณรัฐ ลิทัวเนีย กับสาธารณรัฐประชาชนยูเครน ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการ ลงทุนไว้ว่า “การลงทุน” หมายถึง “สินทรัพย์ทุกประเภทซึ่งถูกลงทุนในกิจกรรมทางเศรษฐกิจใน อาณาเขตของอีกรัฐภาคและคู่สัญญาและได้ปฏิบัติตามกฎหมายและกระบวนการของรัฐภาคีคู่สัญญา นั้น(Article 1(1) of the BIT defines The term "investment" means any kind of assets invested on the economic activity of one Contracting Party to investors of the other Contracting Party's territory under its laws and procedures) ใน คดี Tokios Tokeles สำหรับใน คดี Quiborax v. Bolivia ปรากฏตามข้อ 2 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างรัฐพหุชนชาติโบลิเวีย กับสาธารณรัฐชิลี ค.ศ.1994 (Agreement between the republic of Bolivia and the republic of chile for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า ความตกลงนี้ใช้กับการลงทุนทั้งหมด ที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการมีผลใช้บังคับของความตกลง โดยนักลงทุนของรัฐภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตาม กฎหมายของรัฐภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีคู่สัญญาฝ่ายหลัง (This Agreement shall apply to all investments made before or after the entry into force of the Agreement, by investors of one Contracting Party, in accordance with the laws of the other Contracting Party in the territory of the latter)

โดยทั่วไปแล้วเมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตาม กฎหมายและข้อบังคับของรัฐเอาไว้ และเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายใน ของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยส่วนมากมักจะมีการ ทำชี้ขาดไปในแนวทางที่ว่า การลงทุนดังกล่าวเป็นการลงทุนที่ไม่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา นัก ลงทุนต่างชาติจึงไม่อาจจะนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ส่งผลให้

อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งสองข้างต้นแล้ว จะพบว่ามิใช่ทุกกรณีที่การกระทำผิดกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติจะมีผลเป็นการการตัดขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือเฉพาะแต่การกระทำผิดที่มีเนื้อหาและความแรงได้สัดส่วนเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของการกระทำผิด กับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้นที่จะมีผลเป็นการปฏิเสธความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีของคดีทั้งสองข้างต้นนั้นจะพบว่าเป็นแต่เพียงข้อผิดพลาดเล็กน้อยเท่านั้น ดังจะเห็นได้จาก คดี Tokios Tokelés v. Ukraine ซึ่งเป็นเพียงการจดทะเบียนคำผิดเท่านั้นกล่าวคือ ตามกฎหมายของประเทศยูเครนได้วางหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนชื่อบริษัทในเครือไว้ว่าจะต้องจดทะเบียนในชื่อของ “บริษัทในเครือ” แต่บริษัท Tokios Tokelés กลับจดทะเบียนว่า “บริษัทเอกชนในเครือ” รวมถึงไม่มีลายเซ็น หรือ การรับรองบางประการ<sup>162</sup> หรือ ในคดี คดี Quiborax v. Bolivia เป็นเพียงการ มิได้มีจดทะเบียนผู้ถือหุ้นให้ถูกต้องตามกฎหมายของประเทศโบลิเวีย<sup>163</sup> เพียงซึ่ง เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงในการกระทำผิด กับผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการแล้ว จะพบว่าสิ่งที่นักลงทุนต่างชาติได้รับกับเป็นสิ่งที่ยุทธกว่าความร้ายแรงของการกระทำเป็นอย่างมากเนื่องจากการปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการจะมีผลกระทบในส่วนของคดีหลักซึ่งเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญามีได้รับการพิจารณาเพียงเพราะแค่จดทะเบียนชื่อไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อเทียบกับมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือการพัฒนาประเทศที่อาจสูญเสียไป เช่น การดำเนินการสัมปทาน คงไม่อาจเทียบได้ นอกจากนี้การจดทะเบียนลายลักษณ์อักษรไม่ถูกต้องยังมีลักษณะเป็นแต่เรื่องเล็กน้อยมิใช่การกระทำที่ขัดต่อ กฎหมายพื้นฐานสำคัญของรัฐ กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะรวมถึงการกระทำที่เกี่ยวกับโครงสร้างหรือระบบการลงทุน หรือการทุจริต ฉะนั้นการได้ผลกระทบอันร้ายแรงจากการกระทำผิดกฎหมายอันเล็กน้อยของนักลงทุนต่างชาติหาอาจเรียกว่าความเป็นธรรมไม่

<sup>162</sup> "Tokios Tokelés V. Ukraine Icsid Case No. Arb/02/18." "Tokios Tokelés V. Ukraine Icsid Case No. Arb/02/18."

<sup>163</sup> "Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2." "Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2."

#### 4.1.3 ช่วงเวลาในการกระทำความผิด

คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้นำปัจจัยว่าด้วยช่วงเวลาในการกระทำความผิดมาใช้เป็นเกณฑ์ในการปฏิเสธหรือให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนต่างชาติในลักษณะที่ว่า การกระทำใดๆที่เกิดขึ้นภายหลังการการจัดตั้งการลงทุนจะไม่ใช่ประเด็นเรื่องของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เฉพาะแต่การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก่อนการจัดตั้งการลงทุนเท่านั้นที่คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้งการลงทุนจะถูกนำไปใช้ในชั้นของการพิจารณา (merit) ต่อไป<sup>164</sup>

สำหรับเหตุผลเบื้องหลังของหลักการในการพิจารณาดังกล่าวนั้นเนื่องจากโดยทั่วไปแล้วในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศว่าการลงทุนใดเป็นการลงทุนที่สมควรได้รับการส่งเสริมหรือให้ความคุ้มครองนั้น คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาถึงนิยามของการลงทุน และ นักลงทุนเป็นสำคัญซึ่งเมื่อในขณะทำสัญญาจัดตั้งการลงทุน นักลงทุนต่างชาติมีสถานะเป็นนักลงทุนตามบทนิยาม อีกทั้งการลงทุนดังกล่าวเป็นการลงทุนที่สอดคล้องด้วยบทนิยามการลงทุนแล้ว ส่งผลให้การลงทุนที่เกิดขึ้นตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะไม่กลายเป็นการลงทุนที่อยู่นอกเหนือความคุ้มครองของสนธิสัญญาการลงทุนการลงทุนในภายหลังเพียงเพราะการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติในระหว่างที่ดำเนินการลงทุน ความชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการดำเนินการลงทุนหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่างการดำเนินการลงทุน (legality or illegality during the performance of the investment) จะเรื่องที่จะถูกนำไปพิจารณาในส่วนของเนื้อหาของคดี (merit)ต่อไป ไม่ว่าจะสนธิสัญญาจะมีการกำหนดให้คุ้มครองการลงทุนตั้งแต่ก่อนการจัดตั้งการลงทุนหรือไม่ก็ตามดังที่ปรากฏในคดี *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana* คดี *Quiborax v. Bolivia* เป็นต้น<sup>165</sup>

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดี *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana* และ คดี *Quiborax v. Bolivia* แล้วจะพบว่าทั้งสองคดีมีจุดร่วมกันหลายประการ กล่าวคือ ใบเบื้องต้นทั้งสองคดีต่างเป็นกรณีที่สนธิสัญญา

<sup>164</sup> Ursula Kriebaum, "Investment Arbitration," *kluwer arbitration* (2010).p19

<sup>165</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.p.67

การลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้อย่างชัดเจนปรากฏตามข้อ 10 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับสาธารณรัฐกานา ค.ศ.1995 (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1995) ซึ่งได้กำหนดว่า สนธิสัญญานี้ยังใช้กับการลงทุนที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีผลใช้บังคับโดยคนชาติ หรือบริษัทของรัฐภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน (This Treaty shall also apply to investments made prior to its entry into force by nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party consistent with the latter's legislation.) ในคดี Hamester v. Ghana สำหรับใน คดี Quiborax v. Bolivia ปรากฏตามข้อ 2 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐพหุชนชาติโบลิเวีย กับสาธารณรัฐชิลี ค.ศ.1994 (Agreement between the republic of Bolivia and the republic of chile for the promotion and reciprocal protection of investments 1994) ซึ่งได้กำหนดบทนิยามของการลงทุนไว้ว่า ความตกลงนี้ใช้กับการลงทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการมีผลใช้บังคับของความตกลง โดยนักลงทุนของรัฐภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตามกฎหมายของรัฐภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีคู่สัญญาฝ่ายหลัง (This Agreement shall apply to all investments made before or after the entry into force of the Agreement, by investors of one Contracting Party, in accordance with the laws of the other Contracting Party in the territory of the latter) โดยทั้งสองคดี คือ คดี Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana คดี Quiborax v. Bolivia ต่างเป็นกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำความผิดหลังการจัดตั้งการลงทุนทั้งสิ้น กล่าวคือ ในคดี Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Ghana เป็นกรณีได้กระทำการฉ้อโกงในหลายๆ ลักษณะ เช่น การใช้อำนาจในทางที่ผิดในการควบคุมบริษัทอื่น การดำเนินการเรียกเก็บ ค่าธรรมเนียม และ ค่าคอมมิชชั่น รวมถึง ทำใบแจ้งหนี้อันเป็นเท็จ ภายหลังการจัดตั้งการลงทุนแล้ว<sup>166</sup> สำหรับ Quiborax v. Bolivia เป็นกรณี บริษัท Quiborax ได้กระทำความผิดกฎหมายอันเกี่ยว

<sup>166</sup> "Gustav F W Hamester GmbH & Co Kg V. Republic of Ghana, Icsid Case No. Arb/07/24." "Gustav F W Hamester GmbH & Co Kg V. Republic of Ghana, Icsid Case No. Arb/07/24."

การลงทะเบียนผู้ถือหุ้นภายหลังการจัดตั้งการลงทุน<sup>167</sup> แล้วเช่นกัน ส่งผลให้ในช่วงของการพิจารณาถึงการมีอยู่ของการลงทุนในการทำสัญญานักลงทุนต่างชาติคือ บริษัท Gustav FW Hamester GmbH & Co KG และ บริษัท Quiborax ต่างมีสถานะนักลงทุนที่ชอบและสมควรได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองตามสัญญาแล้ว การลงทุนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนภายหลังทำให้บริษัททั้งสองไม่มีสถานะเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญาไม่ ฉะนั้น การลงทุนที่เกิดขึ้นตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะไม่กลายเป็นการลงทุนที่อยู่นอกเหนือความคุ้มครองของสนธิสัญญาการลงทุนการลงทุนในภายหลังเพียงเพราะการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติในระหว่างที่ดำเนินการลงทุน ความชอบด้วยกฎหมายในระหว่างดำเนินการลงทุนหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระหว่างดำเนินการลงทุน (legality or illegality during the performance of the investment) จึงเป็นเรื่องที่จะถูกนำไปพิจารณาในส่วนของเนื้อหาของคดี(merit)ต่อไป คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงมีชอบอำนาจเหนือข้อพาดังกล่าวนั้นเอง

#### 4.1.4 ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน

โดยทั่วไปแล้วการกระทำอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาตินั้นถือว่าเป็นข้อต่อสู้หลักของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะใช้ยกขึ้นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของชอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) รวมถึงในชั้นของ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) มิว่าเป็นเพราะเหตุแห่งการที่สนธิสัญญาการลงทุน มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะซึ่ง ขอบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ การกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายของจึงถือว่าเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ หรือ เป็นเพราะเหตุที่การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่สมควรได้รับการคุ้มครองโดยสภาพ แต่ถึงกระนั้นกลับมีอาจปฏิเสธได้เลยว่า ในบางครั้งบางกรณี รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักเป็นผู้ถือเอาประโยชน์จากการที่นักลงทุนต่างชาติไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนอันเป็นหนึ่งในข้อต่อสู้หลักของตนกลับกระทำบางประการซึ่งเป็นความผิดเสียเอง ผลที่ตามมา คือ รัฐผู้รับการลงทุนมีอาจยกอ้างการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้

<sup>167</sup> "Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2." "Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2."



อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ หรือ ในชั้นของการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้<sup>168</sup>

หลักการเบื้องหลังของเรื่องนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปหลายประการ ไม่ว่าจะเป็น หลักสุจริต หลักมาศาลด้วยมือสะอาด และหลักกฎหมายปิดปาก กล่าวคือ ตามหลักสุจริต (Good Faith) หรือ หลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (bona fides) อันมาตรฐานทั่วไปที่ใช้วัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นควรจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วบุคคลจะใช้สิทธิแห่งตนจะต้องกระทำการโดยสุจริต เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนจะใช้สิทธิในการยกข้อต่อสู้ว่าด้วยการที่นักลงทุนต่างชาติมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนในการพิจารณาคดีโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ แต่รัฐผู้รับการลงทุนกลับมีส่วนผิดด้วยจึงไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ใช้สิทธิโดยสุจริตนั่นเอง<sup>169</sup>

ตามหลักการมาศาลด้วยมือสะอาด ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับกันทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันกับหลักสุจริต ซึ่งบุคคลจะใช้สิทธิที่ดี หรือ จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาก็ดีนั้นจะต้องไม่มีส่วนในการกระทำความผิดด้วย ฉะนั้น เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนในความผิดด้วย การเปิดโอกาสให้รัฐผู้รับการลงทุนยกการกระทำที่ตนมีส่วนผิดขึ้นเป็นประโยชน์แก่ตนจึงเป็นสิ่งที่ไม่สมควรตามหลักการที่ว่าบุคคลไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด (nemo auditur propriam turpitudinem allegans or nobody can benefit from his own wrong) หรือ บุคคลไม่ควรได้รับอนุญาตให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของตน (nullus commodum capere potest de injuria sua propria or no one can be allowed to take advantage to his own wrong)<sup>170</sup>

หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญในการพิจารณาคดี อันเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนำข้อเรียกร้องบางประการขึ้นกล่าวอ้างได้ ปรากฏชัดจากการที่ ศาล หรือ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้นำมาใช้

<sup>168</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.

<sup>169</sup> ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย," ใน *จลนนิติ*, หน้า.53

<sup>170</sup> จุฬาลักษณ์ พินิจ, "ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน," หน้า.137

เพื่อป้องกัน หรือ ระงับมิให้บุคคลกระทำการอันขัดแย้งกับคำพูดหรือพฤติกรรมของตน<sup>171</sup> โดยหลักกฎหมายปิดปากนี้ถือเป็นหนึ่งในหลักประการสำคัญที่ป้องกันมิให้รัฐผู้รับการลงทุนยกการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของตนขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการจะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตตุลาการ หรือ เพราะเหตุที่ข้อพิพาทดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมสมควรรับไว้ในพิจารณา เนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนได้กระทำการบางประการซึ่งสมควรห้ามมิให้ใช้ข้อเรียกร้องบางประการขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตน ยกตัวอย่างเช่น การที่รัฐได้มีการให้สัตยาบัน หรือ เพิกเฉยต่อการกระทำ เป็นต้น

สำหรับความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนสามารถแบ่งออกเป็น 3 กรณีดังนี้คือ รัฐมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด รัฐเคยยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน รัฐผู้รับการลงทุนเพิกเฉยกับการกระทำความผิดกฎหมาย ปรากฏตามคดีทั้งสามคดี Gavrilovic v Croatia คดี Mamidoli vs Albania คดี Kardassopoulos v Georgia ดังนี้

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดี คดี Gavrilovic v Croatia คดี Mamidoli vs Albania และคดี Kardassopoulos v Georgia แล้วจะพบว่าทั้งสามคดีมีจุดร่วมกันคือต่างเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนมีการวางข้อกำหนดทางกฎหมายโย้ขัดแย้งกล่าวคือมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะตามสนธิสัญญาปรากฏตามข้อ 2 ของความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียกับสาธารณรัฐโครเอเชีย ค.ศ.1997 (Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and the Protection of Investments 1997) ซึ่งได้กำหนดว่า รัฐผู้รับการลงทุนต้องส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเท่าที่จะเป็นไปได้ และไม่ว่าในกรณีใดก็ตามรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน (Each Contracting Party shall in its territory promote, as far as possible, investments of investors of the other Contracting Party, admit such investments in accordance with its legislation and in any case accord such investments fair and equitable treatment) ในคดี Gavrilovic v Croatia

<sup>171</sup> ศาลปฏิเสธจะบังคับอนุญาตตุลาการภายใต้หลัก Estoppel Law ที่เป็นธรรมของรัฐบาลกลาง, [ออนไลน์].

ข้อ 2 แห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ  
สาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐแอลเบเนีย ค.ศ.1991 Agreement Between the  
Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania  
for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1991) ซึ่งได้กำหนดว่า  
คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องส่งเสริมการลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมายเท่าที่จะทำได้ (Each  
Contracting Party shall in its territory, promote as far as possible, investments by  
investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance  
with its legislation.) ในคดี Mamidoli vs Albania และ

ข้อ 2 แห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐจอร์เจีย ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the  
Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion  
and Reciprocal Protection of Investments 1994) ซึ่งได้กำหนดว่า

ภาคีคู่สัญญาจะต้องส่งเสริมการลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมายของตน (Each  
Contracting Party promotes in its territory investments by investors of the other  
Contracting Party and admits such investments in accordance with its legislation.) ใน  
คดี Kardassopoulos v Georgia

จุดร่วมกันประการต่อมา คือ ผู้ร้องทั้งสามได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายใน  
ของรัฐผู้รับการลงทุนโดยในคดี โดยในคดี Gavrilovic v Croatia บริษัท Gavrilovic ได้กระทำการอัน  
เป็นการขัดต่อกฎหมายของประเทศโครเอเชียหลายประการไม่ว่าจะเป็นกระทำการโอนเงินที่น่าสงสัย  
จากบัญชีทรัพย์สินที่ล้มละลายไปยังบัญชีของ Gavrilovic และบัญชีของบุคคลที่สาม การขายสินบน  
จำนวนมากให้แก่ผู้ชำระบัญชีในคดีล้มละลายและกระทำการบางประการซึ่งอาจทำให้บริษัทอื่นๆ  
ล้มละลาย<sup>172</sup> ในคดี Mamidoli vs Albania บริษัท Mamidoli ได้เข้ามาดำเนินกิจการซื้อ จัดเก็บ  
และจัดจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงและผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับน้ำมันเชื้อเพลิงในประเทศแอลเบเนีย โดย  
ปราศจากใบอนุญาตในการก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับคลังน้ำมันอันเป็นการกระทำที่ขัดต่อ

<sup>172</sup> "Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. V. Republic of Croatia, Icsid Case No. Arb/12/39." "Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. V. Republic of Croatia, Icsid Case No. Arb/12/39."

กฎหมายของประเทศแอลเบเนีย และใน คดี Kardassopoulos v Georgia ปรากฏการร่วมทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศจอร์เจียโดยบริษัทที่นาย Kardassopoulos เป็นผู้ถือหุ้นหลักอยู่

สำหรับจุดร่วมประการสุดท้าย คือ การที่ทั้งสามคดีนั้นปรากฏการกระทำของรัฐซึ่งอาจถือว่าเป็นความผิดของรัฐได้ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 3 กรณีคือ

รัฐมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด<sup>173</sup> การมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดของรัฐปรากฏตาม คดี Gavrilovic v Croatia ซึ่งเป็นกรณีที่ประเทศโครเอเชีย (รัฐผู้รับการลงทุน) ได้ว่าจ้างให้นาย Gavrilović (นักลงทุนต่างชาติ) ลักลอบขนเงินออกนอกประเทศและฝากไว้ในบัญชีธนาคารต่างประเทศที่ประเทศโครเอเชียทำการควบคุม แลกเปลี่ยนกับการประเทศโครเอเชียจะทำการเวนคืนธุรกิจแปรรูปเนื้อสัตว์ให้แก่ครอบครัวของนาย Gavrilović อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงเห็นว่า แม้ Gavrilović จะได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของประเทศโครเอเชียหลายประการ อันได้แก่ กระทำการโอนเงินที่น่าสงสัยจากบัญชีทรัพย์สินที่ล้มละลายไปยังบัญชีของ Gavrilović และบัญชีของบุคคลที่สาม จ่ายสินบนจำนวนมากให้แก่ผู้ชำระบัญชีในคดีล้มละลาย และกระทำการบางประการซึ่งอาจทำให้บริษัทอื่นๆ ล้มละลาย แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ประเทศโครเอเชียได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดคือ การว่าจ้างให้ Gavrilović ลักลอบขนเงินโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อการสงคราม ประเทศโครเอเชียจึงไม่อาจยกการกระทำความผิดของ Gavrilovic ซึ่งประเทศโครเอเชียมีส่วนรู้เห็นในการกระทำดังกล่าวเพื่อให้อนุญาตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธขออำนาจอนุญาตตุลาการได้ คดีจึงเข้าสู่ในขั้นของการพิจารณาต่อไป (merit) ต่อไป ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการปฏิเสธข้อต่อสู้ของประเทศโครเอเชียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนในคดีนี้เป็นผลมาจากการที่ประเทศโครเอเชียได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดคือว่าจ้างให้นาย Gavrilović (นักลงทุนต่างชาติ) ลักลอบขนเงินออกนอกประเทศและฝากไว้ในบัญชีของประเทศโครเอเชียซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้นถือเป็นการละเมิดต่อหลักสุจริต รวมถึงหลักมือสะอาดเนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการยกอ้างข้อต่อสู้ในการพิจารณาคดีจะต้องเกิดขึ้นบนพื้นฐานที่ผู้ยกข้อต่อสู้ไม่มีส่วนผิดในการกระทำดังกล่าวด้วย เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมีความผิดได้ยกประโยชน์บนพื้นฐานของข้อต่อสู้ที่ตนมีส่วนผิด

<sup>173</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.p.90

ด้วยอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงปฏิเสธข้อต่อสู้ของประเทศโครเอเชียและรับคดีเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาทต่อไป<sup>174</sup>

รัฐเคยยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน<sup>175</sup> การยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมาย ปรากฏชัดในคดี Mamidoli vs Albania ซึ่งตามกฎหมายผังเมืองของประเทศแอลเบเนีย ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์อันสะท้อนถึงการอนุญาตให้แก้ไขซึ่งความผิดกฎหมายเอาไว้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 77 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการผังเมืองได้มีการบัญญัติว่า

*“อาคารที่ผิดกฎหมายซึ่งสร้างขึ้นก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับและสร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตบนที่ดินที่ผู้สร้างเป็นเจ้าของ เจ้าหน้าที่ที่ออกใบอนุญาตย้อนหลังได้ หากปฏิบัติโดยชอบในภายหลัง จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่มีการบังคับอย่างไม่จริงจัง กล่าวคือ แม้นักลงทุนจะได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารโดยผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม หากนักลงทุนต่างชาติได้ดำเนินการสร้างอาคารให้ชอบในภายหลัง กฎหมายของแอลเบเนียเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาต “ย้อนหลัง” ได้อันเสมือนว่าไม่มีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้น อีกทั้งในคดีนี้ยังปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าประเทศแอลเบเนียเคยแจ้งแก่บริษัท Mamidoli ว่า หากบริษัท Mamidoli ดำเนินการแก้ไขให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ประเทศแอลเบเนีย ก็ยินดีที่จะแก้ไขในความผิดกฎหมายนั้นให้ตามมาตรา 77 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการผังเมือง อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้จึงเห็นว่าประเทศแอลเบเนียไม่อาจอ้าง การกระทำผิดกฎหมายของ Mamidoli ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องขออำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพราะประเทศแอลเบเนียนิติที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน คดีจึงเข้าสู่ชั้นของการพิจารณา (merit) ต่อไป จะให้ได้ว่าในคดีนี้แม้นักลงทุนต่างชาติ คือ บริษัท Mamidoli จะได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศแอลเบเนียคือกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายดังกล่าวมิได้มีการบัญญัติให้มีสภาพบังคับจริงจังกล่าวคือเปิดโอกาสให้การอนุญาตมีผลย้อนหลังได้หากได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายในภายหลัง อีกทั้งประเทศแอลเบเนียเคยแจ้งแก่บริษัท Mamidoli ว่า หากบริษัท Mamidoli ดำเนินการแก้ไขให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ประเทศแอลเบเนีย ก็ยินดีที่จะแก้ไขในความผิดกฎหมายนั้นให้ตามมาตรา 77 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย*

174 "Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. V. Republic of Croatia, Icsid Case No. Arb/12/39." "Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. V. Republic of Croatia, Icsid Case No. Arb/12/39."

175 Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " Arbitration International.p.89

การผังเมืองอีกด้วย การกระทำดังกล่าวนี้เป็นการสร้างความคาดหวังให้แก่ บริษัท Mamidoli แม้ว่าตนจะได้กระทำผิดกฎหมายก็หาไม่ผลเป็นอย่างไรไม่ เพราะหากตนได้กระทำให้ถูกต้องในภายหลังแล้ว การกระทำที่ผิดกฎหมายของตนก็จะถูกลบล้างด้วยผลทางกฎหมายอยู่ดี การสร้างความคาดหวังดังกล่าวนี้จึงเป็นสิ่งที่มา ปิดปาก มิให้ประเทศแอลเบเนียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนยกการกระทำ ความผิดของ บริษัท Mamidoli ขึ้นต่อสู้ได้นั้น<sup>176</sup>

รัฐผู้รับการลงทุนเพิกเฉยกับการกระทำผิดกฎหมาย<sup>177</sup> ความเพิกเฉยของรัฐผู้รับการลงทุนปรากฏ ตามคดี **Kardassopoulos v Georgia** ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐบาลและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลได้รู้ถึงการกระทำอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนของบริษัทที่นาย **Kardassopoulos** ถือนุญอยู่อันเกี่ยวกฎหมายที่ว่าด้วยกิจการร่วมค้า แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลดังกล่าวของประเทศจอร์เจีย ได้อนุญาตกิจกรรมดังกล่าวและได้ลงนามในเอกสารสัญญาสัมปทานแล้ว อีกทั้งประเทศจอร์เจียไม่เคยประท้วงหรือกล่าวอ้างว่าข้อตกลงเหล่านี้ผิดกฎหมายภายใต้กฎหมายจอร์เจียแต่อย่างใด คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในคดีนี้จึงเห็นว่า แม้การร่วมทุนดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายการร่วมทุนของประเทศจอร์เจีย แต่อย่างไรก็ตามรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลได้อนุญาตกิจกรรมดังกล่าวและได้ลงนามในเอกสารสัญญาสัมปทานแล้ว อีกทั้งประเทศจอร์เจียไม่เคยประท้วงหรือกล่าวอ้างว่าข้อตกลงเหล่านี้ผิดกฎหมายภายใต้กฎหมายจอร์เจียแต่อย่างใด คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้ตามข้อ 2 แห่งความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐสาธารณรัฐเฮลเลนิกกับสาธารณรัฐจอร์เจีย ค.ศ.1994 (Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994) และ บริษัท Tramex International Inc ก็มีได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศจอร์เจียซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามการที่รัฐบาลและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลได้อนุญาตกิจกรรมดังกล่าวและได้ลงนามในเอกสารสัญญาสัมปทานแล้ว อีกทั้งประเทศจอร์เจียไม่เคยประท้วงหรือกล่าวอ้างว่าข้อตกลงเหล่านี้ผิดกฎหมายภายใต้กฎหมาย

<sup>176</sup> "Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. V. Republic of Albania, Icsid Case No. Arb/11/24." "Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. V. Republic of Albania, Icsid Case No. Arb/11/24."

<sup>177</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " Arbitration International.p.93

จอร์เจียแต่อย่างไร อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศเห็นว่า ประเทศจอร์เจียสร้างความคาดหวังแก่บริษัทว่าการลงทุนขอด้วยกฎหมายของประเทศจอร์เจีย และแม้มีการละเมิดก็จะได้รับการคุ้มครองเนื่องจากการเพิกเฉยของประเทศจอร์เจีย ประเทศจอร์เจียจึงไม่อาจอ้าง การกระทำผิดกฎหมายของ นาย Ioannis Kardassopoulos ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องขออำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพราะประเทศจอร์เจียได้ให้สัตยาบันอีกทั้งยังเพิกเฉยต่อการกระทำผิดของ นาย Ioannis Kardassopoulos คดีจึงเข้าสู่ขั้นของการพิจารณา (merit) ต่อไป<sup>178</sup>

จะเห็นได้ว่าการกระทำผิดของรัฐผู้รับการลงทุนอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะไม่ที่จะเป็นการมีส่วนร่วมในการกระทำผิด ยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมาย และ การเพิกเฉยกับการกระทำผิดซึ่งการกระทำเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปหลายประการไม่ว่าจะเป็นหลักสุจริต หลักมือสะอาด รวมถึงหลักกฎหมายปิดปาก ฉะนั้นเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนผิดอันเกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนจึงไม่อาจยกการกระทำซึ่งตนมีส่วนผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อประโยชน์แก่ตนได้

#### 4.1.5.กรณีอื่นๆ

นอกจาก ปัจจัยทั้งสี่ที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว เมื่อพิจารณาแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วปรากฏกรณีที่ไม่สามารถนำมาจำแนกหมวดหมู่ดังเช่นกรณีทั้งสี่ปัจจัยดังกล่าวได้ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีย่อยคือ การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้ทำให้การลงทุนเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น และ รัฐไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำผิดของนักลงทุนต่างชาติได้

##### 4.1.5.1 การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้ทำให้การลงทุนเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น

เป็นกรณีที่ แม้จะได้กระทำการลงทุนโดยผิดกฎหมาย แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนมิได้ให้ถือว่าการลงทุนดังกล่าวตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น กล่าวคือมีลักษณะของการดำรงอยู่จนกว่าจะได้มีการดำเนินการบางประการซึ่งจะทำให้การลงทุนนั้นเป็นโมฆะ ในกรณีนี้

<sup>178</sup> "Ioannis Kardassopoulos V. The Republic of Georgia, Icsid Case No. Arb/05/18." "Ioannis Kardassopoulos V. The Republic of Georgia, Icsid Case No. Arb/05/18."

อนุญาโตตุลาการเห็นว่าให้รับไว้ในชั้นพิจารณาต่อไป(merit)<sup>179</sup> ยกตัวอย่างเช่น คดี Liman Caspian Oil vs kazakhstan

#### Limnan Caspian Oil vs Kazakhstan<sup>180</sup>

คดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Liman Caspian Oil ได้รับใบอนุญาตในการสำรวจและสกัดไฮโดรคาร์บอนผ่านข้อตกลงการโอนที่ฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศคาซัคสถาน ซึ่งตามกฎหมายของประเทศคาซัคสถาน การโอนใบอนุญาตที่ฝ่าฝืนกฎหมายยังคงมีผลสมบูรณ์จนกว่าผู้มีส่วนได้เสียจะมีการบอกกล่าว ฉะนั้น การโอนใบอนุญาตที่ฝ่าฝืนกฎหมาย มิได้มีผลเป็นโมฆะ แต่ยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะมีผู้มีส่วนได้เสียมาบอกกล่าว อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเห็นว่าการณื่อดังกล่าวนี้ มิใช่กรณีของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการและเข้าสู่ขั้นของการพิจารณาคดีต่อไป(merit)

มีข้อสังเกตว่ากรณีดังกล่าวนี้อาจมีผู้สับสนกับคดี Mamidoli vs Albania ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายผังเมืองของประเทศแอลเบเนียเปิดโอกาสให้ผลของการอนุญาตก่อสร้างย้อนหลังไปสู่ก่อนช่วงเวลาที่กระทำผิดกฎหมายได้ หากนักลงทุนได้ทำการก่อสร้างอาคารให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในภายหลังซึ่งสะท้อนถึงการไม่บังคับไม่จริงจังของกฎหมายภายในรัฐ แต่กรณีข้างต้นนี้เป็นกรณีที่กฎหมายของรัฐบาลผู้รับการลงทุนมิได้ให้ถือว่าการลงทุนดังกล่าวตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น กล่าวคือมีลักษณะของการดำรงอยู่จนกว่าจะได้มีการดำเนินการบางประการซึ่งจะทำให้การลงทุนนั้นเป็นโมฆะ อันมีลักษณะใกล้เคียงกับโมฆียะคือมีผลสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกกล่าวซึ่งเป็นการกำหนดผลทางกฎหมายให้สอดคล้องกับความรุนแรงของการกระทำเพียงเท่านั้น หากเป็นประเด็นว่าด้วยการเพิกเฉยหรือไม่บังคับจริงจังแต่อย่างใด

#### 4.1.5.2 รัฐไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติได้

เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนยกประเด็นเรื่องการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนขึ้นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่รัฐกลับไม่สามารถพิสูจน์ถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติได้ จึงไม่อาจถือได้ว่านักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการ

<sup>179</sup> Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.p.88

<sup>180</sup> "Liman Caspian Oil Bv and Ncl Dutch Investment Bv V. Republic of Kazakhstan, Icsid Case No. Arb/07/14," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-liman-caspian-oil-bv-and-ncl-dutch-investment-bv-v-republic-of-kazakhstan-award-tuesday-22nd-june-2010>



ลงทุน ข้อพิพาทดังกล่าวจึงอยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการและเข้าสู่ขั้นของการพิจารณาต่อไป (merit)<sup>181</sup> ยกตัวอย่างเช่น คดี Convia v Peru<sup>182</sup> คดี Rusoro v Venezuela<sup>183</sup> คดี Inmaris v Ukraine<sup>184</sup> คดี Abaclat v Argentina<sup>185</sup> และ คดี Glencore v Colombia<sup>186</sup> Gosling v Mauritius<sup>187</sup> เป็นต้น

#### 4.2 แนวทางการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน

เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว สามารถกำหนดแนวทางของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวโดยเรียงลำดับปัจจัยอัน

181 Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin, "The Illegality Objection in Investor–State Arbitration " *Arbitration International*.p.80

182 "Convia Callao S.A. And Cci - Compañía De Concesiones De Infraestructura S.A. V. Republic of Peru, Icsid Case No. Arb/10/2," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/es-convia-callao-s-a-y-cci-compania-de-concesiones-de-infraestructura-s-a-c-republica-de-peru-decision-sobre-solicitud-de-medidas-provisionales-tuesday-22nd-february-2011>

183 "Rusoro Mining Ltd. V. Bolivarian Republic of Venezuela, Icsid Case No. Arb(Af)/12/5," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/other/en-rusoro-mining-ltd-v-bolivarian-republic-of-venezuela-press-release-of-rusoro-mining-ltd-on-the-proceedings-to-enforce-arbitration-award-thursday-10th-august-2023>

184 "Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services Gmbh and Others V. Ukraine, Icsid Case No. Arb/08/8," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-inmaris-perestroika-sailing-maritime-services-gmbh-and-others-v-ukraine-decision-on-jurisdiction-monday-8th-march-2010>

185 "Abaclat and Others (Formerly Giovanna A. Beccara and Others) V. Argentine Republic, Icsid Case No. Arb/07/5," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-abaclat-and-others-formerly-giovanna-a-beccara-and-others-v-argentine-republic-consent-award-under-icsid-arbitration-rule-43-2-thursday-29th-december-2016>

186 "Glencore International A.G. And C.I. Prodeco S.A. V. Republic of Colombia, Icsid Case No. Arb/16/6," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-glencore-international-a-g-and-c-i-prodeco-s-a-v-republic-of-colombia-decision-on-annulment-wednesday-22nd-september-2021>

187 "Thomas Gosling and Others V. Republic of Mauritius, Icsid Case No. Arb/16/32," [Online] Accessed: 2 October 2023. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-thomas-gosling-property-partnerships-development-managers-uk-property-partnerships-developments-mauritius-ltd-property-partnerships-holdings-mauritius-ltd-and-tg-investments-ltd-v-republic-of-mauritius-none-currently-available-tuesday-27th-september-2016>

เปรียบเสมือนการเดินทางเพื่อปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการ ลงทุนระหว่างประเทศได้ 5 ขั้นตอนดังต่อไปนี้

### **ขั้นตอนแรก** การพิจารณาข้อกำหนดทางกฎหมาย

ข้อกำหนดทางกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้งอันเป็นการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนไว้อย่างชัดแจ้งไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน มิว่าจะปรากฏในบทนิยามของการลงทุน หรือ บทว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุนก็ตาม และ ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัยซึ่งเป็น กรณีที่สนธิสัญญามีได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการ เฉพาะ อนุญาโตตุลาการจึงหยิบยกหลักกฎหมายบางประการขึ้นเพื่อปฏิเสธการคุ้มครองการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของสนธิสัญญา หรือ หลักกฎหมายทั่วไป ในทางระหว่างประเทศซึ่งล้าแล้วแต่มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วย กฎหมายเท่านั้น

ข้อกำหนดทางกฎหมาย เป็นสิ่งแรกที่ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ได้ใช้ในการนำมาพิจารณาเพื่อปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน ของรัฐผู้รับการลงทุน กล่าวคือ ในเบื้องต้นอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องเริ่มต้น พิจารณาว่าสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ หรือไม่ หากสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทดังกล่าวแล้ว อนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นที่ จะต้องพิจารณาต่อไปประกอบไม่ว่าจะเป็น ช่วงเวลาในการกระทำความผิด เนื้อหาและความรุนแรง ของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน และกรณีอื่นๆ แต่หากเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุน มิได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะแล้วหาจำเป็นที่ จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ต่อไม่การเดินทางเพื่อปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตของอนุญาโตตุลาการจะจบลงทันที เนื่องจากเมื่อสนธิสัญญา การลงทุนมิได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้แล้ว แม้จะหา หมายควาว่าสนธิสัญญามุ่งคุ้มครองการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย แต่ถึงกระนั้นก็มีอาจเป็น การปฏิเสธได้ว่าการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ปฏิบัติชอบด้วยสนธิสัญญาการลงทุนแล้ว แต่เนื่อง ด้วยความบกพร่องของการร่างสนธิสัญญา หรือ เพราะเหตุผลบางประการจึงทำให้คณะผู้ร่างมียอม กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้อย่างชัดแจ้งและเป็นการเฉพาะ ส่งผลให้

นักลงทุนต่างชาติยังคงมีสิทธิในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงยังคงมีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาท(Jurisdiction) แต่ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทมีฐานจากการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องและไม่เหมาะสมสมควรรับไว้พิจารณาชั้นเนื้อหาขอคดี อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงต้องไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) นั่นเอง

### ขั้นตอนที่สอง พิจารณาช่วงเวลาในการกระทำความผิด

ช่วงเวลาในการกระทำความผิดเป็นปัจจัยที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศใช้ในการพิจารณาภายหลัง การพิจารณาปัจจัยว่าด้วยข้อกำหนดทางกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว จะพบว่าการพิจารณาถึงการส่งเสริมและการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนและการลงทุนนั้นจะต้องพิจารณาในช่วงเวลาของการจัดตั้งการลงทุนเป็นสำคัญคือ ในขณะที่จัดตั้งการลงทุนหากนักลงทุนมีสถานะเป็นนักลงทุนต่างสนธิสัญญา อีกทั้งการลงทุนของนักลงทุนดังกล่าวนั้นเป็นการลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาแล้ว แม้สนธิสัญญาการลงทุนจะมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะโดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่หากนักลงทุนได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนภายหลังจากการจัดตั้งการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวยังคงได้รับความคุ้มครองอยู่ การกระทำผิดกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติหากกระทบกับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาดังกล่าวไม่

หลักเกณฑ์ในการกำหนดการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการนำปัจจัยว่าด้วยช่วงเวลาในการกระทำความผิดมีอยู่ว่า หากการกระทำผิดกฎหมายของการลงทุนเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการจัดตั้งการลงทุน อนุญาโตตุลาการการลงทุนจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ต่อไปเช่น เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน และกรณีอื่นๆ แต่หากเป็นกรณีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้งการลงทุนแล้วคดีจะเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณาในมูลแห่งข้อพิพาท การเดินทางเพื่อปฏิเสธขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการจะหยุดลงเท่านี้

### ขั้นตอนที่สาม พิจารณาเนื้อหาและความรุนแรงในการกระทำความผิด

ภายหลังที่ได้พิจารณาในขั้นตอนแรกและขั้นตอนที่สองว่าด้วย ข้อกำหนดทางกฎหมาย และ ช่วงเวลาในการกระทำความผิดแล้ว ขั้นตอนต่อมาที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศพิจารณา คือ การนำปัจจัยว่าด้วยเนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำความผิดมาใช้เป็นเกณฑ์ในการชี้วัดถึงปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยไปแล้ว หากการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติเป็นการกระทำที่มีเนื้อหาและความรุนแรงได้สัดส่วนเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของการกระทำความผิด กับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขออำนาจอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันได้แก่ การละเมิดกฎหมายพื้นฐานสำคัญของรัฐ การละเมิดกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะรวมถึงการกระทำที่เกี่ยวกับโครงสร้างหรือระบบการลงทุน หรือการกระทำที่เป็นการทุจริต อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ต่อ ไม่ว่าจะเป็นความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน หรือ กรณี อื่นๆ แต่หากการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติเป็นแต่เพียงการเพียงความผิดปกติ (irregularity) หรือ ข้อผิดพลาดเล็กน้อย (minor error) การเดินทางเพื่อปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการจะยุติลงเท่านี้กล่าวคือข้อพิพาทจะเข้าสู่การพิจารณาในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท(merits) ต่อไป

### **ขั้นตอนที่สี่** พิจารณาความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน

การพิจารณาขั้นตอนที่หนึ่งถึงสามว่าด้วย ข้อกำหนดทางกฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำความผิด เนื้อหาและความรุนแรงในการกระทำความผิด เป็นการพิจารณาในส่วนของสนธิสัญญา และ การกระทำของนักลงทุน แต่ในส่วนของขั้นตอนที่สี่นั้นจะเป็นการพิจารณาในประเด็นของความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐผู้รับการลงทุนมักเป็นบุคคลที่ยกเอาการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่นักลงทุนมีส่วนผิดด้วย หากอนุญาตให้รัฐสามารถถือเอาประโยชน์จากการกระทำความผิดของตนแล้วย่อมขัดต่อหลักสุจริตซึ่งบุคคลจะใช้สิทธิที่ดี หรือ จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิที่ดีบุคคลจะต้องกระทำโดยสุจริต และขัดกับหลักมือสะอาดซึ่งบุคคลที่จะใช้สิทธิ หรือ จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนที่เกิดขึ้นมานั้น จะต้องไม่มีส่วนในการกระทำความผิดด้วย อีกทั้งยังขัดกับหลักกฎหมายปิดปากอันเป็นแนวคิดทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่มีวัตถุประสงค์ในการห้ามมิให้บุคคลนำข้อเรียกร้องบางประการขึ้นกล่าวอ้างได้ เช่น เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนสร้างความคาดหวังบางประการให้แก่นักลงทุนต่างชาติไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนเคยยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน หรือ เป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนเพิกเฉยหรือให้สัตยาบัน

แก่การกระทำบางประการแก่การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนจึงไม่อาจหยิบยกข้อต่อสู้ซึ่งตนมีส่วนผิดได้

### ขั้นตอนที่ห้า พิจารณาข้อยกเว้นอื่นๆ

นอกจากการพิจารณาปัจจัยทั้งสิ้น คือ ข้อกำหนดทางกฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำ ความผิด เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ และความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนตามลำดับแล้ว การพิจารณาถึงการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ ยังต้องพิจารณาข้อยกเว้นสองประการซึ่งไม่สามารถจัดกลุ่มได้อีก กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่า เป็นกรณีที่การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้ทำให้การลงทุนเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น กล่าวคือ เป็นกรณีแม้จะได้กระทำการลงทุนโดยผิดกฎหมาย แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนมิได้ให้ถือว่าการลงทุนดังกล่าวตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น กล่าวคือมีลักษณะของการดำรงอยู่จนกว่าจะได้รับการดำเนินการบางประการซึ่งจะทำให้การลงทุนนั้นเป็นโมฆะ ในกรณีนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่าให้รับไว้ในชั้นพิจารณาต่อไป(merit) และรัฐไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติได้ เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนยกประเด็นเรื่องการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนขึ้นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ แต่รัฐกลับไม่สามารถพิสูจน์ถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติได้ จึงไม่อาจถือได้ว่านักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ข้อพิพาทดังกล่าวจึงอยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการและเข้าสู่ชั้นของการพิจารณาต่อไป (merit)

### 4.3 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายในของรัฐผู้รับการลงทุนในศาลไทย

พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับรวมถึงการปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 หลักการทั่วไป

มาตรา 41 แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักการทั่วไปในการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่ว่า ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีขออำนาจยอมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น และ

สำหรับในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีขอบอำนาจจะมีคำพิพากษาจะบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

#### 4.3.2 วิธีการในการในการขอบังคับ

มาตรา 42 แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางหลักการเกี่ยวกับวิธีการในการในการขอบังคับในลักษณะที่ว่า เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีขอบอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รับทำการไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน

ผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเอกสารดังต่อไปนี้ มาแสดงต่อศาล

- (1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (3) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้วหรือปฏิญาณตนต่อหน้าศาลหรือต่อหน้าเจ้าพนักงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบาน หรือปฏิญาณหรือรับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปล หรือผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไทยในประเทศ ที่มีการทำคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น

#### 4.3.3 การปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

. พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43 มาตรา 44 มาตรา 45 ได้วางหลักการเกี่ยวกับปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการอุทธรณ์คำสั่งในลักษณะที่ว่า

มาตรา 43 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะดำเนินการขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้อยู่ในชั้น อนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ มิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณี ที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจ ทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา ๔๓ ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับกรณีที่ศาลไทยถือว่าเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีได้แก่

1. การกระทำผิดเกี่ยวกับกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553 ความเป็นกลางและเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญที่จะเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาท หาก อนุญาโตตุลาการปราศจากเสียซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระแล้ว คู่พิพาทก็จะไม่ได้รับความเป็น ธรรมและกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ได้รับการยอมรับบัพัญญูตินี้จึงเป็นบทกฎหมาย เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เมื่อศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าผู้คัดค้านที่ 1 ไม่ใช่ผู้ถือหุ้น ที่แท้จริงของผู้ คัดค้านที่ 3 และที่ 5 จึงไม่มีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของผู้คัดค้านที่ 1 ในการ ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ดังนั้น การที่ผู้ร้องทั้งสามสำนวนอุทธรณ์คัดค้านว่าผู้คัดค้านที่ 1 ซึ่งได้รับเลือกเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ ขาดความเป็นกลางและเป็นอิสระ จึงเป็นการกล่าวอ้างคัดค้านว่าคำสั่งศาลชั้นต้นขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของ ประชาชน ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ตามมาตรา 45 (2) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>188</sup>

## 2) สัญญาที่เป็นมูลเหตุของข้อพิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ผู้คัดค้านโต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่วินิจฉัย ว่า นิติกรรมหรือสัญญาจ้างเหมา ออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนหากมีการทำขึ้นเพราะกลฉ้อ ฉลที่เป็นเพียงโมฆียะ เมื่อไม่มีการบอกล้างก็ไม่ทำให้สัญญาจ้างดังกล่าวตกเป็นโมฆะนั้นไม่ชอบ โดยผู้ คัดค้านอ้างทำนองเดียวกันกับที่ได้ยกข้อต่อสู้ไว้แล้วว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวม ก่อสร้างโครงการทางด่วน มีการทุจริตและประพฤตินิชอบ เอื้อประโยชน์แก่ ผู้ร้อง ก่อให้เกิดความ เสียหายแก่รัฐ มีเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ร้อง โดยเฉพาะ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการ ของผู้ คัดค้านในขณะนั้นและเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างดังกล่าวในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบหลาย ประการ ทั้ง ศ. และเจ้าหน้าที่อื่นและเจ้าหน้าที่รัฐหน่วยอื่น ๆ รัับประโยชน์จากผู้ร้อง สัญญาจ้าง ดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ เป็นการกล่าวอ้างว่า การใช้อำนาจของ ศ. และเจ้าหน้าที่รัฐคนอื่นดังกล่าว กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ซึ่งเป็นกฎหมายฝ่าย มหาชน เป็นการโต้แย้งว่า คำพิพากษาศาลชั้นต้นใน ส่วนนี้ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของประกาศของคณะ ปฏิวัติฉบับที่ 290 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ของประชาชนซึ่งผู้คัดค้านยอม อุทธรณ์ได้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 45 (2) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างเดียวกับพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 26 (2) ศ. ช่วยเหลือผู้ร้องโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องจัดให้จึง

<sup>188</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC, "แนวคำพิพากษาของศาลในคดีอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการตีความเรื่องความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน." หน้า 3



ถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมา ออกแบบ รวมก่อสร้างโครงการทางด่วนเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และ ขณะเดียวกันการที่ผู้ร้องเพิ่มทุน และจัดสรรหุ้นของบริษัท ท. ให้แก่ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมี สิทธิซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการะคุณก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนถือ ได้ว่าผู้ร้องได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวม ก่อสร้างโครงการทางด่วน โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง กรณีต้องถือว่า ในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ ร้อง ผู้ร้องใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการ ทางด่วนซึ่งเกิดจากการ กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มี ผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจาก การกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้นหากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชนชอบที่ศาลชั้นต้นจะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 44 ดังนั้น คำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่บังคับตามคำชี้ขาดขอ ชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>189</sup>

**3. การนำข้อพิพาทซึ่งชี้ขาดเป็นที่สุดไปแล้วยื่นต่ออนุญาโตตุลาการคณะหลังเพื่อ พิจารณาอีกครั้ง** การนำข้อพิพาทที่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดไปแล้วโดยอนุญาโตตุลาการชุดก่อนซึ่งคำชี้ ขาดเป็นที่สุดและยังคงมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ในร่องขอต่ออนุญาโตตุลาการชุดหลังให้พิจารณาชี้ขาดซ้ำ อีก ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วย ประชาชนที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ กฎหมาย และถือได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดหลังขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอัน ดีของประชาชนที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งการปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11102/2551 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อนได้มีการ จัดส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงผู้ร้อง และผู้คัดค้านโดยชอบแล้ว ย่อมเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี ตาม พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 22 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 21 วรรคสี่กำหนดระยะเวลาที่ มาตรา 23 วรรคหนึ่ง กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำ พิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้น หมายถึงเฉพาะ กรณีที่มีคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดและจำเป็นที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับให้คู่กรณี ฝ่ายนั้นยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดเท่านั้น เมื่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดก่อนไม่เข้าเกณฑ์ที่ผู้

<sup>189</sup> Ibid. หน้า 4

คัดค้านจำเป็นจะต้องร้อง ขอให้ศาลบังคับให้ผู้ร้องยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด แม้ผู้คัดค้านมิได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมี คำพิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ชุดก่อนก็ยังมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ หากสิ้นผลบังคับไปไม่ ดังนั้น การนำข้อพิพาทที่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดไปแล้ว โดยอนุญาโตตุลาการชุดก่อนซึ่งคำชี้ขาดเป็นที่สุดและยังคงมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ไปชี้ร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการ ชุดหลังให้พิจารณาชี้ขาดซ้ำอีกย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดหลัง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ การที่อนุญาโตตุลาการชุดหลังได้รับคำเสนอข้อพิพาทของผู้ร้องไว้พิจารณาแล้วมีคำชี้ขาดใหม่ ฉบับลงวันที่ 3 ธันวาคม 2544 เป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 23 วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 อันเป็น กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีคำชี้ขาด เมื่อผู้ร้องยื่นคำร้องขอต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ให้มีคำพิพากษาตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดหลังในวันที่ 5 มิถุนายน 2545 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังวันที่ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีผลใช้บังคับแล้ว กรณีย่อมต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 44 แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ให้อำนาจศาลที่จะทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาด นั้นได้ถ้าปรากฏต่อศาลว่าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>190</sup>

#### 4. อนุญาโตตุลาการไม่ได้ชี้ขาดตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา หรือชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญา อนุญาโตตุลาการ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2560/2539 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 26 (4) ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาลเว้นแต่ผู้พิพากษาซึ่งได้สวนคดีนั้นมีความเห็นแย้งหรือได้รับรองว่ามีเหตุอันควรอุทธรณ์ได้ เมื่อปรากฏว่าผู้พิพากษาซึ่งได้สวนคดีให้คำรับรองแล้วว่ามีเหตุอันควรอุทธรณ์ได้ อุทธรณ์ของผู้คัดค้านจึงไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ เงื่อนไขการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นข้อกำหนดในสัญญาจ้างเหมาระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน ซึ่งกำหนดถึงเรื่องการตั้งอนุญาโตตุลาการด้วย อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา ดังนั้น การที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านจ่ายเงินร้อยละ 40 เป็นเงินเย็นโดยไม่ต้องคำนึงถึงการขึ้นหรือลงของ ค่าเงินเยนหรือบาทโดยเทียบได้ตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 196 วรรคสองโดยมิได้ให้วิศวกร ปรับปรุงอัตราแลกเปลี่ยนเงินตามข้อกำหนดจึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>190</sup> Ibid. หน้า 5

ที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทในคดีนี้ ศาลไม่อาจบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ตามพระราชบัญญัติ อนุญาตไต่ตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 24 วรรคแรกกำหนดระยะเวลาที่มาตรา 23 วรรคหนึ่ง กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาด ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้น หมายถึงเฉพาะ กรณีที่มีคู่กรณีฝ่ายใดไม่ ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดและจำเป็นที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับให้คู่กรณีฝ่ายนั้นยอมปฏิบัติตาม คำชี้ขาดเท่านั้น เมื่อคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการชุดก่อนไม่เข้าเกณฑ์ที่ผู้คัดค้านจำเป็นจะต้องร้อง ขอให้ศาลบังคับให้ผู้ร้องยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด แม้ผู้คัดค้านมิได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมี คำพิพากษาตามคำชี้ขาดภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งดังกล่าว คำชี้ขาด ของอนุญาตไต่ตุลาการ ชุดก่อนก็ยังมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ หากสิ้นผลบังคับไปไม่ ดังนั้น การนำข้อพิพาทที่ ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดไปแล้ว โดยอนุญาตไต่ตุลาการชุดก่อนซึ่งคำชี้ขาดเป็นที่สุดและยังคงมีผลผูกพัน คู่กรณีอยู่ไปชี้ร้องขอต่ออนุญาตไต่ตุลาการ ชุดหลังให้พิจารณาชี้ขาดซ้ำอีก ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วย กฎหมาย และถือได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการชุดหลัง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ การที่อนุญาตไต่ตุลาการ ชุดหลังได้รับคำเสนอข้อพิพาทของ<sup>191</sup>

### 5.การนำกฎหมายที่ยกเลิกไปแล้วมาใช้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8330/2550 ศาลชั้นต้นนำบทบัญญัติของกฎหมายที่ยกเลิก ไปแล้วมาใช้เป็นกรณีที่ได้แย้งว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>192</sup>

สำหรับตัวอย่างการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาตไต่ตุลาการในศาล ปกครองปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองในคดีโฮปเวลล์ที่ว่า

“เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2566 ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขดำที่ 107/2552, 2038/2551, 1379/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 366 - 368/2557 ระหว่าง กระทรวงคมนาคม ผู้ร้องที่ 1 การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ร้องที่ 2 กับ บริษัทโฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ คัดค้านคดีสืบเนื่องมาจากศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งที่ 81 - 83/2565 ประชุมใหญ่ ให้ศาลปกครอง

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid. หน้า 8

ขั้นต้นรับคำขอพิจารณาคดีใหม่ของผู้ร้องทั้งสองไว้พิจารณา และให้พิจารณาคำขอให้ศาลมีคำสั่งงดการบังคับคดีของผู้ร้องทั้งสองต่อไป

ศาลปกครองกลางเห็นว่า ผู้ร้องทั้งสองได้ทำสัญญา ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 กับผู้คัดค้าน ตามสัญญาสัมปทานระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานครและการใช้ประโยชน์จากที่ดินของผู้ร้องที่ 2 มีกำหนดเวลาสามสิบปีนับแต่สัญญามีผลบังคับ สัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ หลังจากการลงนามสัญญา ผู้ร้องทั้งสองเห็นว่าการก่อสร้างมีความล่าช้ามากไม่อาจแล้วเสร็จตามสัญญา ผู้ร้องทั้งสองจึงมีหนังสือลงวันที่ 27 มกราคม 2541 บอกลีกสัญญากับผู้คัดค้านโดยผู้คัดค้านได้รับหนังสือบอกลีกสัญญาเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2541 ซึ่งในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการต้องยื่นภายในอายุความตามกฎหมาย เมื่อสัญญาสัมปทานดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 การเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อคณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องเสนอภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุ แห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่ง พ.ร.บ. เดียวกัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้น และเมื่อผู้คัดค้านได้รับหนังสือบอกลีกสัญญาเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2541 ผู้คัดค้านจึงต้องเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในวันที่ 30 มกราคม 2542 แต่ผู้คัดค้านไม่ได้เสนอข้อพิพาทดังกล่าว ในระหว่างนั้นมีการตรา พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาใช้บังคับแทน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แต่ก็มีได้กำหนดเวลาในการเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเอาไว้ จึงต้องเป็นไปตามระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง การที่ผู้คัดค้านนำข้อพิพาทตามสัญญามายื่นต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ เป็นข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 119/2547 เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2547 จึงเกินกว่ากำหนดระยะเวลาหนึ่งปีตามมาตรา 51 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการพิจารณาข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 119/2547 ของคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการตรา พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2551 โดยมาตรา 4 บัญญัติให้ยกเลิกความในมาตรา 51 เดิม และบัญญัติให้การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายวิภาษบัญญัติที่มีผลใช้บังคับกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาทันที ทำให้ระยะเวลาการฟ้องคดีเปลี่ยนเป็นภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ส่งผลทำให้ระยะเวลาการยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานระหว่างผู้ร้องทั้งสองกับผู้คัดค้านขยายเป็นภายในห้าปี ซึ่งในการตีความปัญหาข้อกฎหมาย

และการปรับใช้ข้อกฎหมายเกี่ยวกับการนับระยะเวลาคดีนี้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ฉะนั้น จึงไม่อาจใช้วิธีการนับระยะเวลาตามระเบียบอื่นหรือแนวทางการตีความปัญหาข้อกฎหมายเพื่อวินิจฉัยคดีเป็นอย่างอื่นได้

ดังนั้น การที่ผู้คัดค้านได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญา เมื่อวันที่ 30 มกราคม 2541 จึงมีสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้อย่างช้าที่สุดภายในวันที่ 30 มกราคม 2546 แต่ผู้คัดค้านยื่นคำเสนอข้อพิพาท เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2547 จึงพ้นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการเสนอข้อพิพาทตามมาตรา 51 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไป 1 ปี 9 เดือนเศษ สิทธิเรียกร้องของผู้คัดค้านจึงขาดอายุความตามกฎหมาย และโดยที่ปัญหาเรื่องอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองสามารถยกขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาได้ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การที่คณะอนุญาโตตุลาการรับข้อพิพาทที่ผู้คัดค้านยื่นพื้นเวลาไว้พิจารณา และมีคำชี้ขาดข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 64/2551 ลงวันที่ 30 กันยายน 2551 จึงเป็นกรณีที่มีการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนและปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) และมาตรา 44 แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ทั้งนี้ กรณีของผู้ร้องทั้งสองรู้ถึงเหตุแห่งการเสนอข้อพิพาทตั้งแต่วันที่ 27 มกราคม 2541 ซึ่งเป็นวันที่มีหนังสือบอกเลิกสัญญา และครบกำหนดห้าปีในวันที่ 27 มกราคม 2546 การที่ได้ยื่นข้อเรียกร้องแย้งต่อคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2548 ขอให้มีคำชี้ขาดและบังคับให้ผู้คัดค้านชำระค่าเสียหายตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 44/2550 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 70/2551 จึงเป็นการยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาตามกฎหมายดังกล่าวที่ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

ศาลปกครองกลางจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 119/2547 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 64/2551 ลงวันที่ 30 กันยายน 2551 ทั้งหมด และเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 44/2550 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 70/2551 ลงวันที่ 15 ตุลาคม 2551 ทั้งหมด และมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 119/2547 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 64/2551 ลงวันที่ 30 กันยายน 2551 กับให้คำสั่งศาลที่ให้การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาล

ปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 221 - 223/2562 ไว้ในระหว่างพิจารณาคดีใหม่มีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือจนกว่าศาลปกครองสูงสุดจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น”<sup>193</sup>

จะเห็นได้ว่าในคดี โฮปเวลล์ นั้นปรากฏกรณีที่น่าสนใจว่า มิใช่ทุกคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จะมีผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องบังคับตามคำชี้ขาด กล่าวคือ หากปรากฏกรณีที่บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว ศาลไทยสามารถเพิกถอนเพิกถอนและปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้นั้นเอง ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปมีอยู่ว่าในกรณีที่มีการกล่าวอ้างซึ่งสิ่งที่เป็นหลักสำคัญแห่งนิติธรรมอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยโดยแท้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนแล้ว และอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้รับคดีดังกล่าวเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณาโดยมิได้ปฏิเสธในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และนำไปสู่การทำคำชี้ขาดในท้ายที่สุด คำชี้ขาดดังกล่าวนั้นศาลไทยจะปฏิเสธการบังคับได้หรือไม่

การพิจารณาในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องเริ่มต้นศึกษาจากอนุสัญญานิวยอร์ก (อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 หรือ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) ซึ่งเป็นหนึ่งในอนุสัญญาสำคัญว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่มีใจความสำคัญว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไม่ว่าจะได้กระทำ ณ ที่ใด ประเทศที่เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาจะต้องยอมรับนับถือ (Recognition) และทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่จะได้มีการกำหนดข้อสงวนไว้ตามอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งตาม มาตรา v แห่งอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดข้อยกเว้นของการไม่ต้องบังคับตามคำชี้ขาด โดยการกำหนดให้องค์กรของรัฐ (ซึ่งโดยทั่วไปคือศาลภายใน) ที่มีอำนาจบังคับคำชี้ขาดสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้ว่าเกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีที่มาจากคณะอนุญาโตตุลาการที่มีขอบอำนาจหรือไม่ คำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอน (set aside หรือ annul) โดยศาลของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือไม่ ข้อพิพาทดังกล่าวถูกระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (arbitrability) และการบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชน (public policy) หรือไม่ โดยหากมิใช่กรณีตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา V รัฐภาคีจะต้องบังคับตามคำชี้ขาด อันจะเห็นได้ว่ามิใช่ทุกกรณีที่ศาลของประเทศตามอนุสัญญาจะต้องบังคับตามคำชี้ขาด สำหรับประเทศ

<sup>193</sup> สำนักงานศาลปกครอง, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 4 November 2023. แหล่งที่มา:

[https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/08hotsuit\\_detail.php?ids=24886](https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/08hotsuit_detail.php?ids=24886)

ไทยนั้นได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญานิววยอร์ก 1958 (New York Convention 1958) เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ.1959 อันเป็นผลให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ สามารถนำมาขอบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศไทยได้ ปรากฏตามที่ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 41 – 44 ดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้นของหัวข้อนั่นเอง ฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากอนุสัญญานิววยอร์ก ประกอบกับ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วจะพบว่ามิใช่ทุกรณีที่ศาลของรัฐภาคีตามอนุสัญญามีหน้าที่ที่จะต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เฉพาะคำชี้ขาดที่สอดคล้องกับอนุสัญญานิววยอร์ก และ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้นที่ศาลไทยจะต้องบังคับตามเท่านั้น ส่งผลให้ ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว หากการลงทุนดังกล่าวได้กระทบต่อหลักสำคัญแห่งนิติธรรมอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยโดยแท้ และแม้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้รับคดีดังกล่าวเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณาโดยมิได้ปฏิเสธในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยยังคงมีอำนาจในการปฏิเสธการบังคับได้หากการบังคับดังกล่าวนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั่นเอง<sup>194</sup> โดยผู้เขียนเห็นเพิ่มเติมว่าโดยละเอียดว่าศาลไทยควรพิจารณารายละเอียดอีกสักกรอบหนึ่งก่อนว่าการลงทุนดังกล่าวเป็นการลงทุนที่ผิดกฎหมายถึงขั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ เพราะมิใช่การลงทุนทุกการลงทุนที่จะมีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย เช่น การขออนุญาตบางประการ แต่หากเนื้อหาของการลงทุนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เช่น การกระทำที่ไม่โปร่งใสแล้ว กรณีข้างต้นนี้แม้จะเกิดข้อผิดพลาดบางประการส่งผลให้อนุญาโตตุลาการรับไว้ในชั้นของการพิจารณาโดยมิได้ปฏิเสธในชั้นขออำนาจอนุญาโตตุลาการ หรือในชั้นของการไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณา ศาลไทยยังคงมีอำนาจที่จะปฏิเสธการบังคับได้ตามหลักการที่ปรากฏใน พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 รวมถึง อนุสัญญานิววยอร์ก นั้นเอง

194 "ศาลมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้หรือไม่?", [Online] Accessed: 5 November 2023. Available from: <https://thac.or.th/th/re-article18-court-revoke-arbitration/>

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

แม้ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ปรากฏมากนักในประเทศไทย แต่เมื่อศึกษาถึงการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนในคดีโฮปเวลล์จะเห็นว่าการศึกษาถึงคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นเรื่องที่สำคัญและมีใช่สิ่งที่อยู่ไกลตัวแต่อย่างใด และโอกาสที่ประเทศไทยจะต้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในกรณีดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่อีกมาก ดังนั้น การเตรียมความพร้อมของประเทศไทยในการรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าวที่เกิดขึ้นจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยในการเตรียมความพร้อมดังกล่าวนี้ คงไม่มีสิ่งใดเหมาะสมไปกว่าการเรียนรู้จากอดีตและปัจจุบัน จากการสร้างความรู้และความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการยกข้อต่อสู้ของรัฐในประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อที่พร้อมจะรับมือกับสถานการณ์การลงทุนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยหาต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้นเสียก่อนไม่แต่อย่างใด

ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นหนึ่งในข้อต่อสู้หลักของรัฐที่ยกขึ้นเพื่อปฏิเสธขออำนาจอำนาจอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากหากพิสูจนได้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาทแล้วก็จะจำเป็นต้องพิจารณาในส่วนของเนื้อหาของคดีต่อไปไม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณา คือ เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนมีการยกประเด็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติขึ้นเพื่อปฏิเสธขออำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการกลับมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวอย่างไม่สม่ำเสมอ(inconsistency) โดยสามารถแบ่งออกได้เป็นสามกรณี คือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) และ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นมูลแห่งข้อพิพาท (merits) ดังนี้

กรณีแรก คือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) ซึ่งแนวบรรทัดฐานทั่วไปว่าเมื่อนักลงทุน



ต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศควรจะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนดังกล่าวในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุที่ว่ากระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยินยอมในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และกระทบต่อการเคารพความซื่อสัตย์และไว้วางใจกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งเป็นความจำเป็นในการป้องกันไม่ให้ผู้เรียกร้องแสวงหาผลกำไรจากการกระทำผิดของตนเอง นอกจากนี้ยังเพื่อรักษาความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายอีกด้วย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศโดยส่วนมากจึงมักตัดสินไปในแนวทางที่ว่า เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการลงทุนที่ขอด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจมาในลักษณะของถ้อยคำของบทนิยามการลงทุน หรือ บทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน หากนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว การลงทุนดังกล่าวจะไม่ใช้การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญาส่งผลให้ นักลงทุนต่างชาติไม่อาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขออำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวปรากฏชัดในคดี Fraport V. Republic of the Philippines คดี Inceysa V.Republic of El Salvador และ คดี Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan

กรณีที่สอง คือ การปฏิเสธความคุ้มครองการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนโดยการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) ซึ่งการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา (admissibility) นั้น เป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาถึงความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของข้อพิพาท ซึ่งจะแตกต่างกับการปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาแต่เฉพาะประเด็นเรื่อง ของอำนาจของอนุญาโตตุลาการเหนือข้อพิพาทเท่านั้นว่าอนุญาโตตุลาการมีขออำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่ เท่านั้น ฉะนั้น แม้ว่าอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าตนมีขออำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว แต่หากลักษณะของข้อพิพาทมีความบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ เปรียบเสมือนกลไกในการคัดกรองข้อพิพาทของนักลงทุนอีกชั้นหนึ่ง (filtering mechanism to screen investor claims) ซึ่งแม้ว่าโดยผลลัพธ์แห่งคดี ไม่ว่าจะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่าง

ประเทศจะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เพราะเหตุแห่งขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) หรือ เป็นกรณีที่ไม่รับข้อพิพาทไว้พิจารณาเนื่องจากข้อพิพาทมีความไม่เหมาะสม (admissibility) จะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน คือ ข้อพิพาทจะไม่เข้าสู่ชั้นของการพิจารณาเนื้อหาของคดี(merit) ก็ตาม แต่ถึงกระนั้น ปราบกฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งที่เห็นว่าในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนควรเป็นประเด็นในส่วนของ การใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility) เพราะเหตุแห่งความบกพร่อง หรือ ความไม่เหมาะสมของเนื้อหามากกว่าจะเป็นประเด็นเรื่องขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ ปราบกฏในคดี World duty free vs Kenya และ คดี Plama v Bulgaria

กรณีที่ สาม การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติกับการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาในชั้นของมูลแห่งข้อพิพาท (merits) โดยหลักแล้วการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนไม่สมควรเข้าสู่การพิจารณาในชั้นของมูลแห่งข้อพิพาท ไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ(Jurisdiction) หรือเพราะความไม่เหมาะสมสมควรของข้อพิพาท(admissibility) ทั้งนี้เพราะเป็นขัดกับหลักสุจริตซึ่งเป็นสิ่งที่คนทั่วไปจะต้องปฏิบัติต่อกัน อีกทั้งขัดกับหลักมือสะอาด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วบุคคลซึ่งกระทำผิดไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ตนเองมีส่วนผิด และที่สำคัญเป็นการขัดต่อความยินยอมของคู่สัญญาซึ่งเป็นรากฐานสำคัญในการนำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ปราบกฏคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งซึ่ง แม้นักลงทุนต่างชาติจะได้กระทำการบางประการอันขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว แต่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศก็ไม่ได้ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด อีกทั้งยังรับคดีเข้าสู่ชั้นพิจารณาต่อไปอีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น คดี Tokios Tokeles v. Ukraine คดี Hamester v. Ghana คดี Gavrilovic v Croatia คดี Mamidoli vs Albania คดี Kardassopoulos v Georgia

ความไม่สม่ำเสมอ(inconsistency) ของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปแล้วย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐเนื่องจากการสร้างความไม่แน่นอนแก่รัฐในการยกข้อต่อสู้เป็นอย่างมากซึ่งอาจนำมาซึ่งความค่าใช้จ่ายที่สูงมากขึ้นไม่ว่าในส่วนของค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับคดี หรือ ค่าชดเชยซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนอาจต้องเสียไปแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งนอกจากความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว ความไม่สม่ำเสมอดังกล่าวยัง

อาจต่อหลักการพื้นฐานในทางนิติศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นหลักความยินยอม หลักสุจริต หรือหลักมือสะอาดซึ่งโดยทั่วไปบุคคลที่กระทำความผิดไม่อาจได้รับประโยชน์จากการกระทำของตนได้ การศึกษาถึงปัญหาความสม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงวิเคราะห์แนวทางการทำคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่ช่วยอธิบายและส่งเสริมหลักการทางกฎหมายต่อไป

จากการศึกษาพบว่าปัจจัยที่มีผลต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมี 5 ประการดังนี้คือ

ประการแรก ข้อกำหนดทางกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภทย่อยคือ ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง และ ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัย สามารถอธิบายได้ดังนี้

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง คือ ข้อกำหนดทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปของข้อบทในสนธิสัญญา หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจปรากฏในรูปของ บทนิยามของการลงทุน หรือ บทส่งเสริม การรับ และ การคุ้มครองการลงทุน โดยจากการวิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วจะพบว่า ในกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ และนักลงทุนต่างชาติได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยส่วนมากมีแนวโน้มที่จะตัดสินไปในแนวทางที่ว่าการลงทุนดังกล่าวนั้นเป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมิใช่การลงทุนที่ได้รับการยอมรับตามสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติจึงไม่มีสิทธินำคดีเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีชอบอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว

ข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัย เป็น กรณีที่สนธิสัญญามีได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการจึงหยิบยกหลักกฎหมายบางประการขึ้นเพื่อปฏิเสธการคุ้มครองการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสิ่งที่อนุญาโตตุลาการนิยมนำมาใช้เป็นฐานในการอ้างข้อกำหนดโดยนัย คือ การอ้างวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของสนธิสัญญาที่มุ่งคุ้มครองแต่เฉพาะการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น รวมถึงการอ้างหลักกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศบางประการ เช่น หลักสุจริต หลักมาศาลด้วยมือสะอาด หรือ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ซึ่งล้วนแต่มุ่งคุ้มครองเฉพาะแต่การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแทบทั้งสิ้น

เมื่อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐ เรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว จะพบว่าในกรณีที่สนธิสัญญามีได้มีการกำหนดข้อกำหนดทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ มิได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะหยิบยกข้อกำหนดทางกฎหมายโดยนัยมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติ แต่ด้วยเหตุที่สนธิสัญญามีได้กำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า ข้อพิพาทดังกล่าวยังคงเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นด้วยเหตุที่ข้อพิพาทตั้งอยู่บนฐานของการกระทำที่ไม่ชอบกฎหมายจึงเป็นข้อพิพาทที่มีความบกพร่องไม่เหมาะสมที่รับไว้ในชั้นพิจารณา (admissibility)

ประการที่สอง เนื้อหาและความรุนแรง ในกรณีที่การกระทำผิดนักลงทุนต่างชาติมีความเนื้อหาและความรุนแรงได้สัดส่วนเมื่อชั่งน้ำหนัก ระหว่างความร้ายแรงของการกระทำผิดความผิดกับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการมาใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยไปในลักษณะที่ว่า การลงทุนดังกล่าวนั้นเป็นการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยสนธิสัญญา ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติมีอาจหยิบยกสิทธิตามสนธิสัญญาในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงไม่มีขอบอำนาจ (Jurisdiction) เหนือข้อพิพาทดังกล่าว แต่ในกรณีที่การกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นแต่เพียงข้อผิดพลาดเล็กน้อย อนุญาโตตุลาการการลงทุนยังคงมีขอบอำนาจดังกล่าวและคดีจะเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาทต่อไป (merits)

ประการที่สาม ช่วงเวลาในการกระทำผิด คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้นำปัจจัยว่าด้วยช่วงเวลาในการกระทำผิดมาใช้เป็นเกณฑ์ในการปฏิเสธหรือให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนต่างชาติในลักษณะที่ว่า เฉพาะแต่การกระทำผิดที่เกิดขึ้นก่อนการจัดตั้งการลงทุนเท่านั้นที่คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ การกระทำผิดที่เกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้งการลงทุนจะถูกนำไปใช้ในชั้นของการพิจารณา (merit) ต่อไป

ประการที่สี่ ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนผิดในการลงทุนไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนรู้เห็นในการกระทำผิด รัฐผู้รับการลงทุนเคยยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมาย

นั้นมาก่อน หรือเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนเพิกเฉยกับการกระทำความผิดกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะตัดสินไปในแนวทางที่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีอาจยกอ้างการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของนักลงทุนขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการ หรือ ในชั้นของการการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ และคดีจะเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท (merits) ต่อไป

ประการที่ ห้า กรณีอื่นๆ นอกจาก ปัจจัยทั้งสี่ที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว เมื่อพิจารณาแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วปรากฏกรณีที่ไม่สามารถนำมาจำแนกหมวดหมู่ดังเช่นกรณีทั้งสี่ปัจจัยดังกล่าวได้ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีย่อยคือ การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้ทำให้การลงทุนเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น และ รัฐไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติได้

เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยที่มีผลต่อความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว สามารถกำหนดแนวทางของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวโดยเรียงลำดับปัจจัยอันเปรียบเสมือนการเดินทางเพื่อปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ 5 ขั้นตอนดังต่อไปนี้

ข้อกำหนดทางกฎหมาย เป็นสิ่งแรกที่ อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศได้ใช้ในการนำมาพิจารณาเพื่อปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน กล่าวคือ ในเบื้องต้นอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะต้องเริ่มต้นพิจารณาว่าสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับหรือไม่ หากสนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดข้อบทดังกล่าวแล้ว อนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปประกอบไม่ว่าจะเป็น ช่วงเวลาในการกระทำผิด เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน และกรณีอื่นๆ แต่หากเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนมิได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะแล้วหาจำเป็นที่จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ต่อไม่การเดินทางเพื่อปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนที่ไม่ชอบด้วย

กฎหมายในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตของอนุญาโตตุลาการจะจบลงทันที เนื่องจากคดีจะเข้าสู่ในชั้นของการใช้ดุลพินิจในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณา(admissibility)

#### ขั้นตอนที่สอง พิจารณาช่วงเวลาในการกระทำความผิด

หากการกระทำผิดกฎหมายของการลงทุนเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการจัดตั้งการลงทุน อนุญาโตตุลาการการลงทุนจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ต่อไปเช่น เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน และกรณีอื่นๆ แต่หากเป็นกรณีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นภายหลังการจัดตั้งการลงทุนแล้วคดีจะเข้าสู่ในชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท การเดินทางเพื่อปฏิเสธขอบอำนาจอนุญาตของอนุญาโตตุลาการจะหยุดลงเท่านั้น

#### ขั้นตอนที่สาม พิจารณาเนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ

การนำปัจจัยว่าด้วยเนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำความผิดมาใช้เป็นเกณฑ์ในการชี้วัดถึงปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยไปแล้วหากการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติเป็นการกระทำที่มีเนื้อหาและความรุนแรงได้สัดส่วนเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของการกระทำความผิด กับ ผลกระทบที่นักลงทุนจะได้รับจากการปฏิเสธขอบอำนาจอนุญาตของอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันได้แก่ การละเมิดกฎหมายพื้นฐานสำคัญของรัฐ การละเมิดกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะรวมถึงการกระทำที่เกี่ยวกับโครงสร้างหรือระบบการลงทุน หรือการกระทำที่เป็นการทุจริต อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ต่อ ไม่ว่าจะเป็นความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน หรือ กรณี อื่นๆ แต่หากการกระทำความผิดของนักลงทุนต่างชาติเป็นแต่เพียงการเพียงความผิดปกติ (irregularity) หรือ ข้อผิดพลาดเล็กน้อย (minor error) การเดินทางเพื่อปฏิเสธความคุ้มครองในชั้นของขอบอำนาจอนุญาตของอนุญาโตตุลาการจะยุติลงเท่านั้นกล่าวคือข้อพิพาทจะเข้าสู่การพิจารณาในชั้นของมูลแห่งข้อพิพาท(merits) ต่อไป

#### ขั้นตอนที่สี่ พิจารณาความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน

ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด รัฐผู้รับการลงทุนเคยยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน หรือเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนเพิกเฉยกับการกระทำความผิดกฎหมายคดีจะเข้าสู่ชั้นของการพิจารณามูลแห่งข้อพิพาท(merits) แต่ในกรณีที่ไม่ปรากฏความผิดของรัฐจะต้องพิจารณาปัจจัยข้อยกเว้นอื่นๆ ต่อไป

#### ขั้นตอนที่ห้า พิจารณาข้อยกเว้นอื่นๆ

นอกจากการพิจารณาปัจจัยทั้งสิ้น คือ ข้อกำหนดทางกฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำผิด เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ และความผิดของรัฐผู้รับการลงทุนตามลำดับแล้ว การพิจารณาถึงการปฏิเสธการคุ้มครองแก่การลงทุนในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการ ยังต้องพิจารณาข้อยกเว้นสองประการซึ่งไม่สามารถจัดกลุ่มได้อีก กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่า เป็นกรณีที่การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้ทำให้การลงทุนเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มต้น และการที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำผิดกฎหมายได้นั่นเอง

ท้ายที่สุดนี้เมื่อผ่านการกลั่นกรองจากปัจจัยห้าประการแล้วคดีจะถูกปฏิเสธในชั้นขออำนาจอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศนั่นเอง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ความเข้าใจที่ว่า การลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศควรจะปฏิเสธความคุ้มครองจะเป็นสิ่งที่ชอบด้วยหลักการ แต่ถึงกระนั้นในทางกระบวนการพิจารณาไม่ใช่เรื่องง่ายที่รัฐผู้รับการลงทุนจะสามารถยกอ้างการลงทุนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากในการวินิจฉัยประเด็นข้อต่อสู้ดังกล่าวนั้นจะต้องอาศัยปัจจัยอื่นๆ ขึ้นพิจารณาประกอบด้วยไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดทางกฎหมาย ช่วงเวลาในการกระทำผิด เนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำ ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงกรณีอื่นๆ อีก ฉะนั้นรัฐผู้รับการลงทุนควรเตรียมพร้อมรับมือในการรับมือป้องกันมิให้เกิดปัญหาที่ตามมาภายหลัง โดยเริ่มต้นตั้งแต่ในชั้นของการจัดทำสนธิสัญญา เช่น การกำหนดข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ มิเช่นนั้นแล้วย่อมก่อให้เกิดปัญหาในภายหลังได้นั่นเอง ในส่วนของนักลงทุนต่างชาตินั้นการศึกษาถึงปัญหาความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเด็นว่าด้วยข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติอันขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติในการตระหนักถึงความสำคัญการปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับทุน และมีส่วนในการวางกลยุทธ์การลงทุนโดยคำนึงถึงความเสี่ยงต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น ท้ายที่สุดการกำหนดแนวทางในการจัดการกับข้อพิพาทที่มีความสมเหตุสมผลและเป็นระบบย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายไม่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติที่จะได้ทราบผลของการกระทำของตนอันเป็นการประกันถึงความมั่นคงแน่นอนของนิติฐานะนั่นเอง นอกจากนี้ภายหลังที่ได้ศึกษาวิจัยเกี่ยวกับข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนแล้วผู้เขียนพบประเด็นที่มีความน่าสนใจและอาจสามารถนำไปศึกษาต่อยอดได้ดังนี้

### ประการแรก ความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดในทางปฏิบัติ

แม้แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศในประเด็นข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการกระทำของนักลงทุนต่างชาติจะถูกทำให้มีความสม่ำเสมออย่างเป็นระบบผ่านแนวทางการพิจารณาที่ถูกกำหนดขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศแล้วก็ตาม แต่ปัญหาประการสำคัญต่อมา คือ ความไม่สม่ำเสมอของคำชี้ขาดในทางปฏิบัติ อันเป็นปัญหาที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศคือจะต้องมีการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัวในกระบวนการพิจารณา ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติคือ คดีเรื่องเดียวกันและฟ้องในศาลเดียวกันเพียงแต่ต่างคราวกัน แต่กลับมีคำชี้ขาดไปในแนวทางที่แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นในเบื้องต้นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการ เข้ามีบทบาทในการแก้ไขปรับปรุงโดยการทำระบบข้อเท็จจริงภายในให้เป็นที่รู้จักกันในสถาบันอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือมิได้มีการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ แต่เป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นคลังข้อมูลในสถาบันเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการในคดีหลังสามารถค้นหาข้อมูลได้นั่นเอง แต่นั่นอาจต้องแลกกับการเปิดเผยความลับบางส่วนซึ่งจะต้องนำทั้งสิ่งมาชั่งน้ำหนักกันเพื่อให้เกิดความสมดุลตามสิ่งที่มุ่งหมายต้องการซึ่งในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวนี้เพื่อไม่ให้เป็นการกระทบต่อหลักการในการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัวมากเกินไปอาจใช้วิธีการในการใช้ชื่อคู่ความโดยย่อ หรือ ปกปิดข้อมูลสำคัญแสดงแต่เฉพาะข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่านั้น หรืออาจจะต้องนำหลักการในการตรวจสอบสำนวนของศาลเข้าใช้บังคับเฉพาะกรณีชี้ขาดขัดกับหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างมีนัยสำคัญ เพื่อให้คำชี้ขาดในเรื่องเดียวกันควรจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันนั่นเอง อย่างไรก็ตามปัญหาที่อาจเกิดขึ้นต่อมาได้คือความไม่สม่ำเสมอที่เกิดขึ้นจากการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการบางสถาบันให้ความเห็นชอบให้เปิดเผยข้อมูล แต่บางสถาบันไม่เห็นชอบให้เปิดเผยข้อมูลซึ่งเป็นประเด็นที่น่าจะศึกษาต่อยอดต่อไป

### ประการที่สอง ความผิดของรัฐผู้รับการลงทุน

มีประเด็นที่น่าสนใจว่าแม้ว่าโดยทั่วไปแล้วเมื่อนักลงทุนต่างชาติมีความผิดอันเกี่ยวกับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนร่วมรู้เห็นในการกระทำความผิด รัฐผู้รับการลงทุนเคยยินดีที่จะแก้ไขสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นมาก่อน หรือรัฐผู้รับการลงทุนเพิกเฉยกับการกระทำความผิดกฎหมาย อันจะมีผลเป็นการห้ามมิให้รัฐผู้รับการลงทุนยกการกระทำของนักลงทุนต่างชาติขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อร้องขอมิให้อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศปฏิเสธในชั้นของขอบอำนาจ



อนุญาตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นหากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่า การกระทำที่ไม่โปร่งใสโดยการให้สินบนก็มีลักษณะเป็นการกระทำที่รัฐผู้รับการลงทุนมีส่วนผิดด้วยเนื่องจากเป็นผู้รับสินบน แต่เหตุใดคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจึงยังคงปฏิเสธการคุ้มครองในชั้นของขออำนาจอนุญาโตตุลาการอยู่ สิ่งใดคือจุดตัดระหว่างสองเขตแดนดังกล่าวกันแน่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในเบื้องต้นว่าอาจจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาและความรุนแรงของการกระทำทำความผิดของรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่อาจศึกษาต่อยอดต่อไป



## บรรณานุกรม

- Abaclat and Others (Formerly Giovanna A. Beccara and Others) V. Argentine Republic, Icsid Case No. Arb/07/5. [Online]. 14 september 2006. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-abaclat-and-others-formerly-giovanna-a-beccara-and-others-v-argentine-republic-consent-award-under-icsid-arbitration-rule-43-2-thursday-29th-december-2016> [2 October 2023].
- Agreement between the Federal Kingdom of Morocco and the Government of the Italian Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 1990. [Online]. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2102/italy---morocco-bit-1990-> [2 October 2023].
- Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. [Online]. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/84d99f50-c143-45ee-884a-738969ab8ddb> [1 October 2023].
- Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1991. [Online]. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-agreement-between-the-government-of-the-hellenic-republic-and-the-government-of-the-republic-of-albania-for-the-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investments-albania-greece-bit-1991-thursday-1st-august-1991> [2 October 2023].
- Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 1994. [Online]. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-agreement-between-the-government-of-the-hellenic-republic-and-the-government-of-the-republic-of-georgia-on-the-promotion-and-reciprocal-protection-of-investments-georgia-greece-bit-1994-wednesday-9th-november-1994> [2 October 2023].

Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of Ukraine for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments.

[Online]. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/33e61250-ff2c-4392-ba82-7d514fda51ed> [2 October 2023].

Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of

Investments. [Online]. Available from:

<https://edit.wti.org/document/show/3935ddfe-45f3-4127-ae40-4b859dd5983c> [1 October 2023].

Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador on the

Reciprocal Promotion and Protection of Investments. [Online]. 1995. Available

from: <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-agreement-between-the-kingdom-of-spain-and-the-republic-of-el-salvador-on-the-reciprocal-promotion-and-protection-of-investments-spain-el-salvador-bit-1995-tuesday-14th-february-1995> [1 October 2023].

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the

Promotion and the Protection of Investments 1997. [Online]. Available from:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/236/austria---croatia-bit-1997-> [2 October 2023].

Agreement between the Republic of Bolivia and the Republic of Chile for the

Promotion and Reciprocal Protection of Investments. [Online]. Available

from: <https://edit.wti.org/document/show/cc4897f5-db7a-483d-ba8d-4950ea8d91ab> [2 October 2023].

Caline Mouawad and Jessica Beess und Chrostin. The Illegality Objection in Investor-State Arbitration Arbitration International 37, 1 (04 January 2021 2021).

Convial Callao S.A. And Cci - Compañía De Concesiones De Infraestructura S.A. V.

Republic of Peru, Icsid Case No. Arb/10/2. [Online]. 2 february 2010. Available

from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/es-convial-callao-s-a-y-cci-compania-de-concesiones-de-infraestructura-s-a-c-republica-de-peru-decision-sobre-solicitud-de-medidas-provisionales-tuesday-22nd-february-2011> [2

October 2023].

Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide V. Republic of the Philippines (Ii), Icsid

Case No. Arb/11/12. [Online]. 30 Mar 2011. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-fraport-ag-frankfurt-airport-services-worldwide-v-republic-of-the-philippines-ii-award-wednesday-10th-december-2014> [1 October 2023].

Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. V. Republic of Croatia, Icsid Case No. Arb/12/39.

[Online]. 21 December 2012. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-georg-gavrilovic-and-gavrilovic-d-o-o-v-republic-of-croatia-award-wednesday-25th-july-2018> [2 October 2023].

Glencore International A.G. And C.I. Prodeco S.A. V. Republic of Colombia, Icsid Case

No. Arb/16/6. [Online]. 3 March 2016. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-glencore-international-a-g-and-c-i-prodeco-s-a-v-republic-of-colombia-decision-on-annulment-wednesday-22nd-september-2021> [2 October 2023].

Gustav F W Hamester Gmbh & Co Kg V. Republic of Ghana, Icsid Case No. Arb/07/24.

[Online]. 24 September 2007. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-gustav-f-w-hamester-gmbh-co-kg-v-republic-of-ghana-award-friday-18th-june-2010> [1 October 2023].

Inceysa Vallisoletana S.L. V. Republic of El Salvador, Icsid Case No. Arb/03/26. [Online].

21 July 2003. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-inceysa-vallisoletana-s-l-v-republic-of-el-salvador-award-wednesday-2nd-august-2006> [1 October 2023].

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services Gmbh and Others V. Ukraine, Icsid Case No.

Arb/08/8. [Online]. 28 May 2008. Available from:

<https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-inmaris-perestroika-sailing-maritime-services-gmbh-and-others-v-ukraine-decision-on-jurisdiction-monday-8th-march-2010> [2 October 2023].

Ioannis Kardassopoulos V. The Republic of Georgia, Icsid Case No. Arb/05/18. [Online].

2 Aug 2005. Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ioannis-kardassopoulos-v-georgia-decision-on-jurisdiction-friday-6th-july-2007> [2 October 2023].

Jurisdiction and Admissibility in Dispute Resolution Clauses. [Online]. Available from:

<https://www.ibanet.org/article/57470714-a3f7-4db9-9dab-69dfbcb156c9> [4

October 2023.

Khachvani David. Legality of Investment [Online]. Available from:

<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-legality-of-investment> [30

November 2023.

Liman Caspian Oil Bv and Ncl Dutch Investment Bv V. Republic of Kazakhstan, Icsid

Case No. Arb/07/14. [Online]. 18 June 2007. Available from:

[https://jusmundi.com/en/document/decision/en-liman-caspian-oil-bv-and-ncl-](https://jusmundi.com/en/document/decision/en-liman-caspian-oil-bv-and-ncl-dutch-investment-bv-v-republic-of-kazakhstan-award-tuesday-22nd-june-2010)

[dutch-investment-bv-v-republic-of-kazakhstan-award-tuesday-22nd-june-2010](https://jusmundi.com/en/document/decision/en-liman-caspian-oil-bv-and-ncl-dutch-investment-bv-v-republic-of-kazakhstan-award-tuesday-22nd-june-2010) [2

October 2023.

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. V. Republic of Albania,

Icsid Case No. Arb/11/24. [Online]. 8 July 2011. Available from:

[https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-mamidoil-jetoil-greek-](https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-mamidoil-jetoil-greek-petroleum-products-societe-anonyme-s-a-v-republic-of-albania-award-monday-30th-march-2015)

[petroleum-products-societe-anonyme-s-a-v-republic-of-albania-award-monday-](https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-mamidoil-jetoil-greek-petroleum-products-societe-anonyme-s-a-v-republic-of-albania-award-monday-30th-march-2015)

[30th-march-2015](https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-mamidoil-jetoil-greek-petroleum-products-societe-anonyme-s-a-v-republic-of-albania-award-monday-30th-march-2015) [2 October 2023.

Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan, Icsid Case No. Arb/10/3. [Online]. 14

February 2010. Available from:

[https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-metal-tech-ltd-v-republic-of-](https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-award-friday-4th-october-2013)

[uzbekistan-award-friday-4th-october-2013](https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-award-friday-4th-october-2013) [1 October 2023.

Paolo Busco. The Defence of Illegality in International Investment Arbitration: A Hybrid

Model to Address Criminal Conduct by the Investor, at the Crossroads between

the Culpability Standard of Criminal Law and the Separability Doctrine of

International Commercial Arbitration UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE

20 Dec 2021.

Plama Consortium Limited V. Republic of Bulgaria, Icsid Case No. Arb/03/24. [Online].

24 December 2002. Available from:

[https://jusmundi.com/en/document/decision/en-plama-consortium-limited-v-](https://jusmundi.com/en/document/decision/en-plama-consortium-limited-v-republic-of-bulgaria-award-wednesday-27th-august-2008)

[republic-of-bulgaria-award-wednesday-27th-august-2008](https://jusmundi.com/en/document/decision/en-plama-consortium-limited-v-republic-of-bulgaria-award-wednesday-27th-august-2008) [1 October 2023.

Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No.

Arb/06/2. [Online]. 6 february 2006. Available from:

<https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-quiborax-s-a-non-metallic-minerals-s-a-v-plurinational-state-of-bolivia-award-wednesday-16th-september-2015> [2 October 2023].

Rusoro Mining Ltd. V. Bolivarian Republic of Venezuela, Icsid Case No. Arb(Af)/12/5.

[Online]. 14 August 2012. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/other/en-rusoro-mining-ltd-v-bolivarian-republic-of-venezuela-press-release-of-rusoro-mining-ltd-on-the-proceedings-to-enforce-arbitration-award-thursday-10th-august-2023> [2 October 2023].

Salini Costruttori S.P.A. And Italstrade S.P.A. V. Kingdom of Morocco, Icsid Case No.

Arb/00/4. [Online]. 1 May 2000. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001> [2 October 2023].

Thomas Gosling and Others V. Republic of Mauritius, Icsid Case No. Arb/16/32. [Online].

23 september 2016. Available from:

<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-thomas-gosling-property-partnerships-development-managers-uk-property-partnerships-developments-mauritius-ltd-property-partnerships-holdings-mauritius-ltd-and-tg-investments-ltd-v-republic-of-mauritius-none-currently-available-tuesday-27th-september-2016> [2 October 2023].

Tokios Tokelés V. Ukraine Icsid Case No. Arb/02/18. [Online]. 14 august 2002.

Available from: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-tokios-tokeles-v-ukraine-decision-on-jurisdiction-thursday-29th-april-2004> [1 October 2023].

Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana

Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments.

[Online]. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-germany-ghana-bit-1995-germany-ghana-bit-1995-friday-24th-february-1995> [2

October 2023].

October 2023.

Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany

Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments.

[Online]. Available from: <https://edit.wti.org/document/show/2a37ab33-b394->

[4369-a657-efb213bad159](https://thac.or.th/th/%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%A5%E0%B8%9B%E0%B8%8F%E0%B8%B4%E0%B9%80%E0%B8%AA%E0%B8%98%E0%B8%88%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B8%B8%E0%B8%8D%E0%B8%B2/) [4 October 2023].

Ursula Kriebaum. Investment Arbitration. *kluer arbitration* (2010).

*World Duty Free Company V. Republic of Kenya*, Icsid Case No. Arb/00/7. [Online]. 16 June 2000. Available from: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-world-duty-free-company-v-republic-of-kenya-award-wednesday-4th-october-2006> [1 October 2023].

Zachary Douglas. The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review* 29 (2014).

จุฬาลักษณ์ พินธะ. ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน. *นิติศาสตร์ มหามบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. 2557.

ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. หลักสุจริตในระบบกฎหมาย. ใน *จุลนิติ*. วุฒิสภา, 2556.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ*. พิมพ์ครั้งที่ 2. บริษัทพิมพ์ดีการพิมพ์ จำกัด: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

โยธิน อินทรประสงค์. *กฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2565.

รองศาสตราจารย์ ดร.นภนรินทร์ จันทร์งาม. *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย. *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

ศฤงคาร วิเชียรรัตน์. ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับแนวทางพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ย. *นิติศาสตร์มหามบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. 2564.

ศาลฎีกาเสจะบังคับอนุญาตตุลาการภายใต้หลัก Estoppel Law ที่เป็นธรรมของรัฐบาลกลาง. [ออนไลน์].

แหล่งที่มา:

<https://thac.or.th/th/%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%A5%E0%B8%9B%E0%B8%8F%E0%B8%B4%E0%B9%80%E0%B8%AA%E0%B8%98%E0%B8%88%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B8%B8%E0%B8%8D%E0%B8%B2/> [เข้าถึงเมื่อ 1 November 2023]

ศาลมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในต่างประเทศได้หรือไม่? [Online]. 6 มกราคม 2565.

Available from: <https://thac.or.th/th/re-article18-court-revoke-arbitration/> [5 November 2023].

ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 5. โรงพิมพ์เดือนตุลา: วิทยุ  
ชน, 2563.

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 2. โรงพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC. แนวคำพิพากษาของศาลในคดีอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการตีความเรื่องความสงบ  
เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. คู่มือแนวทางการกำหนดมาตรการควบคุมภายใน  
นิติบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 3. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2560.

สำนักงานศาลปกครอง. [ออนไลน์]. 18 กันยายน 2566. แหล่งที่มา:

[https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/08hotsuit\\_detail.php?ids=24886](https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/08hotsuit_detail.php?ids=24886)

[เข้าถึงเมื่อ 4 November 2023]

อำนาจ ตังศิริพิมาน. การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ.  
กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ตันสกุลวงศ์ เพ็ชรฉกรรจ์
วัน เดือน ปี เกิด	19 เมษายน 2540
สถานที่เกิด	จังหวัดระยอง
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ที่อยู่ปัจจุบัน	จังหวัดระยอง



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY