แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

น.ส.ปาลิดา สวัสดิภัทรากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2563
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DIRECTIONS FOR REGULATING THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Miss Palida Sawatdiphattrakorn

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Common Course

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2020

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน
โดย	น.ส.ปาลิดา สวัสดิภัทรากร
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ปาลิดา สวัสดิภัทรากร : แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน. (DIRECTIONS FOR REGULATING THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION) อ.ที่ปรึกษาหลัก : อ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third Party Funding) เริ่มมีความแพร่หลายในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาการสนับสนุนเงินทุนในบริบทดังกล่าวที่มีลักษณะเฉพาะอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งนำไปสู่ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ การขัดกันแห่งผลประโยชน์ เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายและการจัดสรรค่าใช้จ่าย เพื่อวิเคราะห์ว่า ควรมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ และจะมีแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร จากการศึกษาพบว่า ควรอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและมีแนวทางในการกำกับโดยการจำกัดไม่ให้มีการสนับสนุนเงินทุนในบางกรณี รวมถึงมีเงื่อนไขและกฎเกณฑ์เพื่อใช้กำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยเฉพาะ ดังนั้น การศึกษานี้จึงเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเครื่องมือต่าง ๆ เช่น สนธิสัญญา และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ เพื่อใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้อย่างเหมาะสมต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2563 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

6085984234 : MAJOR LAWS
KEYWORD: Third Party Funding, International Investment Arbitration

Palida Sawatdiphattrakorn : DIRECTIONS FOR REGULATING THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION. Advisor: TIDARAT SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

This thesis concentrates on examining the relevant issues associated with Third Party Funding (TPF) in international investment arbitration context. Since many of the issues remain unaddressed and largely unregulated, this thesis therefore sets out to analyse whether the use of TPF in international investment arbitration should be allowed, and if so, in what direction should TPF be restricted or regulated. According to the documentary research conducted, it is here suggested that TPF should be allowed in international investment arbitration with certain restrictions and rules. This thesis thereby contributes to the development of legal and institutional tools to tackle the issues relating to TPF in international investment arbitration.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws
Academic Year: 2020

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของอาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และเสียสละเวลาอันมีค่าช่วยชี้แนะแนวทางตลอดจนตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงการเป็นแรงผลักดันและกำลังใจแก่ผู้เขียนตั้งแต่แรกเริ่มจวบจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช ที่กรุณาตอบรับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนช่วยให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่การจัดทำและแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เกิดความสมบูรณ์มีความลึกซึ้ง รวมทั้งให้ความเมตตาและความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้ให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ซึ่งมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการแก้ไขปรับปรุงจนสำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ชี้ให้เห็นถึงข้อดีและข้อบกพร่องในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนทำให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวอันเป็นที่เคารพรักของผู้เขียน ซึ่งได้มอบโอกาสในการศึกษาเล่าเรียนให้แก่ผู้เขียนตั้งแต่เริ่มศึกษาจนสำเร็จการศึกษา และขอขอบคุณเพื่อนของผู้เขียนทุกคนที่คอยเป็นกำลังใจ เข้าใจถึงสถานการณ์ความยากลำบากในการทำวิทยานิพนธ์ และให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ ตลอดมา

ทั้งนี้ มีบุคคลที่เกี่ยวข้องอีกจำนวนมากที่ไม่อาจกล่าวถึงในกิตติกรรมประกาศนี้ได้หมด เช่น เจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต และเจ้าหน้าที่ห้องสมุด ฯลฯ ทุกคนล้วนแต่มีส่วนในการทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลโดยทั่วไปที่สนใจศึกษาเรื่องดังกล่าวไม่มากก็น้อย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอยกความดีให้แก่บุคคลดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ปาลิดา สวัสดิภัทรากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ค

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... ง

กิตติกรรมประกาศ ..... จ

สารบัญ ..... ฉ

สารบัญตาราง ..... ณ

สารบัญภาพ ..... ด

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย 3

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย 3

1.4 ขอบเขตของการวิจัย 3

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย 4

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 4

1.7 ทบทวนวรรณกรรม 4

บทที่ 2 การอนุญาโตตุลาการ 6

2.1 ความหมายการอนุญาโตตุลาการ 6

2.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 9

2.2.1 การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration) 9

2.2.1.1 การดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน 11

(ก) การดำเนินการโดย ICSID 11

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(ข) การดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่นหรือเป็นการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ 13
2.2.1.2 การบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ ICSID Convention 14
2.2.2 การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) 16
2.2.2.1 การดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ 17
(ก) การดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) 17
(ข) การดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ (Institutional arbitration) 19
2.2.2.2 การบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention 22
2.3 หลักประกันความยุติธรรม 26
2.3.1 คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ 27
2.3.1.1 ความเป็นกลาง (Impartiality) 28
2.3.1.2 ความเป็นอิสระ (Independence) 29
2.3.2 หลักความโปร่งใส (Transparency) 32
บทที่ 3 นิยาม และลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน 35
3.1 นิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและการสนับสนุนเงินทุนรูปแบบอื่น 35
3.1.1 นิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 35
3.1.2 การสนับสนุนเงินทุนรูปแบบอื่น 38
3.1.2.1 ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingency fee agreement and Conditional fee agreement) 38
3.1.2.2 การประกันภัย (Insurance) 39
(ก) การประกันภัยความเสี่ยงทางด้านการเมือง (Political Risk Insurance: PRI) 39

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(ข) Before-the-event (BTE Insurance) 40
(ค) After-the-event (ATE Insurance) 40
3.1.2.3 การกู้ยืมเงิน (Loan) 41
3.1.2.4 การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment of claim) 41
3.2 ลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 41
3.2.1 ผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 42
3.2.1.1 ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funded Party) 42
(ก) ผู้เรียกร้อง (Claimants) 42
(ข) ผู้คัดค้าน (Respondent) 44
3.2.1.2 บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Funder) 45
3.2.2 วัตถุประสงค์ของบุคคลที่สามในการสนับสนุนเงินทุน 46
3.2.2.1 เพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน 46
3.2.2.2 เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ 47
3.2.2.3 เพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ หรือมิใช่เพื่อผลกำไร 47
3.2.3 รูปแบบการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 48
3.2.3.1 การสนับสนุนเงินทุนเป็นรายคดี (Single case funding) 48
3.2.3.2 การสนับสนุนเงินทุนแบบกระจายความเสี่ยง (Portfolio funding) 48
3.2.4 กระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Obtaining Funding) . 50
3.2.4.1 การติดต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Approach) 50
3.2.4.2 การประเมินคดี (Case Assessment) 52
(ก) การประเมินผลเบื้องต้น (Initial evaluation) 52
(ข) การตรวจสอบเชิงลึก (Due Diligence) 52
3.2.4.3 การทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (Funding Agreement) 54
(ก) ขอบเขตของการสนับสนุนเงินทุน 54

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(ข) ผลตอบแทน 55
(ค) ข้อตกลงลำดับความสำคัญ 56
(ง) หน้าที่ของผู้รับการสนับสนุนเงินทุน 57
(จ) สิทธิในการควบคุมของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน 58
(ฉ) สิทธิในการบอกเลิกสัญญา 59
3.2.4.4 การติดตามคดี (Case Monitoring) 60
(ก) การควบคุมการตัดสินใจเกี่ยวกับกลยุทธ์ในคดี (Strategic decisions)... 61
(ข) การควบคุมโดยการจัดทำงบประมาณ (Case budgeting)..... 62
(ค) การควบคุมโดยสิทธิการบอกเลิกสัญญา (Termination rights)..... 63
บทที่ 4 ลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 65
4.1 ลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน 65
4.1.1 คู่พิพาท (Disputing Parties) 65
4.1.2 บ่อเกิดพันธกรณี (Source of Obligations) 67
4.1.2.1 ขอบเขตของความตกลง (Scope) 68
4.1.2.2 พันธกรณี (Obligations) 69
4.1.2.3 กลไกการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Mechanism)..... 72
4.1.3 ลักษณะข้อพิพาท (Nature of Dispute)..... 73
4.1.4 ค่าใช้จ่าย (Cost) และค่าเสียหาย (Damages)..... 79
4.1.4.1 ค่าใช้จ่าย (Cost) 79
4.1.4.2 ค่าเสียหาย (Damages)..... 84
4.2 ปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน 86
4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) 86

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

4.2.1.1 ผลกระทบต่อภาษีของประชาชน 87
4.2.1.2 ผลกระทบต่อการลงทุนในรัฐและการพัฒนาเศรษฐกิจ 89
4.2.1.3 ผลกระทบต่อการดำเนินการตามภารกิจของรัฐและการใช้นโยบายสาธารณะ 91
4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น (Potential Conflicts of Interest) ระหว่างผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน 94
4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (admissibility) 98
4.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) และการจัดสรรค่าใช้จ่าย (Allocation of costs) ในการอนุญาโตตุลาการ 102
4.2.4.1 ปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) ในการอนุญาโตตุลาการ 102
4.2.4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs) 106
บทที่ 5 หลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 111
5.1 หลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทต่าง ๆ. 111
5.1.1 การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของกฎหมายภายใน 111
5.1.1.1 หลักการสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 111
5.1.1.2 การสนับสนุนเงินทุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในประเทศต่าง ๆ 113
(ก) ประเทศออสเตรเลีย (Australia) 113
(ข) ประเทศอังกฤษและเวลส์ (England and Wales) 114
(ค) ประเทศเยอรมนี (Germany) 116
5.1.2 การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) 116
5.1.2.1 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) 117
5.1.2.2 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Centre) 118

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.1.2.3 ศูนย์อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแห่งออสเตรเลีย (Australian Centre for Commercial International Arbitration)..... 120

5.2 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม..... 122

5.2.1 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในกลไกสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน..... 122

5.2.1.1 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ICSID..... 122

(ก) กฎเกณฑ์ที่ปรากฏใน ICSID Convention และ ICSID Arbitration Rules ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม..... 123

(ข) ข้อเสนอเพื่อแก้ไข ICSID Arbitration Rules ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม..... 130

5.2.1.2 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน UNCITRAL..... 135

(ก) กฎเกณฑ์ที่ปรากฏใน UNCITRAL Arbitration Rules ที่เกี่ยวข้องกับ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม..... 136

(ข) แนวทางการปฏิรูปของ UNCITRAL ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม..... 139

5.2.2 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ..... 145

5.2.2.1 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (Investment Arbitration Rules 2017) ของ SIAC..... 145

5.2.2.2 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration Rules (For Trial Implementation) 2017) ของ CIETAC..... 146

5.2.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสนธิสัญญาด้านการลงทุน (Investment Treaty)..... 147

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.2.3.1 ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 147

5.2.3.2 กำหนดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 148

5.2.3.3 พิจารณาในการออกคำสั่งให้วางประกันและจัดสรรค่าใช้จ่าย 149

5.2.4 หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ IBA..... 150

บทที่ 6 แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน..... 153

6.1 บทวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน..... 153

6.1.1 ข้อสนับสนุนในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน 153

6.1.1.1 สนับสนุนการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to Justice)..... 153

6.1.1.2 ส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน (Level the playing field)..... 155

6.1.2 ข้อโต้แย้งในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน..... 156

6.1.2.1 การยุยงให้เป็นความและการสนับสนุนการฟ้องร้องไม่มีมูล (Frivolous claims)..... 156

6.1.2.2 การทำให้ความยุติธรรมกลายเป็นสินค้าหรือการลงทุน (Commodification of justice)..... 158

6.1.3 ความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน 158

6.2 บทวิเคราะห์แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน..... 161

6.2.1 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)..... 161

6.2.1.1 การจำกัดการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยระบุเงื่อนไข..... 161

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

6.2.1.2 บทลงโทษ 167

6.2.2 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Potential Conflicts of Interest)..... 169

6.2.2.1 ข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม 169

6.2.2.2 ข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่ต้องเปิดเผย 171

6.2.2.3 แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Potential Conflicts of Interest)..... 175

6.2.3 ข้อวิเคราะห์แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility)..... 181

6.2.3.1 ข้อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยเมื่อมีข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา 181

(ก) แนวคำวินิจฉัยกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี 181

(ข) แนวคำวินิจฉัยกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีการควบคุม (control) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 193

6.2.3.2 แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility) .. 203

(ก) หากมีข้อโต้แย้งกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี 203

(ข) หากมีข้อโต้แย้งกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีอำนาจควบคุม (control) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 204

6.2.4 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) และการจัดสรรค่าใช้จ่าย (Allocation of costs) ในการอนุญาโตตุลาการ 205

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

6.2.4.1 ข้อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยกรณีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs)..... 205

(ก) แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีการได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืน “ไม่ใช่สิทธิ” 206

(ข) คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเรียกให้วางประกันในพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional circumstances) หรือร้ายแรงอย่างมาก (Extreme) เท่านั้น..... 208

6.2.4.2 แนวทางในการกำกับปัญหากรณีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs)..... 223

(ก) กำหนดบทบัญญัติคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายที่มีมาตรฐานไม่สูงเท่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราว..... 223

(ข) ผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุน..... 227

(ค) ผู้ยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันต้องเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายหากไม่มีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายของผู้ยื่นคำร้องขอ 228

6.2.4.3 ข้อวิเคราะห์ปัญหากรณีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs) 228

(ก) ข้อวิเคราะห์กรณีค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน..... 229

(ข) ข้อวิเคราะห์กรณีค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน 233

6.2.4.4 แนวทางในการกำกับปัญหากรณีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)..... 240

(ก) กรณีที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนซึ่งต้องให้ผลตอบแทนเป็นตัวเงินแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน 241

(ข) กรณีที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนหรือมีหน้าที่ตามกฎหมายในการให้ผลตอบแทนเป็นตัวเงินแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน..... 242

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 244
บรรณานุกรม 264
ประวัติผู้เขียน 282

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ตารางสรุปโครงสร้างลำดับความสำคัญการจ่ายเงิน 57

ตารางที่ 2 ตารางแสดงค่าเฉลี่ย tribunal costs 82

ตารางที่ 3 ตารางแสดงค่าเฉลี่ยของค่าเสียหายที่เรียกร้องและได้รับในคำชี้ขาด 85

ตารางที่ 4 ตารางสรุปการไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายเมื่อรัฐชนะคดี 104

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญภาพ

หน้า

ภาพที่ 1 ภาพแสดงความสัมพันธ์ของผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ISDS . 42

ภาพที่ 2 ภาพลำดับกระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม..... 64

ภาพที่ 3 ภาพการเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทใน ISDS..... 81

ภาพที่ 4 ภาพข้อมูลผู้คัดค้านและประเทศเจ้าของสัญชาตินักลงทุนผู้เรียกร้องที่มีคดีมากที่สุด ระหว่าง ค.ศ. 2010 - 2019 88

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การระงับข้อพิพาทในบริบทต่าง ๆ ทั้งการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายภายใน และในทางระหว่างประเทศนั้นมีแนวโน้มที่จะมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพิ่มขึ้น[1] อันเป็นการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และช่วยส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะ รวมถึงอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกัน แต่แม้ว่าจะมีการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าวมากขึ้นและแพร่หลายยิ่งขึ้นก็ตาม ทว่าปัจจุบันยังคงมีประเด็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่ว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ เนื่องจากในบริบทดังกล่าวเป็นการระงับข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวพันกับรัฐ อันทำให้มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการระงับข้อพิพาทย่อมต้องการความโปร่งใส และการได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการผู้มีความเป็นกลางและความเป็นอิสระอันถือเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับและถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของธรรมนูญแห่งการอนุญาโตตุลาการ (Magna Carta of Arbitration) ที่ต้องคงไว้ตลอดกระบวนพิจารณา[2] ทำให้เมื่อมีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งมักมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนเงินทุนแก่คู่พิพาทฝ่ายผู้เรียกร้องเพื่อรับผลตอบแทนที่เป็นตัวเงินตามผลแห่งคดี ได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ จึงสร้างข้อกังวลและทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ซึ่งควรได้รับการศึกษาและวิเคราะห์ถึงความเหมาะสม รวมถึงแนวทางในการกำกับปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว ไม่ว่าจะในปัญหาที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือปัญหาที่เกี่ยวกับความขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน รวมถึงปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนพิจารณาต่าง ๆ

ทั้งนี้ ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แม้จะมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) ของ International Bar Association ซึ่ง

---

[1] Keith Levene, "Third Party Arbitration Funding Here to Stay, Says Expert, as Major Report Published," [Online] Accessed: 19 January 2020. Available from: https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/third-party-arbitration-funding-here-to-stay-says-expert-as-major-report-published

[2] Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), pp. 95, 256.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ไม่มีผลผูกพัน (Not Binding) นอกจากนี้ยังมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของ SIAC และ CIETAC ซึ่งเป็นศูนย์อนุญาโตตุลาการที่มีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ได้บัญญัติถึงหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลของคู่พิพาทที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และการจัดสรรค่าใช้จ่ายต่าง ๆ โดยพิจารณาประเด็นที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม หรือความประพฤติของคู่พิพาทในการเปิดเผยข้อมูล และในปัจจุบัน สถาบันอนุญาโตตุลาการได้มีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ รวมถึงสนธิสัญญาด้านการลงทุนก็ปรากฏข้อบทในประเด็นเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพิ่มมากขึ้น แต่ก็เป็นเพียงบางประเด็นปัญหาเท่านั้นที่ได้รับความสนใจและความพยายามในการแก้ปัญหา

ยิ่งไปกว่านั้น ในกลไกสำคัญของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) และคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) ยังไม่มีการวางแนวทางหรือข้อบังคับในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน โดย ICSID มีการร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules: AR) เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของการได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ในข้อเสนอเพื่อแก้ไขข้อบังคับของ ICSID (Proposals for Amendment of the ICSID Rules) ส่วน UNCITRAL มี คณะทำงาน 3 (Working Group III) ซึ่งเป็นคณะทำงานที่พิจารณาเกี่ยวกับการปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement Reform) กำลังอยู่ในระหว่างการศึกษาและพิจารณาในประเด็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ โดยได้มีการจัดทำร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) เนื่องจากคณะทำงานเห็นว่าควรมีกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ISDS[3]

ดังนั้น เมื่อในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่เหมาะสมกับบริบทการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาและค้นคว้า เพื่อให้มีแนวทางในการกำกับเรื่องดังกล่าวที่เหมาะสมเพียงพออันจะเป็นประโยชน์ต่อระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[3] UNCITRAL, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Draft Provisions on Third-Party Funding (Initial Draft),"(2021), p. 2.

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- เพื่อศึกษานิยามและลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการดำเนินการระงับข้อพิพาท

- เพื่อศึกษาลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

- เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักการ แนวทาง และกฎเกณฑ์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแก่คู่พิพาท

- เพื่อนำเสนอแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีลักษณะเฉพาะจะนำไปสู่ปัญหาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันส่งผลกระทบต่อความโปร่งใส ความเป็นอิสระและความเป็นกลาง จึงควรมีแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอย่างเหมาะสม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษานิยาม และลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงศึกษาลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์และแนวทางที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ภายใต้กลไกที่สำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้แก่ ICSID และ UNCITRAL รวมถึงกฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่ง ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ การสนับสนุนเงินทุนที่จะนำศึกษาจะไม่รวมการตกลงให้ค่าตอบแทนแก่ทนายความตามผลแห่งคดี และการประกันภัย เนื่องจากทนายความ

เป็นบุคคลที่ผู้เกี่ยวข้องในคดีทราบถึงการมีตัวตนอยู่แล้ว อีกทั้งทนายความและบริษัทประกันภัยต่างมีกฎหมายภายในและองค์กรที่ควบคุมการดำเนินกิจการหรือการปฏิบัติหน้าที่อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามจะมีการนำคดีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวมาศึกษาเพื่อประกอบการวิเคราะห์อยู่บ้าง

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยจะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษากฎหมาย และงานทางวิชาการไม่ว่าจะเป็นหนังสือ วารสาร บทความ ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต อีกทั้งคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- ทำให้ทราบและเข้าใจนิยามและลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการดำเนินการระงับข้อพิพาท

- ทำให้ทราบและเข้าใจลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

- ทำให้ทราบหลักการ แนวทาง และกฎเกณฑ์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแก่คู่พิพาท

- ทำให้มีแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1.7.1 รายงานเรื่อง Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration เขียนโดย คณะทำงาน International Council for Commercial Arbitration ร่วมกับ มหาวิทยาลัย Queen Mary University of London

รายงานฉบับดังกล่าวเป็นรายงานที่จัดทำโดยคณะทำงานซึ่งมีสมาชิกหลากหลายสาขา อาทิเช่น อนุญาโตตุลาการ ทนายความประจำบริษัทและสำนักงานกฎหมาย ผู้แทนจากสถาบันอนุญาโตตุลาการ รัฐ นักวิชาการ รวมถึงบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และโบรกเกอร์ เป็นต้น

โดยในการจัดทำได้มีการแบ่งสมาชิกคณะทำงานออกเป็นคณะย่อยและทำการศึกษาค้นคว้า และมีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น รวมถึงมีการจัดทำร่างรายงาน และรับฟังความคิดเห็นจากสาธารณชน ทั้งนี้ เนื้อหาในรายงานจะเป็นการศึกษาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งมีการกล่าวถึงในบริบทการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในบทสุดท้ายของรายงาน แต่เป็นเพียงการนำเสนอในแง่หลักการกฎเกณฑ์ และแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการบางส่วน โดยไม่ได้อธิบายถึงลักษณะเฉพาะหรือเสนอแนวทางในการกำกับปัญหาที่เกิดขึ้นของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนดังวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.7.2 วิทยานิพนธ์เรื่อง THIRD-PARTY FUNDING IN DISPUTE RESOLUTION PROCEEDINGS เขียนโดย MR. EKKACHAT SIRIVICHAI

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นวิทยานิพนธ์ในหลักสูตร Master of Laws Program in Business Laws (English Program) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งมีการศึกษาเปรียบเทียบการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ โดยไม่ได้มีการศึกษาหรือเสนอแนะแนวทางเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนดังเช่นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แต่อย่างใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 2
การอนุญาโตตุลาการ

บทนี้จะเริ่มจากการศึกษาความหมายของการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงองค์ประกอบสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ในลำดับต่อไปจึงทำการศึกษาประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ได้แก่ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration) และการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) และในลำดับสุดท้ายจึงศึกษาหลักประกันความยุติธรรมในการอนุญาโตตุลาการ อันได้แก่ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ และหลักความโปร่งใส เพื่อเป็นการทำความเข้าใจพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการก่อนจะศึกษาถึงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบทต่อไป

2.1 ความหมายการอนุญาโตตุลาการ

ความขัดแย้งในสังคมนั้นเป็นเรื่องปกติที่สามารถเกิดขึ้นได้ โดยอาจเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยที่อาศัยการพูดจาทำความเข้าใจก็สามารถยุติความขัดแย้งดังกล่าวลงได้ แต่หากความขัดแย้งมีความรุนแรงจนถึงขั้นโต้แย้งสิทธิของผู้อื่นก็อาจกลายเป็นข้อพิพาท[4] ในทุกสังคมจึงมีกระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีระหว่างสมาชิกในสังคม เพื่อมิให้เกิดการใช้กำลังเพื่อเอาชนะและการแก้แค้นจนสังคมมิอาจดำรงอยู่ได้ โดยกระบวนการในการระงับข้อพิพาทอาจเกิดขึ้นด้วยการจัดตั้งของรัฐและดำเนินการโดยรัฐเพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่คู่พิพาท อันได้แก่ การฟ้องร้องคดีต่อศาล ซึ่งมีรูปแบบที่เป็นทางการ[5] อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการข้างต้นมีปัญหาที่อาจเป็นเหตุให้คู่พิพาทล้มเลิกการฟ้องคดี ด้วยเหตุที่การฟ้องคดีและการดำเนินการมีระเบียบแบบแผนมากมายตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงอาจมีความล่าช้าในการดำเนินคดีเนื่องจากต้องบริการประชาชนทั่วไปจำนวนมาก และการดำเนินคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อชื่อเสียง ภาพพจน์และความน่าเชื่อถือของธุรกิจ นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่พิพาทมิใช่บุคคลซึ่งมีสัญชาติเดียวกัน คู่พิพาทที่ฟ้องคดีต่อศาลของประเทศคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง อาจมีความกังวลว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้พิพากษาซึ่งอาจเข้าข้างคนชาติเดียวกัน ด้วยปัญหาต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมานั้น ทำให้เกิดกระบวนการในการระงับ

[4] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 1.

[5] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 1-2.

ข้อพิพาทอีกรูปแบบหนึ่งโดยวิธีการอื่นที่ไม่ใช่การฟ้องร้องคดีต่อศาล[6] เรียกว่า กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) ซึ่งมีวิธีการที่สำคัญวิธีการหนึ่ง คือ การอนุญาโตตุลาการ[7]

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีการหนึ่งที่มีความสำคัญและได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัตินิยามความหมายของการอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการหรืออนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด[8] แต่ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้พยายามให้คำจำกัดความของการอนุญาโตตุลาการ โดยจะขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของการอนุญาโตตุลาการไว้ว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทเลือกบุคคลที่สามจำนวนหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นเพื่อทำคำตัดสินชี้ขาดที่เป็นที่สุดและมีผลผูกพันเพื่อยุติข้อพิพาท โดยคู่พิพาทอาจเลือกบุคคลที่สามโดยตรงจากข้อตกลงร่วมกัน หรือเลือกโดยอ้อม เช่น การตกลงให้องค์กรอนุญาโตตุลาการเลือกบุคคลที่สามนั้น[9]

Professor René David ได้ให้ความหมายของการอนุญาโตตุลาการไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวพันถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น[10]

Martin Domke อธิบายความหมายของการอนุญาโตตุลาการไว้ว่า เป็นกระบวนการซึ่งคู่สัญญาตกลงกันที่จะเสนอข้อพิพาทของตนแก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลาง (เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ) และได้รับเลือกจากคู่สัญญาเพื่อให้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น การตัดสินชี้ขาดดังกล่าวต้องตั้งบนพื้นฐานของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[6] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 1-2.

[7] THAC, "การระงับข้อพิพาททางเลือกคืออะไร?" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: https://thac.or.th/th/what-is-adr-th/

[8] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 10.

[9] "Arbitration," in Black's Law Dictionary, ed. Bryan A. Garner(11th ed. 2019).

[10] René David, Arbitration in International Trade. (The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985) อ้างถึงใน อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 10.

พยานหลักฐาน และข้ออ้างข้อเถียงที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาได้ตกลงกันล่วงหน้าว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะถือว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถึงที่สุด และผูกพันตน[11]

จากคำจำกัดความคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ของนักวิชาการที่ได้ศึกษามาข้างต้น อาจสรุปลักษณะหรือองค์ประกอบที่สำคัญได้ ดังนี้

ประการแรก การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการต้องเกิดจากความสมัครใจในการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาหรือคู่พิพาทในการเลือกการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีในการระงับข้อพิพาท[12] ไม่ใช่เป็นเพียงความประสงค์ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือเป็นการบังคับให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด[13]

ประการที่สอง การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เคารพเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ เมื่อการอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญา จึงนำหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนามาใช้บังคับได้ ดังนั้น คู่สัญญาหรือคู่พิพาทจึงสามารถตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ อาทิเช่น การเลือกประเภทของการอนุญาโตตุลาการ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท เป็นต้น[14]

ประการที่สาม การอนุญาโตตุลาการต้องมีข้อพิพาท กล่าวคือ แม้มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญา แต่อาจไม่มีการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นตามสัญญาดังกล่าว เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือมีข้อพิพาทซึ่งระงับไปแล้วด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีข้อพิพาทตามที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทได้ตกลงไว้[15]

ประการที่สี่ การอนุญาโตตุลาการต้องมีข้อพิพาทที่ระงับลงด้วยการตัดสินชี้ขาด กล่าวคือ บุคคลที่สามซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องมีภาระหน้าที่ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาจเป็นการตัดสินชี้ขาดโดยอาศัยข้อกฎหมาย หรือบางกรณีอาจเป็นการตัดสินชี้ขาดที่เรียกว่า amiable composition ซึ่งอาศัยหลักความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดี (ex aequo et bono) ของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการในการตัดสินชี้ขาดก็ได้ ดังนั้น การที่บุคคลที่สามทำหน้าที่อื่นที่มิใช่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[11] Martin Domke, Commercial Arbitration. (Prentice Hall, Princeton, 1965) อ้างถึงใน ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 8.

[12] เรื่องเดียวกัน

[13] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 31.

[14] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 10.

[15] เรื่องเดียวกัน

การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทก็ไม่ถือว่าเป็นการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ จึงทำให้กระบวนการดังกล่าวไม่ถือเป็นการอนุญาโตตุลาการ เช่น การแต่งตั้งบุคคลที่สามให้ทำหน้าที่แปลหรือแก้ไขสัญญา หรือการไกล่เกลี่ยซึ่งมีบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาท เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย แต่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่เพียงช่วยเหลือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายให้มีการเจรจากัน โดยไม่มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแต่อย่างใด จึงทำให้การไกล่เกลี่ยมีความแตกต่างและไม่ถือเป็นการอนุญาโตตุลาการ[16]

ประการที่ห้า การอนุญาโตตุลาการต้องมีคำตัดสินหรือคำชี้ขาดที่เป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาทตามกฎหมาย กล่าวคือ การที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการย่อมถือว่าคู่พิพาทยอมรับรูปแบบการระงับข้อพิพาท รวมถึงคำชี้ขาดและผลของคำชี้ขาดด้วย ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงถึงที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีตามสัญญาและกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้คู่พิพาทไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาด และต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าวนั้น แต่หากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด เมื่อมีการร้องขอจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต่อรัฐ โดยองค์กรของรัฐ เช่น ศาล จะดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาด[17]

2.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ

เมื่อได้ศึกษาความหมายและองค์ประกอบสำคัญของการอนุญาโตตุลาการในหัวข้อ 2.1 แล้ว ในลำดับต่อไป ผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ เพื่อเป็นการทำความเข้าใจพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการประเภทต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันเป็นหนึ่งในหัวใจสำคัญของการศึกษานี้ ซึ่งจะปรากฏและมีส่วนเกี่ยวข้องในการศึกษาบทอื่น ๆ ต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

2.2.1 การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration)

เมื่อกระแสโลกาภิวัตน์ (Globalization) ทางด้านเศรษฐกิจของโลกมีความเข้มข้นมากขึ้น ประกอบกับการเติบโตของธุรกิจระหว่างประเทศ จึงนำไปสู่การเกิดข้อพิพาทซึ่งต้องการกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจว่าการประกอบธุรกิจจะสามารถดำเนินต่อไปได้[18] โดยวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมวิธีการหนึ่ง คือ การอนุญาโตตุลาการระหว่าง

---

[16] เรื่องเดียวกัน, 13-15.

[17] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 33.

[18] Jianing Zhang, "International Investment Arbitration: Development, Controversies, and Future Outlook,"(1 November 2017), p. 3.

ประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration)[19] อันเป็นการระงับข้อพิพาทางการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างนักลงทุนต่างชาติ (Foreign Investor) กับรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) โดยการอนุญาโตตุลาการ อันจะส่งผลให้นักลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถยื่นข้อเรียกร้องกรณีรัฐผู้รับการลงทุนละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศและได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐดังกล่าว[20] ซึ่งการริเริ่มของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศและการเกิดขึ้นระยะแรกเริ่มของหลักความรับผิดของรัฐ (State Responsibility) กล่าวคือ เดิมนักลงทุนที่ได้รับผลกระทบจากการแทรกแซงสิทธิหรือทรัพย์สินโดยรัฐผู้รับการลงทุนและประสงค์จะได้รับการเยียวยาจะต้องต้องฟ้องคดีต่อศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หากใช้การเรียกร้องทุกวิถีทางจนหมดหนทางการเยียวยาความเสียหายแล้ว แต่ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายภายในของรัฐดังกล่าว นักลงทุนก็ชอบที่จะขอรับความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน (Home State) เพื่อให้ได้รับการเยียวยาตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่วิธีการดังกล่าวไม่มีหลักประกันว่านักลงทุนจะได้รับการเยียวยาหรือไม่ เนื่องจากการใช้สิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตถือเป็นดุลพินิจของรัฐเจ้าของสัญชาติที่จะให้หรือไม่ให้ก็ได้ และถึงแม้รัฐดังกล่าวอาจให้ความคุ้มครองทางการทูตในนามของคนชาติตนเอง แต่นักลงทุนก็อาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายก็ได้[21] เช่น กรณีรัฐเจ้าของสัญชาติเลือกใช้การเจรจาทางการทูตแล้วผู้รับการลงทุนเพิกเฉย โดยไม่ได้มีการเสนอข้อพิพาทต่อศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือรัฐเจ้าของสัญชาติอาจยุติบทบาทการให้ความคุ้มครองทางการทูตแม้ได้ดำเนินการไปแล้วก็ตาม เป็นต้น[22] ปัญหาความไม่แน่นอนจากวิธีการข้างต้นทำให้มีแนวคิดที่จะหาวิธีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นเพื่อคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติจนเกิดเป็นการคุ้มครองการลงทุนตามสัญญาและสนธิสัญญา ซึ่งกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยการบังคับตาม

---

[19] David R. Sedlak, "Icsid's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold," Penn State International Law Review 23, 1 (2004): 148.

[20] Jianing Zhang, "International Investment Arbitration: Development, Controversies, and Future Outlook,"(1 November 2017).

[21] C.L. Lim and Jean Ho, "International Investment Arbitration," [Online] Accessed: 19 August 2021. Available from: https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0135.xml

[22] วริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศส, "การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 24-29.

คำชี้ขาดนั้นจะอยู่ภายใต้ ICSID Convention หรือ New York Convention แล้วแต่กรณี[23] ดังปรากฏตามรายละเอียดที่จะนำศึกษาในหัวข้อต่อไป

2.2.1.1 การดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

การดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจเป็นการดำเนินการโดย ICSID หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น หรืออนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc arbitration) ซึ่งขอนำศึกษารายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) การดำเนินการโดย ICSID

ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for the Settlement of Investment Dispute: ICSID) เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการอันเป็นองค์กรหนึ่งใน World Bank ที่จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1966 โดย ICSID Convention เพื่อสนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติและคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ โดยเป็นองค์กรที่เป็นอิสระ (Independence) ไม่มีความเกี่ยวข้องทางการเมือง (Depoliticized) และระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Effective dispute-settlement institution)[24] ทั้งนี้ ICSID มิได้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเอง แต่จะเป็นผู้จัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น[25] โดย ICSID มีองค์กรสำคัญ ดังนี้

องค์กรแรก สภาบริหาร (Administrative Council) ซึ่งจะประกอบด้วยผู้แทนของรัฐภาคีรัฐละหนึ่งคนและแต่ละคนมีสิทธิออกเสียงหนึ่งเสียง มีประธานธนาคารเป็นประธานสภาบริหารโดยตำแหน่ง (ex officio Chairman) ที่ไม่มีอำนาจลงคะแนนเสียง โดยสภาบริหารทำหน้าที่เลือกเลขาธิการ (Secretary-General) และรองเลขาธิการ (Deputy Secretary-General) ให้เป็นผู้บริหารศูนย์ นอกจากนี้ ยังมีอำนาจและหน้าที่ในการอนุมัติงบประมาณ วางระเบียบทางด้านการบริหารและ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[23] C.L. Lim and Jean Ho, "International Investment Arbitration," [Online] Accessed: 19 August 2021. Available from: https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0135.xml

[24] ICSID, "About Icsid," [Online] Accessed: 20 August 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/About/ICSID

[25] Article 1

(1) There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).

(2) The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention.

การเงิน ออกข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศูนย์ และข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท[26]

องค์กรที่สอง สำนักเลขาธิการ (Secretariat) ซึ่งจะประกอบด้วยเลขาธิการ รองเลขาธิการหนึ่งหรือหลายคน และเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ[27] โดยมีภารกิจหลัก คือ บริหารจัดการการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย รวมถึงสนับสนุนการดำเนินการอื่น ๆ ของศูนย์ มีเลขาธิการเป็นหัวหน้า[28] ซึ่งเลขาธิการจะทำหน้าที่เป็นผู้แทนตามกฎหมายและเป็นเจ้าหน้าที่หลักของศูนย์ และรับผิดชอบเรื่องการบริหาร การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ รวมถึงทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนและมีอำนาจในการรับรองความถูกต้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นตามอนุสัญญา และรับรองสำเนาคำชี้ขาด[29] ส่วนรองเลขาธิการจะเป็นผู้ช่วยของเลขาธิการในการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ[30]

อย่างไรก็ตาม มีการกำหนดเขตอำนาจของศูนย์ดังกล่าวไว้ในมาตรา 25 แห่ง ICSID Convention กล่าวคือ การดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID ต้องมีความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่พิพาทซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติฝ่ายหนึ่งและรัฐผู้รับการลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนต่อ ICSID ก่อนการเริ่มการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความยินยอมของรัฐมักปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements: IIAs) เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุน หรือสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งมีรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนลงนาม เป็นต้น หรือบางกรณีความยินยอมอาจปรากฏในกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน หรือสัญญาระหว่างคู่พิพาท[31] ดังนั้น แม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนและรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนจะเป็นภาคีของ ICSID Convention แต่หากขาดองค์ประกอบหรือเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[26] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 233.

[27] Article 9

The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries-General and staff.

[28] ICSID, "Introducing Icsid: International Centre for Settlement of Investment Disputes,"(2019), p. 4.

[29] Article 11

The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof.

[30] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 234.

[31] ICSID, "Introducing Icsid: International Centre for Settlement of Investment Disputes,"(2019), p. 2.

คู่พิพาท ข้อพิพาท หรือความยินยอมดังที่กล่าวมาข้างต้น จะส่งผลให้ข้อพิพาทดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID และไม่สามารถบังคับภายใต้ ICSID Convention ได้

ทั้งนี้ ICSID ยังมีการให้บริการจัดการระงับข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention ด้วย โดยเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1978 สภาบริหารได้ประกาศใช้ข้อบังคับอำนวยความสะดวกเพิ่มเติม (ICSID Additional Facility Rules) ซึ่งกำหนดให้เลขาธิการมีอำนาจจัดการระงับข้อพิพาทซึ่งมีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมิใช่รัฐภาคีผู้รับการลงทุนหรือเป็นนักลงทุนของรัฐภาคี และข้อพิพาทอาจเป็นข้อพิพาททางการลงทุนหรือมิใช่ก็ได้ แต่ต้องมิใช่ข้อพิพาทเรื่องการพาณิชย์ทั่วไป ซึ่งการอนุญาโตตุลาการจะมีวิธีพิจารณาและกระบวนการภายใต้ The Additional Facility Rules และ Administrative and Financial Regulations[32] รวมถึง The Arbitration (Additional Facility) Rules นอกจากนี้ ICSID ยังให้บริการแก่การอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทประสงค์จะใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอื่นนอกเหนือไปจาก ICSID Arbitration Rules อีกด้วย[33] ซึ่งการอนุญาโตตุลาการที่กล่าวมานั้นจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดต้องดำเนินการเช่นเดียวกับคำชี้ขาดภายใต้การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งจะนำศึกษารายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2 ต่อไป

(ข) การดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่นหรือเป็นการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ

การดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในบางกรณีอาจไม่ได้ดำเนินการโดย ICSID แต่อาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น เช่น Singapore International Arbitration Centre (SIAC) หรือ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) เป็นต้น ในบางกรณีคู่พิพาทอาจตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc arbitration) ซึ่งคู่พิพาทตกลงร่วมกันดำเนินการเอง โดยการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention จึงต้องมีการบังคับคำชี้ขาดตาม New York Convention ดังเช่นคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ[34] ซึ่งจะได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อต่อไป

---

[32] เดิมมี Administrative and Financial Rules (Additional Facility) แยกต่างหาก แต่ในปี ค.ศ. 2003 ข้อบังคับดังกล่าวได้ถูกรวมไว้ใน Administrative and Financial Regulations

[33] ICSID, "Services," [Online] Accessed: 21 August 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/services/arbitration

[34] ICSID, "Special Features and Benefits of Icsid Membership," [Online] Accessed: 19 August 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_Benefits_English.23.2020.pdf

2.2.1.2 การบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ ICSID Convention

เดิมกฎหมายระหว่างประเทศ (Public International law) ถือว่าการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้นจึงจะถือเป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากต่อมาเอกชนได้เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการลงทุนซึ่งย่อมก่อให้เกิดข้อพิพาทตามมาได้ในภายหลัง ธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งมีหน้าที่ประการหนึ่ง คือ การส่งเสริมการลงทุน จึงได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States: ICSID Convention or Washington Convention) ซึ่งเปิดให้ลงนามเมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 ณ กรุงวอชิงตัน และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966[35] โดยในปัจจุบันมีประเทศลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้ 164 ประเทศ และได้ให้สัตยาบันแล้ว 155 ประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามใน ICSID Convention เมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1985 แต่ยังไม่มีการให้สัตยาบัน จึงมิได้เป็นภาคีและผูกพันตามพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด[36]

นอกจากนี้ World Bank ยังได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการโดย ICSID Convention เรียกว่า ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for the Settlement of Investment Dispute: ICSID) ในปี ค.ศ. 1965 เพื่อปรับปรุงบรรยากาศการลงทุน ทำให้นักลงทุนเกิดความเชื่อมั่น และมีการไหลเวียนของเงินทุนจากประเทศพัฒนาแล้วไปสู่ประเทศกำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนามากขึ้น รวมถึงทำให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ อีกทั้งยังช่วยลดปัญหาความตึงเครียดทางการเมือง[37] กล่าวคือการที่รัฐเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวจะทำให้สามารถใช้บริการ ICSID ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเพื่อระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ โดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID เป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่สมบูรณ์ในตัวเอง (Self-contained dispute resolution system) อันจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex loci arbitri) และศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ไม่มีอำนาจแทรกแซงกระบวนการหรือตรวจสอบคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายใต้ ICSID Convention รวมถึงกรณีคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดและต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว รัฐภาคีของ

---

[35] ปัทมา เผ่าสังข์ทอง, "การส่งเสริมให้คนต่างด้าวเป็นอนุญาโตตลาการในประเทศไทย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 มิถุนายน 2562. แหล่งที่มา: http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13755

[36] ICSID, "List of Contracting States and Other Signatories of the Convention," [Online] Accessed: 30 June 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID3-June%202021.pdf

[37] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 228-229.

ICSID Convention มีหน้าที่ต้องยอมรับคำชี้ขาดว่ามีผลผูกพันและบังคับหนี้เงินตามคำชี้ขาดภายในดินแดนของตนเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด (final judgment) ของศาลภายในประเทศนั้น[38] อันเป็นไปตามมาตรา 54 แห่ง ICSID Convention[39] ซึ่งหลักเกณฑ์ในการบังคับตามคำชี้ขาดมีสาระสำคัญดังนี้

คู่พิพาทฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นฝ่ายที่ชนะคดีซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์จากผลของคำชี้ขาด ต้องยื่นคำร้องขอและส่งสำเนาคำชี้ขาดที่รับรองโดยเลขาธิการต่อองค์กรที่มีอำนาจในประเทศที่จะขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด กล่าวคือ ต้องเป็นองค์กรที่รัฐภาคีได้แจ้งต่อเลขาธิการว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งอาจเป็นศาลหรือองค์กรอื่นก็ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น ระยะเวลาในการบังคับตามคำชี้ขาด วิธีพิจารณาในการดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาด หรือกฎหมายที่ใช้ในการบังคับคดี จะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐภาคีซึ่งจะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น โดยศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดในรัฐภาคีจะไม่สามารถตรวจสอบคำชี้ขาด พิจารณาข้อพิพาทใหม่ หรือทบทวนคำชี้ขาดนั้นได้[40]

อย่างไรก็ตาม ICSID Convention มีกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดเช่นกัน เพียงแต่มิใช่การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลภายใน แต่เป็นการตรวจสอบคำชี้ขาดตามมาตรา 52 กล่าวคือ คู่พิพาทสามารถขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ (annulment of the award) ตามเหตุที่กำหนดไว้ ได้แก่ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยถูกต้อง คณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำเกินขอบเขตอำนาจอย่างชัดแจ้ง อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งทุจริต มีการเบี่ยงเบนออกไปจากกฎเกณฑ์พื้นฐาน

---

[38] ICSID, "Special Features and Benefits of Icsid Membership," [Online] Accessed: 19 August 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_Benefits_English.23.2020.pdf

[39] Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

[40] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 298-300.

ของวิธีพิจารณาความอย่างร้ายแรง หรือคำชี้ขาดไม่ได้ระบุถึงเหตุผลที่เป็นพื้นฐานในการชี้ขาด โดยผู้มีอำนาจในการเพิกถอน คือ คณะกรรมการชั่วคราว (ad hoc Committee) ซึ่งถ้าคณะกรรมการตัดสินเพิกถอนคำชี้ขาดจะมีผลให้ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่สามารถเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นใหม่ได้[41] อย่างไรก็ดี หากผลการพิจารณาปรากฏว่าไม่มีการเพิกถอนคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นก็จะสามารถบังคับได้ในทุกรัฐภาคีของ ICSID Convention โดยศาลภายในไม่สามารถตรวจสอบได้ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

2.2.2 การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์หรือการค้าระหว่างประเทศเป็นการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางพาณิชย์หรือการค้าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยคู่พิพาทซึ่งเป็นเอกชนมาจากประเทศที่ต่างกัน มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือประเทศที่สาม โดยอาจใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่คู่พิพาทซึ่งมาจากประเทศเดียวกันโดยมีการพิจารณาในประเทศใดก็ได้ แต่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายต่างประเทศ[42]

ทั้งนี้ การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจะเกิดโดยความสมัครใจของคู่พิพาท โดยคู่พิพาทจะเป็นผู้เลือกกฎข้อบังคับที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ เป็นผู้กำหนดสถานที่ดำเนินการ

---

[41] "Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;

(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;

(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;

(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or

(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

...

(3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons...The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

...

(6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter."

[42] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 47.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

อนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการดำเนินการในประเทศใดก็ให้ใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นบังคับ (lex loci arbitri)[43] จึงทำให้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทร่วมกันจัดทำขึ้นสำหรับการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด (mandatory provision) ซึ่งคู่พิพาทจะตกลงเป็นอย่างอื่นไม่ได้ โดยหากมีการขัดหรือแย้งดังกล่าวขึ้น ข้อบังคับในส่วนที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถบังคับได้ และอาจทำให้เกิดความล่าช้า หรืออาจเป็นเหตุให้คำชี้ขาดถูกเพิกถอนหรือไม่สามารถบังคับได้ นอกจากนี้เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาทำคำชี้ขาดแล้ว ศาลภายในของประเทศที่เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะมีบทบาทในการตรวจสอบคำชี้ขาด ส่วนการบังคับตามคำชี้ขาดจะอยู่ภายใต้อำนาจของศาลภายในของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดในการที่จะตรวจสอบ[44] ซึ่งการบังคับตามคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจะอยู่ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 หรือ New York Convention ซึ่งจะนำศึกษารายละเอียดในหัวข้อต่อไป

2.2.2.1 การดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

การดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น คู่พิพาทอาจเลือกดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) ซึ่งจะต้องดำเนินการด้วยตนเอง หรืออาจตกลงให้มีการดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) การดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการแบบดำเนินการเองหรือเฉพาะกิจนั้นเป็นการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทตกลงดำเนินการด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่าง ๆ และให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใด[45] ซึ่งการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้มีประโยชน์หลายประการ อาทิเช่น การที่คู่พิพาทเป็นผู้กำหนดข้อบังคับร่วมกันเองจะทำให้การดำเนินการเป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของคู่พิพาท ซึ่งโดยทั่วไปข้อบังคับดังกล่าวจะมีความกระชับและไม่ยุ่งยากซับซ้อนเหมือนอย่างข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

---

[43] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 30.

[44] เรื่องเดียวกัน, 28-29.

[45] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 40.

การดำเนินการจึงมักมีความรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรับบริการจากสถาบันใด ๆ ทั้งนี้ ประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นคู่พิพาท ที่ปรึกษากฎหมาย และอนุญาโตตุลาการก็ตาม[46]

การดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจนั้น คู่พิพาทมีภาระงานที่ต้องดำเนินการ 2 ลักษณะ ได้แก่ งานธุรการ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี เช่น การนัดหมายคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการ หรืองานจัดเตรียมสถานที่ เป็นต้น และภาระงานอีกลักษณะหนึ่ง คือ งานคดี อันเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ การจัดทำข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการถือปฏิบัติในการพิจารณาคดี[47] โดยงานคดีดังกล่าวนี้คู่พิพาทอาจกำหนดข้อบังคับโดยตกลงกันเองหรือใช้ข้อบังคับตาม UNCITRAL Arbitration Rules ก็ได้ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1) ข้อบังคับโดยตกลงกันเอง

คู่พิพาทอาจกำหนดข้อบังคับโดยตกลงกันเอง กล่าวคือ คู่พิพาทร่วมกันจัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่าง ๆ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการถือปฏิบัติ ซึ่งข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นสิ่งหนึ่งที่มีส่วนทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการประสบความสำเร็จมากหรือน้อยเพียงใด รวมทั้งต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับ เพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการด้วย ดังนั้น การจัดทำข้อบังคับดังกล่าวจึงถือเป็นงานที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถด้านกฎหมาย รวมทั้งประสบการณ์ด้านอนุญาโตตุลาการ และด้วยปัญหาในงานคดีนี้เองที่ทำให้คู่พิพาทไม่ค่อยใช้การดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจมากนัก จึงได้มีการจัดทำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการซึ่งเรียกว่า UNCITRAL Arbitration Rules สำหรับคู่พิพาทที่ต้องการดำเนินการเอง เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระงานด้านคดี[48] ดังจะนำศึกษาในหัวข้อต่อไป

2) ข้อบังคับตาม UNCITRAL Arbitration Rules

คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) หรือ UNCITRAL เป็นองค์กรหนึ่งของสหประชาชาติโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) ได้มีมติให้จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ ๑๗ ธันวาคม ๒๕๐๙ (ค.ศ. ๑๙๖๖) โดยมีหน้าที่ในการดำเนินการจัดทำและพัฒนา

---

[46] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 23.

[47] เรื่องเดียวกัน, 21.

[48] เรื่องเดียวกัน, 21-22.

กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อลดปัญหาและขจัดอุปสรรคอันเกิดจากการที่กฎหมายการค้าของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน อันอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในขับเคลื่อนการค้าระหว่างประเทศ โดยการสร้างกฎหมายการค้าระหว่างประเทศให้มีความเป็นเอกภาพ (Harmonization and Unification of the law of International Trade) UNCITRAL จึงถือว่าเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการจัดทำและพัฒนากฎหมายให้เป็นเอกภาพ[49]

โดย UNCITRAL ได้ตระหนักถึงปัญหาภาระงานด้านคดีในการจัดทำข้อบังคับโดยตกลงกันเองของคู่พิพาท จึงได้จัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 1976 (UNCITRAL Arbitration Rules 1976)[50] ซึ่งกำหนดรายละเอียดของกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการและทางแก้ไขสำหรับข้อขัดข้องที่อาจเกิดขึ้นในแต่ละขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการ[51] อันเป็นการสนับสนุนการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการแบบดำเนินการเองหรือเฉพาะกิจ ทำให้คู่พิพาทที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบดังกล่าว แต่ไม่ต้องการมีภาระงานด้านคดีสามารถนำ UNCITRAL Arbitration Rules มาใช้ได้[52] ทั้งในข้อพิพาททางพาณิชย์และข้อพิพาททางการลงทุน

(ข) การดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ (Institutional arbitration)

กรณีที่คู่พิพาทไม่ต้องการมีภาระงานธุรการและงานคดีก็อาจเลือกการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน กล่าวคือ คู่พิพาทตกลงเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่งโดยกำหนดในสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้สถาบันดังกล่าวรับภาระทั้งงานธุรการและงานด้านคดีแทนคู่พิพาท ซึ่งในปัจจุบันมีสถาบันอนุญาโตตุลาการจำนวนมาก โดยสถาบันต่าง ๆ มีข้อบังคับสำหรับสถาบันเพื่อใช้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ สถาบันดังกล่าวก็จะดำเนินการตามข้อบังคับของสถาบันต่อไปซึ่งการดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันได้รับความนิยมอย่างกว้างขวาง เพราะนอกจากจะมี

---

[49] ภคมน นาถเสวี, "Uncitral กับการสร้างกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศให้เป็นเอกภาพ," กฤษฎีกา โฟกัส ปีที่ 13 ฉบับที่ 140 (กุมภาพันธ์ 2560): 5.

[50] ในปัจจุบัน UNCITRAL Arbitration Rules มีทั้งหมด 3 ฉบับ ได้แก่ 1) ฉบับ ค.ศ. 1976 2) ฉบับ ค.ศ. 2010 และ 3) ฉบับ ค.ศ. 2013 ซึ่งคู่พิพาทสามารถตกลงกันเพื่อเลือกได้ว่าจะนำข้อบังคับฉบับใดไปใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ

[51] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 41.

[52] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 22.

ข้อบังคับของสถาบันข้างต้นที่ร่างโดยผู้มีประสบการณ์ มีการแก้ไขให้ทันสมัย และสอดคล้องกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการแล้ว สถาบันต่าง ๆ ยังอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทโดยมีการจัดเตรียมรายชื่ออนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ ความสามารถ และมีประสบการณ์ เพื่อให้คู่พิพาทเลือก รวมทั้งมีผู้ทำหน้าที่ธุรการและให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาทระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และมีมาตรการตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ ทำให้คำชี้ขาดมีความน่าเชื่อถืออีกด้วย[53] โดยในลำดับต่อไปจะขอนำศึกษาตัวอย่างสถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญจำนวน 2 แห่ง ดังต่อไปนี้

1) ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre)

ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre: SIAC) ตั้งอยู่ที่ Maxwell Chambers[54] ประเทศสิงคโปร์ ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1991[55] ซึ่ง SIAC ถือเป็นหนึ่งในสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมแห่งหนึ่งของโลก โดยถูกจัดอันดับเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมเป็นอันดับ 2 จากการสำรวจการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2021 ของ School of International Arbitration[56]

SIAC ให้บริการในการบริหารจัดการข้อพิพาทหลากหลายประเภท เช่น ข้อพิพาททางพาณิชย์ ประกันภัย ทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงข้อพิพาททางการลงทุน ซึ่งโดยทั่วไปการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทต่าง ๆ จะอยู่ภายใต้ SIAC Rules แต่สำหรับข้อพิพาททางการลงทุนนั้น SIAC ได้จัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (Investment Arbitration Rules 2017) ในปี ค.ศ. 2017 ซึ่งคู่พิพาทสามารถตกลงให้ใช้ข้อบังคับดังกล่าวกับข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา สนธิสัญญา หรือตราสารอื่น ๆ นอกจากนี้ SIAC ยังให้บริการแก่การอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ตามความตกลงของคู่พิพาทด้วย โดย The President of the Court of Arbitration of SIAC สามารถทำหน้าที่เป็น Appointing authority ในการระงับข้อพิพาท

---

[53] เรื่องเดียวกัน, 22-24.

[54] Maxwell Chambers เป็นศูนย์รวมการให้บริการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งตั้งอยู่ที่ประเทศสิงคโปร์ โดยเป็นที่ตั้งของสำนักงานภูมิภาคสำนักระงับข้อพิพาททางเลือกและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหลายแห่ง และมีห้องพิจารณาคดีและสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการระงับข้อพิพาททางเลือกต่าง ๆ ไว้ให้บริการ

[55] SIAC, "About Us," [Online] Accessed: 20 August 2021. Available from: https://siac.org.sg/about-us/about-us

[56] School of International Arbitration (Queen Mary University of London), "2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World," pp. 9-10.

ภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules[57] โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ SIAC นั้นได้ถูกนำไปใช้บังคับในหลายประเทศด้วยกัน เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศจีน ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเวียดนาม รวมไปถึงประเทศไทย และประเทศอื่น ๆ ที่เป็นภาคีของ New York Convention[58]

2) คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission)

คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission: CIETAC) เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1956 เพื่อตอบสนองความต้องการของประเทศจีนในด้านความสัมพันธ์ด้านเศรษฐกิจและการค้ากับต่างประเทศภายหลังจากที่ประเทศจีนมีนโยบาย reform and opening-up ซึ่งเดิมเป็นที่รู้จักในชื่อ the Foreign Trade Arbitration และได้เปลี่ยนชื่อเป็น Foreign Economic and Trade Arbitration ในปี ค.ศ. 1980 ต่อมาในปี ค.ศ. 1988 สถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงได้เปลี่ยนชื่อเป็น CIETAC และยังเป็นที่รู้จักในชื่อ the Arbitration Court of the China Chamber of International Commerce (CCOIC) ซึ่ง CIETAC นั้นประกอบด้วยสำนักงานใหญ่ ณ กรุงปักกิ่ง และมีคณะกรรมการย่อย (Sub-Commission) ในหลายพื้นที่ของประเทศจีน รวมถึงมีศูนย์อนุญาโตตุลาการในบางพื้นที่ เช่น ฮ่องกง[59] โดย CIETAC ได้ถูกจัดอันดับเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมเป็นอันดับ 5 จากการสำรวจการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2021 ของ School of International Arbitration[60]

CIETAC ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจและการค้า ซึ่งโดยทั่วไปจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ CIETAC Arbitration Rules รวมถึงให้บริการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration Rules (For Trial

---

[57] SIAC, "Frequently Asked Questions (Faqs)," [Online] Accessed: 20 August 2021. Available from: https://siac.org.sg/faqs/siac-general-faqs#faq01

[58] SIAC, "About Us," [Online] Accessed: 20 August 2021. Available from: https://siac.org.sg/about-us/about-us

[59] CIETAC, "Introduction," [Online] Accessed: 22 August 2021. Available from: http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=34&l=en

[60] School of International Arbitration (Queen Mary University of London), "2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World," pp. 9-10.

Implementation) 2017) ซึ่งใช้บังคับในปี ค.ศ. 2017 โดยการยอมรับและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีการบริหารจัดการโดย CIETAC นั้นจะอยู่ภายใต้ New York Convention[61]

2.2.2.2 การบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention

สาเหตุที่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายมีเหตุผลสำคัญประการหนึ่ง คือ การบังคับตามคำชี้ขาดสามารถกระทำได้ทั่วโลกง่ายกว่าคำพิพากษาของศาลภายในของรัฐต่าง ๆ เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)) หรือที่รู้จักในนามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention)[62] โดยอนุสัญญาดังกล่าวเป็นผลมาจากการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (Conference on International Commercial Arbitration) ที่จัดขึ้นโดยคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (Economic and Social Council: ECOSOC) ระหว่างวันที่ 20 พฤษภาคม ถึงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ณ กรุงนิวยอร์ก โดยอนุสัญญาฉบับนี้มีเป้าประสงค์ในการสร้างมาตรฐานทางกฎหมายของรัฐภาคีในการยอมรับนับถือสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ทำให้ไม่เกิดการเลือกปฏิบัติต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และบังคับได้เสมือนเช่นคำชี้ขาดภายในประเทศ[63] เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากขึ้น ในปัจจุบันอนุสัญญาดังกล่าวมีรัฐภาคีทั้งหมด 168 ประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ตั้งแต่วันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1959 โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1960[64] ทั้งนี้ รัฐภาคีของอนุสัญญาต้องออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับ อาทิเช่น ประเทศไทยมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นใช้บังคับ แต่ต่อมาได้ถูกยกเลิกและถูกแทนที่โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นต้น ดังนั้น แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการจะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ยังต้องให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

---

[61] CIETAC, "Introduction," [Online] Accessed: 22 August 2021. Available from: http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=34&l=en

[62] Michael McIlwrath and John Savage, International Arbitration and Mediation a Practical Guide (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010), p. 346.

[63] "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")," [Online] Accessed: 1 September 2020. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards

[64] UNCITRAL, "Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")," [Online] Accessed: 3 June 2021. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

ที่กำหนดไว้ใน New York Convention กล่าวคือ เหตุอันทำให้คำชี้ขาดถูกเพิกถอน หรือถูกปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด[65] ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดที่ควรศึกษาดังต่อไปนี้

1) ขอบเขตของอนุสัญญา

New York Convention ใช้บังคับกับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Arbitral Awards) ตามขอบเขตของอนุสัญญาซึ่งปรากฏในมาตรา 1 โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

กรณีแรก คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในประเทศอื่นที่มิใช่ประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด ดังนั้นจึงเป็นการใช้ทฤษฎีหลักดินแดน (Territorial Theory) โดยไม่คำนึงถึงหลักสัญชาติของคู่กรณีว่าจะมีสัญชาติใดหรือเป็นคนในบังคับของรัฐภาคีหรือไม่[66]

กรณีที่สอง คำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดแต่กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ[67] เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มิได้ให้คำนิยามคำว่า “domestic” หรือ “ภายในประเทศ” ว่าหมายถึงกรณีใดบ้าง ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับรัฐภาคีในการตัดสิน[68]

ดังนั้น รัฐภาคีของ New York Convention จึงต้องบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำขึ้นนอกดินแดนของตนหรือบังคับตามคำชี้ขาดที่กฎหมายภายในไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าประเทศที่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาทำคำชี้ขาดจะเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้หรือไม่ เว้นแต่ในการเข้าเป็นภาคี New York Convention รัฐได้ตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเอาไว้[69]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

2) ข้อสงวนตามอนุสัญญา

New York Convention ได้กำหนดให้รัฐอาจตั้งข้อสงวน (Reservation) ในการเข้าเป็นภาคีได้ 2 กรณี ตามมาตรา 1 (3) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

---

[65] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 32.

[66] รุ่งระวี โสขุมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม" (ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 39.

[67] เรื่องเดียวกัน

[68] Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 3 ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 227.

[69] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 185.

กรณีแรก ข้อสงวนตามหลักต่างตอบแทนหรือหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocity Reservation) กล่าวคือ โดยหลักแล้วหากรัฐเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้โดยมิได้ตั้งข้อสงวนตามหลักต่างตอบแทนนี้ รัฐภาคีนั้นจะมีพันธกรณีที่จะต้องยอมรับนับถือว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีผลผูกพัน และต้องบังคับตามคำชี้ขาดนั้นตามกระบวนการของกฎหมายของรัฐนั้นตามมาตรา 3 แห่ง New York Convention แม้ว่าคำชี้ขาดจะทำขึ้นในประเทศที่มิใช่ภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้ก็ตาม แต่สำหรับรัฐภาคีที่ตั้งข้อสงวน อนุสัญญาฉบับนี้จะใช้บังคับกับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีอื่นเท่านั้นอันเป็นไปตามหลักต่างตอบแทน[70]

กรณีที่สอง ข้อสงวนเฉพาะข้อพิพาททางพาณิชย์ (Commercial Reservation) กล่าวคือ รัฐซึ่งตั้งข้อสงวนจะมีพันธกรณีตาม New York Convention เฉพาะแต่ในข้อพิพาทอันเนื่องมาจากนิติสัมพันธ์ที่กฎหมายภายในของรัฐนั้นถือว่าเป็นข้อพิพาททางพาณิชย์เท่านั้น[71] เนื่องจากอนุสัญญามิได้ให้คำนิยามแก่คำว่า “Commercial” ทั้งนี้ มีรัฐภาคีอย่างน้อย 44 ประเทศที่ตั้งข้อสงวนกรณีดังกล่าว[72] ดังนั้น หากรัฐภาคีไม่ตั้งข้อสงวนเฉพาะข้อพิพาททางพาณิชย์ รัฐภาคีจะมีพันธกรณีตาม New York Convention ในข้อพิพาทอื่น ๆ นอกจากข้อพิพาททางพาณิชย์ ซึ่งรวมถึงข้อพิพาททางการลงทุนด้วย จึงเป็นช่องทางให้รัฐต่าง ๆ ที่มิได้เป็นภาคีของ ICSID Convention หรือแม้กระทั่งรัฐภาคีของ ICSID Convention เองก็ตาม สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุน โดยดำเนินการเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention ได้ หากรัฐที่ถูกร้องขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นมิได้ตั้งข้อสงวนเฉพาะข้อพิพาททางพาณิชย์ดังกล่าวไว้

3) การเพิกถอนคำชี้ขาดและการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด

โครงสร้างที่สำคัญประการหนึ่งของ New York Convention ได้แก่ การให้อำนาจศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด และศาลของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดในการตรวจสอบคำชี้ขาดได้ กล่าวคือ หากมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศใด ศาลของประเทศนั้นมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดได้ และหากปรากฏว่ามีเหตุตามกฎหมายของประเทศนั้นที่ศาลอาจเพิกถอนคำชี้ขาด

---

[70] McIlwrath, M. and J. Savage, International Arbitration and Mediation a Practical Guide (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010), p. 347.

[71] Ibid.

[72] Moses, M. L., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 3 ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 228.

ศาลดังกล่าวมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้[73] ซึ่งอาจทำให้คำชี้ขาดดังกล่าวไม่สามารถนำไปบังคับในรัฐภาคีของ New York Convention อันเป็นไปตามมาตรา 5 (1) (e)[74]

ส่วนกรณีศาลของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดนั้น มีอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดได้โดยอาจไม่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หากมีเหตุแห่งการปฏิเสธตามมาตรา 5 แห่ง New York Convention ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี อันได้แก่ เหตุที่ผู้คัดค้านต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ และเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้ โดยไม่ต้องมีการกล่าวอ้างจากผู้คัดค้าน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1) เหตุที่ผู้คัดค้านต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์

ประการแรก สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 5 (1) (a)[75] แห่ง New York Convention กล่าวคือ คู่สัญญาบกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาหรือความตกลงดังกล่าวไม่มีผลผูกพันกันตามกฎหมายที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

ประการที่สอง การฝ่าฝืนหลักกระบวนพิจารณาโดยชอบ ตามมาตรา 5 (1) (b) - (e) แห่ง New York Convention ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 5 (1) (b)[76] ไม่มีการแจ้งให้ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดทราบล่วงหน้าถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ถูกบังคับไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีได้เพราะเหตุประการอื่น

มาตรา 5 (1) (c)[77] คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่เกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกจากคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตให้คำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตนั้นสามารถบังคับได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[73] เนื่องจาก New York Convention ไม่ได้บัญญัติว่ามีเหตุแห่งการเพิกถอนใดบ้าง ดังนั้น เหตุที่ศาลอาจเพิกถอนจึงเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการแต่ละประเทศอาจกำหนดเหตุดังกล่าวไว้แตกต่างกัน

[74] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 35.

[75] Article V

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

[76] Article V (1) (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

มาตรา 5 (1) (d)[78] องค์คณะของอนุญาโตตุลาการหรือวิธีพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

มาตรา 5 (1) (e)[79] คำชี้ขาดนั้นไม่มีผลผูกพันคู่พิพาท หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น

3.2) เหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นได้เอง

ประการแรก ศาลสามารถปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้เองหากเนื้อหาสาระของข้อพิพาทตามคำชี้ขาดนั้นไม่อาจระงับได้ด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ตามมาตรา 5 (2) (a)[80] แห่ง New York Convention

ประการที่สอง คำชี้ขาดซึ่งขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 5 (2) (b)[81] แห่ง New York Convention

2.3 หลักประกันความยุติธรรม

หลักประกันความยุติธรรมที่สำคัญในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งควรศึกษา ได้แก่ ประการแรก คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอันประกอบด้วยหลักความเป็นกลาง (Impartiality) และหลักความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ (Independence) ที่ถือเป็นหนึ่งในหัวใจสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และประการที่สอง

---

[77] Article V (1) (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

[78] Article V (1) (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

[79] Article V (1) (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

[80] Article V

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

[81] Article V (2) (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

หลักความโปร่งใส (Transparency) ซึ่งหลักดังกล่าวนั้น องค์กรที่มีความสำคัญต่อการอนุญาโตตุลาการ เช่น ICSID และ UNCITRAL ล้วนให้ความสำคัญ และมีความพยายามที่จะเสริมสร้างให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น โดยขอนำศึกษารายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดโดยการตกลงกันของคู่พิพาท กล่าวคือ อาจกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น ต้องเป็นนักกฎหมาย หรือวิศวกร เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ประการหนึ่งเหมือนผู้พิพากษา คือ การทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมแก่คู่พิพาท ซึ่งต้องเป็นการให้ความยุติธรรมและความยุติธรรมนั้นต้องปรากฏให้เห็นเป็นประจักษ์ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องมีคุณสมบัติพิเศษเพื่อให้มีความสอดคล้องกับหน้าที่ดังกล่าว กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) และความเป็นอิสระ (Independence)[82] ซึ่งคุณสมบัติทั้งสองประการดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากต่อกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นหนึ่งในหลักพื้นฐานของธรรมนูญแห่งการอนุญาโตตุลาการ (Magna Carta of Arbitration) ที่ต้องคงไว้ตลอดกระบวนพิจารณา ดังนั้น จึงมีการกำหนดให้คู่พิพาทสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้หากมีเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการ[83] โดยความเป็นกลางและความเป็นอิสระเป็นที่ยอมรับจนเป็นหลักสากล ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ และสถาบันอนุญาโตตุลาการมีการบัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวไว้ ส่วนใหญ่จะบัญญัติทั้งหลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระ แต่ในบางประเทศอาจบัญญัติความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระไว้เพียงหลักการใดหลักการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎหมายอนุญาโตตุลาการเกือบทุกประเทศจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทุกคน ไม่เพียงเฉพาะแต่ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จะต้องมีคุณสมบัติความเป็นกลางและความเป็นอิสระ[84] โดยคุณสมบัติทั้งสองประการดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[82] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 135-136.

[83] Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), pp. 95, 256.

[84] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 136-137.

2.3.1.1 ความเป็นกลาง (Impartiality)

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มิได้ให้ความหมายของคำว่าความเป็นกลางเอาไว้ อย่างไรก็ตาม มีผู้อธิบายถึงความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ดังนี้

Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis และ Stefan M. Kroll ได้ให้คำอธิบายความเป็นกลางไว้ว่า อนุญาโตตุลาการต้องไม่เข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือมีความเอนเอียงต่อประเด็นที่มีการพิพาท ดังนั้น ความเป็นกลางจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจ (state of mind) ที่มีความเป็นนามธรรม (abstract) และมาตรฐานทางอัตวิสัย (subjective standard) ซึ่งยากแก่การพิสูจน์[85]

ไชยวัฒน์ บุนนาค มีความเห็นในหนังสืออนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติว่า ความเป็นกลางหรือการวางตัวเป็นกลางหมายความว่าต้องไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม้ฝ่ายนั้นจะเป็นฝ่ายที่เสนอชื่อตนให้เป็นอนุญาโตตุลาการ[86]

IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (1987) ในข้อ 3 ได้อธิบายถึงความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า ความไม่เป็นกลาง (partiality) จะเกิดขึ้นเมื่ออนุญาโตตุลาการเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือมีอคติ (prejudiced) ที่เกี่ยวข้องกับมูลความแห่งข้อพิพาท (subject-matter of the dispute)

นอกจากคำว่า Impartiality แล้ว ยังปรากฏคำว่า Neutrality ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหลายสถาบัน เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (Commercial Arbitration Rules) ของสมาคมอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา (The American Arbitration Association: AAA) ข้อ 20 และข้อ 55 ใช้คำว่า Neutral Arbitrator เป็นต้น ซึ่งคำว่า Neutrality หมายถึง ความเป็นกลาง เช่นกัน แต่มีความหมายแตกต่างไปจากคำว่า Impartiality โดยมีความหมายกว้าง รวมความเป็นกลางทุกอย่าง อาทิเช่น ประเทศ ระบบกฎหมาย และสัญชาติ เป็นต้น[87]

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ หมายถึง การทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่เข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแม้แต่คู่กรณี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[85] Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), pp. 258-261.

[86] ไชยวัฒน์ บุนนาค, อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (กรุงเทพฯ: 2552), หน้า 74.

[87] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 140.

ผู้ที่แต่งตั้งตน รวมถึงไม่มีอคติต่อประเด็นในข้อพิพาท จึงเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก ยกเว้นแต่ว่าอนุญาโตตุลาการจะได้มีการแสดงถึงความลำเอียง หรือมีพฤติกรรมที่ทำให้เข้าใจได้ว่ามีความไม่เป็นกลาง

2.3.1.2 ความเป็นอิสระ (Independence)

ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการมิได้มีการนิยามความหมายเอาไว้ในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับความเป็นกลางที่มิได้มีการบัญญัติไว้ แต่หากพิจารณาหลักของความยุติธรรมที่ว่า ไม่มีบุคคลใดอาจทำหน้าที่ตัดสินคดีของตนเองได้ (No one should be a judge in his own case) ในบริบทของอนุญาโตตุลาการแล้วอาจอธิบายความเป็นอิสระได้ว่า หมายถึง การที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน โดยความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการเป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท[88] ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า มีผู้อธิบายความหมายของความเป็นอิสระไว้ดังนี้

Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis และ Stefan M. Kroll ได้ให้คำอธิบายว่า อนุญาโตตุลาการต้องไม่มีความสัมพันธ์ที่ต้องพึ่งพาอาศัยกันทั้งในอดีตและปัจจุบันกับคู่กรณี ซึ่งอาจส่งผลหรืออย่างน้อยมองแล้วส่งผลต่ออิสระในการทำคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระเพื่อเป็นการทำให้มั่นใจว่าได้แสดงให้เห็นถึงการให้ความยุติธรรมแล้ว[89]

ไชยวัฒน์ บุนนาค ผู้เขียนหนังสืออนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติได้ให้ความหมายความเป็นอิสระไว้ว่า ไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความควบคุมของผู้ใดในลักษณะที่อาจถูกผู้นั้นเข้ามาครอบงำหรือแทรกแซงในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้[90]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (1987) ในข้อ 3 ได้อธิบายถึงความไม่เป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า ความไม่เป็นอิสระ (Dependence) จะเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลผู้มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับคู่กรณี

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อาจหมายถึง การทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงพึ่งพาอาศัยหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ใด

---

[88] เรื่องเดียวกัน, 141.

[89] Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll. Comparative International Commercial Arbitration. p.261

[90] ไชยวัฒน์ บุนนาค, อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ (กรุงเทพฯ: 2552), หน้า 74.

ทั้งนี้ แม้ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นหลักประกันว่าอนุญาโตตุลาการจะไม่มีส่วนได้เสียในคดี จะมีความเป็นรูปธรรมมากกว่าความเป็นกลาง แต่การพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีถึงระดับใดจึงจะถือว่ามีผลกระทบต่อความเป็นอิสระนั้นเป็นการยาก เนื่องจากความสัมพันธ์ที่ถือว่าทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระจะต้องเป็นความสัมพันธ์ที่กระทบต่อผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการโดยตรงซึ่งแสดงให้เห็นชัดเจนหรือความสัมพันธ์นั้นเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น จึงไม่ใช่ทุกกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทจะทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระ[91]

อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่อาจถือได้ว่าหลักความเป็นกลางและหลักความเป็นอิสระเป็นสิ่งเดียวกัน แต่การพิจารณามักจะพิจารณาหลักความอิสระพร้อมกับหลักความเป็นกลางเสมอ เนื่องจากหลักการทั้งสองถูกมองว่าเป็นองค์ประกอบในด้านตรงข้ามของเหรียญเดียวกัน จึงใช้เป็นเครื่องมือที่คู่ขนานกันไปในการประเมินอคติของอนุญาโตตุลาการ[92] ดังเช่นที่ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (1987) ได้กำหนดความเป็นอิสระและความเป็นกลางเป็นเงื่อนไขเอาไว้ในข้อ 3[93]

โดยในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการนั้น ได้ปรากฏในแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) ของ International Bar Association ซึ่งได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องมีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระจากคู่พิพาทขณะที่รับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ จนกระทั่งมีคำชี้ขาดตัดสินหรือมีการยกเลิกกระบวนพิจารณา ตามข้อบทมาตรฐานทั่วไปที่ 1[94] แนวทางปฏิบัติดังกล่าวแม้ไม่มีผลผูกพัน แต่ถือเป็นการสะท้อนความสำคัญของหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[91] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 141.

[92] Alan Redfern *et al.*, Law and Practice on International Commercial Arbitration, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), p. 201.

[93] 3. Elements of Bias

3.1 The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. Partiality arises when an arbitrator favours one of the parties, or where he is prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute. Dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties.

[94] "Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated."

ดังนั้น จากการศึกษาความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการข้างต้น อาจสรุปได้ว่า อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

ประการแรก อนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลที่สาม กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่บุคคลที่สามทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการต้องมิใช่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี

ประการที่สอง อนุญาโตตุลาการต้องไม่มีส่วนได้เสีย กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดี หรือความสัมพันธ์เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับคู่พิพาทในคดี หรือรู้เห็นหรือเกี่ยวข้องในทางคดี[95] เช่น ต้องมิได้มีผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญร่วมกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผลลัพธ์แห่งคดี มิได้เป็นเป็นผู้จัดการหรือทำหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลกิจการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มิได้เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ของคู่พิพาท มิได้เป็นคู่สมรสหรือผู้แทนทางกฎหมายของคู่พิพาทในคดี หรือมิได้ถูกอ้างเป็นพยานในคดีนั้น เป็นต้น[96]

ประการที่สาม อนุญาโตตุลาการต้องปราศจากอคติ กล่าวคือ ต้องไม่มีอคติต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือประเด็นที่พิพาทในคดี หรือไม่เข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อันจะทำให้การทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทนั้นไม่มีความเป็นกลางและไม่ยุติธรรมต่อคู่พิพาทฝ่ายที่อนุญาโตตุลาการมีอคตินั้น อาทิ เช่น อนุญาโตตุลาการไม่ควรมีความเห็นในทางลบต่อบุคคลผู้มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง หรือผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง จนทำให้มีอคติต่อคู่พิพาทที่มีสัญชาติหรือนับถือศาสนาดังกล่าว หรือหากเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการเขียนบทความหรือกล่าวสุนทรพจน์โดยแสดงให้เห็นถึงจุดยืนที่เป็นปฏิปักษ์ต่อประเด็นที่พิพาทในคดีก็อาจทำให้คู่พิพาทยกเหตุดังกล่าวขึ้นคัดค้านการขาดคุณสมบัติความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้[97]

ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทขาดคุณสมบัติประการใดประการหนึ่งที่กล่าวถึงข้างต้น อาจนำไปสู่การกล่าวอ้างการขาดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการคัดค้านคำชี้ขาด และปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม นอกจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทหรือบุคคลใกล้ชิดคู่พิพาทแล้ว ในบางกรณีอาจมีบุคคลอื่นที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ซึ่งควรพิจารณาให้ความสำคัญเช่นเดียวกันเพื่อพิจารณา

---

[95] ชีพ จุลมนต์, "เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง ความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้หลักนิติธรรม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: https://institute.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1156

[96] บุคคลใด ๆ ไม่ควรจะเป็นผู้ตัดสินคดีของตนเอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: http://web.krisdika.go.th/data/serve/tha/acknowledge/acknowledge_2/proverb-5.htm

[97] William Park, "Arbitrator Bias," Transnational Dispute Management (TDM) (January 2015): 6-7.

ตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ดังเช่น ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งจะนำศึกษาในบทต่อ ๆ ไป

2.3.2 หลักความโปร่งใส (Transparency)

ความโปร่งใส (Transparency) นั้นในเชิงทั่วไป หมายถึง การเปิดเผย หรือ การสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งหลักการนี้อาจถือได้ว่าเป็นคุณธรรมที่สำคัญในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการตรวจสอบการพิจารณาตัดสินคดี เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการต่าง ๆ และเพื่อส่งเสริมคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้อง (integrity) ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ[98]

แม้การรักษาความลับอาจถือเป็นลักษณะเด่นอย่างหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่การรักษาสภาวะสมดุลระหว่างการรักษาความลับ (Confidentiality) และความโปร่งใส (Transparency) ก็เป็นเรื่องที่มีความตึงเครียด (tension) อยู่ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ[99] อีกทั้งในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investment Arbitration) การรักษาความลับอาจทำให้เกิดการหยิบยกประเด็นปัญหาทางการเมืองและการทูตที่มีความอ่อนไหว[100] และด้วยเหตุที่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ จึงมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (public interest) ด้วยเหตุผลต่าง ๆ จึงทำให้มีแรงผลักดันที่มากขึ้นเพื่อให้เกิดการพัฒนาความโปร่งใส และมีการวิพากษ์วิจารณ์ที่มากยิ่งขึ้นถึงการขาดความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน[101]

โดยความพยายามในการนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนปรากฏในการประชุม ครั้งที่ 46 ซึ่งคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้รับรองหลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor – State Arbitration หรือ UNCITRAL Rules on Transparency) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ฉบับปี ค.ศ. 2013 (UNCITRAL Arbitration Rules 2013) ได้มี

---

[98] Rogers, Catherine A. “Transparency in International Commercial Arbitration”. 54 U. Kan. L. Rev. 1301 (2006).

[99] Buys, Cindy G. “The tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”. 14 AM. REV. INT’L AR3 (2003).

[100] Delaney, Joachim, and Daniel Barstow Magraw. "Procedural Transparency." In The Oxford Handbook of International Investment Law. : Oxford University Press, p. 756.

[101] “Arbitration Under International Investment Agreements - A Guide to the Key Issues”, 2nd Edition edited by Yannaca-Small, Katia (19th July 2018), p.218.

การนำหลักว่าด้วยความโปร่งใสรวมเข้าไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการดังกล่าว อีกทั้งได้มีการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญา (the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration: Mauritius Convention on Transparency) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่บังคับใช้หลักความโปร่งใสขึ้น โดยในปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งหมด 8 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบนิน ประเทศโบลิเวีย ประเทศแคเมอรูน ประเทศแคนาดา ประเทศแกมเบีย ประเทศมอริเชียส และประเทศสวิตเซอร์แลนด์[102]

อย่างไรก็ตาม แม้หลักเกณฑ์และอนุสัญญาข้างต้นเป็นหลักฐานที่ยืนยันว่าหลักความโปร่งใสมีความสำคัญอย่างยิ่งในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน แต่ยังไม่พบว่ามีการบัญญัติถึงความเกี่ยวข้องของหลักความโปร่งใสและการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไว้โดยตรง โดยอาจเนื่องมาจากประเด็นดังกล่าวเพิ่งได้รับความสนใจในภายหลัง ทั้งนี้ UNCITRAL ก็ไม่ได้ละเลยในการพิจารณาถึงแนวทางในการพัฒนาหลักความโปร่งใสในประเด็นดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากการที่ Working Group III ซึ่งเป็นคณะทำงานที่พิจารณาเกี่ยวกับการปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement Reform) ได้ถูกเสนอแนะและมีการพิจารณาในประเด็นเรื่องหลักความโปร่งใสที่สัมพันธ์กับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ซึ่งมีผลกระทบต่อระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยรวมทั้งหมด[103] และในมุมมองของรัฐที่ปรากฏในที่ประชุมของคณะทำงานดังกล่าวก็มีความเห็นในทิศทางเดียวกัน เช่น ประเทศออสเตรเลีย มีความเห็นว่า “หนึ่งในเรื่องที่ควรพิจารณาคือ แนวทางที่จะปรับปรุงพัฒนาหลักความโปร่งใสในเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม” สอดคล้องกับความเห็นของประเทศเนเธอร์แลนด์ว่า “ปัญหาเรื่องความโปร่งใสนั้นมีความเกี่ยวข้องผสมผสานกับเรื่องอื่น ๆ ...และมีประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้หลายประเด็นที่ควรพิจารณา ซึ่งหนึ่งในประเด็นนั้นคือเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม”[104]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[102] United Nations, "Status: United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (New York, 2014)," in Texts and Status.

[103] UNCITRAL. “Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 April 2018)” [Online]. Available from: http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/a-cn9-935_-_clean_submitted_ADVANCE_COPY.PDF [12 November 2018

[104] Anthea Roberts and Zeineb Bouraoui, "Uncitral and Isds Reforms: Concerns About Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims," [Online] Accessed: 15 June 2020. Available from: https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นในเบื้องต้นว่า ควรนำหลักความโปร่งใสซึ่งเป็นหลักการเพื่อให้มีการเปิดเผยและทำให้มีการตรวจสอบได้มาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามด้วย โดยจะขอนำศึกษาเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบทต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 3
นิยาม และลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในบทนี้ส่วนแรกเริ่มต้นจากการพิจารณานิยามและการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในรูปแบบอื่น ได้แก่ ค่าทนายความตามผลแห่งคดี การประกันภัย การกู้ยืมเงิน และการโอนสิทธิเรียกร้อง จากนั้นในส่วนที่สองจึงนำศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามว่า มีบุคคลใดบ้างที่มีบทบาทในเรื่องดังกล่าว รวมถึงวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนเงินทุน รูปแบบของการสนับสนุนเงินทุน ตลอดจนกระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 นิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและการสนับสนุนเงินทุนรูปแบบอื่น

3.1.1 นิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น จากการศึกษาพบว่ามีคำเรียกที่หลากหลาย โดยอาจเรียกว่า Third Party Funding หรือ Litigation Funding[105] หรือ Third Party Litigation Funding[106] หรือ Litigation Financing[107] หรือ Third Party Financing หรือ Legal Finance[108] ซึ่งในบางกรณีจะใช้แทนกันได้ในความหมายเดียวกัน แต่ในบางกรณีนักวิชาการหรือผู้เขียนบทความจะใช้คำว่า Third Party Funding ให้มีความหมายกว้างกว่า Litigation Funding โดยรวมการสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบอื่น ๆ นอกจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไว้ด้วย[109] หรืออาจเป็นกรณีกลับกันคือใช้คำว่า Litigation Funding ในความหมายที่กว้างกว่า Third Party

---

[105] The Right Honourable Lord Justice Jackson, "Preliminary Report Volume One," in Review of Civil Litigation Costs (United Kingdom: Ministry of Justice, May 2009), p. 160.

[106] Jarrett Lewis, "Third-Party Litigation Funding: A Boon or Bane to the Progress of Civil Justice?," THE GEORGETOWN JOURNAL OF LEGAL ETHICS 33(2020).

[107] Ashurst, "Third Party Funding in International Arbitration," [Online] Accessed: 19 May 2020. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/

[108] Hussein Haeri, Clàudia Baró Huelmo, and Giacomo Gasparotti, "Third-Party Funding in International Arbitration," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration

[109] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), pp. 2-3, 51.

Funding[110] หรือในบางกรณีอาจใช้คำว่า Litigation Funding แทนการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายภายในก็ได้[111] อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอใช้คำว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third Party Funding: TPF) ในการศึกษาของผู้เขียน

มีการนิยามความหมายของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third Party Funding: TPF) ไว้ค่อนข้างหลากหลายในกฎเกณฑ์ สนธิสัญญา รวมถึงรายงานขององค์กรต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น

ในรายงานของ International Council for Commercial Arbitration (ICCA)[112] ได้นิยามคำว่า Third Party Funding ไว้ว่า

“ข้อตกลงที่ทำขึ้นโดยองคภาวะที่มิใช่คู่กรณีในข้อพิพาท ในการให้แก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่กรณีนั้น (An affiliate of that party) หรือสำนักงานกฎหมาย (Law Firm) ที่เป็นตัวแทนของคู่กรณีนั้น อันได้แก่

a) เงินทุน หรือการสนับสนุนทางการเงินอื่น ๆ เพื่อใช้เป็นทุนสำหรับค่าใช้จ่ายส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดในกระบวนพิจารณาไม่ว่าจะเป็นรายบุคคล หรือเป็นส่วนหนึ่งของคดีต่าง ๆ เป็นการเฉพาะ และ

b) การสนับสนุน หรือการให้เงินทุนนั้นเป็นไปเพื่อแลกกับค่าตอบแทน (Remuneration) หรือการชำระเงินคืน (Reimbursement) ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยขึ้นอยู่กับผลของข้อพิพาท หรือเป็นการให้ผ่านเงินอุดหนุน (Grant) หรือเพื่อให้ได้การชำระเบี้ยประกันภัย (Premium payment) เป็นการตอบแทน”[113]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[110] Alex Kleanthous, "Litigation Funding," [Online] Accessed: 20 June 2020. Available from: https://www.gannons.co.uk/commercial-litigation/litigation-funding/

[111] Irve J. Goldman, "Litigation Funding for Bankruptcy Litigation Gets a Boost from Recent Appellate Decisions," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://www.pullcom.com/newsroom-publications-litigation-funding-for-bankruptcy-litigation

[112] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.

[113] Ibid. The term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party, a) funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment.

ส่วนใน Article 27 ของ China International Economic and Trade Arbitration Commission International Investment Arbitration Rules (For Trial Implementation) 2017 ได้กำหนดว่า Third Party Funding หมายถึง

“สถานการณ์ที่บุคคลธรรมดาหรือองคภาวะใดซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท ได้ให้เงินทุนแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการอันครอบคลุมทั้งหมดหรือบางส่วนของค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีนั้น โดยผ่านทางข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นกับคู่กรณีที่ได้รับเงินทุน...”[114]

ในความตกลงด้านการค้าและการลงทุนที่ครอบคลุม (Comprehensive Economic and Trade Agreement: CETA) ระหว่างสหภาพยุโรปกับแคนาดา ได้นิยาม Third Party Funding ไว้ใน Article 8.1 ว่าหมายถึง

“...เงินทุนใด ๆ ที่ให้โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นคู่พิพาทฝ่ายใด แต่ได้ทำข้อตกลงกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพื่อให้เงินทุนบางส่วนหรือทั้งหมดเป็นค่าใช้จ่ายในกระบวนพิจารณา ไม่ว่าจะให้ผ่านทางการบริจาค (Donation) หรือเงินอุดหนุน (Grant) หรือให้เพื่อได้รับค่าตอบแทน (Remuneration) ซึ่งขึ้นอยู่กับผลของข้อพิพาทเป็นการตอบแทน...”[115]

เมื่อพิจารณาจากนิยามต่าง ๆ ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า สามารถให้ลักษณะแก่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในเบื้องต้น ได้ดังนี้

1) ต้องมีบุคคลที่สามที่มิใช่คู่พิพาทฝ่ายใดในข้อพิพาท ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ (Third Party Funder)

2) โดยบุคคลตามข้อ 1) ได้ทำข้อตกลงให้เงินทุน หรือการสนับสนุนทางการเงินอื่น ๆ แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท หรือเป็นตัวแทนในทางกฎหมายของคู่พิพาทในการเข้าสู่ หรือต่อสู้ในกระบวนพิจารณาคดี

---

[114] China International Economic and Trade Arbitration Commission, "International Investment Arbitration Rules (for Trial Implementation),"(2017). “Article 27 Third Party Funding

1. In these Rules, a “third party funding” means the situation where a natural person or an entity, who is not a party to the dispute, provides funds to a party to the arbitration to cover all or part of that party’s costs for the arbitral proceedings, through an agreement with the party accepting the funding....”

[115] ARTICLE 8.1 Definitions

third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a disputing party but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.

3) การให้เงินทุนหรือการสนับสนุนด้านการเงินอื่น ๆ ตามข้อ 2) อาจเป็นกรณีที่ผู้ให้เงินทุนไม่ได้รับผลตอบแทนเป็นตัวเงิน หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ให้เงินทุนได้รับผลตอบแทนเป็นตัวเงินทั้งหมดหรือบางส่วนขึ้นอยู่กับผลของคดีก็ได้

3.1.2 การสนับสนุนเงินทุนรูปแบบอื่น

นอกจากนิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามข้างต้นแล้ว ยังมีการได้รับสิทธิหรือได้รับเงินทุนรูปแบบอื่นซึ่งผู้เขียนจะทำการพิจารณาถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างเปรียบเทียบกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ดังต่อไปนี้

3.1.2.1 ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingency fee agreement and Conditional fee agreement)

ทนายความเป็นผู้ที่ปรากฏตัวตนอยู่ในคดีอยู่แล้ว โดยอาจคิดค่าทนายความตามผลแห่งคดี ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบแรก Contingency fee agreement เป็นการกำหนดค่าทนายความโดยมีเงื่อนไขให้ทนายความได้รับค่าตอบแทนเฉพาะเมื่อลูกความของตนชนะคดีเท่านั้น (no win, no fee) ค่าทนายความจะคำนวณตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ชนะในคดี เช่น ร้อยละ 5 ของค่าเสียหายที่ได้รับตามคำชี้ขาด[116] ส่วนรูปแบบที่สอง Conditional fee agreement นั้นแตกต่างจาก Contingency fee agreement เนื่องจากทนายความยังได้รับค่าทนายความที่น้อยกว่าอัตรารายชั่วโมงตามปกติหากเป็นฝ่ายแพ้คดี และจะได้รับค่าทนายความตามอัตราปกติ (normal fee) พร้อมค่าตอบแทนเพิ่มอีกส่วนหนึ่งเมื่อชนะคดี (success fee) โดยค่าตอบแทนนี้จะไม่ได้คำนวณตามค่าเสียหายที่ได้รับ[117] จากลักษณะของค่าทนายความข้างต้น จะเห็นได้ว่าการคิดค่าทนายความตามผลแห่งคดีมีความคล้ายคลึงกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ในแง่ที่มีการรับค่าตอบแทนตามผลแห่งคดี และเกี่ยวข้องกับค่าทนายความซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายอย่างหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการ โดย Contingency fee agreement มีความใกล้เคียงกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากกว่า เนื่องจากเป็นการกำหนดค่าทนายความแบบ non-recourse basis กล่าวคือ คู่พิพาทผู้ว่าจ้างไม่มีความรับผิดในการจ่ายค่าทนายความหากไม่ชนะคดี แต่ Conditional fee agreement นั้นทนายความยังได้รับค่าตอบแทนอยู่ แม้ไม่ชนะคดีก็ตาม อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่าค่าทนายความเป็นค่าตอบแทนจากการทำงานของทนายความ และจำกัดเฉพาะค่าทนายความเท่านั้น โดยทนายความเป็นบุคคลซึ่งปรากฏในคดีโดยเปิดเผย มีความเกี่ยวข้องในคดี เนื่องจากเป็นตัวแทน

---

[116] สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, "รายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการวิเคราะห์ระบบค่าฤชาธรรมเนียมและค่าขึ้นศาลด้วยวิธีการทางเศรษฐศาสตร์," (กุมภาพันธ์ 2562): 19-20.

[117] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), p. 52.

ของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ผู้เกี่ยวข้องในคดีต่างทราบถึงการมีตัวตนของบุคคลดังกล่าว แต่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีบทบาทหน้าที่หรือมีส่วนเกี่ยวข้องก่อนการตกลงรับสนับสนุนเงินทุน อีกทั้งกฎหมายไม่ได้กำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต้องมีใบอนุญาต หรือ มีกฎหมายวิชาชีพควบคุมแต่อย่างใด

3.1.2.2 การประกันภัย (Insurance)

(ก) การประกันภัยความเสี่ยงทางด้านการเมือง (Political Risk Insurance: PRI)

ความเสี่ยงทางด้านการเมืองเป็นความเสี่ยงที่หนักหนาและเป็นภัยที่อาจนำไปสู่การคุกคามต่อเศรษฐกิจของแต่ละประเทศได้ แต่ความเสี่ยงดังกล่าวนั้นสามารถแก้ไขได้ ซึ่งอาจแก้ไขความเสี่ยงดังกล่าวโดยการใช้เครื่องมือทางด้านการประกันภัยจากหน่วยงานหรือสถาบันนานาชาติต่าง ๆ เช่น MIGA ซึ่งเป็นหน่วยงานส่วนหนึ่งของ World Bank โดยจะเป็นทำการประกันภัยเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยทั่วไปจะเรียกการประกันภัยนี้ว่า ความเสี่ยงทางด้านการเมือง (PRI) ซึ่งครอบคลุมความเสี่ยงในหลายแง่มุมและสามารถนำไปใช้ได้สำหรับรูปแบบธุรกิจที่แตกต่างกัน เช่น ประกันภัยความเสี่ยงจากข้อจำกัดในการโอนผลกำไรหรือผลจากการประกอบการกลับประเทศ (Transfer Restriction Risk) ประกันภัยความเสี่ยงจากการเวนคืนทรัพย์สิน (Expropriation Risk) ประกันภัยความเสี่ยงจากสงครามและความขัดแย้งภายใน (War and civil disturbance Risk) และประกันภัยความเสี่ยงจากการละเมิดสัญญาของรัฐบาล (Breach of Contract Risk) สำหรับการประเมินส่วนของเงื่อนไขและข้อตกลงของการดำเนินการสำหรับแต่ละประเทศ โดยเฉพาะในส่วนของค่าเบี้ยประกันนั้น ขึ้นอยู่กับการคำนวณความเสี่ยงจากทั้งความเสี่ยงทางด้านการเมืองของประเทศที่จะเข้าลงทุนและความเสี่ยงของแต่ละโครงการเองประกอบกัน ส่วนของระยะเวลานั้น โดยทั่วไปจะอยู่ระหว่าง 15-20 ปี และนักลงทุนสามารถเลือกรูปแบบกรมธรรม์เป็นประเภทรวมหลายประเภทเข้าด้วยกันก็ได้[118]

ทั้งนี้ การประกันภัยความเสี่ยงทางด้านการเมืองนั้น หากมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยจะทำให้ผู้รับประกันภัยรับช่วงสิทธิ (subrogation) กล่าวคือ การที่สิทธิเรียกร้องในมูลหนี้มีการเปลี่ยนมือจากบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้เดิมไปสู่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้ใหม่โดยผลของกฎหมายจึงเป็นผลแห่งหนี้อย่างหนึ่ง[119] ดังนั้น การประกันภัยความเสี่ยงทางด้านการเมืองจึงต่างจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เนื่องจากเป็นการประกันภัยความเสี่ยงในอนาคต จึงมีการทำสัญญาก่อนเกิดข้อพิพาท และเป็นการประกันภัยที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสี่ยงทางด้าน

---

[118] รับขวัญ ชลดำรงกุล, "Gms in Law...ความเสี่ยงทางการเมือง ความเสี่ยงที่จัดการได้?," [Online] Accessed: 20 พฤษภาคม 2563. Available from: http://info.gotomanager.com/news/printnews.aspx?id=79436

[119] ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า. หน้า 93

การเมืองโดยเฉพาะ รวมถึงเมื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วจะรับช่วงสิทธิเข้าเป็นคู่พิพาทในคดีได้ ในขณะที่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะมีการทำข้อตกลงเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสี่ยงทางด้านการเมือง และไม่ได้มีการรับช่วงสิทธิเป็นคู่พิพาทในคดี

(ข) Before-the-event (BTE Insurance)

BTE เป็นการประกันภัยค่าใช้จ่ายทางกฎหมายรูปแบบหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการทำสัญญาก่อนเกิดข้อพิพาทเพื่อประกันความเสี่ยงในค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นหากมีข้อพิพาทในอนาคต เช่น ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของทนายความ ค่าใช้จ่ายของพยานผู้เชี่ยวชาญ ค่าธรรมเนียมของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้นโดยทั่วไปจะต้องจ่ายค่าเบี้ยประกันภัยเป็นรายปี[120] ดังนั้น BTE จึงต่างจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนเมื่อเกิดข้อพิพาทแล้วเท่านั้น และคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจะไม่มีความรับผิดให้ต้องจ่ายเบี้ยประกันภัยหรือชดใช้คืนค่าใช้จ่ายก่อนมีคำชี้ขาดว่าเป็นฝ่ายชนะคดีและได้รับชดใช้ค่าเสียหาย

(ค) After-the-event (ATE Insurance)

ATE เป็นการประกันภัยค่าใช้จ่ายทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการเข้าสู่หรือต่อสู้คดี โดยจะเป็นการซื้อประกันภัยหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นการประกันภัยความเสี่ยงในค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (adverse costs) ในคดีหากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ผู้ทำประกันภัยต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าว ซึ่งมีรูปแบบการจ่ายเบี้ยประกันหลายรูปแบบ รวมถึงการต้องจ่ายเบี้ยประกันภัยเฉพาะในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยชนะคดีเท่านั้น (Contingent premiums)[121] ซึ่ง ATE มีลักษณะคล้ายกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เนื่องจากการชดใช้เงินคืนนั้นมีรูปแบบที่เป็นไปตามผลแห่งคดี อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการเข้าสู่หรือต่อสู่คดี ซึ่งต่างจาก ATE การประกันภัยซึ่งใช้เพื่อป้องกันความเสี่ยงจาก adverse costs ไม่ได้สนับสนุนเงินทุนในค่าใช้จ่ายอื่นในการอนุญาโตตุลาการ และค่าเบี้ยประกันภัยนั้นจำนวนต่ำกว่าค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน รวมถึงจะออกค่าใช้จ่ายให้เมื่อมีการยื่นข้อเรียกร้องแล้วเท่านั้น[122] นอกจากนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[120] Commercial ATE Insurance, "Bte Insurance," [Online] Accessed: 20 May 2020. Available from: https://www.commercialateinsurance.co.uk/bte-insurance

[121] Ashurst, "Litigation Funding," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---litigation-funding/

[122] Rachel Denae Thrasher, "The Regulation of Third Party Funding: Gathering Data for Future Analysis and Reform," Boston College Law Review 59, 8 (2018): 10.

การประกันภัยนั้นมีหน่วยงานและกฎหมายภายในควบคุม เช่น ประเทศไทย มีคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) เป็นหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยเป็นการเฉพาะ ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ นอกจากนี้ยังมีการตรากฎหมายเพื่อควบคุมดูแลธุรกิจประกันภัย เช่น พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น[123]

3.1.2.3 การกู้ยืมเงิน (Loan)

การกู้ยืมเงินเป็นสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งเกิดจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “ผู้กู้”ไปขอกู้ยืมเงินจากบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้ให้กู้” และผู้กู้ตกลงจะชำระเงินคืนภายในกำหนดเวลาใดเวลาหนึ่ง การกู้ยืมจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบเงินที่ยืมให้แก่ผู้กู้ โดยจะคิดดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้[124] ดังนั้น จึงต่างจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งจะได้รับผลตอบแทนเมื่อคู่พิพาทที่ตนสนับสนุนเงินทุนชนะคดีเท่านั้น แต่การกู้ยืมเงินต้องมีการชำระเงินจำนวนที่กู้ยืมคืนไม่ว่าผลแห่งคดีจะเป็นอย่างไรก็ตาม

3.1.2.4 การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment of claim)

การโอนสิทธิเรียกร้อง คือ การที่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้แสดงเจตนาโอนหนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้ให้แก่บุคคลอื่น อันมีผลทำให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนบุคคลผู้เป็นเจ้าหนี้เดิม[125] ดังนั้น การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยทั่วไปจึงไม่ใช่การโอนสิทธิเรียกร้องเนื่องจากไม่ได้เป็นการโอนหนี้ในข้อเรียกร้องจากคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมายังบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน คู่พิพาทฝ่ายดังกล่าวยังคงเป็นผู้เรียกร้องซึ่งมีสิทธิในข้อเรียกร้องของตน ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนสถานะของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้กลายเป็นผู้เรียกร้องซึ่งหากชนะคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับชำระหนี้หรือบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้แต่อย่างใด

3.2 ลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยเริ่มจากผู้มีบทบาทการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เพื่อให้ทราบโดยสังเขปถึงผู้ที่เกี่ยวข้อง ต่อมาจึงนำศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงรูปแบบของ

---

[123] วรชัย แสนสีระ, ""การควบคุมธุรกิจประกันภัยตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่"," ใน มุมสะท้อนความคิดนิติบัญญัติ : Legal reflection, (จุลนิติ พ.ค.- มิ.ย. ๕๒), หน้า 106-111.

[124] https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1835

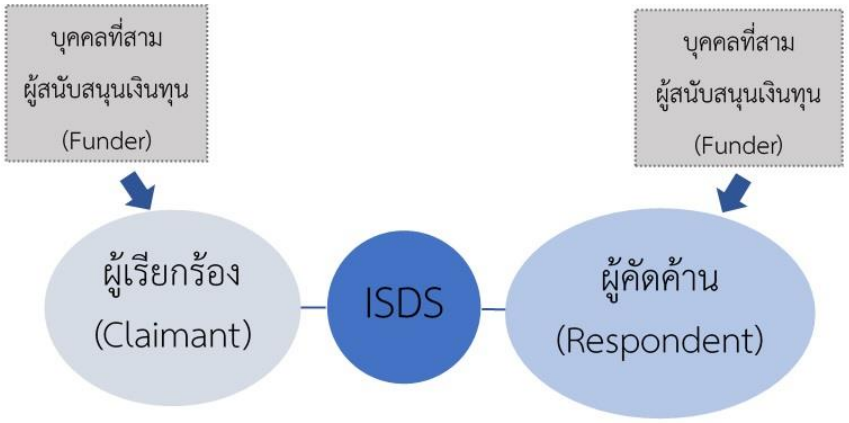
[125] ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 139-161.

การสนับสนุนเงินทุน ในลำดับสุดท้ายจึงนำศึกษาถึงกระบวนการของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามว่ามีขั้นตอนอย่างไร

3.2.1 ผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น ประกอบด้วยผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funded Party) ซึ่งอาจเป็นผู้เรียกร้องหรือผู้คัดค้าน โดยมีลักษณะการสนับสนุนเงินทุนและเหตุผลในการรับการสนับสนุนเงินทุนที่อาจแตกต่างกัน และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Funder) อาจมีหลายรูปแบบ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ภาพที่ 1 ภาพแสดงความสัมพันธ์ของผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ISDS



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.2.1.1 ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funded Party)

ตามที่ได้ศึกษาจากนิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามว่า ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจเป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จึงอาจเป็นได้ทั้งกรณีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง หรือฝ่ายผู้คัดค้านก็ได้ ซึ่งผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงบุคคลผู้รับการสนับสนุนเงินทุนทั้งสองฝ่าย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) ผู้เรียกร้อง (Claimants)

ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นส่วนใหญ่แล้ว ได้แก่ ฝ่ายผู้เรียกร้อง โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ซึ่งเหตุที่ต้องทำข้อตกลงรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจเป็นไปได้หลายปัจจัยด้วยกัน โดยตามที่ผู้เขียนได้ศึกษามาอาจจำแนกผู้เรียกร้องที่รับเงินทุนจากบุคคลที่สามออกเป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

ประเภทแรก ผู้เรียกร้องที่มีความอัตคัดยากจน (Impecunious Parties)

ผู้เรียกร้องประเภทแรกนี้ขาดแคลนเงินทุนในการยื่นเสนอข้อพิพาทเนื่องจากได้รับความเสียหายอย่างมากจากการกระทำของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งรัฐมักถูกกล่าวหาว่ากระทำการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อผู้เรียกร้อง (unlawfully expropriated the claimant) อันเป็นเหตุแห่งสถานะอัตคัดของผู้เรียกร้องนั้นเอง[126] และด้วยเหตุที่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกลไกที่มีค่าใช้จ่ายสูง ผู้เรียกร้องอาจไม่สามารถที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการสนับสนุนการเข้าถึงความยุติธรรมในการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้องที่มีสถานะอัตคัดยากจน[127]

ประเภทที่สอง ผู้เรียกร้องที่ไม่ได้มีความอัตคัดยากจน (Non-Impecunious Parties)

ผู้เรียกร้องประเภทที่สองนี้ไม่ได้เป็นผู้อัตคัดยากจน หากแต่เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือบริษัทที่มีสถานะการเงินที่ดีเพียงพอจะเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการด้วยทรัพยากรทางการเงินของตนเอง แต่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเนื่องด้วยเหตุผลอื่น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ผู้เรียกร้องเป็นผู้มีเงินทุนเพียงพอในการริเริ่มนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการยุติธรรม แต่คู่พิพาทหรือผู้คัดค้าน (Respondent) เป็นรัฐมีเงินทุนมากกว่าหลายเท่า จึงอาจต้องการการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อเพิ่มอำนาจในการต่อรองไม่ให้เกิดความไม่เท่าเทียมหรือถูกกดดันและเอาเปรียบ[128]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

2) ผู้เรียกร้องต้องการบรรเทาหรือบริหารจัดการความเสี่ยง (risk mitigation or risk management) กล่าวคือ ผู้เรียกร้องประสงค์ให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้รับความเสี่ยงในค่าใช้จ่ายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายจำนวนมาก และมีจำนวนที่ไม่แน่นอน ดังนั้น ผู้เรียกร้องจึงตกลงให้ผลตอบแทนจากค่าเสียหายหากชนะคดีให้กับบุคคลที่สาม

---

[126] Nigel Blackaby and Alex Wilbraham, Arbitration under International Investment Agreements - a Guide to the Key Issues, Part V Remedies and Costs, 26 Third-Party Funding in Investment Treaty Arbitration, ed. Katia Yannaca-Small, 2nd ed. (19th July 2018).

[127] Gian Marco Solas, Third Party Funding: Law, Economics and Policy (Cambridge University Press, 2019), pp. 169-174.

[128] Christopher P Bogart, "Third-Party Financing of International Arbitration," in The Arbitration Review of the Americas 2017(17 August 2016).

ดังกล่าว เพื่อที่จะมีสภาพคล่องทางการเงินและลดความกดดันในเรื่องค่าใช้จ่าย รวมถึงสามารถใช้เงินทุนของตนในการบริหารจัดการธุรกิจและลงทุนในด้านอื่น ๆ ต่อไป โดยไม่ต้องรับภาระความเสี่ยงในค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ และหากแพ้คดีก็จะไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแต่อย่างใด[129]

3) ผู้เรียกร้องประสงค์ให้ไม่เกิดผลกระทบต่องบแสดงฐานะการเงิน หรืองบดุล (Balance Sheet) ของบริษัท กล่าวคือ การต้องเสียค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายจำนวนมาก โดยไม่ทราบระยะเวลาการสิ้นสุดกระบวนพิจารณาหรือผลแห่งคดีที่แน่นอน อาจกระทบต่อสินทรัพย์หมุนเวียน (เงินสดหรือลูกหนี้) ของบริษัทซึ่งจะแสดงในงบดุล และทำให้บุคคลภายนอกเห็นว่าบริษัทมีสภาพคล่องที่ไม่ดี ขาดความน่าเชื่อถือ และอาจกระทบต่อการดำเนินกิจการได้ ดังนั้นผู้เรียกร้องรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการไม่ปรากฏในงบดุลของบริษัท โดยถือว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นเครื่องมือทางการเงินของบริษัทที่มีประสิทธิภาพ (efficient corporate finance tool)[130]

จากตัวอย่างเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้ทราบถึงประเภทของผู้เรียกร้องที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและสาเหตุที่ผู้เรียกร้องเข้าทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนเพื่อเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะนำศึกษาคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่อาจมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ได้แก่ รัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้าน

(ข) ผู้คัดค้าน (Respondent)

การที่ผู้คัดค้านหรือจำเลยจะเป็นคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นไม่ค่อยเกิดขึ้นนัก เนื่องจากเป็นการยากในการจะคิดคำนวณผลตอบแทนที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะได้รับจากการต่อสู้คดีได้สำเร็จ เนื่องจากรัฐไม่ได้อยู่ในสถานะผู้เรียกร้องค่าเสียหายหรืออาจเสนอข้อเรียกร้องแย้งต่ออนุญาโตตุลาการ โดยตัวอย่างที่พบการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในฝ่ายผู้คัดค้านนั้นปรากฏว่า เป็นกรณีที่ผู้สนับสนุนเงินทุน (Funder) มีความสนใจในผลของคดีในลักษณะที่ไม่ใช่ผลตอบแทนเป็นตัวเงิน แต่เป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เช่น ในคดี Grynberg v. Grenada[131] รัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้านได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้ซึ่งมีความต้องการ

---

[129] Ashurst, "Third Party Funding in International Arbitration," [Online] Accessed: 19 May 2020. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/

[130] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 21.

[131] Rsm Production Corporation and Others V. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6 Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

จะแข่งขันเพื่อให้ได้สิทธิการสำรวจน้ำมันที่อาจตกเป็นของผู้เรียกร้อง หากผู้เรียกร้องเป็นฝ่ายชนะคดี หรืออาจเป็นกรณีที่มีการให้เงินทุนเพื่อสนับสนุนนโยบาย หรือเพื่อรณรงค์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยหวังผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ หรือมิใช่เพื่อกำไรก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Philip Morris v. Uruguay[132] ที่องค์กรการกุศลบลูมเบิร์ก (Bloomberg Philanthropies) และองค์กร Campaign for Tobacco-Free Kids สนับสนุนเงินทุนแก่ประเทศอุรุกวัยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ในการต่อสู้คดีที่มีข้อพิพาทเรื่องมาตรการควบคุมยาสูบ ซึ่งกรณีดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะได้รับการสนับสนุนมากขึ้น เนื่องจากองค์กรการกุศลบลูมเบิร์ก (Bloomberg Philanthropies) และมูลนิธิบิลและเมลินดา เกตส์ (Bill & Melinda Gates Foundation) ได้ก่อตั้งกองทุนสนับสนุนการต่อสู้คดีเรื่องการต่อต้านการค้าบุหรี่ (Anti-Tobacco Trade Litigation Fund) สำหรับรัฐที่มีรายได้ต่ำหรือรายได้ปานกลาง[133] นอกจากนี้ยังมีความเป็นไปได้ว่ารัฐอาจสนับสนุนเงินทุนให้แก่รัฐอีกรัฐหนึ่งตามที่เกิดในกระบวนการของ WTO อันเป็นการที่รัฐสนับสนุนเงินทุนให้แก่รัฐที่ถูกฟ้องร้องเพื่อเหตุผลทางการเมือง หรือการมีส่วนได้เสียในประเด็นกฎหมายที่ถูกตัดสินก็ได้[134] อย่างไรก็ตาม รายละเอียดเรื่องผลตอบแทนของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะได้ศึกษาในหัวข้อวัตถุประสงค์ของบุคคลที่สามในการสนับสนุนเงินทุนต่อไป

3.2.1.2 บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Funder)

บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่พบมาก ได้แก่ ทนายความหรือสำนักงานกฎหมาย บริษัทประกันภัย สถาบันการลงทุนที่เป็นบริษัทสำหรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อการพาณิชย์โดยเฉพาะ เช่น บริษัท Burford Capital, Fulbrook Management, Woodsford Litigation Funding และ Harbour Litigation Funding เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้แนะนำผู้สนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้ต้องการเงินทุน โดยเป็นตัวกลางในการประสานงานระหว่างผู้ขอเงินทุนสนับสนุน และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เพื่อก่อให้เกิดข้อตกลงระหว่างทั้งสองฝ่าย เรียกว่า โบรกเกอร์ (Broker) ยกตัวอย่างเช่น Westfleet Advisors เป็นต้น[135]

---

[132] Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)

[133] Campaign for Tobacco-Free Kids, "Historic Win for Global Health: Uruguay Defeats Philip Morris Challenge to Its Strong Tobacco Control Laws," [Online]. Available from: https://www.tobaccofreekids.org/press-releases/2016_07_08_uruguay

[134] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p.24.

[135] TPF Observatory, "List of Third-Party Funders," [Online] Accessed: 15 April 2021. Available from: http://third-party-funding.org/list-of-funders/

3.2.2 วัตถุประสงค์ของบุคคลที่สามในการสนับสนุนเงินทุน

เมื่อทราบแล้วว่าผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามประกอบด้วยผู้รับการสนับสนุนเงินทุนซึ่งอาจเป็นผู้เรียกร้องหรือผู้คัดค้าน และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของบุคคลที่สามในการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งผู้สนับสนุนเงินทุน (Funder) อาจมีวัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจในการสนับสนุนเงินทุนแก่คู่พิพาทในการเข้าสู่หรือต่อสู้คดีแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี โดยอาจแบ่งออกเป็น 3 กรณี ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.2.1 เพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามส่วนใหญ่จะเป็นไปเพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงินโดยขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี กล่าวคือ ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจะกำหนดการจ่ายคืนค่าใช้จ่าย (outlay) พร้อมด้วยค่าตอบแทนหากชนะคดี โดยทั่วไปค่าตอบแทนอาจเป็นจำนวน 3 เท่าของเงินที่ลงทุน หรือร้อยละ 20 – 40 ของจำนวนเงินที่ได้รับตามคำชี้ขาด โดยถือเอาตามจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่า[136] แต่หากผู้รับการสนับสนุนเงินทุนแพ้คดี บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะไม่ได้รับการชดใช้เงินคืนหรือได้รับค่าตอบแทนดังกล่าวแต่อย่างใด นอกจากนี้ จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ในบางกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจได้กำไรจากการสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นจำนวนหลายร้อยเปอร์เซ็นต์ ยกตัวอย่างเช่น คดี Teinver and others v. Argentina[137] ซึ่งมีบริษัท Burford เป็นผู้สนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง โดยลงทุนออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการประมาณ 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งหากผู้เรียกร้องได้รับชดใช้ค่าเสียหายในวันที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดจำนวน 325 ล้านดอลลาร์สหรัฐ บริษัทจะได้รับผลตอบแทนมากกว่า 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้จะยังไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายแต่บริษัท Burford ได้ขายการลงทุนของตนในคดีดังกล่าว และได้รับเงินจำนวน 107 ล้านดอลลาร์สหรัฐ คิดเป็นกำไร 94.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และคำนวณได้เป็น 736 เปอร์เซ็นต์ของเงินทุนที่ได้สนับสนุนในคดี[138] ซึ่งถือเป็นค่าตอบแทนจำนวนมากที่ได้รับจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

---

[136] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp. 30-31.

[137] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1, 21 Dec 2012.

[138] Burford Capital, "Burford Annual Report "(2017), p. 23.

3.2.2.2 เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ ซึ่งมิใช่ตัวเงิน กล่าวคือ อาจเป็นการสนับสนุนเงินทุนเพื่อกลยุทธ์ในคดี ดังเช่น ในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia ซึ่งผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจาก Group Menatep Limited ซึ่งเป็นการสนับสนุนเงินทุนเพื่อหาแนวคำวินิจฉัยที่ข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคดีที่ Group Menatep Limited ซึ่งเดิมเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่มูลค่ามหาศาลใน Yukos Oil Company เข้าเป็นคู่พิพาท (ผ่านทางบริษัทอื่นจำนวน 3 บริษัท) กับประเทศรัสเซีย ในศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration: PCA) ซึ่งปรากฏว่าได้มีการนำแนวคำวินิจฉัยในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia ไปกล่าวอ้างในคดีของ Group Menatep Limited และคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้ประเทศรัสเซียชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องทั้งสามรวมทั้งสามคดีมีมูลค่ากว่า 5 หมื่นล้านดอลลาร์สหรัฐด้วย[139] หรือการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ อาจเป็นการสนับสนุนเงินทุนเพื่อประโยชน์ในการแข่งขันทางการค้า อย่างเช่นในคดี Grynberg v. Grenada[140] ประเทศเกรนาดาซึ่งเป็นผู้คัดค้านได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้ซึ่งมีความประสงค์จะแข่งขันเพื่อให้ได้สิทธิการสำรวจน้ำมันที่อาจตกเป็นของผู้เรียกร้อง หากผู้เรียกร้องเป็นฝ่ายชนะคดี

3.2.2.3 เพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ หรือมิใช่เพื่อผลกำไร

บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ หรือมิใช่เพื่อผลกำไร กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีการให้เงินทุนเพื่อสนับสนุนนโยบาย หรือเพื่อรณรงค์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันเป็นไปเพื่อการกุศลหรือประโยชน์สาธารณะ อาจเรียกว่า not-for-profit funders[141] หรือ pure funders ซึ่งมีการให้คำจำกัดความไว้ว่า เป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียเป็นการส่วนตัวในการดำเนินคดี ไม่ได้ผลประโยชน์จากคดีดังกล่าว ไม่ได้สนับสนุนเงินทุนในเชิงธุรกิจ และไม่ได้ประสงค์จะควบคุมกระบวนพิจารณา[142] จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า กรณีประเทศอุรุกวัยที่ได้รับเงินทุนจากองค์กรการกุศลบลูมเบิร์ก (Bloomberg Philanthropies) และองค์กร Campaign for Tobacco-Free Kids เพื่อต่อสู้ในคดีซึ่งถูกบริษัท Philip Morris เรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายกรณี

---

[139] MARTIN DIETRICH BRAUCH, "Yukos V. Russia: Issues and Legal Reasoning Behind Us$50 Billion Awards,"(4 September 2014).

[140] Rsm Production Corporation and Others V. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6 Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

[141] Victoria Shannon Sahani, "Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration," [Online] Accessed: 20 July 2019. Available from: https://oxia.ouplaw.com/page/565

[142] Michael Napier *et al.*, ""Improved Access to Justice – Funding Options & Proportionate Costs": Report & Recommendations,"(Civil Justice Council, August 2005), p. 47.

ประเทศอุรุกวัยมีมาตรการควบคุมยาสูบโดยมีนโยบายห้ามไม่ให้ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่หลากหลายภายใต้ตราสินค้าเดียวกัน และต้องมีภาพคำเตือนสุขภาพคิดเป็นร้อยละ 80 ของพื้นที่บนบรรจุภัณฑ์[143] จึงถือเป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้ให้เงินทุนแก่ผู้คัดค้านเพื่อใช้ในการต่อสู้คดีอันสืบเนื่องมาจากการใช้มาตรการเพื่อสาธารณสุขอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่ได้เป็นการสนับสนุนเงินทุนในเชิงธุรกิจหรือเพื่อผลประโยชน์เป็นตัวเงินแต่อย่างใด

3.2.3 รูปแบบการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

เมื่อทราบแล้วว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนเงินทุนเพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงรูปแบบการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การสนับสนุนเงินทุนเป็นรายคดี และการสนับสนุนเงินทุนแบบกระจายความเสี่ยง โดยจะพิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้

3.2.3.1 การสนับสนุนเงินทุนเป็นรายคดี (Single case funding)

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจทำโดยบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตกลงสนับสนุนเงินทุนให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง (claimant) หรือผู้คัดค้าน (respondent) โดยพิจารณาข้อมูลของคดีเป็นรายคดีไป (case by case basis) ซึ่งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้มีการกระจายความเสี่ยงในการรับภาระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของคดีดังกล่าวไปเฉลี่ยกับคดีอื่น ดังนั้น หากคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนแพ้คดี บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะสูญเสียจำนวนเงินที่ได้ลงทุนทั้งหมดไปโดยไม่ได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนและไม่ได้รับค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีแต่อย่างใด[144]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.2.3.2 การสนับสนุนเงินทุนแบบกระจายความเสี่ยง (Portfolio funding)

ด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้รับความนิยมมากขึ้น ทำให้มีรูปแบบการสนับสนุนเงินทุนที่หลากหลายและมีทางเลือกมากขึ้น จึงเกิดเป็นรูปแบบการสนับสนุนเงินทุนแบบกระจายความเสี่ยงซึ่งกลายเป็นแนวทางที่ได้รับการสนับสนุนจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยการสนับสนุนเงินทุนรูปแบบดังกล่าวจะเป็นการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ข้อเรียกร้องในหลายคดี

---

[143] Germán Velásquez, "Uruguay's Victory over Philip Morris: A Win for Tobacco Control and Public Health," [Online] Accessed: 15 July 2019. Available from: https://www.southcentre.int/question/uruguays-victory-over-philip-morris-a-win-for-tobacco-control-and-public-health/

[144] Abayomi Okubote, "Arbitration Finance in the Aftermath of a Pandemic: Third-Party Funding as the Magic Bullet," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: http://blogs2.law.columbia.edu/aria/arbitration-finance-in-the-aftermath-of-a-pandemic-third-party-funding-as-the-magic-bullet/

รวมกัน ซึ่งผลประโยชน์ตอบแทนที่จะได้รับขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางการเงิน (financial performance) โดยรวมของคดีทั้งหมด ไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดีของคดีใดเพียงคดีเดียว เรียกว่า cross-collateralization การสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบนี้ทำให้การสนับสนุนเงินทุนสามารถทำได้รวดเร็วขึ้นและสามารถกำหนดข้อตกลงไว้ก่อนมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจริง (pre-arranged terms) รวมถึงเป็นการลดต้นทุนของเงินทุนสำหรับผู้รับการสนับสนุนเงินทุน เนื่องจากความเสี่ยงของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้กระจายไปในข้อเรียกร้องหลายคดี[145]

โดยการสนับสนุนเงินทุนแบบกระจายความเสี่ยง อาจแบ่งตามรูปแบบการสนับสนุนเงินทุน ออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก การสนับสนุนเงินทุนให้แก่สำนักงานกฎหมาย (Law Firm) หรือแผนกใดแผนกหนึ่งของสำนักงานกฎหมาย โดยคู่พิพาทที่รับการสนับสนุนเงินทุนจะเป็นลูกค้าของสำนักงานกฎหมายนั้น แต่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับคู่พิพาท เนื่องจากข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนทำขึ้นระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับสำนักงานกฎหมายที่ว่าความโดยได้รับค่าทนายความตามผลแห่งคดี (contingency fee) ดังนั้น ผลประโยชน์ตอบแทนที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับจะขึ้นอยู่กับความสำเร็จของสำนักงานกฎหมาย การสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบนี้จะทำให้สำนักงานกฎหมายใช้เงินทุนได้อย่างยืดหยุ่นกว่าการสนับสนุนเงินทุนในคดีเดียว โดยการใช้เงินทุนเกินงบประมาณที่ตั้งไว้ในคดีหนึ่งสามารถนำมาหักล้างกับคดีที่ใช้เงินทุนต่ำกว่างบประมาณได้ อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ลูกค้าของสำนักงานกฎหมายเข้าทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นรายบุคคล แต่ข้อกำหนดของข้อตกลงดังกล่าวหรือกระบวนการในการได้รับการสนับสนุนเงินทุนจะเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างสำนักงานกฎหมายกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งการสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบนี้อาจไม่ถือเป็นการสนับสนุนเงินทุนแบบกระจายความเสี่ยง เนื่องจากผู้เรียกร้องไม่ได้ตกลงให้ค่าเสียหายที่ได้จากคดีของตนไปหักล้างกับเงินทุนที่สูญเสียไปกับคดีของลูกค้ารายอื่นซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกัน แต่สำนักงานกฎหมายก็ยังคงได้ประโยชน์บางประการ เช่น บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้ทำการตรวจสอบเชิงลึก (Due Diligence) และสามารถกำหนดข้อตกลงตามที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าได้ เป็นต้น[146]

กรณีที่สอง การสนับสนุนเงินทุนให้แก่บริษัทหรือองคภาวะอื่นที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทหลายคดีในระยะเวลาอันสั้น ซึ่งอาจทำให้คดีบางคดีที่อาจไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนหากพิจารณาเป็นรายคดี กลับได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เช่น คดีที่เป็นฝ่ายผู้คัดค้าน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[145] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 38.

[146] Ibid.pp. 38-39.

หรือคดีไม่มีทุนทรัพย์ เป็นต้น เนื่องจากผลประโยชน์ตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีหลักประกันในคดีอื่นที่บริษัทมีสถานะเป็นผู้เรียกร้อง[147] อันเป็นการกระจายความเสี่ยงในหลายคดี และจะทำให้ค่าใช้จ่ายของการสนับสนุนเงินทุนที่บริษัทต้องชำระให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนลดลง รวมถึงสามารถจัดการงบประมาณโดยเกลี่ยจำนวนเงินทุนให้คดีที่มีความสำคัญหรือมีความจำเป็นมากกว่าคดีอื่น ๆ ได้[148] ยกตัวอย่างเช่น กรณีบริษัท Burford สนับสนุนเงินทุนจำนวน 45 ล้านดอลลาร์สหรัฐให้แก่กลุ่ม BT Group ซึ่งเป็นเจ้าของบริษัท British Telecommunications บริษัทโทรคมนาคมที่ดำเนินกิจการใน 170 ประเทศทั่วโลก สำหรับใช้เป็นค่าใช้จ่ายในคดีหลายคดีที่บริษัทดังกล่าวมีข้อพิพาททางกฎหมาย[149]

3.2.4 กระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Obtaining Funding)

เมื่อทราบถึงนิยาม ผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงรูปแบบของการสนับสนุนเงินทุนแล้ว ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงกระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งจะเริ่มศึกษาจากขั้นตอนการติดต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน การประเมินคดี ไปจนถึงการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงขั้นตอนการติดตามคดี โดยจะพิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้

3.2.4.1 การติดต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Approach)

การติดต่อหรือเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นอาจแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี แต่ส่วนใหญ่การติดต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะทำโดยผ่านทนายความของคู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะขอรับการสนับสนุนเงินทุน หรือบางกรณีผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนอาจติดต่อด้วยตนเองหรือติดต่อผ่านโบรกเกอร์ซึ่งเป็นบริษัทที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับผู้ประสงค์รับการสนับสนุนเงินทุนก็ได้ นอกจากนี้ ในบางกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจเป็นผู้ติดต่อคู่พิพาทฝ่ายที่ตนประสงค์จะสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการและทนายความเองก็ได้[150] ตัวอย่างเช่น กรณีบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด จำกัด (Kingsgate Consolidated Limited) ซึ่งมีข้อพิพาทกับประเทศไทย

---

[147] Ibid.p. 38.

[148] Abayomi Okubote, "Arbitration Finance in the Aftermath of a Pandemic: Third-Party Funding as the Magic Bullet," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: http://blogs2.law.columbia.edu/aria/arbitration-finance-in-the-aftermath-of-a-pandemic-third-party-funding-as-the-magic-bullet/

[149] Kali Hays, "Bt Signs $45million Litigation Deal with Burford Capital," [Online] Accessed: 20 July 2019. Available from: https://www.zsa.ca/bt-signs-45million-litigation-deal-with-burford-capital/

[150] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), pp. 13-14.

กรณีเหมืองแร่ทองคำชาตรีและขณะนี้อยู่ในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ได้เปิดเผยว่าได้รับข้อเสนอการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจากหลายราย[151] ซึ่งการติดต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจทำก่อนการเริ่มต้นหรืออยู่ในระหว่างกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หรือในบางกรณีอาจติดต่อเมื่อใกล้สิ้นสุดกระบวนพิจารณาแล้วก็ได้[152] ทั้งนี้ สิ่งที่ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนควรปฏิบัติ คือ การติดต่อผู้ที่ตนสนใจให้เป็นผู้สนับสนุนเงินทุนไว้จำนวนหลายราย เพื่อเป็นการเพิ่มโอกาสในการจะได้เงินทุนสนับสนุน และยังเป็นการทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ที่จะให้เงินทุน เพื่อให้ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนได้ข้อตกลงที่ดีขึ้น โดยการขอรับการสนับสนุนเงินทุนได้สำเร็จนั้นขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยด้วยกัน เช่น คดีเป็นอย่างไร เงื่อนไขของผู้สนับสนุนเงินทุนแต่ละแห่ง โครงสร้างหรือเนื้อหาข้อตกลงที่ประสงค์ และรวมถึงการนำเสนอ (Case presentation) ก็มีผลด้วยเช่นกัน[153]

เมื่อได้มีการติดต่อแล้วบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้ความสนใจ ลำดับต่อไปทั้งสองฝ่ายควรมีการลงนามในสัญญาการไม่เปิดเผยข้อมูล (non-disclosure agreement: NDA) เพื่อรักษาความลับของข้อมูล เอกสาร และสิ่งอื่นใดที่ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนหรือทนายความส่งมอบให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการขอรับการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าว จากนั้นจะมีการนำเสนอข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับคดี (Case presentation) โดยผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุน ทนายความ หรือโบรกเกอร์ เพื่อโน้มน้าวบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนว่าเหตุใดจึงควรลงทุนในกรณีนี้ โดยทั่วไปจะมีการส่งบันทึก (memorandum) ซึ่งอธิบายประวัติคู่พิพาท ข้อเท็จจริงในคดี ข้อมูลด้านกฎหมาย ประวัติของคณะทนายความและผู้เชี่ยวชาญในกรณีที่มีการแต่งตั้งหรือเลือกบุคคลดังกล่าวไว้แล้ว และระยะเวลาและงบประมาณที่คาดการณ์ไว้ หากมีรายงานจากผู้เชี่ยวชาญหรือความเห็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็จะมีการแนบไปกับบันทึกข้างต้นด้วย ซึ่งในกระบวนการนี้จะมีการเจรจาและตกลงเรื่องข้อกำหนดของการสนับสนุนเงินทุน (funding terms) หรือข้อกำหนดที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ (indicative terms) ซึ่งจะระบุเกี่ยวกับจำนวนเงินที่จะสนับสนุนเงินทุน ระยะเวลาการแบ่งจ่ายเงินทุน[154] และการจ่ายคืนค่าใช้จ่าย (outlay) พร้อมด้วยค่าตอบแทนหากชนะคดี โดยทั่วไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[151] Angela East, "Kingsgate Is Confident of Beating Thailand with Several Financiers Interested in Its Court Stoush," Stockhead (19 February 2019).

[152] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).p.14.

[153] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.pp. 30-31.

[154] María Beatriz Burghetto, "Risk Assessment and Third-Party Funding in Investment Arbitration," in Private Actors in International Investment Law, ed. Katia Fach Gómez, European Yearbook of International Economic Law (Cham: Springer, 2021).p.88.

ผลตอบแทนอาจเป็นจำนวน 3 เท่าของเงินที่ลงทุน หรือร้อยละ 20 – 40 ของจำนวนเงินที่ได้รับตามคำชี้ขาด โดยถือเอาตามจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่า[155]

3.2.4.2 การประเมินคดี (Case Assessment)

ในกระบวนการประเมินนี้ จะมีขั้นตอนแตกต่างกันไปในผู้สนับสนุนเงินทุนแต่ละราย โดยส่วนใหญ่จะมี 2 ขั้นตอนที่สำคัญ ได้แก่

(ก) การประเมินผลเบื้องต้น (Initial evaluation)

โดยทั่วไปจะพิจารณาเป็นการภายในโดยไม่ได้จ้างทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญภายนอก โดยตรวจดูรายละเอียดต่าง ๆ เช่น เนื้อหาแห่งคดี (case merits) จำนวนเงินทุนที่ร้องขอ (amount of funding request) มูลค่าของข้อเรียกร้อง (claim value) นิติทัศน์ (legal landscape) และการบังคับตามคำชี้ขาด (enforcement) เป็นต้น เมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการนี้แล้วมีความเห็นว่าคดีเป็นไปตามเกณฑ์การลงทุน บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะทำคำเสนอในรูปแบบข้อเสนอการลงทุนเบื้องต้น (Term sheet) หรือข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไข (Conditional funding agreement)[156]

(ข) การตรวจสอบเชิงลึก (Due Diligence)

เมื่อมีการทำข้อเสนอการลงทุนเบื้องต้น (Term sheet) หรือข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไข (Conditional funding agreement) ซึ่งจะกำหนดโครงสร้างค่าตอบแทน แนวทางในการปฏิบัติต่อข้อเสนอเพื่อทำความตกลงจากคู่พิพาท พฤติการณ์หรือเงื่อนไขที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจถอนตัวหรือเลิกสัญญา รวมถึงสิทธิหน้าที่ในการรายงานและแจ้งความคืบหน้าของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ทนายความ และผู้ขอรับเงินการสนับสนุนเงินทุน

นอกจากนี้ มักมีการระบุระยะเวลาผูกขาด (a period of exclusivity) ไม่ให้ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนเสนอคดีเพื่อรับการสนับสนุนเงินทุนต่อบุคคลอื่นจนกว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะตัดสินใจว่าจะตอบรับหรือไม่ เรียกว่า “long stop date”[157] ที่ต้องกำหนดเช่นนี้ เนื่องจากภายหลังการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไขแล้วจะเข้าสู่ขั้นตอนการตรวจสอบ

---

[155] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp. 30-31.

[156] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p.31.

[157] Victoria Sahani, Mick Smith, and Christiane Deniger, "Third-Party Financing in Investment Arbitration," in Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, ed. Christina L. Beharry, Nijhoff International Investment Law Series (Brill | Nijhoff, 2018).pp. 33-34.

เชิงลึก (Due Diligence) ซึ่งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนบางรายอาจมีเจ้าหน้าที่ซึ่งพร้อมสำหรับทำการตรวจสอบเชิงลึกอยู่แล้ว แต่โดยทั่วไปในขั้นนี้จะเป็นการตรวจสอบโดยที่ปรึกษาจากภายนอก เช่น ทนายความอาวุโส หรือศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย รวมถึงผู้เชี่ยวชาญทางด้านควอนตัม การเงิน การประเมินความเสี่ยง การประเมินราคาทรัพย์สิน และด้านอื่น ๆ ซึ่งมีความจำเป็นแตกต่างกันไปในแต่ละคดี โดยเฉพาะคดีในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีความซับซ้อนในเรื่องของการประเมินมูลค่าการลงทุน (valuations of investments) จำนวนค่าเสียหาย (quantum of damages) และอัตราดอกเบี้ย (interest to be paid) จึงทำให้เป็นขั้นตอนที่เสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ประมาณหนึ่งแสนถึงหนึ่งล้านดอลลาร์สหรัฐ และใช้ระยะเวลานานตั้งแต่ 2 สัปดาห์จนถึง 3 เดือน[158] ดังนั้น บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจึงมักที่จะขอทำข้อตกลงผูกขาด เพื่อไม่ให้ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบเชิงลึกที่โดยทั่วไปตนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายต้องเสียไปโดยเปล่าประโยชน์ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนก็ควรระมัดระวังในการทำข้อตกลงผูกขาดด้วยเช่นกัน เนื่องจากหากระยะเวลาการทำตรวจสอบเชิงลึกนานจนเกินไปและในท้ายที่สุดไม่ได้มีการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุน ก็จะทำให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อคดีที่มีความละเอียดอ่อนในเรื่องของเวลาได้[159]

ทั้งนี้ องค์ประกอบสำคัญที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะใช้พิจารณาประกอบการตัดสินใจว่าจะรับสนับสนุนเงินทุนในคดีนั้น ได้แก่ มูลค่าและความซับซ้อนของข้อเรียกร้อง จำนวนเงินทุนที่ต้องการ ความน่าจะเป็นที่คดีจะประสบความสำเร็จ มีบุคคลอื่นซึ่งมีบุริมสิทธิในผลประโยชน์ที่จะได้รับจากคดีอยู่ก่อนหน้าหรือไม่ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการใด การบังคับตามคำชี้ขาดทำได้โดยง่ายหรือไม่ และทรัพย์สินที่ต้องบังคับอยู่ในที่ใด เป็นต้น นอกจากนี้ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะให้ความสำคัญกับประวัติการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของฝ่ายรัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้านด้วยว่ามีการปฏิบัติตามหรือรัฐมีนโยบาย “ไม่จ่าย” หรือไม่ (“won’t pay” policy)[160] เมื่อพิจารณาผลการตรวจสอบและได้ทำการตัดสินใจแล้ว หรือในบางกรณีอาจต้องมีการส่งข้อมูลให้คณะกรรมการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[158] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp. 14-19.

[159] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 31.

[160] Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017).pp. 34-35.

การลงทุน (investment committee) ทำการอนุมัติ หลังจากนั้นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะแจ้งผลไปยังผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนภายในช่วง long stop date ที่ได้กำหนดไว้[161]

3.2.4.3 การทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (Funding Agreement)

ภายหลังเสร็จสิ้นกระบวนการประเมินคดีแล้ว หากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตัดสินใจที่จะสนับสนุนเงินทุนในคดีและแจ้งผลไปยังผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุน หลังจากนั้นจะเข้าสู่ขั้นตอนการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งเป็นข้อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุน หรืออาจเป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนทำหนังสือบอกกล่าวยืนยันว่าเจตนาที่จะสนับสนุนเงินทุนนั้นมีผลผูกพัน ทำให้ข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไขที่ได้ทำเอาไว้เปลี่ยนเป็นข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบไม่มีเงื่อนไข[162]

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนขึ้นใหม่หลังการประเมินคดีมีผลเป็นที่น่าพอใจ เนื้อหาในข้อตกลงดังกล่าวมักยกมาจากข้อกำหนดการสนับสนุนเงินทุนที่ได้มีการตกลงไว้ก่อนหน้า และนำมาปรับปรุงเพิ่มเติมให้มีรายละเอียดมากขึ้น[163] ซึ่งข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจะมีความหลากหลายแตกต่างกันไปในแต่ละคดีขึ้นอยู่กับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแต่ละราย และการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดซึ่งถือเป็นสาระสำคัญที่มักปรากฏอยู่ในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนแต่อาจเพียงแตกต่างกันในรายละเอียดมีดังต่อไปนี้

(ก) ขอบเขตของการสนับสนุนเงินทุน

ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนควรกำหนดว่าการสนับสนุนเงินทุนครอบคลุมค่าใช้จ่ายประเภทใดบ้าง (cost categories) โดยค่าใช้จ่ายซึ่งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจตกลงสนับสนุนเงินทุนมีอยู่หลายประเภทด้วยกัน อาจเป็นการตกลงออกค่าใช้จ่ายให้ทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนของค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการจนถึงจำนวนที่ตั้งไว้เท่านั้น ซึ่งค่าใช้จ่ายที่มักเกิดขึ้นและมีความสำคัญประกอบด้วย ค่าทนายความซึ่งอาจรวมถึงค่าประสบความสำเร็จ (success based legal fees) ในกรณีที่ทนายความทำหน้าที่ให้แก่ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนโดยมี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[161] Victoria Sahani, Mick Smith, and Christiane Deniger, "Third-Party Financing in Investment Arbitration," in Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, ed. Christina L. Beharry, Nijhoff International Investment Law Series (Brill | Nijhoff, 2018).p. 34.

[162] Ibid.

[163] María Beatriz Burghetto, "Risk Assessment and Third-Party Funding in Investment Arbitration," in Private Actors in International Investment Law, ed. Katia Fach Gómez, European Yearbook of International Economic Law (Cham: Springer, 2021).p.89.

การตกลงให้ได้รับค่าทนายความตามผลคดี (conditional or contingency fees basis) อาจเป็นกรณีที่ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนตกลงกับทนายความตั้งแต่แรก หรือเป็นกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจตั้งเงื่อนไขไว้เพื่อแบ่งความเสี่ยง (risk sharing) และจำนวนค่าใช้จ่ายในการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงทำให้ทั้งผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุน ทนายความ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะได้รับประโยชน์จากคดีไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งจะช่วยเพิ่มแรงจูงใจให้กับทนายความ และบ่งบอกแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนว่าทนายความมีความเชื่อมั่นในเนื้อหาแห่งคดี โดยข้อตกลงให้ค่าทนายความตามผลคดีนี้จะทำขึ้นระหว่างผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนกับทนายความเพียงแต่จะมีการอ้างถึงการแบ่งความเสี่ยงหรือการจ่ายค่าทนายความตามผลคดีในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงข้อตกลงลำดับความสำคัญ (Priorities Agreement)[164] นอกจากนี้ ยังมีค่าผู้เชี่ยวชาญและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับพยานหลักฐาน ค่าป่วยการของอนุญาโตตุลาการและค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ รวมถึงอาจมีการตกลงสนับสนุนเงินทุนในค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ (adverse costs) ค่าใช้จ่ายเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกัน (security for costs) และค่าใช้จ่ายในการประกันภัย (after-the-event insurance) ด้วย[165]

นอกจากนั้น ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนยังควรกำหนดจำนวนเงินทุนสูงสุด (maximum investment) ที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตกลงสนับสนุนในคดี ซึ่งจะกำหนดไว้ในงบประมาณ (budget) อันเป็นส่วนสำคัญสำหรับการควบคุมค่าใช้จ่ายว่าจะจัดสรรเงินทุนในค่าใช้จ่ายประเภทไหน อย่างไรบ้าง และอาจกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ไม่ได้คาดการณ์ไว้ (contingencies) ในงบประมาณด้วย อย่างไรก็ตาม งบประมาณที่ตั้งไว้เปรียบเสมือนแผนงานเริ่มต้นซึ่งฝ่ายต่าง ๆ จะใช้อ้างอิงเพื่อเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลง เช่น กรณีที่มีค่าใช้จ่ายที่จำเป็นนอกเหนือจากงบประมาณที่วางเอาไว้เนื่องจากมีข้อมูลใหม่ กรณีนี้ก็จะต้องอาศัยการเจรจาระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุน และทนายความ เพื่อให้มั่นใจว่าจำนวนเงินทุนที่ใช้ไปนั้นเหมาะสมแล้ว[166]

(ข) ผลตอบแทน

ข้อกำหนดนี้จะกำหนดผลตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนว่าจะได้รับผลตอบแทนอย่างไร ในกรณีใดบ้าง เมื่อการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยทั่วไป

---

[164] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp.28, 33-34.

[165] Ibid.pp.28-29

[166] Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017).pp. 31-32.

เป็นการสนับสนุนเงินทุนแก่ฝ่ายผู้เรียกร้องในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ดังนั้น ข้อตกลงจึงมักกำหนดให้กรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการไปตามผลที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน (Settlement) หรือมีคำชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชดเชยความเสียหาย เมื่อผู้เรียกร้องได้รับค่าเสียหายแล้ว บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจึงมีสิทธิที่จะได้รับผลตอบแทน ซึ่งข้อตกลงลักษณะนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม กล่าวคือ ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่ต้องจ่ายผลตอบแทนใด ๆ ให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหากการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ประสบผลสำเร็จ (non-recourse financing)[167] ดังนั้น ในกรณีที่คดีมีผลสำเร็จ ข้อตกลงมักจะกำหนดผลตอบแทนให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้ได้รับค่าใช้จ่ายที่ได้สนับสนุนเงินทุนให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง (outlay) และค่าตอบแทน ซึ่งค่าตอบแทนที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะได้รับอาจแตกต่างกันในแต่ละราย แต่โดยทั่วไปอาจกำหนดเป็นจำนวน 3 เท่าของเงินที่ลงทุน (three-fold returns หรือ three times) หรือร้อยละ 20 – 40 ของจำนวนเงินที่ผู้เรียกร้องได้รับตามคำชี้ขาดหรือตามความตกลงกับคู่พิพาท (recovery) โดยถือเอาตามจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่า[168] ทั้งนี้ ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งรวมถึงกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดอาจกำหนดผลตอบแทนสูงเป็นจำนวน 4 – 5 เท่า[169]

โดยในข้อตกลงอาจกำหนดจำนวนผลตอบแทนขั้นต่ำที่ต้องได้รับเท่ากับจำนวนค่าใช้จ่าย (outlay) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่ได้สนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้อง และในบางกรณีอาจมีการกำหนดเพดานผลตอบแทน (capped returns) ไม่ให้สูงกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่ผู้เรียกร้องได้รับตามคำชี้ขาด[170]

(ค) ข้อตกลงลำดับความสำคัญ

ข้อตกลงลำดับความสำคัญ (Priorities Agreement หรือ Waterfall Agreement) เป็นการกำหนดการจัดสรรและลำดับในการได้รับส่วนแบ่งจากจำนวนเงินที่ผู้เรียกร้องได้รับตามคำชี้ขาดหรือตามความตกลงที่ได้ทำไว้กับคู่พิพาท ให้แก่ผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อาจ

---

[167] Thanos Karvelis and Niel Coertse, "Third-Party Financing of International Arbitrations: Have We Evolved?," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-012-2954?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

[168] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp. 30-31.

[169] Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017).p.33.

[170] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).p. 31.

ทำเป็นข้อตกลงย่อย (Ancillary Document) หรือกำหนดไว้ในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนก็ได้[171] โดยทั่วไปจะมีผู้ดูแลผลประโยชน์ (Escrow Agent) หรือทนายความของผู้เรียกร้อง เป็นผู้บริหารจัดการการจ่ายเงินแก่ผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งโดยทั่วไปโครงสร้างลำดับการจ่ายเงินจะกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับคืนในเงินที่ได้สนับสนุนเงินทุนเป็นลำดับแรกและค่าตอบแทนของบุคคลดังกล่าวเป็นลำดับที่สอง ลำดับที่สามจึงจ่ายเงินที่ยังไม่ได้รับชำระหรือค่าประสบความสำเร็จให้แก่ทนายความ และส่วนที่เหลือจึงจ่ายให้แก่ผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนเป็นลำดับสุดท้าย[172] สรุปได้ตามตารางด้านล่าง ดังนี้

ตารางที่ 1 ตารางสรุปโครงสร้างลำดับความสำคัญการจ่ายเงิน

ลำดับ	ผู้ได้รับเงิน	รายการ
1	บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน	ค่าใช้จ่ายที่ได้สนับสนุนเงินทุนคืนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน
2	บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน	ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน
3	ทนายความ	เงินที่ยังไม่ได้รับชำระหรือค่าประสบความสำเร็จของทนายความ
4	ผู้เรียกร้อง (ผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุน)	จำนวนเงินที่เหลือทั้งหมด

(ง) หน้าที่ของผู้รับการสนับสนุนเงินทุน

ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจะกำหนดให้ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนและทนายความ มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลและให้ความร่วมมือแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยหน้าที่ดังกล่าวได้เคยกำหนดไว้ในขั้นตอนการประเมินคดีอยู่ก่อนแล้วตามข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไข (Conditional funding agreement) อย่างไรก็ดี ในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนชั้นนี้ก็ยังควรต้องมีข้อกำหนดดังกล่าวเพื่อทำให้การติดตามคดีซึ่งเป็นขั้นตอนต่อไปเป็นไปได้อย่างราบรื่น จึงมักกำหนดให้ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนรวมถึงทนายความที่ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนต้องสั่งการให้ปฏิบัติตามหน้าที่ตามข้อตกลง มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับคดี และต้อง

[171] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p.27.

[172] Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017).p.34.

รายงานความคืบหน้าของพัฒนาการในคดีต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นรายเดือน นอกจากนี้ ยังควรมีข้อกำหนดที่ระบุว่าผู้รับการสนับสนุนเงินทุนอนุญาตให้ทนายความสามารถส่งข้อมูลให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้ เพื่อไม่ให้เป็นการละเมิดต่อหน้าที่การรักษาความลับตามวิชาชีพของทนายความ (professional secrecy obligations) นอกจากนี้ สำหรับหน้าที่ในการให้ความร่วมมืออาจกำหนดให้ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมีการจัดสรรเวลาและทรัพยากรอย่างเพียงพอสำหรับการประสานงานที่จะเกิดขึ้นระหว่างผู้รับการสนับสนุนเงินทุน บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และทนายความ ทั้งนี้ การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลและให้ความร่วมมือดังกล่าวอาจทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงรายละเอียดในภายหลัง[173]

(จ) สิทธิในการควบคุมของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

แม้ส่วนใหญ่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะพยายามร่างข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนไม่ให้ตนเองมีอำนาจเหนือกระบวนพิจารณาคดีหรือผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมากจนเกินไป (excessive control) แต่การดำเนินการในบางขั้นตอนเพื่อรักษาผลประโยชน์ในการลงทุน เช่น การติดตามคดี ทำให้จำเป็นต้องมีการกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีสิทธิในการได้รับรายงานความคืบหน้าของคดี สิทธิในการตรวจสอบและอนุมัติค่าใช้จ่าย สิทธิในการเข้าถึงคณะทนายความโดยตรง และสิทธิในการได้รับแจ้งถึงการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ เช่น การได้รับข้อเสนอเพื่อทำความตกลงระงับข้อพิพาท (settlement) หรือการมีข้อมูลใหม่ที่อาจเปลี่ยนแปลงรูปคดี เป็นต้น[174] ซึ่งบางส่วนได้กล่าวถึงรายละเอียดไว้ในเรื่องขอบเขตการสนับสนุนเงินทุนและเรื่องหน้าที่ของผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนก่อนหน้านี้แล้ว

อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ข้อตกลงอาจระบุชัดแจ้งให้สิทธิในการใช้อำนาจเหนือการตัดสินใจของผู้รับการสนับสนุนเงินทุน ยกตัวอย่างเช่น การแต่งตั้งทนายความและอนุญาโตตุลาการ อาจกำหนดให้ต้องได้รับการอนุมัติจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เนื่องจากทั้งสองตำแหน่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญและมีผลต่อความสำเร็จของคดี กรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่เห็นด้วยก็อาจคัดค้านและเสนอรายชื่อบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมและมีความน่าเชื่อถือให้แก่ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไว้ ซึ่งในข้อเท็จจริงอาจมีการใช้อำนาจนั้นตั้งแต่ในขั้นตอนการเจรจาก่อนการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุน โดยใช้เป็นเงื่อนไขก่อนมีการทำข้อตกลง หากไม่สามารถตกลง

---

[173] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp. 32-33.

[174] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p.28.

กันได้ก็อาจทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตัดสินใจไม่สนับสนุนเงินทุนในคดีตั้งแต่แรกเริ่ม โดยข้อตกลงในลักษณะนี้ปรากฏในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนใน Treca agreement ระหว่างบริษัท Burford ผ่านบริษัท Treca Financial Solutions กับองค์กรไม่แสวงผลกำไร Friends of the Defense of the Amazon และผู้เรียกร้องจำนวน 40 ราย ในการต่อสู้คดีกับบริษัท Chevron ในศาลประเทศเอกวาดอร์ ซึ่ง Treca agreement ระบุให้ Nominated Lawyers หมายถึงทนายความที่เลือกโดยผู้เรียกร้องซึ่งได้ผ่านการอนุมัติจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน[175] นอกจากนี้อาจมีการกำหนดให้การตัดสินใจเรื่องกลยุทธ์ที่มีความสำคัญในคดีหรือการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ เช่น การเปลี่ยนคณะทนายความ การทำความตกลงระงับข้อพิพาท และการตัดสินใจสละสิทธิ์ ต้องได้รับการอนุมัติจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน[176] อย่างไรก็ตาม การควบคุมของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับการมีสิทธิคัดค้านโดยชัดแจ้งตามข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในการตัดสินใจต่าง ๆ เท่านั้น แต่ควรต้องพิจารณาสิทธิในการบอกเลิกสัญญาและลักษณะการติดตามคดีประกอบกัน ซึ่งจะทำการศึกษาในรายละเอียดในลำดับต่อไป

(ฉ) สิทธิในการบอกเลิกสัญญา

ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนควรมีการกำหนดสิทธิในการบอกเลิกสัญญา โดยมักระบุฐานหรือเหตุที่ให้สิทธิบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการบอกเลิกสัญญาและผลของการเลิกสัญญาเอาไว้ ซึ่งรายละเอียดจะมีความหลากหลายและแตกต่างกันไป บางรายอาจมีการกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนบอกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ (sole discretion) จนถึงการบอกเลิกสัญญาด้วยเหตุของการเปลี่ยนแปลงในทางลบอย่างมีนัยสำคัญของคดี (material adverse change)[177] อย่างไรก็ดี สมาคมผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินคดีแห่งประเทศอังกฤษและเวลส์ (Association of Litigation Funders of England and Wales: ALF) ได้จัดทำข้อพึงปฏิบัติ (Code of Conduct for Litigation Funders) ซึ่งมีการกำหนดเหตุ 3 ประการ ในการบอกเลิกข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนเอาไว้ ในข้อ 11.2[178] กล่าวคือ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจบอกเลิกสัญญา

---

[175] Maya Steinitz, "The Litigation Finance Contract," WILLIAM & MARY LAW REVIEW 54, 2 (December 2012).pp.472-473.

[176] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).pp. 26-28, 35.

[177] Ibid.pp. 36-37.

[178] See "Code of Conduct for Litigation Funders," (England and Wales: Association of Litigation Funders of England and Wales, January 2018).

11.2 terminate the LFA in the event that the Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity:

11.2.1 reasonably ceases to be satisfied about the merits of the dispute;

11.2.2 reasonably believes that the dispute is no longer commercially viable; or

หากไม่พึงพอใจโดยมีเหตุอันควรเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งคดี เช่น กรณีบอกเลิกสัญญาตามที่ข้อตกลงให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาไว้หากความน่าจะเป็นที่ข้อเรียกร้องจะประสบความสำเร็จต่ำกว่าระดับที่ได้มีการตกลงกันไว้[179]

เหตุบอกเลิกสัญญาประการต่อมา ได้แก่ กรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่าข้อพิพาทไม่ก่อให้เกิดประโยชน์เชิงพาณิชย์อีกต่อไป เช่น จำนวนค่าเสียหายที่คาดการณ์ไว้ลดลง[180]

เหตุประการสุดท้าย ได้แก่ กรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่ามีการละเมิดข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในสาระสำคัญโดยผู้รับการสนับสนุนเงินทุน อาจเป็นกรณีที่ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลและให้ความร่วมมือ หรือทำให้มูลค่าของข้อเรียกร้องลดลง ยกตัวอย่างเช่น บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่ได้ส่งมอบพยานหลักฐานสำคัญในครอบครองให้แก่ทนายความจนเป็นเหตุให้มีคำวินิจฉัยในทางลบเกี่ยวกับความรับผิดหรือจำนวนเงินอย่างมีนัยสำคัญ[181]

ผลแห่งการบอกเลิกสัญญา อาจแตกต่างกันในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม หลักสำคัญในการพิจารณาจะต้องพิจารณาตามลักษณะการทำละเมิด กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ละเมิดในสาระสำคัญ (material breach) บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะมีสิทธิเรียกร้องเงินที่ได้สนับสนุนคืน และอาจยังมีสิทธิได้รับผลตอบแทนตามที่ได้ตกลงกัน แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ใช่การละเมิดในสาระสำคัญ จะส่งผลให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนยังมีหน้าที่สนับสนุนเงินทุนตามกฎหมายจนถึงถึงวันเลิกสัญญา[182]

3.2.4.4 การติดตามคดี (Case Monitoring)

เมื่อมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนแล้ว บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะทำการติดตามพัฒนาการของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เช่น ติดตามความก้าวหน้าของคดี โดยในการติดตามคดีนี้ระดับการมีส่วนร่วมของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแต่ละรายประกอบกับรายละเอียดที่ระบุในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะมุ่งตรวจสอบในส่วนการเงินของคดีมากกว่า โดยมีการติดตามให้มั่นใจ

11.2.3 reasonably believes that there has been a material breach of the LFA by the Funded Party.

[179] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).p.36.

[180] Ibid.

[181] Ibid.

[182] Ibid.p.37.

ว่าทนายความของผู้รับการสนับสนุนเงินทุนนั้นทำให้คดีก้าวหน้าขึ้นอย่างเหมาะสม จ้างผู้เชี่ยวชาญที่เชี่ยวชาญในประเด็นข้อพิพาท ลดค่าใช้จ่ายในคดี และใช้กลยุทธ์ทางกฎหมายที่เหมาะสม ซึ่งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะตรวจสอบอยู่เป็นระยะ (periodic reviews) แต่การติดตามคดีนี้ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังไม่ให้มากเกินไปจนทำให้กลายเป็นกรณีที่ผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนโอนการควบคุมหรือการดำเนินการต่าง ๆ ในคดีให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสถานะของผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนในคดี ดังนั้น บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจึงต้องดำเนินการติดตามคดีเพื่อประโยชน์ของตนและผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนอย่างสมดุล และเคารพในอิสระของผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนในขณะเดียวกัน[183]

การควบคุมหรือการมีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน อาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) การควบคุมการตัดสินใจเกี่ยวกับกลยุทธ์ในคดี (Strategic decisions)

ตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 3.2.4.3 การทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน ว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนอาจกำหนดให้การตัดสินใจในกลยุทธ์ของกระบวนพิจารณาที่สำคัญจะต้องได้รับการอนุมัติจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เช่น การตัดสินใจเรื่องการทำความตกลงระงับข้อพิพาท การถอนคำร้อง การสละสิทธิ์ หรือการเปลี่ยนคณะทนายความ เป็นต้น และข้อตกลงมักจะกำหนดให้ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนด้วย ซึ่งข้อกำหนดต่าง ๆ ข้างต้นนั้น ทำให้เมื่ออยู่ในขั้นตอนการติดตามความคืบหน้าและตรวจสอบความเป็นไปของคดีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนสามารถควบคุมการตัดสินใจเกี่ยวกับกลยุทธ์ในคดีได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้รับการสนับสนุนเงินทุนและทนายความไม่ได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือตามการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนก็ไม่อาจบังคับหรือกีดกันไม่ให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งขัดแย้งกับความคิดเห็นของตนได้ แต่เหตุนี้อาจนำไปสู่การควบคุมกรณีอื่น ๆ อันได้แก่ การควบคุมโดยการจัดทำงบประมาณ และการควบคุมโดยสิทธิการบอกเลิกสัญญา[184] ซึ่งจะได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อต่อไป

---

[183] María Beatriz Burghetto, "Risk Assessment and Third-Party Funding in Investment Arbitration," in Private Actors in International Investment Law, ed. Katia Fach Gómez, European Yearbook of International Economic Law (Cham: Springer, 2021).pp. 90-91.

[184] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), p. 41.

(ข) การควบคุมโดยการจัดทำงบประมาณ (Case budgeting)

เมื่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีมุมมองว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการลงทุนอย่างหนึ่ง จึงทำให้มีเป้าประสงค์อย่างนักลงทุน กล่าวคือ ต้องการที่จะลดค่าใช้จ่ายให้ได้มากที่สุด เพิ่มมูลค่าให้ได้สูงที่สุด และต้องปกป้องการลงทุนของตนเอง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินมีการควบคุมเหนือการจัดการข้อเรียกร้องในระดับหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยไม่ได้ตั้งใจ ซึ่งการควบคุมที่มีส่วนสำคัญและชัดเจนที่สุดในการแสดงให้เห็นว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีความสามารถในการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับข้อเรียกร้องในการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นการควบคุมโดยการจัดทำงบประมาณ ดังคำกล่าวที่ว่า “อำนาจเป็นของผู้คุมถุงเงิน” (the power of purse)[185]

จากที่ได้ศึกษามาว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจะมีข้อกำหนดเรื่องขอบเขตของการสนับสนุนเงินทุนซึ่งจะมีการกำหนดเกี่ยวกับงบประมาณเอาไว้ โดยจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับจำนวนเงินทุนที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตกลงสนับสนุนในคดี และการควบคุมค่าใช้จ่ายว่าจะจัดสรรเงินทุนในค่าใช้จ่ายประเภทไหน อย่างไรบ้าง โดยในขั้นตอนติดตามคดีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะติดตามตรวจสอบงบประมาณในแต่ละชั้นของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการผ่านรายงานความคืบหน้าของคดีและใบแจ้งหนี้ที่ได้รับจากทนายความของผู้รับการสนับสนุนเงินทุน[186] แม้จะมีการกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ไม่ได้คาดการณ์ (contingencies) กรณีมีการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญไว้ในงบประมาณด้วย แต่หากมีการตรวจสอบพบว่าใบแจ้งหนี้ค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามที่ตกลงไว้ ทนายความจะต้องอธิบายถึงค่าใช้จ่ายที่ไม่เป็นไปตามงบประมาณนั้น ซึ่งหากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ยอมรับคำอธิบายนั้นก็อาจปฏิเสธการสนับสนุนเงินทุนนั้นหากมีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนที่ให้อำนาจไว้ หากเป็นกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับงบประมาณเอาไว้ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนก็จะใช้การควบคุมได้ผ่านทางการเจรจาเช่นกัน[187]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[185] Jennifer Trusz, "Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration," Georgetown Law Journal 101, 6 (2013): 1655.

[186] Cento Veljanovski, ", Third Party Litigation Funding in Europe," Journal of Law, Economics & Policy 8, 3 (2012): 423.

[187] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), pp. 42-43.

(ค) การควบคุมโดยสิทธิการบอกเลิกสัญญา (Termination rights)

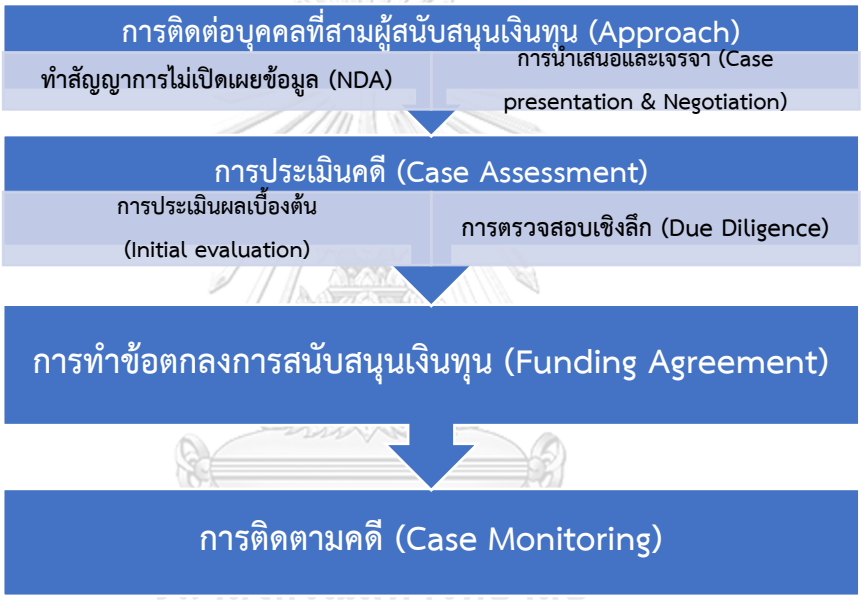
จากการศึกษาในหัวข้อสิทธิในการบอกเลิกสัญญา พบว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนอาจกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนสามารถบอกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ (sole discretion) หรืออาจกำหนดเหตุที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเอาไว้ เช่น กรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่พึงพอใจโดยมีเหตุอันควรเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งคดี หรือมีเหตุอันควรว่าข้อพิพาทไม่ก่อให้เกิดประโยชน์เชิงพาณิชย์อีกต่อไป หรืออาจเป็นกรณีเชื่อโดยมีเหตุอันควรว่ามีการละเมิดข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในสาระสำคัญโดยผู้รับการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งสิทธิในการบอกเลิกสัญญาตามข้อตกลงนี้ย่อมส่งผลต่อการดำเนินการเกี่ยวกับข้อเรียกร้อง เช่น กรณีที่มีความเห็นไม่ตรงกันในเรื่องการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีระหว่างทนายความกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งทนายความมีความเห็นว่าพยานปากนี้มีความสำคัญที่จะทำให้ชนะคดี แต่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเห็นว่ามีความเสี่ยงสูงเกินไปจึงไม่เห็นด้วยในการนำสืบพยานรายดังกล่าว ในกรณีนี้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจใช้อำนาจควบคุมผ่านงบประมาณ โดยอาจปฏิเสธการสนับสนุนเงินทุนในกระบวนการสืบพยานดังกล่าว หรืออาจใช้การควบคุมโดยสิทธิการบอกเลิกสัญญาก็ได้ กล่าวคือ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจออกความเห็นในกรณีดังกล่าว โดยย้ำว่าหากการสืบพยานปากนี้ทำให้เกิดผลร้าย ตนจะบอกเลิกสัญญาโดยยกเหตุความไม่พึงพอใจโดยมีเหตุอันควรเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งคดีขึ้นกล่าวอ้าง เพียงการอ้างถึงการบอกเลิกสัญญานี้ก็อาจทำให้ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนและทนายความต้องยินยอมตามความเห็นของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแล้ว[188]

กล่าวโดยสรุป กระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นเริ่มต้นจากการติดต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Approach) โดยหากคดีนั้นได้รับความสนใจจะมีการทำสัญญาการไม่เปิดเผยข้อมูล (non-disclosure agreement) เพื่อรักษาความลับของข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ในคดี ซึ่งจะต้องใช้ในการนำเสนอเพื่อขอรับการสนับสนุนเงินทุน โดยในขั้นนี้จะมีการเจรจาและตกลงเรื่องข้อกำหนดของการสนับสนุนเงินทุนในรายละเอียดเบื้องต้น จากนั้นจะเข้าสู่ขั้นตอนการประเมินคดี (Case Assessment) ซึ่งโดยทั่วไปจะมี 2 ขั้นตอนสำคัญ ได้แก่ การประเมินผลเบื้องต้น (Initial evaluation) ซึ่งจะทำการตรวจสอบเป็นการภายใน หากเห็นว่าคดีเป็นไปตามเกณฑ์การลงทุน จะมีการทำคำเสนอในรูปแบบข้อเสนอการลงทุนเบื้องต้นหรือข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไข ซึ่งจะกำหนดระยะเวลาผูกขาดไม่ให้ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุนเสนอคดีเพื่อรับการสนับสนุนเงินทุนต่อบุคคลอื่น เนื่องจากจะต้องเข้าสู่ขั้นตอนการตรวจสอบเชิงลึก (Due Diligence) ซึ่งเป็นการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ จากภายนอก ทำให้มีค่าใช้จ่ายสูงและใช้ระยะเวลานานพอสมควร หากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตัดสินใจรับสนับสนุนเงินทุน

[188] Ibid., 44.

ภายหลังการพิจารณาผลการตรวจสอบก็จะแจ้งไปยังผู้ขอรับการสนับสนุนเงินทุน และเข้าสู่กระบวนการจัดทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (Funding Agreement) ต่อไป ซึ่งหลังจากกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ของการสนับสนุนเงินทุนและมีการลงนามในข้อตกลงเรียบร้อยแล้ว บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะทำการติดตามคดี (Case Monitoring) ไปจนสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยสามารถสรุปกระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ตามที่ปรากฏในภาพด้านล่างนี้

ภาพที่ 2 ภาพลำดับกระบวนการในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม



CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 4
ลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

บทที่ 4 นี้ จะเริ่มด้วยการนำศึกษาถึงลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งประกอบด้วยลักษณะเฉพาะ 4 ประการ อันได้แก่ คู่พิพาท บ่อเกิดพันธกรณี ลักษณะข้อพิพาท รวมถึงค่าใช้จ่ายและค่าเสียหาย เพื่อให้ทราบและเข้าใจถึงบริบทของการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ และในลำดับต่อไปจึงจะนำศึกษาและแสดงให้เห็นถึงปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการลงทุน

4.1 ลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

4.1.1 คู่พิพาท (Disputing Parties)

ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน มีคู่พิพาท คือ นักลงทุนต่างชาติฝ่ายหนึ่ง และรัฐผู้รับการลงทุนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนี้นักลงทุนต่างชาติซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) เป็นผู้เสนอข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ (Claimant) โดยจะอ้างถึงการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements: IIAs) ที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ทำความตกลงไว้กับรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน (Home State) ดังนั้น รัฐผู้รับการลงทุนจึงมีสถานะเป็นผู้คัดค้าน (Respondent) ในข้อพิพาท ซึ่งข้อมูลจากการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ณ วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2564 ซึ่งปรากฏในรายงานการลงทุนโลก ค.ศ. 2021 (World Investment Report 2021) พบว่า จำนวนข้อพิพาทตามกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการเปิดเผยมีจำนวนทั้งสิ้น 1,104 ข้อพิพาท มีรัฐผู้รับการลงทุน จำนวน 124 ประเทศ และการรวมกลุ่มเศรษฐกิจ (economic grouping) คือ สหภาพยุโรป (European Union: EU) เป็นผู้คัดค้านในข้อเรียกร้องของนักลงทุนต่างชาติอย่างน้อยหนึ่งคดี ทั้งนี้ จำนวนข้อพิพาทที่มีการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการทั้งหมดที่แท้จริงอาจสูงกว่าที่รายงาน[189] ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบข้อมูลของ UNCTAD ณ วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2563 ที่พบว่ามีข้อพิพาทจำนวนทั้งสิ้น 1,023 ข้อพิพาท และ

[189] World Investment Report 2021, UNCTAD, Report No. UNCTAD/WIR/2021.

มีผู้คัดค้าน ได้แก่ รัฐผู้รับการลงทุน จำนวน 120 ประเทศ และสหภาพยุโรป[190] จะเห็นได้ว่าภายในเวลาหนึ่งปีมีข้อพิพาทเพิ่มขึ้นจากเดิมเป็นจำนวนถึง 81 ข้อพิพาท และมีรัฐที่ตกเป็นผู้คัดค้านใหม่เป็นครั้งแรกเพิ่มขึ้นถึง 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศเดนมาร์ก ประเทศนอร์เวย์ ประเทศปาปัวนิวกินี และประเทศสวิสเซอร์แลนด์ โดยในปี พ.ศ. 2563 คดีที่เกิดขึ้นใหม่ส่วนใหญ่ หรือประมาณร้อยละ 75 เป็นข้อเรียกร้องต่อรัฐซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา (developing countries) และกลุ่มประเทศที่เศรษฐกิจอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่าน (transition economies)[191]

ส่วนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น โดยทั่วไปจะเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาทซึ่งเป็นเอกชนด้วยกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม รัฐอาจเข้าเป็นคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ โดยเป็นกรณีที่รัฐกระทำในฐานะเอกชน (jure gestionis) ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) รัฐจะตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันกับเอกชนและตกอยู่ภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการที่รัฐตกลงยินยอมเข้าร่วมโดยสมัครใจ ดังนั้น รัฐจะยกหลักความคุ้มกันขึ้นอ้างไม่ได้ (waiver of immunity)[192]

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งสองประเภทแล้ว อาจสรุปได้ว่า มีความแตกต่างกันในประเด็นเรื่องคู่พิพาท โดยในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ข้อพิพาทเกิดระหว่างเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติกับรัฐ โดยรัฐมิได้กระทำในฐานะเอกชน แต่การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ เป็นกรณีที่โดยมากคู่พิพาทจะเป็นเอกชนทั้งสองฝ่าย หากรัฐเป็นคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งในที่นี้จะเป็นลักษณะของการกระทำในฐานะเอกชน นอกจากนี้ โดยทั่วไปมักไม่ปรากฏข้อเรียกร้องแย้ง (Counterclaim) ในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งต่างจากการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน และผู้คัดค้านที่เป็นเอกชนมักมีการยื่นข้อเรียกร้องแย้งเป็นปกติ คล้ายกับการฟ้องแย้งในคดีแพ่ง[193]

---

[190] UNCTAD. “ISDS Navigator Update: 900+ Known Investment Treaty Cases” [Online]. Available from: https://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Database/Home/1595 [2 March 2019]

[191] World Investment Report 2021, UNCTAD, Report No. UNCTAD/WIR/2021.

[192] Veijo Heiskanen, "State as a Private: The Participation of States in International Commercial Arbitration," Transnational Dispute Management 7, 1 (April 2010).

[193] Angelynn Meya, "Chapter 10.Third-Party Funding in International Investment Arbitration the Elephant in the Room," in Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor and Antonias Dimolitsa(Kluwer Law International,
International Chamber of Commerce (ICC),, 2013), pp. 123-124.

4.1.2 บ่อเกิดพันธกรณี (Source of Obligations)

อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาความรับผิดระหว่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) ซึ่งมีสถานะเป็นผู้คัดค้าน (Respondent) โดยจะพิจารณาตามพันธกรณีที่มีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) และความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs)[194] มิใช่การพิจารณาสิทธิและหน้าที่ของคู่พิพาทที่มีตามสัญญาระหว่างกันเพียงอย่างเดียวดังเช่นการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ซึ่งวัตถุประสงค์ในการการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) และรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน (Home State) อันเป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในรัฐของตน เนื่องจากการลงทุนระหว่างประเทศเป็นการส่งเสริมให้เศรษฐกิจภายในรัฐที่ได้รับการลงทุนมีความเติบโตมีการไหลเวียนเงินตราจากต่างประเทศอันนำมาซึ่งการผลิตสินค้าและบริการ การจ้างแรงงาน รวมไปถึงเทคโนโลยีใหม่ จึงช่วยพัฒนาประเทศอีกทางหนึ่ง ดังนั้น รัฐผู้ประสงค์จะรับการลงทุนจึงต้องให้การสนับสนุนการลงทุนและให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติที่นำเงินเข้าไปลงทุนในการแสวงหาโอกาสในการสร้างรายได้และผลกำไร รวมถึงต้องการความมั่นใจจากรัฐในเรื่องความปลอดภัยของชีวิตและทรัพย์สินของนักลงทุนด้วย[195]

ในรายงานการลงทุนโลก ค.ศ. 2021 (World Investment Report 2021) ของ UNCTAD ปรากฏข้อมูลว่า มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) จำนวนทั้งสิ้นถึง 3,360 ฉบับ ซึ่งเป็นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) จำนวน 2,943 ฉบับ และข้อกำหนดทั่วไปว่าด้วยการลงทุนในสนธิสัญญา (Treaties with Investment Provisions: TIPs) จำนวน 417 ฉบับ[196] ในขณะที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาระดับทวิภาคี มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุน จึงมักมีสาระสำคัญมุ่งเน้นการคุ้มครองการลงทุน (Protection) และการสนับสนุนการลงทุน (Promotion) ส่วนความตกลงการค้าเสรี (FTAs) จะมีขอบเขตที่กว้างกว่า นอกจากในเนื้อหาส่วนการคุ้มครองการลงทุนในข้อบทการลงทุน (Investment

---

[194] Yas Banifatemi, "Remarks by Yas Banifatemi," American Society of International Law 103(2009): 323-326.

[195] กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, "ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) ช่วยส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติจริงหรือไม่" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 July 2019. แหล่งที่มา: https://api.dtn.go.th/files/v3/5cff75531ac9ee073b7bdb4c/download

[196] World Investment Report 2021, UNCTAD, Report No. UNCTAD/WIR/2021.

Chapter) แล้ว ยังมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเปิดเสรี (Liberalization) ซึ่งก็คือ การลดหรือกำจัดอุปสรรคในการเข้ามา ก่อตั้ง หรือบริหารจัดการการลงทุนด้วย[197]

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการลงทุน โดยทั่วไปจะพบ 4 ลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

4.1.2.1 ขอบเขตของความตกลง (Scope)

ขอบเขตของความตกลงจะปรากฏอยู่ในข้อบทว่าด้วยการบังคับใช้ (Scope of Application) ในส่วนนี้จะเป็นส่วนสำคัญที่ใช้ในการกำหนดกรอบการบังคับใช้เนื้อหาในความตกลง โดยเป็นการกำหนดขอบเขตการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และกำหนดวิธีการกลั่นกรองการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงนั้น ๆ[198] เช่น กำหนดให้การลงทุนต้องเป็นการลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment: FDI) ที่เข้ามาในประเทศแล้ว (Post - establishment) และได้รับการรับรองจากหน่วยงานที่มีอำนาจหรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศภาคี เป็นต้น

นอกจากนี้ขอบเขตของความตกลงยังปรากฏในส่วนของคำนิยาม (Definitions) ซึ่งคำนิยามที่สำคัญ ได้แก่ นิยามคำว่า “การลงทุน” (Investment) และคำว่า “นักลงทุน” (Investor) เพื่อเป็นการกำหนดลักษณะหรือประเภทของการลงทุนและผู้ลงทุนที่รัฐมีนโยบายให้ความคุ้มครอง ซึ่งการลงทุนอาจกำหนดนิยามได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก การระบุลักษณะของการลงทุน เช่น กำหนดให้ลักษณะของการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครอง เฉพาะทรัพย์สินที่นักลงทุนมีไว้เพื่อการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และลักษณะที่สอง การระบุประเภทของทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครอง โดยอาจระบุรายการแบบเปิด (Open list) กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นการลงทุนตามความตกลงมีจำนวนมาก จึงมีการยกตัวอย่างไว้ในคำนิยาม หรืออาจระบุรายการแบบปิด (Closed list) กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นการลงทุนตามความตกลงจะครอบคลุมเพียงรายการที่ระบุไว้ในคำนิยามเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันนิยมการระบุรายการแบบปิด เนื่องจากสามารถกำหนดรายการทรัพย์สินที่คุ้มครองได้ชัดเจนกว่า และไม่เป็นนิยามที่กว้างเกินไปจนยากต่อการกำหนดขอบเขตของความตกลงอย่างรายการแบบเปิด[199]

---

[197] มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย (มีนาคม 2553), หน้า 6.

[198] โกศล ฉันธิกุล, “ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน : ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 15 (มิถุนายน, 2528), หน้า 7-8.

[199] มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย (มีนาคม 2553), หน้า 15.

ส่วนคำว่า “นักลงทุน” มักจะหมายความรวมถึงทั้งกรณีบุคคลธรรมดา (Natural Person) โดยอาจกำหนดให้ต้องมีสัญชาติของรัฐภาคี ซึ่งอาจใช้คำว่า Nationals หรือ Nationality หรือ Citizens หรืออาจรวมถึงบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐภาคี ส่วนกรณีนิติบุคคล (Juridical Person) ความตกลงอาจกำหนดให้ต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้ง หรือก่อตั้งในรัฐภาคี ทั้งนี้ ในการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับรัฐภาคีอาจกำหนดให้ต้องพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้น (Ownership) หรืออำนาจควบคุม (Control) ทั้งทางตรงหรือทางอ้อมด้วย[200] ยกตัวอย่างเช่น ในมาตรา 1 วรรค 3 แห่งสนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน (Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments)[201] ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวใช้คำว่า “nationals” ในกรณีนักลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา จะต้องมีสัญชาติไทยตามกฎหมายไทยหรือมีสัญชาติเยอรมันตามกฎหมายเยอรมัน ส่วนกรณีนักลงทุนซึ่งเป็นนิติบุคคลให้หมายถึงนิติบุคคลที่ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐภาคีและมีสำนักงานใหญ่ (seat) ในดินแดนของรัฐภาคี กล่าวคือ ในดินแดนประเทศไทยหรือประเทศเยอรมนีด้วย

4.1.2.2 พันธกรณี (Obligations)

เป็นส่วนที่กำหนดข้อปฏิบัติสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนเกี่ยวกับการการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน อันมีพันธกรณีตามหลักการสำคัญ ได้แก่

1) การปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติโดยใช้มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน (Standards of Treatment) โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1. มาตรฐานการปฏิบัติแบบเปรียบเทียบ (Relative Standards of Treatment) ซึ่งต้องอาศัยการพิจารณามาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนที่ปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของรัฐตนเองหรือการลงทุนและนักลงทุนรัฐที่สาม เปรียบเทียบกับการปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีที่รัฐเข้าทำความตกลงด้วยนั้น ว่าในพฤติการณ์หรือ

---

[200] Ibid., 12-14.

[201] “3. the term “investors” with regard to either Contracting Party refers to:
(a) natural person who
- in respect of the Kingdom of Thailand, are considered to be nationals within the meaning of its applicable laws; and
- in respect of the Federal Republic of Germany are German within the meaning of its Basic Law;
(b) legal entities, including companies, corporations, business associations and other organizations, with or without legal personality, which are constituted or otherwise duly organized under the law of that Contracting Party and have their seat in the territory of that Contracting Party”

สภาวการณ์ที่คล้ายกัน (in like circumstances) มีการเลือกปฏิบัติอันทำให้เกิดความแตกต่าง และผิดหลักที่ว่าจะปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีไม่ด้อยกว่า (no less favourable than) หรือไม่ แต่อาจมีการกำหนดขอบเขตในความตกลงว่าการปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีจะเป็นไปตามหลักต่างตอบแทนก็ได้ ดังนั้น การพิจารณาว่ารัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่จึงต้องกระทำเป็นรายกรณีไป[202]

โดยมาตรฐานการปฏิบัติแบบเปรียบเทียบ มีมาตรฐานสำคัญ 2 ประการ คือ มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) กล่าวคือ เป็นการให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติในสภาวการณ์คล้ายกันเช่นเดียวกับที่รัฐนั้นปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐนั้นเองและมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation: MFN) ซึ่งหมายถึง รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติในสภาวการณ์คล้ายกันไม่ด้อยกว่าที่รัฐนั้นปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของรัฐที่สาม[203]

2. มาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จ (Absolute Standards of Treatment)

เป็นมาตรฐานการปฏิบัติในการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของรัฐภาคี โดยไม่มีการพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานการปฏิบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนอื่น แต่จะพิจารณาเพียงมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จเท่านั้น ดังนั้น รัฐผู้รับการลงทุนจึงไม่สามารถใช้มาตรฐานการปฏิบัติอันไม่เป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จต่อนักลงทุนของรัฐภาคีได้ แม้ว่ามาตรฐานการปฏิบัติดังกล่าวจะถูกใช้กับนักลงทุนสัญชาติของรัฐตนเองเช่นกันก็ตาม[204] ซึ่งมาตรฐานการปฏิบัติแบบเบ็ดเสร็จ มีมาตรฐานอันเป็นพันธกรณีสำคัญ เช่น มาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ซึ่งเป็นมาตรฐานการปฏิบัติที่มุ่งคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมของรัฐผู้รับการลงทุน อาทิ การยกเลิกใบอนุญาตตามอำเภอใจ (an arbitrary cancellation of licences) การคุกคามนักลงทุนต่างชาติโดยการปรับหรือการลงโทษที่ไม่เป็นธรรม (unjustified fines and penalties) หรือการสร้างปัญหาอื่น ๆ เพื่อทำให้ธุรกิจหยุดชะงัก[205] เป็นต้น

---

[202] มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย (มีนาคม 2553), หน้า 18.

[203] United Nations Centre on Transnational Corporations and International Chamber of Commerce, “Bilateral Investment Treaties, 1959-1991.” United Nations, 1992. pp. 30-31.

[204] มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย (มีนาคม 2553), หน้า 24.

[205] UNCTAD. “Fair and Equitable Treatment: A Sequel.” [Online]. Available from: https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf [1 March 2019]

ทั้งนี้ ยังไม่มีการบัญญัตินิยามหรือความหมายของมาตรฐานดังกล่าว จึงยังไม่มีความแน่นอนว่าการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาตินั้นมีหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานอย่างไร เนื่องจากนักวิชาการบางท่านเห็นว่ามาตรฐานการปฏิบัติดังกล่าวไม่ต่างจากพันธกรณีตามมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ (Minimum Standard of Treatment) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) แต่นักวิชาการบางท่านมีความเห็นแย้งต่อแนวคิดข้างต้น และเห็นว่าควรจะให้ความหมายตามถ้อยคำ (given plain meaning) ทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีการละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือไม่[206]

2) การเวนคืน (Expropriation) เป็นการกำหนดพันธกรณีที่ห้ามมิให้รัฐผู้รับการลงทุนกระทำการอันเป็นการเวนคืน (Expropriation) หรือทำให้ทรัพย์สินของการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติตกเป็นของรัฐ (Nationalization) โดยไม่เป็นธรรม ทั้งทางตรง (Direct Expropriation) และทางอ้อม (Indirect Expropriation) หรือเป็นมาตรการอื่นที่ทำให้ทรัพย์สินตกเป็นของรัฐผู้รับการลงทุนอันเป็นเหตุให้นักลงทุนต่างชาติสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สิน เป็นต้น โดยหากจะเวนคืนต้องเป็นการปฏิบัติไปตามเงื่อนไขที่กำหนด กล่าวคือ 1. การเวนคืนเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (for a public purpose) 2. ต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) 3. ต้องทำภายใต้กระบวนการโดยชอบด้วยกฎหมาย (under due process of law) และ 4. ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยการเวนคืนโดยพลัน เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ (prompt, adequate and effective compensation) หรือการจ่ายค่าชดเชยโดยมีความเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable compensation) ซึ่งการเวนคืนที่มักมีปัญหาในการตีความ คือ กรณีการเวนคืนทางอ้อมหรือมาตรการที่ให้ผลแบบเดียวกัน ทำให้เกิดความพยายามในการแก้ไขปัญหา เช่น ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของสหรัฐอเมริกา หรือของประเทศแคนาดา มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการดำเนินมาตรการที่ถือเป็นการเวนคืนเอาไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการตีความและเป็นการรักษาไว้ซึ่งสิทธิในการดำเนินมาตรการเพื่อรักษาสวัสดิภาพของประชาชน (Public Welfare)[207]

3) การประกันการโอนเงินทุนเข้า-ออกโดยเสรี (Free Transfer of funds) ซึ่งเป็นหลักประกันให้นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินหรือผลตอบแทนจากการลงทุนได้โดยเสรีและ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[206] UNCTAD. “Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.” [Online]. Available from: https://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf [1 March 2019]

[207] มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย (มีนาคม 2553), หน้า 25-29.

ไม่ล่าช้า โดยจะกำหนดประเภทธุรกรรมรวมถึงสกุลเงินและอัตราแลกเปลี่ยนที่ได้รับความคุ้มครอง แต่อาจมีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในความตกลง

4.1.2.3 กลไกการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Mechanism)

ในส่วนนี้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) จะกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ซึ่งมี 2 กลไก โดยแบ่งตามคู่พิพาท กล่าวคือ 1. กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับประเทศภาคีคู่สัญญา และ 2. กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีคู่สัญญา

สำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) เป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่มักถูกกำหนดไว้ โดยให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นทางเลือกหลักแก่นักลงทุนต่างชาติในการดำเนินข้อเรียกร้องกับรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้โดยตรง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลภายในรัฐนั้น[208] หรือขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้การคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) แม้ว่านักลงทุนต่างชาติจะไม่ได้มีสถานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศและมิได้เป็นผู้เข้าทำความตกลงกับรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อให้ความคุ้มครองกับนักลงทุนต่างชาติในการเข้าถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมและเป็นอิสระ รวมถึงเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติไม่ใช่ข้อบทบังคับ ดังนั้น ในการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รัฐภาคีอาจไม่ได้กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้ในความตกลงก็ได้ หรือในอีกลักษณะอาจให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอาจกระทำผ่านกระบวนการยุติธรรมของรัฐผู้รับการลงทุน หรือผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปความตกลงอาจจะกำหนดให้เริ่มต้นการระงับข้อพิพาทจากการเจรจา (Negotiation) แต่หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ นักลงทุนต่างชาติอาจเป็นผู้เลือก หรืออาจกำหนดให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการยุติธรรมของรัฐผู้รับการลงทุน หรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งโดยมากจะเป็นการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules: AR) ของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ในกรณีที่รัฐภาคีผู้เข้าทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วย

[208] UNCTAD, “Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration” [Online]. Available from: https://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf [3 March 2019]

การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States: ICSID Convention or Washington Convention) หรือใช้ ICSID Additional facility rules และ Arbitration (Additional Facility) Rules ในกรณีที่มีรัฐภาคีตามความตกลงไม่ได้เป็นภาคี ICSID Convention รวมถึงการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) ของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) โดยการตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration)[209] หรือเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการดังกล่าว และเมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณา และมีคำชี้ขาดว่าอย่างไร ก็ย่อมผูกพันคู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดยถือเป็นที่สุด และไม่มีกลไกการอุทธรณ์คำชี้ขาดในระบบดังกล่าว[210]

ส่วนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีคู่สัญญา (State-State Dispute Settlement) เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ที่มักมีสาเหตุจากประเด็นการตีความและการบังคับใช้ข้อบทในความตกลง โดยทั่วไปเมื่อมีข้อพิพาทในความตกลงจะกำหนดให้พยายามระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาหรือการปรึกษาหารือเท่าที่เป็นไปได้ก่อน หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนด จึงกำหนดให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ[211]

4.1.3 ลักษณะข้อพิพาท (Nature of Dispute)

ตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1.1 ว่า คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คือ รัฐ และนักลงทุนต่างชาติ เมื่อรัฐมีอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ และสามารถใช้อำนาจในทางมหาชนเพื่อกระทำการหรือใช้มาตรการต่าง ๆ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประชาชน รวมถึงเอกชนที่เป็นนักลงทุนต่างชาติด้วย อันเป็นเหตุให้ต้องมีการคัดค้านการดำเนินการหรือการใช้มาตรการของรัฐ โดยการลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นเป็นการลงทุนที่มีมูลค่าสูงซึ่งมักมีความเกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะและสัมปทานการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำมัน ก๊าซ และเหมืองแร่ เป็นต้น ทำให้การประกอบกิจการอาจกระทบต่อ

---

[209] Christian Leathley, Andrew Cannon and Iain Maxwell “A shake-up of the system of investment treaty arbitration: What does the future hold?”, [Online]. Available from: https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/a-shake-up-of-the-system-of-investment-treaty-arbitration-what-does-the-future-hold [27 February 2019]

[210] มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย (มีนาคม 2553), หน้า 38-40.

[211] Ibid.

ประชาชนจำนวนมาก จึงทำให้รัฐผู้รับการลงทุนอาจต้องมีนโยบายสาธารณะ (public policy) ในการใช้มาตรการในบางกรณีเพื่อแก้ไขปัญหาอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ดังนั้น ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนจึงมักมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นนโยบายสาธารณะ หรือการคัดค้านความสามารถของรัฐในการใช้กฎหมายควบคุมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งข้อพิพาทเหล่านี้มักเป็นประเด็นอ่อนไหวที่อาจก่อให้เกิดประเด็นทางการเมืองภายในรัฐผู้รับการลงทุน หรือในระดับระหว่างประเทศก็ดี[212] โดยลักษณะข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะต่างจากการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีคู่พิพาท คือ เอกชนหรือองค์กรธุรกิจ มีสิทธิและหน้าที่อยู่บนพื้นฐานของสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายยินยอมเข้าตกลงร่วมกัน โดยมีฐานะเท่าเทียมกัน โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างประโยชน์สาธารณะในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ซึ่งข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางพาณิชย์ (commercial disputes) เช่น ข้อพิพาททางการค้า ข้อพิพาทตามสัญญาการขนส่ง และข้อพิพาททางทะเล โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างประโยชน์สาธารณะในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ซึ่งแตกต่างอย่างมากจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ[213]

ทั้งนี้ เพื่อเป็นข้อยกเว้นให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้มาตรการต่าง ๆ โดยไม่เป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนตามที่ได้ศึกษาไปในหัวข้อ 4.1.2 อันจะทำให้รัฐเกิดความรับผิด ซึ่งส่วนใหญ่รัฐใช้มาตรการไปเพื่อวัตถุประสงค์อันมักจะเกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของประชาชน (Public Welfare) เช่น การสาธารณสุขและความปลอดภัย (Public Health and Safety) สิ่งแวดล้อม (Environment) หรือเสถียรภาพของระบบการเงิน (Financial Stability) รัฐภาคีจึงมีความพยายามในการแก้ไขปัญหาโดยกำหนดมาตรการปกป้อง (Safeguard) หรือข้อยกเว้น (Exceptions) ไว้ในความตกลงดังกล่าวด้วย โดยแบ่งออกเป็นข้อยกเว้นโดยทั่วไป (General Exceptions) ซึ่งอนุญาตให้รัฐสามารถใช้มาตรการที่จำเป็นในการปกป้องสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์ และพืช (necessary to protect human, animal, or plant life of health) โดยมีข้อแม้ว่ามาตรการดังกล่าวต้องเป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) และมีลักษณะที่สุจริต (good

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[212] UNCTAD, “Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration” [Online]. Available from: https://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf [3 March 2019]

[213] Shining Guo *et al.*, "Fundamentals: An Overview on International Arbitration," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://www.kwm.com/en/cn/knowledge/insights/an-overview-on-international-arbitration-20200617

faith nature)[214] และข้อยกเว้นในการใช้มาตรการการที่จำเป็นเพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบการเงิน (Prudential Exceptions) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ครอบคลุมกิจกรรมเกี่ยวกับระบบการเงินที่กว้าง ตั้งแต่เงื่อนไขความเพียงพอของเงินกองทุน (Capital Adequacy Requirements) ในยามสงบ จนถึงการปรับปรุงโครงสร้างเงินทุนของสถาบันการเงิน (Recapitalization) เมื่อเกิดวิกฤต[215] อย่างไรก็ดี การบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นการขจัดความเสี่ยงในการถูกคัดค้านไปโดยสิ้นเชิง การจะพิจารณาว่ามาตรการละเมิดพันธกรณีใดหรือไม่ยังคงขึ้นอยู่กับการตีความของอนุญาโตตุลาการ[216]

โดยต่อไปผู้เขียนจะขอนำศึกษาตัวอย่างคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับประเด็นเรื่องนโยบายสาธารณะของรัฐผู้รับการลงทุน ดังต่อไปนี้

คดี Metalclad v. Mexico[217] โดยมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Metaclad ซึ่งเป็นบรรษัทข้ามชาติสหรัฐอเมริกา ได้รับใบอนุญาตในระดับสหพันธรัฐและระดับรัฐของประเทศเม็กซิโกที่อนุญาตให้ก่อสร้างและประกอบกิจการพื้นที่ฝังกลบของเสียอันตราย (Hazardous Waste Landfill) แล้ว โดยบริษัท Metaclad ได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ของเม็กซิโกหลายครั้งว่า นักลงทุนไม่จำต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐบาลท้องถิ่น และรัฐบาลท้องถิ่นไม่มีเหตุในการปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ แต่ภายหลังที่เริ่มการก่อสร้างปรากฏว่ารัฐบาลท้องถิ่นไม่ออกใบอนุญาตให้แก่บริษัท Metaclad[218] และได้มีการประกาศเขตอนุรักษ์สำหรับกระบองเพชรพันธุ์หายาก (a Natural Area for the protection of rare cactus) ซึ่งครอบคลุมไปถึงพื้นที่ก่อสร้างดังกล่าว ทำให้บริษัท Metaclad ไม่สามารถประกอบกิจการในพื้นที่ได้[219] บริษัท Metaclad จึงได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการว่า รัฐบาลเม็กซิโกละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการเวนคืน ตามมาตรา 1105 และมาตรา 1110 แห่งความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement: NAFTA) ตามลำดับ โดยเรียกร้องค่าเสียหายจำนวน 90 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[220]

---

[214] Newcombe, Andrew, “General Exceptions in International Investment Agreements” [Online]. Available from: https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf [9 March 2019]

[215] De Meester, Bart. “Liberalization of Trade in Banking Services: An International and European Perspective”, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

[216] Newcombe, Andrew, “General Exceptions in International Investment Agreements” [Online]. Available from: https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf [9 March 2019]

[217] Metalclad Corporation V. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

[218] Ibid.paras 77-90.

[219] Ibid.para. 59.

[220] Ibid.paras 113-114.

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า รัฐบาลท้องถิ่น (Municipality) ไม่มีอำนาจในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตที่เกี่ยวกับการพิจารณาผลกระทบเรื่องสิ่งแวดลอมของพื้นที่ฝังกลบของเสียอันตราย การกระทำดังกล่าวจึงไม่เหมาะสม[221] ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ให้ความมั่นใจแกผู้ลงทุนว่าไม่ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐบาลท้องถิ่นอีก และไม่มีการแจ้งให้นักลงทุนทราบถึงการประชุมเพื่อปฏิเสธการขอใบอนุญาต เป็นการขาดความโปร่งใส (transparency) อนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนสามารถอ้างการแสดงออกของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นฐานของความคาดหวังของนักลงทุนว่านักลงทุนสามารถที่จะดำเนินการลงทุนต่อไปได้ และการที่รัฐบาลท้องถิ่นปล่อยให้มีการก่อสร้างโรงงานเสร็จสมบูรณ์แล้วจึงออกคำสั่งอย่างเป็นทางการว่าไม่อนุญาตก่อสร้าง ถือเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม และเป็นการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 1105 (1) แห่งความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของรัฐภาคีอื่นโดยเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศอันรวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ด้วย[222]

ส่วนประเด็นเรื่องการเวนคืน คณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดว่า การที่รัฐบาลท้องถิ่นของเม็กซิโกปฏิเสธไม่ให้ใบอนุญาตก่อสร้าง โดยอ้างผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและความไม่เหมาะสมทางภูมิศาสตร์ของพื้นที่ เป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ (acted outside its authority) เป็นการห้ามไม่ให้บริษัท Metaclad ดำเนินกิจการในพื้นที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายและมีประสิทธิภาพ (effectively and unlawfully) ประกอบกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับรองกับนักลงทุนหลายครั้งว่าจะสามารถดำเนินการก่อสร้างได้ จึงเป็นการเวนคืนกิจการทางอ้อม (indirect expropriation) ตามมาตรา 1110 แห่งความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ สำหรับกรณีที่รัฐบาลระดับรัฐมีการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (the Ecological Decree) ซึ่งครอบคลุมพื้นที่ฝังกลบของเสียอันตรายของนักลงทุน ทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการได้อีกต่อไป (barring forever the operation of the landfill) คณะอนุญาโตตุลาการให้ความเห็นว่า แม้ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาเพื่อหาข้อสรุป แต่การออกกฎหมายดังกล่าวเป็นการกระทำที่เท่ากับเป็นการเวนคืน (constitute an act tantamount to expropriation)[223] คณะอนุญาโตตุลาการจึงได้มีคำชี้ขาดให้ประเทศเม็กซิโกชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัท Metaclad เป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 16,685,000 ดอลลาร์สหรัฐ[224]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[221] Ibid.para. 97.

[222] Ibid.paras 77-101.

[223] Ibid.paras 102-112.

[224] Ibid.para. 131.

เมื่อพิจารณาคดีนี้จะสังเกตเห็นว่า องค์กรของรัฐมีการอ้างนโยบายสาธารณะ (public policy) เพื่อประโยชน์สาธารณะในเรื่องสิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข ซึ่งพื้นที่ฝังกลบของเสียอันตรายจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชนโดยรอบ มาเป็นเหตุในการปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้าง และมีการออกฎหมายกำหนดเขตอนุรักษ์ เป็นผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่สามารถประกอบกิจการที่ทำการลงทุนไว้ได้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการมิได้พิจารณาวัตถุประสงค์ของมาตรการดังกล่าว อาจเป็นเพราะมีการศึกษาที่พบว่าหากพื้นที่ดังกล่าวถูกก่อสร้างถูกต้องตามหลักวิศวกรรมก็จะมีความเหมาะสมในการเป็นพื้นที่ฝังกลบของเสียอันตราย และการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกขาดองค์ประกอบในการจะอ้างข้อยกเว้นการเวนคืน เนื่องจากไม่มีการชดเชยความเสียหายอีกด้วย

คดี Kingsgate v. Thailand [225] ข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว คือ บริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด จำกัด (Kingsgate Consolidated Limited) ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) ผู้ประกอบกิจการสัมปทานเหมืองแร่ทองคำชาตรี จังหวัดพิจิตร ได้ยื่นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้กรอบความตกลงการค้าเสรีไทย - ออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement: TAFTA)[226] โดยอ้างว่าประเทศไทยได้ละเมิดพันธกรณีเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) และการเวนคืนกิจการ (expropriation)[227] กรณีการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำดังกล่าวได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ของพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ในฐานะหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ได้ออกคำสั่งที่ 72/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2559 โดยคำสั่ง คสช. ดังกล่าว กำหนดให้ผู้มีอำนาจระงับการอนุญาตให้สำรวจและทำเหมืองแร่ทองคำ รวมถึงการต่ออายุประทานบัตรเหมืองแร่ทองคำและการต่ออายุใบอนุญาตประกอบโลหกรรมแร่ทองคำไว้จนกว่าคณะกรรมการนโยบายบริหารจัดการแร่แห่งชาติ (คนร.) จะมีมติเป็นอย่างอื่น และสั่งระงับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2560 จนกว่าคณะกรรมการ คนร. จะมีมติเป็นอย่างอื่นเช่นกัน[228] เป็นเหตุให้เหมืองแร่ทองคำชาตรีต้องหยุดประกอบกิจการอย่างไม่มีกำหนด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[225] Kingsgate Consolidated Ltd V. The Kingdom of Thailand, UNCITRAL 2017.

[226] ประชาไท, “คิงส์เกตฯ ฟ้องอนุญาโตฯ แล้ว ม.44 ปิดเหมืองทอง”, [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/ [1 มีนาคม 2559]

[227] Kingsgate Consolidated Limited, “Update on Legal Proceedings re Chatree Gold Mine, Thailand” [Online]. Available from: https://www.asx.com.au/asxpdf/20171110/pdf/43p3tbzmrgdhk4.pdf [17 February 2019]

[228] คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๗๒/๒๕๕๙ เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2559/E/289/6.PDF

ทั้งนี้ ในส่วนต้นของคำสั่ง คสช. ที่ 72/2559 ได้อ้างถึงนโยบายสาธารณะ (public policy) ในการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน และรักษาสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ “...มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันและระงับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน รวมทั้งกำหนดมาตรการในการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อย รวมทั้งส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ...”[229]

ข้อพิพาทดังกล่าวขณะนี้ยังอยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และยังไม่ปรากฏคำชี้ขาด หรือเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ[230] แต่จากการพิจารณาในเบื้องต้น ในประเด็นเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ตามที่ได้ศึกษาเรื่องพันธกรณีที่สำคัญในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ซึ่งความตกลงการค้าเสรีไทย – ออสเตรเลียที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในข้อพิพาทนี้เป็น IIA เช่นกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 909 วรรค 2 แห่ง TAFTA ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องรับรองมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในการลงทุนในดินแดนของตน ซึ่งเป็นการบัญญัติไว้แบบกว้าง จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การรวบรวมพยานหลักฐาน และขึ้นอยู่กับการตีความ รวมถึงดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการด้วย

ส่วนประเด็นเรื่องการเวนคืนหรือยึดกิจการ (expropriation) ต้องเริ่มจากการพิจารณาว่าการกระทำของประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนในการลงทุนสัมปทานเหมืองแร่ทองคำอันถือเป็นการลงทุน[231] ตามนิยามทั่วไป (General Definitions) ในมาตรา 103 แห่ง TAFTA ที่ได้สั่งระงับการประกอบกิจการของเหมืองแร่ทองคำชาตรี อันมีบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด จำกัด ซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความคุ้มครองตาม TAFTA โดยเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) ผู้ได้รับประทานบัตรให้ประกอบกิจการเหมืองดังกล่าวนั้น เมื่อพิจารณา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[229] เรื่องเดียวกัน

[230] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Kingsgate V. Thailand."

[231] (l) “investment” means every kind of asset, owned or controlled, directly or indirectly, by an investor, including but not limited to the following:

...

(v) business concessions and any other rights required to conduct economic activity and having economic value conferred by law or under a contract, including concession to search for, cultivate, extract or exploit natural resources;...”

ข้อบทเกี่ยวกับการเวนคืน ตามมาตรา 912 วรรคแรก แห่ง TAFTA[232] จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวห้ามรัฐภาคีทำให้การลงทุนกลายเป็นของรัฐ ห้ามการเวนคืน รวมไปถึงมาตรการที่มีผลอย่างเดียวกัน ดังนั้น จึงเป็นการห้ามการเวนคืนหรือทำให้เป็นของรัฐทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยกำหนดเงื่อนไขเป็นข้อยกเว้นไว้ 3 ข้อ ซึ่งคล้ายคลึงกับที่เคยได้ศึกษาเรื่องข้อบทการเวนคืนไว้ก่อนหน้านี้แล้ว กล่าวคือ ต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (for a public purpose) ภายใต้กระบวนการโดยชอบด้วยกฎหมาย (under due process of law) โดยต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) และต้องมีการจ่ายค่าชดเชยการเวนคืนโดยพลัน เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ (prompt, adequate and effective compensation)

อย่างไรก็ตาม หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการเวนคืน เมื่อวิเคราะห์ตามเงื่อนไขของ TAFTA แล้วจะพบว่าแม้คำสั่ง คสช. ที่ 72/2559 จะกระทำไปโดยอ้างว่าเพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน และรักษาสิ่งแวดล้อม อันเป็นวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะ โดยเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ทั้งนี้ไม่แน่ชัดว่าจะรับฟังได้หรือไม่ เมื่อข้อพิพาทยังไม่ได้รับการชี้ขาด จึงยังต้องติดตามผลความคืบหน้าในกรณีนี้ต่อไป

4.1.4 ค่าใช้จ่าย (Cost) และค่าเสียหาย (Damages)

หากพิจารณาจำนวนเงินที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติแล้ว จะพบว่าจำนวนทุนทรัพย์หรือมูลค่าความเสียหายที่รัฐถูกเรียกร้องให้ชดเชย ค่าใช้จ่ายในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และค่าเสียหายที่ถูกกำหนดให้ชดเชยในคำชี้ขาด เป็นจำนวนเงินมหาศาล ซึ่งจะพิจารณารายละเอียดตามลำดับดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

4.1.4.1 ค่าใช้จ่าย (Cost)

แม้จากสถิติของ UNCTAD จะปรากฏว่า ในระหว่างปี ค.ศ. 1987-2020 อนุญาโตตุลาการจะตัดสินให้รัฐเป็นฝ่ายชนะคดีมากกว่าฝ่ายผู้เรียกร้อง กล่าวคือ คิดเป็นร้อยละ 37

---

[232] "Neither Party shall nationalise, expropriate or subject to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation…the investments of investors of the other Party unless the following conditions are complied with:

(a) the expropriation is for a public purpose related to the internal needs of that Party and under due process of law;

(b) the expropriation is non-discriminatory; and

(c) the expropriation is accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation…"

ในขณะที่ตัดสินให้ฝ่ายเอกชนนักลงทุนต่างชาติชนะคดีคิดเป็นร้อยละ 29[233] แต่อย่างไรก็ตาม รัฐยังคงต้องสูญเสียเงินจากค่าภาษีจำนวนมากในกระบวนการการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากภาระค่าใช้จ่ายที่สูงมาก จากการศึกษาพบว่า ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ มีสัดส่วนค่าใช้จ่ายโดยเฉลี่ยเป็นค่าทนายความ ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับพยานและผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท หรือที่เรียกว่า “party costs” คิดเป็นสัดส่วนมากที่สุดถึงร้อยละ 82 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด ส่วนค่าใช้จ่ายลำดับรองลงมา คือ ค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ คิดเป็นร้อยละ 16 ส่วนค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คิดเป็นร้อยละ 2[234]

โดยการศึกษาเชิงประจักษ์ (empirical study) ค.ศ. 2021 ซึ่งเป็นการศึกษาร่วมกันระหว่างสำนักงานกฎหมาย Allen & Overy และศูนย์วิจัย British Institute of International and Comparative Law (BICL)[235] พบว่า จากข้อมูลถึงเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2020 ค่าใช้จ่าย (party

---

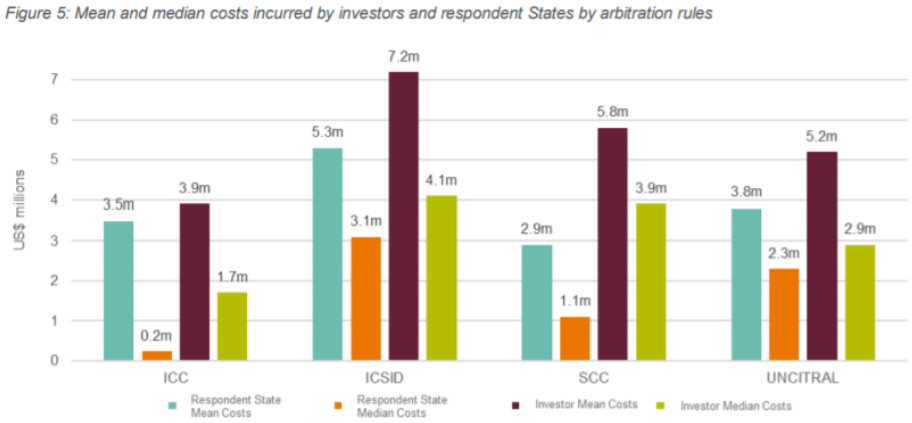
[233] World Investment Report 2021, UNCTAD, Report No. UNCTAD/WIR/2021.

[234] David Gaukrodger and Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community," OECD Working Papers on International Investment 2012/03 (2013). โดยเอกสารดังกล่าวศึกษากรณีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (ISDS) โดยในส่วนที่สอง มีการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นใน ISDS และมีการกล่าวถึงเรื่องค่าใช้จ่ายใน ISDS ว่ามีสัดส่วนค่าใช้จ่ายเป็นค่าทนายความและค่าผู้เชี่ยวชาญร้อยละ 82 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดค่าป่วยการของอนุญาโตตุลาการ ร้อยละ 16 และค่าธรรมเนียมของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น International Centre for Settlement of Investment Disputesicsid.worldbank.org (ICSID), the Permanent Court of Arbitration (PCA) และ the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) โดยอ้างอิงสัดส่วนค่าใช้จ่ายดังกล่าวจากรายงานเรื่อง Techniques for controlling time and costs in arbitration (2007) ที่จัดทำโดย the ICC Commission on Arbitration ของ the International Chamber of Commerce (ICC) ซึ่งเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาข้อพิพาทการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยรายงานดังกล่าวคำนวณค่าใช้จ่ายจากคดีใน ICC ที่มีคำชี้ขาดในปี ค.ศ. 2003 และ 2004 แต่ต่อมาได้มีการจัดทำรายงานเรื่อง Decisions on Costs in International Arbitration ปี ค.ศ. 2015 ระบุว่า จากการคำนวณค่าใช้จ่ายในคำชี้ขาดจำนวน 221 คดี ของปี ค.ศ. 2012 พบว่ามีค่าใช้จ่าย Party costs คิดเป็นร้อยละ 83 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด ส่วนค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ คิดเป็นร้อยละ 15 และค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คิดเป็นร้อยละ 2 โดยมีสัดส่วนแตกต่างจากรายงานฉบับแรกเพียงเล็กน้อย

[235] Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021). การศึกษานี้เป็นการศึกษาเรื่องค่าใช้จ่าย ค่าเสียหาย และระยะเวลาในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจากคำชี้ขาดที่ตัดสินภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีและสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณชน และใช้กฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการของทั้ง International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), the International Chamber of Commerce (ICC) และอื่น ๆ โดยศึกษาในปี ค.ศ. 2012 จำนวน 221 คำตัดสิน (เฉพาะที่ค้นหาได้ภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2012) ศึกษาคำชี้ขาดเพิ่มเติมภายในวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2017 จำนวน 140 คำชี้ขาด และภายในวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2020 ศึกษาเพิ่มเติมอีก 110 คำชี้ขาด โดยรวมคำตัดสินการเพิกถอนคำชี้ขาด (annulment decisions) จำนวน 75 คำตัดสินด้วย ทั้งนี้ การศึกษานี้ไม่ได้ศึกษาคำชี้ขาด

costs) ของรัฐในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยเฉลี่ยอยู่ที่ประมาณ 4.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 150.17 ล้านบาท) และฝ่ายนักลงทุนต่างชาติอยู่ที่ประมาณ 6.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 204.48 ล้านบาท) โดยหากพิจารณาตามกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการจะปรากฏรายละเอียดตามภาพด้านล่างนี้

ภาพที่ 3 ภาพการเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทใน ISDS[236]



ส่วนค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการศึกษารวมเรียกว่า “tribunal costs” ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนพบว่า tribunal costs ของการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Rules มีค่าเฉลี่ยอยู่ที่ประมาณ 960,000 ดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 30.67 ล้านบาท) และการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Rules มีค่าเฉลี่ยอยู่ที่ประมาณ 1.05 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 33.55 ล้านบาท) รายละเอียดปรากฏตามตารางด้านล่างนี้

CHULALONGKORN UNIVERSITY

ของอนุญาโตตุลาการชำนัญพิเศษ เช่น the Iran-United States Claims Tribunal รวมถึงคำชี้ขาดบางส่วน (Partial award) หรือคำตัดสินที่ไม่ได้ปรากฏประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายหรือข้อมูลเรื่องค่าใช้จ่ายถูกตัดออกไป

[236] Ibid., 11.

ตารางที่ 2 ตารางแสดงค่าเฉลี่ย tribunal costs[237]

	Mean tribunal costs	Pool	Median tribunal costs	Pool
Pre-June 2017				
ICSID	US$0.92m	87	US$0.75m	87
UNCITRAL	US$1.09m	60	US$0.80m	60
SCC	US$0.46m	18	US$0.24m	18
Others	US$1.05m	2	US$1.05m	2
Combined (i.e. all rules)	US$0.93m	167	US$0.71m	167
June 2017-May 2020				
ICSID	US$1.04m	53	US$0.76m	53
UNCITRAL	US$1.00m	27	US$0.80m	27
SCC	US$0.56m	7	US$0.54m	7
Others	US$1.01m	9	US$0.77m	9
Combined (i.e. all rules)	US$0.99m	96	US$0.75m	96
All-time data				
ICSID	US$0.96m	140	US$0.76m	140
UNCITRAL	US$1.05m	87	US$0.78m	87
SCC	US$0.50m	25	US$0.44m	25
Others	US$1.02m	11	US$0.77m	11
Combined (i.e. all rules)	US$0.95m	263	US$0.74m	263

ดังนั้น การต่อสู้คดีของรัฐในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพียงหนึ่งคดี ต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยประมาณสูงถึง 180.84 ล้านบาท ภายใต้ ICSID Rules หรือ 183.72 ล้านบาท ภายใต้ UNCITRAL Rules แต่ในบางคดีค่าใช้จ่ายอาจสูงถึง 24 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย (ประมาณ 16 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 511.2 ล้านบาท) ดังเช่นในคดี Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia ซึ่งประเทศออสเตรเลียชนะคดีในชั้นการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา เนื่องจากบริษัท Philip Morris ใช้สิทธิโดยมิชอบ (abuse of rights) ในการปรับโครงสร้างบริษัทย่อยในเวลาที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าข้อพิพาทจะเกิดขึ้นเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองภายใต้ Australia-Hong Kong BIT[238] แต่ประเทศออสเตรเลียต้องเสียค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและอนุญาโตตุลาการจำนวน 511.2 ล้านบาท และคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ได้รับชดใช้คืนค่าใช้จ่ายจากผู้เรียกร้องเพียงร้อยละ 50 เท่านั้น[239] หรือในคดี Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador ที่ใช้ระยะเวลานานถึง 7 ปี และประเทศเอลซัลวาดอร์เป็นฝ่ายชนะ แต่ก็ยังเสียค่าใช้จ่ายในการสู้คดีกว่า 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 383 ล้านบาท ซึ่งเพียงค่าใช้จ่ายทาง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[237] Ibid., 13.

[238] Philip Morris Asia Limited V. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.para. 588.

[239] Adam Gartrell and Health Correspondent, "Philip Morris Ordered to Pay Australia Millions in Costs for Plain Packaging Case,"(2017).

กฎหมายก็สามารถนำไปใช้จ่ายค่าเรียนสำหรับฝึกการอ่านออกเขียนได้สำหรับผู้ใหญ่ได้ จำนวน 140,000 คนอีกด้วย[240] แม้ในท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินให้ผู้เรียกร้องชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายคืนแก่ประเทศเอลซัลวาดอร์ แต่เป็นเพียงบางส่วน กล่าวคือ จำนวน 8 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 255.6 ล้านบาทเท่านั้น[241]

แต่เมื่อศึกษาถึงค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ กลับพบว่า ค่าใช้จ่ายโดยเฉลี่ยของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย ซึ่งรวมค่าใช้จ่ายในส่วนของค่าทนายความ ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับพยานและผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว ค่าใช้จ่ายของฝ่ายผู้เรียกร้องมีค่าเฉลี่ยประมาณ 1.58 ล้านปอนด์สเตอร์ลิง (ประมาณ 70 ล้านบาท) และฝ่ายผู้คัดค้านมีค่าเฉลี่ยประมาณ 1.41 ล้านปอนด์สเตอร์ลิง (ประมาณ 62.53 ล้านบาท)[242]

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในส่วนของค่าใช้จ่าย (Cost) ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน จะมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนสูงกว่าในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างมาก ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายในแต่ละคดีจะต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของคดี (complexity of the case) จำนวนเงินที่พิพาท (amount in controversy) และระยะเวลาที่ใช้ระงับข้อพิพาท (extent of time needed to resolve)[243] ซึ่งระยะเวลาที่ใช้ในกระบวนพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีค่าเฉลี่ยประมาณ 4.4 ปี[244] ส่วนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศพบข้อมูลของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) มีค่ามัธยฐาน (median) ของระยะเวลาที่ใช้ประมาณ 22 เดือน หรือ 1.8 ปี เท่านั้น[245]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[240] Manuel Perez-Rocha, "After Seven Years and Millions of Dollars, Decision Announced in Pac Rim Mining Company Vs. El Salvador," in Coalition of Groups State “There Are No Winners," Investor-State Arbitration Subverts Democracy(October 14, 2016).

[241] Pac Rim Cayman Llc V. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Award, 14 October 2016.para. 12.1

[242] The Chartered Institute of Arbitrators, "Ciarb Costs of International Arbitration Survey 2011."

[243] Jeswald W. Salacuse, "Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution," Fordham International Law Journal 31, 1 (2007): 142.

[244] Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021).

[245] Icc Dispute Resolution 2019 Statistics, ICC, Report No.

4.1.4.2 ค่าเสียหาย (Damages)

การศึกษาเชิงประจักษ์ ค.ศ. 2021 ซึ่งเป็นการศึกษาร่วมกันระหว่างสำนักงานกฎหมาย Allen & Overy และศูนย์วิจัย BICL[246] พบว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีค่าเฉลี่ยของการได้รับค่าเสียหายตามคำชี้ขาด คิดเป็นร้อยละ 37 ของจำนวนค่าเสียหายที่เรียกร้อง กล่าวคือ ข้อมูลจนถึงเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2020 มีค่าเฉลี่ยของค่าเสียหายที่เรียกร้องเป็นเงินจำนวน 1.16 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 37.06 พันล้านบาท แต่ถ้าไม่นำค่าเสียหายที่เรียกร้องในคดีที่มีความเกี่ยวเนื่องกับบริษัท Yukos[247] มารวมในการคำนวณ จะทำให้มีค่าเฉลี่ยของค่าเสียหายที่เรียกร้องอยู่ที่ 817.3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 26.11 พันล้านบาท (ค่ามัธยฐานคิดเป็นจำนวน 110.3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 3.52 พันล้านบาท)

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า ค่าเสียหายที่ได้รับตามคำชี้ขาดมีค่าเฉลี่ยคิดเป็นจำนวน 437.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 13.98 พันล้านบาท แต่ถ้าไม่นำค่าเสียหายที่ได้รับการชี้ขาดในคดีที่มีความเกี่ยวเนื่องกับบริษัท Yukos มาคำนวณ จะมีค่าเฉลี่ยอยู่ที่ 169.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 5.42 พันล้านบาท (ค่ามัธยฐานคิดเป็นจำนวน 21.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 683.73 ล้านบาท) รายละเอียดปรากฏตามตารางด้านล่างนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

[246] Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021).

[247] World Investment Report 2018, UNCTAD, Report No. มี 3 คดีที่มีความเกี่ยวเนื่องกับบริษัท Yukos ซึ่งเป็นอดีตบริษัทน้ำมันขนาดใหญ่ โดยผู้เรียกร้อง ได้แก่ Hulley Enterprises, Veteran Petroleum และ Yukos Universal มีการเรียกร้องสิทธิรวมกันเป็นจำนวนเงินถึง 1.14 แสนล้านดอลลาร์สหรัฐ และคำชี้ขาดได้ตัดสินให้ฝ่ายผู้เรียกร้องในสามคดีดังกล่าวได้รับเงินรวมเป็นจำนวน 5 หมื่นล้านดอลลาร์สหรัฐ จากรัสเซียซึ่งเป็นผู้คัดค้านในทั้งสามคดีข้างต้น

ตารางที่ 3 ตารางแสดงค่าเฉลี่ยของค่าเสียหายที่เรียกร้องและได้รับในคำชี้ขาด[248]

Figure 37: Average amounts of damages claimed and awarded

	June 2017-May 2020	Pool	Before June 2017	Pool	Combined	Pool
Mean Damages Claimed	US$1.1bn	95	US$1.2bn (excl. Yukos: US$719.3m)	234	US$1.16bn (excl. Yukos: US$817.3m)	329
Mean Damages Awarded	US$315.5m	53	US$486.1m (excl. Yukos: US$110.9m)	133	US$437.5m (excl. Yukos: US$169.5m)	186
Mean Percentage Awarded for the amount claimed	38%	49	37%	122	37%	171
Median Damages Claimed	US$108.5m	95	US$111.3m	234	US$110.3m	329
Median Damages Awarded	US$39.2m	53	US$19.9m	133	US$21.4m	186
Median Percentage Awarded for the amount claimed	36%	49	29%	122	33%	171

ส่วนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในการศึกษาค่าเสียหายตามคำชี้ขาดของ ICC ของมหาวิทยาลัย Queen Mary University of London โดยการสนับสนุนของสำนักงานกฎหมาย PricewaterhouseCoopers LLP ปรากฏข้อมูลว่า อนุญาโตตุลาการจะตัดสินให้ฝ่ายที่ชนะคดีได้รับค่าเสียหายตามคำชี้ขาดคิดเป็นร้อยละ 53 ของจำนวนเงินที่เรียกร้อง (amount claimed) โดยข้อเรียกร้องมีค่ามัธยฐานของจำนวนทุนทรัพย์เท่ากับ 3.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 118.22 ล้านบาท ส่วนค่ามัธยฐานของจำนวนค่าเสียหายในคำชี้ขาดเท่ากับ 1.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 38.34 ล้านบาท[249]

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ค่าเสียหายที่เรียกร้องหรือได้รับในคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นจำนวนเงินที่มากกว่าในคดีของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศหลายเท่า ดังนั้น การที่รัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้านในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ต้องเผชิญความเสี่ยงในการที่จะต้องชดเชย

[248] Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021).

[249] Damages Awards in International Commercial Arbitration: A Study of Icc Awards, Queen Mary University of London and PricewaterhouseCoopers LLP, Report No. การศึกษานี้พิจารณาข้อมูลจากคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ ICC ในปารีสและนิวยอร์ก ระหว่าง ค.ศ. 2014 – 2018 จำนวน 180 คำชี้ขาด ซึ่งร่างเป็นภาษาอังกฤษและมีการตัดสินให้ค่าเสียหาย โดยไม่รวมข้อมูลคำชี้ขาดที่เป็นความลับอย่างสูงที่ ICC ไม่อาจให้ข้อมูลได้

ค่าเสียหายตามคำชี้ขาดในกรณีที่แพ้คดี อาจเป็นภาระที่ถือว่าสาหัสสำหรับงบประมาณและแหล่งการเงินของรัฐนั้น ๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา[250]

ดังนั้น ในการพิจารณาปัญหาและการวิเคราะห์เรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการศึกษานี้ควรคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนด้วย ดังเช่นที่สหรัฐอเมริกา ได้แสดงความเห็นไว้ว่า “...การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีบทบาทมากขึ้นในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และเห็นด้วยกับความคิดที่ว่าควรมีการทำความเข้าใจถึงเรื่องดังกล่าวในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้มากขึ้น...”[251]

4.2 ปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นมีประเด็นปัญหาที่ยังคงมีการถกเถียงโต้แย้งกันทั้งในเชิงวิชาการ และบางประเด็นปัญหาได้ปรากฏในคำตัดสินชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย โดยในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา และปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายและการจัดสรรค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ โดยจะศึกษารายละเอียดตามลำดับดังต่อไปนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

ดังที่เคยศึกษามาในหัวข้อ 4.1 เรื่องลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมาแล้วว่า การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งรัฐเป็นฝ่ายถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) การที่รัฐต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการย่อมหมายถึงผลกระทบที่จะสะท้อนเป็นวงกว้างไปถึงประชาชนของรัฐนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานที่สังคมพึงประสงค์เพื่อประโยชน์ของคน

---

[250] Jeswald W. Salacuse, "Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution," Fordham International Law Journal 31, 1 (2007): 142.

[251] European Journal of International Law. “UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims” [Online]. Available from: https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/ [13 November 2018]

ทุกคนในสังคม โดยไม่จำกัดเพียงแต่ประโยชน์ของคนหมู่หรือคนที่มีอำนาจในสังคมเท่านั้น[252] เมื่อมีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเข้ามาเป็นผู้มีบทบาทในการสนับสนุนเงินทุนแก่นักลงทุนต่างชาติในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแล้ว อาจจะทำให้ผลกระทบที่เกิดขึ้นมีความรุนแรงหรือมีความเสียหายมากยิ่งขึ้น โดยจะขอพิจารณารายละเอียดตามลำดับดังนี้

4.2.1.1 ผลกระทบต่อภาษีของประชาชน

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมาแล้วว่ากลไกดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูง แต่ในขณะเดียวกันก็มีค่าเสียหายจำนวนมากเช่นกัน ซึ่งถือเป็นแรงจูงใจให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเข้ามามีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

โดยหากพิจารณาในแง่ของบทบาทของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน อาจทำให้มีคดีเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการมากขึ้น เนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามดังกล่าวจะช่วยรับภาระความเสี่ยงรวมถึงค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่พิพาท ซึ่งโดยส่วนใหญ่คือ ฝ่ายผู้เรียกร้อง เนื่องจากสามารถตกลงให้ได้รับค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนจากค่าเสียหายที่ผู้เรียกร้องจะได้รับตามคำชี้ขาดเมื่อชนะคดีได้ นอกจากนี้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นผู้เรียกร้องสูงขึ้น ด้วยเหตุที่มีเงินทุนสูง งบประมาณในการจ้างทนายความที่มีชื่อเสียง ผู้เชี่ยวชาญ และพยาน[253] สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องกังวลเรื่องค่าใช้จ่ายเท่ากับรัฐ ซึ่งจากข้อมูลระหว่าง ค.ศ. 2010 – 2019 พบว่า คดีส่วนใหญ่ในระบบ ISDS มีนักลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้วเป็นผู้ยื่นข้อพิพาทที่มีต่อประเทศกำลังพัฒนาและกลุ่มประเทศที่เศรษฐกิจอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่าน (transition economies) กล่าวคือ ข้อมูลจากคดีจำนวน 653 คดี พบว่า ประเทศกำลังพัฒนา รวมถึงประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (Least Developed Countries: LDCs) และกลุ่มประเทศที่เศรษฐกิจอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่าน ตกเป็นผู้คัดค้านในคดีจำนวน 453 คดี หรือร้อยละ 69 ซึ่งประเทศที่ถูกยื่นข้อเรียกร้องในระบบ ISDS มากที่สุด ได้แก่ ประเทศเวเนซุเอลา ประเทศอียิปต์ ประเทศเปรู ประเทศเม็กซิโก และประเทศโคลอมเบีย โดยนักลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้วเป็นผู้ยื่นข้อพิพาทจำนวน 311 คดี หรือ 2 ใน 3 ของคดีทั้งหมด

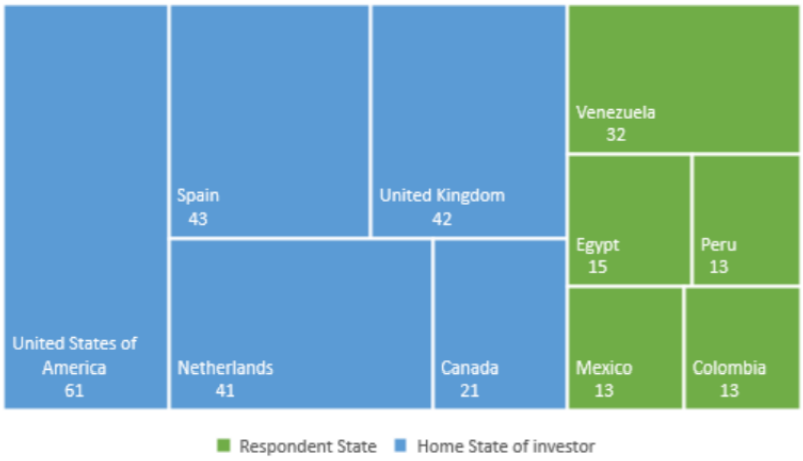
---

[252] Barbara Ringer, "Authors' Rights in the Elctronic Age: Beyond the Copyright Act of 1976," Loyola Entertainment Law Journal 1, 1 (1981).

[253] Corporate Europe Observatory, "Chapter 5: Speculating on Injustice: Third-Party Funding of Investment Disputes,"(2012).

โดยส่วนใหญ่เป็นนักลงทุนจากประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสเปน สหราชอาณาจักร ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศแคนาดา[254] รายละเอียดสรุปได้ตามภาพด้านล่างนี้

ภาพที่ 4 ภาพข้อมูลผู้คัดค้านและประเทศเจ้าของสัญชาตินักลงทุนผู้เรียกร้องที่มีคดีมากที่สุดระหว่าง ค.ศ. 2010 - 2019[255]



ซึ่งจากข้อมูลดังกล่าวรัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้านส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาที่มีทรัพยากรเพื่อใช้ในการต่อสู้คดีค่อนข้างจำกัด และแม้รัฐจะเป็นฝ่ายที่ชนะคดี ก็ยังมีค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องใช้ไปในการต่อสู้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นค่าทนายความ ค่าพยานผู้เชี่ยวชาญ ค่าป่วยการของอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คิดเป็นจำนวนโดยเฉลี่ยรวมกว่า 180 ล้านบาท ซึ่งหากนำเงินจำนวนดังกล่าวมาเป็นงบประมาณในการจ่ายเงินเดือนให้แพทย์ในประเทศไทยจะสามารถจ่ายเงินเดือนให้แพทย์ได้ประมาณ 8,571 คน[256] นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่กล่าวข้างต้นแล้วยังมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งรัฐอาจต้องจ่าย เช่น ค่าใช้จ่ายของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องใช้ในการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับคดี โดยอาจเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการค้นคว้ารวบรวมข้อมูล หรือค่าเดินทาง และยังรวมถึงค่าใช้จ่ายที่ไม่ปรากฏเป็นตัวเงิน เช่น ทรัพยากรบุคคลและเวลาของเจ้าหน้าที่เหล่านั้นที่ต้องสูญเสียไป โดยมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจหลักต่าง ๆ ของหน่วยงานซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประชาชน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[254] Martha Getachew Bekele, "International Investment but at What Cost? Investor-Sate Dispute Settlement and Developing Countries,"(2020).

[255] Ibid.

[256] คำนวณจากเงินเดือนนายแพทย์ปฏิบัติการ ด้านอายุรศาสตร์ โรงพยาบาลราชวิถี จำนวน 21,000 บาท ตาม เอกสารแนบท้ายประกาศกรมการแพทย์ เรื่อง รับสมัครคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการในตำแหน่งต่าง ๆ สังกัดกรมการแพทย์, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 มิถุนายน 2564 แหล่งที่มา: https://file.job.thai.com/prakad/dms202106/dms202106_2

นอกจากค่าใช้จ่ายแล้ว หากผลของการอนุญาโตตุลาการปรากฏว่า รัฐเป็นฝ่ายแพ้คดี ค่าเสียหายซึ่งรัฐต้องชดใช้แก่นักลงทุนต่างชาติผู้เรียกร้องนั้น พบว่า มีจำนวนค่าเฉลี่ยประมาณ 5.42 พันล้านบาท[257] โดยในปี ค.ศ. 2019 ปรากฏข้อมูลว่าประเทศปากีสถานต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 6 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 191.7 แสนล้านบาท ให้แก่นักลงทุนต่างชาติในคดี Tethyan Copper v. Pakistan[258] ซึ่งเท่ากับจำนวนเงินทั้งหมดที่ประเทศปากีสถานได้รับความช่วยเหลือจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ในปีนั้น[259]

โดยค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายที่รัฐต้องจ่ายหรือชดใช้ไปในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งได้กล่าวถึงข้างต้นนั้น ย่อมมาจากภาษีของประชาชน อันเป็นแหล่งที่มาของรายได้ที่สำคัญที่สุด กล่าวคือ รายได้จากภาษี (tax revenue) คิดเป็นสัดส่วนมากกว่าร้อยละ 80 ของรายได้ทั้งหมดของรัฐบาลจำนวนกว่าครึ่งหนึ่งของทุกประเทศทั่วโลก หรือคิดเป็นสัดส่วนมากกว่าร้อยละ 50 ของรายได้ทั้งหมดของรัฐบาลเกือบทุกประเทศ[260]

4.2.1.2 ผลกระทบต่อการลงทุนในรัฐและการพัฒนาเศรษฐกิจ

จากผลการศึกษาของ Todd Allee และ Clint Peinhardt[261] ซึ่งสรุปว่า เพียงเมื่อมีการเสนอข้อเรียกร้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน จะทำให้เกิดการสูญเสียการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) อย่างมีนัยสำคัญ โดยจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐมีการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในฐานะผู้คัดค้าน แม้ว่าคดีจะยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือยังไม่มีข้อสรุปหรือผลการพิจารณาก็ตาม และจะเกิดการสูญเสียการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศอย่างมากขึ้นอีกในอนาคต หากปรากฏว่ารัฐเป็นผู้แพ้คดี (loss) หรือถูกมองว่าเป็นผู้แพ้คดี (perception of a loss) อาจทำให้สรุปได้ว่า นอกจากผลกระทบต่อภาษีของประชาชนที่จะเกิดขึ้นแล้ว การอนุญาโตตุลาการโดยมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงของรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) ในการเป็นปลายทางที่น่าดึงดูดให้มีการลงทุนและบั่นทอนความเชื่อมั่นของนักลงทุนจนทำให้สูญเสียการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่มีบทบาท

---

[257] กรณีนี้ใช้ค่าเฉลี่ยซึ่งไม่นำค่าเสียหายที่ได้รับการชี้ขาดในคดีที่มีความเกี่ยวเนื่องกับบริษัท Yukos มาคำนวณ โดยค่ามัธยฐานคิดเป็นจำนวน 21.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 683.73 ล้านบาท

[258] Tethyan Copper Company Pty Limited V. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1, Award, 12 July 2019.

[259] Lauge N. Skovgaard Poulsen and Geoffrey Gertz, "Reforming the Investment Treaty Regime: A 'Backward-Looking' Approach," Global Economy and Finance Programme (March 2021).

[260] Esteban Ortiz-Ospina and Max Roser, "Taxation," [Online] Accessed: 5 April 2021. Available from: https://ourworldindata.org/taxation

[261] Todd Allee and Clint Peinhardt, "Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment," International Organization 65, 3 (July 2011): 429.

สำคัญในการพัฒนาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนา กล่าวคือ นอกจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะก่อให้เกิดการลงทุนภายในประเทศเพิ่มขึ้น ยังทำให้เศรษฐกิจของประเทศขยายตัว กระตุ้นภาคการผลิต มีการจ้างงานในประเทศเพิ่มขึ้น เป็นการสร้างรายได้ ทำให้ได้รับการถ่ายทอดความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยี รวมถึงยกขีดระดับความสามารถในการแข่งขันของประเทศ[262] ซึ่งผลกระทบต่อการลงทุนและเศรษฐกิจข้างต้นนอกจากรัฐจะสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ยังมีผลกระทบต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชนที่ไม่ได้รับการสร้างงานและรายได้ รวมถึงอาจประสบปัญหาทางการเงินในขณะที่รัฐรับมือกับปัญหาทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นด้วย

นอกจากผลกระทบต่อชื่อเสียงในฐานะรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศแล้ว การมีบทบาทของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนยังอาจส่งผลกระทบการตัดสินใจของนักลงทุนต่างชาติในการลงทุนต่อหรือยุติการลงทุนทั้งหมดในรัฐผู้รับการลงทุนนั้น กล่าวคือ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) เป็นการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งมักได้รับนิยามว่าหมายถึง การลงทุนระยะยาวของบริษัทผู้ลงทุน (the direct investor) ในบริษัทในเครือ (the direct investment enterprise) ในรัฐผู้รับการลงทุน โดยมีระดับอิทธิพลซึ่งมีนัยสำคัญต่อการบริหารจัดการบริษัทในเครือนั้น[263] ซึ่งลักษณะการลงทุนระยะยาวและมีการควบคุมจากบริษัทผู้ลงทุนดังกล่าว เป็นประโยชน์ต่อรัฐผู้รับการลงทุนในแง่ของเงินทุนและการถ่ายทอดเทคโนโลยี ความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนจึงเป็นความสัมพันธ์ระยะยาว โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาในอุตสาหกรรมขุดเจาะ (extractive industry) และโครงการโครงสร้างพื้นฐานระยะยาว (long-term infrastructure projects) ซึ่งโดยปกติควรรักษาความสัมพันธ์ที่ดีและยั่งยืนไว้ เพื่อให้คู่สัญญามีความสัมพันธ์ที่จะอยู่รอดและตอบสนองอย่างฉันมิตรเมื่อมีพฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ โดยใช้การแก้ปัญหาด้วยการร้องขอให้มีการแก้ไขสัญญาระหว่างที่ดำเนินการตามสัญญา (mid-course adjustment) หรือเชื้อเชิญคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ต่างตอบแทนกันด้วยความได้สัดส่วนและไม่เป็นทางการ แต่เมื่อมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติซึ่งมีการชดใช้ค่าเสียหายที่คาดหมายได้ (expectation damages) ก็อาจทำให้นักลงทุนเลือกที่จะต่อต้านอย่างไม่ยอมอ่อนข้อหากรัฐพยายามเปลี่ยนแปลงส่วนสำคัญของกรอบทางด้านกฎหมายและการกำกับดูแลหรือการตัดสินใจที่มีผลในทางลบต่อโครงการ เช่น การปฏิเสธการขึ้นภาษีสำหรับบริการสาธารณะ การกำหนดบทลงโทษด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งนักลงทุนที่ประสบความยากลำบาก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[262] ส่วนนโยบายการเคลื่อนย้ายเงินทุน (สำนักนโยบายการออมและการลงทุน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง), "ผลกระทบของการลงทุนในต่างประเทศต่อเศรษฐกิจของไทย," Savings and Investment 56(ธันวาคม 2559).

[263] OECD, "Oecd Benchmark Definition of Foreign Direct Investment,"(2008), p. 17.

อาจตัดสินใจเลือกที่จะใช้กลไก ISDS และยุติการลงทุนมากกว่าจะดำเนินกิจการต่อไปในรัฐผู้รับการลงทุนนั้น[264]

แต่อย่างไรก็ตาม ค่าใช้จ่ายในกลไก ISDS เป็นค่าใช้จ่ายจำนวนที่สูงมาก ดังเช่นในรายละเอียดที่ได้ศึกษามาในเรื่องลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ดังนั้น นักลงทุนอาจต้องมีความรอบคอบและไตร่ตรองถึงข้อดีข้อเสียอย่างถี่ถ้วน หรือมีการพยายามเจรจาต่อรองจนถึงที่สุดก่อนจะตัดสินใจใช้กลไกดังกล่าว แต่ความพยายามที่กล่าวถึงข้างต้นอาจไม่เกิดขึ้นหากมีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการได้รับผลประโยชน์จากค่าเสียหายเข้ามาเกี่ยวข้องกับนักลงทุนในอุตสาหกรรมขุดเจาะและโครงการโครงสร้างพื้นฐานระยะยาวซึ่งมักมีข้อเรียกร้องที่มีค่าเสียหายจำนวนที่สูงมาก โดยบุคคลที่สามดังกล่าวอาจตกลงช่วยสนับสนุนเงินทุนในค่าใช้จ่ายการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและรับภาระความเสี่ยงให้กับนักลงทุนต่างชาติ กล่าวคือ ช่วยลดค่าใช้จ่ายและเพิ่มแรงจูงใจในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการและรับค่าเสียหายแทนการควบคุมจัดการกิจการและลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนนั้นต่อไป นอกจากนี้หากรัฐประสงค์จะทำความตกลงระงับข้อพิพาท (settlement) ก็อาจไม่เป็นไปโดยง่าย เนื่องจากในกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีอำนาจในการตัดสินใจ อาจไม่เห็นด้วยหรือขัดขวางไม่ให้ผู้เรียกร้องทำความตกลงรับการเยียวยาที่มิใช่ตัวเงิน (non-financial remedies) ที่แม้จะทำให้การลงทุนหรือโครงการสามารถดำเนินต่อไปหรือเริ่มต้นใหม่ได้ แต่ไม่มีผลตอบแทนเป็นตัวเงินสำหรับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน[265] จึงอาจสรุปได้ว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจเพิ่มความตึงเครียดในการลงทุนระยะยาว ซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ของตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ที่มุ่งส่งเสริมความสัมพันธ์แน่นแฟ้น (sticky) ในการลงทุนระยะยาวเพื่อประโยชน์ของนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน และย่อมส่งผลกระทบต่อการลงทุนและการพัฒนาเศรษฐกิจซึ่งประชาชนในรัฐจะต้องเป็นผู้รับผลที่จะเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ดังกล่าว[266]

4.2.1.3 ผลกระทบต่อการดำเนินการตามภารกิจของรัฐและการใช้นโยบายสาธารณะ

รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมาย ออกกฎระเบียบ มาตรการหรือนโยบาย รวมถึงบังคับใช้กฎหมายภายในดินแดนของรัฐ เพื่อดำเนินการตามภารกิจให้บรรลุวัตถุประสงค์อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่อิสระและความสามารถในการใช้นโยบายทางเศรษฐกิจและสังคม

---

[264] Brooke Guven and Lise Johnson, "The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement,"(2019), pp. 18-20.

[265] Ibid., 29, 35.

[266] Ibid., 20.

ที่เหมาะสมเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนและเป็นธรรม (policy space) นั้น[267] ไม่ใช่การใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ โดยการใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง สัญญา หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่มีผลผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ กลไก ISDS ที่มักปรากฏในสนธิสัญญาด้านการลงทุนก็เป็นเครื่องมือหนึ่งในการยับยั้งป้องปรามไม่ให้รัฐผู้รับการลงทุนออกกฎหมายหรือใช้มาตรการที่อาจสร้างความเสียหายให้แก่นักลงทุนต่างชาติ ด้วยเหตุที่เป็นกลไกที่มีค่าใช้จ่ายสูงและผู้คัดค้านซึ่งแพ้คดีจะต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมาก กล่าวคือ ตามที่ได้ศึกษาลักษณะของข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมาแล้วว่า การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติโดยส่วนใหญ่เป็นการลงทุนที่มีมูลค่าสูงซึ่งเกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะและสัมปทานการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและประชาชนจำนวนมาก จึงทำให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องมีนโยบายสาธารณะ (public policy) ในการใช้มาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ในบางกรณี ดังนั้น หากรัฐไม่มีความเชื่อมั่นหรือหวั่นเกรงต่อค่าเสียหายที่อาจต้องชดใช้เกินกว่าที่จะกระทำการหรือใช้มาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป้าหมายทางเศรษฐกิจ สังคม หรือสิ่งแวดล้อม จนเป็นเหตุแห่งการยับยั้งจนเกินสมควร (over deterrence)[268] และอาจนำไปสู่การเกิด Regulatory Chill อันเป็นปรากฏการณ์ที่รัฐพยายามไม่ตรากฎหมาย หรือออกมาตรการใด ๆ ที่มีความเสี่ยงในการนำพาเข้าสู่กลไก ISDS และส่งผลให้รัฐไม่กล้าออกกฎหมายที่มีเหตุอันสมควรและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ[269]

ความกังวลถึงความเสี่ยงต่าง ๆ ข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีทรัพยากรทางการเงินจำกัด ทำให้ไม่เกิดความก้าวหน้าด้านกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อนักลงทุน เนื่องจากผู้ตรากฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความกังวลเกี่ยวกับความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ แม้กฎระเบียบนั้นจะเป็นการพัฒนาเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม[270] ยกตัวอย่างเช่น ประเทศนิวซีแลนด์ตัดสินใจชะลอนโยบายซองบุหรี่แบบเรียบ (plain packaging) จนกระทั่งมีผลคดีว่าประเทศออสเตรเลียเป็นฝ่ายชนะคดี[271]

---

[267] UNCTAD, "Trade and Development Report: Global Governance and Policy Space for Development,"(2014), p. 7.

[268] Brooke Guven and Lise Johnson, "The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement,"(2019), p. 33.

[269] นภนาง เอกอัคร, "นโยบายสาธารณสุขซองบุหรี่แบบเรียบง่าย ข้อพิพาทระหว่างประเทศ: บทเรียนจากออสเตรเลียสู่ไทย ตอนที่ 2," Public Health & Health Laws Journal 1(January - April 2016): 118.

[270] Kyla Tienhaara, "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement," Transnational Environmental Law 7, 2 (2018).

[271] Lukasz Gruszczynski, "Australian Plain Packaging Law, International Litigations and Regulatory Chilling Effect," European Journal of Risk Regulation 2(2014): 245.

ในข้อพิพาทกับบริษัท Philip Morris เกี่ยวกับการออกนโยบายซองบุหรี่แบบเรียบเพื่อเป้าหมายทางสาธารณสุขในการลดอัตราการสูบบุหรี่อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการควบคุมยาสูบ (tobacco control) ของประเทศออสเตรเลีย[272]

ยิ่งไปกว่านั้น การมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามส่งผลเป็นการอำนวยความสะดวกและสนับสนุนให้นักลงทุนยื่นข้อเรียกร้องทำให้รัฐตกเป็นผู้คัดค้าน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลตอบแทนเป็นตัวเงินที่จะได้รับหากผู้เรียกร้องชนะคดี หรือมีเหตุจูงใจในการสนับสนุนเงินทุนในคดีซึ่งจะช่วยให้มีแนวคำวินิจฉัยอันจะเอื้อประโยชน์สำหรับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นเอง ทำให้มีหลายคดีที่บุคคลที่สามดังกล่าวได้รับผลประโยชน์จากการสนับสนุนทางการเงินให้แก่ข้อเรียกร้องซึ่งมีเหตุมาจากการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยสุจริตของรัฐ กล่าวคือเป็นการสนับสนุนเงินทุนในคดีต่าง ๆ ในเชิงกลยุทธ์ เพื่อผลักดันขอบเขตและทิศทางของกฎหมายการลงทุนไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ยกตัวอย่างเช่น มีรายงานข่าวว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเกิดความไม่พึงพอใจต่อการตีความประเด็น “implicit legality requirement” ของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงสนับสนุนเงินทุนให้มีการขอเพิกถอนคำชี้ขาดในคดี Cortec Mining v. Kenya[273] ซึ่งมีความสำคัญต่อความสำเร็จที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตสำหรับข้อพิพาทที่ถูกตัดสินว่าไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากมูลเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) โดยการคุ้มครองนักลงทุนที่กว้างขึ้นจะเป็นประโยชน์ในระยะยาวต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมากกว่า[274] หรือในกรณีการสนับสนุนเงินทุนของ Group Menatep Limited ในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia[275] โดยไม่รับค่าตอบแทนเป็นตัวเงิน แต่เป็นการสนับสนุนเงินทุนเพื่อให้ได้แนวคำวินิจฉัยเพื่อใช้อ้างในคดีที่มีข้อพิพาทกับประเทศรัสเซียในอีกคดีหนึ่ง เป็นต้น

ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้เลยว่าการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นกลไกช่วยขับเคลื่อนในฝ่ายของผู้เรียกร้องจะไม่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนในรัฐนั้น

---

[272] Department of Health (Australian Government), "Tobacco Plain Packaging," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://www.health.gov.au/health-topics/smoking-and-tobacco/tobacco-control/tobacco-plain-packaging

[273] Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited V. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29, Application for Annulment, 15 Feb 2019.

[274] Brooke Guven and Lise Johnson, "The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement,"(2019), p. 27.

[275] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น (Potential Conflicts of Interest) ระหว่างผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

จากการศึกษาลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามพบว่า โดยทั่วไปแล้วข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมักมีลักษณะเป็นความลับจากการทำสัญญาการไม่เปิดเผยข้อมูล (non-disclosure agreement: NDA) แต่ด้วยลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีรัฐเป็นผู้คัดค้านในคดี ทำให้เป็นการระงับข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (public interest) และได้รับความสนใจจากสาธารณชน ทั้งภายในรัฐและทางระหว่างประเทศ กระบวนการพิจารณาในคดีลักษณะนี้จึงควรมีความโปร่งใส และได้รับการชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการผู้ที่มีอิสระและความเป็นกลาง โดยมีปัจจัยหลายปัจจัยที่อาจทำให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์เพิ่มมากขึ้นเนื่องจากการมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงหลายท่านมีตำแหน่งหรือเป็นที่ปรึกษาเฉพาะกิจให้กับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนบางแห่ง หรือการที่มีจำนวนคดีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพิ่มสูงขึ้นในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็อาจเพิ่มความเสี่ยงให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เนื่องจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับสำนักงานกฎหมายมักมีความสัมพันธ์แบบพึ่งพาอาศัยกัน ซึ่งอนุญาโตตุลาการก็อาจมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสำนักงานกฎหมายเช่นกัน ในสถานการณ์เหล่านี้ล้วนอาจก่อให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ขึ้นได้[276]

ดังนั้น หากคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งมักไม่ทราบข้อมูลว่ามีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้กับคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามหรือไม่ หากเกิดความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการจากเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามก็อาจไม่ได้รับความเป็นธรรมโดยไม่อาจยกข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งตนไม่ทราบมาอ้างได้ ซึ่งโดยมากฝ่ายที่ไม่ทราบข้อมูลดังกล่าวมักเป็นฝ่ายรัฐผู้คัดค้านนั่นเอง[277] อีกกรณีหนึ่ง คือ เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้สนับสนุนเงินทุนระหว่างผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจรู้ได้ว่ามีบุคคลผู้ให้สนับสนุนเงินทุนให้กับคู่พิพาทหรือไม่ และหากมีบุคคลที่สามดังกล่าวซึ่งมีความสัมพันธ์ หรืออาจมีผลประโยชน์ร่วมกันบางประการกับผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจคัดค้านคำชี้ขาดหรือขอเพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งทำให้สิ้นเปลืองทั้งทรัพยากรและเวลา[278]

---

[276] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 82.

[277] Valentina Frignati, "Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration," Arbitration International 32, 3 (September 2016).

[278] Abayomi Okubote, "Transparency and Third-Party Funding," [Online] Accessed: 20 July 2019. Available from: https://www.ibanet.org/article/BBC1C665-EE2E-409D-897D-BB31AF3A6938

ในบางกรณีอนุญาโตตุลาการจึงมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามทำการเปิดเผย (Disclosure) ข้อมูลว่าผู้ใดเป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เพื่อตรวจสอบถึงความเป็นไปได้ที่จะมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์กับอนุญาโตตุลาการขึ้น ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคดีดังต่อไปนี้

คดี EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic[279] ข้อเท็จจริงในคดีสรุปได้ว่า EuroGas Inc. เป็นบริษัทที่ก่อตั้งภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา และ Belmont Resources Inc. เป็นบริษัทที่ก่อตั้งภายใต้กฎหมายประเทศแคนาดา ทั้งสองรายเป็นผู้เรียกร้องในคดีนี้ซึ่งได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้ US-Slovakia BIT และ Canada-Slovakia BIT ซึ่งกล่าวอ้างถึงการละเมิดพันธกรณีของ Slovak Republic (ผู้คัดค้าน) ตามความตกลงทั้งสองข้างต้น[280] โดยกล่าวอ้างการละเมิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) การคุ้มครองและความปลอดภัย (full protection and security) และการคุ้มครองการเวนคืน (expropriation protection)[281] ที่เกี่ยวเนื่องกับการลงทุนในแหล่งแร่ทัลค์ (talc deposit) ในรัฐผู้คัดค้าน ซึ่งมีปัญหาเรื่องการต่ออายุใบอนุญาตของบริษัทที่ได้สิทธิลงทุนในแหล่งแร่ทัลค์แต่เพียงผู้เดียวที่ผู้เรียกร้องถือหุ้นอยู่[282] มีความเหลื่อมล้ำของเวลาทำให้ได้รับการต่ออายุใบอนุญาตเมื่อเกิน 3 ปีไปแล้ว ทำให้ตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการทำเหมืองที่ได้รับการแก้ไข สิทธิในการขุดแร่ดังกล่าวถูกยกเลิกหรือโอนให้ผู้อื่น ซึ่งต่อมาบริษัทอื่นได้สิทธิในพื้นที่พิพาทนั้นไป[283] จึงได้มีการฟ้องร้องในศาลภายในของผู้คัดค้าน ผู้เรียกร้องอ้างว่าผู้คัดค้านไม่ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษา[284] และเรียกร้องให้ผู้คัดค้านชดใช้ค่าเสียหาย จำนวน 500 ล้านยูโร (ประมาณ 655 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) อย่างไรก็ตามในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณา[285]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

คดีนี้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์และการเปิดเผยข้อมูลของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน กล่าวคือ เนื่องจากผู้เรียกร้องมีการเปิดเผยว่าได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยไม่ได้เปิดเผยว่าบุคคลที่สามนั้นคือผู้ใด ต่อมาผู้คัดค้านจึงร้องขอให้มีคำสั่งให้ผู้เรียก

---

[279] Eurogas Inc. And Belmont Resources Inc. V. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, Award of the Tribunal, 18 August 2017.

[280] Ibid.paras 1-3.

[281] Ibid.para. 69.

[282] Ibid.paras 17-20, 25, 32.

[283] Ibid.paras 35, 42-46.

[284] Ibid.paras 55-56.

[285] Ibid.para. 347.

ร้องระบุตัวตน (identity) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาว่ามีการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้สั่งให้ผู้เรียกร้องเปิดเผยว่าผู้ใดเป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง[286]

คดี Muhammet Cap v. Turkmenistan[287] ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า นาย Muhammet Çap เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท Sehil ซึ่งเป็นบริษัทก่อสร้าง ทั้งสองรายเป็นผู้เรียกร้องที่ได้ยื่นข้อเรียกร้องภายใต้ Turkey - Turkmenistan BIT โดยอ้างว่า ผู้เรียกร้องได้ลงทุนจำนวนมากในโครงการก่อสร้างที่สำคัญในรัฐ Turkmenistan (ผู้คัดค้าน) ซึ่งบางโครงการสร้างเสร็จแล้ว เหลือจำนวน 32 โครงการที่เหลือที่เป็นมูลเหตุแห่งข้อพิพาทนี้ แต่เมื่อมีประธานาธิบดีคนใหม่ การปฏิบัติงานต่าง ๆ ของผู้เรียกร้องยากลำบากมากขึ้น เพราะมีการสั่งเพิ่มเติมงานในสัญญา ทำให้ค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นโดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเกี่ยวกับการจ่ายเงิน นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ของผู้คัดค้านยังทำให้การลงทุนเป็นไปอย่างลำบาก โดยชำระเงินล่าช้า ไม่ชำระค่างานที่เพิ่มขึ้น และตั้งใจเพิ่มภาระในกระบวนการที่ซับซ้อนของทางราชการ เป็นต้น โดยมีการยกเลิกโครงการ 6 โครงการไม่ชอบด้วยกฎหมายและตามอำเภอใจ รวมทั้งเรียกคืนโครงการที่ผู้เรียกร้องได้เริ่มเตรียมการไปแล้ว นอกจากนี้ได้มีเจ้าหน้าที่เข้ามาที่หน้างานของโครงการและข่มขู่บุคคลในพื้นที่นั้น และเมื่อไม่ยอมลงนามในข้อตกลงในการโอนโครงการให้บริษัทอื่นก็ถูกเตือนว่ากำลังอยู่ในอันตราย เหตุการณ์ต่าง ๆ ทำให้เกิดปัญหาสุขภาพ จึงต้องออกจากรัฐผู้คัดค้าน ต่อมาบุคคลในครอบครัวและเจ้าหน้าที่ของบริษัทผู้เรียกร้องที่ยังทำงานอยู่ในรัฐดังกล่าวถูกข่มขู่คุกคาม ในที่สุดจึงต้องเดินทางออกจากรัฐและต้องทิ้งเครื่องมือและทรัพย์สินทั้งหมดไว้[288] การกระทำของผู้คัดค้านจึงเป็นการละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) การคุ้มครองต่อมาตรการตามอำเภอใจและการเลือกปฏิบัติ (protection against arbitrary and discriminatory measures) ความคุ้มครองและความปลอดภัย (protection and security) การเวนคืน (expropriation) และการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation) โดยผู้เรียกร้องได้เรียกร้องค่าเสียหาย จำนวน 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[289]

ส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์มีว่า Turkmenistan ผู้คัดค้านได้ร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นจำนวน 2 ครั้ง โดยในครั้งแรกผู้คัดค้านขอให้มีการเปิดเผยว่า ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุน

---

[286] Ibid.paras 105-110.

[287] Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri Ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Award, 4 May 2021.

[288] Ibid.paras 360-383.

[289] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Muhammet Cap V. Turkmenistan."

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

เงินทุนจากบุคคลที่สามหรือไม่ ถ้ามีการสนับสนุนเงินทุนมีข้อตกลงระหว่างกันอย่างไร และมีการตกลงให้ค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีกับทนายความหรือบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือไม่ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธคำร้องดังกล่าว เนื่องจากมีความเห็นว่าไม่มีเหตุผลที่จะต้องมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลตามที่ร้องขอ โดยยกตัวอย่างพฤติการณ์ที่อาจพิจารณาให้มีคำสั่ง เช่น เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพื่อความโปร่งใส และเมื่อมีการยื่นคำร้องขอให้มีคำสั่งให้วางประกัน[290]

ต่อมา Turkmenistan ได้ร้องขอให้มีการเปิดเผยข้อมูลเป็นครั้งที่สองหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธคำร้องไปในครั้งแรก โดยอ้างว่าเพื่อเป็นการยืนยันว่าไม่มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และตรวจสอบว่าใครเป็นผู้เป็นเจ้าของข้อเรียกร้องที่แท้จริง นอกจากนี้ยังได้อ้างถึงแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) ของ International Bar Association และแจ้งว่าตนกำลังพิจารณาว่าจะร้องขออนุญาโตตุลาการให้สั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Security for costs) ซึ่งกรณีนี้อนุญาโตตุลาการสั่งให้ผู้เรียกร้องเปิดเผยข้อมูลว่าผู้ใดเป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และเปิดเผยรายละเอียดลักษณะของข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าวว่ามีการตกลงให้ค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีหรือไม่ เนื่องจากเห็นถึงความสำคัญของคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (integrity of the proceeding) ความโปร่งใส (Transparency) ประกอบกับ Turkmenistan แจ้งว่าจะมีการดำเนินการร้องขอให้ผู้เรียกร้องมีการวางประกันค่าใช้จ่าย ซึ่งทางผู้เรียกร้องเองไม่ได้ปฏิเสธการมีอยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และไม่ได้ปฏิเสธว่าไม่ได้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายแก่ Turkmenistan ในอีกคดีหนึ่งซึ่งผู้เรียกร้องเป็นผู้ให้เงินทุนในการเพิกถอนกระบวนพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นควรให้เปิดเผยข้อมูลตามที่ได้รับการร้องขอ[291]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จากคดีที่พิจารณาข้างต้นอาจสรุปได้ว่า การมีคำสั่งให้มีการเปิดเผยข้อมูลถึงตัวตน (identity) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมในคดีเป็นกรณีไป เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ในบางคดีผู้เรียกร้องที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นผู้เปิดเผยถึงการได้รับการสนับสนุนเองโดยสมัครใจ และในบางคดี เช่น คดี Muhammet Çap & Sehil คณะอนุญาโตตุลาการ ได้สั่งให้ผู้เรียกร้องมีการเปิดเผยข้อมูลระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และลักษณะของข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนว่ามีการตกลงให้ค่าตอบแทนตามผลแห่งคดี

---

[290] Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri Ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Award, 4 May 2021.paras 43-44.

[291] Ibid.paras 58-67.

แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนหรือไม่ อย่างไร อันอาจเนื่องมาจากพฤติการณ์การไม่ชำระค่าใช้จ่ายตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นที่ผู้คัดค้านได้ยกขึ้นอ้าง และการยืนยันว่าจะมีการขอให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for cost) มาเกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี การเปิดเผยข้อมูล (Disclosure) อาจเป็นทางแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น (Potential Conflicts of Interest) ของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ แต่ยังคงไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัดว่าควรให้มีการเปิดเผยข้อมูลหรือไม่ และหากประสงค์จะให้มีการเปิดเผยควรจะมีกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ อย่างไร เช่น เมื่อใดควรเปิดเผยข้อมูล หน้าที่ในการเปิดเผยควรเป็นของผู้ใด และควรเปิดเผยข้อมูลเรื่องใดบ้าง เป็นต้น ซึ่งจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวในภายหลังเพื่อหาแนวทางในการกำกับปัญหาดังกล่าวต่อไป

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (admissibility)

เมื่อได้ศึกษาถึงเรื่องลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) เป็นบ่อเกิดพันธกรณี โดยขอบเขตของความตกลงดังกล่าวจะกำหนดประเภทของ “นักลงทุน” (Investor) ที่รัฐภาคีในความตกลงมีนโยบายให้ความคุ้มครองไว้ในคำนิยาม (Definitions) ซึ่งโดยทั่วไปมักจะครอบคลุมทั้งกรณีบุคคลธรรมดา (Natural Person) และกรณีนิติบุคคล (Juridical Person) และกำหนดนิยามของการลงทุน (Investment) ที่ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงในดินแดนของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนมาแล้ว ซึ่งนิยามคำว่านักลงทุนและการลงทุนข้างต้นมักเป็นประเด็นสำคัญในการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา ในหัวข้อนี้จึงขอนำศึกษาถึงปัญหาเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (admissibility) ดังกล่าว โดยจะพิจารณาถึงผลกระทบของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่าจะมีผลต่อสถานะของผู้เรียกร้องซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) ในฐานะ “นักลงทุน” (investor) ตามนิยามของความตกลงดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งมีคดีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่ควรศึกษาดังนี้

คดี Teinver and Others v. Argentina[292] ข้อเท็จจริงในคดีสรุปได้ว่า ผู้เรียกร้องทั้งสามซึ่งเป็นบริษัทที่ก่อตั้งภายใต้กฎหมายของประเทศสเปน เป็นผู้ถือหุ้นโดยอ้อม (Indirect

[292] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1,

Shareholder) ในสองสายการบินอาร์เจนติน่า ได้ยื่นข้อเรียกร้องภายใต้ Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments กรณีประเทศอาร์เจนตินาได้ทำความตกลงซื้อหุ้นทั้งหมดของสองสายการบินอาร์เจนตินาจากผู้เรียกร้อง ในปี ค.ศ. 2008 ซึ่งราคาที่ซื้อจะเป็นไปตามที่ผู้ประเมินมูลค่าที่ตั้งขึ้นฝ่ายละหนึ่งรายประเมิน หรือในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้จะให้ผู้ประเมินบุคคลที่สามที่เป็นกลางเป็นผู้ประเมินมูลค่าแทน แต่ปรากฏว่าประเทศอาร์เจนตินาปฏิเสธการประเมินจากฝ่ายผู้เรียกร้อง และไม่ยอมตกลงเลือกผู้ประเมินบุคคลที่สามที่เป็นกลาง ต่อมาจึงได้ทำการเวนคืนกิจการอย่างเป็นทางการ (formal expropriation) โดยใช้การประเมินแบบอื่นที่ไม่เป็นไปตามความตกลง ดังนั้น ผู้เรียกร้องจึงยื่นข้อเรียกร้องในการที่อาร์เจนตินาได้ละเมิดพันธกรณีโดยโอนกิจการเป็นของรัฐโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) รวมถึงใช้มาตรการที่ไม่เป็นธรรมต่าง ๆ แทรกแซงสิทธิการลงทุนของผู้เรียกร้อง[293] โดยผู้เรียกร้องได้เรียกร้องค่าเสียหาย จำนวน 1,590 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้มีการชดเชยค่าเสียหาย จำนวน 320.80 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[294]

ซึ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีว่า ผู้คัดค้านอ้างว่าบริษัท Burford Capital (บริษัท Burford) ซึ่งเป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนสำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการให้แก่ผู้เรียกร้องตามข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (Funding Agreement) เป็นคู่พิพาทที่แท้จริงที่มีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการนี้ โดยไม่เพียงแต่บริษัท Burford มี “ผลประโยชน์ทางกฎหมายร่วมกัน” (common legal interest) กับผู้เรียกร้องในกระบวนพิจารณา แต่ยังเป็นคู่พิพาทเพียงผู้เดียวที่น่าจะได้รับประโยชน์ในกรณีที่มีการชี้ขาดให้ประเทศอาร์เจนตินาแพ้คดี โดยบริษัท Burford ไม่เข้าเงื่อนไขในเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการทั่วไปภายใต้ ICSID Convention เนื่องจากไม่ใช่นักลงทุนในประเทศอาร์เจนตินาและไม่ใช่บริษัทที่จัดตั้งในประเทศสเปนที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญา จึงต้องอาศัยผู้เรียกร้องในเริ่มดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำให้บริษัท Burford ได้รับผลประโยชน์จากกลไกการระงับข้อพิพาท ซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์และเป้าหมายของสนธิสัญญา[295]

ผู้เรียกร้องได้โต้แย้งว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (Funding Agreement) เกิดภายหลังการยื่นคำเสนอข้อพิพาท และบริษัท Burford ไม่ใช่คู่ความในการอนุญาโตตุลาการนี้ แต่เป็นเพียง

---

[293] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1, 21 Dec 2012.paras 1-8,96.

[294] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Teinver and Others V. Argentina."

[295] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1, 21 Dec 2012.paras 245-246.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อแลกกับเปอร์เซ็นต์ของผลตอบแทนในกรณีที่ข้อเรียกร้องเป็นผลสำเร็จ ผู้เรียกร้องไม่ได้ขายหรือโอนข้อเรียกร้องให้กับบริษัท Burford ซึ่งการสนับสนุนเงินทุนในลักษณะนี้เป็นเรื่องที่พบได้บ่อยครั้ง และผู้คัดค้านเองก็ไม่ได้อ้างถึงคำชี้ขาดใดที่ตัดสินว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ชอบธรรม มิชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เหมาะสม[296]

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า มีแนวคำวินิจฉัยว่าเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาวันที่คดีที่ได้ถูกยื่น (be assessed as of the date the case is filed) เมื่อผู้เรียกร้องได้ทำข้อตกลงตามที่ผู้คัดค้านกล่าวอ้าง ซึ่งรวมถึงข้อตกลงสนับสนุนเงินทุน (มีผลใช้บังคับ 14 เมษายน ค.ศ. 2010) หลังจากยื่นเสนอข้อพิพาท (the Request for Arbitration) ในวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2008 ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี[297]

คดีที่ยกตัวอย่างข้างต้นเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นผู้คัดค้านยกเหตุที่เกี่ยวกับการที่ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการว่า ผู้เรียกร้องไม่ใช่คู่พิพาทที่มีส่วนได้เสีย จึงทำให้ไม่ใช่นักลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตาม BIT ระหว่างประเทศอาร์เจนตินากับสเปน เนื่องจากบริษัท Burford เป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยออกค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และจะได้รับผลประโยชน์จากค่าเสียหายที่ผู้เรียกร้องอาจได้รับตามคำชี้ขาดหากเป็นผู้ชนะคดี ตามที่ได้มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funding Agreement) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่ได้ทำภายหลังการยื่นข้อเรียกร้องไม่ส่งผลต่อสถานะของผู้เรียกร้อง หรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด โดยเน้นความสำคัญของการพิจารณาเขตอำนาจ (Jurisdiction) ว่าจะพิจารณา ณ วันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งยังไม่แน่ว่าหากข้อเท็จจริงในคดีเปลี่ยนไปว่า มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามภายหลังการยื่นข้อเรียกร้อง คณะอนุญาโตตุลาการจะมีความเห็นที่เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ อย่างไร

คดี Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation[298] (คดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia)[299] ข้อเท็จจริงในคดีนี้ สรุปได้ว่า ผู้เรียกร้องได้ยื่นข้อเรียกร้องโดยอ้างถึงการละเมิดพันธกรณีภายใต้ the Agreement for Reciprocal Promotion and Protection of

---

[296] Ibid.paras 250-256.

[297] Ibid.paras 255-259.

[298] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

[299] ต่อไปจะเรียกคดี Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation ในชื่อย่อว่า คดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia

Investments between Spain and the USSR (BIT) ว่า รัสเซีย (ผู้คัดค้าน) ได้กระทำการต่าง ๆ ต่อ Yukos Oil Company ซึ่งผู้เรียกร้องเป็นผู้มีตราสารแสดงสิทธิการฝากหลักทรัพย์สหรัฐอเมริกาในหุ้น Yukos Oil Company (Yukos American Depository Receipts: Yukos ADRs) กล่าวคือ มีการยึดทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ภาษีที่ไม่ชอบธรรมจำนวนมาก (massive illegitimate tax levies) การยึดและโอนทรัพย์สินของ Yukos Oil Company ไปเป็นของบริษัทน้ำมันของผู้คัดค้าน และการใช้มาตรการต่าง ๆ จนทำให้ Yukos Oil Company ล้มละลาย ทำให้ Yukos ADRs ที่เป็นการลงทุนของผู้เรียกร้องหมดมูลค่า[300] โดยผู้เรียกร้องได้เรียกร้องค่าเสียหาย จำนวน 2.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้มีการชดเชยค่าเสียหาย จำนวน 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[301]

ซึ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ได้แก่ การที่ผู้คัดค้านอ้างถึงการใช้กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) อันทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาท โดยภายหลังจากการเปิดเผยของผู้เรียกร้องว่าได้รับการสนับสนุนเงินทุนเพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการจาก Group Menatep Limited ที่มีข้อพิพาทในประเด็น Yukos Oil Company กับผู้คัดค้านในอีกคดีหนึ่ง ผู้คัดค้านได้โต้แย้งว่า ผู้เรียกร้องไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง (real parties in interest) ที่มีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการนี้ ไม่มีเดิมพันใดในข้อเรียกร้อง (no stake) รวมถึงไม่ใช่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในคดี (domini liti)[302] ในการเลือกทนายความ ผู้เชี่ยวชาญ หรือทางเลือกกลยุทธ์ใด ๆ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการของข้อเรียกร้อง และการอนุญาโตตุลาการนี้เป็น การใช้กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไปในทางมิชอบ (Abuse of Process)[303]

คณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า ผู้เรียกร้องซื้อหุ้นของ Yukos Oil Company และเรียกร้องเกี่ยวกับการทำให้หุ้นเหล่านั้นหมดมูลค่า เป็นผู้มอบอำนาจให้ที่ทนายความ และเป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากผลคำชี้ขาด และผู้เรียกร้องไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการแบ่งปันค่าเสียหายที่ได้รับกับ Group Menatep Limited มีเพียงแต่หนี้ทางจริยธรรมหรือความขอบคุณที่อาจพิจารณาว่าจะให้เงินจำนวนหนึ่งโดยสมัครใจต่อ Group Menatep Limited ที่ได้ออกค่าใช้จ่ายให้หรือไม่ ทั้งนี้ไม่มีหลักการใดกำหนดว่าผู้เรียกร้องไม่มีสิทธิในการใช้สิทธิภายใต้ BIT และไม่มีสิทธิตอบรับความ

---

[300] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.paras 9-10.

[301] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Renta 4 S.V.S.A and Others V. Russia."

[302] "Dominus Litis," in Black's Law Dictionary ed. Bryan A. Garner(11th ed. 2019).

[303] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.paras 11-13.

ช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม ซึ่งมูลเหตุจูงใจของบุคคลที่สามนั้นไม่มีความสำคัญต่อคู่พิพาทในคดีนี้ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่เห็นว่ามีองค์ประกอบของการกระทำอันมิชอบ (abuse) ในกรณีนี้[304]

จากการศึกษาคำวินิจฉัยข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ในบางกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจมีบทบาทในการแนะนำหรือเลือกทนายความและผู้เชี่ยวชาญต่าง ๆ ซึ่งแม้ไม่ได้มีการระบุว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funding Agreement) แต่การกระทำในลักษณะที่มีอำนาจควบคุม (control) ดังกล่าวร่วมกับการได้รับผลตอบแทนซึ่งผูกกับค่าเสียหายที่จะได้รับตามคำชี้ขาด อาจถือเป็นการโอนสิทธิในทางข้อเท็จจริง (de facto) ดังที่ Goldsmith และ Melchionda ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “เมื่อผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับอนุญาตให้มีอำนาจเต็มเหนือการปฏิบัติของข้อเรียกร้อง หรือได้รับผลประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจที่ไม่ได้สัดส่วน ผู้สนับสนุนเงินทุน...อาจถูกมองว่าได้แทนที่ผู้เรียกร้องแต่เพียงในนามในการเป็นผู้มีบทบาทเป็นคู่พิพาทที่แท้จริงอยู่เบื้องหลังข้อเรียกร้อง”[305] ซึ่งหากถือว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funding Agreement) เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว อาจมีปัญหาว่า ผู้เรียกร้องจะกลายเป็นผู้เรียกร้องเพียงในนาม (nominal owner) และไม่ได้เป็นผู้เรียกร้องที่ได้รับประโยชน์จากข้อเรียกร้อง (beneficial owner) ซึ่งตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าเป็นผู้เรียกร้องคู่พิพาทที่แท้จริงในคดีระหว่างประเทศหรือไม่

4.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) และการจัดสรรค่าใช้จ่าย (Allocation of costs) ในการอนุญาโตตุลาการ

4.2.4.1 ปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) ในการอนุญาโตตุลาการ

ตามที่ได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมาแล้วว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีค่าใช้จ่าย (Cost) สูง กล่าวคือ การต่อสู้ของรัฐในการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวหนึ่งคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยประมาณสูงถึง 180 ล้านบาท และบางคดีค่าใช้จ่ายอาจสูงกว่าค่าเฉลี่ยดังกล่าว เช่น ในคดี Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador ซึ่งผลของคดีปรากฏว่าประเทศเอลซัลวาดอร์เป็นฝ่ายชนะ แต่กลับต้องเสียค่าใช้จ่ายในการสู้คดีกว่า 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 383 ล้านบาท ซึ่งเพียงค่าใช้จ่ายทางกฎหมายก็สามารถนำไปใช้จ่ายค่าเรียนสำหรับฝึกการ

---

[304] Ibid.para.33.

[305] Goldsmith, Aren; Melchionda, Lorenzo. "Everything You Ever Wanted to Know (but Were Afraid to Ask) - Part Two," International Business Law Journal vol. 2012, no. 2 (2012): p. 228. HeinOnline, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ibuslj2012&i=232.

อ่านออกเขียนได้สำหรับผู้ใหญ่ได้ จำนวน 140,000 คน[306] ประกอบกับคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางในการจัดสรรค่าใช้จ่ายที่ไม่แน่นอนทำให้รัฐอาจต้องรับภาระค่าใช้จ่ายของผู้เรียกร้องหากแพ้คดีนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของตนและค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ตามคำชี้ขาด ความกังวลต่อเรื่องดังกล่าวทำให้เมื่อมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ทำให้รัฐเชื่อว่าผู้เรียกร้องไม่มีเสถียรภาพทางการเงินเพียงพอหรืออาจปฏิเสธไม่ชดใช้ค่าใช้จ่าย รัฐซึ่งเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงมักจะมีคำร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ การวางประกันค่าใช้จ่ายเป็นเครื่องมือที่จะช่วยอำนวยให้รัฐได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายของตนคืนจากผู้เรียกร้องในกรณีที่ผู้เรียกร้องปฏิเสธหรือไม่สามารถชดใช้เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่ายให้แก่รัฐเมื่อรัฐชนะคดี[307] ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่าความกังวลของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับการวางประกันค่าใช้จ่ายนอกจากเหตุที่กล่าวถึงข้างต้นแล้ว ยังมีเหตุแห่งความกังวลอีก 4 ประการ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประการแรก ความเสี่ยงที่ผู้เรียกร้องซึ่งแพ้คดีอาจไม่ชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนให้รัฐตามคำตัดสินที่คณะอนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดให้ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว[308] ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นความกังวลหลักของรัฐ โดยฝ่ายรัฐมีความเห็นว่ามีความไม่สมดุลในความสามารถของคู่พิพาทในการบังคับตามคำชี้ขาด กล่าวคือ ผู้เรียกร้องซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอาจไม่ต้องชดใช้ตามคำชี้ขาดเนื่องจากการตกเป็นบุคคลล้มละลาย (Bankruptcy) การจัดโครงสร้างองค์กร (corporate structuring) หรือเหตุอื่น ๆ[309] ในขณะที่รัฐไม่สามารถยื่นข้อเรียกร้องต่อผู้เรียกร้องในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือยื่นข้อเรียกร้องแย้ง รวมถึงไม่อาจกล่าวอ้างเหตุแห่งการล้มละลาย หรือหลบหนีได้อย่างเอกชน นอกจากนี้ จากการสำรวจของ ICSID Secretariat ตามคำร้องขอของประเทศปานามายังพบว่า มีการไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายมากถึง 12 ใน 34 ของคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายที่รัฐเป็นฝ่ายชนะ[310] ปรากฏรายละเอียดตามตารางด้านล่างนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[306] Manuel Perez-Rocha, "After Seven Years and Millions of Dollars, Decision Announced in Pac Rim Mining Company Vs. El Salvador," in Coalition of Groups State “There Are No Winners," Investor-State Arbitration Subverts Democracy(October 14, 2016).

[307] Lars Markert, "Security for Costs Applications in Investment Arbitrations Involving Insolvent Investors," Contemporary Asia Arbitration Journal 11, 2 (November 2018): 219-222.

[308] UNCITRAL (Working Group III), "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) — Cost and Duration,"(31 August 2018).para. 33.

[309] ICSID Secretariat, "Proposals for Amendment of the Icsid Rules — Working Paper "(ICSID, 2 August 2018).para. 497.

[310] ICSID, "Survey for Icsid Member States on Compliance with Icsid Awards," pp. 3-4.

ตารางที่ 4 ตารางสรุปการไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายเมื่อรัฐชนะคดี[311]

Awards of Costs and/or Damages in favor of State	
Number of Awards Overall	70
Number of Awards Reported on in Survey Responses	34
Compliance with Awards Unknown	4
Compliance with Awards Reported	18
Non-Compliance with Awards Reported	12
Enforcement Sought	7
Enforcement Unsuccessful	6
Enforcement Successful	1 (partial)
Enforcement Not Sought	5

ประการที่สอง คดีจำนวนมากไม่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป (discontinued) เนื่องจากการไม่ชำระค่าธรรมเนียมล่วงหน้า (advanced fees)[312] ซึ่งอาจเกิดจากการที่นักลงทุนผู้เรียกร้องมีความเห็นในระหว่างกระบวนพิจารณาว่ามีโอกาสในการชนะคดีน้อยเกินไป กล่าวคือ ในการพิจารณาแบบ Bifurcation ซึ่งแยกการพิจารณาประเด็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจออกจากการพิจารณาเนื้อหาแห่งคดี[313] อาจมีคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นได้ตัดสินในประเด็นเดียวกันไว้แล้ว หรือระหว่างการสืบพยานนักลงทุนอาจเห็นว่าคำชี้ขาดน่าจะตัดสินให้ฝ่ายผู้คัดค้านเป็นฝ่ายชนะคดี จึงไม่ชำระค่าธรรมเนียมล่วงหน้าและทิ้งข้อเรียกร้องดังกล่าว

ประการที่สาม โดยทั่วไปการวางประกันไม่มีบทบัญญัติเฉพาะ แต่ถือเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งมีมาตรฐานค่อนข้างสูงในการที่คณะอนุญาโตตุลาการจะใช้ดุลพินิจพิจารณาเสนอแนะหรือมีคำสั่งตามที่ได้มีคำร้องขอ กล่าวคือ หากเป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่จะนำไปใช้คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง (preserve the respective rights) ของคู่พิพาท เมื่อเห็นว่ามีความจำเป็นตามพฤติการณ์แวดล้อม ซึ่งถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 47 แห่ง ICSID Convention ที่กำหนดให้ “คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง” ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมักวินิจฉัยการวางประกันค่าใช้จ่ายโดยพิจารณาว่ามีพฤติการณ์

---

[311] Ibid., 4.

[312] ICSID, "Concluded Cases."

[313] ICSID, "Bifurcation - Icsid Convention Arbitration," [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/bifurcation

พิเศษ (exceptional circumstances) หรือไม่ ประกอบกับการพิจารณาตามความจำเป็นและความเร่งด่วนในแต่ละคดี ทำให้มีเพียง 4 จาก 70 คำร้องขอตั้งแต่ปี ค.ศ. 1984 ที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายดังกล่าว[314] ซึ่งการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันอื่นและอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจก็มีการวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน[315]

ประการที่สี่ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายของฝ่ายรัฐผู้คัดค้าน กล่าวคือ ผู้เรียกร้องผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมักเป็นผู้ไม่มีเสถียรภาพทางการเงิน โดยทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อรับการสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ และตกลงชำระเงินทุนดังกล่าวคืนพร้อมค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีหากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ได้รับชดใช้ค่าเสียหาย ดังนั้น หากรัฐเป็นฝ่ายชนะคดีก็อาจไม่ได้สามารถได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืน เนื่องจากผู้เรียกร้องไม่มีสถานะการเงินที่ดีเพียงพอ และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนผู้ได้ประโยชน์จากผลแห่งคดีก็อาจหลีกเลี่ยงไม่ชดใช้ค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาด โดยอาจบอกเลิกข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน หรือในกรณีที่ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนไม่ได้ระบุให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตกลงรับภาระในค่าใช้จ่ายส่วนดังกล่าว นอกจากนี้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมิใช่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ จึงไม่สามารถขอให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้บุคคลที่สามนั้นรับภาระชดใช้ค่าใช้จ่ายของรัฐได้โดยตรง[316] ดังนั้น ด้วยเหตุทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นประกอบกัน ทำให้รัฐผู้คัดค้านจึงยิ่งมีความกังวลเมื่อผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ในขณะเดียวกันมีนักวิชาการบางส่วนเห็นว่า การวางเงินประกันไม่เหมาะสมกับบริบทของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้คัดค้านตกลงที่จะระงับพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวกับผู้เรียกร้อง ดังนั้น มาตรฐานที่ใช้พิจารณาจึงควรสูงกว่าในกระบวนพิจารณาของศาล ยิ่งไปกว่านั้นการที่ผู้เรียกร้องต้องชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้า (advance on costs) ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือต้องชำระค่าป่วยการให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการก็ถือเป็นการปกป้องที่เพียงพอสำหรับข้อเรียกร้องที่มิชอบหรือข้อเรียกร้องที่สูญเปล่า นอกจากนี้ การที่ผู้เรียกร้องไม่มีทุนทางการเงินเพียงพอมักเป็นเพราะการกระทำหรือ

---

[314] หากนับรวมคดี Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen Gmbh V. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/18/35) ซึ่งต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้ยกเลิกคำสั่งให้วางประกัน จะรวมเป็น 5 คำร้องขอ โปรดดู Giulia Previti, "Recently Published Decision Confirms Exceptional Nature of Security for Costs," [Online] Accessed: 30 May 2021. Available from: https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/security-for-costs-ruling/

[315] Lars Markert, "Security for Costs Applications in Investment Arbitrations Involving Insolvent Investors," Contemporary Asia Arbitration Journal 11, 2 (November 2018): 224-226.

[316] UNCITRAL (Working Group III), "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Third-Party Funding,"(24 January 2019).para. 29.

การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของผู้คัดค้าน ดังนั้น จึงอาจเป็นกรณีที่คำร้องขอให้มีการวางประกันของผู้คัดค้านจะเป็นคำร้องขอที่มิชอบ โดยประสงค์จะกีดกันผู้เรียกร้องการอนุญาโตตุลาการ[317]

แต่อย่างไรก็ตาม ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจมีคำสั่งเรียกให้วางประกันจึงต้องรักษาดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของผู้เรียกร้องในการเข้าถึงความยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (access to arbitral justice) กับผลประโยชน์ของรัฐผู้คัดค้านในการได้รับชำระคืนซึ่งค่าใช้จ่ายของตนหากรัฐนั้นเป็นฝ่ายชนะคดี[318] อันถือเป็นผลประโยชน์ของประชาชนในรัฐนั้นด้วย ผู้เขียนจึงมีความเห็นในเบื้องต้นว่า ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาให้วางประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามควรนำไปศึกษาวิเคราะห์และประมวลผลเพื่อหาแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในประเด็นปัญหาดังกล่าวต่อไป ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวในรายละเอียดภายหลัง

4.2.4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)

จากที่ได้ศึกษาถึงลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมาแล้วว่ากลไกดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูง แต่ในขณะเดียวกันก็มีค่าเสียหายจำนวนมาก ซึ่งลักษณะดังกล่าวดึงดูดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเข้ามามีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ในทางกลับกันรัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้านต้องรับภาระความเสี่ยงในค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายที่อาจต้องชดใช้ และไม่ว่าผลคดีจะเป็นอย่างไรภาระค่าใช้จ่ายนั้นย่อมเป็นภาระแก่รัฐรวมถึงประชาชนและผู้เสียภาษีในรัฐผู้คัดค้าน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะตามที่ได้ศึกษารายละเอียดของปัญหาดังกล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.2.1 ซึ่งกระบวนการสำคัญอย่างหนึ่งในการชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่จะมีผลเป็นการตัดสินว่าคู่พิพาทฝ่ายใดควรต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการเพียงไร จำนวนเท่าไรบ้าง ได้แก่ การจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)

เมื่อต้องชี้ขาดในประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายเมื่อสิ้นสุดกระบวนพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณา 3 ประเด็นหลักด้วยกัน[319] กล่าวคือ

---

[317] Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), pp. 601-602.

[318] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.pp. 163-168.

[319] Ibid.pp.146-147.

ประเด็นแรก คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าตนมีความสามารถและสมควรจัดสรรเรื่องค่าใช้จ่ายเสียใหม่หรือไม่ และควรจะจัดสรรตามหลักเกณฑ์ใด

ประเด็นที่สอง หากจะชี้ขาดโดยให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ประสบความสำเร็จในผลแห่งคดี (unsuccessful party) ต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยว่าคู่พิพาทฝ่ายที่เหนือกว่า (prevailing party) สามารถได้รับคืนค่าใช้จ่ายอะไร ประเภทใด และมีจำนวนเท่าใดบ้างจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง

ประเด็นที่สาม คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยว่าจะชี้ขาดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ประสบความสำเร็จในผลแห่งคดีเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายใดของคู่พิพาทฝ่ายที่เหนือกว่า และต้องชำระเป็นจำนวนเท่าใด

อนึ่ง การจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี หากไม่ปรากฏว่าได้มีการตกลงกันไว้ของคู่พิพาท การพิจารณาจะถือตามกฎเกณฑ์และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ[320] ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีคดีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมากที่สุดอย่าง ICSID[321] ได้กำหนดเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 61 (2) แห่ง ICSID Convention[322] โดยกำหนดให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าควรมีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีอย่างไรโดยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือกรอบสำหรับการพิจารณาเอาไว้ หรือในข้อ 42 (1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules[323] ได้กำหนดแนวทางให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ประสบความสำเร็จ

---

[320] หากเป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules จะต้องพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่นั่งในทางกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) ดังกล่าวด้วย

[321] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator," [Online] Accessed: 1 July 2021. Available from: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement จากการค้นหาในฐานข้อมูลดังกล่าวของ UNCTAD ปรากฏว่าเมื่อพิจารณาข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในคดีและสถาบันที่มีคดีมากที่สุด ได้แก่ ICSID

[322] "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the Icsid Convention or the Convention)," (ICSID).

Article 61

(2) In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.

[323] "Uncitral Arbitration Rules," (UNCITRAL 2013).

Article 42 Allocation of costs

1. The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

ในผลแห่งคดีเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ แต่ในขณะเดียวกันก็ได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาตามพฤติการณ์แวดล้อมในคดีเอาไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีแนวทางที่ใช้ในการจัดสรรค่าใช้จ่าย อาจแบ่งได้เป็น 3 แนวทาง รายละเอียดดังต่อไปนี้

1) แนวทาง costs follow the event หรือ loser-pays หรือที่มีการเรียกกันว่าหลักเกณฑ์อังกฤษ (English rule) กล่าวคือ เป็นแนวทางที่กำหนดให้ฝ่ายผู้แพ้คดีเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้แก่ผู้ชนะคดี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ฝ่ายผู้ชนะคดี (indemnify) ป้องปรามการกระทำหรือการยกข้อต่อสู้อย่างไม่จริงจัง (frivolous) และทำให้ฝ่ายผู้ถูกทำให้เสียหายได้อยู่ในสถานะเสมือนว่าการกระทำนั้นไม่เกิดขึ้น[324]

2) แนวทาง pay-your-own-way หรือ pay-as-you-go หรือที่มีการเรียกกันว่าหลักเกณฑ์อเมริกัน (American rule) โดยหลักเกณฑ์นี้จะไม่คำนึงถึงผลแพ้ชนะของคดี ทำให้ไม่ว่าจะอยู่ในสถานะผู้ชนะคดีหรือผู้แพ้คดี คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของตนเอง[325] โดยมีข้อยกเว้นที่จะใช้ดุลพินิจในการผลักค่าใช้จ่าย (shift costs) ในระยะแรกเริ่มข้อยกเว้นดังกล่าวจะใช้สำหรับกรณีที่มีการทุจริตอย่างร้ายแรง (bad faith) ในกระบวนพิจารณา แต่ต่อมาข้อยกเว้นได้ถูกใช้เมื่อมีเหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เมื่อมีความไม่แน่นอน กรณีจะไม่เป็นธรรมหากลงโทษผู้แพ้คดีซึ่งเข้าดำเนินคดีหรือต่อสู้ในคดีอย่างสุจริต ประการที่สอง มีความประสงค์จะหลีกเลี่ยงการกีดกันผู้มีฐานะยากจนหรือมีทรัพยากรทางเศรษฐกิจจำกัดในการพิสูจน์สิทธิของตน ประการที่สาม เพื่อความสะดวกในการบริหารจัดการ เนื่องจากกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่มีรายละเอียดมากจะสร้างภาระโดยไม่จำเป็น[326]

3) แนวทาง factor dependent หรือแนวทาง Welamson หลักเกณฑ์นี้เป็นการผลักค่าใช้จ่ายบางส่วน (partial cost-shifting) โดยอาศัยความสำเร็จเชิงสัมพัทธ์ของคู่พิพาทหรือปัจจัยอื่น ๆ ในการประเมินการแบ่งค่าใช้จ่ายที่แต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบ ซึ่งค่าใช้จ่ายจะถูกแบ่งตามระดับความสำเร็จเชิงสัมพัทธ์ของคู่พิพาทในข้อเรียกร้อง (relative success) แบบเป็นขั้นบันได

---

[324] Susan D. Franck, "Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration," in Costs—Risks and Reality(Oxford Scholarship Online: Oxford University Press, 2019), pp. 191-193.

[325] Eric De Brabandere and Julia Lepeltak, "Third-Party Funding in International Investment Arbitration," in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal(Fall 2012), pp. 389-390.

[326] Susan D. Franck, "Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration," in Costs—Risks and Reality(Oxford Scholarship Online: Oxford University Press, 2019), pp. 191-193.

(sliding scale) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแรงจูงใจในการดำเนินการในกระบวนพิจารณาอย่างเหมาะสม (good conduct) ส่งเสริมให้ข้อเรียกร้องมีความถูกต้องแม่นยำ และหลีกเลี่ยงกลยุทธ์ในการระงับข้อพิพาทซึ่งมีความร้ายแรง[327] ซึ่งแนวทางการพิจารณาค่าใช้จ่ายดังกล่าวขอยกตัวอย่าง เช่น หากนักลงทุนต่างชาติไม่ประสบผลสำเร็จในประเด็นใดในเนื้อหาแห่งคดีเลย คณะอนุญาโตตุลาการอาจตัดสินให้ฝ่ายรัฐผู้คัดค้านออกค่าใช้จ่ายบางอย่าง[328]

อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี จึงอาจมีการใช้แนวทางที่หลากหลายตามข้อเท็จและพฤติการณ์แวดล้อมในคดี และอาจแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่นำศึกษาไปข้างต้น เป็นเหตุให้การจัดสรรค่าใช้จ่ายไม่มีความชัดเจนแน่นอน และคู่พิพาทไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าเมื่อสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการตนจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่าย หรือจะได้รับคืนค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่[329]

นอกจากนี้ เมื่อมีปัจจัยอื่นอย่างการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเข้ามา ยิ่งเป็นการเพิ่มระดับความไม่แน่นอนดังกล่าวให้มากขึ้น เนื่องจากยังคงไม่เป็นที่แน่ชัดและเกิดปัญหาว่าหากคู่พิพาทฝ่ายที่รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นฝ่ายชนะคดี จะสามารถได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการของตนซึ่งได้รับการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือไม่[330] ซึ่งปัญหาดังกล่าวยังมีความเห็นที่แตกต่างกันของนักวิชาการรวมถึงอนุญาโตตุลาการอยู่ ดังปรากฏตามคำวินิจฉัยในคดี Siag v. Egypt[331] ผู้เรียกร้องในคดีตกลงว่าจ้างทนายความโดยให้ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (contingency fee)[332] และได้ร้องขอการได้รับค่าทนายความตามอัตราปกติโดยไม่มีใบแจ้งหนี้หรือรายละเอียดประกอบต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าค่าทนายความดังกล่าวเหมาะสมตามควรและสั่งให้ผู้คัดค้านเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าว[333] อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการท่านหนึ่งไม่เห็นด้วยในประเด็นดังกล่าวโดยสรุปว่าผู้เรียกร้องตกลงจ่ายค่าทนายความเมื่อตนชนะคดี

---

[327] Ibid.

[328] Eric De Brabandere and J. Lepeltak, "Third-Party Funding in International Investment Arbitration," in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal(Fall 2012), pp. 389-390.

[329] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.pp. 154-155.

[330] Ibid.pp. 154-163.

[331] Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009.

[332] Ibid.para.604.

[333] Ibid.paras 625,630.

ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้เรียกร้องยอมรับในระดับความเสี่ยงจึงไม่ควรผลักความเสี่ยงทั้งหมดนั้นให้ฝ่ายรัฐผู้คัดค้าน[334] จากคำวินิจฉัยและความเห็นแย้งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ค่าทนายความในคดีนี้จะไม่ได้มีการชำระจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตามขอบเขตของการศึกษานี้ แต่องค์ประกอบที่มีการตกลงจ่ายค่าทนายความตามผลคดี แบบ no win, no fee กล่าวคือ ทนายความจะไม่ได้รับค่าทนายความและค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีในกรณีที่แพ้คดี ทำให้สามารถเทียบเคียงได้กับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนโดยได้รับคืนเงินทุนที่ได้สนับสนุนพร้อมค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีเมื่อผู้รับการสนับสนุนเงินทุนชนะคดีเช่นกัน ซึ่งการที่มีความเห็นไม่ตรงกันนี้ แสดงให้เห็นถึงความไม่ชัดเจน และยังไม่มีข้อสรุปของการจัดสรรค่าใช้จ่าย ดังนั้น จากปัญหาที่เกิดขึ้นข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นในเบื้องต้นว่าควรมีแนวทางกำกับปัญหาการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี โดยจะทำการวิเคราะห์และกล่าวรายละเอียดในภายหลัง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[334] Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Dissenting Opinion of Francisco Orrego Vicuña, 11 May 2009.

บทที่ 5
หลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ในบทนี้ผู้เขียนจะขอนำศึกษาถึงหลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยเริ่มจากการศึกษาถึงหลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทต่าง ๆ ได้แก่ บริบทของกฎหมายภายใน และบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ จากนั้นจึงศึกษาถึงกฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

5.1 หลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทต่าง ๆ

5.1.1 การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของกฎหมายภายใน

5.1.1.1 หลักการสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

หลัก Maintenance และ Champerty หลักการทั้งสองนี้เป็นหลักที่มีรากฐานมาอย่างยาวนานในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เป็นหลักการที่แยกออกจากกันแต่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันมากจึงมักถูกกล่าวถึงด้วยกัน โดยหลัก Maintenance หมายถึงการสนับสนุนเงินทุนหรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้เรียกร้อง (holder of a claim) ทำให้ข้อเรียกร้องถูกนำเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายได้ โดยผู้สนับสนุนเงินทุนหรือผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินไม่มีความเชื่อมโยงหรือส่วนได้เสียตามกฎหมายในข้อเรียกร้องนั้น ส่วนหลัก Champerty เป็นรูปแบบหนึ่งของ Maintenance โดยเพิ่มเติมการที่ผู้สนับสนุนเงินทุนหรือผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินมีผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงในผลแห่งคดี กล่าวคือ เป็นการให้เงินทุนเพื่อแลกกับค่าเสียหายส่วนหนึ่งที่จะได้รับหากผู้เรียกร้องชนะคดี[335]

โดยการห้ามสนับสนุนการดำเนินคดีเริ่มขึ้นในยุคกลาง ซึ่งคำว่า Champerty น่าจะมีที่มาสืบเนื่องมาจากคำว่า “Champart” ที่มาจากคำว่า “campi pars” หรือ “campi partus” อันเป็นการถือครองที่ดินในระบบศักดินารูปแบบหนึ่งที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินในความดูแลของขุนนางจะต้องให้ผลประโยชน์ตอบแทนขุนนางตามจำนวนโควตาที่กำหนดของผลผลิตจากที่ดิน (reddendum) ซึ่งในกรณีนี้จะเป็นตัวเงินที่ในประเทศอังกฤษเรียกว่า fee-farm โดยใน “Champart” ผู้อนุญาตให้ใช้ที่ดิน (grantor) เป็นผู้รับความเสี่ยงในการไม่ได้รับผลตอบแทนกรณีไม่มีผลผลิตจากที่ดิน ซึ่งต่างจากการถือครองที่ดินรูปแบบอื่น ๆ ทั่วไป ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้

[335] Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017), p. 44.

ประโยชน์ในที่ดินต้องเสียค่าตอบแทนไม่ว่าจะเก็บเกี่ยวผลผลิตได้หรือไม่ก็ตาม[336] โดยปรากฏการอ้างถึงแนวคิดที่น่าจะเป็นระยะเริ่มแรกของหลัก Champerty ตามแบบแนวคิดในปัจจุบันเป็นครั้งแรกใน the Statute of Westminster I ต่อมา the Statute of Westminster II กล่าวครอบคลุมถึงหลัก Maintenance ซึ่งมีการอ้างถึงแนวทางปฏิบัติของขุนนางในระบบศักดินาที่จะสนับสนุนการฟ้องร้องคดีความของคนงานเพื่อผลกำไร กล่าวคือ ในยุคนั้นเจ้าของที่ดินผู้มีฐานะร่ำรวยมักจะสนับสนุนการเงินในข้อเรียกร้องซึ่งกล่าวอ้างการเป็นเจ้าของที่ดิน เพื่อผลตอบแทนเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน เกิดเป็นสงครามระหว่างบรรดาเจ้าของที่ดินในการสนับสนุนข้อเรียกร้องลักษณะดังกล่าวเพื่อขยายอาณาเขตที่ดินของตน[337]

ในศตวรรษที่ 19 หลัก Maintenance และ Champerty ถือว่าขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) จึงเป็นสิ่งผิดกฎหมายทำให้มีความผิดทั้งในทางแพ่งและทางอาญา แต่ในปัจจุบันปรากฏว่ามีการผ่อนคลายหลักการดังกล่าว ในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ มีการยกเลิกความผิดอาญาและความผิดทางละเมิดของทั้งสองหลักดังกล่าวแล้ว ตามมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่ง Criminal Law Act of 1967 แต่อย่างไรก็ตาม หลัก Maintenance และ Champerty ยังคงมีอยู่ในเรื่องสัญญา กล่าวคือ หากสัญญาละเมิดหลัก Maintenance และ Champerty จะเป็นการละเมิดนโยบายสาธารณะและจะทำให้ไม่สามารถบังคับตามสัญญาดังกล่าวได้[338]

“ความชั่วร้าย (mischief) ...ที่คนซื้อหาข้อเรียกร้องที่ยากจะชนะ (weak claim) โดยหวังว่าอำนาจจะเปลี่ยนให้กลายเป็นสิ่งที่แข็งแกร่ง และดาบของบารอนผู้เยื้องย่างเข้ามาในศาลพร้อมกลุ่มข้าบริวารตามหลังจะก่อให้เกิดความหวาดกลัวในดวงตาผู้พิพากษาบนบัลลังก์ ในปัจจุบันผู้พิพากษาอังกฤษต้องสนใจอะไรต่อให้เป็นดาบของบารอนร้อยคน ไม่มีแม้แต่ความกลัวหรือความหวังความเกลียดชังหรือความรักชอบ ผู้พิพากษาในยุคสมัยของเรานั้นพร้อมที่จะควบคุมจัดการระบบไม่ว่าจะยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรมที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในความรับผิดชอบอย่างสงบเท่าเทียมทุกวาระ”[339]

คำอธิบายของ Jeremy Bentham ข้างต้น ได้บรรยายให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของหลัก Maintenance และ Champerty เมื่อเกิดหลักนิติธรรม (the rule of law) อย่างค่อยเป็นค่อยไป ทำให้มีความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (judicial independence) มากขึ้น และทำให้

---

[336] Max Radin, "Maintenance by Champerty," California Law Review 24, 1 (1935): 61.

[337] Gian Marco Solas, Third Party Funding: Law, Economics and Policy (Cambridge University Press, 2019), pp. 24-25.

[338] Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017), pp. 44-45.

[339] Jeremy Bentham, "Defense of Usury," [Online] Accessed: 1 March 2021. Available from: https://www.econlib.org/library/Bentham/bnthUs.html?chapter_num=12#book-reader

อำนาจศักดินาลดน้อยลง การสนับสนุนเงินทุนในการดำเนินคดีจึงมิได้เป็นการรบกวนหรือเป็นอุปสรรคของสิทธิส่วนรวม (common right) และผู้พิพากษาก็ไม่ได้หวาดกลัวที่จะตอบโต้ขุนนางระบบศักดินาอีกต่อไป[340]

ซึ่งหลัก Maintenance และ Champerty ห้ามการช่วยเหลือ สนับสนุน หรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวในการดำเนินคดีของบุคคลอื่น ดังนั้น การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจึงขัดกับหลักดังกล่าว และในบางประเทศยังคงยึดถือหลักดังกล่าวนั้นอยู่ ดังเช่น ศาล Supreme Court ของประเทศไอร์แลนด์ ซึ่งได้ตัดสินว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามละเมิดหลัก Maintenance and Champerty และต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศไอร์แลนด์[341] แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติและผ่อนปรนกฎหมายภายในของตนเพื่อรองรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากขึ้นกว่าในอดีต เช่น ในสหรัฐอเมริกา การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการลงทุนที่มีมูลค่ารวมทั้งสิ้นเกินกว่าหนึ่งพันล้านดอลลาร์สหรัฐ[342]

5.1.1.2 การสนับสนุนเงินทุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในประเทศต่าง ๆ

(ก) ประเทศออสเตรเลีย (Australia)

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งถือเป็นตลาดอันดับต้น ๆ ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น ในปัจจุบันการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลภายใน (Litigation Funding) ไม่ได้ถูกห้าม เนื่องจากหลัก Maintenance and Champerty ได้ถูกลดความสำคัญและถูกยกเลิกไปในบางเขตอำนาจรัฐแล้ว (State Jurisdictions) ได้แก่ รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) รัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) รัฐวิกตอเรีย (Victoria) และเขตออสเตรเลียนแคปปิตอลเทอร์ริทอรี่ (Australian Capital Territory)[343] โดยกฎเกณฑ์ในเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลภายใน จะปรากฏในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เช่น ในปี 2018 ในหลายคดีศาลได้มีคำสั่งซึ่งเรียกว่า “Common fund” ในกรณีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class action) ซึ่งเป็นคำสั่งที่ทำให้

---

[340] Gian Marco Solas, Third Party Funding: Law, Economics and Policy (Cambridge University Press, 2019), pp. 26-27.

[341] Persona Digital Telephony Limited v The Minister for Public Enterprise, Ireland & Ors [2017] IESC 27

[342] Collin R. Flake, "Third Party Funding in Domestic Arbitration: Champerty or Social Utility?," Dispute Resolution Journal 70, 2 (2015).

[343] Simon Morris *et al.*, "Australia," Litigation Funding 2021.

ผู้ฟ้องคดีทุกคนในกลุ่ม มิใช่เพียงแต่ผู้ที่เข้าทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน ต้องถูกผูกพันด้วยข้อตกลงดังกล่าวด้วย

ส่วนรัฐบาลจะทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาบางอย่างที่เกิดจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลโดยเจาะจงในบางกรณีเท่านั้น ทำให้มีเพียงกฎเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่มุ่งเฉพาะเจาะจงในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด โดยผู้สนับสนุนเงินทุนในการฟ้องร้องดำเนินคดีคดีต่อศาลภายใน (Litigation Third Party Funder) ได้ถูกรับการบัญญัติยกเว้นให้ไม่ถือเป็นแผนการจัดการการลงทุน (managed investment schemes) ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (financial product) และการให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบธุรกิจ (credit facilities) ทำให้ไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเรื่องการขึ้นทะเบียนและเปิดเผยข้อมูลตาม Corporations act นอกจากนี้ยังไม่ต้องขอใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบธุรกิจให้บริการทางการเงิน (Australian Financial Services Licence: AFSL) ทั้งนี้ ผู้สนับสนุนเงินทุนดังกล่าวทั้งในกรณีศาลภายในและอนุญาโตตุลาการต้องรับรองว่าตนมีกระบวนการที่เพียงพอในการจัดการปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (conflict of interest) อย่างไรก็ตาม มีกระแสเรียกร้องที่ประสงค์จะให้มีการปฏิรูป (Reform) ในเรื่องดังกล่าว[344] ต่อมา ในปี ค.ศ. 2020 จึงได้มีการออกระเบียบ Corporations Amendment (Litigation Funding) Regulations 2020 ซึ่งทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ต้องมีใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบธุรกิจให้บริการทางการเงิน (AFSL) และต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของแผนการจัดการการลงทุน (managed investment schemes) โดยไม่ได้รับการยกเว้นอีกต่อไป[345]

(ข) ประเทศอังกฤษและเวลส์ (England and Wales)

กรุงลอนดอนถือเป็นตลาดขนาดใหญ่ที่มีนักลงทุนมืออาชีพที่สนับสนุนเงินทุนแก่ผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีจำนวนมาก การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในประเทศอังกฤษและเวลส์ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law ถือได้ว่ามีฐานที่มั่นคงอยู่ตัวแล้ว เนื่องจากทั้งฝ่ายตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติต่างเห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) ดังเช่นที่ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้กล่าวไว้ในคดี Arkin v Borchard Lines แม้การช่วยเหลือ สนับสนุน หรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวในการดำเนินคดีของบุคคลอื่น (Maintenance and Champerty) จะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา (crimes) และความผิดทางละเมิด (torts) แต่ภายหลังช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เริ่มมีการยกเว้นหลักดังกล่าวโดยรัฐสนับสนุน

[344] Third Party Funding for Arbitration Sub-Committee of the Law Reform Commission of Hong Kong, "The Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration," (2015).

[345] Simon Morris *et al.*, "Australia," in Litigation Funding(Tom Barnes, 2021).

ให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมาย และมีการเติบโตของวงการประกันภัย ต่อมา The Criminal Law Act 1967 จึงได้ยกเลิกหลัก Maintenance and Champerty อย่างไรก็ตาม หลัก Maintenance and Champerty ยังคงใช้อยู่ในแง่นโยบายสาธารณะ (Public Policy) แต่จะใช้ในขอบเขตแคบ ๆ ในการที่จะปรามไม่ให้นักลงทุน (Funder) ใช้อำนาจควบคุมเหนือคดีที่ได้สนับสนุนเงินทุนให้ รวมถึงกรณีที่มีการเอารัดเอาเปรียบโดยนักลงทุน กล่าวคือ หากนักลงทุนได้ผลตอบแทนสูงกว่าผลตอบแทนที่คู่ความที่ได้รับเงินสนับสนุนจากนักลงทุนได้รับอย่างมีนัยสำคัญ จะถือว่าขัดต่อนโยบายสาธารณะ[346]

โดยในปัจจุบัน อุตสาหกรรมการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลภายในและการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษและเวลส์เป็นระบบที่ไม่ได้มีกฎเกณฑ์ของรัฐเข้ามาควบคุม แต่ใช้การสร้างกฎเกณฑ์ควบคุมตนเอง (Self-regulated) ผ่านองค์กรที่เรียกว่า สมาคมผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินคดีแห่งประเทศอังกฤษและเวลส์ (The Association of Litigation Funders of England and Wales: ALF) ซึ่งจะใช้ข้อพึงปฏิบัติสำหรับผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินคดี (Code of Conduct for Litigation Funders) โดยข้อพึงปฏิบัติดังกล่าวจะกำหนดมาตรฐานของแนวปฏิบัติและพฤติกรรมต่าง ๆ ที่สมาชิกของ ALF ต้องปฏิบัติตาม อันมีเนื้อหาโดยหลัก คือ เงื่อนไขเงินลงทุนที่เพียงพอ (Capital adequacy requirements) ยกตัวอย่างเช่น ผู้สนับสนุนการลงทุนต้องรักษาแหล่งเงินทุนต่าง ๆ อย่างเพียงพอในการที่จะสามารถครอบคลุมผลรวมของความรับผิดของการให้เงินทุน (funding liability) อย่างน้อยเป็นระยะเวลา 36 เดือน นอกจากนี้ยังมีการกำหนดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการถอนตัวจากการสนับสนุนเงินทุน (Withdrawal of funding) ระหว่างการดำเนินคดี และข้อจำกัดความมีอิทธิพลของผู้สนับสนุนการลงทุนต่อการดำเนินคดี หากมีการร้องเรียนในกระบวนการร้องเรียน (Complaint procedure) ว่า สมาชิกไม่ปฏิบัติตามข้อพึงปฏิบัติดังกล่าว ALF สามารถลงโทษสมาชิกได้ แต่ผลกระทบที่มาจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามข้อพึงปฏิบัติของสมาชิกนั้นแท้จริงแล้ว คือ ผลกระทบต่อชื่อเสียง และความน่าเชื่อถือของผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นสำคัญทั้งนี้ แม้ว่าการเป็นสมาชิกของสมาคมดังกล่าวจะเป็นแบบอาศัยความสมัครใจ แต่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่ถือว่าเป็นมืออาชีพและอยู่ในแวดวงของการสนับสนุนเงินทุนต่างเข้าร่วมเป็นสมาชิก[347]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[346] Steven Friel, Jonathan Barnes and Simon Walsh. "Litigation Funding 2019." edited by Steven Friel and Jonathan Barnes, 29-33.

[347] Third Party Funding for Arbitration Sub-Committee of the Law Reform Commission of Hong Kong, "The Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration," (2015).

(ค) ประเทศเยอรมนี (Germany)

ประเทศเยอรมนีอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งไม่ได้รับอิทธิพลจากหลัก Maintenance and Champerty แต่จากการศึกษาพบว่านอกจากประเทศเยอรมนีและสวิตเซอร์แลนด์ ก็ไม่ปรากฏว่ามีความนิยมในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากนักในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากหลายปัจจัย เช่น ค่าใช้จ่ายและหลักเกณฑ์กระบวนพิจารณา และวัฒนธรรมที่มีการดำเนินคดีน้อย เป็นต้น[348]

โดยการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในประเทศเยอรมนี เริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1999 ซึ่งได้รับการต้อนรับเป็นอย่างดีและไม่เคยถูกโต้แย้งในทางกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่มีกฎหมายที่ตราขึ้นสำหรับเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะ[349] แต่ด้วยหลัก Usury ที่ห้ามการให้สินเชื่อ (Loan) โดยคิดดอกเบี้ยในอัตราที่มากเกินไป (Abusive interest rates) ประกอบกับมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมที่กำหนดให้ทนายความเท่านั้นที่จะสามารถให้คำแนะนำทางกฎหมายได้ (Legal advice) ในทางปฏิบัติศาลจึงมีการวางแนวทางโดยมีข้อจำกัดตามหลักการข้างต้น ทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต้องระมัดระวังเรื่องค่าตอบแทนที่คำนวณจากค่าเสียหายตามผลแห่งคดีไม่ให้เป็นจำนวนที่มากเกินไป และจำกัดบทบาทไม่เข้ามามีส่วนร่วมในคดีมากจนเกินสมควร อนึ่ง ศาลเยอรมันเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นแบบหุ้นส่วน (Partnership) ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) และไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายเยอรมันข้อใดกำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third Party Funding Agreement) อีกทั้งการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการดำเนินคดีไม่ถือว่าเป็นการให้บริการประกันภัย การให้บริการทางกฎหมาย และการให้บริการทางการเงิน ดังนั้น จึงไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่ควบคุมหรือกำหนดข้อจำกัดในการให้บริการเหล่านั้น[350]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.1.2 การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่ยังคงได้รับความนิยมและมีความซับซ้อนมากขึ้น โดยค่าใช้จ่ายก็สูงขึ้นตามไปด้วย ทำให้ผู้ที่ต้องการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวประสงค์จะได้แนวทางใหม่เพื่อลดภาระทางการเงิน

---

[348] Trusz, Jennifer A. “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”. 101 Geo. L.J. 1649 (2013).

[349] Eversberg, Arndt. "Litigation Funding 2019." edited by Steven Friel and Jonathan Barnes, 35.

[350] Third Party Funding for Arbitration Sub-Committee of the Law Reform Commission of Hong Kong. "The Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration ", 80-84, 2015.

ซึ่งการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามช่วยตอบสนองความต้องการนั้นและกลายเป็นส่วนสำคัญของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ[351] ในปัจจุบันจึงมีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่งเพื่อรับมือกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1.2.1 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce)

หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ได้ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1919 โดย ICC เป็นองค์กรเอกชนระดับนานาชาติที่มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมและสนับสนุนนโยบายทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยได้กำหนดกฎเกณฑ์และมาตรฐานเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับการค้าระหว่างประเทศมากมาย อาทิเช่น กฎเกณฑ์การตีความเงื่อนไขทางการค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Terms: Incoterms) ระเบียบการชำระเงินด้วยเลตเตอร์ออฟเครดิต (Letter of Credit: L/C), หนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า (Certificate of Origin) รวมถึงมีกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศด้วยการอนุญาโตตุลาการ[352] โดยมีการจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ICC International Court of Arbitration) ซึ่งเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีหน้าที่บริหารจัดการและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการ[353] โดย ICC International Court of Arbitration นั้นได้รับความนิยมเป็นอย่างสูง โดยมีคดีนับตั้งแต่ก่อตั้งในปี ค.ศ. 1923 จำนวนกว่า 25,000 คดี[354]

ในประเด็นเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น ICC ได้จัดทำคำอธิบายแนวทางสำหรับการเปิดเผยความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการ (Guidance Note for the disclosure of conflicts by arbitrators) ในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งได้อธิบายสถานการณ์ต่าง ๆ ที่อนุญาโตตุลาการควรเปิดเผยข้อมูลที่อาจทำให้เกิดความขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest) รวมไปถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับองคภาวะใด ๆ ที่มีผลประโยชน์ทาง

---

[351] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 17.

[352] ICC, "Icc Academy Open House," [Online] Accessed: 25 May 2021. Available from: http://www.iccthailand.or.th/home/news-detail.php?pageid=Ng==&directory=MTY0&news_id=NjE0

[353] ICC, "Icc International Court of Arbitration," [Online] Accessed: 10 June 2021. Available from: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-international-court-arbitration/

[354] ICC, "Icc Dispute Resolution 2019 Statistics,"(2020), p. 9.

เศรษฐกิจโดยตรงในข้อพิพาท[355] ซึ่งครอบคลุมถึงกรณีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 2021 ICC ได้มีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ โดยได้กำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไว้ในข้อ 11 (7)[356] กล่าวคือ กำหนดให้คู่พิพาทต้องแจ้งข้อมูลการมีอยู่ (existence) และระบุตัวตน (identity) ของบุคคลผู้ที่มิใช่คู่พิพาทซึ่งมีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในผลแห่งการอนุญาโตตุลาการที่บุคคลนั้นได้ตกลงสนับสนุนเงินทุนในการเรียกร้องหรือต่อสู้ โดยต้องแจ้งต่อสำนักเลขาธิการ คณะอนุญาโตตุลาการ และคู่พิพาทอื่นเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิบัติตามข้อบังคับเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่อาจก่อให้เกิดความน่าสงสัยต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ICC ยังจัดทำ Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration เพื่อเป็นแนวทางสำหรับคู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่แก้ไขใหม่ ซึ่งได้มีการอธิบายเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพิ่มเติมว่า พฤติการณ์ที่โดยทั่วไปแล้วจะไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลตามข้อ 11 (7) ได้แก่ การสนับสนุนเงินทุนระหว่างบริษัทภายในเครือบริษัทเดียวกัน การตกลงให้ค่าทนายความระหว่างคู่พิพาทและทนายความของตน และกรณีผลประโยชน์โดยอ้อม เช่น การที่ธนาคารให้กู้ยืมตามธรรมดาโดยไม่ได้ให้กู้ยืมเพื่อสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการ[357] จะเห็นได้ว่าข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่แก้ไขใหม่ รวมถึงคำอธิบายแนวทางต่าง ๆ ที่ ICC ได้จัดทำขึ้นสอดคล้องไปในทางเดียวกัน คือ เพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์และเพื่อรักษาความเป็นอิสระและความเป็นกลางของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ

5.1.2.2 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Centre)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Centre: HKIAC) เป็นศูนย์บริการทางอนุญาโตตุลาการที่ตั้งอยู่ในเขตปกครองพิเศษฮ่องกงซึ่งก่อตั้งในปี ค.ศ. 1985 และได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก โดยได้ถูกจัดอันดับเป็นสถาบัน

---

[355] ICC, "Icc Court Adopts Guidance Note on Conflict Disclosures by Arbitrators," [Online]. Available from: https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/

[356] Article 11: General Provisions

7) In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 11(2) and 11(3), each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.

[357] ICC, "Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration,"(2021), p. 5.

อนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมเป็นอันดับ 3 จากการสำรวจการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2021 ของ School of International Arbitration[358]

ในปี ค.ศ. 2018 ข้อบังคับการจัดการอนุญาโตตุลาการ (HKIAC Administered Arbitration Rules) ของ HKIAC ที่ได้มีการแก้ไขใหม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวมีการกำหนดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไว้ในข้อ 44[359] กล่าวคือ คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนต้องทำหนังสือแจ้งข้อเท็จจริงว่าได้มีการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนและระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไปยังคู่พิพาททุกฝ่าย คณะอนุญาโตตุลาการ และ HKIAC โดยหากทำข้อตกลงดังกล่าวก่อนหรือในวันเริ่มการอนุญาโตตุลาการให้แจ้งในหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) หรือหนังสือตอบการแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (Answer to the Notice of Arbitration) หรือหากทำข้อตกลงภายหลังวันเริ่มการอนุญาโตตุลาการให้แจ้งโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ หากภายหลังข้อมูลมีการเปลี่ยนแปลงก็มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ ข้อบังคับการจัดการอนุญาโตตุลาการ ข้อ 34.4[360] ยังได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาพิจารณาในการตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายของ

---

[358] School of International Arbitration (Queen Mary University of London), "2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World," p. 10.

[359] Article 44 – Disclosure of Third Party Funding of Arbitration

44.1 If a funding agreement is made, the funded party shall communicate a written notice to all other parties, the arbitral tribunal, any emergency arbitrator and HKIAC of:

(a) the fact that a funding agreement has been made; and

(b) the identity of the third party funder.

44.2 The notice referred to in Article 44.1 must be communicated:

(a) in respect of a funding agreement made on or before the commencement of the arbitration, in the application for the appointment of an emergency arbitrator, the Notice of Arbitration, the Answer to the Notice of Arbitration, the Request for Joinder or the Answer to the Request for Joinder (as applicable); or

(b) in respect of a funding agreement made after the commencement of the arbitration, as soon as practicable after the funding agreement is made.

44.3 Any funded party shall disclose any changes to the information referred to in Article 44.1 that occur after the initial disclosure.

[360] Article 34 – Costs of the Arbitration

34.1 The arbitral tribunal shall determine the costs of the arbitration in one or more orders or awards. The term "costs of the arbitration" includes only:...

34.4 The arbitral tribunal may take into account any third party funding arrangement in determining all or part of the costs of the arbitration referred to in Article 34.1.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

การอนุญาโตตุลาการทั้งหมดหรือบางส่วนในข้อ 34.1 ซึ่งเป็นข้อบังคับที่กำหนดประเภทค่าใช้จ่ายซึ่งถือเป็นค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการไว้

จากการศึกษาข้างต้นผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าข้อบังคับการจัดการอนุญาโตตุลาการของ HKIAC นั้น นอกจากจะกำหนดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลเพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว ยังมีการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไปพิจารณาในการจัดสรรค่าใช้จ่าย ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีความสำคัญเนื่องจากจะส่งผลต่อการตัดสินชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่าย ซึ่งอาจทำให้คู่พิพาทต้องรับภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้ แตกต่างจาก ICC ซึ่งไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะเจาะจง

5.1.2.3 ศูนย์อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแห่งออสเตรเลีย (Australian Centre for Commercial International Arbitration)

ศูนย์อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแห่งออสเตรเลีย (Australian Centre for Commercial International Arbitration: ACICA) เป็นสถาบันการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศของออสเตรเลีย ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1985 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์อย่างมีประสิทธิภาพทั่วประเทศออสเตรเลียและในระดับระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท[361]

โดย ACICA ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 2021 ซึ่งมีข้อบังคับซึ่งเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและควรทำการศึกษาดังต่อไปนี้

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ACICA กำหนดข้อบังคับสำหรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยเฉพาะ โดยกำหนดนิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในข้อ 54.1 ว่าหมายถึง การตกลงที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มิใช่คู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เงินทุนหรือการสนับสนุนทางการเงินอื่นแก่คู่พิพาท หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือสำนักงานกฎหมายที่เป็นตัวแทนของคู่พิพาท เพื่อสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดหรือบางส่วน และการสนับสนุนดังกล่าวเป็นไปเพื่อได้รับค่าตอบแทนหรือได้รับเงินคืนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนตามผลแห่งข้อพิพาท หรือเป็นการได้รับการสนับสนุนจากเงินอุดหนุน หรือเพื่อได้รับการจ่ายเบี้ยประกันภัย

ต่อมาในข้อ 54.2 ได้กำหนดให้คู่พิพาทและ/หรือตัวแทน ต้องเปิดเผยข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ACICA และคู่พิพาทอื่น โดยเปิดเผยเมื่อมีหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) หรือหนังสือตอบการแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (Answer to the Notice of

[361] ACICA, "Introduction," [Online] Accessed: 10 June 2021. Available from: https://acica.org.au/

Arbitration) หรือเปิดเผยโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้หลังจากได้รับเงินทุน หรือหลังจากทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยถือตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อน และหากภายหลังข้อมูลมีการเปลี่ยนแปลงก็มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวซึ่งรวมถึงการเลิกสัญญานั้นด้วย ยิ่งไปกว่านั้นข้อ 54.3 ยังให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการสั่งให้คู่พิพาทเปิดเผยการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและ/หรือระบุตัวตนของบุคคลที่สาม ในเวลาใดระหว่างกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการก็ได้

นอกจากนี้ ข้อ 48 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ” ว่าประกอบด้วยค่าใช้จ่ายประเภทใดบ้าง ซึ่งข้อ 48 (d)[362] กำหนดให้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่นของคู่พิพาทนั้นรวมถึงค่าใช้จ่ายการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งก่อให้เกิดขึ้นโดยตรงโดยคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการเพียงเท่าที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าเป็นค่าใช้จ่ายตามสมควร และต้องมีการเรียกร้องในเรื่องค่าใช้จ่ายดังกล่าวระหว่างกระบวนพิจารณา

จากการศึกษาข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ACICA พบว่ามีความคล้ายคลึงกับข้อบังคับการจัดการอนุญาโตตุลาการของ HKIAC เพียงแต่มีการเพิ่มเติมในส่วนของนิยามค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการซึ่งให้รวมถึงค่าใช้จ่ายการสนับสนุนเงินทุน (funding costs) ด้วย อันเป็นข้อดีในแง่ที่ว่าจะไม่ต้องมีประเด็นปัญหาให้ถกเถียงกันว่าค่าใช้จ่ายการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะเป็นค่าใช้จ่ายอื่น (other costs) ในนิยามค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ (costs of arbitration) ได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าในข้อบังคับของ ACICA ใช้คำว่า “ค่าใช้จ่ายการสนับสนุนเงินทุน” (funding costs) ซึ่งอาจครอบคลุมทั้งเงินทุนที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนออกค่าใช้จ่ายให้เพื่อใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กับอีกส่วนหนึ่งคือค่าตอบแทนตามผลคดี (success fee) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งผู้เขียนไม่อาจทราบถึงเจตนาของผู้ร่างข้อบังคับว่าประสงค์ให้ครอบคลุมค่าใช้จ่ายที่มีลักษณะแตกต่างกันหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าค่าใช้จ่ายการสนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายซึ่งก่อให้เกิดขึ้นโดยตรงโดยคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนพิจารณาและเป็นค่าใช้จ่ายตามสมควรหรือไม่ จึงอาจไม่เกิดผลกระทบจากการใช้ถ้อยคำดังกล่าวในทางปฏิบัติ

---

[362] SECTION V: GENERAL 48 Costs of Arbitration

The term “costs of arbitration” includes:

(d) the parties’ legal and other costs, including, but not limited to, in-house costs, such as in-house counsel and other non-independent experts, and third-party funding costs, directly incurred by any party in conducting the arbitration, if such costs were claimed during the arbitration proceedings and only to the extent that the Arbitral Tribunal determines that such costs are reasonable;

5.2 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

หัวข้อ 5.2 นี้จะเริ่มศึกษาจากกฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในกลไกสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน อันได้แก่ กฎเกณฑ์ปัจจุบันและแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ICSID และ UNCITRAL ซึ่งทั้งสองกลไกเป็นส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ลำดับต่อมาจึงศึกษากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ได้แก่ SIAC และ CIETAC ซึ่งได้ริเริ่มออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และจึงศึกษากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสนธิสัญญาด้านการลงทุนรุ่นใหม่ที่ได้มีการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว และลำดับสุดท้ายจึงเป็นการศึกษา Soft Law ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ศึกษาแนวทางในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามตามที่ปรากฏในแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ของ IBA ซึ่งจะช่วยสะท้อนให้เห็นแนวทางปฏิบัติอันสมควรของอนุญาโตตุลาการตามหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางอันเกี่ยวข้องกับปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินลงทุนได้

5.2.1 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในกลไกสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

5.2.1.1 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ICSID

CHULALONGKORN UNIVERSITY

ในการดำเนินคดีภายในรัฐและในทางระหว่างประเทศมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นจำนวนมากขึ้น รวมถึงในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) ซึ่งแม้จะถูกใช้โดยฝ่ายนักลงทุนต่างชาติ ผู้เป็นฝ่ายเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ แต่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามดังกล่าวก็ถูกใช้โดยรัฐด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ควรศึกษากฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน รวมถึงร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules: AR) เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจและใช้ประกอบการวิเคราะห์ในบทที่ 6 ต่อไป โดยจะศึกษารายละเอียดตามลำดับ ดังนี้

(ก) กฎเกณฑ์ที่ปรากฏใน ICSID Convention และ ICSID Arbitration Rules ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

1) เขตอำนาจของศูนย์และขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

1.1) เขตอำนาจของศูนย์

การอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นขึ้นเมื่อรัฐภาคีผู้รับการลงทุนหรือคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นนักลงทุนทำการร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ ตามมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (ICSID Convention) ซึ่งประเด็นสำคัญเรื่องหนึ่งที่ต้องพิจารณาในการรับจดทะเบียนคำร้องขอและเป็นประเด็นสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ คือ เรื่องเขตอำนาจศูนย์ซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 25 (1) แห่ง ICSID Convention ว่า

“ให้เขตอำนาจของศูนย์ครอบคลุมถึงข้อพิพาททางกฎหมายใดที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคี (หรือส่วนราชการ หรือหน่วยงานใดของรัฐภาคีซึ่งได้แจ้งรายชื่อไว้ต่อศูนย์โดยรัฐนั้น) กับคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งซึ่งคู่พิพาททั้งหลายในข้อพิพาทได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ เมื่อคู่พิพาททั้งหลายได้ให้ความยินยอมแล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมโดยลำพังไม่ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า ข้อพิพาทที่จะถือว่าอยู่ในเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของศูนย์นั้น อยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก คู่พิพาท ต้องประกอบด้วยรัฐภาคีฝ่ายหนึ่ง (Contracting State) และเอกชนซึ่งเป็นคนชาติของรัฐอื่นอีกฝ่ายหนึ่ง

กรณีนี้รัฐภาคี (Contracting State) อาจแบ่งตามมาตรา 67 ได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก รัฐซึ่งเป็นสมาชิกธนาคารโลก (World Bank) และลงนามใน ICSID Convention อีกประเภทหนึ่ง คือ รัฐที่เป็นภาคีธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) โดยไม่ได้เป็นสมาชิกธนาคารโลก แต่ได้รับเชิญให้ลงนามใน ICSID Convention จากสภาบริหารของศูนย์ (The Administrative Council) ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิก โดยรัฐที่ได้ทำการลงนามจะถือเป็นรัฐภาคีเมื่อได้ส่งมอบสัตยาบันสารแล้ว 30 วัน ตามมาตรา 68 (2) นอกจากนี้องค์กรของรัฐ เทศบาล องค์กรอิสระ และรัฐวิสาหกิจที่ให้ความยินยอมซึ่งได้รับความเห็นชอบ (approval of consent) และได้รับการแจ้งชื่อ (designation) จากรัฐภาคีให้เป็นส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐภาคี (any constituent subdivision or agency of a Contracting State) ที่มีอำนาจ สามารถเป็นคู่พิพาทได้เช่นกัน เช่น ไนจีเรียแจ้งชื่อบริษัทปิโตรเลียม

แห่งชาติไนจีเรีย (Nigerian National Petroleum Corporation) เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 1978 เป็นต้น[363]

ส่วนคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นคนชาติของรัฐภาคีอื่น ซึ่งต้องพิจารณาตามมาตรา 25 (2) กล่าวคือ เอกชนในกรณีนี้อาจเป็นบุคคลธรรมดา (natural person) ซึ่งต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นทั้งวันที่คู่พิพาทได้ให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ และในวันที่ลงทะเบียนคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 25 (2) (a) แต่ถ้าบุคคลธรรมดามีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนในวันใดวันหนึ่งในสองวันที่กล่าวถึงข้างต้น บุคคลธรรมดานั้นจะไม่ต้องตามเงื่อนไขตามอนุมาตรานี้

อีกกรณี คือ เอกชนอาจเป็นนิติบุคคล (juridical person) มีสัญชาติของรัฐอื่นซึ่งเป็นภาคี ICSID Convention โดยต้องไม่มีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนอันจะทำให้เป็นข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนนั้นเอง ซึ่งจะพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลในวันที่คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ อันเป็นไปตามมาตรา 25 (2) (b) นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยสัญชาติของนิติบุคคล 3 หลักเกณฑ์ด้วยกัน[364] อันได้แก่

1. หลักเกณฑ์ที่ถือเอาสถานที่ก่อตั้งนิติบุคคล (place of incorporation) เป็นสำคัญ กล่าวคือ นิติบุคคลก่อตั้งตามกฎหมายหรือจดทะเบียนในประเทศใดก็มีสัญชาติของประเทศนั้น

2. หลักเกณฑ์ที่ถือเอาสถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ (place of its seat หรือ siège social) กล่าวคือ นิติบุคคลมีสำนักงานใหญ่หรือศูนย์กลางในการบริหารจัดการอยู่ในประเทศใดก็มีสัญชาติของประเทศนั้น

3. หลักเกณฑ์ที่ถือเอาการควบคุมของคนชาติใดเป็นสำคัญ กล่าวคือ นิติบุคคลอยู่ภายใต้การควบคุมของคนชาติใดก็มีสัญชาติของประเทศตามสัญชาติของผู้ควบคุมนั้น เช่น การควบคุมผ่านการถือหุ้นของบริษัท (holding of equity shares) มีการควบคุมโดยการจัดการ (managerial control) หรือมีอำนาจในการออกเสียงที่จะส่งผลกระทบต่อกระบวนการตัดสินใจในการลงทุน (necessary voting power) โดยหลักเกณฑ์นี้จะใช้ในกรณีที่บริษัทก่อตั้งตามกฎหมายของรัฐภาคีผู้รับการลงทุน แต่ถูกควบคุมโดยคนต่างชาติที่ไม่มีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุน (foreign control) โดยต้องมีข้อตกลงกับรัฐภาคีผู้รับการลงทุนว่าจะปฏิบัติต่อบริษัทโดยถือว่าเป็นบริษัทต่างชาติ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[363] ICSID, "Nigeria," [Online] Accessed: 2 May 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states/member-state-details?state=ST102

[364] UNCTAD, "International Centre for Settlement of Investment Disputes: 2.4 Requirements Ratione Personae,"(2003), pp. 15-17.

ประการที่สอง ข้อพิพาท ในกรณีนี้ต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมาย (legal disputes) ที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนด้วย กล่าวคือ เป็นข้อโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ โดยยังไม่เป็นที่ยอมรับระหว่างคู่พิพาท และมีลักษณะของการลงทุน ไม่ใช่การพาณิชย์ปกติ เช่น การนำเข้าหรือส่งออกสินค้า เป็นต้น ทั้งนี้ ไม่มีการกำหนดนิยามของคำว่า “ข้อพิพาททางกฎหมาย” และ “การลงทุน” เอาไว้ใน ICSID Convention อันเป็นไปตามความตั้งใจของผู้ร่าง เพื่อให้มีความเปิดกว้างและให้ขึ้นอยู่กับการตีความ และครอบคลุมกิจกรรมเกี่ยวกับการลงทุนที่อาจมีการเปลี่ยนแปลงไป หากพิจารณาคดีที่มีการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID พบว่ามีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนในเรื่องต่าง ๆ อย่างหลากหลาย[365] โดยมีการระบุข้อมูลคดีโดยแบ่งหมวดหมู่ออกเป็นภาคทางเศรษฐกิจต่าง ๆ (economic sector) เช่น การก่อสร้าง (Construction) การขนส่ง (Transportation) และน้ำมัน ก๊าซ และการทำเหมือง (Oil, Gas & Mining) เป็นต้น[366]

ประการที่สาม คู่พิพาทต้องให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) ในการจะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นต้องอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจของคู่พิพาทเหมือนกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ดังนั้น คู่พิพาทจึงต้องมีการตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือให้ความยินยอมที่จะมีการอนุญาโตตุลาการโดยศูนย์ ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนอาจให้ความยินยอมในกฎหมายทางการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ๆ หรือในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ระบุว่าจะระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่ ICSID หรือในการทำสัญญาหลักซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย อันเป็นการให้ความยินยอมตั้งแต่ก่อนเกิดข้อพิพาท หรืออาจเป็นกรณีการให้ความยินยอมหลังข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยทำสัญญาหรือแสดงความประสงค์โดยยื่นคำร้องขอใช้บริการการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็ได้ ส่วนฝ่ายเอกชนนักลงทุนต่างชาตินั้นอาจให้ความยินยอมในการตอบสนองว่าจะระงับข้อพิพาทในขณะทำสัญญาหลักซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย หรือให้ความยินยอมในขณะที่ยื่นคำร้องขอใช้บริการการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้เช่นกัน ทั้งนี้ การให้ความยินยอมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่มิได้มีการกำหนดรูปแบบเอาไว้ โดยเมื่อมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว สัญญาหรือความยินยอมย่อมผูกพันคู่สัญญาหรือคู่พิพาทไม่ให้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[365] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 256-258.

[366] ICSID, "Search Cases." สามารถค้นหาข้อมูลคดีตามภาคทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ได้ โดยเลือกข้อมูลในเมนูคัดกรองเพื่อเรียกดูข้อมูลตามหมวดหมู่หรือประเภทที่ต้องการ

ระงับข้อพิพาทแบบอื่นนอกเหนือไปจากการอนุญาโตตุลาการของศูนย์อันเป็นไปตามมาตรา 26 และมาตรา 27[367]

1.2) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อทราบถึงเขตอำนาจของศูนย์แล้ว ลำดับต่อไปจะขอนำศึกษาถึงขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการรับคำร้องขอไว้พิจารณา (Admissibility) โดยมีข้อสังเกตว่าใน ICSID Convention มิได้มีการบัญญัติถึงการรับคำร้องขอไว้พิจารณาไว้อย่างในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice: ICJ) เพียงแต่มีการบัญญัติในมาตรา 41[368] ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจ (competence) ในการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของตนเอง โดยสามารถวินิจฉัยข้อโต้แย้งว่าข้อพิพาทไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ หรือข้อโต้แย้งที่ให้เหตุผลอื่นว่าไม่อยู่ภายใต้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นปัญหาเบื้องต้น หรือรวมวินิจฉัยพร้อมกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาทก็ได้

2) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีบทบาทสำคัญต่อการระงับข้อพิพาทอย่างมาก เนื่องจากการระงับข้อพิพาทจะประสบความสำเร็จหรือล้มเหลวนั้นขึ้นอยู่กับตัวอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทั่วไป จึงทำให้หลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่ควรให้ความสำคัญในการศึกษา[369]

โดยทั่วไปหลังจากที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเริ่มกระบวนพิจารณาแล้วจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่มีข้อยกเว้นกรณีไม่สามารถทำหน้าที่ได้ตามมาตรา 56 แห่ง ICSID Convention กล่าวคือ จะเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการได้ เพราะเหตุที่อนุญาโตตุลาการ ตาย เป็นคนไร้ความสามารถ หรือลาออก จึงจำเป็นต้องแต่งตั้งบุคคลอื่นมาแทนอนุญาโตตุลาการในตำแหน่งที่ว่างลง โดยใช้วิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับที่เคยปฏิบัติสำหรับอนุญาโตตุลาการผู้ถูกแทนที่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[367] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 246-249 และ 261.

[368] Article 41 (1) The Tribunal shall be the judge of its own competence. (2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

[369] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554), หน้า 267.

อีกกรณีหนึ่ง มาตรา 57 แห่ง ICSID Convention กำหนดว่า หากคู่พิพาทเห็นว่าอนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 14 (1) อย่างชัดแจ้ง กล่าวคือ ต้องเป็นผู้มีศีลธรรมสูงและได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางกฎหมาย การพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือการเงิน และเป็นที่ไว้วางใจได้ว่าจะเป็นอิสระในการทำคำตัดสิน ให้คู่พิพาทยื่นคำร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยเร็วและต้องยื่นก่อนการปิดการพิจารณา เพื่อคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งขาดคุณสมบัติดังกล่าวได้โดยต้องอ้างเหตุผลตามที่กำหนดและพิสูจน์ให้เห็นจริงตามที่กล่าวอ้าง ซึ่งในการพิจารณาจะกระทำโดยอนุญาโตตุลาการคนอื่นที่อยู่ในคณะนั้น เว้นแต่จำนวนอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านจะเท่ากับจำนวนผู้ที่ไม่ถูกคัดค้าน หรือเป็นกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว หรืออนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านเป็นอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในคดี ประธานสภาบริหาร (ประธานธนาคารโลก) จะเป็นผู้พิจารณาการคัดค้านกรณีดังกล่าว ตามข้อ 9 ของ ICSID Arbitration Rules หากปรากฏคำตัดสินว่าคำคัดค้านนั้นฟังขึ้นก็จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ ตามมาตรา 58 แห่ง ICSID Convention ประกอบข้อ 10 - 11 ของ ICSID Arbitration Rules[370]

3) คำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายและการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี

3.1) คำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในคดี

การมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในคดีไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะ แต่ถือเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างหนึ่ง (provisional measure) ซึ่งเป็นฐานให้รัฐผู้คัดค้านสามารถร้องขอการวางประกันค่าใช้จ่ายกรณีผู้เรียกร้องเสนอข้อพิพาทอันเป็นที่น่าสงสัยอย่างชัดเจน หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้เรียกร้องขัดขืนหรือไม่สามารถที่จะชำระค่าใช้จ่ายให้ฝ่ายรัฐได้[371] ซึ่งมาตรา 47[372] แห่ง ICSID Convention ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่จะนำไปใช้คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง (preserve the respective rights) ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นตามพฤติการณ์แวดล้อม เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID Arbitration Rules) ข้อ 39[373] ได้กำหนดโครงสร้างของวิธีพิจารณาเพื่อทำให้มาตราดังกล่าวเป็นผล กล่าวคือ คู่พิพาทฝ่าย

---

[370] Ibid., 269-270.

[371] Note by the Secretariat, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) — Cost and Duration," ed. UNCITRAL(29 October–2 November 2018).p.8.

[372] Article 47 Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

[373] Rule 39 Provisional Measures

หนึ่งอาจร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้มีการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาทนั้นได้ไม่ว่าในเวลาใด ๆ หลังจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้น (ข้อ 39 (1)) โดยคณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจในการเสนอแนะมาตรการใด ๆ ที่เห็นสมควร เนื่องจากข้อบังคับไม่ได้ระบุขอบเขตหรือเจาะจงมาตรการดังกล่าวไว้ อาจเป็นการเสนอแนะมาตรการชั่วคราวด้วยตนเองหรือเสนอแนะมาตรการชั่วคราวนอกเหนือจากที่ได้มีการร้องขอก็ได้ (ข้อ 39 (3)) แต่ต้องพิจารณาคำร้องขอดังกล่าวก่อนการพิจารณาเรื่องอื่น ๆ (ข้อ 39 (2)) นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อเสนอแนะของตนได้ (ข้อ 39 (3)) แต่ต้องทำการเสนอแนะ แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิก หลังจากที่ให้โอกาสคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตั้งข้อสังเกตในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้นแล้วเท่านั้น (ข้อ 39 (4))[374] หากเป็นกรณีที่มีการร้องขอก่อนมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เลขาธิการ (the Secretary-General) ต้องกำหนดระยะเวลาให้คู่พิพาทตั้งข้อสังเกต เพื่อให้คำร้องขอและข้อสังเกตได้รับการพิจารณาจากคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการแต่งตั้งอย่างรวดเร็ว (ข้อ 39 (5))

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ในข้อบังคับจะใช้คำว่า “เสนอแนะ” (recommend) แต่มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีผลผูกพันคู่พิพาท ดังเช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Maffezini v. Spain[375] ได้ให้เหตุผลโดยสรุปว่า แม้ว่าคำว่า “เสนอแนะ” (recommend) ในข้อ 39 กับคำว่า “สั่ง” (order) ซึ่งใช้เรียกความสามารถของคณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดให้คู่พิพาทกระทำการนั้น ๆ จะมีความแตกต่างในด้านภาษา แต่เป็นเพียงความแตกต่างในการมองเห็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

(1) At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.

(2) The Tribunal shall give priority to the consideration of a request made pursuant to paragraph (1).

(3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations.

(4) The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations.

(5) If a party makes a request pursuant to paragraph (1) before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall, on the application of either party, fix time limits for the parties to present observations on the request, so that the request and observations may be considered by the Tribunal promptly upon its constitution.

...

[374] นฤมล กิจสินธพชัย, มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 50-52.

[375] Emilio Agustín Maffezini V. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, para.9.

มากกว่าจะเป็นความแตกต่างในความเป็นจริง ซึ่งข้อบังคับฉบับภาษาสเปนได้ใช้คำว่า dictación (คำสั่ง) ดังนั้น จึงเห็นว่าคำว่า “เสนอแนะ” ในที่นี้มีค่าเท่ากันกับคำว่า “สั่ง”

3.2) การจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี

ในประเด็นเรื่องการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีนั้น ปรากฏว่าในขณะที่มีการร่าง ICSID Convention มีการเสนอให้จัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายรับผิดชอบค่าใช้จ่ายของตนเอง และค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับกระบวนพิจารณา (procedural costs) กล่าวคือ เป็นการหาความสมดุลระหว่างการใช้แนวทาง costs follow the event และ pay-your-own-way[376] อย่างไรก็ตาม มาตรา 61 (2)[377] แห่ง ICSID Convention ได้กำหนดให้กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการประเมินค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ และตัดสินว่าค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นดังกล่าว ค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ และค่าธรรมเนียมในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกของศูนย์ใครจะเป็นผู้ชำระและชำระอย่างไร โดยให้ถือว่าคำตัดสินดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด กล่าวคือ เป็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจอย่างอิสระเพื่อพิจารณาว่าควรจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีอย่างไร ซึ่งอาจจัดสรรค่าใช้จ่ายตามแนวทาง 3 แนวทาง อันได้แก่ แนวทาง costs follow the event ซึ่งฝ่ายผู้แพ้คดีต้องชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการอนุญาโตตุลาการ หรือแนวทาง pay-your-own-way ที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของตนเอง รวมถึงแนวทาง factor dependent ที่แบ่งค่าใช้จ่ายตามระดับความสำเร็จเชิงสัมพัทธ์ของคู่พิพาทในข้อเรียกร้องแบบขั้นบันได หรืออาจจัดสรรโดยพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมในคดีตามที่เห็นสมควรก็ได้ ซึ่งแนวทางที่กล่าวถึงข้างต้นนั้นได้ศึกษารายละเอียดมาแล้วในหัวข้อ 4.2.4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs) ทั้งนี้ ข้อ 28 (2) ของ ICSID Arbitration Rules ได้กำหนดให้หลังปิดการพิจารณา คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องส่งคำแถลงเรื่องค่าใช้จ่าย (statement of costs) ที่เกิดขึ้นตามสมควรหรือที่ต้องรับภาระไว้ในกระบวนพิจารณา และเลขาธิการจะต้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่แต่ละฝ่ายได้ชำระแก่ศูนย์รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นโดยศูนย์ใน

---

[376] Eric De Brabandere and J. Lepeltak, "Third-Party Funding in International Investment Arbitration," in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal(Fall 2012), pp. 388-389.

[377] Article 61 (2) In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.

กระบวนพิจารณา จากนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจะเรียกให้คู่พิพาทและเลขาธิการให้ข้อมูลเพิ่มเติมก่อนจะมีการตัดสินชี้ขาด[378]

(ข) ข้อเสนอเพื่อแก้ไข ICSID Arbitration Rules ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ได้รับความคิดเห็นในประเด็นเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการปรึกษาเพื่อแก้ไขกฎของ ICSID (Rules amendment consultations) เนื่องจาก ICSID ยังไม่เคยมีการบัญญัติข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในเวที ICSID โดยแบ่งความคิดเห็นได้เป็น 2 กลุ่ม คือ 1. ควรห้ามไม่ให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และ 2. เสนอให้มีการเปิดเผยข้อมูลของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในคดี[379]

ต่อมา ICSID ได้จัดทำร่างข้อเสนอเพื่อแก้ไขข้อบังคับของ ICSID (Proposals for Amendment of the ICSID Rules) เพื่อให้เกิดกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนที่มีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นในแง่การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การไกล่เกลี่ย (Conciliation หรือ Mediation) และการสืบหาข้อเท็จจริง (Fact-finding)[380] ซึ่งมีการเผยแพร่เอกสารร่างข้อเสนอฉบับแรก เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 2018 และได้มีการพิจารณานำความคิดเห็นและข้อเสนอแนะจากรัฐภาคีและสาธารณชนมาปรับปรุงแก้ไขร่างข้อเสนอดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันเอกสารร่างข้อเสนอฉบับล่าสุด คือ ร่างข้อเสนอฉบับที่ 5 (Working Paper #5) ซึ่งได้มีการเผยแพร่บนเว็บไซต์ของ ICSID เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 2021[381] โดยในลำดับต่อไปผู้เขียนจะขอนำศึกษาร่างข้อบังคับ

Chulalongkorn University

[378] Rule 28 Cost of Proceeding

(2) Promptly after the closure of the proceeding, each party shall submit to the Tribunal a statement of costs reasonably incurred or borne by it in the proceeding and the Secretary-General shall submit to the Tribunal an account of all amounts paid by each party to the Centre and of all costs incurred by the Centre for the proceeding. The Tribunal may, before the award has been rendered, request the parties and the Secretary-General to provide additional information concerning the cost of the proceeding.

[379] International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). “Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Working Paper Volume 3” [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf [12 November 2018]

[380]International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). “Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules” [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendment_Backgrounder.pdf [2 February 2019]

[381] ICSID, "Icsid Rules and Regulations Amendment - Working Papers," [Online] Accessed: 20 June 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules: AR) ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) นิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

นิยามของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามปรากฏในร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules: AR) ข้อ 14 (1)[382] ซึ่งเป็นข้อบทที่กำหนดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Notice of Third-Party Funding) โดยการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามตามนิยามในข้อบังคับดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

ประการแรก บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต้องไม่ใช่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ (any non-party) กล่าวคือ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นผู้เรียกร้อง หรือผู้คัดค้านในคดี

ประการที่สอง คู่พิพาทได้รับเงินทุนโดยทางตรง (directly) หรือทางอ้อม (indirectly) กล่าวคือ คู่พิพาทในคดีซึ่งอาจเป็นผู้เรียกร้อง หรือผู้คัดค้าน ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยอาจเป็นการรับไว้ด้วยตนเอง หรืออาจเป็นกรณีที่มีทนายความ สำนักงานกฎหมาย หรือบุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นตัวแทนหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทรับไว้แทนก็ได้

ประการที่สาม การรับเงินสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อการเข้าสู่หรือต่อสู้ในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ วัตถุประสงค์ในการรับเงินทุนนั้นเป็นไปเพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สี่ รูปแบบของการรับเงินทุนอาจเป็นการสนับสนุนเงินทุนผ่านการบริจาค (Donation) หรือเงินอุดหนุน (Grant) หรือการสนับสนุนเงินทุนเพื่อรับค่าตอบแทน (Remuneration) ซึ่งขึ้นกับผลแห่งคดี กล่าวคือ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามตามร่างข้อบังคับนี้มี 2 รูปแบบ ได้แก่ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อผลตอบแทนเป็นตัวเงินซึ่งขึ้นกับผลแห่งคดี และการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อผลตอบแทนที่มิใช่ตัวเงิน

2) หน้าที่ในการแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

วัตถุประสงค์ของการกำหนดหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันแห่งผลประโยชน์โดย

---

[382] Rule 14 Notice of Third-Party Funding

(1) A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding ("third-party funding").

ไม่ได้ตั้งใจ (inadvertent conflicts of interest) ระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับอนุญาโตตุลาการ[383] โดยมีการกำหนดหน้าที่ของบุคคล 2 กลุ่มดังนี้

กลุ่มแรก คู่พิพาท กล่าวคือ ในร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 14 กำหนดให้คู่พิพาทต้องยื่นหนังสือแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเปิดเผยชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยต้องส่งหนังสือแจ้งไปที่เลขาธิการ (Secretary-General) เมื่อมีการลงทะเบียนคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ (Request for arbitration) หรือทันทีที่ได้ทำข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามภายหลังการลงทะเบียน นอกจากนี้หากข้อมูลในหนังสือแจ้งมีการเปลี่ยนแปลง คู่พิพาทจะต้องแจ้งข้อมูลดังกล่าวให้เลขาธิการทราบโดยทันที ซึ่งเมื่อได้รับการแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแล้ว เลขาธิการจะต้องส่งหนังสือแจ้งข้อมูลรวมถึงแจ้งกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลไปยังคู่พิพาท และอนุญาโตตุลาการที่ถูกเสนอชื่อหรือได้รับแต่งตั้ง ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนและข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนเพิ่มเติมตามร่างข้อบังคับ ข้อ 36 (3) ก็ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICSID ข้อ 14 ข้างต้น กำหนดให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีหน้าที่แจ้งข้อมูล ซึ่งเป็นหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนโดยบังคับ (Mandatory or Compulsory Disclosure) โดยที่อนุญาโตตุลาการไม่จำต้องมีคำสั่งอีก และเป็นหน้าที่โดยต่อเนื่อง (Continuing Obligation) ซึ่งต้องแจ้งทุกครั้งที่ข้อมูลมีการเปลี่ยนแปลง

กลุ่มที่สอง อนุญาโตตุลาการ

ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลความสัมพันธ์ระหว่างตนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 19 (3) (b) กำหนดให้ผู้ได้รับเลือกจากคู่พิพาทให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (appointee) ต้องทำคำประกาศ (signed declaration) ตามแบบฟอร์มที่ ICSID กำหนด โดยระบุรายละเอียดต่าง ๆ ซึ่งรวมไปถึงความเป็นอิสระ (independence) และความเป็นกลาง (impartiality) ของอนุญาโตตุลาการ ภายใน 20 วัน หลังจากได้รับคำร้องขอให้ตอบรับการแต่งตั้ง (request for acceptance of an appointment) ในกรณีที่ผู้ได้รับเลือกต้องการตอบรับคำร้องขอนั้น[384]

---

[383] ICSID, "Backgrounder on Proposals for Amendment of the Icsid Rules," [Online] Accessed: 15 February 2019. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Amendment_Backgrounder.pdf

[384] Rule 19 Acceptance of Appointment

(3) Within 20 days after receipt of the request for acceptance of an appointment, the appointee shall:

ซึ่งแบบฟอร์มที่กล่าวถึงข้างต้นนั้น ปรากฏใน Schedule 2: Arbitrator Declaration[385] ที่ระบุให้อนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อมูลความสัมพันธ์ทั้งในเชิงวิชาชีพ (professional relationship) ความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจ (business relationship) และความสัมพันธ์อื่น ๆ ที่มีความสำคัญ (other significant relationship) ในช่วงระยะเวลา 5 ปีที่มีต่อบุคคลต่าง ๆ อันได้แก่ คู่พิพาท (parties) ตัวแทนของคู่พิพาท (the parties' representatives) สมาชิกอนุญาโตตุลาการอื่น (other member of the Tribunal (presently known)) รวมถึงกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่มีการเปิดเผยข้อมูลตามร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 14 ด้วย นอกจากนี้ในแบบฟอร์มยังระบุให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยสถานการณ์ต่าง ๆ ที่มีความเปลี่ยนแปลงซึ่งอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงต่อความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการโดยแจ้งไปยังเลขาธิการอย่างรวดเร็ว (promptly notify) ซึ่งสอดคล้องกับร่างข้อ 19 (6)[386] ที่กำหนดให้มีหน้าที่อย่างต่อเนื่อง (continuing obligation) ในการแจ้งข้อมูลที่มีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับคำประกาศ

3) คำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) ในการอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษากฎเกณฑ์ของ ICSID ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันในหัวข้อก่อนหน้า พบว่าคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) โดยทั่วไปแล้วจะถูกร้องขอภายใต้บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Provisional Measures) ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 39 ประกอบมาตรา 47 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: ICSID Convention or Washington Convention) ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการว่าพฤติการณ์ที่ถูกกล่าวอ้างนั้นควรใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ได้รับการร้องขอในการธำรงไว้ซึ่งสิทธิของคู่พิพาทแต่ละราย (preserve the respective rights of either party) หรือไม่อย่างไร

โดยในร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 53 ได้กำหนดเกี่ยวกับการวางประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะเจาะจง[387] โดยให้อำนาจ

(b) provide a signed declaration in the form published by the Centre, addressing matters including the arbitrator's independence, impartiality, availability and commitment to maintain the confidentiality of the proceeding.

[385] ICSID, "Proposals for Amendment of the Icsid Rules: Working Paper # 5,"(June 2021), pp. 226-227.

[386] Rule 19 Acceptance of Appointment

(6) Each arbitrator shall have a continuing obligation promptly to disclose any change of circumstances relevant to the declaration referred to in paragraph (3)(b).

[387] Rule 53 Security for Costs

อนุญาโตตุลาการในการพิจารณาพฤติการณ์ที่ถูกกล่าวอ้างโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งว่าควรมีคำสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องวางประกันค่าใช้จ่ายหรือไม่ในทำนองเดียวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอยู่ในปัจจุบัน แต่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาตามข้อ 53 (3) กล่าวคือ ต้องพิจารณาความสามารถและความเต็มใจในการปฏิบัติตามคำตัดสินให้ชำระค่าใช้จ่ายแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (adverse decision on costs) และผลกระทบจากการวางประกันค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดกับความสามารถในการดำเนินการในข้อเรียกร้องหรือข้อเรียกร้องแย้ง และการปฏิบัติตนของคู่พิพาท นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดในข้อ 53 (4) ว่า คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาพยานหลักฐานทุกชิ้นที่ถูกสืบพยานเกี่ยวกับพฤติการณ์ตาม ข้อ 53 (3) รวมถึงการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามด้วย

4) คำตัดสินเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย (Decision on Costs)

ร่างข้อบังคับข้อ 52 (1)[388] กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทุกอย่างในการจัดสรรค่าใช้จ่ายในกระบวนพิจารณา โดยยกตัวอย่างพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ (a) ผลหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของกระบวนพิจารณา (b) ความประพฤติของคู่พิพาทระหว่างกระบวนพิจารณา ซึ่งรวมถึงระดับที่คู่พิพาทได้ดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยความรวดเร็ว คุ้มค่ากับค่าใช้จ่าย และปฏิบัติตามข้อบังคับ คำสั่ง และคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ (c) ความซับซ้อนของประเด็นปัญหา และ (d) ความสมเหตุสมผลของค่าใช้จ่ายที่ได้มีการร้องขอ โดย

---

(3) In determining whether to order a party to provide security for costs, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

(a) that party's ability to comply with an adverse decision on costs;

(b) that party's willingness to comply with an adverse decision on costs;

(c) the effect that providing security for costs may have on that party's ability to pursue its claim or counterclaim; and

(d) the conduct of the parties.

(4) The Tribunal shall consider all evidence adduced in relation to the circumstances in paragraph (3), including the existence of third-party funding.

[388] Rule 52 Decisions on Costs

(1) In allocating the costs of the proceeding, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

(a) the outcome of the proceeding or any part of it;

(b) the conduct of the parties during the proceeding, including the extent to which they acted in an expeditious and cost-effective manner and complied with these Rules and the orders and decisions of the Tribunal;

(c) the complexity of the issues; and

(d) the reasonableness of the costs claimed.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำให้แน่ใจว่าคำตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายจะต้องมีเหตุผลและเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดตามข้อ 52 (4)[389]

5.2.1.2 กฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน UNCITRAL

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) เป็นข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการที่ถูกออกแบบมาให้สามารถรองรับกับข้อพิพาทอย่างกว้างขวางทั้งข้อพิพาททางพาณิชย์และข้อพิพาททางการลงทุน โดยเป็นหนึ่งในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ถูกใช้อย่างแพร่หลายที่สุดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนรองจาก ICSID ปรากฏข้อมูลว่า มีคดีที่เปิดเผยต่อสาธารณะจำนวน 351 คดี จากทั้งหมดจำนวน 1104 คดี ที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules[390] โดยส่วนใหญ่เป็นกรณีที่คู่พิพาทตกลงใช้อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc arbitration) หรือในบางกรณีคู่พิพาทอาจตกลงให้สถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration: PCA) สภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) หรือ สถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้าสตอกโฮล์ม (Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce: SCC) ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ก็ได้ เนื่องจาก UNCITRAL ไม่ได้จัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะแต่อย่างใด

โดยในปัจจุบันข้อบังคับดังกล่าวมีทั้งหมด 3 ฉบับ ได้แก่ 1) ฉบับ ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นฉบับเริ่มแรกที่ได้มีการจัดทำขึ้น 2) ฉบับ ค.ศ. 2010 และ 3) ฉบับ ค.ศ. 2013 ซึ่งข้อบังคับฉบับ ค.ศ. 2013 ได้เพิ่มเติมข้อ 1 (4) จากเนื้อหาข้อบังคับฉบับ ค.ศ. 2010 เดิม เพื่อรวมหลักว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้สนธิสัญญา (UNCITRAL Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration) ที่มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014 สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาตั้งแต่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014[391] ทั้งนี้ การ

---

[389] Rule 52 Decisions on Costs

(4) The Tribunal shall ensure that all decisions on costs are reasoned and form part of the Award

[390] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator," [Online] Accessed: 1 July 2021. Available from: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement ศึกษาโดยค้นหาข้อมูลจากหัวข้อ Applicable arbitration rules ในแถบประเภท Institutions

[391] UNCITRAL, "Uncitral Arbitration Rules," [Online] Accessed: 3 May 2021. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration

อ้างถึง UNCITRAL Arbitration Rules ต่อไปนี้จะพิจารณาในบริบทการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และยึดตามข้อบังคับฉบับ ค.ศ. 2013 เป็นหลัก เว้นแต่ในคดีที่ยกตัวอย่างประกอบจะอ้างถึงข้อบังคับฉบับอื่น ซึ่งในหัวข้อนี้จะเริ่มจากการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ใน UNCITRAL Arbitration Rules ที่จะต้องนำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์ในประเด็นเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบทต่อไป จากนั้นจะทำการศึกษาแนวทางของ Working Group III ซึ่งตั้งขึ้นโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ในประเด็นเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยผู้เขียนจะขอนำศึกษาหลักเกณฑ์ใน UNCITRAL Arbitration Rules ดังต่อไปนี้

(ก) กฎเกณฑ์ที่ปรากฏใน UNCITRAL Arbitration Rules ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

1) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules เริ่มต้นขึ้นในวันที่ผู้คัดค้านได้รับหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (notice of arbitration) ของผู้เรียกร้อง ตามข้อ 3[392] อย่าไรก็ดี ในประเด็นเรื่องเขตอำนาจปรากฏว่าข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขแบบเดียวกับมาตรา 25 ของ ICSID Convention เอาไว้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาประเด็นเรื่องเขตอำนาจตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา โดยในข้อ 1(1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules 2013 เพียงกำหนดให้ข้อบังคับนี้จะนำมาใช้ เมื่อมีการตกลงกันระหว่างคู่พิพาทว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่ได้กำหนดไว้ไม่ว่าจะในสัญญาหรือไม่ก็ตาม จะต้องเสนอต่ออนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules โดยคู่พิพาทอาจตกลงปรับเปลี่ยนข้อบังคับได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากสถาบันอนุญาโตตุลาการอันเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) ทั้งนี้ UNCITRAL Arbitration Rules 2010 และ 2013 ไม่ได้กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสืออย่างใน UNCITRAL Arbitration Rules 1976[393]

---

[392] “Article 3 Notice of arbitration

1. The party or parties initiating recourse to arbitration (hereinafter called the “claimant”) shall communicate to the other party or parties (hereinafter called the “respondent”) a notice of arbitration.

2. Arbitral proceedings shall be deemed to commence on the date on which the notice of arbitration is received by the respondent....”

[393] Clyde Croft, Christopher Kee, and Jeff Waincymer, A Guide to the Uncitral Arbitration Rules (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp. 12-13.

ส่วนขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 23 (1)[394] ซึ่งให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนเอง รวมถึงข้อคัดค้านถึงการมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

2) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

การคัดค้านอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ 12 (1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules โดยต้องทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้นภายหลังจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแล้ว (ข้อ 12 (2)) หรืออาจเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้กระทำการหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากการพ้นวิสัยตามข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ให้ดำเนินการตามข้อ 13 ได้ กล่าวคือ ต้องยื่นคำคัดค้านพร้อมเหตุผลภายใน 15 วันหลังจากได้รับแจ้งการแต่งตั้งหรือหลังจากได้ทราบพฤติกาณ์ที่เป็นเหตุให้คัดค้าน หากภายใน 15 วันหลังจากยื่นคำคัดค้านแล้วคู่พิพาทไม่สามารถตกลงเรื่องการคัดค้านได้หรืออนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านมิได้ขอถอนตัวออกจากคดี ผู้พิจารณาคำคัดค้านในกรณีนี้จะเป็น Appointing authority

3) คำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายและการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี

3.1) คำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย

คำสั่งให้วางประกันใน UNCITRAL Arbitration Rules ถือเป็นหนึ่งในมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measure) ซึ่งข้อบังคับเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวใน UNCITRAL Arbitration Rules ฉบับ ค.ศ. 2010 รวมถึง ค.ศ. 2013 ได้มีการแก้ไขโดยนำข้อ 17 ของ UNCITRAL Model Law ที่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ. 2006 ก่อนหน้านั้นมาเป็นพื้นฐานในการร่าง โดยนอกจากจะยอมรับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งมีผลผูกพันแล้ว ในข้อบังคับซึ่งมีการแก้ไขนี้มีรายละเอียดมากกว่าข้อบังคับฉบับเดิม และมีการยกตัวอย่างเนื้อหาสาระแห่งคำสั่งสำหรับการร้องขอการคุ้มครองชั่วคราวและกำหนดหลักเกณฑ์ในการปรับใช้[395] ซึ่งตามข้อ 26 ของ UNCITRAL Arbitration Rules ที่ได้แก้ไขใหม่นี้ คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[394] Article 23 Pleas as to the jurisdiction of the arbitral tribunal

1. The arbitral tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null shall not entail automatically the invalidity of the arbitration clause.

[395] Sabahi Rubins, "Special Procedures: Applications and Motions," in Investor-State Arbitration, ed. Borzu Sabahi, Noah Rubins, and Jr. Don Wallace(Investment Claims 11 September 2019), pp. 251-258.

UNCITRAL Arbitration Rules สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอได้[396] โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในที่นี้รวมถึงกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีความจำเป็นต้องออกมาตรการในการจัดการรักษาทรัพย์สินซึ่งอาจนำไปใช้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาด อันเป็นไปตามข้อ 26 (2) (c)[397] ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อ 42 (2) ที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยในรูปแบบของคำชี้ขาดสุดท้าย (final award) หรือในคำชี้ขาดอื่นก็ได้ตามที่เห็นสมควร โดยวินิจฉัยให้คู่พิพาทจ่ายเงินให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ จะเห็นได้ว่า เป็นการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการสั่งให้คู่พิพาทวางประกันค่าใช้จ่ายในคดีได้ (Security for costs)[398]

อย่างไรก็ตาม ในการร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้คู่พิพาทวางประกัน มีเงื่อนไขที่คู่พิพาทผู้ร้องขอต้องแสดงให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นได้ว่าการร้องขอเข้าเงื่อนไขครบทั้ง 2 ประการ ตามข้อ 26 (3) กล่าวคือ เงื่อนไขประการแรก หากไม่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหาย (harm) ที่ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยค่าเสียหายตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นความเสียหายที่มากกว่าความเสียหายที่จะเกิดกับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องปฏิบัติตามมาตรการนั้นเป็นอย่างมาก และเงื่อนไขประการที่สอง มีความเป็นไปได้ตามสมควรที่ผู้ร้องขอจะเป็นผู้ชนะในเนื้อหาแห่งคดี โดยการพิจารณาความเป็นไปได้นี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยคดีในภายหลัง นอกจากนี้ ข้อ 26 (8) ยังกำหนดว่าหากหลังจากนั้นคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่ควรออกมาตรการดังกล่าว ผู้ร้องขออาจต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายที่เกิดกับคู่พิพาทเนื่องจากมาตรการนั้นด้วย

3.2) การจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี

ในการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีนั้น ต้องพิจารณาค่าใช้จ่ายตามนิยามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 40 (2) ของ UNCITRAL Arbitration Rules กล่าวคือ ค่าป่วยการ ค่าเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ตามสมควรของอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายตามสมควรของผู้เชี่ยวชาญและผู้ช่วยอื่นที่อนุญาโตตุลาการกำหนด ค่าเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่นของพยานตามที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นชอบ ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่นตามสมควรที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการ

---

[396] Article 26 Interim measures

1. The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

[397] Article 26 Interim measures

2. An interim measure is any temporary measure by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party, for example and without limitation, to:

(c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or

[398] Secretariat, N. b. t., "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) — Cost and Duration," ed. UNCITRAL(29 October–2 November 2018).p.8.

อนุญาโตตุลาการ รวมถึงค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของผู้มีอำนาจที่ได้แต่งตั้งเช่นเดียวกับค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของเลขาธิการของ PCA ซึ่งการจัดสรรค่าใช้จ่ายตามข้อ 42[399] ของ UNCITRAL Arbitration Rules นั้นจะต่างจาก ICSID ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจอย่างเปิดกว้าง กล่าวคือ ข้อ 42 ได้กำหนดข้อสันนิษฐานว่า ในทางหลักการแล้วคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นไปตามหลัก costs follow the event แต่อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการจัดสรรค่าใช้จ่ายตามที่เห็นสมควร โดยพิจารณาตามพฤติการณ์แวดล้อมในคดี

(ข) แนวทางการปฏิรูปของ UNCITRAL ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) เล็งเห็นถึงประเด็นปัญหาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ โดยกรณีดังกล่าวอยู่ในการศึกษาและพิจารณาของคณะทำงาน 3 (Working Group III) ซึ่งเป็นคณะทำงานที่พิจารณาเกี่ยวกับการปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement Reform) ตามที่ได้รับมอบหมายจาก UNCITRAL ในปี ค.ศ. 2007[400]

ซึ่งในเรื่องปัญหาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ได้มีรัฐต่าง ๆ แสดงความคิดเห็นไว้ในการประชุมของคณะทำงาน 3 อันเป็นการสะท้อนมุมมองและจุดยืนของรัฐในประเด็นดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น

ประเทศอิตาลี เห็นว่า “บางประเด็นปัญหา...เมื่อมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจึงเกี่ยวข้องกับความชอบธรรมของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เนื่องจากความโปร่งใสและการขัดกันแห่งผลประโยชน์มีความเชื่อมโยงกัน จึงควรมองปัญหาต่าง ๆ ไปด้วยกัน

---

[399] Article 42 Allocation of costs

1. The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

2. The arbitral tribunal shall in the final award or, if it deems appropriate, in any other award, determine any amount that a party may have to pay to another party as a result of the decision on allocation of costs.

[400] UNCITRAL. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 April 2018) [Online]. Available from: http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/a-cn9-935_-_clean_submitted_ADVANCE_COPY.PDF [12 November 2018]

ในการจะช่วยนักลงทุนทั้งหลายให้พบกลไกที่ถูกต้องเพื่อให้ได้ในสิ่งที่ต้องการ ไม่ใช่เพียงแต่มองในมุมของรัฐเท่านั้น”

ส่วนประเทศสิงคโปร์ เห็นว่า ปัญหาเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม “ไม่ได้เกี่ยวข้องเพียงเรื่องค่าใช้จ่าย แต่แท้จริงแล้วมีนัยที่กว้างขวางกว่านั้นในด้านอื่น ๆ ของระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนด้วยเช่นกัน รวมไปถึงเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการและการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ความแพร่หลายของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันยังไม่ได้รับการพิจารณาอย่างเพียงพอในกรอบกฎเกณฑ์ของระบบการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ควรต้องพิจารณาอย่างครบถ้วนเพื่อปกป้องคุณธรรมและความเป็นกลางของกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน”[401]

ทั้งนี้ คณะทำงาน 3 ได้มีการจัดทำร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) เนื่องจากคณะทำงานเห็นว่าควรมีกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ISDS ซึ่งพิจารณาในแง่ของผลกระทบต่อกระบวนพิจารณาและระบอบ ISDS โดยร่างดังกล่าวได้จัดทำสำหรับการรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาด้านการลงทุน (inclusion in investment treaties) และอาจต้องมีการปรับปรุงแก้ไขหากจะนำไปเป็นส่วนหนึ่งของตราสารอื่น ๆ เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ กฎหมายภายใน หรือสนธิสัญญาพหุภาคี[402] ซึ่งคำว่าภาคี (party) ในร่างเบื้องต้นนี้คณะทำงานหมายถึงภาคีของสนธิสัญญาด้านการลงทุนซึ่งอาจเป็นรัฐหรือองค์กรการรวมตัวทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาค แต่เพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาและทำความเข้าใจผู้เขียนจะขอใช้คำว่าคู่พิพาทแทนคำว่าภาคี ยกเว้นในบางบริบทซึ่งอาจไม่เหมาะสมในการใช้ถ้อยคำดังกล่าว โดยร่างดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) นิยาม (Definitions)

ร่างเบื้องต้นได้กำหนดเกี่ยวกับนิยามที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและบุคคลที่เกี่ยวข้องไว้ในร่างข้อบทที่ 1 (draft provision 1)[403] โดยมีรายละเอียดดังนี้

---

[401]European Journal of International Law. UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims [Online]. Available from: https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/ [13 November 2018]

[402] UNCITRAL, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Draft Provisions on Third-Party Funding (Initial Draft),"(2021), p. 2.

[403] Ibid., 2-4.

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third-party funding) หมายถึง การที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่พิพาทให้เงินทุนสนับสนุนหรือการสนับสนุนอื่นที่ไม่ใช่การสนับสนุนทางการเงินแก่คู่พิพาทไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม โดยอาจเป็นการสนับสนุนเงินทุนเชิงการพาณิชย์ที่หวังผลตอบแทนซึ่งขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี หรือเป็นการสนับสนุนเงินทุนแบบไม่หวังผลกำไรก็ได้

บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (Third-party funder) หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คู่พิพาทในกระบวนพิจารณา เข้าทำสัญญาจะให้เงินทุนหรือได้ให้เงินทุนเพื่อใช้ในกระบวนพิจารณา ซึ่งกรณีนี้คณะทำงานประสงค์ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนแล้วแต่ยังไม่ได้ให้เงินทุนแก่คู่พิพาทด้วย

ผู้รับการสนับสนุนเงินทุน (Funded party) หมายถึง คู่พิพาทซึ่งได้รับประโยชน์จากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยเข้าทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนด้วยตนเอง หรือผ่านผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือตัวแทนของคู่พิพาทเพื่อประโยชน์ของคู่พิพาทก็ตาม

2) ต้นแบบของกฎเกณฑ์ (Regulation models) และบทลงโทษ (Sanctions)

คณะทำงานได้จัดทำร่างต้นแบบของกฎเกณฑ์ในร่างข้อบทที่ 2 - 5 (draft provision 2 - 5) โดยแบ่งต้นแบบออกเป็น 2 กลุ่ม ตามแนวทางที่ผู้นำกฎเกณฑ์ประสงค์จะนำไปปรับใช้ กล่าวคือ กลุ่มแรกเป็นต้นแบบของกฎเกณฑ์ที่ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และกลุ่มที่สองเป็นต้นแบบของกฎเกณฑ์ที่จำกัดการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามให้สามารถเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการได้เพียงบางกรณี มีรายละเอียดดังนี้

2.1) ต้นแบบการห้าม (Prohibition models) เป็นการห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน ISDS โดยแบ่งออกเป็น 4 ทางเลือก[404] ดังนี้

ทางเลือกที่หนึ่ง การกำหนดห้ามในบททั่วไป (A general provision) กล่าวคือ บัญญัติข้อบททั่วไปซึ่งกำหนดให้ผู้เรียกร้องจะต้องไม่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ทางเลือกที่สอง การกำหนดเป็นเงื่อนไขในการเสนอข้อเรียกร้อง (Condition for the submission of a claim) กล่าวคือ ผู้เรียกร้องจะเสนอข้อเรียกร้องได้เมื่อไม่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และงดเว้นจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามดังกล่าว

ทางเลือกที่สาม การกำหนดเป็นเงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท (Requirement for the consent) กล่าวคือ การให้ความยินยอมของผู้คัดค้านอยู่บนเงื่อนไขที่ผู้

[404] Ibid., 4-5.

เรียกร้องต้องไม่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและงดเว้นจากการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าว ซึ่งทางเลือกนี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการได้เนื่องจากการตกลงให้ความยินยอมเป็นเรื่องระหว่างคู่พิพาท เพียงแต่หากมีเงื่อนไขตามทางเลือกที่สามนี้ในสนธิสัญญาหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเมื่อต้องวินิจฉัยเรื่องความสมบูรณ์ตามกฎหมายของความยินยอมของผู้คัดค้านด้วย

ทางเลือกที่สี่ การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ (Denial of benefits) กล่าวคือ ภาคีอาจปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญากับนักลงทุนของภาคีอื่นที่ยื่นข้อเรียกร้องโดยมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

2.2) ต้นแบบการจำกัด (Restrictive models) เป็นการอนุญาตหรือจำกัดการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งมีความยืดหยุ่นกว่าต้นแบบการห้าม แบ่งออกเป็น 3 รูปแบบดังต่อไปนี้

ต้นแบบการสนับสนุนการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to justice models) เป็นการอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นต่อการเสนอข้อเรียกร้องของผู้เรียกร้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลาง ขนาดย่อม และรายย่อย (micro, small and medium-sized enterprises: MSMEs) กล่าวคือ กำหนดให้ผู้เรียกร้องต้องแสดงให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเสนอข้อเรียกร้องด้วยความสุจริตและไม่อยู่ในสถานะที่จะเสนอข้อเรียกร้องได้หากปราศจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยต้องยื่นคำร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการพร้อมหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (notice of arbitration) ก่อนจะเข้าทำข้อตกลงหรือรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้พิจารณาคำร้องขอดังกล่าว[405]

ต้นแบบการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable development model) เป็นการอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเฉพาะกรณีการลงทุนซึ่งปฏิบัติตามเงื่อนไขของการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่รัฐกำหนดไว้เท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสามารถให้ความสำคัญและส่งเสริมการลงทุนตามแนวทางการพัฒนาอย่างยั่งยืน เช่น การปกป้องสิ่งแวดล้อม หรือการลดปัญหาการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ (Climate Change) เป็นต้น[406]

ต้นแบบรายการที่จำกัด (Restriction list model) อนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม แต่มีข้อยกเว้นโดยมีการจำกัดไม่ให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามบาง

---

[405] Ibid., 5-6.

[406] Ibid., 6-7.

รูปแบบตามรายการที่ระบุเอาไว้ในข้อบท เช่น ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งได้รับค่าตอบแทนความสำเร็จ (success fee) หรือค่าตอบแทนเป็นตัวเงินอื่น ๆ โดยทั้งหมดหรือบางส่วนจากผลของกระบวนพิจารณาหรือผลรวมของกระบวนพิจารณา (portfolio of proceedings) หรืออาจห้ามกรณีค่าตอบแทนที่ทำข้อตกลงไว้ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีจำนวนมากเกินสมควร หรือห้ามกรณีจำนวนคดีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้เงินทุนแก่ผู้เรียกร้องในการเรียกร้องเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากมาตรการเดียวกัน (same measure) ต่อรัฐผู้คัดค้านเกินจำนวนอันสมควร โดยเมื่อมีการเปิดเผยข้อมูลตามร่างข้อบทที่ 7 (draft provision 7) คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการต้องห้ามหรือไม่ ซึ่งอาจเป็นการตัดสินตามที่มีการร้องขอหรือโดยการริเริ่มของคณะอนุญาโตตุลาการเองก็ได้[407]

2.3) บทลงโทษ (Sanctions)

ร่างข้อบทที่ 6 (draft provision 6) กำหนดผลทางกฎหมายและบทลงโทษกรณีการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในร่างข้อบทอื่น ๆ ซึ่งอาจต่างกันไปตามต้นแบบของกฎเกณฑ์ (Regulation models) ที่เลือกปรับใช้ กล่าวคือ หากผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งต้องห้ามตามร่างข้อบท คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องบอกเลิกข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน และ/หรือคืนเงินทุนที่ได้รับการสนับสนุน หรืออาจสั่งระงับหรือยุติกระบวนการพิจารณา หรือพิจารณาการไม่ปฏิบัติตามนั้นในการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี ยกตัวอย่างเช่น หากมีการเลือกปรับใช้ต้นแบบการห้าม (Prohibition models) หากเป็นการไม่ปฏิบัติตามทางเลือกที่สอง หรือทางเลือกที่สาม กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเสนอข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท กรณีดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการอาจยกข้อเรียกร้องหรืออาจวินิจฉัยว่าไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี[408]

3) ขอบเขตของการลงทุนและนักลงทุนที่ครอบคลุม (scope)

ขอบเขตของนักลงทุนและการลงทุนที่ครอบคลุม (scope of covered investor and investment) ปรากฏในร่างข้อบทที่ 8 (draft provision 8) ซึ่งได้กำหนดให้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ถือเป็นการลงทุนที่ครอบคลุมตามสนธิสัญญา รวมถึงกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ถือเป็นนักลงทุนที่ครอบคลุมตามสนธิสัญญาซึ่งจะได้รับความคุ้มครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนยกข้อเรียกร้องในความสูญเสียหรือความเสียหายที่เกิดจากการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้เรียกร้องในคดีอื่นขึ้นต่อสู้กับรัฐ[409]

---

[407] Ibid., 7-8.

[408] Ibid., 8-9.

[409] Ibid., 12-13.

อย่างไรก็ตาม ข้อบทนี้อาจไม่เหมาะสำหรับนำไปรวมเป็นส่วนหนึ่งของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICSID เนื่องจากมีการบัญญัติเงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจศูนย์ไว้ในมาตรา 25 (1) แห่ง ICSID Convention ซึ่งกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะคู่พิพาทและข้อพิพาทไว้อยู่ก่อนแล้ว ดังนั้น หากต้องการจะรวมข้อบทนี้จะต้องดำเนินการเพื่อทำการแก้ไข ICSID Convention และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการให้มีความสอดคล้องกัน ส่วน UNCITRAL Arbitration Rules นั้นไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจไว้อย่างใน ICSID หากพิจารณาเห็นควรรวมเข้าไว้ข้อบังคับดังกล่าวก็สามารถทำได้ โดยกำหนดให้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ใช่การลงทุนและนักลงทุนซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับ UNCITRAL Arbitration Rules แต่อาจไม่ควรดำเนินการเช่นนั้น เนื่องจาก UNCITRAL Arbitration Rules นั้นมักใช้กับ Ad hoc Arbitration และได้รับความนิยมในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ซึ่งมีคู่พิพาทที่เป็นเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

4) กฎเกณฑ์ในกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

กฎเกณฑ์แรก การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (disclosure of third -party funding)

ร่างข้อบทที่ 7 (draft provision 7) กำหนดให้ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องเปิดเผยข้อมูลต่อคณะอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง โดยข้อมูลซึ่งต้องเปิดเผย ได้แก่ ชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ (beneficial owner) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือตัดสินใจแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น รวมถึงข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนหรือข้อกำหนดในข้อตกลงดังกล่าว ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลเพิ่มเติมได้ เช่น บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตกลงที่จะให้เงินทุนกรณีคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้รับภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือให้เปิดเผยจำนวนคดีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้สนับสนุนเงินทุนในข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้คัดค้าน เป็นต้น โดยการเปิดเผยข้อมูลตามร่างข้อบทนี้ต้องกระทำเมื่อมีการยื่นข้อเรียกร้อง (statement of claim) หรือหากตกลงทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังการยื่นข้อเรียกร้องก็ให้เปิดเผยข้อมูลโดยเร็ว ส่วนการเปิดเผยข้อมูลที่ถูกกำหนดให้แจ้งเพิ่มเติมต้องกระทำโดยเร็วหลังได้รับการร้องขอเช่นกัน และในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่ร่างข้อบทกำหนดให้ต้องเปิดเผย จะต้องทำการแจ้งไปยังคณะอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยทันที ทั้งนี้ หากไม่ปฏิบัติตามหน้าที่เปิดเผย

ข้อมูลตามร่างข้อบทนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจระงับหรือยุติกระบวนการพิจารณา หรือพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวเมื่อจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี หรือกำหนดมาตราการอื่นที่เหมาะสมก็ได้[410]

กฎเกณฑ์ที่สอง คำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในคดี (Security for costs)

ร่างข้อบทที่ 9 (draft provision 9) กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย โดยแบ่งออกเป็น 2 ทางเลือก กล่าวคือ ทางเลือกแรก กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องเรียกให้คู่พิพาทที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามวางประกันค่าใช้จ่าย ยกเว้นในกรณีที่คู่พิพาทแสดงให้เห็นว่ารัฐผู้คัดค้านต้องรับผิดชอบต่อความยากไร้ของผู้เรียกร้อง หรือผู้เรียกร้องไม่สามารถเสนอข้อเรียกร้องโดยปราศจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ และ/หรือ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามครอบคลุมถึงคำตัดสินให้รับภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทางเลือกที่สอง เป็นการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการเรียกให้คู่พิพาทที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามวางประกันค่าใช้จ่าย[411]

กฎเกณฑ์ที่สาม การจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)

ร่างข้อบทที่ 10 (draft provision 10) กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี โดยแบ่งออกเป็น 2 ทางเลือก กล่าวคือ ทางเลือกแรก กำหนดให้ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องหรือเกิดจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ต้องไม่รวมอยู่ในค่าใช้จ่ายในกระบวนพิจารณา เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินเป็นอย่างอื่น และทางเลือกที่สอง ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องหรือเกิดจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต้องรับภาระโดยคู่พิพาทผู้ที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และไม่สามารถจัดสรรค่าใช้จ่ายไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้ เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินเป็นอย่างอื่น[412]

5.2.2 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ

5.2.2.1 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (Investment Arbitration Rules 2017) ของ SIAC

ปรากฏข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของ Singapore International Arbitration Centre (SIAC) ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน Rule 24

---

[410] Ibid., 9-12.

[411] Ibid., 12-13.

[412] Ibid., 13-14.

(l) [413]และ Rule 33.1[414] และ Rule 35[415] ซึ่งสรุปหลักการได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการสั่งให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลถึงการมีอยู่ (existence) ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และ/หรือ สั่งให้เปิดเผยว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้ใด (identity) และหากเห็นว่าเหมาะสมให้สั่งเปิดเผยรายละเอียดผลประโยชน์ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในผลแห่งคดี และ/หรือ มีการตกลงรับผิดชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ อีกทั้งยังสามารถนำประเด็นที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไปพิจารณาเมื่อต้องจัดสรรค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในผลคำตัดสินชี้ขาดได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำประเด็นที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไปพิจารณาในการสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งชำระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วนได้อีกด้วย

5.2.2.2 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration Rules (For Trial Implementation) 2017) ของ CIETAC

ปรากฏข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Arbitration Rules (For Trial Implementation) 2017) ของ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามใน Article 27[416] ซึ่งกำหนดให้คู่พิพาทซึ่งได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามมีหน้าที่

---

[413] 24. Additional Powers of the Tribunal

Unless otherwise agreed by the Parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to:

l. order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability;

[414] 33. Costs of the Arbitration

33.1 Unless otherwise agreed by the Parties, the Tribunal shall specify in the Award the total amount of the costs of the arbitration. Unless otherwise agreed by the Parties, the Tribunal shall determine in the Award the apportionment of the costs of the arbitration among the Parties. The Tribunal may take into account any third-party funding arrangements in apportioning the costs of the arbitration.

[415] 35. Party's Legal and Other Costs

The Tribunal shall have the authority to order in its Award that all or a part of the legal or other costs of a Party be paid by another Party. The Tribunal may take into account any third-party funding arrangements in ordering in its Award that all or a part of the legal or other costs of a Party be paid by another Party

[416] Article 27 Third Party Funding

1. In these Rules, a "third party funding" means the situation where a natural person or an entity, who is not a party to the dispute, provides funds to a party to the arbitration to cover all or part of that party's costs for the arbitral proceedings, through an agreement with the party accepting the funding.

ในการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร (notify in writing) โดยไม่ชักช้าถึงการมีอยู่ (existence) และลักษณะ (nature) ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้ให้เงินทุน แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการ และศูนย์ IDSC หรือ ศูนย์ CIETAC ฮ่องกง ที่บริหารจัดการคดี

ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการสั่งให้คู่พิพาทที่ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามเปิดเผยข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และสามารถนำการปฏิบัติตามหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามของคู่พิพาท มาพิจารณาในการตัดสินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการได้

5.2.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสนธิสัญญาด้านการลงทุน (Investment Treaty)

ในปัจจุบันสนธิสัญญาด้านการลงทุนรุ่นใหม่ (new generation) มีการบัญญัติข้อบทซึ่งเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเอาไว้[417] โดยอาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีบัญญัติข้อบทห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และกรณีไม่ได้บัญญัติห้าม แต่มีการกำหนดหน้าที่และหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.2.3.1 ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

จากการศึกษาปรากฏว่ามีสนธิสัญญาด้านการลงทุนที่ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทนระหว่างสาธารณรัฐอาร์เจนตินากับสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ (Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

2. As soon as the third party funding agreement is concluded, the party accepting the funding shall notify in writing, without delay, to the other party or parties, the arbitral tribunal, and the IDSC or the CIETAC Hong Kong Arbitration Center that administers the case, of the existence and nature of the third party funding arrangement, and the name and address of the third party funder. The arbitral tribunal shall have the power to order the disclosure by the party accepting the funding of any relevant information of the third party funding arrangement.
3. When making a decision on the costs of arbitration and other fees, the arbitral tribunal may take into account the existence of any third party funding arrangement, and the fact whether the requirements set forth in the preceding Paragraph 2 are complied with by the party or parties accepting the funds.

[417] Hussein Haeri, Clàudia Baró Huelmo, and Giacomo Gasparotti, "Third-Party Funding in International Arbitration," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration

Emirates: Argentina - United Arab Emirates BIT) โดยได้กำหนดใน ข้อ 24 ว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ได้รับการอนุญาต (Third party funding is not permitted.)[418]

5.2.3.2 กำหนดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

ความตกลงด้านการค้าและการลงทุนที่ครอบคลุม (Comprehensive Economic and Trade Agreement: CETA) ระหว่างสหภาพยุโรปกับแคนาดา ซึ่งได้นิยามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไว้ในข้อ 8.1 ว่าหมายถึง "...เงินทุนใด ๆ ที่ให้โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นคู่พิพาทฝ่ายใด แต่ได้ทำข้อตกลงกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพื่อให้เงินทุนบางส่วนหรือทั้งหมดเป็นค่าใช้จ่ายในกระบวนพิจารณา ไม่ว่าจะให้ผ่านทางการบริจาค (Donation) หรือเงินอุดหนุน (Grant) หรือให้เพื่อได้รับค่าตอบแทน (Remuneration) ซึ่งขึ้นอยู่กับผลของข้อพิพาทเป็นการตอบแทน..."[419]

ข้อ 8.26[420] ของ CETA ได้กำหนดให้เมื่อมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมีหน้าที่ต้องเปิดเผยให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งและคณะอนุญาโตตุลาการทราบข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยต้องทำการเปิดเผยขณะที่ยื่นเสนอข้อเรียกร้อง หรือหากได้รับการบริจาคหรือเงินอุดหนุน หรือทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังการยื่นข้อเรียกร้อง ให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอย่างเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ชักช้า

โดยมีสนธิสัญญาด้านการลงทุนอื่น ๆ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยมีถ้อยคำและเนื้อหาเป็นไปในทำนองเดียวกับ CETA อีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและการเปิดเผยข้อมูลของเรื่องดังกล่าวจนมีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาด้านการลงทุน ยกตัวอย่างเช่น ข้อ G-23 bis ของความตกลงการค้าเสรีแคนาดา – ชิลี (Canada-Chile Free Trade Agreement: CCFTA) ที่ได้แก้ไขใหม่และใช้บังคับในปี ค.ศ. 2019 เช่นเดียวกับข้อ 19 (8) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต้นแบบของประเทศเนเธอร์แลนด์ (2019 Netherlands Model Bilateral

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[418] UNCTAD, "Argentina - United Arab Emirates Bit (2018)."

[419] ARTICLE 8.1 Definitions

third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a disputing party but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.

[420] Article 8.26 Third party funding

1. Where there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third party funder.

2. The disclosure shall be made at the time of the submission of a claim, or, if the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made.

Investment Treaty) หรือแม้แต่ในข้อ 3.1(2)(f) และข้อ 3.8 ของความตกลงความคุ้มครองการลงทุนสหภาพยุโรป - สิงคโปร์ (EU – Singapore Investment Protection Agreement) ก็ได้มีการบัญญัตินิยามและกำหนดหน้าที่ของคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนในการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไว้ด้วยเช่นกัน

5.2.3.3 พิจารณาในการออกคำสั่งให้วางประกันและจัดสรรค่าใช้จ่าย

จากการศึกษาในหัวข้อก่อนหน้าพบว่าสนธิสัญญาด้านการลงทุนรุ่นใหม่มักกำหนดให้คู่พิพาทผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนต้องเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยต้องแจ้งชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้คู่พิพาทอื่นและคณะอนุญาโตตุลาการทราบ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่ายังมีสนธิสัญญาด้านการลงทุน อันได้แก่ ความตกลงการคุ้มครองการลงทุนสหภาพยุโรป - เวียดนาม (EU - Vietnam Investment Protection Agreement) ซึ่งมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนอกเหนือไปจากหน้าที่การเปิดเผยข้อมูล โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ความตกลงการคุ้มครองการลงทุนสหภาพยุโรป - เวียดนามนั้น บังคับใช้ด้วยระบบศาลการลงทุน (Investment Court System: ICS) ซึ่งเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อทดแทนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) โดยศาลการลงทุนประกอบด้วยศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ โดยในศาลชั้นต้น การพิจารณาคดีต้องประกอบด้วยสมาชิกสามฝ่าย (Divisions of Tribunal) ได้แก่ หนึ่งคนจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป หนึ่งคนจากประเทศเวียดนาม และหนึ่งคนจากประเทศที่สามซึ่งทำหน้าที่เป็นประธาน การแต่งตั้งผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีขึ้นอยู่กับการหมุนเวียนซึ่งเป็นการสุ่มไม่สามารถคาดการณ์ได้ ส่วนศาลอุทธรณ์จะประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 3 ฝ่ายเช่นเดียวกับศาลชั้นต้น แต่ประกอบด้วยสมาชิกฝ่ายละ 2 คน[421]

โดยในข้อ 3.37[422] ของข้อตกลงดังกล่าว นอกจากจะกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลการมีอยู่และลักษณะ

---

[421] สถาบันอนาคตศึกษาเพื่อการพัฒนา, "[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://api.dtn.go.th/files/v3/5fbf339def41400a684bb542/download

[422] ARTICLE 3.37 Third-Party Funding

1. In case of third-party funding, the disputing party benefiting from it shall notify the other disputing party and the division of the Tribunal, or where the division of the Tribunal is not established, the President of the Tribunal the existence and nature of the funding arrangement, and the name and address of the third party funder.

2. Such notification shall be made at the time of submission of a claim, or, when the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made.

(existence and nature) ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงชื่อและที่อยู่ (name and address) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต่อคู่พิพาทอื่นและองค์คณะที่ทำการพิจารณาคดีแล้ว ยังได้กำหนดให้การจัดสรรค่าใช้จ่ายในส่วนของค่าใช้จ่ายของกระบวนพิจารณา (costs of proceedings) องค์คณะต้องพิจารณาด้วยว่ามีการปฏิบัติตามหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลข้างต้นหรือไม่ จึงอาจสรุปได้ว่า อาจมีการลงโทษผู้ไม่เปิดเผยข้อมูลโดยการจัดสรรให้บุคคลนั้นต้องมีส่วนในการรับภาระค่าใช้จ่ายของกระบวนพิจารณา ซึ่งโดยหลักแล้วข้อตกลงได้กำหนดให้หากไม่มีพฤติการณ์พิเศษ (exceptional circumstances) ผู้แพ้คดีต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายของกระบวนพิจารณาทั้งหมดตามแนวทาง costs follow the event นอกจากนี้ ข้อ 3.37 ยังกำหนดให้องค์คณะต้องพิจารณาว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามหรือไม่ในการพิจารณาคำร้องขอให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย (Security for Costs) ซึ่งต้องมีเหตุอันสมควร (reasonable grounds) ที่ทำให้เชื่อว่าผู้เรียกร้องมีความเสี่ยงที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายต่อผู้เรียกร้องที่อาจมีขึ้นได้

จากการศึกษาสนธิสัญญาด้านการลงทุนรุ่นใหม่ข้างต้น อาจสรุปได้ว่า มีแนวโน้มที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากกว่าจะเป็นการห้ามแบบเด็ดขาด โดยมุ่งเน้นให้มีการเปิดเผยข้อมูลของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในเบื้องต้นเพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และรักษาความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะผู้ตัดสินชี้ขาดในคดี และมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้มีการนำการปฏิบัติตามหน้าที่เปิดเผยข้อมูลและการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไปพิจารณาประกอบการวินิจฉัยเรื่องอื่น ๆ เช่น คำสั่งให้วางประกันและการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีอีกด้วย

5.2.4 หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ IBA

แนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: IBA Guidelines) นี้ ถูกแก้ไขและได้รับการรับรองโดย IBA Council เมื่อวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 2014 โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขต่าง ๆ ในการเปิดเผยข้อมูลที่จะใช้พิจารณาในการประเมินการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของอนุญาโตตุลาการ และแนวทางปฏิบัติของคู่พิพาทที่ควรแจ้งให้

---

3. When applying Article 3.48 (Security for Costs), the Tribunal shall take into account whether there is third-party funding. When deciding on the cost of proceedings pursuant to paragraph 4 of Article 3.53 (Provisional Award), the Tribunal shall take into account whether the requirements provided for in paragraphs 1 and 2 of this Article have been respected.

อนุญาโตตุลาการรวมทั้งคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงความสัมพันธ์ของตนกับบุคคลอื่น[423] ซึ่งรวมถึงกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนด้วย ทั้งนี้แนวปฏิบัตินี้ไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ไม่มีผลผูกพัน เนื่องจากเป็นเพียง Soft Law

แนวปฏิบัติของ IBA แบ่งเป็น 2 ส่วน คือ หลักทั่วไปหรือมาตรฐานทั่วไป (General Standard) และส่วนที่สองเป็นแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์

โดยปรากฏข้อบทมาตรฐานทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใน General Standard 6(b)[424] ซึ่งกำหนดว่า “...หากหนึ่งในคู่พิพาทเป็นองภาวะทางกฎหมาย นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาซึ่งมีอิทธิพลในการควบคุมองภาวะทางกฎหมาย หรือมีส่วนได้เสียในทางเศรษฐกิจโดยตรงใน...ผลคำตัดสินชี้ขาด อาจถือว่ามีอัตลักษณ์ (identity) เดียวกับองคภาวะทางกฎหมายนั้น” จากหลักทั่วไปนี้แสดงให้เห็นว่า ผู้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ถือเป็นคนเดียวกับผู้ได้รับเงินทุนตามความหมายนี้ด้วย

และใน General Standard 7 (a)[425] กำหนดให้ คู่พิพาทแจ้งความสัมพันธ์ทั้งทางตรงและทางอ้อมระหว่างตนกับอนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับผู้มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรงในผลคำตัดสินชี้ขาด ซึ่งรวมถึงบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยให้แจ้งต่ออนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือผู้มีอำนาจอื่นที่ได้แต่งตั้ง ในโอกาสแรกด้วยความริเริ่มของตน กล่าวคือ เป็นการเปิดเผยข้อมูลเพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ด้วยความสมัครใจ (Voluntary Disclosure)

ทั้งนี้ ได้มีการกำหนดรายการ Application Lists ที่กำหนดสถานการณ์ต่าง ๆ ที่บ่งชี้ว่าเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการควรปฏิเสธการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทนั้น หรือควร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[423] IBA, "Practice Rules and Guidelines: Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014)," [Online]. Available from: https://www.ibanet.org/resources

[424] “...(b) If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party.”

[425] (7) Duty of the Parties and the Arbitrator

(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity

เปิดเผยข้อมูล (Disclosure) หรือไม่ แนบท้ายแนวทางปฏิบัตินี้ด้วย โดยแบ่งลักษณะพฤติการณ์เป็น 3 ประเภทตามสีที่กำหนด ได้แก่

1) สีแดง กำหนดพฤติการณ์เกี่ยวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์เอาไว้ 2 กรณี คือ

- กรณี Non-Waivable Red List ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในกรณีดังกล่าว จะต้องปฏิเสธการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในคดีนั้น แม้จะมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงแล้วก็ตาม เช่น อนุญาโตตุลาการเป็นกรรมการระดับสูงที่มีอำนาจควบคุมเหนือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

- กรณี Waivable Red List เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงแล้ว แต่ยังไม่สามารถทำหน้าที่ได้จนกว่าจะได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากคู่พิพาท เช่น อนุญาโตตุลาการเคยเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

2) สีส้ม (Orange List) กำหนดพฤติการณ์เกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาท หรืออนุญาโตตุลาการคนอื่นในอดีต เช่น อนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการมากกว่า 2 ครั้ง ให้กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายใน 3 ปี

3) สีเขียว (Green List) เป็นแนวพฤติการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อนุญาโตตุลาการจึงไม่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง[426]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[426] May Khoury, "Conflicts of Interest," [Online]. Available from: https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-conflicts-of-interest

บทที่ 6
แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในลำดับแรกจะเริ่มด้วยการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยพิจารณาข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทดังกล่าวซึ่งมีลักษณะเฉพาะ จากนั้นในลำดับต่อไปจึงเป็นการวิเคราะห์และเสนอแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

6.1 บทวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการนำข้อมูลที่ได้ศึกษามาในบทที่ 2 - 5 มาประมวลผล พิจารณาและวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยจะพิจารณาจากข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยมีรายละเอียดดังนี้

6.1.1 ข้อสนับสนุนในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

6.1.1.1 สนับสนุนการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to Justice)

การเข้าถึงความยุติธรรมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Right) อย่างหนึ่งที่มีความสำคัญสำหรับบุคคลทุกคน ซึ่งทุกคนควรมีโอกาสที่เท่าเทียมในการบังคับใช้ตามสิทธิต่าง ๆ ของตน รวมถึงสามารถเข้าถึงและใช้ระบบกระบวนการยุติธรรมเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งหรือได้รับการเยียวยาทางกฎหมาย[427] โดยการเข้าถึงความยุติธรรมนั้นถือเป็นหนึ่งในเป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) ขององค์การสหประชาชาติที่รัฐสมาชิกลงนามรับรองวาระการพัฒนาที่ยั่งยืน 2030 (The 2030 Agenda for Sustainable Development) และให้คำมั่นร่วมกันว่าจะบรรลุเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนภายในปี ค.ศ. 2030[428] ซึ่งเป้าหมายที่ 16 ได้กำหนดไว้ว่า ส่งเสริมสังคมที่สงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน

---

[427] ประพิน นุชเปี่ยม, "หน่วยที่ 14 การเข้าถึงความยุติธรรมและธรรมาภิบาล," ใน การพัฒนามนุษย์ในบริบทโลก, หน้า 10-11.

[428] Department of Economic and Social Affairs (United Nations), "History," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://sdgs.un.org/goals

ให้ทุกคนเข้าถึงความยุติธรรม (provide access to justice for all) และสร้างสถาบันที่มีประสิทธิผล รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ และเป้าหมายย่อยที่ 16.3 ส่งเสริมนิติธรรมทั้งในระดับชาติและระหว่างประเทศและสร้างหลักประกันว่าจะมีการเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมแก่ทุกคน (ensure equal access to justice for all)[429] ดังนั้น การเข้าถึงความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งที่ประชาชน รัฐ สถาบัน และองค์กรทุกแห่งควรคำนึงถึงและให้ความสำคัญ ไม่เพียงแต่การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางศาลเท่านั้น แต่การอนุญาโตตุลาการก็ถือเป็นกลไกซึ่งจะช่วยระงับข้อพิพาทและเยียวยาบุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายด้วยเช่นกัน

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้รับการยอมรับว่าเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้บุคคลมีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรม (Access to Justice) ได้เพิ่มขึ้น[430] ดังเช่น Lord Justice Jackson ที่ได้เสนอความคิดเห็นไว้ในรายงานการทบทวนค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทางแพ่งของประเทศอังกฤษว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการให้วิธีการเพิ่มเติมสำหรับสนับสนุนเงินทุนในการดำเนินคดี และสำหรับบางคนอาจเป็นวิธีการเดียวที่จะสามารถกระทำได้ ดังนั้น การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจึงเป็นการสนับสนุนการเข้าถึงความยุติธรรม[431]

โดยการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลผู้ถูกกระทบสิทธิซึ่งไม่มีเงินทุนเพียงพอสำหรับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลที่สาม ซึ่งจะทำให้สามารถเรียกร้องความเป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมได้โดยไม่ต้องกังวลในเรื่องค่าใช้จ่ายมากนัก จึงเป็นการทำให้ผู้ยากจนหรือได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ปกป้องสิทธิของตนซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่บุคคลทุกคนพึงมี ซึ่งในบางกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจเป็นหนทางเดียวที่จะเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐ หรือในบางกรณีรัฐผู้คัดค้านก็อาจได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากองค์กรการกุศลเพื่อเข้าต่อสู้คดีได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่ทั่วโลกประสบกับวิกฤต เช่น โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) อย่างเช่นในปัจจุบัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ผู้ที่เดือดร้อนเสียหายจากเหตุการณ์วิกฤตต่าง ๆ อาจมีสถานะทางการเงินไม่ดีเพียงพอที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยเงินทุนของตนเอง จึงต้องการการสนับสนุน

---

[429] สหประชาชาติ ประเทศไทย, "เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน 16" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: https://thailand.un.org/th/sdgs/16

[430] M. Steinitz, "Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding," Minnesota Law Review 95, 4 (2011).

[431] The Right Honourable Lord Justice Jackson, "Final Report," in Review of Civil Litigation Costs (United Kingdom: Ministry of Justice, December 2009), p. 117.

ทางการเงินเพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการเยียวยาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น[432] ทั้งนี้ การทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนโดยทั่วไปจะทำให้ผู้เรียกร้องต้องแลกค่าเสียหายที่จะได้รับหากชนะคดีจำนวนหนึ่งกับการสนับสนุนเงินทุนในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งวิธีการนี้สำหรับผู้ที่อัตคัดยากจนอาจดีกว่าการไม่ได้รับการเยียวยาใด ๆ เลย[433]

6.1.1.2 ส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน (Level the playing field)

จากการศึกษาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามพบว่า ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนอาจเป็นผู้ที่มีความอัตคัดยากจน หรือเป็นผู้ที่ต้องการแบ่งเบาภาระความเสี่ยงทั้งที่มีสถานะการเงินที่ดีเพียงพอในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางการเงินน้อยกว่ารับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่อาจใช้ระยะเวลานาน ซึ่งจะช่วยส่งผลให้คู่พิพาทนั้นไม่ถูกบีบบังคับให้ต้องยอมรับข้อเสนอของคู่พิพาทฝ่ายที่มีเงินทุนมากกว่า[434] กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามช่วยส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่น คดี Philip Morris v. Uruguay[435] ซึ่งปรากฏว่า บริษัท Philip Morris (ผู้เรียกร้อง) มีรายได้ประจำปี ค.ศ. 2013 เป็นจำนวนถึง 80.2 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ในขณะที่ประเทศอุรุกวัย (รัฐผู้คัดค้าน) มีผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP) จำนวน 55.7 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยในคดีนี้ประเทศอุรุกวัยรับการสนับสนุนเงินทุนแบบไม่ต้องเสียค่าตอบแทนจากองค์กรการกุศลบลูมเบิร์ก (Bloomberg Philanthropies) และองค์กร Campaign for Tobacco-Free Kids เพื่อต่อสู้คดีกับบริษัทขนาดใหญ่ซึ่งมีเงินทุนมากกว่าประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศอุรุกวัยหลายเท่า[436]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[432] Matt Fritzsche, "How the Pandemic Is Changing Attitudes Towards Third-Party Funding," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://www.ey.com/en_uk/assurance/how-the-pandemic-is-changing-attitudes-towards-third-party-funding

[433] The Right Honourable Lord Justice Jackson, "Final Report," in Review of Civil Litigation Costs (United Kingdom: Ministry of Justice, December 2009), p. 117.

[434] M. Rodak, "It's About Time: A Systems Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement," University of Pennsylvania Law Review 155, 2 (2006).

[435] Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7,

[436] Alexandra Nightingale, "The Significance of Uruguay's Win over Philip Morris International," [Online] Accessed: 20 July 2019. Available from: https://www.ip-watch.org/2016/07/21/the-significance-of-uruguays-win-over-philip-morris-international/

6.1.2 ข้อโต้แย้งในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

6.1.2.1 การยุยงให้เป็นความและการสนับสนุนการฟ้องร้องไม่มีมูล (Frivolous claims)

แม้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นจะถือเป็นการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) และส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน (Level the playing field) แต่ยังมีประเด็นที่โต้แย้งว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นเป็นสาเหตุทำให้คดีในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมาก และเป็นการส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องไม่มีมูลเกิดขึ้น (Frivolous claims) โดย Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของ Frivolous ไว้ว่า ขาดฐานทางกฎหมายหรือ คุณธรรมทางกฎหมาย (lacking a legal basis or legal merit) ไม่จริงจัง (not serious) หรือที่ไม่มีวัตถุประสงค์อันสมควร (not reasonably purposeful)[437] ดังนั้น Frivolous claims จึงอาจหมายถึง ข้อเรียกร้องที่ขาดฐานทางกฎหมายหรือคุณธรรมทางกฎหมาย

ด้วยเหตุที่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมักจะเป็นการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ฝ่ายนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายที่เสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา จึงมีข้อกังวลว่าอาจทำให้มีแรงจูงใจให้เสนอข้อพิพาทที่ไม่มีมูลหรือไม่มีน้ำหนัก ซึ่งจะไม่มีการยื่นข้อพิพาทหากไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และเนื่องจากนักลงทุนต่างชาติไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่รัฐและมีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้รับความเสี่ยงในเรื่องค่าใช้จ่ายก็ยิ่งอาจทำให้มีการยื่นข้อเรียกร้องจำนวนมากต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งในปัจจุบันปรากฏว่า จำนวนข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติที่เป็นคดีในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นมีจำนวนเพิ่มขึ้นจากเดิมเป็นอันมาก ดังจะเห็นได้จากจำนวนข้อพิพาท 71 ข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในปี ค.ศ. 2018 นั้นมีจำนวนมากกว่าข้อพิพาทที่เสนอเมื่อ 10 ปี และ 20 ปีก่อนหน้าอย่างเห็นได้ชัด (ข้อพิพาทที่เสนอในปี ค.ศ. 1998 มีจำนวน 11 ข้อพิพาท และ ค.ศ. 2008 มีจำนวน 39 ข้อพิพาท)[438]

นอกจากนี้ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้สนับสนุนเงินทุนแค่ในกรณีที่คาดว่าน่าจะชนะเท่านั้น เนื่องจากการพิจารณาเนื้อหาคดีเป็นแค่องค์ประกอบหนึ่งในการตัดสินใจ แต่สิ่งที่พิจารณาและให้ความสำคัญยิ่งไปกว่านั้น คือ การพิจารณามูลค่าของผลตอบแทนที่คาดว่า

---

[437] Garner, Bryan A, and Henry C. Black. "Black's Law Dictionary". St. Paul, MN: Thomson/West (2004), p. 692

[438] UNCTAD. "Year" [Online]. Available from: https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear [4 March 2019]

จะได้รับ[439] ซึ่งถ้ามีมูลค่าสูงก็จะยิ่งน่าสนใจให้เข้าไปลงทุน ดังเช่นความเห็นของ Mick Smith ซึ่งเป็นผู้ร่วมก่อตั้ง Calunius Capital สถาบันการลงทุนแห่งหนึ่งของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นบริษัทสำหรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อการพาณิชย์โดยเฉพาะว่า “The perception that you need strong merits is wrong – there’s a price for everything”[440] ทั้งนี้ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจมีการจัดทำ Portfolio funding โดยรวบรวมข้อเรียกร้องต่าง ๆ ที่มีระดับความเป็นไปได้ที่จะชนะคดีหรือมีน้ำหนักในการต่อสู้ รวมถึงมีมูลค่าความเสียหายที่หลากหลายเพื่อเป็นการบริหารจัดการความเสี่ยง ทำให้ไม่ต้องมีความกังวลในการสนับสนุนเงินทุนในข้อเรียกร้องที่มีความเสี่ยงสูง หรือด้อยน้ำหนักมากนัก เนื่องจากมีข้อเรียกร้องอื่น ๆ ที่อาจมีมูลค่าของค่าเสียหายที่สูงและเป็นคดีที่คาดหวังผลสำเร็จได้มาช่วยกระจายความเสี่ยงดังกล่าว

หลักฐานเชิงประจักษ์ (Empirical Data) สำหรับใช้ยืนยันว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นการยุยงให้เป็นความและการสนับสนุนการฟ้องร้องไม่มีมูล อาจหาได้ยาก เนื่องจากยังขาดความโปร่งใสในส่วนของการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าว แต่เรื่องนี้ได้ปรากฏข้อโต้แย้งและการศึกษาในศาลภายใน เช่น หอการค้าสหรัฐอเมริกา (U.S. Chamber of Commerce) ได้มีหนังสือเสนอข้อโต้แย้งว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะส่งผลให้จำนวนการยื่นฟ้องคดีโดยไม่พิจารณาอย่างรอบคอบมีมากขึ้น[441] และได้มีการอ้างอิงผลการศึกษาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการระงับข้อพิพาทในศาลภายในของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งสรุปว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนำไปสู่การเพิ่มขึ้นโดยรวมของจำนวนข้อเรียกร้อง และปรากฏว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้การสนับสนุนคดีต่าง ๆ ที่ยกประเด็นใหม่ รวมถึงประเด็นที่มีความเสี่ยงสูงกว่าและมีความไม่แน่นอนกว่าคดีโดยทั่วไป โดยมีการศึกษาที่ประมาณการว่าจำนวนคดีในศาลออสเตรเลียเพิ่มสูงขึ้น 16.5 เปอร์เซ็นต์ ภายหลังการเปิดให้ใช้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม[442] โดยรัฐต่าง ๆ มีความกังวลในปัญหาดังกล่าว เช่น โปแลนด์ เห็นว่า “มีกระบวนพิจารณา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[439] US Chamber Institute for Legal Reform. “Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States” [Online]. Available from: http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf [18 February 2019]

[440] Ibid.

[441] Allee, Todd, and Clint Peinhardt. “Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment.” International Organization 65, no. 3 (2011) [Online]. Available from: http://www.jstor.org/stable/23016160. [1 March 2019]

[442] US Chamber Institute for Legal Reform. “Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States” [Online]. Available from: http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf [18 February 2019]

จำนวนมากที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม...โดยสถานการณ์เช่นนี้สร้างความไม่สมดุลระหว่างนักลงทุนกับรัฐ และสามารถชักจูงให้บรรดานักลงทุนเรียกร้องในประเด็นอันไม่มีมูลได้”[443]

6.1.2.2 การทำให้ความยุติธรรมกลายเป็นสินค้าหรือการลงทุน (Commodification of justice)

ด้วยเหตุที่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาผลกำไรจากผลแห่งคดีในการอนุญาโตตุลาการ จึงเปรียบเสมือนการใช้ความยุติธรรมเป็นสินค้าเพื่อให้ได้เงินจำนวนมากเป็นผลตอบแทนในการสนับสนุนเงินทุนแก่คู่พิพาทในคดี โดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมีรัฐเป็นผู้คัดค้านและค่าใช้จ่ายรวมถึงค่าเสียหายจำนวนมากที่รัฐต้องสูญเสียไปนั้นล้วนมาจากเงินภาษีของประชาชนซึ่งเป็นแหล่งรายได้หลักของรัฐ[444] อันไม่ได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมการลงทุนในรัฐและคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติซึ่งเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนจากการใช้มาตรการที่อาจไม่เป็นธรรมและทำให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุนดังกล่าว นอกจากนี้กลไก ISDS นั้นก็มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ เพื่อส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทที่อำนวยความสะดวกและส่งเสริมการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของนักลงทุน โดยไม่ต้องมีการร้องขอต่อรัฐเจ้าของสัญชาติอีกต่อไป[445] การเข้ามามีบทบาทของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนโดยได้รับผลตอบแทนจำนวนมากจากค่าเสียหายของผู้เรียกร้องซึ่งได้มาจากรัฐดังกล่าว จึงอาจกระทบต่อคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้อง (integrity) ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

6.1.3 ความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

จากการศึกษาข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งมีค่าใช้จ่ายรวมถึงค่าเสียหายจำนวนมากและใช้ระยะเวลาหลายปีในการดำเนินกระบวนพิจารณา ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้การเข้าสู่หรือการต่อสู้ในการอนุญาโตตุลาการในระบบ ISDS นั้น อาจมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไปสำหรับผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ซึ่งมีสถานะทางการเงิน

---

[443] European Journal of International Law. “UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims” [Online]. Available from: https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/ [13 November 2018]

[444] Esteban Ortiz-Ospina and Max Roser, "Taxation," [Online] Accessed: 5 April 2021. Available from: https://ourworldindata.org/taxation

[445] Frank J. Garcia, "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System," Boston College Law Review 59, 8 (2018): 10.

ที่ไม่มั่นคง ดังนั้น การเข้ามามีบทบาทของผู้สนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการเพื่อแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนเมื่อผู้เรียกร้องชนะคดี จึงเป็นการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to justice) ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของทุกคน นอกจากนี้ ยังเป็นการส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน ไม่เกิดการใช้อำนาจทางการเงินที่มากกว่ามาเอารัดเอาเปรียบ หรือกดดันให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์จนไม่สามารถปกป้องสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นถือว่ามีคุณประโยชน์ต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

อย่างไรก็ตาม อาจมีผู้โต้แย้งว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจทำให้มีข้อเรียกร้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมากขึ้น และมีลักษณะเป็นการหากำไรจากข้อเรียกร้อง แต่ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่ปรากฏหลักฐานเชิงประจักษ์ว่า ข้อเรียกร้องที่เพิ่มจำนวนขึ้นและการเรียกร้องค่าเสียหายที่มีมูลค่าสูงมีความเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม รวมถึงไม่มีหลักฐานที่เชื่อมโยงเรื่องดังกล่าวกับการฟ้องร้องไม่มีมูล[446] โดยจากผลการศึกษาการสนับสนุนเงินทุนในข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการบาดเจ็บเสียหายส่วนบุคคล (Personal injury claims) ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ยังพบว่า การเข้าถึงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ง่ายขึ้นไม่ได้นำไปสู่การเพิ่มขึ้นของข้อเรียกร้องที่ยื่นต่อศาล[447]

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า โดยทั่วไปบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนย่อมไม่สนับสนุนเงินทุนในคดีที่ไม่มีมูล เนื่องจากเมื่อลงทุนย่อมต้องการผลตอบแทน ซึ่งหากเห็นว่าคดีไม่มีมูลและไม่น่าจะชนะคดีได้ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนย่อมไม่มีเหตุผลที่จะเสี่ยงลงทุนในคดีนั้น และในกระบวนการพิจารณาเพื่อทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นจะมีการตรวจสอบเชิงลึก (Due Diligence) ซึ่งได้พิจารณาเนื้อหาแห่งคดีและความเป็นไปได้ต่าง ๆ อย่างละเอียดรอบคอบอันเป็นการช่วยตรวจสอบกลั่นกรองข้อเรียกร้องอีกชั้นหนึ่งแล้วว่ามีมูล ซึ่งมีการรายงานว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต่าง ๆ จะรับเป็นผู้สนับสนุนคดีน้อยกว่าจำนวนคดีที่ได้รับข้อเสนอมาจำนวนมากเสมอ ในบางรายอาจรับสนับสนุนเพียง 1 คดีใน 10 คดีที่ได้รับข้อเสนอเท่านั้น[448] ดังนั้น หากจะมีผู้อ้างว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีผลทำให้จำนวนข้อเรียกร้องเพิ่มสูงขึ้นนั้นก็อาจมีความเป็นไปได้ แต่กรณีน่าจะเป็นการเพิ่มขึ้นของคดีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุน

---

[446] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.

[447] Faure, Michael G. and Hartlief, T. and Philipsen, N. J., "Funding of Personal Injury Litigation and Claims Culture: Evidence from the Netherlands." Utrecht Law Review, Vol. 2, No. 2, (December 2006).

[448] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p.71.

เงินทุนได้ประเมินแล้วว่ามีมูล อย่างไรก็ตาม อาจไม่ใช่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนทุกรายที่มีการตรวจสอบเชิงลึก เนื่องจากขั้นตอนดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูง และมักดำเนินการโดยบริษัทสำหรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อการพาณิชย์โดยเฉพาะ หรือในสำนักงานทนายความ[449] แต่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจทำขึ้นโดยบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่อยู่ในรูปแบบอื่น และอาจไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวเงินเท่านั้น กล่าวคือ นอกจากการสนับสนุนเงินทุนเพื่อผลประโยชน์เป็นตัวเงินแล้ว การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจมีขึ้นเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ หรือมิใช่เพื่อผลกำไรอีกด้วย จึงไม่ได้เป็นกรณีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความยุติธรรมกลายเป็นสินค้าหรือการลงทุน และในการสนับสนุนเงินทุนย่อมต้องเล็งเห็นว่าข้อเรียกร้องหรือการต่อสู้คดีนั้นอาจช่วยส่งเสริมประโยชน์สาธารณะหรือมีคุณประโยชน์อื่นที่อาจเกิดขึ้น เช่น การสนับสนุนมาตรการควบคุมยาสูบเพื่อลดปริมาณการบริโภคยาสูบในเด็กและเยาวชน หรืออาจเป็นการช่วยเหลือคู่พิพาทซึ่งมีสถานะการเงินเป็นรองคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก[450] เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากทำการห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ อาจไม่ช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว เนื่องจากในปัจจุบัน การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีความแพร่หลายและเข้ามามีบทบาทสำคัญในระบบ ISDS ซึ่งมูลค่าที่มีการสนับสนุนเงินทุนในตลาดนั้นมากกว่าพันล้านดอลลาร์สหรัฐ[451] ซึ่งการห้ามอาจไม่สามารถยับยั้งกลไกที่ดำเนินไปข้างหน้าอย่างรวดเร็วได้ และการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจยังคงดำเนินต่อไปโดยปกปิดเป็นความลับดังเช่นที่เคยเป็นมา โดยมีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในคดีจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ยิ่งไปกว่านั้น นักวิชาการหลายท่านต่างให้ความเห็นว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะคงอยู่ต่อไป ยกตัวอย่างเช่น John Fellas ที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ไม่ว่าจะเป็นผู้สนับสนุนการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งเชื่อว่าช่วยส่งเสริมการเข้าถึงความยุติธรรม หรือเป็นผู้ไม่เห็นด้วยกับการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าวโดยเชื่อว่าเป็นการสนับสนุนการฟ้องร้องไม่มีมูล แต่มีสิ่งหนึ่งที่ชัดเจน

---

[449] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), pp. 14-19.

[450] ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7,

[451] Ylli Dautaj and Bruno Gustafsson, "Access to Justice: Rebalancing the Third-Party Funding Equilibrium in Investment Treaty Arbitration," [Online] Accessed: 20 July 2019. Available from: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/18/access-justice-rebalancing-third-party-funding-equilibrium-investment-treaty-arbitration-2/

คือ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะคงอยู่ต่อไป (Third Party Funding is here to stay)[452] ประกอบกับแนวโน้มที่ปรากฏในบริบทต่าง ๆ ก็แสดงให้เห็นว่า มีการยอมรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม กล่าวคือ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สนธิสัญญาด้านการลงทุน หรือกฎหมายภายในส่วนใหญ่จะไม่ได้ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และยังเริ่มมีการบัญญัติกฎเกณฑ์สำหรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยเฉพาะอีกด้วย

ดังนั้น ด้วยเหตุผลทั้งปวงที่ได้กล่าวถึงข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีการอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่ควรจำกัดการสนับสนุนเงินทุนในบางรูปแบบ และควรมีแนวทางในการกำกับปัญหาที่เกิดจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมีลักษณะเฉพาะด้วย ซึ่งรายละเอียดจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

6.2 บทวิเคราะห์แนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

6.2.1 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

6.2.1.1 การจำกัดการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยระบุเงื่อนไข

จากการศึกษาพบว่า ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ และสนธิสัญญาการลงทุน รวมถึงร่างข้อบังคับหรือข้อเสนอขององค์กรต่าง ๆ มีแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ดังต่อไปนี้

แนวทางแรก ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยปรากฏใน ข้อ 24 แห่ง United Arab Emirates BIT และต้นแบบการห้าม (Prohibition models) ในร่างข้อบทที่ 2 ของร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding)[453] ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL ที่จัดทำสำหรับการรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาด้านการลงทุน (inclusion in investment treaties) เสนอให้อาจห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบททั่วไปของสนธิสัญญา หรืออาจกำหนดเป็นเงื่อนไขในการเสนอข้อเรียกร้อง หรือเงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท หรือการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ (Denial of benefits) ตามสนธิสัญญา ซึ่งแนวทางนี้ขัดแย้งกับผลการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วย

---

[452] John Fellas, "Can Arbitrators Award Third-Party Funding Costs?," New York Law Journal 257, 125 (30 June 2017).

[453] โดยต่อไปจะเรียกว่า ร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL

การลงทุน ในหัวข้อ 6.1.3 ที่พบว่าการสนับสนุนเงินทุนมีประโยชน์ในแง่ของการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของคู่พิพาท และการส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน ซึ่งสอดคล้องกับแนวโน้มในบริบทต่าง ๆ ที่ได้ยอมรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม หากจะห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ หรือในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็อาจไม่ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลง เนื่องจากจะมีการสนับสนุนเงินทุนในรูปแบบดังกล่าวต่อไป เพียงแต่ปกปิดไว้เป็นความลับมากขึ้นเท่านั้น

แนวทางที่สอง อนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ดังที่กล่าวไปแล้วว่าแนวโน้มในบริบทต่าง ๆ อาทิเช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ หรือสนธิสัญญา มีการยอมรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การอนุญาตดังกล่าวมักกำหนดให้คู่พิพาทมีหน้าที่ต้องเปิดเผยหรือแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นหลัก โดยมิได้กำหนดข้อจำกัดเพิ่มเติม เนื่องจากประเด็นที่ได้รับความสนใจเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม คือ ปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับต่อไป อย่างไรก็ดี มีข้อเสนอในการจำกัดการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามปรากฏอยู่บ้างเช่นกัน โดยปรากฏในร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL กล่าวคือ กำหนดให้ผู้เรียกร้องต้องแสดงให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเสนอข้อเรียกร้องด้วยความสุจริตและไม่อยู่ในสถานะที่จะเสนอข้อเรียกร้องได้หากปราศจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยต้องยื่นคำร้องให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาอนุญาตก่อนเข้าทำข้อตกลงหรือรับการสนับสนุนเงินทุน หรืออีกกรณี การอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเฉพาะกรณีการลงทุนซึ่งปฏิบัติตามเงื่อนไขของการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่รัฐกำหนดไว้เท่านั้น รวมถึงการอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม แต่มีข้อยกเว้นโดยมีการจำกัดไม่ให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามบางรูปแบบตามรายการที่ระบุเอาไว้ในข้อบท เช่น ห้ามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งได้รับค่าตอบแทนความสำเร็จ (success fee) จากผลของกระบวนพิจารณาหรือผลรวมของกระบวนพิจารณา (portfolio of proceedings) หรือห้ามกรณีจำนวนคดีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้เงินทุนแก่ผู้เรียกร้องในการเรียกร้องเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากมาตรการเดียวกัน (same measure) ต่อรัฐผู้คัดค้านเกินจำนวนอันสมควร เป็นต้น

ในแง่หนึ่งแนวทางนี้มีข้อดี คือ หากเป็นกรณีสนธิสัญญาการลงทุน รัฐสามารถปรับเปลี่ยนข้อจำกัดได้ตามเป้าประสงค์ของแต่ละรัฐ แต่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่เจรจา ส่วนกรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ แต่ละสถาบันหรือองค์กรผู้จัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอาจต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมสำหรับลักษณะหรือประเภทของคู่พิพาท และข้อพิพาทที่มาใช้บริการ หรือใช้ข้อบังคับแต่อีกแง่หนึ่งนั้น การกำหนดข้อจำกัดต่าง ๆ ควรพิจารณาอย่างรอบคอบระมัดระวัง เนื่องจากอาจมีผล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และเพิ่มภาระรวมถึงขั้นตอนต่าง ๆ จนทำให้เกิดข้อยุ่งยากแก่คู่พิพาทและกระบวนพิจารณา

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาหัวข้อ 4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) พบว่า ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายที่อาจต้องชดใช้เป็นจำนวนมาก การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในกลไกดังกล่าวอาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่มากขึ้น และอาจเป็นสาเหตุทำให้ผู้เรียกร้องเรียกร้องค่าเสียหายในจำนวนเงินที่สูงกว่าปกติ (inflated claims) เพื่อเป็นการดึงดูดการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และเพื่อเป็นการชดเชยส่วนต่างที่ต้องแบ่งให้แก่บุคคลที่สามในกรณีที่ตนชนะคดี นอกจากนี้ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนย่อมไม่ยอมให้มีการตกลงระงับคดีหากจำนวนค่าเสียหายที่ถูกเสนอต่ำกว่าเพดานค่าใช้จ่ายที่ตนได้ลงทุนไว้ ด้วยเหตุนี้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจึงทำให้ความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติกับผลประโยชน์ของรัฐเสียไป ทำให้รัฐที่เป็นฝ่ายผู้คัดค้านต้องเสียค่าใช้จ่ายและชดเชยค่าเสียหายจำนวนมาก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อภาษีของประชาชนอันเป็นแหล่งที่มาของรายได้ที่สำคัญที่สุดของรัฐ และอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนในรัฐและการพัฒนาเศรษฐกิจ กล่าวคือ กระทบต่อชื่อเสียงของรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) ในการเป็นสถานที่อันปลอดภัยสำหรับการลงทุน และบั่นทอนความเชื่อมั่นของนักลงทุนจนทำให้สูญเสียการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนา[454] และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนยังอาจเป็นตัวเร่งปฏิกิริยาของนักลงทุนต่างชาติในการตัดสินใจเลือกที่จะใช้กลไก ISDS และยุติการลงทุนมากกว่าจะดำเนินกิจการต่อไปในรัฐผู้รับการลงทุน อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อการดำเนินการตามภารกิจของรัฐและการใช้นโยบายสาธารณะ ทำให้รัฐไม่ตรากฎหมายเพราะหวั่นเกรงต่อความเสี่ยงในการนำพาเข้าสู่กลไก ISDS และส่งผลให้รัฐไม่กล้าออกกฎหมายที่มีเหตุอันสมควรและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ และองค์กรที่สำคัญ เช่น UNCITRAL ควรมีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงรัฐต่าง ๆ ควรบัญญัติถึงแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอันเนื่องมาจากการสนับสนุนเงินจากบุคคลที่สามในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIAs) เพื่อให้แนวทางในการกำกับที่จะกล่าวถึงรายละเอียดในลำดับต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[454] Todd Allee and Clint Peinhardt, "Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment," International Organization 65, 3 (July 2011).

มีผลผูกพันคู่พิพาท และทำให้รัฐสามารถยกขึ้นต่อสู้หากมีการไม่ปฏิบัติตามแนวทางในการกำกับที่กำหนดไว้ใน IIAs ได้ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยการจำกัดไม่ให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรายใดสนับสนุนเงินทุนในข้อเรียกร้องที่กล่าวอ้างถึงการใช้มาตรการของรัฐหนึ่งรัฐใดว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเกินกว่าหนึ่งคดี โดยครอบคลุมทั้งการสนับสนุนเงินทุนเพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ และเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ กล่าวคือ หากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรายใดได้สนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องในการเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดจากการใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งของรัฐนั้น ๆ แล้ว จะต้องไม่มีการสนับสนุนเงินทุนแก่ข้อเรียกร้องอื่นซึ่งอ้างถึงมาตรการเดียวกันของรัฐดังกล่าวอีก โดยแนวทางดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับต้นแบบรายการที่จำกัด (Restriction list model) ของร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL ที่มีข้อเสนอประการหนึ่งว่า อนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ เว้นแต่จำนวนคดีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้สนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องที่เสนอข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรการเดียวกัน (same measure) ของรัฐหนึ่งรัฐใดเกินกว่าจำนวนคดีที่สมควร (exceeds a reasonable number)[455] โดยผู้เขียนเห็นว่า ข้อจำกัดดังกล่าวจะช่วยป้องกันการใช้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อเอื้อประโยชน์ในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อใช้ข่มขู่รัฐให้ชะลอหรือยกเลิกการใช้มาตรการซึ่งขัดต่อผลประโยชน์ของผู้เรียกร้องหรือบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นเอง แม้ว่ามาตรการหรือนโยบายดังกล่าวจะสุจริต (good faith) และเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น กรณีบริษัท Philip Morris กับประเทศออสเตรเลีย ซึ่งบริษัทข้ามชาติดังกล่าวได้ยื่นฟ้องต่อศาลสูงออสเตรเลียโดยกล่าวอ้างว่านโยบายซองบุหรี่แบบเรียบขัดต่อรัฐธรรมนูญ และยังถูกมองว่าอยู่เบื้องหลังการร้องเรียนของประเทศโดมินิกัน และประเทศคิวบาต่อองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ว่านโยบายซองบุหรี่แบบเรียบละเมิดสนธิสัญญาระหว่างประเทศและข้อบทของ WTO[456] นอกจากนี้ยังมีการยื่นเสนอข้อพิพาทต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นคดี Philip

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[455] DRAFT PROVISION 5 (Restriction list model)

1. Third-party funding is permitted unless:

(c) the number of cases that the third-party funder funds against the respondent State with regard to the same measure exceeds a reasonable number;

[456] Tobacco Tactics, "Australia: Challenging Legislation," [Online] Accessed: 15 June 2021. Available from: https://tobaccotactics.org/wiki/australia-challenging-legislation/

Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia[457] โดยอ้างถึงมาตรการเดียวกันนั้นว่าละเมิดพันธกรณีตาม Australia-Hong Kong BIT ทำให้บริษัท Philip Morris ได้รับความเสียหาย ถึงแม้ว่าประเทศออสเตรเลียจะชนะคดีทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น แต่ก็ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีสูงถึง 39 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย[458]

แม้กรณีข้างต้นจะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแก่ผู้เรียกร้อง แต่การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นตัวอย่างของการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทและกระบวนการยุติธรรมเพื่อข่มขู่ให้รัฐชะลอหรือยกเลิกมาตรการ รวมถึงเป็นการเตือนรัฐอื่น ๆ ที่กำลังพิจารณาออกมาตรการในลักษณะเดียวกันถึงความเป็นไปได้ที่นำไปสู่การต่อสู้คดีในกลไก ISDS ซึ่งมีค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายจำนวนมาก ทำให้ประเทศต่าง ๆ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความคุ้มค่าของมาตรการและค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีที่ต้องเสียไป ดังที่นักวิชาการหลายท่านตั้งข้อสังเกตถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบริษัทข้ามชาติดังกล่าวนั้นว่า เป็นการกระทำเพื่อชะลอมาตรการและเตือนรัฐต่าง ๆ ที่มีนโยบายหรือกำลังพิจารณาใช้นโยบายซองบุหรี่แบบเรียบถึงกลไก ISDS การร้องเรียน และการฟ้องร้องคดีที่อาจเกิดขึ้นเช่นเดียวกับที่บริษัทดังกล่าวกระทำต่อประเทศออสเตรเลีย[459]

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ควรจำกัดจำนวนคดีไม่ให้มีการสนับสนุนเงินทุนในคดีที่กล่าวอ้างมาตรการเดียวกันเกินกว่าหนึ่งคดี ซึ่งต่างจากข้อเสนอในร่างข้อบทฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL ที่จำกัดห้ามจำนวนคดีการสนับสนุนเงินทุนลักษณะดังกล่าวเกินกว่าจำนวนคดีที่สมควร หากสังเกตจากถ้อยคำของร่างข้อบทฯ จะเห็นได้ว่า แม้มิได้ระบุว่าจำนวนคดีที่จำกัดนั้นเป็นจำนวนเท่าใด แต่อย่างน้อยที่สุดสามารถมีการสนับสนุนเงินทุนได้มากกว่าหนึ่งคดี (the number of cases…exceeds a reasonable number) แต่เนื่องจากผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้รัฐจะเป็นฝ่ายชนะคดีหรือไม่ก็ตาม แต่การต่อสู้คดีของรัฐในกลไก ISDS เพียงหนึ่งคดีก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่มาจากภาษีของประชาชนเป็นจำนวนเฉลี่ยสูงถึง 180 ล้านบาท[460] ยิ่งไปกว่านั้น ชื่อเสียงของรัฐในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนและความน่าเชื่อถือในสายตานักลงทุนต่างชาติ รวมถึงการลงทุนทางตรง (FDI) ย่อมลดลง อันจะกระทบต่อเศรษฐกิจ และอาจส่งผลให้เกิด Regulatory Chill โดยรัฐมีความหวั่นเกรงจนไม่กล้า

---

[457] Philip Morris Asia Limited V. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

[458] Adam Gartrell and Health Correspondent, "Philip Morris Ordered to Pay Australia Millions in Costs for Plain Packaging Case,"(2017).

[459] นภนาง เอกอัคร, "นโยบายสาธารณสุขซองบุหรี่แบบเรียบง่าย ข้อพิพาทระหว่างประเทศ: บทเรียนจากออสเตรเลียสู่ไทย ตอนที่ 2," Public Health & Health Laws Journal 1(January - April 2016).

[460] โปรดดู Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021).

ออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะอีก เพื่อหลีกเลี่ยงการต้องเข้าสู่กลไก ISDS[461] ซึ่งผลกระทบดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประชาชนในรัฐนั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การจำกัดจำนวนคดีในกรณีนี้ไม่ให้มีการสนับสนุนเงินทุนเกินกว่าหนึ่งคดีเป็นสิ่งที่เหมาะสมมากกว่า

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า ข้อจำกัดดังกล่าวควรรวมถึงกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้สนับสนุนเงินทุนในคดีหนึ่งแล้ว จะต้องไม่เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการในฐานะผู้เรียกร้องในอีกคดีหนึ่ง โดยกล่าวอ้างถึงมาตรการเดียวกันของรัฐนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากผลแห่งคดีที่ได้ทำการสนับสนุนเงินทุนอันเป็นการใช้กลยุทธ์เพื่อให้ได้รับชัยชนะเหนือรัฐในคดีของตนเอง ดังเช่นในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia[462] ปรากฏว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้รับผลประโยชน์เป็นตัวเงินจากผลแห่งคดี แต่มีการสนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องเพื่อให้ได้คำวินิจฉัยไปอ้างในคดีที่ตนได้มีข้อพิพาทเนื่องจากการกระทำเดียวกันของรัฐผู้คัดค้านในอีกคดีหนึ่ง ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดความได้เปรียบในทางคดีแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งมีฐานะเป็นผู้เรียกร้องในอีกคดีด้วยเช่นกัน โดยทำให้บุคคลดังกล่าวทราบถึงพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ของรัฐ รวมถึงเหตุผลและแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถใช้กล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนได้ หรือในกรณีที่มีการสนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องเกี่ยวกับมาตรการเดียวกันของรัฐเกินกว่าหนึ่งคดีก็จะทำให้ผู้เรียกร้องในแต่ละคดีมีข้อได้เปรียบข้างต้นด้วยเช่นกัน เนื่องจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนสามารถนำข้อมูลในแต่ละคดีมาใช้เพื่อเพิ่มโอกาสในการชนะคดีและทำให้ตนได้รับผลตอบแทนจากผลแห่งคดีนั้น ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อรัฐ และเพิ่มความไม่สมดุลระหว่างผลเสียและค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องรับภาระกับสิทธิที่นักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ทั้งนี้ อาจมีการโต้แย้งจากฝ่ายที่สนับสนุนการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามว่าเหตุใดจึงต้องมีข้อจำกัดดังกล่าวข้างต้น เนื่องจากข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนระหว่างคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของคู่สัญญา และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนก็มิใช่บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องในข้อพิพาท และไม่ถูกผูกพันโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยเป็นเพียงผู้สนับสนุนเงินทุนให้แก่การอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเห็นเป็นเพียงการลงทุนอย่างหนึ่งเท่านั้น

---

[461] นภนาง เอกอัคร, "นโยบายสาธารณสุขของบุหรี่แบบเรียบง่าย ข้อพิพาทระหว่างประเทศ: บทเรียนจากออสเตรเลียสู่ไทย ตอนที่ 2," Public Health & Health Laws Journal 1(January - April 2016): 118.

[462] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

ผู้เขียนมีความเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาตินั้น ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ โดยการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททางการลงทุนต้องรักษาดุลยภาพของทั้งประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติและรัฐ มิใช่รักษาเพียงประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นสำคัญ ซึ่งกรณีนี้หากมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อเป็นการยับยั้งมาตรการในลักษณะเดียวกับที่บริษัท Philip Morris ใช้ และในอนาคตมีแนวโน้มที่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากบริษัทผู้สนับสนุนเงินทุนทางพาณิชย์โดยเฉพาะ จะเข้ามามีบทบาทสนับสนุนเงินทุนให้แก่อุตสาหกรรมขุดเจาะและอุตสาหกรรมพลังงาน ซึ่งได้รับผลกระทบจากนโยบายเพื่อลดปัญหาการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ (Climate Change) โดยลดการใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลและสนับสนุนพลังงานทดแทนในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน[463] รวมถึงมีกรณีการแสวงหาประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นโดยใช้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นกลยุทธ์เพื่อนำไปสู่ชัยชนะในการอนุญาโตตุลาการเหนือรัฐ ดังเช่นในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia[464] กรณีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมเป็นอย่างมาก ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการและการบัญญัติข้อจำกัดที่ได้เสนอไว้ข้างต้นใน IIAs จะช่วยแก้ไขปัญหาและเป็นแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเกิดจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่มีความเหมาะสมแล้ว

6.2.1.2 บทลงโทษ

นอกจากการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ และการบัญญัติให้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน มีกฎเกณฑ์หรือข้อบทที่กำหนดข้อจำกัดที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อก่อนหน้าแล้ว ยังควรต้องมีการกำหนดบทลงโทษของการฝ่าฝืนข้อจำกัดดังกล่าวไว้ในข้อบังคับและความตกลงดังกล่าวด้วย โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า บทลงโทษที่มีความเหมาะสมเพื่อป้องปรามไม่ให้มีการละเมิดข้อจำกัด ในกรณีที่คู่พิพาททราบว่ามีการฝ่าฝืนในระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณา ควรกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งยุติกระบวนพิจารณาเมื่อมีการร้องขอจากคู่พิพาท เนื่องจากเป็นบทลงโทษที่มีน้ำหนักมากที่สุดสำหรับทั้งนักลงทุนต่างชาติและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เพราะจะทำให้นักลงทุนไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายตามที่มีการเรียกร้อง และส่งผลให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้รับคืนค่าใช้จ่ายที่ใช้สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงค่าตอบแทน

---

[463] Ashurst, "Energy Disputes: 10 Thoughts for 2021," [Online] Accessed: 19 August 2021. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/insights/energy-disputes---10-thoughts-for-2021

[464] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

ตามผลแห่งคดีอีกด้วย ซึ่งบทลงโทษนี้จะส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือในการไม่ฝ่าฝืนข้อจำกัด อย่างไรก็ตาม อาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาโทษตามที่เห็นสมควรได้เพื่อเพิ่มความยืดหยุ่นและเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาพฤติการณ์และความเหมาะสมในแต่ละคดี

นอกจากนี้ แม้มีการอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และผู้เขียนมีความเห็นว่าควรมีการจำกัดการสนับสนุนเงินทุนในบางกรณีและมีบทลงโทษเมื่อมีการละเมิดข้อจำกัดดังกล่าวดังที่ได้ทำการวิเคราะห์ไปแล้วข้างต้น แต่ยังมีข้อควรพิจารณาเพิ่มเติมว่า ในบางประเทศถือว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนหรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่พิพาทเพื่อให้มีการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ดังเช่น กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ที่ยึดถือหลัก Maintenance and Champerty ซึ่งห้ามการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าว แม้ในบางประเทศจะมีการผ่อนปรนหรือยกเลิกหลักการดังกล่าว แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศไอร์แลนด์ยังคงยึดถือตามหลักการข้างต้น และศาล Supreme Court ในคดี Persona Digital Telephony Limited v The Minister for Public Enterprise, Ireland & Ors[465] ยังได้ตัดสินว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามละเมิดหลัก Maintenance and Champerty[466] และต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศไอร์แลนด์ หรือกรณีประเทศไทย ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่า การสนับสนุนการยุยงส่งเสริมให้เป็นความโดยไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทถือว่าเป็นแสวงหาประโยชน์จากการเป็นความของบุคคลอื่น อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[467]

ดังนั้น หากเป็นกรณีที่การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอยู่ภายใต้ New York Convention การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแก่คู่พิพาทอาจทำให้คำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ด้วยเหตุที่คำชี้ขาดนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรืออาจถูกปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลของประเทศที่บังคับคำชี้ขาด เนื่องจากคำชี้ขาดที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 5 (2) (b)[468] แห่ง New York Convention ซึ่งกรณีดังกล่าวศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองหรือในทางปฏิบัติคู่พิพาทสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้เช่นกัน

---

[465] Persona Digital Telephony Limited v The Minister for Public Enterprise, Ireland & Ors [2017] IESC 27

[466] Paul Convery, "Third Party Litigation Funding in the Irish Context," in Corporate Dispute (2017), p. 2.

[467] ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2492 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7014/2542

[468] Article V

ส่วนการอนุญาโตตุลาการภายใต้บังคับของ ICSID Convention นั้น ดังที่เคยศึกษารายละเอียดมาแล้วในบทที่ 2 ว่า เป็นระบบที่สมบูรณ์ในตัวเอง ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex loci arbitri) และศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ไม่มีอำนาจแทรกแซงหรือตรวจสอบคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายใต้ ICSID Convention โดยต้องยอมรับคำชี้ขาดว่ามีผลผูกพันและบังคับหนี้เงินตามคำชี้ขาดภายในดินแดนของตนเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลภายในประเทศนั้น[469] ประกอบกับ ICSID Convention ไม่ได้บัญญัติให้คำชี้ขาดที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 52[470] ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวอ้างว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อเป็นเหตุในการเพิกถอนหรือปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้

6.2.2 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Potential Conflicts of Interest)

6.2.2.1 ข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

เมื่อการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีความแพร่หลายอย่างมากและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกลายเป็นบุคคลที่เข้ามามีบทบาทเพิ่มเติมในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน กล่าวคือ เดิมผู้มีบทบาทสำคัญในการอนุญาโตตุลาการมีเพียงอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาท และทนายความของคู่พิพาท ดังนั้น เมื่อมีบุคคลภายนอกเข้ามามีบทบาทเพิ่มเติมโดยที่บุคคลอื่นนอกจากคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนและทนายความของฝ่ายคู่พิพาทนั้นไม่ล่วงรู้ถึง

Chulalongkorn University

---

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

[469] ICSID, "Special Features and Benefits of Icsid Membership," [Online] Accessed: 19 August 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_Benefits_English.23.2020.pdf

[470] "Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;

(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;

(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;

(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or

(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based..."

ข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงเป็นปัญหาว่าควรมีการเปิดเผยว่ามีบุคคลเช่นว่านั้นให้ผู้มีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการอยู่เดิมรับทราบหรือไม่ ซึ่งประเด็นสำคัญที่ทำให้หลายฝ่ายเกิดความกังวลในกรณีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น เนื่องจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นและอาจส่งผลกระทบต่อความโปร่งใส ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้อง (integrity) ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจกลายเป็นเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการอันจะทำให้กระบวนพิจารณาเกิดความล่าช้า[471] หรือเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนและบังคับตามคำชี้ขาดได้

โดยผู้เขียนจะขอนำศึกษาตัวอย่างสถานการณ์ที่อาจก่อให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยมีรายละเอียดดังนี้

กรณีตัวอย่าง บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน F สนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้เรียกร้อง C1 ในการอนุญาโตตุลาการคดี A1 โดยผู้เรียกร้อง C1 ได้เสนอชื่อ X เพื่อแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่มีข้อเท็จจริงว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน F ได้สนับสนุนเงินทุนให้ผู้เรียกร้อง C2 ในการอนุญาโตตุลาการคดี A2 ซึ่ง X เป็นทนายความของผู้เรียกร้องในคดี A2 ดังกล่าว เช่นนี้แล้ว X ควรเป็นอนุญาโตตุลาการในคดี A1 หรือไม่[472]

จากที่ได้ศึกษาหัวข้อ 3.2 ลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าทนายความของคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น ต่างต้องมีการติดต่อสื่อสารระหว่างกันเป็นประจำ อย่างน้อยในการรายงานความคืบหน้าของคดีเป็นรายเดือน การส่งใบแจ้งหนี้เพื่อให้บุคคลที่สามชำระค่าใช้จ่าย รวมไปถึงข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้ชำระค่าทนายความให้แก่ทนายความโดยตรง นอกจากนี้อาจเป็นไปได้ว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้เลือกทนายความและสำนักงานทนายความของทนายความรายดังกล่าว โดยในกรณีนี้หากเทียบเคียงในรายการ Application Lists ของแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: IBA Guidelines) อาจเทียบได้กับพฤติการณ์ในกรณีสีแดง ประเภท Waivable Red List ซึ่งเป็นกรณีที่เมื่ออนุญาโตตุลาการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงแล้วก็ยังไม่สามารถทำหน้าที่ได้จนกว่าจะได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากคู่พิพาท กล่าวคือ ข้อ 2.3.1 กำหนดพฤติการณ์ไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทน (ทนายความ) หรือให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาท

---

[471] Secretariat, I., "Proposals for Amendment of the Icsid Rules — Working Paper "(ICSID, 2 August 2018), p. 135.

[472] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), pp. 132, 138.

(affiliate)[473] ในปัจจุบัน ดังนั้น กรณีตัวอย่างที่ยกขึ้นมานี้ X ควรต้องเปิดเผยข้อมูลความสัมพันธ์ระหว่างตนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนดังกล่าวให้ผู้เกี่ยวข้องในคดี A1 ทราบ

แต่การเปิดเผยข้อมูลดังกรณีตัวอย่างที่นำมาศึกษาอาจไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลย หากไม่มีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้อนุญาโตตุลาการทราบ และหากคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนทราบข้อมูลดังกล่าวในภายหลังอาจนำไปสู่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หรือมีการขอเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้นทุกฝ่าย ดังนั้น เมื่อในปัจจุบันกฎเกณฑ์และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL ซึ่งเป็นข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ ยังไม่มีการบัญญัติถึงการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL ให้มีการกำหนดหน้าที่ของคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนในการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อความโปร่งใส และเพื่อให้อนุญาโตตุลาการรับทราบข้อมูลและปฏิบัติตามหน้าที่ในการตรวจสอบการขัดกันแห่งผลประโยชน์และเปิดเผยข้อมูลที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการต่อไป โดยที่คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนก็จะได้รับทราบถึงการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและสามารถตรวจสอบหรือประเมินพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่อาจกระทบต่อผลประโยชน์ของตนได้

6.2.2.2 ข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่ต้องเปิดเผย

จากที่ได้ทำการวิเคราะห์มาแล้วว่าควรมีการกำหนดหน้าที่ของคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนให้ทำการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ในลำดับต่อไปจึงจะนำศึกษาและวิเคราะห์ว่ามีแนวทางการเปิดเผยข้อมูลอย่างไร และเปิดเผยข้อมูลอะไรบ้าง โดยจะพิจารณารายละเอียดตามลำดับดังนี้

1) การเปิดเผยข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงกฎเกณฑ์และแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทต่าง ๆ แล้วพบว่า ปัญหาที่ได้รับการให้ความสำคัญมากที่สุดเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นเป็นปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น

[473] ในที่นี้พิจารณาเทียบเคียงได้เนื่องจาก General Standard 6(b) กำหนดให้นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาซึ่งมีส่วนได้เสียในทางเศรษฐกิจโดยตรงในผลคำตัดสินชี้ขาด อาจถือว่ามีอัตลักษณ์ (identity) เดียวกับคู่พิพาท (legal entity) ส่วนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาท (affiliate) ใน Guidelines นี้ IBA Guidelines หมายถึง กรณีบริษัทในเครือซึ่งจะรวมบริษัทแม่ด้วย

ของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Potential Conflicts of Interest) โดยจะเห็นได้จากการที่มีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ให้มีการกำหนดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลหรือให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการสั่งให้มีการเปิดเผยข้อมูล หรือมีการกำหนดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสนธิสัญญาการลงทุน แม้แต่ ICSID และ UNCITRAL ก็ได้มีการพิจารณาและเสนอแนวทางในประเด็นดังกล่าว ซึ่งแนวทางในการกำหนดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 3 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ การเปิดเผยข้อมูลโดยสมัครใจ (Voluntary) การเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ (Mandatory) และการเปิดเผยข้อมูลโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ (Discretion) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

แนวทางแรก การเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ (Mandatory)

จากการศึกษาพบว่า แนวโน้มของการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลของคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนส่วนใหญ่จะเป็นในรูปแบบของการบังคับ กล่าวคือ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ รวมถึงสนธิสัญญาด้านการลงทุนมีการบัญญัติให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยแจ้งข้อมูล 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ข้อมูลการมีอยู่ (existence) ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม[474] หรือบางข้อบังคับจะใช้ถ้อยคำว่า การมีอยู่และลักษณะ (existence and nature) ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม[475] หรือเป็นกรณีที่ใช้ถ้อยคำว่า ข้อเท็จจริงที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (the fact that a funding agreement has been made)[476]

ประการที่สอง ข้อมูลระบุตัวตน (identity) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน[477] หรือใช้ถ้อยคำว่า ชื่อและที่อยู่ (name and address) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน[478]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

โดยส่วนใหญ่จะบัญญัติให้เปิดเผยข้อมูลทั้ง 2 ประการ แต่ในบางสนธิสัญญาด้านการลงทุนจะใช้ถ้อยคำกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเมื่อมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เช่น CETA และ CCFTA แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันเพียงเล็กน้อยไม่ก่อให้เกิดข้อแตกต่างในสาระสำคัญ และการไม่ได้กำหนด

---

[474] ICC Article 11 (7) and ACICA Article 44

[475] CIETAC Article 27 and EU - Vietnam Investment Protection Agreement (Article 3.37)

[476] HKIAC Article 44

[477] ICC Article 11 (7), ACICA Article 44 and HKIAC Article 44

[478] CIETAC Article 27, CETA Article 8.26, CCFTA Article G-23 bis, 2019 Netherlands Model Bilateral Investment Treaty (Article 19 (8)), EU–Singapore Investment Protection Agreement (Article 3.8) and EU - Vietnam Investment Protection Agreement (Article 3.37)

ให้เปิดเผยข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในสนธิสัญญาบางฉบับ ก็มิได้ทำให้มีผลแตกต่างเนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เสมือนเป็นการเปิดเผยการมีอยู่ดังกล่าวไปในคราวเดียวกันด้วยแล้ว

นอกจากนี้ กรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการมักให้แจ้งข้อมูลต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการแจ้งเมื่อใดนั้นแต่ละข้อบังคับจะกำหนดไว้แตกต่างกัน เช่น ในบางกรณีกำหนดให้แจ้งพร้อมหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ หรือหนังสือตอบการแจ้งดังกล่าว โดยหากทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังวันเริ่มการอนุญาโตตุลาการให้แจ้งโดยเร็วที่สุด และให้แจ้งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของข้อมูลด้วย[479] หรือบางกรณีอาจกำหนดไว้อย่างกว้างว่าให้แจ้งโดยไม่ชักช้า[480] และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากเป็นกรณีสนธิสัญญาด้านการลงทุนมักจะกำหนดให้แจ้งข้อมูลต่อคู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่สนธิสัญญาจะกำหนดให้มีการแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งและคณะอนุญาโตตุลาการทราบ โดยทำการเปิดเผยขณะที่ยื่นเสนอข้อเรียกร้อง หรือหากได้รับการบริจาคหรือเงินอุดหนุน หรือทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังการยื่นข้อเรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอย่างเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ชักช้า

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า มีบางข้อบังคับอนุญาโตตุลาการและสนธิสัญญาด้านการลงทุนบางฉบับที่มีการกำหนดนิยามการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเอาไว้ซึ่งส่วนใหญ่จะครอบคลุมทั้งกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนเป็นตัวเงินและกรณีมิได้รับผลตอบแทนเป็นตัวเงิน ซึ่งเป็นการบริจาค หรือได้รับเงินอุดหนุน แต่ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC จะครอบคลุมเพียงบุคคลผู้ที่มิใช่คู่พิพาทซึ่งมีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในผลแห่งการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ได้รับผลประโยชน์เป็นตัวเงินเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อบังคับฯ ของ ICC อาจได้รับอิทธิพลจาก IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ซึ่งใช้ถ้อยคำว่าผู้ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรง

แนวทางที่สอง การเปิดเผยข้อมูลโดยสมัครใจ (Voluntary)

การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยสมัครใจนั้น ปรากฏใน General Standard 7 (a) ของแนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: IBA Guidelines) ที่กำหนดให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลในโอกาสแรกด้วยความริเริ่มของตน (The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity)

---

[479] HKIAC Article 44

[480] CIETAC Article 27

โดยกำหนดให้คู่พิพาทแจ้งความสัมพันธ์ทั้งทางตรงและทางอ้อมระหว่างตนกับอนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับผู้ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรงในผลคำตัดสินชี้ขาด ซึ่งรวมถึงบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยให้แจ้งต่ออนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือผู้มีอำนาจอื่นที่ได้แต่งตั้ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสอดคล้องกับลักษณะของ IBA Guidelines ที่มีสถานะเป็น Soft Law อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีสถาบันอนุญาโตตุลาการใช้แนวทางการเปิดเผยข้อมูลโดยสมัครใจด้วยเช่นกัน ดังเช่น SCC ได้กำหนดนโยบาย (Policy on Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute) เมื่อวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2019 โดยสนับสนุนให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลโดยระบุตัวตน (identity) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่มีผลประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญในผลแห่งข้อพิพาท[481]

แนวทางที่สาม การเปิดเผยข้อมูลโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ (Discretion)

การเปิดเผยข้อมูลโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ ปรากฏตาม Rule 24 (l)[482] ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ SIAC ซึ่งให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการสั่งให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลถึงการมีอยู่ (existence) ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และ/หรือ สั่งให้เปิดเผยว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้ใด (identity) และหากเห็นว่าเหมาะสมให้สั่งเปิดเผยรายละเอียดผลประโยชน์ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในผลแห่งคดี และ/หรือ มีการตกลงรับผิดชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่เปิดกว้างให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจตามพฤติการณ์ในคดีตามที่เห็นสมควร

2) การเปิดเผยข้อมูลข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

จากการศึกษาพบว่ามีกฎเกณฑ์ที่กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยเป็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจสั่งให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเพิ่มเติม โดยมิได้เป็นการบังคับให้มีการเปิดเผยข้อมูลข้อตกลงการสนับสนุน

---

[481] Each party is encouraged to disclose... the identity of any third party with a significant interest in the outcome of the dispute, including but not limited to funders...

[482] 24. Additional Powers of the Tribunal

Unless otherwise agreed by the Parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to:

l. order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability;

เงินทุนตั้งแต่แรก ไม่เหมือนกับข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ดังเช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ CIETAC ใน Article 27 ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการสั่งให้คู่พิพาทที่ได้รับเงินทุนจากบุคคลที่สามเปิดเผยข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ SIAC ใน Rule 24 (l) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการสั่งให้เปิดเผยรายละเอียดผลประโยชน์ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในผลแห่งคดี และ/หรือ มีการตกลงรับผิดชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่

6.2.2.3 แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Potential Conflicts of Interest)

แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เช่น ICSID รวมถึงองค์กรที่มีการจัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับความนิยมอย่างมากในการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ ดังเช่น UNCITRAL ควรแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ รวมถึงในการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของรัฐ ควรมีการกำหนดให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลนั้นควรใช้แนวทางการเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ (mandatory) เนื่องจากจะเป็นวิธีที่ทำให้ทราบถึงการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ทุกกรณีและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากหากใช้แนวทางการเปิดเผยข้อมูลโดยสมัครใจจะต้องขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่พิพาทว่าต้องการเปิดเผยข้อมูลหรือไม่ ซึ่งผลของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือสนธิสัญญาด้านการลงทุนที่กำหนดให้มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลตามแนวทางดังกล่าวอาจไม่ทำให้เกิดความแตกต่าง เนื่องจากสภาพปัญหาในปัจจุบัน กรณีที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่บังคับให้มีการเปิดเผย อาจมีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามปรากฏในคดีอยู่บ้างแต่เป็นเพียงจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น เช่นเดียวกับกรณีของการเปิดเผยข้อมูลโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งอาจเกิดขึ้นในกรณีที่คู่พิพาททราบจากรายงานข่าวหรือช่องทางอื่น ๆ ว่า คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม จึงขอให้อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้มีการเปิดเผยข้อมูลระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือในบางกรณีอาจมีการขอให้เปิดเผยข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนไปพร้อมกัน หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยินยอมเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว

ทั้งนี้ ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยบังคับนั้น มีความเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะทำให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นและมีการร้องขอให้อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายมากขึ้นตามไปด้วย หรืออาจกลายเป็นการเปิดเผยข้อมูลมากเกินไป (overdisclosure) จนไม่สามารถหาอนุญาโตตุลาการ

มาทำหน้าที่ในคดีได้[483] อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นหนึ่งในหลักพื้นฐานของธรรมนูญแห่งการอนุญาโตตุลาการ (Magna Carta of Arbitration) เป็นคุณสมบัติซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการทุกคนพึงต้องมีอยู่ตลอดกระบวนพิจารณา รวมถึงความโปร่งใส (Transparency) ซึ่งเป็นคุณธรรมที่สำคัญในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาท และเป็นหลักการซึ่งควรดำรงไว้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างมากกับประโยชน์สาธารณะ หลักการทั้งสามนี้มีความสำคัญและควรป้องกันไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น จึงควรมีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนแบบบังคับเพื่อช่วยปกป้องคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้อง (integrity) ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ (mandatory) ซึ่งจะใช้เป็นแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ควรมีการกำหนดให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนต้องมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ (beneficial owner) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือตัดสินใจแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น เช่น ผู้จัดการหรือที่ปรึกษาการลงทุน ทำให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle: SPV)[484] ซึ่งมีความสอดคล้องกับร่างข้อบทที่ 7 ของของร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL เนื่องจากผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์หรือมีอำนาจในการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน นอกจากข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น จะช่วยให้การประเมินการขัดกันแห่งผลประโยชน์มีประสิทธิภาพและครอบคลุมรูปแบบการลงทุนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่อาจมีความเปลี่ยนแปลงและอาจมีรูปแบบที่ซับซ้อนมากขึ้น

โดยการแจ้งข้อมูลดังกล่าวควรกำหนดให้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องมีการแจ้งทุกครั้งที่ข้อมูลมีการเปลี่ยนแปลง และควรกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการเรียกให้แจ้งข้อมูลเพิ่มเติมรวมถึงข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน โดยเมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับแจ้ง

---

[483] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).

[484] UNCITRAL, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Draft Provisions on Third-Party Funding (Initial Draft),"(2021).

ข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่ได้รับการเปิดเผย จะต้องตรวจสอบและเปิดเผยข้อมูลความสัมพันธ์ที่มีความสำคัญระหว่างตนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และต้องเปิดเผยสถานการณ์ต่าง ๆ ที่มีความเปลี่ยนแปลงซึ่งอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงต่อความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งจะคล้ายคลึงกับร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICSID ข้อ 14[485] และร่างข้อบทที่ 7 ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL

อย่างไรก็ตาม วิธีการแจ้งและต้องแจ้งแก่บุคคลใดบ้างอาจกำหนดให้มีความแตกต่างกันในแต่ละข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน[486] เพื่อให้มีความเหมาะสมตามขั้นตอนหรือรายละเอียดวิธีพิจารณาที่มีความแตกต่างกันในแต่ละข้อบังคับ ตัวอย่างเช่น ในกรณี ICSID ควรแจ้งข้อมูลต่อเลขาธิการ เพื่อให้ทำการแจ้งไปยังผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เมื่อมีการลงทะเบียนการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ หรือแจ้งทันทีเมื่อทำข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามภายหลังการลงทะเบียนดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICSID ข้อ 14[487] ส่วนกรณีที่คู่พิพาทตกลงดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้คู่พิพาทที่รับการสนับสนุนเงินทุนดำเนินการแจ้งคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อทำหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการหรือหนังสือตอบกลับการแจ้ง และเมื่อมีการเสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ทำการแจ้งข้อมูลแก่อนุญาโตตุลาการที่ประสงค์จะแต่งตั้ง โดยกรณีที่ทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังการมีหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการหรือหนังสือตอบกลับ ให้คู่พิพาทแจ้งไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยเร็ว เช่นเดียวกับเมื่อมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนหลังจากมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทต้องแจ้งข้อมูลแก่คณะอนุญาโตตุลาการโดยเร็วเช่นกัน ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นไม่สอดคล้องกับร่างข้อบทที่ 7[488] ของร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL ที่กำหนดให้แจ้งข้อมูลพร้อมการยื่นข้อเรียกร้อง (statement of claim) ซึ่งจะเป็นขั้นตอนหลังจากการ

---

[485] Ibid., 9-12.

[486] กรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือสนธิสัญญาการลงทุน โดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งและคณะอนุญาโตตุลาการทราบข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยทำการเปิดเผยขณะที่ยื่นเสนอข้อเรียกร้อง หรือหากได้รับการบริจาคหรือเงินอุดหนุน หรือทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังการยื่นข้อเรียกร้อง ให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอย่างเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ชักช้า อย่างไรก็ตาม อาจต้องคำนึงถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการที่รัฐอาจตกลงกันเพื่อจะใช้บริการเมื่อเกิดข้อพิพาทด้วย เนื่องจากอาจมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอาจมีการกำหนดรายละเอียดหน้าที่การเปิดเผยข้อมูลที่มีความแตกต่างกัน

[487] ICSID, "Icsid Rules and Regulations Amendment - Working Papers," [Online] Accessed: 20 June 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments

[488] UNCITRAL, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Draft Provisions on Third-Party Funding (Initial Draft),"(2021), pp. 9-12.

ทำหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ และมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลโดยเร็วที่สุด เพื่อให้คู่พิพาททราบถึงข้อเท็จจริง รวมถึงมีการแจ้งแก่ผู้ได้รับการเสนอชื่อเพื่อแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถตรวจสอบและเปิดเผยข้อมูลความสัมพันธ์ระหว่างตนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และบุคคลที่ได้รับประโยชน์หรือมีอำนาจตัดสินใจที่อาจทำให้เกิดเหตุอันควรสงสัยต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้

ทั้งนี้ ในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หน้าที่การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามควรเป็นหน้าที่ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้เรียกร้องหรือผู้คัดค้านที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน เพื่อความโปร่งใส ความเสมอภาคเท่าเทียม และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ การเปิดเผยข้อมูลควรครอบคลุมการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนเงินทุนเพื่อผลประโยชน์เป็นตัวเงิน เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ก็ตาม เนื่องจากในกรณีเหล่านี้ล้วนอาจเกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้เช่นเดียวกัน ซึ่งแนวความคิดนี้สอดคล้องกับแนวโน้มที่เกิดขึ้นในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รวมถึงสนธิสัญญาด้านการลงทุนรุ่นใหม่ แต่จะต่างจากแนวทางในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC และ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration ซึ่งจะครอบคลุมเพียงกรณีการสนับสนุนเงินทุนเพื่อผลประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวเงินเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนนั้นหากมีคำร้องขอให้มีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในส่วนของค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ผู้ร้องขอต้องมีการเปิดเผยข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายที่ร้องขอ หรือกรณีมีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย ควรมีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับข้อตกลงในส่วนที่ระบุการรับภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งตามคำสั่งที่อาจเกิดขึ้นและสิทธิการบอกเลิกสัญญา ซึ่งรายละเอียดจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ในหัวข้อ 6.2.4 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) และการจัดสรรค่าใช้จ่าย (Allocation of costs) ในการอนุญาโตตุลาการต่อไป

ซึ่งในส่วนของบทลงโทษในการไม่เปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวเมื่อจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี โดยกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่รับการสนับสนุนเงินทุนแต่ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลต้องเป็นฝ่ายชดใช้ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า หน้าที่

ในการเปิดเผยข้อมูลนั้นตกแก่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งทราบดีอยู่แล้วว่าตนได้รับการสนับสนุนเงินทุนหรือไม่ จากผู้ใด อย่างไรก็ตาม ข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ (beneficial owner) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือตัดสินใจแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจไม่ได้อยู่ในความรับรู้ของคู่พิพาทตั้งแต่ต้น จึงอาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมได้

อย่างไรก็ตาม กรณีการอนุญาโตตุลาการภายใต้บังคับของ ICSID Convention หากในระหว่างที่ยังไม่ปิดการพิจารณา พบว่า มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งทำให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนสามารถอ้างการไม่มีอิสระในการทำคำตัดสิน ทำให้ขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 14 (1)[489] อย่างชัดแจ้ง เพื่อคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 57[490] แห่ง ICSID Convention ได้

หากเป็นกรณีที่ภายหลังจากมีการทำคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนพบว่ามีการไม่เปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และเห็นว่าเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาทำคำชี้ขาดเนื่องจากความสัมพันธ์ที่มีต่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน หรืออาจเป็นกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแล้ว แต่อนุญาโตตุลาการไม่แจ้งถึงความสัมพันธ์ของตนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งเป็นการบ่งชี้ว่ามีการขัดกันแห่งผลประโยชน์และทำให้ขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งคู่พิพาททราบถึงกรณีดังกล่าวภายหลังจากมีคำชี้ขาด คู่พิพาทอีกฝ่ายนั้นอาจยกพฤติการณ์ดังกล่าวขึ้นอ้างว่าเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดภายใต้ ICSID Convention ได้ โดยอ้างเหตุคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับ

---

[489] Article 14

(1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.

[490] Article 57

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

การจัดตั้งขึ้นโดยถูกต้อง ตามมาตรา 52 (1) (a)[491] และเหตุมีการเบี่ยงเบนออกไปจากกฎเกณฑ์พื้นฐานของวิธีพิจารณาความอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 52 (1) (d)[492] ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของวิธีพิจารณาความ โดยมีตัวอย่างการเพิกถอนตามเหตุดังกล่าว อาทิเช่น การตัดสินของคณะกรรมการเพิกถอนในคดี Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain[493] ที่ให้เพิกถอนคำชี้ขาด โดยเหตุคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยถูกต้อง และเหตุมีการเบี่ยงเบนออกไปจากกฎเกณฑ์พื้นฐานของวิธีพิจารณาความอย่างร้ายแรง เนื่องจากพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อมีการประเมินทางอัตวิสัยของข้อเท็จจริง บุคคลที่สามจะเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและผู้เชี่ยวชาญฝ่ายนักลงทุนมีการปรากฏของอคติอย่างชัดแจ้ง (manifest appearance of bias) รวมถึงการไม่เปิดเผยข้อมูลของอนุญาโตตุลาการทำให้คู่พิพาทไม่สามารถคัดค้านและมีคณะอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ซึ่งการไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นอาจกระทบต่อคำชี้ขาดอย่างมีนัยสำคัญ[494]

ส่วนกรณีการอนุญาโตตุลาการที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention ความไม่เป็นกลางและความไม่เป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการอาจทำให้คำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ด้วยเหตุที่คำชี้ขาดนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจถูกปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลของประเทศที่บังคับคำชี้ขาด เนื่องจากคำชี้ขาดที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 5 (2) (b)[495] แห่ง New York Convention

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[491] Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;

[492] Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or

[493] Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Decision on Annulment, 11 June 2020

[494] Claudia Benavides Galvis and María Angélica Burgos, "The Investment Treaty Arbitration Review: Annulment of Investment Arbitration Awards," [Online] Accessed: 25 August 2021. Available from: https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/annulment-of-investment-arbitration-awards

[495] Article V

ทั้งนี้ หากมีข้อบังคับในลักษณะดังกล่าว ในการเข้าทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนคู่พิพาทควรเจรจาให้มีข้อกำหนดที่ระบุหน้าที่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการแจ้งข้อมูลดังกล่าว โดยถือว่าการแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการหรือตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการละเมิดต่อสัญญาการไม่เปิดเผยข้อมูล (NDA) ด้วย

6.2.3 ข้อวิเคราะห์แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility)

เมื่อทราบแล้วว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีปัญหาในการพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility) เนื่องจากมีความไม่แน่ชัดว่าเมื่อมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามให้แก่ฝ่ายนักลงทุนต่างชาติผู้เรียกร้องแล้ว นักลงทุนต่างชาติจะยังคงถือเป็นนักลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ IIAs หรือไม่ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าปัญหาดังกล่าวสามารถนำหลักการ กฎเกณฑ์ หรือผลคำชี้ขาดของคดีมาปรับใช้ได้หรือไม่ และควรมีแนวทางในการกำกับปัญหาดังกล่าวอย่างไรและเป็นไปในทิศทางใด โดยจะพิจารณาตามลำดับโดยมีรายละเอียดดังนี้

6.2.3.1 ข้อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยเมื่อมีข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา

(ก) แนวคำวินิจฉัยกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี

จากการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility) พบว่า ข้อโต้แย้งที่มักปรากฏในคดีซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามส่วนหนึ่งล้วนเกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นคู่พิพาทที่แท้จริง (real party) เป็นผู้เดียวที่ได้ประโยชน์หากผู้เรียกร้องชนะคดี ดังเช่นที่ปรากฏตามข้อโต้แย้งของประเทศอาร์เจนตินาในคดี Teinver and others v. Argentina[496] ทำให้นักลงทุนต่างชาติผู้เรียกร้องไม่ใช่นักลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตาม IIAs อีกต่อไป และขอให้คณะอนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้องเนื่องจากไม่มีเขตอำนาจ ซึ่งข้อโต้แย้งดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐาน

---

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

[496] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1, 21 Dec 2012.para.245

ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้สนับสนุนเงินทุนในค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของฝ่ายผู้เรียกร้อง และจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนโดยขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี

1) การทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนภายหลังวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ

คดี Teinver and others v. Argentina[497] ปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่า บริษัท Burford Capital Limited (บริษัท Burford) เป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้องในค่าใช้จ่ายการอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (funding agreement) โดยมีการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวตามที่มีการคัดค้านจากประเทศอาร์เจนตินาที่โต้แย้งว่า บริษัท Burford เป็นคู่พิพาทที่แท้จริง ซึ่งนอกจากมีผลประโยชน์ทางกฎหมายร่วมกัน (common legal interest) กับผู้เรียกร้องแล้ว ยังเป็นผู้เดียวที่น่าจะได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาด การปล่อยให้บริษัท Burford ซึ่งไม่ได้เข้าเงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจภายใต้ ICSID Convention และไม่ได้เป็นนักลงทุนในประเทศอาร์เจนตินาหรือเป็นบริษัทที่จัดตั้งในประเทศสเปนให้ได้รับผลประโยชน์จากกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญานั้น (Argentina - Spain BIT) ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาและข้ามขีดจำกัดความยินยอมของทั้งอาร์เจนตินาและสเปนในเขตอำนาจการอนุญาโตตุลาการ[498] อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนี้ เนื่องจากบรรดาสัญญาหรือข้อตกลงที่ผู้คัดค้านอ้างขึ้นเพื่อโต้แย้งซึ่งรวมถึงข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน ถูกทำขึ้นภายหลังการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ[499]

จากคำวินิจฉัยข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการถือวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญในการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาข้อเท็จจริงว่าในวันดังกล่าวว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจหรือไม่ หากปรากฏว่ามีเขตอำนาจแล้ว ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อื่นใดที่เกิดขึ้นภายหลังวันดังกล่าวย่อมไม่มีผลต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด โดยในคดีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID เช่นในคดีนี้จะถือว่าการอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำคำร้องขอเป็นหนังสือซึ่งเรียกว่า “คำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ” (request for arbitration) ยื่นต่อเลขาธิการ (the Secretary-General) ตามมาตรา 36 แห่ง ICSID Convention[500] ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงในคดี

---

[497] Ibid.

[498] Ibid.paras 245-246.

[499] Ibid.paras 255-259.

[500] Article 36

ปรากฏว่าวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2008 เป็นวันที่มีการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการต่อเลขาธิการ และข้อตกลงการสนับเงินทุนทำขึ้นในวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 2010 หลังจากวันที่ถือเป็นวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้การทำข้อตกลงการสนับเงินทุนไม่มีนัยสำคัญที่จะทำให้เขตอำนาจที่มีอยู่นั้นเสียไป แม้ว่าจะเป็นข้อตกลงที่มีการกำหนดให้ผู้เรียกร้องได้รับผลตอบแทนจากผลแห่งคดีก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาปรากฏว่าประเทศอาร์เจนตินาฝ่ายผู้คัดค้านได้ยื่นคำขอเพิกถอนคำชี้ขาดในคดีข้างต้น โดยกล่าวอ้างว่าการลงทุนและการอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้เป็นการใช้ระบบ ICSID ไปในทางมิชอบ (abuse) โดยการปล่อยให้บริษัท Burford บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องในข้อพิพาท ได้รับผลประโยชน์จาก BIT และ ICSID Convention แม้ว่าหากพิจารณาข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนแล้วบริษัทดังกล่าวจะไม่มีคุณสมบัติเป็นนักลงทุน ไม่มีการลงทุนภายใต้ BIT อีกทั้งบริษัท Burford รวมถึงบริษัท King & Spalding ซึ่งเป็นคณะทนายความฝ่ายผู้เรียกร้อง[501] เป็นผู้ที่ข้อตกลงประสงค์ให้ได้รับผลประโยชน์มากที่สุดจากเงินที่ได้ตามคำชี้ขาด อันเป็นการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของ ICSID Convention และหลักสุจริต (Good Faith) ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงกระทำเกินขอบอำนาจโดยชัดแจ้ง (manifestly exceeded its power) ในการใช้เขตอำนาจ

---

(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

[501] ในข้อตกลงผู้สนับสนุนเงินทุนระหว่างบริษัท Burford และผู้เรียกร้อง มีการกำหนดสัดส่วนและลำดับการจ่ายผลตอบแทนไว้ใน Schedule 2 ซึ่งลำดับแรก คือ การจ่ายคืนค่าใช้จ่ายของบริษัท Burford และผลตอบแทนที่ได้รับต้องได้คืน 3 เท่าของค่าใช้จ่าย ลำดับที่สอง คือ เบี้ยประกัน (premiums) หรือเงินค่าความสำเร็จ (success fees) ที่ต้องจ่ายให้ทนายความ โดยส่วนที่เหลือเรียกว่า Net Recovery Amount เป็นลำดับต่อมาที่นำมากำหนดสัดส่วนผลตอบแทน ซึ่งจะมีการแบ่งเป็นกรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการไปตามผลที่คู่พิพาทตกลงกัน (Settlement) ภายใน 12 เดือนนับแต่วันบังคับใช้ (Effective date) กับกรณีที่ไม่มีการตกลงกัน โดยการคำนวณอัตราส่วนแบ่งที่จะให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะแตกต่างกันในแต่ละกรณี โดยส่วนที่เหลือจะเป็นของผู้เรียกร้อง ทั้งนี้ มีการระบุว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนต้องมีสิทธิได้รับเงินโดยมีอัตราผลตอบแทนภายใน (internal rate of return: IRR) ไม่น้อยกว่า 50% ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นที่มาให้ผู้คัดค้านโต้แย้งว่าผู้ได้รับประโยชน์มากที่สุด คือ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และคณะทนายความ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

พิจารณาวินิจฉัยข้อเรียกร้องของผู้เรียกร้อง[502] ซึ่งกรณีนี้คณะกรรมการเพิกถอนวินิจฉัยว่าไม่มีการกระทำเกินขอบอำนาจโดยชัดแจ้งในคำวินิจฉัยเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามสรุปได้ว่า ผู้เรียกร้องและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้ทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนภายหลังจากที่มีการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการเป็นเวลา 16 เดือน ดังนั้น จึงไม่มีความสำคัญที่จะต้องนำไปวินิจฉัยเขตอำนาจและสิทธิของผู้เรียกร้อง นอกจากนี้ ข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนไม่ได้กำหนดการโอนสิทธิเรียกร้องในส่วนได้เสียแห่งข้อพิพาทหรือผลจากคำชี้ขาดเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ไม่มีข้อใดที่ทำให้บริษัท Burford กลายเป็นเจ้าของข้อเรียกร้อง (owner of the claims) และผู้เรียกร้องที่แท้จริง (real claimant) ในคดีในการอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายผู้เรียกร้องยังคงเป็นผู้สั่งการคณะทนายความ โดยตามข้อตกลงฯ ข้อ 6.1 ผู้เรียกร้องตกลงจ่ายผลตอบแทน (Recovery Amount) ให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนโดยทันที หลังจากได้รับคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วน ทำให้เห็นว่าสิทธิในการบังคับตามคำชี้ขาดและเรียกเก็บหนี้จากอาร์เจนตินายังคงเป็นของผู้เรียกร้อง ทั้งนี้ผู้คัดค้านล้มเหลวในการอธิบายว่าเหตุใดบทบาทของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจึงควรต้องจัดเป็นการดำเนินกระบวนการโดยมิชอบ (abuse of process) หรือเป็นการละเมิด BIT หรือ ICSID Convention อย่างไร[503]

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าคณะกรรมการเพิกถอนมีคำวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกับคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องเขตอำนาจ ซึ่งยึดการพิจารณาวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ ยิ่งไปกว่านั้นคณะกรรมการเพิกถอนยังได้แสดงความเห็นว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนระหว่างบริษัท Burford และผู้เรียกร้อง มิใช่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งจะทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกลายเป็นผู้เรียกร้องที่แท้จริง ซึ่งในที่นี้เป็นการพิจารณาจากเนื้อความในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนที่แสดงให้เห็นว่าผู้เรียกร้องยังเป็นผู้มีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากคำชี้ขาด และมีสิทธิในการบังคับตามคำชี้ขาด เพียงแต่ตกลงที่จะให้ค่าตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตามข้อตกลงเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากแม้ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจะแตกต่างกันไปในรายละเอียด แต่โดยทั่วไปมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตการสนับสนุนเงินทุนว่าจะสนับสนุนเงินทุนในขั้นตอนใดหรือค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการประเภทใดบ้าง ผลตอบแทนกรณีฝ่ายผู้เรียกร้องชนะคดีต้องจ่ายด้วยวิธีใดเป็นจำนวนเท่าใด มีลำดับการจ่ายอย่างไร รวมถึงรายละเอียดต่าง ๆ ตามแต่ที่คู่สัญญาจะตกลง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[502] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Annulment, 29 May 2019.paras 67-70.

[503] Ibid.paras 91-95.

ในเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างกันอันเป็นไปตามความตกลงยินยอมระหว่างคู่สัญญา โดยความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายผู้เรียกร้องและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตั้งอยู่บนฐานของการสนับสนุนเงินทุนแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อแลกกับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี หากฝ่ายผู้เรียกร้องชนะคดีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนก็จะได้รับผลตอบแทน แต่หากผู้เรียกร้องเป็นฝ่ายแพ้คดี บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะไม่ได้รับค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายที่สูญเสียไปแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ที่ผู้เรียกร้องและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้มีความประสงค์ให้เป็นการโอนสิทธิในข้อเรียกร้องหรือมีการเข้าแทนที่เป็นคู่พิพาทที่แท้จริงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นในเบื้องต้นว่า หากไม่มีการกำหนดถึงการโอนสิทธิในข้อเรียกร้องไว้โดยชัดแจ้ง ย่อมไม่ควรถือว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นการโอนไปซึ่งสิทธิในฐานะผู้เรียกร้อง อย่างไรก็ตาม มีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในการให้สิทธิแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือกำหนดหน้าที่ของผู้เรียกร้องในบางลักษณะที่อาจกระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้อง ซึ่งจะมีการวิเคราะห์รายละเอียดในหัวข้อต่อไป

ทั้งนี้ นอกจากการศึกษาคำวินิจฉัยในคดีที่ปรากฏว่ามีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแล้ว ผู้เขียนยังได้ศึกษาคำวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณาของการอนุญาโตตุลาการที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่บุคคลภายนอก ตัวอย่างเช่น คดี CSOB v. Slovakia[504] ของ ICSID ข้อเท็จจริงในคดีสรุปได้ว่า Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) เป็นธนาคารพาณิชย์ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็ก ได้เข้าทำสัญญาปรับปรุงกิจการทางการเงินของธนาคาร (Consolidation Agreement) กับกระทรวงการคลังของสาธารณรัฐเช็กและกระทรวงการคลังของสาธารณรัฐสโลวัก เพื่อแปรรูปธนาคารและประกอบกิจการในสองประเทศข้างต้นหลังจากที่มีการแบ่งแยกประเทศเช็กโกสโลวาเกียเป็นสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก โดยสัญญากำหนดให้มีการโอนหนี้เงินกู้ที่ยังไม่ได้ชำระของบุคคลต่าง ๆ (non–performing loan portfolio receivables) ที่มีกับ CSOB ให้กับบริษัทบริหารหนี้ (Collection Companies) จำนวน 2 แห่งที่ได้ตั้งขึ้นในสาธารณรัฐเช็กแห่งหนึ่งและสาธารณรัฐสโลวักอีกแห่งหนึ่ง นอกจากนี้สัญญายังกำหนดให้บริษัทบริหารหนี้ทั้งสองแห่งต้องจ่ายเงินสำหรับหนี้ที่ได้รับโอนให้แก่ CSOB โดยบริษัททั้งสองจะได้รับเงินทุนที่จำเป็นจาก CSOB ตามสัญญากู้ยืม ต่อมา CSOB ยื่นคำร้องขอดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อ ICSID โดยกล่าวหาว่าสาธารณรัฐสโลวักผิดสัญญา Consolidation Agreement ทำให้ผู้เรียกร้องได้รับความเสียหาย[505]

---

[504] Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. V. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4,

[505] Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. V. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.paras.1-2

ในคดีนี้สาธารณรัฐสโลวักผู้คัดค้านได้ร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้องโดยอ้างถึงการไม่มีเขตอำนาจ (lack of jurisdiction) โดยโต้แย้งด้วยเหตุผลหลายประการ ซึ่งเหตุผลประการหนึ่งที่กล่าวอ้าง คือ เมื่อ CSOB ยื่นข้อเรียกร้องแล้ว ได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์ของหนี้เงินกู้ที่โอนให้แก่บริษัทบริหารหนี้สโลวักไปให้รัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน อันได้แก่ สาธารณรัฐเช็ก ทำให้ CSOB ไม่มีความเสี่ยงทางเศรษฐกิจที่เกิดจากข้อเรียกร้อง (economic risk arising from the claims) เกี่ยวกับหนี้ (receivables) ดังกล่าว และทำให้สาธารณรัฐเช็กกลายเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง (real party in interest) ดังนั้น CSOB จึงไม่มีสิทธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 (1) แห่ง ICSID Convention และสาธารณรัฐเช็กไม่มีสิทธิเข้าแทนที่ CSOB ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวด้วย[506]

คดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการยกคำขอของผู้คัดค้าน โดยให้เหตุผลโดยสรุปว่าในการพิจารณาว่าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทหรือไม่ ต้องพิจารณาเวลาที่เริ่มกระบวนการ ดังนั้น เมื่อผู้เรียกร้องเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อนเวลาที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสองครั้ง คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีเขตอำนาจในการรับฟังคดี โดยไม่พึงต้องพิจารณาผลทางกฎหมายของการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะมีต่อการใช้สิทธิของผู้เรียกร้อง หากมีการโอนสิทธิก่อนการเสนอข้อพิพาท[507]

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังได้ตั้งข้อสังเกต (obiter dictum) สรุปว่าการที่ผู้เรียกร้องไม่มีการรับประโยชน์ที่แท้จริง (absence of beneficial ownership) ในข้อเรียกร้อง หรือการโอนความเสี่ยงทางเศรษฐกิจในผลแห่งข้อพิพาทไม่ควรและไม่เคยถือว่าส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้เรียกร้องในกระบวนการของ ICSID ไม่ว่าผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงจะเป็นรัฐหรือเอกชนก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้นการโอนสิทธิเรียกร้องในครั้งที่สองซึ่งมีผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องครั้งแรกเป็นอันยกเลิกไป (superseded) ไม่ได้ลิดรอนส่วนได้เสียในผลแห่งคดีของผู้เรียกร้องแต่อย่างใด เนื่องจากวันที่การโอนสิทธิเรียกร้องจะมีผลใช้บังคับ (effective date) เกิดภายหลังจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง และผู้โอนยังคงมีสิทธิในส่วนแบ่งร้อยละ 25 หรือ 10 ที่ผู้รับโอนได้รับแล้วแต่กรณี[508]

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้เมื่อเปรียบเทียบการโอนสิทธิเรียกร้องและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องในคดีนี้กับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแล้วจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ สิ่งที่ผู้คัดค้านในคดีนี้โต้แย้ง คือ สัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสองฉบับ (ลงวันที่

---

[506] Ibid.paras 10,28.

[507] Ibid.para. 31.

[508] Ibid.para.32

2 เมษายน ค.ศ. 1998 และ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1998) ซึ่งเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่าง CSOB กับสาธารณรัฐเช็ก (กระทรวงการคลัง) โดย CSOB ตกลงโอนข้อเรียกร้องทั้งหมดที่มีต่อบริษัทบริหารหนี้สโลวักเกี่ยวกับหนี้ที่โอนให้ตามสัญญากู้ยืม รวมถึงข้อเรียกร้องที่มีต่อสาธารณรัฐสโลวักตาม Consolidation Agreement ให้แก่สาธารณรัฐเช็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่า เป็นการโอนสิทธิในข้อเรียกร้อง (Assignment of claim) แต่ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องมีผลใช้บังคับภายหลังกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการสิ้นสุด กล่าวคือ วันที่มีผลใช้บังคับของการโอนสิทธิเรียกร้อง (effective date) คือ 3 วันหลังจากวันที่สาธารณรัฐเช็ก (ผู้รับโอน) ได้รับคำร้องขอเป็นหนังสือจาก CSOB (ผู้โอน) ให้ส่งมอบหนี้ (receivables) และสิทธิอุปกรณ์ ทั้งนี้สัญญาได้ระบุว่า สาธารณรัฐเช็กจะไม่มีสิทธิขอให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องก่อนกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการสิ้นสุด[509] ในขณะที่ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนโดยทั่วไปจะไม่ได้เป็นการโอนสิทธิในข้อเรียกร้อง กล่าวคือ เป็นสัญญาซึ่งผู้เรียกร้องตกลงให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนโดยขึ้นอยู่กับผลแห่งคดีเพื่อตอบแทนที่ผู้สนับสนุนเงินทุนออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ผู้เรียกร้องยังคงมีสิทธิตามกฎหมายในข้อเรียกร้องดังกล่าว นอกจากนี้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องในคดีนี้ คือ รัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุน จึงแตกต่างจากกรณีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นมีฐานะเป็นเอกชนมิใช่รัฐ แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า สามารถใช้ข้อพิจารณา 2 ข้อ ซึ่งวิเคราะห์ได้จากคำวินิจฉัยนี้เพื่อเป็นแนวทางในกรณีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้เช่นกัน ปรากฏรายละเอียดดังนี้

ข้อแรก วันที่มีการโอนสิทธิ (transfer of rights) ที่จะได้รับผลตอบแทนตามข้อตกลง ซึ่งในคดีนี้หมายถึงวันที่สาธารณรัฐเช็กมีสิทธิร้องขอให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาการโอนสิทธิเรียกร้อง หากวันดังกล่าวเกิดขึ้นหลังจากวันที่มีการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่จำเป็นต้องนำการโอนสิทธินั้นมาพิจารณา และถือว่าการโอนสิทธิไม่ส่งผลกระทบใด ๆ ต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลดังกล่าวเป็นไปในแนวทางเดียวกับคดี Teinver and others v. Argentina ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยให้ความสำคัญกับวันที่มีการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ เมื่อข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ทำขึ้นภายหลังการยื่นข้อเรียกร้องจึงไม่ส่งผลต่อสถานะของผู้เรียกร้อง หรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับการโอนสิทธิในบริบทของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งอาจมีวันที่เกี่ยวข้องในการพิจารณา 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก วันที่มีการลงนามในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน และกรณีที่สอง วันที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีสิทธิได้รับ

---

[509] Ibid.para. 29.

ผลตอบแทนตามข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งอาจไม่ได้เป็นวันเดียวกันเสมอไป เช่น ผู้เรียกร้องกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนลงนามในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในวันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2564 แต่ข้อตกลงมีการระบุโดยชัดแจ้งให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีสิทธิตามกฎหมายในการเรียกร้องผลตอบแทนเมื่อผู้เรียกร้องได้รับชดเชยความเสียหายแล้ว โดย Jonas von Goeler[510] นักวิชาการท่านหนึ่งได้แสดงความคิดเห็นว่า วันที่คณะอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญในคดีนี้ คือ วันที่การโอนสิทธิมีผลใช้บังคับ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยว่า หากมีการระบุวันที่การโอนสิทธิมีผลใช้บังคับ ควรต้องพิจารณาเรื่องเขตอำนาจโดยยึดตามวันดังกล่าว ไม่ใช่วันที่มีการลงนามในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า กรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนทำหนังสือบอกกล่าวยืนยันว่าเจตนาที่จะสนับสนุนเงินทุนนั้นมีผลผูกพัน ทำให้ข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไขที่ได้ทำเอาไว้เปลี่ยนเป็นข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบไม่มีเงื่อนไข วันที่ถือเป็นวันโอนสิทธิหากไม่ได้มีการระบุไว้ ควรถือตามวันที่การแสดงเจตนาเข้าผูกพันของบุคคลที่สามของผู้สนับสนุนเงินทุนมีผล มิใช่วันที่ซึ่งได้ลงนามในข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนแบบมีเงื่อนไขแต่อย่างใด

ข้อที่สอง นักลงทุนจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่นั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในคดีนี้อาจแตกต่างจากบริบทของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเล็กน้อย กล่าวคือ ผู้เรียกร้องได้โอนสิทธิเรียกร้องให้แก่รัฐเจ้าของสัญชาติ มิใช่เป็นการโอนสิทธิให้แก่นักลงทุนเอกชนที่มีสัญชาติต่างไปจากผู้เรียกร้องซึ่งจะใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงในคดี Teinver and others v. Argentina[511] ซึ่งผู้เรียกร้องในคดีดังกล่าวมีบริษัท Burford บริษัทเอกชนเป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ดี ทั้งสองคดีมีจุดร่วมที่คล้ายกัน กล่าวคือ ผู้เรียกร้องยังได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากผลของคดี โดยไม่ได้กลายเป็นเพียงเจ้าของข้อเรียกร้องแต่เพียงในนามโดยแท้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้เรียกร้องที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะยังคงได้รับค่าเสียหายตามที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ เพียงแต่ต้องแบ่งเงินจำนวนหนึ่งชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนคืนให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน รวมถึงให้ค่าตอบแทนตามข้อตกลงที่ได้ทำไว้ร่วมกัน โดยอาจคิดเป็นจำนวนร้อยละ 20 – 40 ของค่าเสียหายที่ได้รับการชดใช้ หรือประมาณสามเท่าของจำนวนที่ผู้สนับสนุนเงินทุนได้ออกค่าใช้จ่ายให้เพื่อใช้ในการอนุญาโตตุลาการ โดยถือเอาตามจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่า ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาวัตถุประสงค์หรือแรงจูงใจในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบางกรณี กล่าวคือ กรณีการสนับสนุนเงินทุนเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ หรือมิใช่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[510] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016).

[511] Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ICSID Case No. ARB/09/1,

เพื่อกำไร ซึ่งผู้เรียกร้องจะไม่เสียผลตอบแทนเป็นตัวเงินจากค่าเสียหายที่ได้จากรัฐให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ในกรณีเหล่านั้นย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยข้างต้นมีเพียงข้อสรุปในกรณีที่มีการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนและผู้เรียกร้อง หรือการโอนสิทธิเรียกร้องอื่นใดขึ้นภายหลังวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งแนวคำวินิจฉัยค่อนข้างเป็นที่แน่ชัดว่าถ้าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนได้ทำขึ้นภายหลังจากวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการจะไม่กระทบต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ดังนั้น ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงกรณีที่มีการทำข้อตกลงดังกล่าวก่อนวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ

2) การทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนก่อนวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อทราบแล้วว่าหากมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการจะไม่กระทบต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จึงต้องพิจารณาต่อไปว่า หากมีการทำข้อตกลงก่อนวันดังกล่าวแล้วจะมีผลกระทบต่อเรื่องเขตอำนาจหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนได้ค้นคว้าคำวินิจฉัยและคำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อหาแนวทางกรณีที่มีการการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนก่อนวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ปรากฏคดีที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่ามีคดีที่มีความใกล้เคียงซึ่งสามารถนำมาศึกษาเพื่อวิเคราะห์กรณีดังกล่าวได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

คดี RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation[512] มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า RosInvestCo UK Ltd. (ผู้เรียกร้อง) ได้ยื่นข้อเรียกร้องโดยอ้างถึงการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง Investment Protection and Promotion Agreement between the Soviet Union and the United Kingdom (IPPA) ว่า รัสเซีย (ผู้คัดค้าน) ได้กระทำการต่าง ๆ ต่อ Yukos Oil Company ซึ่งผู้เรียกร้องเป็นผู้ถือหุ้น เช่น การประเมินเก็บภาษีย้อนหลังเป็นมูลค่าสูง การลงโทษ และการเปิดประมูลทรัพย์สินของ Yukos Oil Company จนทำให้ Yukos Oil Company ล้มละลาย ทำให้หุ้นเจ็ดล้านหุ้นที่เป็นการลงทุนของผู้เรียกร้องหมดมูลค่า จึงเป็นการเวนคืนโดยอ้อม โดยผู้เรียกร้องได้เรียกร้องค่าเสียหาย (ทุนทรัพย์) จำนวน 232.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้มีการชดเชยค่าเสียหาย จำนวน 3.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[513]

---

[512] RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. 079/2005

[513] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Rosinvest V. Russia."

โดยประเด็นที่เกี่ยวข้องมีว่า ผู้เรียกร้องเป็นบริษัทย่อยทางอ้อม (indirect subsidiary) ของห้างหุ้นส่วนจำกัด Elliott Associates ในเครือ Elliott Group ซึ่งผู้คัดค้านเห็นว่าเครือบริษัทดังกล่าวเป็น “กองทุนแร้ง[514]...วิธีปฏิบัติการประกอบด้วยการซื้อคดีความ...ไม่ใช่เพราะสิ่งเหล่านั้นเสนอหนทางที่นำไปสู่ผลตอบแทนที่สมเหตุสมผล แต่เพราะสิ่งเหล่านั้นให้ข้ออ้างแก่ Elliott Group ที่จะข่มขู่โดยการดำเนินการทางกฎหมายจนกว่าความต้องการจะถูกทำให้พึงพอใจโดยพลัน”[515] โดยผู้คัดค้านโต้แย้งว่า การซื้อหุ้นเป็นไปเพื่อมุ่งจะหาประโยชน์จากข้อเรียกร้องตามสนธิสัญญา[516] ความตกลงร่วมสองฉบับ (Participation Agreements)[517] ระหว่างผู้เรียกร้องกับ Elliott International หุ้นส่วนการลงทุนภาคเอกชน (private investment partnership) ซึ่งอยู่ในเครือ Elliott Group เป็นความตกลงร่วมที่ผู้เรียกร้องโอนผลประโยชน์ร้อยเปอร์เซ็นต์ของตนในหุ้นของ Yukos Oil Company ให้แก่ Elliott International ทำให้ผู้เรียกร้องไม่มีส่วนได้เสียทางเศรษฐกิจในหุ้นดังกล่าว เป็นเพียงผู้ถือหุ้นแต่เพียงในนาม (mere nominal owner)[518] ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากผู้เรียกร้องไม่ได้เป็นนักลงทุน (investor) ตามคำนิยามของนักลงทุนของ IPPA ในวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ (28 ตุลาคม ค.ศ. 2005) ผู้เรียกร้องไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นตามกฎหมายหรือผู้ถือหุ้นทางเศรษฐกิจจนกระทั่งมีการเลิกสัญญาความตกลงร่วมในปี ค.ศ. 2007[519]

---

[514] กองทุนแร้ง (Vulture fund) เป็นกองทุน Hedge fund ประเภทหนึ่ง โดยเป็นกองทุนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างผลตอบแทนสูง จึงมีความเสี่ยงสูง โดยสามารถใช้กลยุทธ์การลงทุนที่หลากหลาย มากกว่ากองทุนรวมทั่วไป โดยลักษณะของกองทุนแร้งจะเป็นการลงทุนซึ่งซื้อหลักทรัพย์ในการลงทุนที่ประสบปัญหาในราคาที่ต่ำ เช่น หุ้นกู้ที่มีอันดับความน่าเชื่อถือต่ำกว่าระดับน่าลงทุน (High-Yield Bond) หรือใกล้ผิดข้อตกลงการชำระหนี้ (near default) ตราสารทุนในบริษัทที่ใกล้หรือล้มละลาย หรือเป็นการหาช่องทางในการลงทุนที่อาศัยสถานการณ์ลำบากที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ เช่น วิกฤตเศรษฐกิจในอาร์เจนตินา เพื่อให้ตนเองได้ผลประโยชน์ตอบแทนสูง โดยอาจใช้การฟ้องคดีหรือการระงับข้อพิพาทเพื่อให้ได้มาซึ่งการชำระหนี้เต็มจำนวนหรือผลตอบแทนที่สูงกว่าที่ได้ลงทุน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาคำชี้ขาดในคดีนี้ไม่ปรากฏข้อมูลว่า Elliott Group ได้สนับสนุนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการหรือมีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามขอบเขตของการศึกษานี้

[515] Rosinvestco Uk Ltd. V. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Final Award, 12 Sep 2010.C.II, para.5. “...The modus operandi of the Elliott Group, [ ] consists of "buying lawsuits"...not because they offer the prospect of a reasonable return, but because they furnish a pretext for the Elliott Group to threaten legal action unless its demands are promptly satisfied...”

[516] Ibid.para.357.

[517] มีการทำความตกลงร่วมสองฉบับระหว่างผู้เรียกร้องกับ Elliott International ฉบับแรกลงวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ฉบับที่สองลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 2004

[518] Rosinvestco Uk Ltd. V. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Final Award, 12 Sep 2010.para.355.

[519] Ibid.C-II, para.7, C.II, para.5, paras 254-255.

โดยในประเด็นดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ผู้เรียกร้องเป็นนักลงทุนตามนิยามในมาตรา 1 (d) (ii)[520] ของ IPPA กล่าวคือ เป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อกล่าวอ้างของผู้คัดค้านไม่ได้ถูกสนับสนุนโดยการอ่านตามถ้อยคำ (plain reading) ของนิยามใน IPPA ซึ่งความหมายตามถ้อยคำ (plain meaning) ของนิยามนั้นกินความรวมไปถึงผู้เรียกร้อง ซึ่งจากพยานหลักฐานสนับสนุนแสดงคุณสมบัติการเป็นนักลงทุนของผู้เรียกร้องภายใต้ IPPA โดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถตีความเคร่งครัดกว่าคำนิยามอย่างกว้างของ IPPA ได้ ดังนั้น ความตกลงร่วม (Participation Agreements) จึงไม่ได้มีอิทธิพลต่อนิยามของนักลงทุนในมาตรา 1 (d) (ii)[521]

จากการศึกษาคำวินิจฉัยข้างต้น พบว่าเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการทำความตกลงร่วม (Participation Agreements) ระหว่างผู้เรียกร้องกับ Elliott International ซึ่งอยู่ในเครือเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อโอนผลประโยชน์ทั้งหมดของหุ้นที่ผู้เรียกร้องจะทำการซื้อภายหลังการทำความตกลงดังกล่าวให้กับ Elliott International โดยทำเป็นสัญญาจำนวน ๒ ฉบับ ฉบับแรกลงวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 โอนประโยชน์ในหุ้น Yukos Oil Company ที่ซื้อในวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ฉบับที่สองลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 2004 โอนประโยชน์ในหุ้น Yukos Oil Company ที่ซื้อในวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2004 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากเปรียบเทียบกับกรณีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามแล้ว มีความใกล้เคียงกันในแง่ของการตกลงให้ผลตอบแทนแก่บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความในคดี จึงได้นำคดีดังกล่าวมาประกอบการวิเคราะห์

ในประเด็นเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จำเป็นต้องวินิจฉัยวันที่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในคดีนี้เป็นการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้าสตอกโฮล์ม (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[520] ARTICLE 1 Definitions

(d) the term "investor" shall comprise with regard to either Contracting Party:

(i)...

(ii) any corporations, companies, firms, enterprises, organisations and associations incorporated or constituted under the law in force in the territory of that Contracting Party;

provided that that natural person, corporation, company, firm, enterprise, organisation or association is competent, in accordance with the laws of that Contracting Party, to make investments in the territory of the other Contracting Party.

[521] Rosinvestco Uk Ltd. V. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Final Award, 12 Sep 2010.paras 322-323.

SCC) โดยข้อ 8[522] ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้าสตอกโฮล์ม (Arbitration Rules of the Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce: SCC Arbitration Rules) กำหนดให้วันที่ SCC ได้รับคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ (request for arbitration) ถือเป็นวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ ในคดีนี้คือวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 2005 จะเห็นได้ว่าผู้เรียกร้องทำความตกลงร่วมทั้ง 2 ฉบับ (17 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 และ 3 ธันวาคม ค.ศ. 2004) ก่อนวันดังกล่าว ซึ่งความตกลงร่วมทั้งสองฉบับนั้นนอกจากจะเป็นการตกลงโอนผลประโยชน์ในหุ้นไม่ว่าจะเป็นเงินสด การชำระหนี้ในรูปแบบอื่น หรือทรัพย์สิน (หลังหักค่าใช้จ่ายและภาษี) จากผู้เรียกร้องให้แก่ Elliott International แล้ว ยังได้กำหนดให้ผู้เรียกร้องใช้สิทธิออกเสียงในหุ้นเป็นไปตามการสั่งการของ Elliott International อีกด้วย[523] ซึ่งความตกลงนี้เองเป็นฐานที่ผู้คัดค้านใช้โต้แย้งว่า ผู้เรียกร้องไม่มีส่วนได้เสียทางเศรษฐกิจในหุ้น และเป็นเพียงผู้ถือหุ้นแต่เพียงในนาม (mere nominal owner) จึงไม่เป็นนักลงทุนตามนิยามของ TIPPA

แต่อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยโดยใช้การพิจารณาความหมายตามถ้อยคำ (plain meaning) ของคำว่า “นักลงทุน” ใน TIPPA ซึ่งเป็นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BIT) ที่ทำขึ้นระหว่างรัสเซียกับสหราชอาณาจักรแล้วเห็นว่า ผู้เรียกร้องมีข้อเท็จจริงตรงตามนิยามของนักลงทุน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการวินิจฉัยบนพื้นฐานของการพิจารณาบ่อเกิดพันธกรณีที่เป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากเป็นความตกลงระหว่างรัฐทั้งสองซึ่งมีเจตนาจะให้ความคุ้มครองเฉพาะนักลงทุนและการลงทุนตามนิยามที่ได้กำหนดไว้ หากตีความกว้างหรือแคบเกินกว่าข้อความที่ปรากฏในสนธิสัญญาย่อมกระทบต่อขอบเขตความยินยอมและความประสงค์ของรัฐที่ได้ให้ไว้ และอาจขัดกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาดังกล่าว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้แต่การโอนผลประโยชน์ในหุ้นซึ่งเป็นการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองตาม BIT ให้แก่บุคคลภายนอก คณะอนุญาโตตุลาการยังวินิจฉัยโดยพิจารณาความหมายตามถ้อยคำของสนธิสัญญา ดังนั้น ในกรณีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนระหว่างผู้เรียกร้องและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งผู้เรียกร้องตกลงให้ผลตอบแทนการสนับสนุนเงินทุนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการโดยขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี และโดยทั่วไปการให้ผลประโยชน์ตามข้อตกลงย่อมเกิดภายหลังจากการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุด ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ที่ให้แก่บุคคลที่สามนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของผู้เรียกร้อง จึงไม่ควรวินิจฉัยให้เป็นโทษไปกว่าการโอน

---

[522] Article 8 Commencement of arbitration

Arbitration shall be deemed to commence on the date the SCC receives the Request for Arbitration.

[523] Rosinvestco Uk Ltd. V. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Final Award, 12 Sep 2010.para. 296.

ผลประโยชน์ในการลงทุนในคดีนี้ จากคำวินิจฉัยจึงอาจสรุปได้ว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะให้ผลประโยชน์แก่บุคคลภายนอก เช่น ความตกลงร่วมอย่างในคดีนี้ หรือข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม แม้จะได้ทำขึ้นก่อนวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อสถานะนักลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา เว้นแต่สนธิสัญญาจะระบุเงื่อนไขหรือกำหนดให้ข้อตกลงลักษณะเช่นว่านั้นทำให้ผู้เรียกร้องไม่ถือเป็นนักลงทุนตามนิยามของสนธิสัญญาและทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครอง

(ข) แนวคำวินิจฉัยกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีการควบคุม (control) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น มีการการแนะนำหรือเลือกทนายความ พยาน และผู้เชี่ยวชาญต่าง ๆ หรืออาจมีการระบุสิทธิหน้าที่ในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน (Funding Agreement) ที่อาจทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีอำนาจควบคุม (control) เกิดขึ้น ซึ่งลักษณะดังกล่าวนั้นอาจทำให้ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Funding Agreement) ส่งผลกระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้อง ดังนั้น ในลำดับต่อไปผู้เขียนจึงทำการศึกษาพิจารณาแนวคำวินิจฉัยและนำมาประมวลผลเพื่อหาแนวทางกำกับในเรื่องดังกล่าวต่อไป

ตัวอย่างเช่น คดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia[524]

คดีนี้ผู้เรียกร้องเป็นผู้มีตราสารแสดงสิทธิการฝากหลักทรัพย์สหรัฐอเมริกาในหุ้น Yukos Oil Company (Yukos American Depository Receipts: Yukos ADRs) ได้ยื่นข้อเรียกร้องในการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้าสตอกโฮล์ม (SCC) กล่าวอ้างว่ารัสเซียละเมิดพันธกรณีภายใต้ the Spain – Russia BIT[525]

โดยคดีนี้มีการเปิดเผยโดยผู้เรียกร้องว่า Group Menatep Limited เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดให้แก่ผู้เรียกร้องเพื่อให้มีแนวคำวินิจฉัยว่านักลงทุนในตราสารทางการเงินสามารถที่จะได้รับการชดเชยภายใต้สนธิสัญญาที่รัสเซียเป็นรัฐภาคี[526] ซึ่งผู้คัดค้านกล่าวอ้างว่า Group Menatep Limited เป็นผู้เลือกทนายความ ผู้เชี่ยวชาญ และเป็นผู้อยู่เบื้องหลังการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายผู้เรียกร้อง ทำให้ผู้เรียกร้องไม่ใช่คู่พิพาทที่แท้จริง ไม่มีเดิมพันใดใน

[524] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

[525] Ibid.paras 9-10.

[526] Ibid.para.31.

ข้อเรียกร้อง (no stake) และไม่ใช่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในคดี (domini liti)[527] ซึ่งการที่ผู้เรียกร้องยินยอมให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยใช้ชื่อของตน แต่ผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง คือ Group Menatep Limited ซึ่งไม่มีสิทธิภายใต้ BIT เป็นการใช้กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไปในทางมิชอบ (Abuse of Process) อันทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาท[528] ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยสรุปว่า ไม่มีการกระทำอันมิชอบ (abuse) ในกรณีนี้ โดยเห็นว่าไม่มีเหตุที่จะทำให้ผู้เรียกร้องไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้ BIT แม้มีการยอมรับความช่วยเหลือจากบุคคลภายนอก ซึ่งบุคคลภายนอกจะมีมูลเหตุจูงใจในการช่วยเหลือเพราะเหตุใดไม่มีความสำคัญต่อคู่พิพาท[529]

จากการศึกษาคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า Group Menatep Limited เป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง แม้ไม่ปรากฏว่ามีการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งกำหนดให้ผู้เรียกร้องต้องให้ผลตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนดังกล่าว รวมถึงจ่ายคืนค่าใช้จ่ายในคดี เช่น ค่าทนายความ แต่อย่างใด ดังที่ผู้คัดค้านเรียกว่า เป็นการได้ประโยชน์โดยผู้เรียกร้องไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้น (a total free ride)[530] แต่การสนับสนุนเงินทุนของ Group Menatep Limited ในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาแนวคำวินิจฉัยที่ข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคดีที่ Group Menatep Limited โดยบริษัท Hulley Enterprises Limited[531] Yukos Universal Limited[532] และ Veteran Petroleum Limited[533] ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ใน Yukos Oil Company เข้าเป็นคู่พิพาทกับรัสเซีย (ผู้คัดค้าน) โดยอ้างการกระทำละเมิดของรัสเซียภายใต้สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (the Energy Charter Treaty: ECT) ในศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration: PCA) ซึ่งทั้งสามคดีได้รวมการพิจารณาและได้มีการอ้างถึงคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia ในคดีดังกล่าวด้วย จะเห็นได้ว่าเป็นการสนับสนุนเงินทุนที่ไม่ได้ประสงค์ผลตอบแทนเป็นตัวเงินโดยตรง แต่หวังผลในประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ กล่าวคือ ได้แนวคำวินิจฉัยเพื่อใช้อ้างในคดีของตน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้รัสเซียชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องทั้งสามรวมทั้งสามคดีมีมูลค่ากว่า 5 หมื่นล้านดอลลาร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[527] DOMINUS LITIS, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019)

[528] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.paras 11-13.

[529] Ibid.para.33.

[530] Ibid.para.224.

[531] Hulley Enterprises Limited (Cyprus) V. The Russian Federation, PCA (UNCITRAL) Case No. 2005-03/AA226,

[532] Yukos Universal Limited (Isle of Man) V. The Russian Federation, PCA (UNCITRAL) Case No. 2005-04/AA227,

[533] Veteran Petroleum Limited (Cyprus) V. The Russian Federation, PCA (UNCITRAL) Case No. 2005-05/AA228,

สหรัฐ ซึ่งถือเป็นค่าเสียหายจำนวนมากที่สุดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน[534]

นอกจากการสนับสนุนเงินทุนค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการอนุญาโตตุลาการให้แก่ผู้เรียกร้องแล้ว Group Menatep Limited ยังถูกกล่าวอ้างจากฝั่งผู้คัดค้านว่า เป็นผู้เลือกทนายความ ผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงกำหนดกลยุทธ์ในคดีอีกด้วย ซึ่งลักษณะการกระทำดังกล่าวนั้นอาจถือว่า Group Menatep Limited มีอำนาจควบคุม (control) เหนือการอนุญาโตตุลาการฝ่ายผู้เรียกร้อง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้คัดค้านจะอ้างเหตุดังกล่าวข้างต้นเพื่อโต้แย้งว่า ผู้เรียกร้องไม่ใช่คู่พิพาทที่แท้จริง ไม่ใช่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในคดี (domini liti) และไม่มีเดิมพันใดในข้อเรียกร้อง (no stake) ในการอนุญาโตตุลาการนี้ก็ตาม แต่คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าว โดยพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ประกอบกัน กล่าวคือ ผู้เรียกร้องมีการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกร้องในมูลค่าหุ้นของตนที่สูญเสียไป เป็นผู้มอบอำนาจให้ทนายความดำเนินคดี และเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากผลคำชี้ขาดหากชนะคดี อีกทั้ง Mr O. Thomas Johnson, Jr. ทนายความฝ่ายผู้เรียกร้องยืนยันว่าข้อเรียกร้องได้ถูกยื่นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้เรียกร้อง และผู้เรียกร้องไม่มีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องแบ่งปันผลประโยชน์จากผลแห่งคดีให้ Group Menatep Limited คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าพฤติการณ์ไม่มีองค์ประกอบของการกระทำมิชอบ[535]

โดยจากการวิเคราะห์ ผู้เขียนมีความเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามของ Group Menatep Limited ซึ่งไม่ได้เรียกร้องผลตอบแทนเป็นตัวเงินนั้นเป็นการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) กล่าวคือมีการอ้างถึงว่าผู้เรียกร้องถือหุ้นจำนวนเล็กน้อยใน Yukos Oil Company ซึ่งยากที่จะมีทรัพยากรเพียงพอที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาระหว่างประเทศกับรัสเซีย นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังได้อ้างถึง Group Menatep Limited ว่า เป็นผู้มีจิตใจเมตตากรุณา (Good Samaritan) ของผู้เรียกร้องอีกด้วย[536] โดยจากคำวินิจฉัยนี้อาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า การที่บุคคลที่สามมีการใช้อำนาจควบคุมบางประการ เช่น การเลือกทนายความ ผู้เชี่ยวชาญ หรือมีส่วนร่วมในการวางแผนกลยุทธ์ของการดำเนินกระบวนพิจารณาของผู้ได้รับเงินทุนซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดี ไม่มีผลต่อสถานะของการเป็นนักลงทุนหรือการได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาของผู้เรียกร้อง

---

[534] MARTIN DIETRICH BRAUCH, "Yukos V. Russia: Issues and Legal Reasoning Behind Us$50 Billion Awards,"(4 September 2014).

[535] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.paras 32-33.

[536] Ibid.paras 32-33, 224.

ในลำดับต่อไป ผู้เขียนจะนำศึกษาแนวคำวินิจฉัยในคดีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการของข้อเรียกร้องของบุคคลจำนวนมาก (mass claims) ซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีการใช้อำนาจควบคุมในกระบวนการพิจารณา

ตัวอย่างเช่น คดี Abaclat and others (formerly Giovanna A. Beccara and others) v. Argentine Republic[537] คดีนี้ผู้เรียกร้องซึ่งเป็นนักลงทุนในพันธบัตรกล่าวอ้างว่าประเทศอาร์เจนตินาละเมิดพันธกรณีภายใต้ the Agreement between the Argentine Republic and the Republic of Italy on the Promotion and Protection of Investments หรือ Argentina-Italy BIT เกี่ยวเนื่องจากการผิดนัดชำระหนี้ (default) ตามพันธบัตรของผู้เรียกร้องที่ออกให้โดยประเทศอาร์เจนตินา[538] จึงเรียกร้องให้ประเทศอาร์เจนตินาชดเชยความเสียหายเป็นจำนวน 3 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดตามยอมให้เป็นจำนวน 1.35 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ[539] โดยคดีนี้ปรากฏข้อเรียกร้องของบุคคลจำนวนมาก (mass claims) ที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ของ ICSID[540] ซึ่งในตอนแรกเริ่มมีผู้เรียกร้องจำนวนมากกว่า 180,000 ราย (บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล) ต่อมามีผู้เรียกร้องจำนวนหนึ่งได้ตอบรับคำเสนอข้อแลกเปลี่ยนเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ของอาร์เจนตินา (Exchange Offer 2010) จึงคงเหลือจำนวนประมาณ 60,000 ราย ที่ยังดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป[541]

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีอยู่ว่า กรณีนี้คณะทำงานเฉพาะกิจอาร์เจนตินา (Task Force Argentina: TFA) ซึ่งประกอบด้วยธนาคารสัญชาติอิตาเลียน จำนวน 8 ธนาคาร[542] ที่ขายพันธบัตรให้กับผู้เรียกร้อง เป็นตัวแทน (Agent) ของผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด โดยในข้อตกลงระหว่าง TFA และผู้เรียกร้องกำหนดให้ TFA เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เพื่อแลกกับการที่ผู้เรียกร้องต้องสละสิทธิในการดำเนินคดีกับธนาคารตราบเท่าที่ผู้เรียกร้องยังอยู่ในกระบวนพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการคดีนี้ นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดในเอกสารต่าง ๆ ของ TFA (TFA Mandate

---

[537] Abaclat and Others (Formerly Giovanna A. Beccara and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 Aug 2011.

[538] Ibid.para.8.

[539] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Abaclat and Others V. Argentina."

[540] Abaclat and Others (Formerly Giovanna A. Beccara and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 Aug 2011.para.295.

[541] Ibid.paras 216,294.

[542] Ibid.para.65.

Package) ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของผู้เรียกร้องในการจัดการและดำเนินกระบวนพิจารณา กล่าวโดยสรุปคือ TFA มีอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ ที่จำเป็นในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการหรือการตกลงระงับข้อพิพาท โดยไม่ต้องปรึกษาผู้เรียกร้อง (ผู้ถือพันธบัตร) โดยตรงแต่อย่างใด โดย TFA เป็นผู้กำหนดว่าทนายความจะมีแค่คณะทนายความจากสำนักงานกฎหมาย White & Case โดยจะมีการติดต่อสื่อสารกับ TFA เท่านั้น และผู้เรียกร้องไม่สามารถสั่งการทนายความหรือ TFA ได้ โดย TFA ให้เหตุผลที่ต้องดำเนินการในลักษณะเช่นนี้ว่า เป็นความจำเป็นเพื่อการเป็นผู้แทนของผู้เรียกร้องทุกคนโดยสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยการดำเนินการของ TFA นั้นต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันของผู้เรียกร้องทุกคน[543]

ผู้คัดค้านโต้แย้งว่า ผู้เรียกร้องไม่ได้ให้ความยินยอมที่มีผลตามกฎหมายในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเหตุผลหลายประการ โดยเหตุผลประการหนึ่งของผู้คัดค้านโต้แย้งว่าข้อตกลงใน TFA Mandate Package ที่ให้อำนาจควบคุมอย่างสมบูรณ์ (full control) เหนือการอนุญาโตตุลาการและลิดรอนสิทธิพื้นฐานในกระบวนพิจารณาของผู้เรียกร้องนั้นไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ (inadmissible)[544] ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวโดยมีความเห็นโดยสรุปว่า แม้ TFA Mandate Package จะมีการกำหนดข้อจำกัดหลายข้อ แต่ผู้เรียกร้องได้ทราบถึงข้อจำกัดเหล่านั้นซึ่งจะทำให้ตนไม่สามารถใช้สิทธิในกระบวนพิจารณาบางประการ และย่อมเป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้ว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้เรียกร้องหลายหมื่นคนจะไม่เหมือนกับในกระบวนการพิจารณาของผู้เรียกร้องจำนวนน้อย ส่วนแรงจูงใจของ TFA ไม่ใช่องค์ประกอบสำคัญที่จะนำมาพิจารณาเรื่องความยินยอมของผู้เรียกร้อง แต่สิ่งสำคัญที่ต้องตั้งคำถามคือผู้เรียกร้องถูกฉ้อฉลให้กระทำในสิ่งที่ตนไม่ต้องการหรือไม่ หรือสละซึ่งสิทธิหรือเสียทางเลือกไปโดยขาดความรู้สำนึกหรือไม่ ซึ่งไม่มีข้อบ่งชี้ว่าการเป็นตัวแทนของ TFA เป็นกลฉ้อฉล โดยการบังคับหรือทำให้ผู้เรียกร้องตกลงเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ ICSID โดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ แม้ TFA Mandate Package จะจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของผู้เรียกร้อง รวมถึงให้ประโยชน์ทางอ้อมต่อธนาคารในการไม่ถูกฟ้องคดีโดยผู้เรียกร้อง แต่ก็เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้เรียกร้องได้เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ ICSID ด้วยเงินของธนาคารซึ่งเป็นสมาชิกของ TFA ด้วยเช่นกัน ซึ่งหากผู้เรียกร้องต้องออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการด้วยตนเองก็อาจไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น จึงไม่เห็นว่าความยินยอมของผู้เรียกร้องในการอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์[545]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[543] Ibid.paras 85-89, 451-452.

[544] Ibid.para.428.

[545] Ibid.paras 456-465.

ผู้เขียนมีความเห็นว่า TFA เป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เนื่องจากแม้ข้อตกลงระหว่างผู้เรียกร้องและ TFA จะไม่ให้ผลตอบแทนเป็นตัวเงิน แต่มีการตกลงจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีของผู้เรียกร้องซึ่งอาจไม่ได้เชื่อมโยงผลแห่งคดีโดยตรงแต่ก็ทำให้ได้มาซึ่งประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นที่เกี่ยวเนื่องจากการออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ โดยประเด็นสำคัญในคดีนี้ คือ การมีอำนาจควบคุมอย่างสมบูรณ์ (total control) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการดำเนินกระบวนพิจารณาต่าง ๆ แทนผู้เรียกร้องอันเป็นไปตามข้อตกลง ยกตัวอย่างเช่น การตั้งอนุญาโตตุลาการ ผู้เชี่ยวชาญ และที่ปรึกษา การเลือกและสั่งการทนายความ และการเจรจาหรือทำความตกลงกับผู้คัดค้าน เป็นต้น ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้เรียกร้อง ทำให้ไม่สามารถสั่งการ TFA และทนายความในกระบวนการพิจารณาได้ รวมถึงการไม่สามารถฟ้องธนาคารผู้ขายพันธบัตรให้แก่ตนตลอดระยะเวลาการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องการใช้อำนาจควบคุมของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนและการจำกัดสิทธิในกระบวนพิจารณาของผู้เรียกร้องแล้วอาจสรุปได้ว่า กรณีที่ข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนมีข้อตกลงให้สิทธิบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณา เช่น การเลือกทนายความ หรือผู้เชี่ยวชาญ สามารถกระทำได้ในการอนุญาโตตุลาการ อย่างน้อยในข้อเรียกร้องซึ่งดำเนินกระบวนพิจารณาสำหรับผู้เรียกร้องจำนวนมาก ซึ่งการตั้งตัวแทนเพื่อสั่งการทนายความและดำเนินกระบวนพิจารณาไปในแนวทางเดียวกันเป็นสิ่งจำเป็น ทำให้แม้แต่การมีอำนาจควบคุมอย่างสมบูรณ์ยังไม่ส่งผลกระทบถึงสถานะของข้อเรียกร้องหรือผู้เรียกร้อง อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยนี้ยังแสดงให้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับแนวคิดพื้นฐานของการสนับสนุนเงินทุนให้ผู้เรียกร้องในการอนุญาโตตุลาการเพื่อแลกกับการได้รับผลประโยชน์บางอย่างตอบแทน อย่างเช่นในคดีนี้ คือ การไม่ถูกฟ้องคดีในระยะเวลาที่มีการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังรับรู้ถึงผลดีของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในแง่ของการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) อีกด้วย ดังที่ได้กล่าวถึงว่า หากไม่มีการสนับสนุนเงินทุนจาก TFA ผู้เรียกร้องจำนวนมากไม่น่าจะสามารถออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการได้ด้วยตนเอง

ตัวอย่างเช่น คดี Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic[546] คดีนี้ผู้เรียกร้องสัญชาติอิตาเลียน จำนวน 64 ราย (เดิม 119 ราย)[547] เรียกร้องให้

[546] Ambiente Ufficio S.P.A. And Others (Formerly Giordano Alpi and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013.

[547] Ibid.para. 336. เมื่อเริ่มการอนุญาโตตุลาการมีผู้เรียกร้องจำนวน 119 ราย แต่ต่อมามีผู้เรียกร้องบางส่วนรับข้อแลกเปลี่ยนของอาร์เจนตินา (Exchange Offer 2010) จึงเหลือผู้เรียกร้องในคดีทั้งสิ้นจำนวน 64 ราย

ประเทศอาร์เจนตินาชดเชยความเสียหายเป็นจำนวนเงิน 6.80 ล้านยูโร (10.70 ล้านดอลลาร์สหรัฐ)[548] จากการละเมิดพันธกรณีภายใต้ Argentina-Italy BIT โดยการผิดนัดชำระหนี้ (default) ตามพันธบัตรของอาร์เจนตินาเช่นเดียวกันกับใน คดี Abaclat and others v. Argentina[549] แต่ในคดีนี้ North Atlantic Société d'Administration's (NASAM) บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในคดีนี้ไม่ได้เป็นการรวมกลุ่มของธนาคารผู้ขายพันธบัตรอาร์เจนตินาให้แก่ผู้เรียกร้องแบบ TFA หรือมีความเกี่ยวข้องเกี่ยวข้องในการขายพันธบัตรดังกล่าวให้นักลงทุน รวมถึงผู้เรียกร้องแต่อย่างใด[550]

ประเด็นที่เกี่ยวข้องที่ควรศึกษามีว่า ผู้คัดค้านโต้แย้งว่า สิ่งที่เป็นปัญหาไม่ใช่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม แต่คือบทบาทของ NASAM ที่มีอำนาจควบคุมจนกลายเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง (real party in interest) ในคดีนี้ กล่าวคือ เป็นแรงผลักดันเบื้องหลังการตัดสินใจเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการครั้งนี้ของผู้เรียกร้อง เป็นผู้เลือกและสั่งการทนายความ เป็นผู้มีอำนาจควบคุมอย่างสมบูรณ์เหนือการอนุญาโตตุลาการฝ่ายผู้เรียกร้องและเป็นผู้ได้รับประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว (sole beneficiary) สัญญาระหว่าง NASAM กับผู้เรียกร้อง (NASAM Mandate) จึงมีผลเป็นการสร้างอุปสรรคระหว่างผู้เรียกร้องและทนายความ[551]

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวโดยสรุปว่า พิจารณาแล้วแม้ NASAM จะมีบทบาทสำคัญไม่ใช่เพียงแค่การสนับสนุนเงินทุนฝ่ายผู้เรียกร้อง แต่ยังช่วยรวมและประสานงานผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่ไม่ได้ทำให้ NASAM อยู่ในสถานะที่จะควบคุมกระบวนพิจารณา โดยทนายความย่อมถูกผูกพันโดยหนังสือมอบอำนาจซึ่งตามกฎหมายแล้วเกี่ยวโยงถึงทนายความกับผู้เรียกร้องเท่านั้น แต่ไม่ได้ถูกผูกพันตาม NASAM Mandate ซึ่งเป็นสัญญาระหว่าง NASAM กับผู้เรียกร้อง และทนายความได้ชี้แจงอย่างเจาะจงว่าเป็นตัวแทนของผู้เรียกร้องไม่ใช่ NASAM และไม่ได้รับคำสั่งจาก NASAM แต่อย่างใด นอกจากนี้การที่ NASAM มีจดหมายถึงผู้เรียกร้องเพื่อโน้มน้าวไม่ให้ยอมรับข้อแลกเปลี่ยนของอาร์เจนตินา (Exchange Offer 2010) ซึ่งไม่เป็นผล เนื่องจากผู้เรียกร้องส่วนใหญ่ในตอนเริ่มคดีตัดสินใจตกลงรับข้อเสนอดังกล่าว เพราะฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า NASAM ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในกระบวนพิจารณานี้ NASAM Mandate ไม่ได้แทรกแซงการสั่งการทนายความและความสามารถของผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อประโยชน์สูงสุด เมื่อไม่มีข้อบ่งชี้ว่ามีการควบคุมจากภายนอกในกระบวน

---

[548] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Ambiente Ufficio and Others V. Argentina."

[549] Abaclat and Others (Formerly Giovanna A. Beccara and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 Aug 2011.

[550] Ambiente Ufficio S.P.A. And Others (Formerly Giordano Alpi and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013.para.275.

[551] Ibid.para.186.

พิจารณาหรือมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่จะบ่อนทำลายการใช้เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ[552]

อย่างไรก็ตาม ผู้คัดค้านได้โต้แย้งอีกว่า ผู้เรียกร้องดำเนินกระบวนพิจารณาแทน NASAM ซึ่งเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง เนื่องจากสัญญาระหว่าง NASAM กับผู้เรียกร้องกำหนดให้ NASAM มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวเงินจากผลของข้อเรียกร้อง ทำให้ผู้เรียกร้องไม่อาจใช้สิทธิในการอนุญาโตตุลาการ โดย NASAM ไม่ได้มีสิทธิดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากไม่ได้มีสัญชาติอิตาเลียน และแม้ว่า NASAM จะเป็นผู้จ้างทนายความ รวบรวมผู้เรียกร้องและข้อมูลเกี่ยวกับข้อเรียกร้อง สนับสนุนเงินทุนและใช้อำนาจอย่างสมบูรณ์เหนือการอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ไม่ได้เข้ารับหน้าที่เป็นคู่พิพาท การอนุญาตให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปเพื่อคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริงซึ่งไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้ BIT จึงเป็นการใช้กระบวนพิจารณาไปในทางมิชอบ (abuse of process)[553] ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยต่อไปว่า ไม่อาจเห็นด้วยกับผู้คัดค้านว่าบทบาทของ NASAM ในกระบวนพิจารณาจะทำให้ผู้เรียกร้องไม่มีสิทธิในการอนุญาโตตุลาการ ดังที่ได้วินิจฉัยก่อนหน้าแล้วจึงไม่จำเป็นต้องอธิบายประเด็นดังกล่าวอีก เมื่อผู้เรียกร้องไม่ได้ดำเนินการในข้อเรียกร้องแทน NASAM จึงไม่ต้องวินิจฉัยว่า NASAM เป็นนักลงทุนตาม ICSID Convention และ BIT หรือไม่ ดังนั้น จึงไม่เห็นว่ามีการใช้กระบวนพิจารณาไปในทางมิชอบเนื่องจากบทบาทของ NASAM แต่อย่างใด[554]

จากการศึกษาคำวินิจฉัยข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า NASAM เป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้เรียกร้องโดยมีข้อตกลงสนับสนุนเงินทุน คือ NASAM Mandate ซึ่งระบุให้การออกค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการทำให้ NASAM มีสิทธิได้รับผลตอบแทนจากผลของข้อเรียกร้อง จึงเป็นกรณีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อผลตอบแทนเป็นตัวเงิน โดยหากวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้อาจสรุปได้ว่า กรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งมีบทบาทในการดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ เช่น การเลือกทนายความโดยผู้เรียกร้องเป็นผู้แต่งตั้ง การช่วยประสานงานให้ผู้เรียกร้องนั้น หากไม่ได้เป็นการแทรกแซงการสั่งการทนายความและความสามารถของผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณาจะไม่ถือเป็นการควบคุมหรือขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่จะกระทบต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและไม่ส่งผลกระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้อง เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการไม่ถือว่าบทบาทการมีส่วนในกระบวนพิจารณาของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนและสัญญาซึ่งให้ผลตอบแทนบุคคลเช่นว่าจะทำ

---

[552] Ibid.para.277-278

[553] Ibid.paras 286-287.

[554] Ibid.para.332.

ให้บุคคลนั้นกลายเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง หรือถือว่าผู้เรียกร้องดำเนินการตามข้อเรียกร้องเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจนเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวคำวินิจฉัยนี้สามารถใช้กับกรณีอื่นนอกจากการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีข้อเรียกร้องจำนวนมากได้ เนื่องจากกรณีนี้มีผู้เรียกร้องเหลือจำนวน 64 ราย ไม่มากเท่าในคดี Abaclat and others v. Argentina ซึ่งมีจำนวนผู้เรียกร้องถึง 60,000 ราย (จาก 180,000 ราย) ประกอบกับคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีการเชื่อมโยงบทบาทของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับความแตกต่างของกระบวนพิจารณาในคดีนี้กับคดีที่มีผู้เรียกร้องจำนวนน้อยหรือมีข้อเรียกร้องเดียวแต่อย่างใดซึ่งต่างจากคดี Abaclat and others v. Argentina ซึ่งมีการกล่าวอ้างดังกล่าว

ตัวอย่างเช่น คดี Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic[555] ข้อเท็จจริงในคดีนี้สรุปได้ว่า ผู้เรียกร้องสัญชาติอิตาเลียนจำนวน 74 ราย (เดิม 183 ราย)[556] เรียกร้องการชดเชยความเสียหายจากประเทศอาร์เจนตินาเป็นจำนวน 14 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[557] ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับทั้งสองคดีที่ได้นำศึกษาไปแล้วข้างต้น

บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในคดีนี้ คือ NASAM รายเดียวกับคดีก่อนหน้า โดยประเด็นในคดีนี้ซึ่งผู้คัดค้านได้โต้แย้งการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม มีความคล้ายคลึงกับข้อโต้แย้งในคดี Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic[558] กล่าวคือ โต้แย้งว่า NASAM เป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง เนื่องจากเป็นผู้สนับสนุนค่าใช้จ่ายในคดีของผู้เรียกร้องเพื่อผลตอบแทนซึ่งขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี ในข้อตกลงจึงให้อำนาจ NASAM ในการควบคุมเหนือการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้อง ผู้เรียกร้องไม่สามารถควบคุมการดำเนินการของทนายความซึ่ง NASAM เป็นผู้เลือกและสั่งการ และไม่สามารถควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาได้[559]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นโดยสรุปว่า ข้อโต้แย้งบางส่วนของผู้คัดค้านเพียงแต่วิพากษ์วิจารณ์ลักษณะของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม

---

[555] Giovanni Alemanni and Others V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 November 2014.

[556] Ibid.paras 1, 327. เมื่อเริ่มการอนุญาโตตุลาการมีผู้เรียกร้องจำนวน 183 ราย แต่ต่อมามีผู้เรียกร้องบางส่วนรับข้อแลกเปลี่ยนของอาร์เจนตินา (Exchange Offer 2010) และเหตุอื่น ๆ จึงเหลือผู้เรียกร้องในคดีทั้งสิ้นจำนวน 74 ราย

[557] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Alemanni and Others V. Argentina."

[558] Ambiente Ufficio S.P.A. And Others (Formerly Giordano Alpi and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013.

[559] Giovanni Alemanni and Others V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 November 2014.paras 45,128-144.

ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมุมมองของแต่ละบุคคลต่อเรื่องดังกล่าวอาจแตกต่างกัน แต่ขณะนี้แนวปฏิบัติได้เป็นที่ยอมรับแล้วทั้งในเขตอำนาจรัฐหลายแห่งและในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ได้เป็นสิ่งที่พิจารณาเพียงอย่างเดียวแล้วจะทำให้เกิดข้อคัดค้านในการรับคำร้องขอการอนุญาโตตุลาการไว้พิจารณา แต่การสนับสนุนเงินทุนในคดีนี้ต่างจากกรณีทั่วไป กล่าวคือ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้ซื้อข้อเรียกร้อง หรือได้รับการติดต่อจากนักลงทุนเพื่อขอให้สนับสนุนเงินค่าใช้จ่ายในคดีโดยให้ผลตอบแทนหากชนะคดี[560] การที่ผู้เรียกร้องไม่ใช่นักลงทุนระหว่างประเทศที่มีประสบการณ์สูง และ Avv. Piero Giuseppe Parodi ทนายความผู้ได้รับมอบอำนาจของผู้เรียกร้องได้รับประโยชน์ทางการเงินจาก NASAM และมีชื่อเป็นผู้ถือพันธบัตรในรายชื่อของผู้เรียกร้อง เพียงแค่เหตุดังกล่าวไม่ใช่ข้อน่ากังวล แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่น เช่น การทำข้อตกลงโดยสละอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาและมอบอำนาจในการดำเนินคดีแก่ทนายความ Avv. Piero Giuseppe Parodi ซึ่งไม่เคยปรากฏตัวต่อหน้าคณะอนุญาโตตุลาการ มีเพียงทนายที่ได้รับการแต่งตั้งจาก Avv. Piero Giuseppe Parodi ให้เป็นทนายความร่วมเป็นผู้ดำเนินการแทน เป็นต้น ทำให้เกิดความกังวลในความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการ[561]

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวกล่าวจะเห็นได้ว่า บทบาทของ NASAM ในการเป็นบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีลักษณะคล้ายกับข้อเท็จจริงในคดีก่อน โดยข้อตกลงระหว่าง NASAM และผู้เรียกร้องให้สิทธิ NASAM ในการได้รับผลตอบแทนตามผลของข้อเรียกร้องและมีบทบาทในกระบวนพิจารณา จึงเป็นกรณีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อผลตอบแทนเป็นตัวเงินเช่นเดียวกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยในคดีนี้สอดคล้องกับคดี Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic[562] ซึ่งไม่ถือว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามกระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้องหรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้นยังยอมรับในแนวปฏิบัติว่าเพียงแค่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[560] ข้อเท็จจริงกรณีนี้ปรากฏว่า NASAM เป็นผู้ติดต่อไปยังผู้เรียกร้องและรวบรวมผู้เรียกร้องเพื่อเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการและเป็นตัวแทนในกระบวนพิจารณา ประกอบกับผู้เรียกร้องในคดีนี้ไม่ได้เป็นนักลงทุนหรือบริษัทขนาดใหญ่ที่มีประสบการณ์และความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าว จึงอาจเป็นเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีความแตกต่างจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยทั่วไปซึ่งในบางกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนอาจเป็นผู้ติดต่อนักลงทุนเอง เช่น กรณีบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด จำกัด (Kingsgate Consolidated Limited) ซึ่งมีข้อพิพาทกับประเทศไทยในการอนุญาโตตุลาการ กรณีเหมืองทองชาตรี ได้เปิดเผยว่าได้รับข้อเสนอการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจากหลายแห่ง โปรดดู Angela East, "Kingsgate Is Confident of Beating Thailand with Several Financiers Interested in Its Court Stoush," Stockhead (19 February 2019).

[561] Giovanni Alemanni and Others V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 November 2014.para. 278.

[562] Ambiente Ufficio S.P.A. And Others (Formerly Giordano Alpi and Others) V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013.

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพียงอย่างเดียวไม่ใช่เหตุที่จะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่รับคำร้องไว้พิจารณา ส่วนประเด็นในเรื่องข้อกังวลที่เกิดขึ้นของคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นหลักเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างทนายความผู้ได้รับมอบอำนาจและผู้เรียกร้องมากกว่าจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนโดยตรง ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาประเด็นดังกล่าวในเรื่องการมอบอำนาจและการให้ความยินยอมของผู้เรียกร้องต่อไป แต่เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตของการศึกษาผู้เขียนจึงไม่ได้นำศึกษาในรายละเอียด ณ ที่นี้

6.2.3.2 แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility)

ผู้เขียนได้นำศึกษาและวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเกี่ยวกับปัญหาของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณาแล้ว ในลำดับต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการกำกับปัญหาดังกล่าว

เนื่องจากการพิจารณาเขตอำนาจและวินิจฉัยการรับข้อเรียกร้องไว้พิจารณาเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ดังเช่นที่ปรากฏตามมาตรา 41 แห่ง ICSID Convention และ ข้อ 23 (1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางในการกำกับจึงควรเป็นการให้สถาบันอนุญาโตตุลาการกำหนดแนวทางปฏิบัติของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องเขตอำนาจและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณาเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการได้มีแนวทางที่จะยึดถือปฏิบัติตาม โดยมีรายละเอียดดังนี้

(ก) หากมีข้อโต้แย้งกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนได้ทำขึ้นก่อนหรือหลังวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เนื่องจากการวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก กรณีที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนขึ้นภายหลังจากวันที่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ แม้เป็นข้อตกลงที่มีการกำหนดให้ผลตอบแทนที่ขึ้นกับผลแห่งคดีแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน คณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องถือว่าการทำข้อตกลงดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจจึงไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาแต่อย่างใด ซึ่งวันที่ถือว่ามีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการดังกล่าวสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้ ICSID คือ วันที่มีการยื่นคำร้อง

ขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ (request for arbitration) และสำหรับ UNCITRAL คือ วันที่ผู้คัดค้านได้รับการแจ้งการอนุญาโตตุลาการ (notice of arbitration)

กรณีที่สอง กรณีที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนขึ้นก่อนวันที่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ กรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการต้องถือว่าไม่กระทบต่อสถานะของนักลงทุน หรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เว้นแต่ว่าจะมีสนธิสัญญากำหนดให้ข้อตกลงหรือสัญญาที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนบุคคลภายนอกในลักษณะที่ตรงกับข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนระหว่างผู้เรียกร้องกับบุคคลผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งมีผลทำให้ผู้เรียกร้องไม่ถือเป็นนักลงทุนตามนิยามของสนธิสัญญา อันทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในกรณีดังกล่าว หากสนธิสัญญามีการกำหนดเช่นว่านั้นก็จะกระทบต่อข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนที่ทำขึ้นภายหลังวันที่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ หากเป็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ จะไม่กระทบต่อเขตอำนาจและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณาในกรณีนี้ เนื่องจากไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวเงินจากค่าเสียหายที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี แต่ต้องพิจารณาในเรื่องอำนาจควบคุมเช่นเดียวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อผลประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวเงิน ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

(ข) หากมีข้อโต้แย้งกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีอำนาจควบคุม (control) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

จากแนวคำวินิจฉัยคณะอนุญาโตตุลาการต้องถือว่าบทบาทของผู้สนับสนุนเงินทุนโดยทั่วไป เช่น การเลือกทนายความและผู้เชี่ยวชาญ การประสานงานระหว่างทนายความและผู้เรียกร้อง ไม่กระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้องหรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงไม่ทำให้ข้อเรียกร้องไม่อาจรับไว้พิจารณา โดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่ถือว่าเป็นการโอนสิทธิในทางข้อเท็จจริง (de facto) แต่อย่างใด เว้นแต่ในบางกรณี เช่น การกระทำของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นการแทรกแซงหรือรบกวนการสั่งการทนายความหรือใช้สิทธิในกระบวนพิจารณาของผู้เรียกร้อง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการอาจนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาเป็นประเด็นในการวินิจฉัยเป็นรายกรณีไปและอาจเห็นว่ากระทบต่อเขตอำนาจหรือการรับข้อเรียกร้องไว้วินิจฉัยได้

อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ประสงค์จะแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility) ดังกล่าว แต่จากการศึกษาพบว่า คณะทำงาน 3 (Working Group III) ของ UNCITRAL ที่ได้รับมอบหมาย ในปี ค.ศ. 2007 ให้ศึกษาหาแนวทางในการปฏิรูปกลไกการระงับ

ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Dispute Settlement Reform: ISDS reform) ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนี้ คณะทำงาน 3 ได้จัดทำร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) โดยมีการเสนอเกี่ยวกับขอบเขตของนิยามคำว่านักลงทุนและการลงทุนในร่างข้อบทที่ 8 (draft provision 8) ในร่างดังกล่าวได้กำหนดให้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ถือเป็นการลงทุนตามนิยามแห่งสนธิสัญญา รวมถึงกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ถือเป็นนักลงทุนตามนิยามแห่งสนธิสัญญาซึ่งจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งมีคำอธิบายเหตุผลประกอบร่างข้อบทว่า มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนยกข้อเรียกร้องในความสูญเสียหรือความเสียหายที่เกิดจากการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้เรียกร้องในคดีอื่นขึ้นต่อสู้กับรัฐ ผู้เขียนเห็นว่า หากสังเกตจากวัตถุประสงค์ของร่างข้อบทที่ 8 จะพบว่าเป็นการห้ามบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการยกข้อเรียกร้องที่เกิดจากการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้เรียกร้องในคดีอื่น จึงเป็นการห้ามในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุนเงินทุน และรัฐยังสามารถยกประเด็นเรื่องเขตอำนาจในกรณีที่ผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามขึ้นกล่าวอ้างได้อยู่เช่นเดิม

6.2.4 ข้อวิเคราะห์และแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) และการจัดสรรค่าใช้จ่าย (Allocation of costs) ในการอนุญาโตตุลาการ

6.2.4.1 ข้อวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยกรณีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs)

จากการศึกษาพบว่าแนวคำวินิจฉัยกรณีคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีคำสั่งให้วางประกันสามารถแบ่งหลักการหรือเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้พิจารณาได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้วเห็นว่า การได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนไม่ใช่สิทธิที่เกี่ยวข้องของคู่พิพาทซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะนำไปใช้คุ้มครอง และกรณีที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเรียกให้วางประกันในพฤติการณ์พิเศษหรือร้ายแรงอย่างมากเท่านั้น ซึ่งจะทำการศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้พิจารณา รวมถึงวิเคราะห์ว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นปัจจัยสำคัญหรือส่งผลกระทบต่อการมีคำสั่งให้วางประกันของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ โดยจะนำพิจารณาและวิเคราะห์ตามลำดับดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(ก) แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการกรณีการได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืน “ไม่ใช่สิทธิ”

แนวคำวินิจฉัยนี้ปรากฏในการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID โดยมีที่มาจากบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (provisional measure) เนื่องจากคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในคดีไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะ ดังนั้น ในการพิจารณาคำร้องขอให้มีการวางประกันจึงต้องพิจารณาตามมาตรา 47[563] แห่ง ICSID Convention ซึ่งได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่จะนำไปใช้คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง (preserve the respective rights) ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นตามพฤติการณ์แวดล้อม เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ประกอบกับข้อ 39 (1)[564] ของ ICSID Arbitration Rules ซึ่งกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้มีการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิ (the preservation of its rights) ของคู่พิพาทนั้นได้ไม่ว่าในเวลาใด ๆ หลังจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้น โดยคำร้องขอนั้นต้องระบุสิทธิที่จะขอรับการคุ้มครอง (rights to be preserved) มาตรการที่ร้องขอ และพฤติการณ์ที่จำเป็นต้องใช้มาตรการนั้นด้วย

หากสังเกตถ้อยคำในบทบัญญัติอาจสรุปได้ว่า มาตรการชั่วคราวมีเพื่อคุ้มครอง “สิทธิ” (rights) ของคู่พิพาท ดังนั้น เมื่อผู้คัดค้านมีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้าน ซึ่งค่าใช้จ่ายนั้นอาจได้รับการชี้ขาดให้ผู้เรียกร้องเป็นฝ่ายรับภาระ โดยผู้คัดค้านอาจยกประเด็นเรื่องสถานะทางการเงินของผู้เรียกร้องที่ไม่มีความมั่นคงหรือเหตุอื่น ๆ ขึ้นกล่าวอ้าง คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาว่า ผู้คัดค้านมีสิทธิในหลักประกันค่าใช้จ่ายที่ร้องขอซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบบ ICSID หรือไม่[565] โดยอนุญาโตตุลาการบางท่านมีความเห็นว่า การได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนไม่ใช่สิทธิ

---

[563] Article 47 Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

[564] Rule 39 Provisional Measures

(1) At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.

[565] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 172.

ดังเช่น คดี Maffezini v. Spain[566] ซึ่งเป็นคดีแรกใน ICSID ที่ปรากฏว่า มีผู้คัดค้านร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) โดยอ้างว่าข้อเรียกร้องนั้นไร้ค่า (worthless) และข้อกล่าวหาของผู้เรียกร้องนั้นไม่มีมูลเหตุ (groundless) ดังนั้น ผู้เรียกร้องจะแพ้คดีและควรต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการต่อสู้คดีคืนให้แก่ผู้คัดค้าน[567] ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้วเห็นว่า บทบัญญัติ (ข้อ 39 (1) ของ ICSID Arbitration Rules) ใช้ไวยากรณ์ present tense จึงบอกเป็นนัยว่าสิทธิที่ร้องขอนั้นต้องมีอยู่ในเวลาที่มีการร้องขอ ไม่ใช่สิทธิที่สมมติขึ้น หรือจะถูกสร้างขึ้นในอนาคต ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นซึ่งสิทธิในปัจจุบันของคู่พิพาทที่มุ่งหมายจะได้รับการคุ้มครอง (unable to see what present rights are intended to be preserved)[568]

คดี RSM v. Saint Lucia[569] ซึ่ง Edward Nottingham อนุญาโตตุลาการท่านหนึ่งมีความเห็นแย้งในประเด็นดังกล่าวซึ่งสอดคล้องกับคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Maffezini v. Spain ว่า สิทธิที่ผู้คัดค้านร้องขอนั้นไม่แน่นอนและเป็นสิ่งที่สมมติขึ้น ไม่มีอยู่ในปัจจุบัน และอาจจะไม่เกิดขึ้นเลย โดยอาจเกิดขึ้นได้ถ้าผู้คัดค้านชนะในเนื้อหาแห่งคดี และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนตามที่ร้องขอ ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลที่จะกล่าวถึงการคุ้มครอง บำรุงรักษาหรือปกป้องสิ่งที่ไม่มีอยู่ ซึ่งอาจตั้งคำถามได้ว่าข้อเรียกร้องเรื่องค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดที่ไม่แน่นอนเป็น “สิทธิ” จริงหรือไม่[570]

จากแนวคำวินิจฉัยทั้งสอง จะเห็นได้ว่า มีความคิดเห็นสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันว่า การร้องขอให้มีการวางประกันของผู้คัดค้านไม่ใช่สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามระบอบ ICSID ภายใต้บทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เนื่องจากมีความเห็นว่า สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเป็นสิทธิที่มีอยู่ในขณะที่มีการร้องขอ อย่างไรก็ตาม แม้จะยังมีประเด็นปัญหาหรือมีอนุญาโตตุลาการที่มีแนวคิดอย่างที่ได้ศึกษาแนวคำวินิจฉัยมาข้างต้น[571] แต่ถือว่าเป็นจำนวนน้อยที่

---

[566] Emilio Agustín Maffezini V. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, 28 October 1999.

[567] Ibid.paras 1-4.

[568] Ibid.paras 13-15.

[569] Rsm Production Corporation V. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (Assenting reasons of Gavan Griffith, 12 August 2014), 13 August 2014.

[570] Ibid.(Dissenting opinion of Edward Nottingham, 12 August 2014) para. 6.

[571] มีความเห็นลักษณะดังกล่าวปรากฏในคดีอื่นอีก เช่น Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Procedural Order No. 11, 28 June 2018, Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/18, RSM Production Corporation and others v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

ยังคงกังขาเกี่ยวกับสิทธิของผู้คัดค้านในการร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกัน ซึ่งโดยส่วนใหญ่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า ผู้คัดค้านมีสิทธิร้องขอให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายได้ตามบทบัญญัติมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่มีเกณฑ์ที่สูงมากในการพิจารณามีคำสั่งให้วางประกัน โดยจะขอนำศึกษารายละเอียดในลำดับต่อไป

(ข) คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเรียกให้วางประกันในพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional circumstances) หรือร้ายแรงอย่างมาก (Extreme) เท่านั้น

จากที่ได้ศึกษาในกรณีแรกว่ามีอนุญาโตตุลาการบางท่านมีความเห็นว่าการร้องขอให้มีการวางประกันของผู้คัดค้านไม่ใช่สิทธิ แต่ตามแนวคำวินิจฉัยที่ปรากฏข้อโต้แย้งในประเด็นดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการโดยส่วนใหญ่จะเห็นว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่เพียงแต่คุ้มครองสิทธิที่ได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่ยังคุ้มครองสิทธิที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ดังเช่นสิทธิในการบังคับตามคำชี้ขาดที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กล่าวคือ ทำให้เชื่อมั่นว่าจะมีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่จะเกิดขึ้น[572] อย่างไรก็ดี ในลำดับต่อไปจะขอนำศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้เหตุผล หรือยกตัวอย่างหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ใช้พิจารณาในการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายเอาไว้ โดยยึดหลักว่าต้องมีพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional circumstances) หรือพฤติการณ์ที่ร้ายแรงอย่างมาก (Extreme) จากนั้นจะนำศึกษาแนวคำวินิจฉัยซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันตามคำร้องขอของผู้คัดค้านเพื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้พิจารณา รวมถึงทำการศึกษาและวิเคราะห์ว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในคดีจะถือเป็นพฤติการณ์พิเศษหรือร้ายแรงอย่างมาก หรือเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณามีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายหรือไม่ อย่างไร โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีคำสั่งให้วางประกัน

ประการแรก การไม่มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงความเสียหายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถแก้ไขได้ (imminent and irreparable harm) และความเร่งด่วน (urgent)

ตัวอย่างเช่น คดี Burimi v. Albania[573] ผู้คัดค้านในคดีนี้มีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายโดยอ้างว่าผู้เรียกร้องเป็นนิติบุคคลที่ไม่ได้ดำเนินกิจการจริง ไม่มีทรัพย์สิน โดยเงินทุนสนับสนุนน่าจะมาจากผู้อื่น และสามารถยื่นคำร้องขอเป็นบุคคลล้มละลายเมื่อมีคำชี้ขาดให้เป็นฝ่ายชำระค่าใช้จ่ายแก่ผู้คัดค้าน (adverse award) คณะ

---

[572] Christoph H. Schreuer *et al.*, The Icsid Convention: A Commentary, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).pp. 759 ,780.

[573] Burimi Srl and Eagle Games Sh.A V. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No. 2 on Provisional Measures Concerning Security for Costs, 3 May 2012.

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยสรุปว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็น “มาตรการพิเศษ” ซึ่งต้องเสนอแนะในพฤติการณ์ที่จำกัดอย่างยิ่ง กล่าวคือ ประการแรก มาตรการนั้นจำเป็นในการหลีกเลี่ยงความเสียหายที่ใกล้จะถึง (imminent) และไม่สามารถแก้ไขได้ (irreparable) ซึ่งจะเกิดขึ้นต่อผู้มีคำร้องขอ โดยความเสียหายที่จะเกิดต้องส่งผลให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงกว่าความเสียหายจากการใช้มาตรการต่อผู้เรียกร้องอย่างมาก และต้องไม่ใช่ความเสียหายที่สมมติว่าอาจเกิดขึ้นในอนาคต และประการที่สอง ต้องมีความเร่งด่วน (urgent) ซึ่งไม่สามารถรอผลแห่งคดีได้ แต่เหตุที่ผู้คัดค้านยกขึ้นกล่าวอ้างยังมิใช่ความเสียหายซึ่งใกล้จะถึง และยังรอผลแห่งคดีได้ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้จึงไม่ได้สั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันตามที่มีการร้องขอ[574]

ประการที่สอง ความไม่เหมาะสมในการตัดสินเนื้อหาแห่งคดีล่วงหน้า (prejudging)

ตัวอย่างเช่น คดี Libananco v. Turkey[575] ผู้คัดค้านร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย โดยกล่าวอ้างว่า ผู้เรียกร้องเป็นบริษัทที่มีแต่เปลือก (shell company) ซึ่งไม่มีทรัพย์สินเป็นของตนเอง และไม่น่าจะสามารถชดใช้ตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายหากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งยกข้อเรียกร้องในชั้นพิจารณาเขตอำนาจหรือเนื้อหาแห่งคดี คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Burimi v. Albania ว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวต้องมีคำสั่งเมื่อมีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงอย่างมากอันจะทำให้ผู้มีคำร้องขอได้รับความเสียหายอันไม่สามารถแก้ไขได้ (irreparable damage) นอกจากนี้ ยังมีความเห็นว่า ไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะตัดสินล่วงหน้าว่าจะใช้ดุลพินิจอย่างไรในกระบวนการชั้นนี้ ดังนั้น จึงให้ยกคำร้องขอให้มีคำสั่งวางประกัน[576]

ประการที่สาม การพิสูจน์ให้เห็นไม่ได้ว่ามีความเสี่ยงอย่างชัดแจ้งในการไม่ได้รับชำระค่าใช้จ่าย

ตัวอย่างเช่น คดี Grynberg v. Grenada[577] ประเทศเกรนาดาผู้คัดค้านในคดีนี้มีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายจำนวน 5 แสนดอลลาร์สหรัฐ (USS)[578] โดยกล่าวอ้างว่า บริษัท RSM ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้เรียกร้องมีประวัติการไม่ชำระค่าใช้จ่าย

---

[574] Ibid.paras 12, 34-43.

[575] Libananco Holdings Co. Limited V. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 Jun 2008.

[576] Ibid.paras 57-60.

[577] Rsm Production Corporation and Others V. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6 Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

[578] Ibid.para. 1.3.

ล่วงหน้าในอีกคดีซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างบริษัท RSM กับประเทศเกรนาดา ในมูลเหตุเดียวกับคดีนี้ แต่เป็นการอ้างการละเมิดตามสัญญา (คดี RSM v. Grenada)[579] ซึ่งบริษัท RSM ไม่ชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าในชั้นกระบวนพิจารณาการเพิกถอนคำชี้ขาด (Annulment Proceeding) จนประเทศเกรนาดาต้องเข้าชำระแทนเพื่อให้ครอบคลุมค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนพิจารณาให้กับ ICSID โดยยังไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวคืนแต่อย่างใด จึงไม่มีเหตุอันจะเชื่อได้ว่าผู้เรียกร้องจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายโดยสมัครใจในคดีนี้ และผู้เรียกร้องอ้างว่ามีเงินจำนวนเหลือเฟือ (ample means) ที่จะวางหลักประกันจำนวนเล็กน้อย (modest security)[580]

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยสรุปว่า การเสนอแนะมาตรการชั่วคราวเป็นการเยียวยาที่แตกต่างจากกรณีทั่วไป (extraordinary) จึงไม่ควรมีคำสั่งโดยง่าย เหตุแห่งการไม่มีทรัพย์สินหรือไม่มีความสามารถในการชำระค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดที่อาจเกิดขึ้นไม่เพียงพอที่จะทำให้ต้องมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย และระบบการระงับข้อพิพาทโดย ICSID ไม่ได้กำหนดให้ข้อเรียกร้องของนักลงทุนจะได้รับการพิจารณาได้เฉพาะกรณีเป็นผู้มีสถานะทางการเงินที่เพียงพอจะชำระค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดเท่านั้น ประเทศเกรนาดาไม่ได้แสดงพยานหลักฐานให้เห็นถึงความยากไร้ของผู้เรียกร้องหรือเจตนาไม่ชำระค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาด การไม่ชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าในการร้องขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดในอีกคดี และความพยายามของ Jack Grynberg หนึ่งในผู้เรียกร้องในการโอนย้ายทรัพย์สินหลบหนีเจ้าหนี้เมื่อ 10 ปีที่แล้ว ไม่เพียงพอที่จะทำให้เชื่อได้ว่าจะมีการใช้ทุกวิถีทางเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับตามคำชี้ขาดในคดีนี้ นอกจากนี้ คดีนี้มีผู้เรียกร้องทั้งหมด 4 ราย ซึ่งต้องร่วมกันรับผิด จึงลดความเสี่ยงในการไม่ได้รับการชำระค่าใช้จ่าย (minimizes the risk of non payment) ดังนั้น จึงยกคำร้องขอให้มีคำสั่งให้วางประกัน[581]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

คดี Al Warraq v. Indonesia[582] ผู้คัดค้านมีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยอ้างถึงประวัติอาชญากรรมและสถานะการเป็นผู้หนีคดีของผู้เรียกร้อง (fugitive) ดังนั้น ผู้เรียกร้องจึงน่าจะไม่สามารถชำระค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดให้แก่ผู้คัดค้านได้ และเป็นที่แน่ชัดว่าข้อเรียกร้องนี้จะต้องล้มเหลว[583]

---

[579] Rsm Production Corporation V. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, 28 April 2011.

[580] Rsm Production Corporation and Others V. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6 Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.paras 3.2-3.4.

[581] Ibid.paras 5.17-6.1.

[582] Hesham Talaat M. Al-Warraq V. The Republic of Indonesia, UNCITRAL Award on Respondent's Preliminary Objections to Jurisdiction and Admissibility of the Claims, 21 June 2012.

[583] Ibid.para. 104.

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยสรุปว่า คำร้องขอให้มีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายต้องเข้าเงื่อนไขตามข้อ 26 (3) ของ UNCITRAL Arbitration Rules (ค.ศ. 2010) กล่าวคือ ต้องทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า หากไม่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหาย (harm) ที่ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยค่าเสียหายตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นความเสียหายที่มากกว่าความเสียหายที่จะเกิดกับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องปฏิบัติตามมาตรการนั้นเป็นอย่างมาก และมีความเป็นไปได้ตามสมควรที่ผู้ร้องขอจะเป็นผู้ชนะในเนื้อหาแห่งคดี โดยการพิจารณาความเป็นไปได้นี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยคดีในภายหลัง โดยพิจารณาแล้วเห็นว่า การกล่าวอ้างของผู้คัดค้านถึงความยากไร้ของผู้เรียกร้องซึ่งได้ยอมรับไว้ในหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงการบรรยายให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้คัดค้านที่ผู้เรียกร้องประสงค์จะได้รับการชดใช้ในคดีนี้ โดยข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับความอัตคัดยากจน (impecuniosity) และการต้องคำพิพากษาให้มีความผิดอาญาในประเทศอินโดนีเซีย (criminal conviction) ของผู้เรียกร้อง ต่างเป็นพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทที่ต้องพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ผู้เรียกร้องได้ชำระค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการแล้วและไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้เรียกร้องต้องแสดงให้เห็นถึงสถานะทางการเงินที่เพียงพอจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นหรือต้องวางหลักประกันเพื่อเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ เมื่อผู้คัดค้านไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการไม่ชำระค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดที่อาจเกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้น หรือมีความเสี่ยงที่มากกว่าความเสียหายที่ผู้เรียกร้องจะได้รับจากภาระทางการเงินเมื่อมีมาตรการ ดังนั้น จึงยกคำร้องขอของผู้คัดค้าน[584]

ประการที่สี่ การกระทำมิได้เป็นการกระทำที่มิชอบหรือเป็นการมิชอบอย่างร้ายแรง (abuse or serious misconduct) ที่คุกคามต่อคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

คดี Commerce Group v. El Salvador[585] ในชั้นการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด ผู้คัดค้านร้องขอให้คณะกรรมการเพิกถอนมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องขอเพิกถอนวางประกันค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้านในกระบวนพิจารณาการเพิกถอนคำชี้ขาดเป็นจำนวนประมาณ 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยอ้างถึงการชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าล่าช้าของผู้เรียกร้องซึ่งทำให้มีการสั่งระงับกระบวนพิจารณาถึง 7 เดือน ผู้เรียกร้องเริ่มกระบวนการเพิกถอนทั้งที่ไม่มีเงินทุนเพียงพอ จากพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าผู้เรียกร้องมีสถานะทางการเงินที่ไม่ดีและกำลังดำเนินการขอรับการ

---

[584] Ibid.paras 107-110.

[585] Commerce Group Corp. And San Sebastian Gold Mines, Inc. V. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012.

สนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม จึงมีความเสี่ยงที่ผู้เรียกร้อง (ผู้ยื่นคำร้องขอ) จะละทิ้งกระบวนพิจารณาเพราะไม่มีเงินทุนเพียงพอ ดังนั้น ผู้คัดค้านจึงควรมีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายของตนคืน เนื่องจากผู้เรียกร้องจะไม่มีเงินทุนเพื่อชำระค่าใช้จ่าย ทั้งนี้คำร้องขอนี้ไม่ได้อ้างถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่เป็นคำร้องขอให้คณะกรรมการเพิกถอนใช้อำนาจที่มีอยู่ของคณะกรรมการเพิกถอน (inherent powers) ในการปกป้องคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้อง (integrity) ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ [586]

คณะกรรมการเพิกถอนวินิจฉัยโดยสรุปว่า ในฐานะผู้ปกป้องคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คณะกรรมการเพิกถอนอาจใช้อำนาจที่มีอยู่มีคำสั่งให้วางประกันได้ แต่ควรใช้อำนาจเฉพาะในกรณีที่มีพฤติการณ์อันร้ายแรงอย่างมาก (extreme circumstances) เท่านั้น เช่น ในกรณีที่มีพยานหลักฐานว่า มีการกระทำที่มิชอบหรือเป็นการมิชอบอย่างร้ายแรง แต่ในกรณีนี้ไม่มีพยานหลักฐานว่าผู้เรียกร้องมีการกระทำที่คุกคามต่อคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันจะเป็นการกระทำที่มิชอบ หรือไม่สุจริต (bad faith)[587]

ประการที่ห้า คำสั่งให้วางประกันจะเป็นการยับยั้งการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

คดี Hamester v. Ghana[588] ผู้คัดค้านร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย จำนวน 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เนื่องจากทราบข้อเท็จจริงที่ทนายความของผู้เรียกร้องแจ้งต่อคณะอนุญาโตตุลาการว่าบริษัทของผู้เรียกร้องมิได้ทำการค้าอีกต่อไปและต้องพึ่งพาเงินทุนจากผู้อื่นในการดำเนินกระบวนพิจารณา แม้ต่อมาทนายความได้มีจดหมายแจ้งว่าผู้เรียกร้องจัดการปัญหาเรื่องเงินทุนได้แล้วและโอนค่าใช้จ่ายล่วงหน้าให้ศูนย์เรียบร้อยแล้ว แต่ผู้คัดค้านเห็นว่าจดหมายดังกล่าวบ่งชี้ว่าผู้เรียกร้องจะไม่สามารถปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นได้[589]

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยสรุปว่า การมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายจะเป็นความเสี่ยงที่ร้ายแรงซึ่งจะยับยั้งข้อเรียกร้องของผู้เรียกร้อง ประกอบกับผู้คัดค้านไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามาตรการที่ร้องขอมีความจำเป็นและเร่งด่วนแต่อย่างใด มาตรการชั่วคราวดังกล่าวจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์หากไม่มีการยกเลิกหรือเลื่อนกระบวนพิจารณาซึ่งไม่ได้มีการร้องขอหรือเหมาะสมในชั้นนี้[590]

---

[586] Ibid.paras 23-28.

[587] Ibid.paras 45-53.

[588] Gustav F W Hamester Gmbh & Co Kg V. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010.

[589] Ibid.paras 14-16.

[590] Ibid.para. 17.

อาจสรุปได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายก็ต่อเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional circumstances) หรือพฤติการณ์ที่ร้ายแรงอย่างมาก (Extreme) โดยมีเหตุแห่งการปฏิเสธการมีคำสั่ง 5 ประการ อันได้แก่ 1. การไม่มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถแก้ไขได้ และความเร่งด่วน 2. ความไม่เหมาะสมในการตัดสินเนื้อหาแห่งคดีล่วงหน้า 3. การพิสูจน์ให้เห็นไม่ได้ว่ามีความเสี่ยงอย่างชัดแจ้งในการไม่ได้รับชำระค่าใช้จ่าย 4. การกระทำมิได้เป็นการกระทำที่มิชอบหรือเป็นการมิชอบอย่างร้ายแรงที่คุกคามต่อคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และ 5. คำสั่งให้วางประกันจะเป็นการยับยั้งการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2) แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีคำสั่งให้วางประกัน

ในลำดับต่อไป ผู้เขียนจะศึกษาและวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มีคำสั่งให้วางประกันจนถึงปัจจุบันซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 5 คดี รวมถึงวิเคราะห์ถึงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการว่าส่งผลหรือเป็นปัจจัยสำคัญในการมีคำสั่งให้วางประกันหรือไม่ เพื่อนำไปประกอบการประมวลผลและประกอบการพิจารณาแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในคดีซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต่อไป โดยแนวคำวินิจฉัยที่กล่าวถึงข้างต้นจะแยกพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้เป็นมูลเหตุในการมีคำสั่งให้วางประกัน สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 หลักเกณฑ์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

หลักเกณฑ์แรก ประวัติการไม่ชำระค่าใช้จ่ายตามคำสั่งและคำชี้ขาดของผู้เรียกร้อง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

คดี RSM v. Saint Lucia[591] ผู้ร้องเรียนยื่นข้อเรียกร้องต่อ ICSID ภายใต้สัญญาระหว่างผู้เรียกร้องและ Saint Lucia (ผู้คัดค้าน) ซึ่งมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย[592] โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้คัดค้านให้ใบอนุญาตในการสำรวจน้ำมันแต่เพียงผู้เดียว (exclusive exploration license) ในพื้นที่นอกชายฝั่งเป็นระยะเวลา 4 ปี แก่ผู้เรียกร้อง แต่เกิดปัญหาข้อขัดแย้งเรื่องเขตแดนซึ่งกระทบกับพื้นที่สำรวจของผู้เรียกร้อง ทำให้ไม่สามารถดำเนินการสำรวจได้ จึงมีการขยายระยะเวลาตามสัญญาออกไป ซึ่งในคดีนี้ผู้เรียกร้องยืนยันสิทธิของตนภายใต้สัญญาว่าถ้าข้อขัดแย้งยุติ ผู้เรียกร้องมีสิทธิสำรวจน้ำมัน ขอให้อนุญาโตตุลาการประกาศว่าสัญญายังมีผลใช้บังคับ ห้ามไม่ให้ผู้คัดค้านเจรจาหรือให้สิทธิในการสำรวจน้ำมันในพื้นที่ดังกล่าวแก่บุคคลที่สาม หรือชี้ขาดให้

[591] Rsm Production Corporation V. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (Assenting reasons of Gavan Griffith, 12 August 2014), 13 August 2014.

[592] Ibid.paras 4-6.

ผู้คัดค้านชดใช้ค่าเสียหายในการละเมิดข้อตกลง ส่วนผู้คัดค้านได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการยกข้อเรียกร้อง ข้อตกลงนั้นสิ้นสุดหรือไม่สามารถใช้บังคับได้ และผู้คัดค้านไม่มีหน้าที่ใด ๆ ต่อผู้เรียกร้อง[593] ทั้งนี้ ผู้คัดค้านได้ร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้มีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Security for costs) โดยอ้างถึงประเด็นที่ผู้เรียกร้องยอมรับว่าได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและประวัติการไม่ชำระค่าใช้จ่ายตามคำสั่งและคำชี้ขาดในคดีอื่นของผู้เรียกร้อง[594]

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้วได้สั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย จำนวน 750,000 ดอลลาร์สหรัฐ เนื่องจากพฤติกรรมไม่เหมาะสมของผู้เรียกร้องที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้ชำระค่าใช้จ่าย (cost order) ของอนุญาโตตุลาการหลายครั้งในต่างคดี กล่าวคือ คดี RSM v. Grenada[595] ซึ่งปรากฏว่าในชั้นกระบวนพิจารณาการเพิกถอนคำชี้ขาด (Annulment Proceeding) ผู้เรียกร้องไม่ชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้า (advance on costs) จนประเทศเกรนาดาต้องเข้าชำระแทนเพื่อให้ครอบคลุมค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนพิจารณาให้กับ ICSID โดยไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวคืนแต่อย่างใด ต่อมา คณะกรรมการเพิกถอนมีคำสั่งพักกระบวนพิจารณา และมีการทิ้งคำร้องในท้ายที่สุด และในคดี Grynberg v. Grenada[596] เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาคดีภายใต้สนธิสัญญา (Treaty Proceeding) มีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าซึ่งประเทศเกรนาดาได้ชำระให้แก่ ICSID แต่ผู้เรียกร้องก็ไม่ได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด จนกระทั่งการบังคับตามคำชี้ขาด ผู้เรียกร้องไม่มีทรัพย์สินเพียงพอ จึงต้องบังคับกับทรัพย์สินของผู้เรียกร้องรายอื่นในคดีนั้นซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท RSM ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่า ประวัติการไม่ชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าและการชดใช้ค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดของผู้เรียกร้องนั้นทำให้มีความเสี่ยงที่มีนัยสำคัญ (material risk) ซึ่งผู้เรียกร้องจะไม่ชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนแก่ผู้คัดค้าน โดยอาจเป็นเจตนาไม่ต้องการชดใช้ (unwillingness) หรือการไม่สามารถชดใช้ได้เนื่องจากมีทรัพยากรทางการเงินไม่เพียงพอตามที่ผู้เรียกร้องได้ยอมรับข้อเท็จจริงนี้ จึงถือเป็นมูลเหตุให้ต้องมีคำสั่งวางประกันตามคำร้องขอของผู้คัดค้าน นอกจากนี้ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามยิ่งเสริมความกังวลของคณะอนุญาโตตุลาการว่าผู้เรียกร้องจะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่าย หากไม่มีการวางประกันก็เป็นที่น่าสงสัยว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะยังคง

---

[593] Ibid.paras 17-23.

[594] Ibid.paras 30-33.

[595] Rsm Production Corporation V. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, 28 April 2011.

[596] Rsm Production Corporation and Others V. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6 Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

รับผิดชอบเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดหรือไม่ จึงไม่ควรที่จะให้ความเสี่ยงในความไม่แน่นอนนั้นเป็นภาระแก่ผู้คัดค้าน และจากพฤติการณ์ที่กล่าวมาจึงเป็นมูลเหตุที่เพียงพอและเป็นพฤติการณ์พิเศษตามที่กำหนดในแนวคำวินิจฉัยของ ICSID ในการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย[597]

อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการสองท่านมีการทำความเห็นแยก ซึ่งตามที่ได้ศึกษาไปแล้วว่า ความเห็น Assenting Opinion ของ Dr. Gavan Griffith QC มีถ้อยคำที่ค่อนข้างรุนแรง จนเป็นเหตุให้ถูกคัดค้านว่าขาดคุณสมบัติโดยผู้เรียกร้อง โดย Dr. Gavan Griffith QC มีความคิดเห็นเกี่ยวกับการมีคำสั่งให้วางประกันในคดีนี้ว่า ควรจะใช้ประเด็นเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นมูลเหตุ ซึ่งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นเป็นผู้ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์แห่งความสำเร็จในคดี โดยหากไม่มีคำสั่งให้วางประกัน เมื่อแพ้คดีก็ไม่ต้องรับความเสี่ยงใดนอกจากค่าใช้จ่ายที่ได้ลงทุนไปแล้ว นอกจากนี้ยังเห็นว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งไม่มีสิทธิใดตาม BIT ควรต้องรับความเสี่ยงในเรื่องค่าใช้จ่ายในระดับเดียวกับผู้เรียกร้องเพียงในนาม (nominal claimant) และเสนอว่าควรจะให้ผลักภาระการพิสูจน์ กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ก็เป็นหน้าที่ของผู้เรียกร้องที่จะเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนว่าเหตุใดจึงไม่ควรต้องมีคำสั่งให้วางประกัน[598]

ส่วนกรณี Judge Edward Nottingham มีความเห็นแย้ง (Dissenting Opinion) ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวนี้ ส่วนหนึ่งเนื่องจากปัญหาเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายควรจะถูกพิจารณาโดย Administrative Council ที่มีความสามารถในการบัญญัติกฎ (rule making capacity) หากมีปัญหาที่ควรต้องแก้ไข[599]

ซึ่งถือว่าคดีนี้เป็นคดีแรกใน ICSID ที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องมีการวางประกันค่าใช้จ่าย โดยในการมีคำสั่งให้วางประกันนั้นอนุญาโตตุลาการได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 47 แห่ง ICSID Convention ประกอบข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICSID ข้อ 39 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า องค์ประกอบที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายมี 3 องค์ประกอบ กล่าวคือ องค์ประกอบแรก สถานะการเงินที่ไม่มั่นคงของผู้เรียกร้อง ซึ่งในคดีนี้ผู้เรียกร้องได้ยอมรับข้อเท็จจริงดังกล่าวเองและอาจใช้การไม่ชำระค่าใช้จ่ายในคดีอื่นเป็นเครื่องบ่งชี้ได้ องค์ประกอบที่สอง ประวัติการไม่ชำระค่าใช้จ่ายล่วงหน้าและการไม่ชดใช้

---

[597] Rsm Production Corporation V. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (Assenting reasons of Gavan Griffith, 12 August 2014), 13 August 2014.paras 77-87.

[598] Ibid.(Assenting reasons of Gavan Griffith, 12 August 2014) paras 11-18.

[599] Ibid.(Dissenting opinion of Edward Nottingham, 12 August 2014) para. 20.

ค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาด และองค์ประกอบที่สาม ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งไม่ปรากฏว่าจะสนับสนุนเงินทุนในกรณีมีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า คดีนี้ต่างจากคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีคำสั่งให้มีการวางประกันคดีอื่น กล่าวคือ มีองค์ประกอบของการไม่ชำระค่าใช้จ่ายตามคำสั่งหลายครั้ง อันเป็นการแสดงถึงการกระทำที่มิชอบ (abuse) หรือการกระทำที่มีความร้ายแรง (serious misconduct) ของผู้เรียกร้อง อันทำให้เป็นพฤติการณ์พิเศษที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันได้

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า พฤติการณ์ในคดี Grynberg v. Grenada[600] มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับพฤติการณ์ในคดีนี้ เพียงแต่ในคดี Grynberg v. Grenada มีผู้เรียกร้องรายอื่นนอกจากบริษัท RSM และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในฝ่ายผู้เรียกร้องหรือไม่ รวมถึงการอ้างประวัติการไม่ชำระค่าใช้จ่ายจะมีเพียงประวัติจากคดี RSM v. Grenada และการอ้างอิงถึงพฤติกรรมการโอนย้ายทรัพย์สินหลบหนีเจ้าหนี้ของ Jack Grynberg ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัท RSM เท่านั้น ซึ่งปรากฏว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่ให้น้ำหนักแก่ข้อเท็จจริงดังกล่าว แม้ว่าบริษัท RSM จะยื่นข้อเรียกร้องในข้อพิพาทมูลเหตุเดียวกันในการอนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาเป็นคดีหนึ่ง และยื่นข้อเรียกร้องภายใต้สนธิสัญญาเป็นอีกคดีหนึ่งก็ตาม จึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย

หลักเกณฑ์ที่สอง ข้อกังวลที่ยอมรับได้ในคดีที่มีข้อเรียกร้องของบุคคลจำนวนมาก (mass claims)

คดี Adamakopoulos and others v. Cyprus[601] คดีนี้กลุ่มผู้เรียกร้องประกอบด้วยบุคคลธรรมดาสัญชาติไซปรัสจำนวน 951 ราย บริษัทที่ก่อตั้งในประเทศไซปรัสจำนวน 6 ราย และบริษัทที่ก่อตั้งในลักเซมเบิร์กจำนวน 1 ราย ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นกู้หรือผู้ถือหุ้นในธนาคาร 2 แห่งของประเทศไซปรัส โดยผู้เรียกร้องได้กล่าวอ้างว่าการลงทุนถูกทำให้ไร้มูลค่าเนื่องจากประเทศไซปรัสได้เข้าร่วมโครงการความช่วยเหลือทางการเงินกับคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ธนาคารกลางยุโรป (European Central Bank) และกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) เนื่องจากธนาคารประสบปัญหาขาดทุนจากวิกฤตเศรษฐกิจประเทศกรีซ โดยได้ควบรวมกิจการธนาคารทั้งสองแห่งเข้าด้วยกัน จึงเรียกร้องให้ประเทศไซปรัส

---

[600] Rsm Production Corporation and Others V. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6 Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

[601] Theodoros Adamakopoulos, Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos and Others V. Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/15/49,

ชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้ Cyprus - Greece BIT และ BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Cyprus BIT

โดยในประเด็นเรื่องการวางประกันค่าใช้จ่ายนั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าประเทศไซปรัสยกข้อกังวลที่ยอมรับได้เกี่ยวกับการที่จะปฏิบัติการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายที่คณะอนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาด ดังนั้น คำสั่งให้วางประกันจึงเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของผู้คัดค้านตามสมควร และกำหนดให้การปฏิบัติตามคำสั่งเป็นเงื่อนไขในการที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป[602]

จากคำวินิจฉัยข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย โดยมีเหตุผลสำคัญเกี่ยวเนื่องมาจากคดีนี้เป็นข้อเรียกร้องของบุคคลจำนวนมาก ซึ่งอาจทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของผู้คัดค้านมีจำนวนมาก และอาจบังคับตามคำชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่ายได้ยากกว่าในการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปเนื่องจากเกี่ยวข้องกับบุคคลจำนวนมาก ซึ่งคดีนี้เป็นเพียงหนึ่งในสองคดีจากคดีจำนวนทั้งหมดห้าคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย โดยที่ไม่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งอาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีผลต่อการมีคำร้องขอและการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย

หลักเกณฑ์ที่สาม ผู้เรียกร้องที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งไม่รับภาระค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาด

คดี Garcia-Armas v. Venezuela[603] ผู้เรียกร้องได้กล่าวอ้างว่าประเทศเวเนซุเอลาได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ Spain - Venezuela BIT โดยเวนคืนการลงทุนในบริษัทจัดจำหน่ายอาหารและการตลาด จำนวน 6 แห่ง[604] โดยประเด็นที่เกี่ยวข้องสรุปได้ว่า ภายหลังจากที่ผู้เรียกร้องได้ยอมรับว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ผู้คัดค้านได้ร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้สั่งผู้เรียกร้องให้วางประกันจำนวน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ผู้เรียกร้องเปิดเผยข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน โดยยกหน้าที่ปกป้องคุณธรรมหรือความยึดมั่นในความถูกต้องของ

---

[602] คดีนี้ไม่ได้มีการเปิดเผยคำสั่งและคำชี้ขาด ดังนั้น จึงอ้างอิงข้อมูลจากบทความ "Adamakopoulos V Cyprus May Provide a Blueprint for “Mass Claims” in Investment Arbitration," [Online] Accessed: 15June 2021. Available from: http://arbitrationblog.practicallaw.com/adamakopoulos-v-cyprus-may-provide-a-blueprint-for-mass-claims-in-investment-arbitration/

[603] Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas and Others V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA (UNCITRAL) Case No. 2016-08, Procedural Order No. 9,

[604] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: García Armas and Others V. Venezuela."

กระบวนการอนุญาโตตุลาการขึ้นกล่าวอ้าง[605] ซึ่งปรากฏว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้สนับสนุนเงินทุนในกรณีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่าย จึงมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องพิสูจน์ตนเองว่าสามารถที่จะรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้[606] ซึ่งรวมถึงการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน (asset valuations) และต้องแจ้งคณะอนุญาโตตุลาการว่าเขตอำนาจที่ทรัพย์สินตั้งอยู่คือที่ใดเพื่อประเมินความสามารถในการบังคับตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต[607] ผลจึงเป็นการผลักภาระการพิสูจน์จากฝ่ายผู้คัดค้านผู้มีคำร้องขอไปยังฝ่ายผู้เรียกร้อง เหตุที่เป็นเช่นนี้น่าจะเป็นผลมาจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งมิได้ตกลงรับภาระคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่าย แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้อ้างถึงเหตุดังกล่าว เพียงแต่กล่าวว่าหลักในทางกระบวนพิจารณาย่อมทำให้คู่พิพาทมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับคณะอนุญาโตตุลาการอย่างสุจริต โดยภาระการพิสูจน์ควรตกอยู่กับฝ่ายที่อยู่ในสภาวะดีที่สุดที่จะนำพยานหลักฐานมาได้[608] ซึ่งต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาและตัดสินว่าผู้เรียกร้องไม่สามารถพิสูจน์ความสามารถในการชำระหนี้ของตนได้ จึงมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันจำนวน 1.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[609]

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว อาจวิเคราะห์แยกองค์ประกอบที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้มีการวางประกันค่าใช้จ่ายได้เป็น 3 องค์ประกอบ กล่าวคือ องค์ประกอบแรก ผู้เรียกร้องไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ (ไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นได้) องค์ประกอบที่สอง ผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และองค์ประกอบที่สาม บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้รับภาระในค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้านตามคำชี้ขาดที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ให้ความสำคัญกับประเด็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามดังจะเห็นได้จากการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้เรียกร้อง และการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งไม่มีข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาดเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญมากในการมี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[605]"García Armas and Others V. Venezuela."paras 1-4. โดยคดีนี้คำสั่งและคำชี้ขาดที่เผยแพร่เป็นฉบับภาษาสเปน ดังนั้น ในการอ้างอิงบางส่วนจึงต้องค้นคว้าจากบทความภาษาอังกฤษ ซึ่งในที่นี้ยึดตามบทความของ Alexander G. Leventhal, "Towards an Exceptio Fundati? Assessing a (Potentially) Emerging Exception for Third Party Funding in Investment Treaty Decisions on Security for Costs in the Wake of Armas V. Venezuela," [Online] Accessed: 15 JUne 2021. Available from: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/18/assessing-a-potentially-emerging-exception-for-third-party-funding-in-investment-treaty-decisions-on-security-for-costs-in-the-wake-of-armas-v-venezuela/

[606] Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas and Others V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA (UNCITRAL) Case No. 2016-08, Procedural Order No. 9, para. 242.

[607] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.pp. 179-180.

[608] Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas and Others V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA (UNCITRAL) Case No. 2016-08, Procedural Order No. 9, para. 246.

[609] Ibid.para. 261.

คำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายนี้ โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การผลักภาระการพิสูจน์ในคดีนี้สอดคล้องกับแนวคิดของ Dr. Gavan Griffith QC ที่ปรากฏใน Assenting Opinion ในคดี RSM v. Saint Lucia กล่าวคือ มีแนวคิดว่าควรวินิจฉัยการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายโดยพิจารณาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นประเด็นหลักและเสนอให้มีการผลักภาระการพิสูจน์เมื่อมีคำร้องขอให้ผู้เรียกร้องซึ่งรับการสนับสนุนเงินทุนเป็นผู้รับภาระการพิสูจน์นั้นไป

คดี Unionmatex v. Turkmenistan[610] ผู้เรียกร้องเป็นผู้จัดการในการล้มละลาย (Insolvency Administrator) ของบริษัท Unionmatex ยื่นข้อเรียกร้องกรณีบริษัท Unionmatex ชนะการประกวดราคาสาธารณะสัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (turn-key contract) เพื่อทำ Mill Project กล่าวคือ ก่อสร้างโรงโม่แป้งและศูนย์การค้าพร้อมร้านเบเกอร์รี่หลายแห่ง แต่ประเทศเติร์กเมนิสถานแทรกแซงและขัดขวางโครงการดังกล่าว ทำให้บริษัทไม่สามารถดำเนินการจนเสร็จสิ้นและบังคับให้ออกจากประเทศเติร์กเมนิสถาน ทำให้บริษัทต้องยื่นขอเป็นบุคคลล้มละลาย จึงเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ Germany - Turkmenistan BIT และเรียกร้องให้ประเทศเติร์กเมนิสถานชดใช้ค่าเสียหายจำนวนประมาณ 37 ล้านยูโร ซึ่งในการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID นี้ ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ได้แก่ La Française ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่ผู้เรียกร้องต้องรับภาระ ต่อมาผู้คัดค้านได้ยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้าน (Security for Costs) เป็นจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งผู้เรียกร้องคัดค้านคำร้องขอดังกล่าว และยื่นคำร้องขอให้ผู้คัดค้านวางประกันค่าใช้จ่ายของผู้เรียกร้องด้วย (Security for Claim) โดยคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากตัดสินให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย โดยให้ผู้คัดค้านชดใช้ค่าใช้จ่ายในการวางประกันคืนแก่ผู้เรียกร้องหากไม่มีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่ผู้เรียกร้องต้องชำระ และปฏิเสธคำร้องขอของผู้เรียกร้อง[611]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นคำร้องขอให้มีคำสั่งวางประกันค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้านสรุปได้ว่า ข้อเท็จจริงที่ผู้เรียกร้องเป็นผู้แทนของบริษัท Unionmatex ซึ่งเป็นบุคคลล้มละลายและได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจไม่ได้ทำให้ต้องมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย แต่เมื่อมีปัจจัยสำคัญอย่างการไม่ต้องรับผิดในคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนประกอบเข้าด้วยกันทำให้กลายเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงยิ่งกว่า และหากไม่มีหลักประกัน การที่ผู้คัดค้านจะบังคับตามคำชี้ขาดและเรียกเก็บหนี้จากผู้คัดค้านย่อมเป็นไปไม่ได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่มีคำสั่งให้วางประกันหากมีสิ่งที่ให้ความเชื่อมั่นได้ว่า

---

[610] Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen Gmbh V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on Security for Costs, 27 January 2020.

[611] Ibid.paras 1-6.

ผู้เรียกร้องจะชำระค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้านตามคำชี้ขาดได้ แต่จากข้อเท็จจริงประกอบกับผู้เรียกร้องไม่ได้ให้การคุ้มครองทางการเงินอื่น (other financial protection) ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากมีความเห็นว่าประเทศเติร์กเมนิสถานจะถูกอคติอย่างไม่สมควร (unduly prejudiced) หากไม่มีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย[612]

อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการเสียงข้างน้อยมีความเห็นว่า ควรยกคำร้องขอให้มีคำสั่งวางประกันค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้าน[613] เนื่องจากการขอหนังสือค้ำประกันโดยธนาคาร (bank guarantee) โดยผู้เรียกร้องไม่เป็นการง่ายและคาดได้ว่าต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก[614] จึงมีความเสี่ยงโดยแท้ที่ผู้เรียกร้องจะไม่สามารถดำเนินคดีต่อไปได้ กลับกันความเสี่ยงของผู้คัดค้านที่จะไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนนั้นมีความเสี่ยงต่ำกว่าที่คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากคาดการณ์ และมิได้เป็นเรื่องแน่นอนที่ผู้คัดค้านจะไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่าย เนื่องจากกฎหมายล้มละลายเยอรมันกำหนดให้หนี้ซึ่งเกิดภายหลังจากการล้มละลายต้องได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้ที่มีอยู่ตั้งแต่เริ่มการล้มละลาย[615] ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ การที่ผู้เรียกร้องอ้างว่าการกระทำของผู้คัดค้านเป็นเหตุแห่งการล้มละลายนั้น แม้ข้อกล่าวอ้างจะถูกพิสูจน์ได้จากเนื้อหาแห่งคดีเท่านั้น แต่ก็เป็นข้อโต้แย้งต่อการสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายด้วย ทั้งนี้ การเข้าถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยไม่ถูกขัดขวางย่อมยังคงเป็นสิ่งที่ควรคำนึงถึงอย่างที่สุดและต้องเหนือกว่าสิ่งอื่น[616]

ในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงต่อมาว่า ในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2020 ผู้เรียกร้องได้ยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาทบทวนคำสั่งให้วางประกัน[617] เนื่องจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนปฏิเสธที่จะสนับสนุนเงินทุนค่าหลักประกันตามคำสั่ง และได้ติดต่อเพื่อทำประกันภัยแล้วโดยได้ความคุ้มครองเพียง 1.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่จำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนในการจ่ายเบี้ยประกันภัยจำนวน 5 แสนดอลลาร์สหรัฐ จากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งจะทำให้ค่าใช้จ่ายของการสนับสนุนเงินทุนนั้นสูงขึ้นอย่างมาก[618] โดยในกรณีนี้ได้มีการรายงานว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ยกเลิกคำสั่งให้วางประกันเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 2020 เนื่องจากเห็นว่ามี

---

[612] Ibid.paras 57-58, 62-63.

[613] Ibid.para. 71.

[614] Ibid.para. 76.

[615] Ibid.para. 72.

[616] Ibid.para. 83.

[617] ICSID, "Case Details: Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen Gmbh V. Turkmenistan (Icsid Case No. Arb/18/35)."

[618] Matthew Amey, "Tribunal Overturns Own Order for Security Because the Cost of Funding the Security Was “Prohibitive”," [Online] Accessed: 1 July 2021. Available from: https://www.thejudgeglobal.com/order-for-security-prohibitive/

ความเป็นไปไม่ได้ในทางพาณิชย์ที่ผู้เรียกร้องจะสามารถจัดหาหนังสือค้ำประกันโดยธนาคารวงเงิน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือแม้แต่สัญญาประกันภัย (ATE) 1.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แม้ผู้เรียกร้องและทนายความจะได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่แล้ว การไม่ให้โอกาสผู้เรียกร้องให้เข้าสู่ชั้นพิจารณาเนื้อหาแห่งคดี ทั้งที่การกระทำของผู้คัดค้านถูกกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุแห่งการล้มละลายย่อมเป็นการปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (access to justice)[619]

จากคำวินิจฉัยข้างต้น อาจสรุปได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากมีแนวคิดสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกับคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Garcia-Armas v. Venezuela โดยสามารถแยกองค์ประกอบของการพิจารณามีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายได้ 3 องค์ประกอบเช่นเดียวกัน กล่าวคือ องค์ประกอบแรก ผู้เรียกร้องเป็นผู้แทนของบริษัทซึ่งเป็นบุคคลล้มละลาย ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าผู้เรียกร้องไม่มีสถานะการเงินที่มั่นคงเพียงพอจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นได้ องค์ประกอบที่สอง ผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และองค์ประกอบสุดท้าย บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งในคดีนี้ ได้แก่ La Française ไม่ได้มีข้อตกลงในการรับภาระค่าใช้จ่ายของผู้คัดค้านตามคำชี้ขาดที่อาจเกิดขึ้น

อย่าไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้ยกเลิกคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในเวลาต่อมา เนื่องจากในการพิจารณาคำร้องขอให้ทบทวนของผู้เรียกร้องนั้นพบว่า ผู้เรียกร้องมีความพยายามในการปฏิบัติตามคำสั่งให้วางประกันของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว โดยการติดต่อทั้งบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และติดต่อบริษัทประกันภัย แต่ไม่สามารถดำเนินการได้ และเนื่องจากการปฏิบัติตามคำสั่งให้วางประกันนี้จะทำให้ค่าใช้จ่ายที่ผู้เรียกร้องต้องรับภาระเพิ่มสูงขึ้นมากจากทั้งค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนที่ต้องชดใช้คืนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน รวมถึงเบี้ยประกันและค่าตอบแทนหากชนะคดีให้บริษัทประกันภัย จึงได้ยกเรื่องการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเหตุให้มีการยกเลิกคำสั่งดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นของ อนุญาโตตุลาการเสียงข้างน้อยในคดีนี้ที่ให้ความเห็นเอาไว้ว่าการเข้าถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยไม่ถูกขัดขวางย่อมยังคงเป็นสิ่งที่ควรคำนึงถึงอย่างที่สุดและต้องเหนือกว่าสิ่งอื่น และสอดคล้องกับเหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นจำนวนหนึ่งที่ปฏิเสธคำร้องขอให้มีการวางประกันค่าใช้จ่าย ดังเช่น คดี Hamester v. Ghana[620] ตามที่ได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อก่อนหน้า

หลักเกณฑ์ที่สี่ การดำเนินธุรกิจซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมและเจตนาหลีกเลี่ยงการชำระหนี้

---

[619] Adrian Fourie, "Unionmatex V. Turkmenistan: The Emerging Jurisprudence of Security for Costs in Investor-State Arbitration," Journal of International Arbitration 37, 5 (2020).

[620] Gustav F W Hamester Gmbh & Co Kg V. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010.

คดี Kazmin v. Latvia[621] ผู้เรียกร้องได้ลงทุนในโรงงานเหล็กบนชายฝั่งตะวันตกของประเทศลัตเวีย โดยกล่าวอ้างว่ารัฐบาลประเทศลัตเวียประพฤติไม่เหมาะสมเกี่ยวกับกระบวนการประกวดราคาโรงงานเหล็กและการกระทำในภายหลังทำให้โรงงานไม่มีกำไรและเป็นสาเหตุให้ล้มละลายในปี ค.ศ. 2016[622] โดยคดีนี้ผู้คัดค้านได้มีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันจำนวน 4 ล้านยูโร หรือจำนวนที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการสมควร[623] คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้วมีความเห็นโดยสรุปว่า สิ่งที่ทำให้เกิดข้อกังวลหลักมิใช่การที่ผู้เรียกร้องมีความเป็นไปได้ที่จะเป็นผู้มีความอัตคัดยากจน (possible impecuniosity) หากแต่เป็นการดำเนินธุรกิจของผู้เรียกร้อง (business conduct) ซึ่งนำไปสู่การสืบสวนอาชญากรรมต่าง ๆ (criminal investigations) เกี่ยวกับการหลบหนีภาษีและแผนการฟอกเงินในบริษัทที่ผู้เรียกร้องควบคุมหรืออาจมีความเชื่อมโยง และการใช้คนกลาง (intermediaries) บริษัท (companies) หุ้น (shares) และสัญญา (contracts) ในทางที่ไม่สามารถอธิบายเป็นอย่างอื่นได้นอกจากประสงค์จะหลีกเลี่ยงการชำระหนี้และโอนย้ายทรัพย์สินหลบหนีจากเจ้าหนี้ ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นควรให้ผู้เรียกร้องวางประกัน[624] จำนวน 3 ล้านยูโร ภายใน 15 วัน และหากไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการจะสั่งระงับกระบวนพิจารณา[625]

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว อาจสามารถแยกองค์ประกอบการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้ 2 องค์ประกอบ กล่าวคือ องค์ประกอบแรก สถานะทางการเงินที่ไม่มั่นคงของผู้เรียกร้อง ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สนับสนุนองค์ประกอบหลัก และองค์ประกอบที่สอง การดำเนินธุรกิจหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมเพื่อหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบหลักที่คณะอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นองค์ประกอบที่แสดงการกระทำที่มิชอบ (abuse) หรือการกระทำที่มีความร้ายแรง (serious misconduct) ของผู้เรียกร้อง หรือไม่สุจริต (bad faith) อันทำให้เป็นพฤติการณ์พิเศษที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันได้ตามแนวคำวินิจฉัยในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

อาจสรุปได้ว่า การมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายตามบทบัญญัติของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีมาตรฐานที่สูงมาก (high bar/high threshold) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณามี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[621] Eugene Kazmin V. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/17/5, Decision on the Respondent's Application for Security for Costs,

[622] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Kazmin V. Latvia."

[623] Eugene Kazmin V. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/17/5, Decision on the Respondent's Application for Security for Costs, para. 12.

[624] Ibid.paras 33, 42, 59-60.

[625] Ibid.paras 65-68.

คำสั่งดังกล่าวเฉพาะในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional circumstances) หรือร้ายแรงอย่างมาก (Extreme) เท่านั้น เช่น การกระทำที่มิชอบ (abuse) หรือการกระทำที่มีความร้ายแรง (serious misconduct) หรือไม่สุจริต (bad faith) ของคู่พิพาทฝ่ายที่ผู้มีคำร้องขอต้องการให้คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในคดีส่วนใหญ่เป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งที่ใช้สนับสนุนหรือข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณา ดังเช่นที่ปรากฏในคดี คดี South American Silver v. Bolivia[626] หรือคดี Guaracachi v. Bolivia[627] อย่างไรก็ตาม ในบางคดีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายตามคำชี้ขาด ซึ่งอาจทำให้มีการผลักภาระการพิสูจน์ ดังเช่น คดี Unionmatex v. Turkmenistan[628]

6.2.4.2 แนวทางในการกำกับปัญหากรณีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs)

(ก) กำหนดบทบัญญัติคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายที่มีมาตรฐานไม่สูงเท่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL ในปัจจุบันมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยที่ไม่เหมาะสมกับการมีคำสั่งให้วางประกัน ซึ่งต้องรักษาดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของผู้เรียกร้องในการเข้าถึงความยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามกับผลประโยชน์ของรัฐผู้คัดค้านในการได้รับชำระคืนซึ่งค่าใช้จ่ายอันมีที่มาจากเงินภาษีของประชาชนหากรัฐนั้นเป็นฝ่ายชนะคดี กล่าวคือ ข้อ 26 (3) ของ UNCITRAL Arbitration Rules ผู้ร้องขอต้องทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า หากไม่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยค่าเสียหายตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นความเสียหายที่มากกว่าความเสียหายที่จะเกิดกับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องปฏิบัติตามมาตรการนั้นเป็นอย่างมาก และมีความเป็นไปได้ตามสมควรที่ผู้ร้องขอจะเป็นผู้ชนะในเนื้อหาแห่งคดี ส่วน ICSID นั้น มาตรา 47 แห่ง ICSID Convention ประกอบกับข้อ 39 (1) ของ ICSID Arbitration Rules ซึ่งกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้มีการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิ (the preservation

---

[626] South American Silver Limited V. The Plurinational State of Bolivia, PCA (UNCITRAL) Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10, 11 January 2016.

[627] Guaracachi America, Inc. And Rurelec Plc V. The Plurinational State of Bolivia, PCA (UNCITRAL) Case No. 2011-17, Procedural Order No. 14, 11 March 2013.

[628] Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen Gmbh V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on Security for Costs, 27 January 2020.

of its rights) ของคู่พิพาทนั้นได้ไม่ว่าในเวลาใด ๆ หลังจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้น โดยคำร้องขอนั้นต้องระบุสิทธิที่จะขอรับการคุ้มครอง (rights to be preserved) มาตรการที่ร้องขอ และพฤติการณ์ที่จำเป็นต้องใช้มาตรการนั้นด้วย โดยอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการเสนอแนะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่จะนำไปใช้คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง (preserve the respective rights) ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นตามพฤติการณ์แวดล้อม ซึ่งถ้อยคำและการกำหนดหลักเกณฑ์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว ทำให้มาตรฐานที่ใช้วินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายเป็นมาตรฐานที่สูงมาก (high bar/high threshold) โดยจากแนวคำวินิจฉัยพบว่าจะต้องมีพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional circumstances) หรือร้ายแรงอย่างมาก (Extreme) เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนคิดว่าบางกรณีอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับรัฐผู้คัดค้านซึ่งอาจไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายซึ่งมาจากภาษีของประชาชนคืนจากผู้เรียกร้อง หากมีการจัดสรรค่าใช้จ่ายกรณีที่รัฐชนะคดี ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการกำหนดบทบัญญัติคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายขึ้นมาโดยเฉพาะ ซึ่งมีมาตรฐานไม่สูงเท่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยจากการศึกษาปรากฏแนวทางการบัญญัติเรื่องคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายขึ้นโดยเฉพาะ ดังต่อไปนี้

แนวทางแรก กำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่มีการสนับเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องมีการวางประกันค่าใช้จ่าย โดยแนวทางนี้ปรากฏในร่างข้อบทที่ 9[629] ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL ซึ่งได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวไว้ด้วย กล่าวคือ 1. แสดงให้เห็นได้ว่ารัฐต้องรับผิดชอบต่อความอัตคัดยากจนของผู้เรียกร้อง 2. ผู้เรียกร้องไม่สามารถเสนอข้อเรียกร้องโดยปราศจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และ 3. การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามครอบคลุมถึงกรณีมีคำตัดสินให้รับภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (adverse costs)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

หากพิจารณาถึงแนวทางแรกนี้ การบังคับให้คู่พิพาทที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องวางประกันค่าใช้จ่ายนั้น ในแง่หนึ่ง ถือเป็นช่วยสร้างหลักประกันแก่รัฐในการได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายคืน หากมีคำตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายอันเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐ แต่หากมองในอีกแง่หนึ่ง การมีข้อบังคับดังกล่าวจะส่งผลให้คู่พิพาทฝ่ายที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่มากขึ้น กล่าวคือ *ประการแรก* ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนอาจไม่ได้ครอบคลุมถึงภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว รวมถึงไม่ครอบคลุม adverse costs ที่ทำให้ได้รับการยกเว้น และอาจเจรจาให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าวเพิ่มไม่สำเร็จ กรณีนี้อาจทำให้คู่พิพาทที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องแสวงหาเงินประกันจากแหล่งอื่นซึ่งอาจเป็นไปได้ยาก หรืออาจมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไป จนอาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณา

---

[629] UNCITRAL, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Draft Provisions on Third-Party Funding (Initial Draft),"(2021), pp. 12-13.

ต่อไปได้ และอาจต้องยุติกระบวนพิจารณาไปในที่สุด *ประการที่สอง* หากมีการออกข้อบังคับตามร่างข้อบทดังกล่าว อาจส่งผลให้การทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในอนาคต มีการกำหนดให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรับภาระค่าใช้จ่าย adverse costs แต่อาจทำให้ค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้แก่บุคคลดังกล่าวสูงขึ้นอย่างมากตามไปด้วย ซึ่งจะทำให้ค่าเสียหายส่วนที่เหลือหลังจากการชำระค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนดังกล่าวที่จะตกสู่ผู้เรียกร้องลดจำนวนลงจากเดิม และ*ประการที่สาม* อาจเป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีเงื่อนไขในการทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุน โดยกำหนดให้ผู้เรียกร้องต้องทำประกันภัย ATE เพื่อรับความเสี่ยงในค่าใช้จ่าย adverse costs ในการใช้เป็นข้อยกเว้นให้ไม่ต้องวางประกัน หรือผู้เรียกร้องอาจเริ่มเข้าทำสัญญาประกันภัยดังกล่าวเอง เพื่อให้ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการวางประกันเพิ่มเติม แต่ก็ส่งผลให้ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่มากขึ้นตามไปด้วย นอกจากนี้ เหตุยกเว้นข้อ 1. และ 2. นั้น ต้องอาศัยการพิสูจน์ ซึ่งในบางกรณีก็อาจเป็นการเพิ่มภาระในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน ดังนั้น แนวทางแรกนี้ จึงอาจเป็นการกีดกันขัดขวางการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to Justice)

แนวทางที่สอง การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งปรากฏในร่างข้อบทที่ 9[630] ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL ได้เสนอทางเลือกดังกล่าวไว้แต่ไม่ได้วางแนวทางเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าว รวมถึงไม่ได้ระบุพฤติการณ์ที่อนุญาโตตุลาการควรพิจารณาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี นอกจากร่างข้อบทข้างต้นแล้ว ยังปรากฏว่า ICSID ได้จัดทำร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 53[631] ซึ่งกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพฤติการณ์ที่ถูกกล่าวอ้างโดยคู่พิพาทว่า ควรมีคำสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องวางประกันค่าใช้จ่ายหรือไม่ในทำนองเดียวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในปัจจุบัน แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นคำสั่งที่ใช้คุ้มครองสิทธิของคู่พิพาท รวมทั้งมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดพฤติการณ์ที่

---

[630] Ibid.

[631] Rule 53 Security for Costs

(3) In determining whether to order a party to provide security for costs, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

(a) that party's ability to comply with an adverse decision on costs;

(b) that party's willingness to comply with an adverse decision on costs;

(c) the effect that providing security for costs may have on that party's ability to pursue its claim or counterclaim; and

(d) the conduct of the parties.

(4) The Tribunal shall consider all evidence adduced in relation to the circumstances in paragraph (3), including the existence of third-party funding.

เกี่ยวข้องที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณา ซึ่งได้แก่ การต้องพิจารณาความสามารถและความเต็มใจในการปฏิบัติตามคำตัดสินให้ชำระค่าใช้จ่ายแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง และผลกระทบจากการวางประกันค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดกับความสามารถในการดำเนินการในข้อเรียกร้องหรือข้อเรียกร้องแย้ง นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดในข้อ 53 (4) ว่า คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาพยานหลักฐานทุกชิ้นที่ถูกสืบพยานเกี่ยวกับพฤติการณ์ตาม ข้อ 53 (3) รวมถึงการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามด้วย

นอกจากนี้ ความตกลงการคุ้มครองการลงทุนสหภาพยุโรป - เวียดนาม (EU - Vietnam Investment Protection Agreement) ข้อ 3.48 ซึ่งกำหนดให้เมื่อองค์คณะถูกร้องขออาจสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันทั้งหมดหรือบางส่วนของค่าใช้จ่ายหากมีเหตุอันสมควร (reasonable grounds) ที่ทำให้เชื่อว่าผู้เรียกร้องมีความเสี่ยงที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายต่อผู้เรียกร้องที่อาจมีขึ้นได้ ประกอบกับข้อ 3.37[632] ได้กำหนดให้องค์คณะต้องพิจารณาว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามหรือไม่ในการพิจารณาคำร้องขอให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย (Security for Costs) ด้วย

หากพิจารณาตามแนวทางที่สองข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ร่างข้อบทที่ 9 ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL เพียงแต่กำหนดให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจไว้เท่านั้น จึงไม่น่าจะเพียงพอต่อการพิจารณาให้มีคำสั่งวางประกัน เนื่องจากอาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตามแนวทางเดิม ซึ่งมีมาตรฐานที่สูงจนเกินไป นอกจากนี้ในการตัดสินก็อาจมีแนวคิดที่หลากหลายแตกต่างกันอย่างมากในแต่ละคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี เนื่องจากไม่มีเงื่อนไขหรือพฤติการณ์ที่กำหนดไว้ให้ต้องพิจารณา จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการเองเท่านั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[632] ARTICLE 3.37 Third-Party Funding

1. In case of third-party funding, the disputing party benefiting from it shall notify the other disputing party and the division of the Tribunal, or where the division of the Tribunal is not established, the President of the Tribunal the existence and nature of the funding arrangement, and the name and address of the third party funder.

2. Such notification shall be made at the time of submission of a claim, or, when the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made.

3. When applying Article 3.48 (Security for Costs), the Tribunal shall take into account whether there is third-party funding. When deciding on the cost of proceedings pursuant to paragraph 4 of Article 3.53 (Provisional Award), the Tribunal shall take into account whether the requirements provided for in paragraphs 1 and 2 of this Article have been respected.

ส่วนความตกลงการคุ้มครองการลงทุนสหภาพยุโรป – เวียดนาม กำหนดให้องค์คณะพิจารณามีคำสั่งให้วางประกันได้หากมีเหตุอันสมควร โดยให้พิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามหรือไม่อีกด้วย อย่างไรก็ดี ข้อบทในลักษณะดังกล่าว มีลักษณะค่อนข้างเปิดกว้างให้องค์คณะได้ใช้ดุลพินิจว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ นอกจากนี้ยังกำหนดให้พิจารณาการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามด้วย ซึ่งอาจหมายถึงในกรณีที่มีการสนับสนุนเงินทุน มองในแง่หนึ่งอาจเป็นเหตุที่ส่งเสริมให้มีการวางประกัน เนื่องจากเห็นว่าผู้เรียกร้องอาจไม่มีสถานะทางการเงินที่ดีเพียงพอ แต่มองในอีกแง่หนึ่งอาจหมายถึงกรณีมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และในข้อตกลงมีการระบุให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรับภาระค่าใช้จ่าย adverse costs อาจทำให้องค์คณะพิจารณาว่าไม่มีเหตุอันสมควรให้ต้องมีคำสั่งให้วางประกันก็ได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 53 ของ ICSID นั้นมีความครบถ้วนเหมาะสมสำหรับการพิจารณาเรื่องคำสั่งให้วางประกัน เนื่องจากมีการใช้ถ้อยคำที่ยืดหยุ่นกว่ากรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อีกทั้งยังมีการกำหนดพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณา ทำให้การใช้ดุลพินิจมีกรอบและแนวโน้มที่จะเป็นไปในทิศทางเดียวกันมากกว่าข้อเสนอหรือข้อบทที่กล่าวถึงข้างต้น ยิ่งไปกว่านั้น ยังเป็นแนวทางที่คำนึงถึงการรักษาสมดุลของการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้องกับผลประโยชน์ของรัฐไปพร้อมกัน กล่าวคือ ร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในข้อ 53 คำนึงถึงความสามารถและความเต็มใจในการปฏิบัติตามคำตัดสินให้ชำระค่าใช้จ่ายแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์ของฝ่ายผู้มีคำร้องขอให้มีการวางประกันว่าจะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายกรณีมีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายดังกล่าว รวมถึงพิจารณาผลกระทบจากการวางประกันค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดกับความสามารถในการดำเนินการในข้อเรียกร้องหรือข้อเรียกร้องแย้งของฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้มีการวางประกันในขณะเดียวกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(ข) ผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุน

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยพบว่า ผู้มีคำร้องขอให้มีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายจะต้องรับภาระการพิสูจน์ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรผลักภาระการพิสูจน์ให้ผู้เรียกร้องดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในคดี Garcia-Armas v. Venezuela[633] เนื่องจากเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่จะนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับสถานะทางการเงินของตนได้ดีที่สุด โดยในการพิสูจน์หากมีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนที่ครอบคลุมค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก็ควรเปิดเผยข้อตกลงนั้นเป็นหลักฐาน

[633] Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas and Others V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA (UNCITRAL) Case No. 2016-08, Procedural Order No. 9,

ในการยืนยันความสามารถในการชำระหนี้ของตน ซึ่งในการพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการควรพิจารณาข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบอกเลิกสัญญาด้วย เนื่องจากหากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนสามารถบอกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจ ก็อาจทำให้รัฐไม่ได้รับชำระค่าใช้จ่ายคืนเมื่อชนะคดีเช่นกัน

การผลักภาระการพิสูจน์ดังกล่าวนั้น ในแง่หนึ่งอาจถูกมองว่าเป็นการเพิ่มภาระให้ผู้ที่ถูกผลักภาระการพิสูจน์ แต่ในอีกแง่หนึ่ง การผลักภาระการพิสูจน์ดังกล่าวนั้นก็มีเหตุอันสมควร เนื่องจากผู้เรียกร้องที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามย่อมทราบข้อเท็จจริงว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรับภาระในค่าใช้จ่าย adverse costs หรือไม่ โดยหากมีข้อตกลงที่ระบุเช่นว่านั้น ผู้เรียกร้องย่อมสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างพร้อมพยานหลักฐานเป็นรายละเอียดตามข้อตกลงในส่วนที่ระบุถึงการรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้โดยสะดวก นอกจากนี้ หากผู้เรียกร้องได้มีการทำประกันภัย ATE ก็ย่อมยกข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการว่า บุคคลนั้น ๆ เองย่อมอยู่ในฐานะที่จะพิสูจน์สถานะทางการเงินของตนเองได้ดีที่สุด

(ค) ผู้ยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันต้องเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายหากไม่มีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายของผู้ยื่นคำร้องขอ

ในการยื่นคำร้องขอให้มีคำสั่งให้คู่พิพาทซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามวางประกันค่าใช้จ่ายนั้น ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความคิดเห็นในรายงาน Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration[634] ว่าผู้มีคำร้องขอควรต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นหากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกัน แต่ปรากฏผลคดีในภายหลังว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ต้องชำระค่าใช้จ่ายแก่ผู้มีคำร้องขอ ซึ่งมองในแง่หนึ่งอาจเป็นการเพิ่มภาระทางการงานให้แก่รัฐผู้ร้องขอ แต่ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า ในอีกแง่หนึ่งแนวทางดังกล่าวจะช่วยบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ที่ต้องวางประกันค่าใช้จ่าย และเป็นการป้องปรามไม่ให้มีคำร้องขอให้วางประกันโดยไม่มีเหตุอันสมควรอันจะเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้เรียกร้องโดยไม่เป็นธรรมเช่นกัน

6.2.4.3 ข้อวิเคราะห์ปัญหากรณีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)

จากการศึกษาในบทที่ 4 พบว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูง ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี ซึ่งต้องพิจารณาว่าค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งสามารถแบ่งออก

[634] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4. p.183.

ได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน และค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งค่าใช้จ่ายทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน จึงเห็นควรพิจารณารายละเอียดตามลำดับดังต่อไปนี้

(ก) ข้อวิเคราะห์กรณีค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน

เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs) ทำให้การจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีไม่มีความแน่นอนว่าจะเป็นไปในแนวทางใดและแนวโน้มในปัจจุบันปรากฏว่าคณะอนุญาโตตุลาการประเมินเพื่อจัดสรรค่าใช้จ่ายมากขึ้น โดยมีการปรับค่าใช้จ่ายในคดีโดยผลักภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง[635] เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าหากค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของผู้ชนะคดีได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้คดีและจะต้องนำมาพิจารณาแนวทางในการจัดสรรค่าใช้จ่ายหรือไม่

จากการศึกษากฎเกณฑ์และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในบทที่ 5 พบว่าการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID ค่าใช้จ่ายซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการจัดสรรถูกกำหนดไว้ตามมาตรา 61 (2) แห่ง ICSID Convention กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ (expenses incurred by the parties in connection with the proceedings) ค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ และค่าธรรมเนียมในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกของศูนย์ ส่วนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ได้มีการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ (costs of arbitration) ในคำชี้ขาดหรือคำตัดสิน และกำหนดนิยามของคำว่าค่าใช้จ่ายในข้อ 40 (2) กล่าวคือ ค่าป่วยการ ค่าเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ของอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายของผู้เชี่ยวชาญและผู้ช่วยอื่นที่แต่งตั้งโดยอนุญาโตตุลาการ ค่าเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่นของพยาน ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่นที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration) รวมถึงค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของผู้มีอำนาจที่ได้แต่งตั้งเช่นเดียวกับค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของเลขาธิการของ PCA

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ผู้ชนะคดีได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้

---

[635] Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021): 16-17.

คดีหรือไม่ จึงมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาก่อนว่าค่าใช้จ่ายที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายตามกฎเกณฑ์และข้อบังคับข้างต้น กล่าวคือ เป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น (incurred by the parties) หรือไม่

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ในทางปฏิบัติทนายความจะส่งใบแจ้งหนี้ (invoices) ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในคดี ซึ่งออกในนามคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุน ไปยังบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนพร้อมกับรายงานความคืบหน้าประจำเดือน ซึ่งหากตรวจสอบแล้วเป็นไปตามงบประมาณที่ตกลงกันไว้ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ทนายความโดยตรง[636]

โดยความเห็นของนักวิชาการหลายท่านเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่าการชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการโดยบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ไม่ใช่ปัจจัยสำคัญและไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา ดังเช่น Matthew Hodgson และ Alastair Campbell ที่ได้ให้ความเห็นว่า คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจะมีหน้าที่ต้องชำระคืนค่าใช้จ่ายที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้ชำระไว้พร้อมค่าตอบแทน (success fee) หากชนะคดี ดังนั้น ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนจะต้องมีสิทธิหน้าที่ในค่าใช้จ่ายทางกฎหมายนั้นจึงจะสามารถส่งต่อไปยังบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้ชำระแทนตามสัญญาได้ ข้อเท็จจริงที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้ชำระค่าทนายความจึงไม่กระทบต่อการพิจารณาเรื่องค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการ และไม่มีความสำคัญต่อสิทธิในการได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย[637]

ซึ่งความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคดี Kardassopoulos v. Georgia มีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม คือ บริษัท Allianz Litigation Funding[638] ในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้เรียกร้องให้ประเทศจอร์เจียชดเชยความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาสัมปทานการก่อสร้างและบำรุงรักษาท่อขนส่งน้ำมัน (pipeline) โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้ Georgia - Greece BIT และ Energy Charter Treaty จำนวนทุนทรัพย์ 30.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้

---

[636] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.p. 155.

[637] Matthew Hodgson and Alastair Campbell, "The Allocation of Costs in Investment Treaty Arbitration," in Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, ed. Christina L. Beharry, Nijhoff International Investment Law Series (Brill | Nijhoff, 2018), p. 419.

[638] Christian Stuerwald and Mick Smith, "A Rare Public Example of Litigation Funding of a Bit Case," [Online] Accessed: 2 June 2021. Available from: http://www.calunius.com/media/2790/georgia%20article%20final%2022-12-11.pdf

คัดค้านชดเชยความเสียหายเป็นจำนวน 15.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[639] โดยประเด็นในคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายของผู้เรียกร้องที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนมีว่า ผู้เรียกร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่ายในกระบวนพิจารณา รวมถึงค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย โดยอ้างถึงแนวโน้มในการจัดสรรค่าสินไหมทดแทนตามผลแห่งคดี (outcome-based recovery) ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน[640] ซึ่งฝ่ายผู้คัดค้านโต้แย้งในประเด็นหนึ่งว่าค่าใช้จ่ายทางกฎหมายของผู้เรียกร้องสูงเกินไป และค่าใช้จ่ายบางส่วนถูกชำระโดยนักลงทุนบุคคลภายนอก (third party investor) จึงไม่น่าจะเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้[641] คณะอนุญาโตตุลาการจัดสรรค่าใช้จ่ายโดยใช้แนวทาง costs follow the event ซึ่งฝ่ายผู้แพ้คดีต้องชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการอนุญาโตตุลาการ โดยวินิจฉัยกรณีนี้ว่าไม่มีหลักการใดที่กำหนดให้นำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาพิจารณาในการตัดสินจำนวนค่าใช้จ่ายที่ผู้เรียกร้องจะได้รับชดใช้[642] ซึ่งคำวินิจฉัยข้างต้นได้ถูกนำไปอ้างถึงในคดี RSM v. Grenada[643] และ คดี ATA Construction v. Jordan[644] อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นของนักวิชาการเพียงบางส่วนว่า ผู้รับการสนับสนุนเงินทุนซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดีเป็นผู้ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายดังกล่าว เนื่องจากผู้รับการสนับสนุนเงินทุนก่อให้เกิดหน้าที่ต้องชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการและยังเป็นผู้มีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่าย เพียงแต่การชำระค่าใช้จ่ายแทนที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับผู้รับการสนับสนุนเงินทุน โดยผู้รับการสนับสนุนเงินทุนต้องจ่ายคืนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนพร้อมค่าตอบแทนเมื่อชนะคดี ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่ควรเป็นเหตุที่ใช้ปลดเปลื้องคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจากการความรับผิดในการชดใช้ค่าใช้จ่าย ดังนั้น ในการจัดสรรค่าใช้จ่ายคณะอนุญาโตตุลาการจึงสามารถนำค่าใช้จ่ายที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนไปพิจารณาต่อไปได้ว่ามีเหตุผลตามสมควร (reasonable) หรือไม่ และควรจัดสรรค่าใช้จ่ายอย่างไร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[639] UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator: Kardassopoulos V. Georgia."

[640] Ioannis Kardassopoulos V. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010.paras 679-681.

[641] Ibid.para. 686.

[642] Ibid.para. 691.

[643] Rsm Production Corporation V. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, 28 April 2011.para. 68.

[644] Ata Construction, Industrial and Trading Company V. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Annulment Proceeding, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding, 11 July 2011.

ทั้งนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า มีบางกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการอาจต้องพิจารณาประเด็นเรื่องการชำระค่าใช้จ่ายโดยการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาพิจารณา ยกตัวอย่างเช่น คดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia[645] ผู้เรียกร้องในคดีนี้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดจาก Group Menatep Limited โดยไม่มีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน และไม่มีข้อผูกพันให้ต้องชำระค่าใช้จ่ายและให้ค่าตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนของ Group Menatep Limited ในครั้งนี้เป็นไปเพื่อให้มีแนวคำวินิจฉัยอันจะเป็นประโยชน์ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างตนกับประเทศรัสเซียในคดีอื่น[646] จึงเป็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สอบเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นที่มิใช่ตัวเงิน ซึ่งในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องค่าใช้จ่าย[647] จำนวน 14.57 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งผู้เรียกร้องได้ร้องขอให้มีคำชี้ขาดว่า ข้อโต้แย้งในคดีนี้ต่างจากในคดีอื่นที่มีการร้องขอให้ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เนื่องจากโดยทั่วไปการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามย่อมมีข้อตกลงผูกพันให้ตอบแทนการสนับสนุนเช่นว่านั้น แต่ในคดีนี้ผู้เรียกร้องไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายใด ๆ คืนให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน เป็นไปตามที่ผู้คัดค้านกล่าวว่า เป็นการได้ประโยชน์โดยผู้เรียกร้องไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้น (a total free ride) ผู้เรียกร้องไม่ได้ชำระเงินหรือก่อให้เกิดหน้าที่เรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินการในข้อเรียกร้องของตน และ Group Menatep Limited ก็ไม่มีสิทธิในการอนุญาโตตุลาการนี้[648]

กรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธคำร้องขอดังกล่าวของผู้เรียกร้อง ซึ่งจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยข้างต้นว่า ในกรณีที่ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนจากบุคคลที่สามโดยไม่มีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน หรือไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชดใช้คืนค่าใช้จ่ายและจ่ายค่าตอบแทนให้กับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแต่อย่างใด กล่าวคือ เป็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ อันมิใช่กรณีหวังผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน หากปรากฏข้อเท็จจริงเช่นนี้ คณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่ควรตัดสินให้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนตามคำร้องขอของผู้เรียกร้อง เนื่องจากค่าใช้จ่าย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[645] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

[646] Ibid.para.31.

[647] คดีนี้เป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้าสตอกโฮล์ม (Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce: SCC) ซึ่งตามข้อ 44 ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันดังกล่าว ฉบับปี ค.ศ. 2007 ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่าย ซึ่งคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก่อให้เกิดขึ้น (incurred by another party) ได้ตามสมควร เมื่อมีการร้องขอ โดยพิจารณาผลแห่งคดีและพฤติการณ์แวดล้อมอื่นที่มีความสำคัญ

[648] Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20 July 2012.paras 223-224.

ดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น (incurred by parties) หากจัดสรรค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวตามคำร้องขอ จะทำให้คู่พิพาทนั้นได้รับค่าใช้จ่ายในจำนวนที่เกินไปกว่าค่าใช้จ่ายที่แท้จริง อาจจะทำให้เกิดลักษณะของการได้ลาภลอย (Windfall) และสร้างภาระให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควร

กล่าวโดยสรุป กรณีค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนนั้น เป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนซึ่งเป็นผู้ชนะคดีสามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้คดีได้ เนื่องจากถือเป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำต้องพิจารณาประเด็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเมื่อทำการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี เนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่กระทบต่อเรื่องค่าใช้จ่ายของคู่พิพาท อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่จะต้องนำเรื่องดังกล่าวมาพิจารณา เช่น การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ ซึ่งเป็นกรณีที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนหรือให้ค่าตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ทำให้ค่าใช้จ่ายที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน ไม่อาจถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น (incurred by parties) คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถตัดสินให้ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนตามคำร้องขอได้ ดังนั้น จึงควรทำการวิเคราะห์ในลำดับต่อไปว่ากรณีค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นจะสามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้คดีได้เช่นเดียวกันหรือไม่ อย่างไร

(ข) ข้อวิเคราะห์กรณีค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

จากการวิเคราะห์กรณีค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนในหัวข้อที่ผ่านมา ผู้เขียนพบว่าค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนซึ่งเป็นผู้ชนะคดีเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้คดีได้ ในหัวข้อนี้จึงจะทำการพิจารณาต่อไปว่ากรณีค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือไม่ อย่างไร โดยมีรายละเอียดดังนี้

ค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนในส่วนของค่าตอบแทนที่ต้องชำระแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น มีลักษณะเป็นค่าตอบแทนที่ขึ้นกับผลแห่งคดี กล่าวคือ หากผู้รับการสนับสนุนเงินทุนเป็นฝ่ายแพ้คดีจะไม่มีหน้าที่ต้องชำระเงินที่ได้รับการสนับสนุนและค่าตอบแทนให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ดังนั้น ในการพิจารณาว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้คดีหรือไม่ จึงมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกเช่นเดียวกับกรณีค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน

ว่าค่าตอบแทนที่ต้องชำระแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายตามกฎเกณฑ์และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการซึ่งใช้บังคับในกรณีนี้หรือไม่

จากการศึกษาพบว่า ค่าใช้จ่ายซึ่งการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID จะจัดสรรได้ในกรณีนี้จะต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ (expenses incurred by the parties in connection with the proceedings) ตามมาตรา 61 (2) แห่ง ICSID Convention ส่วนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ (costs of arbitration) ในคำชี้ขาดหรือคำตัดสิน และคำว่าค่าใช้จ่ายในกรณีนี้ต้องพิจารณาตามข้อ 40 (2) (e)[649] กล่าวคือ เป็นค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่นที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นจำนวนที่มีเหตุอันสมควร (reasonable) หรือไม่

ในประเด็นที่ว่าค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถได้รับการชดใช้คืนจากคู่พิพาทผู้แพ้คดีได้หรือไม่นั้น นักวิชาการยังคงถกเถียงกันว่าค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นเป็นค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ (costs of arbitration) และค่าใช้จ่ายอื่น (other costs) ที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นหรือไม่[650]

นักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่าค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ใช่ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการและค่าใช้จ่ายอื่นที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น

Jonas von Goeler มีความเห็นว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนไม่ควรนำมาใช้พิจารณาในการตัดสินเรื่องจำนวนค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนควรได้รับการชดใช้ส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายที่ขึ้นอยู่กับผลสำเร็จไม่ควรได้รับการชดใช้คืนเป็นส่วนหนึ่งของคำสั่งเรื่องค่าใช้จ่าย (costs order) การชี้ขาดเรื่องค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนย่อมเป็นการเพิ่มจำนวน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[649] Article 40

1. The arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in the final award and, if it deems appropriate, in another decision.

2. The term “costs” includes only:

(e) The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable

[650] การอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID จะต้องพิจารณาตามมาตรา 61 (2) แห่ง ICSID Convention ซึ่งใช้คำว่า ค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ (expenses incurred by the parties in connection with the proceedings)

เงินที่ฝ่ายผู้แพ้คดีต้องรับผิดเป็นอย่างมากและไม่ยุติธรรม จึงควรปฏิบัติต่อค่าใช้จ่ายดังกล่าวอย่างค่าเสียหายซึ่งอาจเรียกร้องให้ชดใช้คืนได้ตามกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ[651]

Wolfgang Kühn และ Hanneke van Oeveren มีความเห็นว่า คำว่าค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการต้องตีความตามถ้อยคำ กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายนั้นก่อให้เกิดขึ้นเพื่อการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ แต่ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดีซึ่งเป็นคนละส่วนกับเงินทุนที่ได้สนับสนุนให้แก่คู่พิพาท ไม่สามารถจะกล่าวอย่างมีเหตุผลได้ว่าถูกก่อให้เกิดขึ้นเพื่อเสนอข้อเรียกร้องต่อการอนุญาโตตุลาการ และเห็นด้วยกับความคิดเห็นของ Jonas von Goeler ว่าอาจเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายในข้อเรียกร้องเพิ่มเติม[652]

ความคิดเห็นของนักวิชาการข้างต้นสอดคล้องกับข้อเสนอแนะซึ่งปรากฏในร่างรายงานของคณะทำงานย่อยของ ICCA-Queen Mary University Task Force ซึ่งศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเสนอแนะว่า ไม่เป็นการสมควรที่คณะอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุน (ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน) เนื่องจากไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในกระบวนการที่ก่อให้เกิดเพื่อวัตถุประสงค์ในการอนุญาโตตุลาการ ค่าตอบแทนความสำเร็จนั้นเกิดจากการแลกเปลี่ยนระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับผู้รับการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้เชื่อมโยงกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่อาจเรียกร้องในฐานะค่าเสียหายหากเป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ[653]

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งกลับมีความเห็นว่า ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ (costs of arbitration) และค่าใช้จ่ายอื่น (other costs) ที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นนั้นมีความหมายกว้างเพียงพอที่จะรวมถึงค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (success fee/uplift) โดยมีพื้นฐานมาจากแนวทางที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Essar v Norscot[654] ซึ่งเป็นคดีที่ผู้

---

[651] Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (Kluwer Law International, 2016), pp. 396-414.

[652] Wolfgang Kühn and Hanneke van Oeveren, "The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?," Journal of International Arbitration 35, 3 (2018): 314-320.

[653] Draft Report of the Icca-Qmul Task Force on Tpf in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs, International Council for Commercial Arbitration, Report No.p. 10.

[654] Essar Oilfields Services Limited V Norscot Rig Management Pvt Limited, Judgment of The High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court to Set Aside The Partial Award [2016] EWHC 2361 (Comm), 15 September 2016.

คัดค้านซึ่งเป็นผู้แพ้คดีในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ ภายใต้ ICC Arbitration Rules ยื่นขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลสูงของประเทศอังกฤษ (ศาลพาณิชย์ แผนก Queen's Bench Division) ซึ่งตามคำชี้ขาดนั้น บริษัท Essar ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ให้แก่บริษัท Norscot เนื่องจากการละเมิดสัญญาการบริหารการปฏิบัติการ (Operations management agreement)

โดยกรณีนี้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินให้บริษัท Norscot ได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามคืนจากบริษัท Essar โดยบริษัท Norscot ได้รับการสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการ จำนวน 647,000 ปอนด์สเตอร์ลิง จาก บริษัท Woodsford Litigation Funding และหากบริษัท Norscot ชนะคดี ได้ตกลงให้ค่าตอบแทนร้อยละ 300 ของเงินทุนที่สนับสนุน หรือร้อยละ 35 ของค่าสินไหมทดแทน โดยถือเอาตามจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่า ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า ตนมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวซึ่งเป็น “ค่าใช้จ่ายอื่น” (other costs) ตามมาตรา 59 (1) (c) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Acts 1996) ซึ่งค่าใช้จ่ายอื่นนั้นไม่ได้จำกัดเพียงค่าใช้จ่ายทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นตามสมควรที่ก่อให้เกิดโดยคู่พิพาท ซึ่งรวมค่าใช้จ่ายของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามด้วย (funding costs)[655] นอกจากนั้น ยังเห็นว่า บริษัท Essar มีพฤติกรรมเอาเปรียบ (exploitative) จงใจกระทำให้บริษัท Norscot อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยทรัพยากรของตนเอง เช่น บริษัท Essar มุ่งหมายจะสร้างความเสียหายทางการเงินแก่บริษัท Norscot โดยปฏิเสธการจ่ายเงินและได้ใช้แรงกดดันทางการค้ากับบริษัท Norscot ทั้งก่อนและตลอดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เปรียบเสมือนการต่อสู้ระหว่างเดวิดและโกไลแอธ (David and Goliath battle) จนถึงขั้นที่กรรมการผู้จัดการของบริษัทต้องทำสัญญาจำนองบ้านอีกครั้ง จึงทำให้การขอรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยทำข้อตกลงตามอัตรามาตรฐานของตลาด (standard market rates) มีเหตุอันสมควร[656] ศาลสูงยืนยันคำชี้ขาด โดยในการวินิจฉัยได้พิจารณา Arbitration Acts 1996 และ ICC Arbitration Rules[657] โดยมีความเห็นว่า การตีความคำว่า “other costs” และ “costs of the arbitration” ว่ารวมถึงค่าใช้จ่ายของการสนับสนุนเงินทุน อยู่ในดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งควรพิจารณาตามแนวทางการใช้งาน (functional approach) และพิจารณาว่าค่าใช้จ่ายอื่นถูกก่อให้เกิดในการเสนอหรือต่อสู้ในคดีหรือไม่ ซึ่งจากภาษา บริบท และ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

[655] Ibid.para. 5.

[656] Ibid.paras 21-24.

[657] Ibid.paras 13, 17, 48.

ตรรกะ คำว่าค่าใช้จ่ายอื่นสามารถรวมไปถึงค่าใช้จ่ายในการรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม[658]

จากคำวินิจฉัยและการยืนยันคำชี้ขาดของศาลสูงข้างต้น ทำให้มีนักวิชาการออกมาแสดงความคิดเห็นในประเด็นเรื่องค่าตอบแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ดังเช่น Jeffrey Sullivan มีความเห็นว่า การได้รับชดใช้คืนค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในคดีนี้อยู่ภายใต้นิยามอย่างกว้างของคำว่าค่าใช้จ่ายใน ICC Arbitration Rules และสามารถเทียบเคียงกับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอื่นที่มีข้อบทที่ใช้ถ้อยคำอย่างกว้างในทำนองเดียวกันได้ ซึ่งในคดีนี้การจัดสรรค่าใช้จ่ายพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้คัดค้าน และยังแสดงให้เห็นว่าผู้เรียกร้องที่ชนะคดีซึ่งร้องขอให้มีการชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจะต้องเปิดเผยข้อตกลงดังกล่าว และอนุญาโตตุลาการอาจนำวิธีการต่าง ๆ เช่น การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ มาใช้ในการพิจารณาข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนและประเมินว่าข้อตกลงนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่[659]

ซึ่งคำตัดสินของศาลสูงและความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวสอดคล้องกับข้อเสนอแนะใน ICC Report Commission Report on Decisions on Costs in International Arbitrationว่า ที่เห็นว่า ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นต้นทุนของเงินทุน (cost of capital) คณะอนุญาโตตุลาการเพียงต้องเห็นว่าค่าใช้จ่ายได้ถูกก่อให้เกิดเพื่อนำคดีเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ โดยได้ชำระไปแล้วหรือสามารถชำระได้ และเป็นค่าใช้จ่ายตามสมควร ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ต้นทุนของเงินทุนนั้นจะได้รับการชดใช้คืนในพฤติการณ์บางกรณีซึ่งเงื่อนไขที่กำหนดให้ค่าใช้จ่ายนั้นต้องเป็นค่าใช้จ่ายตามสมควร (reasonable) เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลที่สำคัญในการปกป้องไม่ให้เกิดความอยุติธรรมหรือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมต่อคู่พิพาทเกี่ยวกับเรื่องค่าใช้จ่าย หรือลาภลอยที่ไม่เหมาะสมของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน[660]

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีทั่วไปไม่ควรนำค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมาพิจารณาการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี เนื่องจากแม้ถ้อยคำในกฎเกณฑ์และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอาจมีนิยามของคำว่าค่าใช้จ่ายที่กว้างพอที่จะถือว่าค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ (มาตรา 61 (2) แห่ง ICSID Convention) หรือค่าใช้จ่ายอื่นที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (ข้อ 40 (2) (e) ของ UNCITRAL Arbitration Rules) แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียน

---

[658] Ibid.paras 56, 68-69.

[659] Jeffrey Sullivan, "Essar V. Norscot: Are the Costs Associated with Third Party Funding Recoverable?," Transnational Dispute Management, 4 (September 2018): 11-12.

[660] ICC Commission's Task Force on Decisions as to Costs, ICC, Report No.p. 17.

เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีลักษณะเฉพาะ ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นเอกชน และอีกฝ่ายหนึ่งคือรัฐ ซึ่งต้องยอมรับว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามส่วนใหญ่จะเป็นการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้อง เนื่องจากการยื่นข้อเรียกร้องแย้งนั้นไม่ค่อยปรากฏในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หากกำหนดเป็นแนวทางปฏิบัติโดยทั่วไปให้สามารถจัดสรรค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้ฝ่ายผู้แพ้คดีคือรัฐต้องชดใช้คืนให้แก่ผู้เรียกร้องในทุกกรณี ย่อมเป็นความเสี่ยงและเป็นภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมาก กล่าวคือ ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมักกำหนดเป็น 3 เท่าของเงินทุนหรือคำนวณเป็นร้อยละ 20 – 40 ของจำนวนเงินที่ผู้เรียกร้องได้รับตามคำชี้ขาด ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อรัฐและประชาชนในรัฐนั้นอย่างมากและอาจไม่เป็นธรรมนัก เนื่องจากการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เรียกร้องและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยความสมัครใจและไม่เกี่ยวข้องกับรัฐ และรัฐมีโอกาสน้อยที่จะได้ใช้ประโยชน์จากแนวทางในการชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า บางกรณีที่ข้อเท็จจริงอาจปรากฏการกระทำที่มีความเลวร้าย (egregious conduct) ซึ่งควรกำหนดเป็นข้อยกเว้นให้ผู้เรียกร้องสามารถร้องขอให้มีการชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการได้ ดังเป็นไปตามแนวคิดซึ่งปรากฏในคดี ADC v. Hungary[661] ที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าหลักการเยียวยาความเสียหายเต็มจำนวน (full reparation) อันปรากฏในคดี Chorzów Factory ซึ่งเป็นคดีในศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice: PCIJ) สามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องค่าใช้จ่ายได้ กล่าวคือ ตามหลักการเยียวยานั้น การละเมิดข้อผูกพันนำมาซึ่งหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างเพียงพอ นอกจากนั้นการชดเชยจะต้องลบล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย และทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนว่ามิได้มีการกระทำดังกล่าวขึ้น หรือในกรณีที่การกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นเป็นไปไม่ได้ จะต้องจ่ายค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้เท่ากับมูลค่าของการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม[662] โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดี ADC v. Hungary เห็นว่า หากผู้เรียกร้องไม่ได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายซึ่งได้พิสูจน์แล้วว่าเป็นการกระทำอันเลวร้าย (egregious conduct) ของฝ่ายประเทศฮังการี จะกล่าวไม่ได้เลยว่าผู้เรียกร้องนั้นได้กลับคืนสู่สถานะเดิมแล้ว[663] ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของอนุญาโตตุลาการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[661] Adc Affiliate Limited and Adc & Admc Management Limited V. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, 2 October 2006.

[662] Factory at Chorzów, Germany V Poland, PCIJ PCIJ Series A. No 17, Judgment, 13 September 1928.

[663] Adc Affiliate Limited and Adc & Admc Management Limited V. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, 2 October 2006.para. 533.

และผู้พิพากษาในคดี Essar v Norscot[664] ที่ตัดสินตามข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้คัดค้าน โดยให้ผู้คัดค้านต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามมูลค่าที่แท้จริง (Indemnity Basis) รวมถึงต้องชดใช้ค่าตอบแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนให้แก่ผู้เรียกร้องด้วย

โดยเงื่อนไขในการจะเข้าข้อยกเว้นที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำข้อสังเกตของคณะทำงาน ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding ซึ่งสอดคล้องกับหลักการเยียวยาความเสียหายเต็มจำนวนมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวได้ โดยคณะทำงานได้ตั้งข้อสังเกตว่า หากคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการแล้ว ควรต้องพิจารณาเงื่อนไข 3 ประการ[665] ดังนี้

ประการแรก การกระทำของผู้คัดค้านต้องเป็นเหตุให้เกิดความยากไร้ (impecuniosity) ของผู้เรียกร้อง กล่าวคือ ความยากไร้ของผู้เรียกร้องนั้นต้องเกิดจากรัฐ มิได้มาจากสาเหตุอื่น เช่น เกิดจากการบริหารกิจการผิดพลาดของผู้เรียกร้องเอง

ประการที่สอง ผู้เรียกร้องไม่มีทางเลือกอื่นจึงต้องรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อนำข้อเรียกร้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ จากการศึกษาลักษณะทั่วไปของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามพบว่าผู้รับการสนับสนุนเงินทุน ไม่ได้มีเพียงผู้มีสถานะทางการเงินไม่ดีเท่านั้น ในบางกรณีผู้เรียกร้องอาจเป็นบริษัทที่ต้องการบริหารความเสี่ยง หรือประสงค์จะใช้เงินทุนของตนในการลงทุนกับกิจการมากกว่าใช้ในการอนุญาโตตุลาการ จึงขอรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ดังนั้น ผู้เรียกร้องจึงต้องแสดงให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นได้ว่าการขอรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามนั้นเป็นเพราะตนไม่มีทางเลือกเนื่องจากการกระทำของรัฐทำให้ประสบความอัตคัดยากจน

ประการที่สาม รัฐผู้คัดค้านทราบว่าผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุน กล่าวคือ การที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าฝ่ายรัฐผู้แพ้คดีต้องชดใช้ในค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น ควรจะต้องมีการเปิดเผยให้รัฐและคณะอนุญาโตตุลาการทราบว่าผู้เรียกร้องรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจากผู้ใด และข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนกำหนดค่าตอบแทน (success fee) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกรณีชนะคดีเป็นจำนวนเท่าใด มี

---

[664] Essar Oilfields Services Limited V Norscot Rig Management Pvt Limited, Judgment of The High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court to Set Aside The Partial Award [2016] EWHC 2361 (Comm), 15 September 2016.

[665] Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Report No. THE ICCA REPORTS NO. 4.

รายละเอียดอย่างไร ซึ่งควรมีการเปิดเผยตั้งแต่แรกเริ่มการอนุญาโตตุลาการหรือในกระบวนการขั้นเริ่มต้น เพื่อให้รัฐทราบถึงความเสี่ยงของตน และมีความรับผิดตั้งแต่ช่วงเวลาที่ได้ทราบถึงการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าว ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL มีการแก้ไขโดยกำหนดให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมีการเปิดเผยถึงชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนตามความเห็นของผู้เขียน รัฐย่อมจะทราบถึงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยปริยายเมื่อได้รับแจ้ง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีคำร้องขอให้มีการชดใช้ค่าตอบแทนดังกล่าว ซึ่งเป็นกรณียกเว้นและมีเงื่อนไข 3 ประการที่กล่าวมานี้ ผู้เรียกร้องที่ประสงค์จะมีคำร้องขอควรต้องเปิดเผยข้อตกลงที่เกี่ยวข้องในคราวเดียวกับที่มีการแจ้งถึงการมีอยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนและยื่นคำร้องขอดังกล่าวไปพร้อมกัน

ทั้งนี้ ในการพิจารณาเงื่อนไขทั้งสามประการข้างต้นของคณะอนุญาโตตุลาการควรต้องใช้หลักเหตุอันสมควร (reasonableness) ในการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณา ซึ่ง UNCITRAL Arbitration Rules ได้กำหนดไว้แล้วในข้อ 40 (2) (e) กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายต้องเป็นค่าใช้จ่ายอื่นที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (other costs incurred by the parties in relation to the arbitration) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นจำนวนที่มีเหตุอันสมควร (reasonable) ส่วนกรณี ICSID นั้น ไม่มีการบัญญัติดังกล่าวไว้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาเช่นเดียวกัน

6.2.4.4 แนวทางในการกำกับปัญหากรณีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)

เมื่อได้พิจารณาข้อมูลจากการวิเคราะห์ในหัวข้อ 6.2.4.3 วิเคราะห์ปัญหากรณีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs) แล้ว ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะนำข้อมูลที่ได้ศึกษาและผลการวิเคราะห์ข้างต้นมาประมวลผลรวมกันเพื่อวิเคราะห์หาแนวทางกำกับปัญหากรณีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี โดยผู้เขียนเห็นว่า แนวทางในการกำกับควรเป็นการกำหนดให้มีขั้นตอนการยื่นคำร้องขอรับการชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในกรณีที่ผู้เรียกร้องต้องรับการสนับสนุนเงินทุนเนื่องจากการกระทำของรัฐผู้คัดค้านไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ และกำหนดแนวทางปฏิบัติของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยปัญหาการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยจะพิจารณาตามลำดับดังนี้

(ก) กรณีที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนซึ่งต้องให้ผลตอบแทนเป็นตัวเงินแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

กรณีที่มีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนระหว่างคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน โดยกำหนดให้มีการจ่ายผลตอบแทนแก่บุคคลที่สามดังกล่าวนั้น ในส่วนของค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน หากเป็นค่าใช้จ่ายที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยคู่พิพาทและอยู่ในกรอบนิยามของค่าใช้จ่ายตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการก็จะได้รับการพิจารณาประหนึ่งค่าใช้จ่ายโดยปกติทั่วไป เนื่องจากนักวิชาการมีความคิดเห็นไปในทำนองเดียวกันว่า การชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการโดยบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ไม่ใช่ปัจจัยสำคัญและไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในคดี Kardassopoulos v. Georgia[666] แต่ในส่วนของค่าใช้จ่ายประเภทค่าตอบแทนนั้น ดังที่ได้ศึกษามาในข้อวิเคราะห์แล้วว่า นักวิชาการมีความคิดเห็น แบ่งเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งมีความคิดเห็นว่าค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ใช่ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น จึงไม่ควรได้รับการชดใช้คืนเป็นส่วนหนึ่งของคำสั่งเรื่องค่าใช้จ่าย แต่อาจเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายตามกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่า กรณีที่นิยามของค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นนั้นมีความหมายกว้างเพียงพอที่จะรวมถึงค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ตามแนวคิดที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Essar v Norscot[667] ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า หากมีข้อบังคับให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องมีการนำค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมาพิจารณาในทุกกรณี ย่อมทำให้รัฐต้องเป็นผู้มีความเสี่ยงและรับภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เนื่องจากผู้ที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนส่วนใหญ่ คือ ฝ่ายผู้เรียกร้อง แต่ควรมีข้อยกเว้นในกรณีที่มีข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำที่มีความเลวร้าย (egregious conduct) ทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายเป็นอย่างมากจากการกระทำนั้นซึ่งควรต้องได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเพียงพอเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยควรมีการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการโดยกำหนดให้มีขั้นตอนการยื่นคำร้องขอรับการชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเฉพาะในกรณีที่ผู้เรียกร้องต้องเข้ารับการสนับสนุนเงินทุนเนื่องจากการกระทำของรัฐผู้คัดค้านในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ และให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการจัดสรรค่าใช้จ่ายดังกล่าวโดยถือเป็นค่าใช้จ่ายอื่น ซึ่งในการพิจารณาคำร้องดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการควรต้องพิจารณาเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

---

[666] Ioannis Kardassopoulos V. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010.

[667] Essar Oilfields Services Limited V Norscot Rig Management Pvt Limited, Judgment of The High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court to Set Aside The Partial Award [2016] EWHC 2361 (Comm), 15 September 2016.

ประการแรก การกระทำของผู้คัดค้านต้องเป็นเหตุให้เกิดความยากไร้ (impecuniosity) ของผู้เรียกร้อง

ประการที่สอง ผู้เรียกร้องไม่มีทางเลือกอื่นจึงต้องรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อนำข้อเรียกร้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สาม รัฐผู้คัดค้านทราบว่าผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุน

ดังนั้น นอกจากการเปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ (หรือทำหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการ) หรือแจ้งว่ามีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนภายหลังวันดังกล่าวตามที่ผู้เขียนได้เสนอแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในหัวข้อก่อนหน้า ในการมีคำร้องขอให้รัฐผู้คัดค้านชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ควรจะต้องมีการเปิดเผยให้รัฐและคณะอนุญาโตตุลาการทราบว่าผู้เรียกร้องรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจากผู้ใด และข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนกำหนดค่าตอบแทน (success fee) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกรณีชนะคดีเป็นจำนวนเท่าใด มีรายละเอียดอย่างไรเพิ่มเติมจากการเปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ซึ่งเป็นข้อมูลเบื้องต้น พร้อมพยานหลักฐานประกอบไปในคราวเดียวกัน เนื่องจากควรมีการเปิดเผยตั้งแต่แรกเริ่มการอนุญาโตตุลาการหรือในกระบวนการขั้นเริ่มต้น เพื่อให้รัฐทราบถึงความเสี่ยงของตน และมีความรับผิดตั้งแต่ช่วงเวลาที่ได้ทราบถึงการสนับสนุนเงินทุนดังกล่าว นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า หากมีโอกาสที่จะได้รับชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน จะเป็นแรงจูงใจให้มีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากยิ่งขึ้นด้วย

(ข) กรณีที่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนหรือมีหน้าที่ตามกฎหมายในการให้ผลตอบแทนเป็นตัวเงินแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

กรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนซึ่งชนะคดีและร้องขอให้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนจากคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดี มีหน้าที่หรือความผูกพันตามกฎหมายให้ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายนั้นจริงหรือไม่ หากไม่มีข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนซึ่งระบุว่าคู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายที่มีการสนับสนุนเงินทุนและจ่ายค่าตอบแทนให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเมื่อชนะคดี หรือไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าต้องชดใช้ให้แก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน กล่าวคือ เป็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ คณะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิเสธคำร้องขอให้มีการจัดสรรในส่วนของค่าใช้จ่ายดังกล่าว เนื่องจากค่าใช้จ่ายดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น

(incurred by parties) หากจัดสรรค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวตามคำร้องขอ จะทำให้คู่พิพาทนั้นได้รับค่าใช้จ่ายในจำนวนที่เกินไปกว่าค่าใช้จ่ายที่แท้จริง อาจจะทำให้เกิดลักษณะของการได้ลาภลอย (Windfall) แก่คู่พิพาทและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และเป็นการสร้างภาระให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 7
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของการศึกษาวิทยานิพนธ์ที่ว่า “การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีลักษณะเฉพาะจะนำไปสู่ปัญหาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันส่งผลกระทบต่อความโปร่งใส ความเป็นอิสระและความเป็นกลาง จึงควรมีแนวทางในการกำกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอย่างเหมาะสม” เมื่อได้ทำการศึกษาวิทยานิพนธ์นี้แล้วพบว่า สมมติฐานที่ตั้งไว้ในเบื้องต้นดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังรายละเอียดโดยสรุปและข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third Party Funding) อาจพิจารณาลักษณะในเบื้องต้นได้ว่า ต้องมีบุคคลที่สามที่มิใช่คู่พิพาทฝ่ายใดในข้อพิพาท ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ (Third Party Funder) ได้ทำข้อตกลงให้เงินทุน หรือการสนับสนุนทางการเงินอื่น ๆ แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท หรือเป็นตัวแทนในทางกฎหมายของคู่พิพาทในการเข้าสู่หรือต่อสู้ในกระบวนพิจารณาคดี โดยการให้เงินทุนหรือการสนับสนุนด้านการเงินอื่น ๆ อาจเป็นกรณีที่ผู้ให้เงินทุนไม่ได้รับผลตอบแทนทางการเงิน กล่าวคือ การรับผลตอบแทนเป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เช่น การสนับสนุนเงินทุนเพื่อกลยุทธ์ในคดีหรือเพื่อประโยชน์ในการแข่งขันทางการค้า หรือการรับผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ เพื่อสนับสนุนนโยบายหรือรณรงค์เกี่ยวกับการกุศลหรือประโยชน์สาธารณะ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ให้เงินทุนได้รับผลตอบแทนทางการเงินทั้งหมดหรือบางส่วนขึ้นอยู่กับผลของคดีก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปค่าตอบแทนอาจเป็นจำนวน 3 เท่าของเงินที่ลงทุน หรือร้อยละ 20 – 40 ของจำนวนเงินที่ได้รับตามคำชี้ขาด โดยถือเอาตามจำนวนที่มีมูลค่าสูงกว่า

ทั้งนี้ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งมีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ คู่พิพาทซึ่งเป็นรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ มีข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะเพื่อการดำเนินภารกิจของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชน อันเป็นการละเมิดความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เป็นบ่อเกิดพันธกรณี โดยเมื่อมีการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้วค่าใช้จ่ายรวมถึงค่าเสียหายตามคำชี้ขาดมีจำนวนสูงมากเมื่อเทียบกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ นำไปสู่ปัญหา 4 ประการด้วยกัน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจทำให้มีการยื่นเสนอข้อเรียกร้องที่มากขึ้นในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เนื่องจากมีค่าเสียหายจำนวนมากเป็นสิ่งดึงดูดให้มีการลงทุนในบริบทดังกล่าว อันทำให้เป็นการเพิ่มความเสี่ยงของรัฐในการต้องเข้าต่อสู้เป็นผู้คัดค้านในการอนุญาโตตุลาการ และเกิดผลกระทบต่อภาษีของประชาชนซึ่งเป็นแหล่งรายได้หลักของรัฐ และกระทบต่อการลงทุนระยะยาวจากนักลงทุนต่างชาติและการพัฒนาเศรษฐกิจ รวมถึงการดำเนินการตามภารกิจของรัฐและการใช้นโยบายสาธารณะที่อาจถูกยับยั้งจนเกินสมควร (over deterrence) จนเกิดเป็นปรากฏการณ์ Regulatory Chill ซึ่งเป็นการพยายามไม่ตรากฎหมายเนื่องจากมีความเสี่ยงในการนำพาเข้าสู่กลไก ISDS และส่งผลให้รัฐไม่กล้าออกกฎหมายที่มีเหตุอันสมควรและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งอาจกระทบต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ จนนำไปสู่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การเพิกถอนคำชี้ขาด การอ้างเป็นเหตุในการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดอันจะทำให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น ด้วยเหตุที่ในปัจจุบันไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์และข้อบังคับเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวใน ICSID และ UNCITRAL ซึ่งเป็นข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ใช้อย่างแพร่หลายมากที่สุดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ประกอบกับลักษณะของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่มักไม่เปิดเผย รวมถึงยังมีข้อถกเถียงกันว่าควรมีการเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามหรือไม่ เปิดเผยอย่างไร และต้องเปิดเผยข้อมูลอะไรบ้าง จึงต้องทำการวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการกำกับปัญหาดังกล่าว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา เมื่อบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจากค่าเสียหายตามผลแห่งคดี รวมถึงมีการใช้อำนาจควบคุมในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการของฝ่ายผู้รับการสนับสนุนเงินทุน จึงมีประเด็นปัญหาว่าพฤติการณ์ดังกล่าวกระทบต่อสถานะนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาของผู้เรียกร้องซึ่งมักเป็นฝ่ายคู่พิพาทที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณาหรือไม่

ประการที่สี่ ปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย กล่าวคือ การต่อสู้ของรัฐในการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวหนึ่งคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยประมาณสูงถึง 180 ล้านบาท[668] และ

[668] คำนวณโดยประมาณจากการศึกษาเชิงประจักษ์ (empirical study) ค.ศ. 2021 ซึ่งเป็นการศึกษาร่วมกันระหว่างสำนักงานกฎหมาย Allen & Overy และศูนย์วิจัย British Institute of International and Comparative Law (BICL) โปรดดู Matthew Hodgson,

ค่าเสียหายที่อาจต้องชดใช้เป็นจำนวนสูงมากเช่นกัน ซึ่งทำให้รัฐมีความกังวลในการได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายของตนคืนตามที่คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีการตัดสินให้ผู้เรียกร้องชำระคืนให้รัฐ อย่างไรก็ตาม การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามทำให้ความกังวลในประเด็นดังกล่าวมีเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากอาจเป็นการบ่งชี้ว่าผู้เรียกร้องมีสถานะการเงินที่ไม่มั่นคง ดังนั้น รัฐจึงมีการร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย แต่คำสั่งดังกล่าวอยู่ในข้อบทมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาที่สูงมาก ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวจำนวนน้อยมาก ซึ่งควรมีแนวทางในการกำกับเพื่อให้สามารถรักษาดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของผู้เรียกร้องที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการเข้าถึงความยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับผลประโยชน์ของรัฐผู้คัดค้านในการได้รับชำระคืนซึ่งค่าใช้จ่ายของตนหากรัฐนั้นเป็นฝ่ายชนะคดี

ส่วนปัญหาการจัดสรรค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ มีประเด็นปัญหาเนื่องจากรัฐซึ่งเป็นผู้คัดค้านต้องรับภาระความเสี่ยงในค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายที่อาจต้องชดใช้ และไม่ว่าผลคดีจะเป็นอย่างไรภาระค่าใช้จ่ายนั้นย่อมเป็นภาระแก่รัฐรวมถึงประชาชนและผู้เสียภาษีในรัฐผู้คัดค้าน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี จึงอาจมีการใช้แนวทางที่หลากหลายตามข้อเท็จและพฤติการณ์แวดล้อมในคดี เป็นเหตุให้การจัดสรรค่าใช้จ่ายไม่มีความชัดเจนแน่นอน และรัฐไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าเมื่อสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการตนจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหรือจะได้รับคืนค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ นอกจากนี้ เมื่อมีปัจจัยอื่นอย่างการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเข้ามา ยิ่งเป็นการเพิ่มระดับความไม่แน่นอนดังกล่าวให้มากขึ้น เนื่องจากยังคงไม่เป็นที่แน่ชัดและเกิดปัญหาว่าหากคู่พิพาทฝ่ายที่รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเป็นฝ่ายชนะคดี จะสามารถได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการของตนซึ่งได้รับการสนับสนุนเงินทุน รวมถึงค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือไม่

ทั้งนี้ แม้การสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการอาจก่อให้เกิดปัญหาข้างต้น แต่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทดังกล่าวก็มีประโยชน์ที่สำคัญอย่างยิ่งในการสนับสนุนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของคู่พิพาท (Access to Justice) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน และยังเป็นการส่งเสริมให้คู่พิพาทมีสถานะเท่าเทียมกัน (Level the playing field) เพื่อไม่ให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ที่มีสถานะการเงินที่มั่นคงกว่า แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจทำให้มีข้อเรียกร้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการมากขึ้น และมีลักษณะเป็นการหากำไร

Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka, "2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration," (June 2021).

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จากข้อเรียกร้อง แต่ไม่ปรากฏหลักฐานเชิงประจักษ์ที่สนับสนุนข้อโต้แย้งในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รวมถึงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจไม่ได้หวังผลตอบแทนเป็นตัวเงินเพียงอย่างเดียว โดยพบว่ามีการสนับสนุนเงินทุนให้แก่ฝ่ายรัฐผู้คัดค้านด้วย มิได้มีเพียงการสนับสนุนผู้เรียกร้องเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นแนวโน้มในปัจจุบันมีการยอมรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมากขึ้น และนักวิชาการต่างเชื่อว่าสิ่งนี้จะคงอยู่ต่อไป จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรอนุญาตให้มีการสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่ควรมีแนวทางในการกำกับปัญหาที่เกิดจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

สำหรับแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประเด็นสำคัญที่ควรมีแนวทางในการกำกับตามที่ปรากฏจากการศึกษาวิเคราะห์พบว่าควรมีแนวทางในการป้องกันการใช้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อเอื้อประโยชน์ในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อใช้ข่มขู่รัฐให้ชะลอหรือยกเลิกการใช้มาตรการซึ่งขัดต่อผลประโยชน์ของผู้เรียกร้องหรือบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน แม้ว่ามาตรการหรือนโยบายดังกล่าวจะสุจริต และเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยกรณีตัวอย่างที่พบเมื่อทำการศึกษาเรื่องดังกล่าว ได้แก่ กรณีบริษัท Philip Morris กับประเทศออสเตรเลีย ซึ่งบริษัท Philip Morris ได้ยื่นเสนอข้อพิพาทโดยอ้างถึงนโยบายซองบุหรี่แบบเรียบของประเทศออสเตรเลียตามกลไกที่มีอยู่ทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภายในเขตอำนาจรัฐ กล่าวคือ บริษัทดังกล่าวได้เสนอข้อพิพาทโดยใช้กลไก ISDS เป็นคดี Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia และมีการยื่นฟ้องต่อศาลสูงออสเตรเลีย รวมถึงถูกมองว่าอยู่เบื้องหลังการร้องเรียนโดยประเทศโดมินิกัน และประเทศคิวบาเกี่ยวกับนโยบายซองบุหรี่แบบเรียบของประเทศออสเตรเลียต่อองค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งทำให้ประเทศออสเตรเลียเสียค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีสูงถึง 39 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย แม้ว่าจะเป็นฝ่ายชนะคดีทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นก็ตาม ซึ่งกรณีนี้ไม่ปรากฏว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม แต่การกระทำของบริษัทดังกล่าวเป็นการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทเพื่อชะลอมาตรการและเตือนรัฐต่าง ๆ ที่มีนโยบายหรือกำลังพิจารณาใช้นโยบายเดียวกันกับประเทศออสเตรเลียถึงข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นเช่นเดียวกับที่ประเทศออสเตรเลียต้องเผชิญทำให้หลายประเทศ เช่น ประเทศนิวซีแลนด์ ตัดสินใจชะลอนโยบายซองบุหรี่แบบเรียบจนกระทั่งปรากฏว่าประเทศออสเตรเลียเป็นฝ่ายชนะคดี จะเห็นได้ว่ากรณีเช่นนี้ทำให้เกิดปรากฏการณ์ Regulatory Chill โดยรัฐมีความหวั่นเกรงจนไม่กล้าออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะอีก

เพื่อหลีกเลี่ยงการต้องเข้าสู่กลไก ISDS ที่มีค่าใช้จ่ายสูงและอาจทำให้ต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมากจากภาษีของประชาชน

อีกกรณีหนึ่งที่พบจากการศึกษาและทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากผลแห่งคดีที่ได้ทำการสนับสนุนเงินทุนอันเป็นการใช้กลยุทธ์เพื่อให้ได้รับชัยชนะเหนือรัฐในคดีของตนเอง ได้แก่ คดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia ซึ่งเป็นคดีที่ผู้สนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องโดยไม่รับผลตอบแทนเป็นตัวเงิน แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อผลตอบแทนทางเศรษฐกิจ อื่น ๆ กล่าวคือ เพื่อให้ได้แนวคำวินิจฉัยจากคดีที่ได้สนับสนุนเงินทุนไปกล่าวอ้างในคดีของตนที่เป็นข้อพิพาทจากการกระทำเดียวกันของประเทศรัสเซีย

จากกรณีข้างต้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์กรที่จัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ หรือรัฐต่าง ๆ อาจมีการกำหนดข้อจำกัดที่จะนำเสนอต่อไปนี้ไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ดังนี้

1. ควรกำหนดข้อจำกัดไม่ให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรายใดสนับสนุนเงินทุนในข้อเรียกร้องที่กล่าวอ้างถึงการใช้มาตรการของรัฐหนึ่งรัฐใดว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเกินกว่าหนึ่งคดี[669] กล่าวคือ หากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรายใดได้สนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องในการเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดจากการใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งของรัฐนั้น ๆ แล้ว จะต้องไม่มีการสนับสนุนเงินทุนแก่ข้อเรียกร้องอื่นซึ่งอ้างถึงมาตรการเดียวกันของรัฐดังกล่าวอีก เพื่อไม่ให้เกิดการใช้กลไก ISDS เป็นเครื่องมือชะลอการใช้นโยบายของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะจนเกิด Regulatory Chill รวมถึงป้องกันกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนำข้อมูลในแต่ละคดีมาใช้เพื่อเพิ่มโอกาสในการชนะคดีแก่ผู้เรียกร้องที่ยื่นข้อพิพาทโดยกล่าวอ้างมาตรการเดียวกันของรัฐนั้น ๆ เพื่อนำไปสู่การได้รับผลตอบแทนจากผลแห่งคดีของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนดังกล่าว อันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อรัฐ

2. ข้อจำกัดนี้ให้รวมถึงกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้สนับสนุนเงินทุนในคดีหนึ่งแล้วจะต้องไม่เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการในฐานะผู้เรียกร้องในอีกคดีหนึ่ง โดยกล่าวอ้างถึงมาตรการเดียวกันของรัฐนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน เช่นในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวจะทำให้บุคคลดังกล่าวทราบถึงพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ของรัฐ รวมถึงเหตุผล

[669] ปรับปรุงจากร่างข้อบทที่ 5 (1) (c) ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL

และแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถใช้กล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนได้ จึงก่อให้เกิดความได้เปรียบในทางคดีแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน

3. กำหนดบทลงโทษของการฝ่าฝืนข้อจำกัดดังกล่าว โดยกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งยุติกระบวนพิจารณาเมื่อมีการร้องขอจากคู่พิพาท ซึ่งจะช่วยส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือในการไม่ฝ่าฝืนข้อจำกัด เนื่องจากเป็นบทลงโทษที่มีผลร้ายแรง อันจะทำให้นักลงทุนไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายตามที่มีการเรียกร้อง และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้รับคืนค่าใช้จ่ายที่ใช้สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการรวมถึงค่าตอบแทน (success fee) อย่างไรก็ดี อาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาบทลงโทษอื่นตามที่เห็นสมควรก็ได้เพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ในแต่ละคดี

2) แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Potential Conflicts of Interest)

จากการศึกษาพบว่า ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ และสนธิสัญญาการลงทุน มีแนวทางในการกำกับปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์โดยกำหนดหน้าที่ให้แก่คู่พิพาทผู้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนให้ต้องเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุน โดยสามารถแบ่งออกเป็น 3 แนวทางดังนี้

แนวทางแรก การเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ (Mandatory) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ รวมถึงสนธิสัญญาด้านการลงทุนส่วนใหญ่มีการบัญญัติให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยแจ้งข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งอาจใช้ถ้อยคำแตกต่างกันในแต่ละข้อบังคับหรือสนธิสัญญา แต่ไม่ได้ทำให้เกิดข้อแตกต่างที่มีนัยสำคัญ แต่นอกจากจะกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแล้ว ยังมีการเสนอให้เปิดเผยข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ (beneficial owner) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือตัดสินใจแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้นด้วย[670]

นอกจากนี้ กรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการมักให้แจ้งข้อมูลต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางสถาบันอาจเสนอให้คู่พิพาทแจ้งข้อมูลแก่เจ้าหน้าที่หลักขององค์กร

[670] ตามที่ปรากฏในร่างข้อบทที่ 7 ของร่างเบื้องต้นว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Initial draft on the regulation of third-party funding) ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL

เพื่อให้ดำเนินการแจ้งไปยังคู่พิพาทอื่น และคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป เช่น กรณีของ ICSID[671] ได้มีการเสนอร่างข้อบังคับโดยให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนมีหนังสือแจ้งข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไปยังเลขาธิการ (Secretary-General) เมื่อมีการลงทะเบียนคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ หรือทันทีที่ได้ทำข้อตกลงในการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามภายหลังการลงทะเบียน หรือเมื่อข้อมูลมีการเปลี่ยนแปลง แต่หากเป็นกรณีสนธิสัญญาด้านการลงทุนมักจะกำหนดให้แจ้งข้อมูลต่อคู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการขณะที่ยื่นเสนอข้อเรียกร้อง หรือหากมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงิน หรือได้รับบริจาคภายหลังขั้นตอนดังกล่าวก็ให้แจ้งโดยเร็ว

จะเห็นได้ว่า แนวทางนี้เป็นการกำหนดหน้าที่ซึ่งมีผลผูกพันคู่พิพาท และทำให้คู่พิพาททราบถึงหน้าที่ของตนอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งว่า การเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับจะทำให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้น และอาจกลายเป็นการเปิดเผยข้อมูลมากเกินไป (overdisclosure) จนไม่สามารถหาอนุญาโตตุลาการมาทำหน้าที่ในคดีได้ ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระเป็นคุณสมบัติสำคัญที่อนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดต้องมีอยู่ตลอดกระบวนพิจารณา รวมถึงความโปร่งใสเองก็เป็นหลักสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การเปิดเผยข้อมูลซึ่งจะช่วยให้ทั้งอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทสามารถตรวจสอบได้ว่ามีความสัมพันธ์ซึ่งอาจส่งผลกระทบกับการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ อันเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่อาจกระทบต่อหลักการสำคัญข้างต้น อีกทั้งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการอาจทำให้ต้องใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่มากขึ้น แต่อีกแง่หนึ่งหากเป็นการพบข้อเท็จจริงของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งมีความสัมพันธ์ที่อาจกระทบต่อการทำคำชี้ขาด และนำไปสู่การเพิกถอนคำชี้ขาด หรือการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดอาจทำให้เกิดความเสียหายที่รุนแรงกว่าจำนวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่อาจเพิ่มขึ้น หรือการเปิดเผยข้อมูลมากเกินไป

แนวทางที่สอง การเปิดเผยข้อมูลโดยสมัครใจ (Voluntary) การเปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยสมัครใจนั้น มีกรณีที่กำหนดให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลในโอกาสแรกด้วยความริเริ่มของตน เช่น แนวทางปฏิบัติเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: IBA Guidelines) หรือมีการกำหนดนโยบายสนับสนุนให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลโดยระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ดังเช่น Policy on Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute ของ SCC

[671] ตามที่ปรากฏในข้อ 14 ของร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ฉบับร่างข้อเสนอฉบับที่ 5 (Working Paper #5)

ในแง่หนึ่งการเปิดเผยข้อมูลในรูปแบบนี้มีข้อดี คือ เป็นการให้อิสระแก่คู่พิพาทว่าประสงค์จะเปิดเผยหรือไม่ โดยหากมีการเปิดเผยข้อมูลในกรณีนี้ย่อมเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจและความร่วมมือที่ดีของคู่พิพาทฝ่ายนั้น แต่เมื่อพิจารณาในอีกแง่หนึ่งอาจพบว่าข้อเสียนั้นอาจมีมากกว่า เนื่องจากไม่มีผลผูกพันคู่พิพาท ทำให้มีความไม่แน่นอนว่าในกรณีที่คู่พิพาทรับการสนับสนุนเงินทุนจะมีการเปิดเผยการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และข้อมูลของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือไม่ ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ไม่ส่งเสริมให้เกิดความโปร่งใส รวมถึงอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ทราบข้อมูลว่ามีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งในบางกรณีอนุญาโตตุลาการอาจมีความสัมพันธ์ซึ่งก่อให้เกิดความเคลือบแคลงหรือเหตุอันควรสงสัยต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงอาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนไม่ได้รับโอกาสที่จะทราบข้อมูลเพื่อตรวจสอบ หรือคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้

แนวทางที่สาม การเปิดเผยข้อมูลโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ (Discretion) มีทั้งกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการสั่งให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลทั้งข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามและระบุตัวตนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน รวมถึงข้อมูลในข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม เช่น Rule 24 (l) ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ SIAC หรืออาจเป็นกรณีที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจสั่งให้มีการเปิดเผยรายละเอียดข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน แยกจากการกำหนดหน้าที่เปิดเผยข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนซึ่งเป็นการเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ เช่น Article 27 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของ CIETAC ซึ่งแนวทางดังกล่าวมีข้อดี กล่าวคือ เปิดกว้างให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจตามพฤติการณ์ในคดีตามที่เห็นสมควร อีกทั้งการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนอาจมีความจำเป็นแค่ในบางกรณีเท่านั้น จึงมีความเหมาะสมที่จะใช้การเปิดเผยข้อมูล

จากแนวทางทั้ง 3 แนวทางข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้การเปิดเผยข้อมูลการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นการเปิดเผยข้อมูลโดยบังคับ เนื่องจากจะเป็นวิธีที่ทำให้ทราบถึงการมีอยู่ของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ทุกกรณีและมีประสิทธิภาพ และการเปิดเผยข้อมูลโดยสมัครใจ หรือให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจจะไม่ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขปัญหาได้ แต่การเปิดเผยข้อมูลข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนซึ่งอาจมีความจำเป็นในบางกรณีเท่านั้น ควรกำหนดให้เปิดเผยโดยให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูล (disclosure) ควรมีรายละเอียดดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1. กำหนดให้คู่พิพาทที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ไม่ว่าจะเป็นผู้เรียกร้องหรือผู้คัดค้านมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามโดยบังคับ ไม่ว่าการสนับสนุนเงินทุนนั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ หรือเพื่อผลตอบแทนเชิงอุดมการณ์ก็ตาม โดยนอกจากต้องแจ้งข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแล้ว ยังต้องแจ้งข้อมูลชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ (beneficial owner) ของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน และบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการตัดสินใจของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนหรือตัดสินใจแทนบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนนั้น เช่น ผู้จัดการหรือที่ปรึกษาการลงทุน เพื่อให้การประเมินการขัดกันแห่งผลประโยชน์มีประสิทธิภาพและครอบคลุมรูปแบบการลงทุนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนที่อาจมีความเปลี่ยนแปลงและอาจมีรูปแบบที่ซับซ้อนมากขึ้น

2. การแจ้งข้อมูลควรกำหนดให้มีการแจ้งตั้งแต่มีการเริ่มการอนุญาโตตุลาการ เช่น การแจ้งพร้อมคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ หรือหนังสือแจ้งการอนุญาโตตุลาการหรือหนังสือตอบกลับการแจ้งการอนุญาโตตุลาการ โดยหากมีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน หรือได้รับการบริจาคภายหลังขั้นตอนดังกล่าวให้คู่พิพาทแจ้งข้อมูลดังกล่าวแก่ผู้เกี่ยวข้องอื่นที่มีการกำหนดให้ต้องแจ้งข้อมูลโดยเร็วที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใส และอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการเสนอชื่อหรือได้รับการแต่งตั้ง รวมถึงคู่พิพาทอื่นสามารถทราบข้อมูลเพื่อตรวจสอบได้

3. การแจ้งข้อมูลให้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคู่พิพาท ผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการ หากเป็นการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการให้แจ้งต่อสถาบันดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ กรณีที่สถาบันอนุญาโตตุลาการมีเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้แทนตามกฎหมายและเจ้าหน้าที่หลักขององค์กร เช่น เลขาธิการ (Secretary-General) ของ ICSID ให้แจ้งข้อมูลต่อเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เพื่อให้ดำเนินการแจ้งไปยังคู่พิพาทอื่น ผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป

4. กำหนดให้หน้าที่การแจ้งหรือเปิดเผยข้อมูลเป็นหน้าที่โดยต่อเนื่อง (continuing obligation) โดยต้องแจ้งทุกครั้งที่ข้อมูลมีการเปลี่ยนแปลง เช่น มีการบอกเลิกข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน เป็นต้น

5. อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแจ้งข้อมูลต้องตรวจสอบข้อมูลและเปิดเผยข้อมูลความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน รวมถึงสถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่โดยต่อเนื่อง

6. การเปิดเผยข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุน ควรกำหนดให้เป็นการเปิดเผยโดยให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจสั่งให้มีการแจ้งหรือเปิดเผยข้อมูล และควรเปิดเผยเฉพาะกรณี

ที่จำเป็น เช่น หากมีคำร้องขอให้มีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในส่วนของค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน หรือกรณีมีคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย ซึ่งโดยหลักควรมีการยื่นพยานหลักฐานแสดงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว แต่หากไม่ได้มีการแจ้งข้อมูลข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่อาจจำเป็นต่อการวินิจฉัย อาทิเช่น รายละเอียดเรื่องการรับภาระค่าใช้จ่ายของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน หรือสิทธิในการบอกเลิกสัญญา คณะอนุญาโตตุลาการจะใช้ดุลพินิจสั่งให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวก็ได้

7. บทลงโทษกรณีการไม่เปิดเผยข้อมูลการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ควรกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวเมื่อจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี โดยกำหนดให้คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุนซึ่งฝ่าฝืนหน้าที่การแจ้งข้อมูลดังกล่าวเป็นฝ่ายชดใช้ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด โดยอาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์หากเห็นว่าสมควรก็ได้

3) แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) และการวินิจฉัยเพื่อรับคำขอไว้พิจารณา (Admissibility)

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า รัฐมักยกข้อต่อสู้ขึ้นกล่าวอ้างในคดีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในคดี (real party in interest) หรือเป็นเจ้าของข้อเรียกร้อง (owner of the claim) ไม่ใช่ผู้เรียกร้องที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน จึงทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ หรือไม่อาจรับคำร้องขอไว้พิจารณาได้ โดยปรากฏข้อโต้แย้ง 2 กรณี ดังต่อไปนี้

กรณีแรก บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี จึงเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในคดี โดยกรณีนี้ปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยในคดี Teinver and others v. Argentina ว่า เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ เมื่อข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนถูกทำขึ้นภายหลังการยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีเขตอำนาจ ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคดีดังกล่าวในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการเพิกถอน

จากแนวคำวินิจฉัยข้างต้น อาจสรุปได้ว่า การทำข้อตกลงสนับสนุนเงินทุนภายหลังวันเริ่มการอนุญาโตตุลาการไม่มีผลกระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้อง และไม่ได้ทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกลายเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง จึงมิได้ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจแต่อย่างใด

ส่วนกรณีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนก่อนวันเริ่มการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ปรากฏคำวินิจฉัยชี้ขาดในคดีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ผู้เขียนจึงเทียบเคียงจากคดีที่มีการโอนผลประโยชน์ให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ได้แก่ คดี RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation โดยในคดีนี้ ผู้เรียกร้องได้อ้างว่า ผู้คัดค้านได้กระทำการต่าง ๆ ต่อบริษัทซึ่งผู้เรียกร้องเป็นผู้ถือหุ้น จนทำให้บริษัทล้มละลาย ทำให้หุ้นที่เป็นการลงทุนของผู้เรียกร้องหมดมูลค่า จึงเป็นการเวนคืนโดยอ้อม ซึ่งฝ่ายผู้คัดค้านได้ต่อสู้ว่า การที่ผู้เรียกร้องโอนผลประโยชน์ร้อยเปอร์เซ็นต์ของตนในหุ้นให้แก่บุคคลภายนอกตามความตกลงร่วมซึ่งทำขึ้นก่อนวันเริ่มการอนุญาโตตุลาการ ทำให้ผู้เรียกร้องไม่มีส่วนได้เสียทางเศรษฐกิจในหุ้น เป็นเพียงผู้ถือหุ้นแต่เพียงในนาม จึงไม่ได้เป็นนักลงทุนตามคำนิยามของ BIT ในวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเด็นดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เมื่อผู้เรียกร้องเป็นนักลงทุนตามนิยามของ BIT ซึ่งต้องพิจารณาความหมายตามถ้อยคำ (plain meaning) คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถตีความเคร่งครัดกว่าคำนิยามอย่างกว้างของ BIT ได้ ความตกลงร่วมจึงไม่ได้มีอิทธิพลต่อนิยามของนักลงทุน

จากคำวินิจฉัยข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า แม้แต่การโอนผลประโยชน์ในหุ้นที่เป็นการลงทุนที่มีข้อพิพาทให้แก่บุคคลภายนอก คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาคำนิยามของนักลงทุนตามความหมายตามถ้อยคำของสนธิสัญญา ดังนั้น ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนระหว่างผู้เรียกร้องและบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งเป็นการตกลงให้ผลตอบแทนบุคคลที่สามซึ่งสนับสนุนเงินทุนสำหรับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้องเมื่อมีการชนะคดี ไม่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของผู้เรียกร้อง จึงไม่ควรวินิจฉัยให้เป็นโทษไปกว่าการโอนผลประโยชน์ในหุ้นซึ่งเป็นการลงทุนในคดีนี้ ดังนั้น ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามที่ได้ทำขึ้นก่อนวันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการไม่ส่งผลกระทบต่อสถานะนักลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา เว้นแต่สนธิสัญญาจะระบุเงื่อนไขหรือกำหนดว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามทำให้ผู้เรียกร้องไม่ถือเป็นนักลงทุนตามนิยามของสนธิสัญญาและทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครอง

กรณีที่สอง บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีการควบคุมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในคดี ซึ่งมีคดีที่เกี่ยวข้องดังนี้ คดีแรก คดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนในคดีนี้ทำการสนับสนุนเงินทุนเพื่อให้ได้แนวคำวินิจฉัยในคดีนี้ไปอ้างในคดีของตนจึงเป็นการสนับสนุนเงินทุนเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ โดยผู้คัดค้านอ้างว่า บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้เลือกทนายความ ผู้เชี่ยวชาญ และเป็นผู้อยู่เบื้องหลังการดำเนินกระบวนพิจารณาฝ่ายผู้เรียกร้อง ทำให้ผู้เรียกร้องไม่ใช่คู่พิพาทที่แท้จริง และไม่ใช่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในคดี เป็นการใช้กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไปในทางมิชอบ ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ ซึ่งคณะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ทำให้ผู้เรียกร้องไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้ BIT และไม่เป็นการกระทำอันมิชอบ (abuse) โดยมูลเหตุจูงใจในการช่วยเหลือของบุคคลภายนอกไม่มีความสำคัญต่อคู่พิพาท

จากคำวินิจฉัยนี้อาจสรุปได้ว่า การที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีการใช้อำนาจควบคุม เช่น การเลือกทนายความ ผู้เชี่ยวชาญ หรือมีส่วนร่วมในการวางแผนกลยุทธ์ของการดำเนินกระบวนพิจารณา ไม่มีผลต่อสถานะของการเป็นนักลงทุนหรือการได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาของผู้เรียกร้อง จึงไม่มีผลต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

นอกจากนี้จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยในคดีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการของข้อเรียกร้องของบุคคลจำนวนมาก (mass claims) ซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีการใช้อำนาจควบคุมในกระบวนการพิจารณา จำนวน 3 คดี ได้แก่ คดี Abaclat and others (formerly Giovanna A. Beccara and others) v. Argentine Republic คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า แม้ข้อตกลงระหว่างบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกับผู้เรียกร้องจะมีการกำหนดข้อจำกัดหลายข้อที่จะทำให้ผู้เรียกร้องไม่สามารถใช้สิทธิในกระบวนพิจารณาบางประการ แต่ผู้เรียกร้องได้ทราบถึงข้อจำกัดเหล่านั้น และย่อมเป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้ว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้เรียกร้องหลายหมื่นคนจะไม่เหมือนกับในกระบวนการพิจารณาของผู้เรียกร้องจำนวนน้อย ส่วนคดี Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การสนับสนุนเงินทุนแก่ผู้เรียกร้องและมีการประสานงานแก่ผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณา ไม่ทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกลายเป็นผู้ควบคุมกระบวนพิจารณา[672] และความสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับผู้เรียกร้องตามหนังสือมอบอำนาจก็เป็นเรื่องระหว่างบุคคลตามสัญญา เมื่อทนายความยืนยันว่าเป็นตัวแทนของผู้เรียกร้องและไม่ได้รับคำสั่งจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน จึงไม่มีการแทรกแซงการสั่งการทนายความและความสามารถของผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณา เมื่อไม่มีการควบคุมจากภายนอกในกระบวนพิจารณาหรือมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อนุญาโตตุลาการจึงมีเขตอำนาจ

ส่วนคดี Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic ผู้คัดค้านอ้างว่าบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง เนื่องจากเป็นผู้สนับสนุนค่าใช้จ่ายในคดีของผู้เรียกร้องเพื่อผลตอบแทนซึ่งขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี โดยมีการให้อำนาจบุคคลดังกล่าวในการควบคุมเหนือการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้อง ผู้เรียกร้องไม่สามารถควบคุมการดำเนินการของทนายความซึ่ง บุคคลที่สามนั้นเป็นผู้เลือกและสั่งการ และไม่สามารถควบคุมการดำเนิน

[672] กรณีนี้เป็นการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพื่อผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน

กระบวนพิจารณาได้ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า มีการยอมรับเป็นแนวปฏิบัติว่าการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามไม่ได้เป็นสิ่งที่พิจารณาแต่เพียงอย่างเดียวแล้วจะทำให้เกิดข้อคัดค้านในการรับคำร้องขอการอนุญาโตตุลาการไว้พิจารณา

อาจสรุปได้จากแนวคำวินิจฉัยในคดี mass claims ซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามทั้งสามคดีข้างต้นได้ว่า กรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีอำนาจตามข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนในการใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาบางประการ อาทิเช่น การเลือกทนายความโดยผู้เรียกร้องเป็นผู้แต่งตั้ง หรือเลือกผู้เชี่ยวชาญ มีการประสานงานให้แก่ผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณา ไม่ทำให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนกลายเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง และไม่ได้ทำให้กระบวนพิจารณาไม่ชอบ และการมีส่วนร่วมในกระบวนพิจารณาดังกล่าว ไม่ถือเป็นการแทรกแซงการสั่งการทนายความและความสามารถของผู้เรียกร้องในการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งจะกระทบต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามเพียงอย่างเดียวไม่กระทบต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือการรับคำร้องขอไว้พิจารณา

ดังนั้น จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้สถาบันอนุญาโตตุลาการควรมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติ (Guideline) ให้แก่อนุญาโตตุลาการในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจและการรับคำร้องขอไว้พิจารณาในกรณีที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในคดีนั้น โดยรายละเอียดดังต่อไป

1. หากมีข้อโต้แย้งกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดีเป็นคู่พิพาทที่แท้จริง และทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจหรือไม่อาจรับคำร้องขอไว้พิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนได้ทำขึ้นก่อนหรือหลังวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ กรณีที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนขึ้นภายหลังจากวันที่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ แม้เป็นข้อตกลงที่มีการกำหนดให้ผลตอบแทนที่ขึ้นกับผลแห่งคดีแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน คณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องถือว่าการทำข้อตกลงดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจจึงไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาแต่อย่างใด ส่วนกรณีที่มีการทำข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนขึ้นก่อนวันที่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ กรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการต้องถือว่าไม่กระทบต่อสถานะของนักลงทุน หรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เว้นแต่ว่าจะมีสนธิสัญญากำหนดให้ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีผลทำให้ผู้เรียกร้องไม่ถือเป็นนักลงทุนตามนิยามของสนธิสัญญา อันทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในกรณีดังกล่าว ซึ่งหากสนธิสัญญากำหนดไว้เช่นนั้น จะส่งผลให้ไม่ว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะทำขึ้นก่อนหรือหลังวันที่มีการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ หรือมีรายละเอียดของข้อตกลงเป็นอย่างไรอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีเขตอำนาจหรือไม่สามารถรับคำร้องขอไว้พิจารณาได้ทั้งสิ้น

2. หากมีข้อโต้แย้งกรณีบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมีอำนาจควบคุมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนจึงเป็นคู่พิพาทผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในคดี และทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจหรือไม่อาจรับคำร้องขอไว้พิจารณา จากแนวคำวินิจฉัยคณะอนุญาโตตุลาการต้องถือว่าบทบาทของผู้สนับสนุนเงินทุนโดยทั่วไปไม่กระทบต่อสถานะของผู้เรียกร้องหรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในบางกรณี เช่น การกระทำของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นการแทรกแซงหรือรบกวนการสั่งการทนายความหรือใช้สิทธิในกระบวนพิจารณาของผู้เรียกร้อง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการอาจนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาเป็นประเด็นในการวินิจฉัยและอาจเห็นว่ากระทบต่อเขตอำนาจหรือการรับข้อเรียกร้องไว้วินิจฉัยได้

4) แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs) และการจัดสรรค่าใช้จ่าย (Allocation of costs) ในการอนุญาโตตุลาการ

4.1) แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่าย (Security for costs)

สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์กรที่จัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการควรมีการแก้ไขข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ และรัฐต่าง ๆ ควรจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนโดยกำหนดบทบัญญัติการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งมีมาตรฐานสูงและไม่เหมาะสมกับการพิจารณาเรื่องดังกล่าว กล่าวคือ หากใช้มาตรฐานของการมีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายเช่นเดียวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังเช่นในปัจจุบัน คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาให้มีคำสั่งให้วางประกันเฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษหรือร้ายแรงอย่างมากเท่านั้น จึงทำให้หากมีการจัดสรรค่าใช้จ่ายในกรณีที่รัฐชนะคดี อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับรัฐผู้คัดค้านซึ่งอาจไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่มาจากภาษีของประชาชนคืนจากผู้เรียกร้อง โดยปรากฏแนวทางการบัญญัติเรื่องคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายขึ้นโดยเฉพาะ รวมถึงแนวทางอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

แนวทางแรก กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องเรียกให้คู่พิพาทที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามวางประกันค่าใช้จ่าย แต่มีการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่คู่พิพาทแสดงให้เห็นว่ารัฐผู้คัดค้านต้องรับผิดชอบต่อความอัตคัดยากจนของผู้เรียกร้อง หรือผู้เรียกร้องไม่สามารถเสนอข้อเรียกร้องโดยปราศจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามได้ หรือการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามครอบคลุมถึงคำตัดสินให้รับภาระค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง โดยแนวทางนี้ปรากฏในร่างข้อบทที่ 9 ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL โดยการบังคับให้คู่พิพาทที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องวางประกันค่าใช้จ่ายตามแนวทางนี้นั้น ในแง่หนึ่ง ถือเป็นช่วยสร้างหลักประกันแก่รัฐในการได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายคืน หากมีคำตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายอันเป็น

ประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐ แต่หากมองในอีกแง่หนึ่ง การมีข้อบังคับดังกล่าวจะส่งผลให้คู่พิพาทฝ่ายที่มีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่มากขึ้นเช่นกัน จนอาจกลายเป็นการขัดขวางการเข้าถึงความยุติธรรมในบางกรณีก็เป็นได้

แนวทางที่สอง การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจ โดยขณะนี้ ICSID ได้พิจารณาเพิ่มข้อบทเกี่ยวกับคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายในร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 53 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการวางประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะเจาะจง โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพฤติการณ์ที่ถูกกล่าวอ้างโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งว่าควรมีคำสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องวางประกันค่าใช้จ่ายหรือไม่ในทำนองเดียวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอยู่ในปัจจุบัน แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นคำสั่งที่ใช้คุ้มครองสิทธิของคู่พิพาท และมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณา ส่วนในร่างข้อบทที่ 9 ของร่างเบื้องต้นฯ ของคณะทำงาน 3 แห่ง UNCITRAL นั้นกำหนดไว้เพียงแค่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจโดยไม่มีการกำหนดพฤติการณ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติม นอกจากนี้ ในความตกลงการคุ้มครองการลงทุนสหภาพยุโรป - เวียดนาม (EU - Vietnam Investment Protection Agreement) ข้อ 3.37 ยังกำหนดให้องค์คณะต้องพิจารณาว่ามีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามหรือไม่ในการพิจารณาคำร้องขอให้ผู้เรียกร้องวางประกันค่าใช้จ่าย ตามข้อ 3.48 ซึ่งต้องมีเหตุอันสมควร (reasonable grounds) ที่ทำให้เชื่อว่าผู้เรียกร้องมีความเสี่ยงที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินเรื่องค่าใช้จ่ายต่อผู้เรียกร้องที่อาจมีขึ้นได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ร่างข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 53 ของ ICSID นั้นมีความครบถ้วนเหมาะสมสำหรับการพิจารณาเรื่องคำสั่งให้วางประกัน เนื่องจากมีการใช้ถ้อยคำที่ยืดหยุ่นกว่ากรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อีกทั้งยังมีการกำหนดพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณา ทำให้การใช้ดุลพินิจมีกรอบและแนวโน้มที่จะเป็นไปในทิศทางเดียวกันมากกว่าข้อเสนอหรือข้อบทที่กล่าวถึงข้างต้นที่ไม่มีการระบุเงื่อนหรือพฤติการณ์ที่ควรพิจารณา หรือเป็นเพียงการกำหนดไว้กว้าง ๆ โดยให้พิจารณาตามเหตุอันสมควร

แนวทางที่สาม มีการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่คู่พิพาทผู้รับการสนับสนุนเงินทุน จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยต่าง ๆ พบว่า โดยทั่วไปผู้มีคำร้องขอให้มีคำสั่งให้วางประกันค่าใช้จ่ายจะต้องรับภาระการพิสูจน์ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้เรียกร้องมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรผลักภาระการพิสูจน์ให้ผู้เรียกร้องดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในคดี Garcia-Armas v. Venezuela เนื่องจากเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่จะนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับสถานะทางการเงินของตนได้ดีที่สุด

แนวทางที่สี่ ผู้ยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้วางประกันต้องเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่าย หากไม่มีคำชี้ขาดเรื่องค่าใช้จ่ายของผู้ยื่นคำร้องขอ โดยแนวทางดังกล่าวปรากฏเป็นความคิดเห็นในรายงาน Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration ซึ่งแนวทางนี้จะช่วยลดจำนวนการมีคำร้องขอให้มีคำสั่งวางประกันโดยไม่ตรึกตรองหรือพิจารณาอย่างถี่ถ้วน จึงมีความสมเหตุสมผล

4.2) แนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี (Allocation of costs)

การพิจารณาว่าปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดีที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามควรมีแนวทางในการกำกับอย่างไรนั้น ควรพิจารณาตามประเภทของค่าใช้จ่ายของการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนเงินทุน มีแนวทางในการกำกับปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายดังกล่าว แบ่งออกเป็น 2 กรณี *กรณีแรก* บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้รับผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน โดยในกรณีนี้มีความคิดเห็นของนักวิชาการเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า การชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการโดยบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ใช่ปัจจัยสำคัญและไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยในคดี Kardassopoulos v. Georgia ซึ่งนักวิชาการไม่ได้ระบุว่าหมายถึงการสนับสนุนเงินทุนแบบใดบ้าง แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่ใช่ทุกกรณีที่จะคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ต้องนำประเด็นเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาพิจารณาในการจัดสรรค่าใช้จ่าย เนื่องจากบางกรณีควรต้องนำการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมาพิจารณา ดังจะได้กล่าวถึงในกรณีที่สองต่อไป *กรณีที่สอง* บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ได้รับผลตอบแทนที่เป็นตัวเงิน ในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธคำร้องขอให้ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายจำนวน 14.57 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ของผู้เรียกร้อง เนื่องจากผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม โดยไม่มีข้อตกลงที่กำหนดให้ต้องชำระค่าใช้จ่ายหรือให้ค่าตอบแทนแก่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว เพราะหากจัดสรรค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวตามคำร้องขอ จะทำให้คู่พิพาทนั้นได้รับค่าใช้จ่ายในจำนวนที่เกินไปกว่าค่าใช้จ่ายที่แท้จริง อาจจะทำให้เกิดลักษณะของการได้ลาภลอย (Windfall) และสร้างภาระให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควร

ประเภทที่สอง ค่าตอบแทนที่ต้องชำระให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน ซึ่งมีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรก มีความเห็นว่า ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนไม่ใช่ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการและค่าใช้จ่ายอื่นที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้น จึงไม่ควรได้รับการชดใช้คืนเป็นส่วน

หนึ่งของคำสั่งเรื่องค่าใช้จ่าย โดยเห็นว่า อาจเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายตามกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่า กรณีที่นิยามของค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทก่อให้เกิดขึ้นนั้นมีความหมายกว้างเพียงพอที่จะรวมถึงค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุน (success fee) โดยมีพื้นฐานมาจากแนวทางที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Essar v Norscot ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีทั่วไปไม่ควรนำค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนมาพิจารณาการจัดสรรค่าใช้จ่ายในคดี เนื่องจากหากกำหนดให้สามารถจัดสรรค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนทุกกรณี ย่อมเป็นความเสี่ยงและเป็นภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมากแก่รัฐ แต่ในบางกรณีที่ข้อเท็จจริงอาจปรากฏการกระทำที่มีความเลวร้าย (egregious conduct) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการและสนธิสัญญาด้านการลงทุนควรกำหนดข้อยกเว้นให้ผู้เรียกร้องสามารถร้องขอให้มีการชดใช้ค่าตอบแทนของบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการได้ ดังแนวคิดซึ่งปรากฏในคดี ADC v. Hungary ที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าหลักการเยียวยาความเสียหายเต็มจำนวน (full reparation) สามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องค่าใช้จ่ายได้ โดยเงื่อนไขในการจะเข้าข้อยกเว้นควรนำเงื่อนไข 3 ประการ ตามข้อสังเกตของคณะทำงาน ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding มาปรับใช้เป็นเงื่อนไขในกรณีนี้ กล่าวคือ *ประการแรก* การกระทำของผู้คัดค้านต้องเป็นเหตุให้เกิดความยากไร้ของผู้เรียกร้อง *ประการที่สอง* ผู้เรียกร้องไม่มีทางเลือกอื่นจึงต้องรับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเพื่อนำข้อเรียกร้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ *ประการที่สาม* รัฐผู้คัดค้านทราบว่าผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุน ซึ่งจะช่วยเสริมสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับความเสียหาย แต่ยังคงรักษาดุลยภาพของประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5) นัยสำคัญต่อประเทศไทย

ประการแรก ประเทศไทยอาจไม่ถูกบังคับตามคำชี้ขาด หากศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดเพิกถอนคำชี้ขาด หรือศาลของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ด้วยเหตุที่ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ ประเทศไทยมีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับ ซึ่งการใช้นโยบายหรือมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะอาจนำไปสู่การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูงและหากแพ้คดีต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมาก เมื่อในปัจจุบันมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติมากขึ้น ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่อาจเกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับนักลงทุนต่างชาติซึ่งมีการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในการเข้าสู่กระบวนอนุญาโตตุลาการมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น คดี Kingsgate v. Thailand ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับบริษัท คิงส์เกต

คอนโซลิเดเต็ด จำกัด กรณีเหมืองทองชาตรี ซึ่งบริษัท คิงส์เกตฯ ได้รับการติดต่อจากบุคคลที่สามผู้สนับสนุนหลายราย แต่ในที่สุดไม่ได้ทำข้อตกลงกับรายใด เนื่องจากมีการฟ้องร้องบริษัทประกันภัยและทำความตกลงให้บริษัทดังกล่าวชำระเงินจำนวน 55 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และสนับสนุนเงินทุนในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไทยกับบริษัท คิงส์เกตฯ ในจำนวนไม่เกิน 3.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งในกรณีที่ชนะคดี บริษัทประกันภัยจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเท่ากับจำนวนที่ได้สนับสนุนเงินทุนในคดีพร้อมดอกเบี้ย เป็นต้น[673]

ด้วยประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards หรือ New York Convention) ตั้งแต่วันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1959 โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1960 โดยไม่ได้ตั้งข้อสงวนใด ๆ ทั้งข้อสงวนตามหลักต่างตอบแทนหรือหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocity Reservation) หรือข้อสงวนเฉพาะข้อพิพาททางพาณิชย์ (Commercial Reservation) อันส่งผลให้ประเทศไทยต้องบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Arbitral Awards) แม้ว่าประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดจะเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้หรือไม่ก็ตาม และมีพันธกรณีตาม New York Convention ในข้อพิพาทอื่น ๆ นอกจากข้อพิพาททางพาณิชย์ จึงทำให้ประเทศไทยต้องบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุนด้วย เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ซึ่งเข้าเป็นภาคีโดยไม่ได้ตั้งข้อสงวนข้างต้นเอาไว้

ดังนั้น หากในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ผู้เรียกร้องได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามมีการทำคำชี้ขาดในประเทศอื่น และประเทศไทยเป็นฝ่ายแพ้คดี หากกฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประเทศไทยอาจร้องขอให้ศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดดังกล่าวเพิกถอนคำชี้ขาด โดยหากศาลเพิกถอนคำชี้ขาดแล้วจะทำให้คำชี้ขาดดังกล่าวไม่สามารถนำไปบังคับในรัฐภาคีของ New York Convention ตามมาตรา 5 (1) (e)

ทั้งนี้ จากการศึกษาปรากฏว่า ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีการยึดถือตามหลัก Maintenance และ Champerty กล่าวคือ ห้ามการสนับสนุนเงินทุนหรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่พิพาทเพื่อเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายโดยไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทตามหลัก Maintenance และห้ามการได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากผลแห่งคดีเป็นค่าตอบแทน

---

[673] Kingsgate Consolidated Limited, "Kingsgate Consolidated Limited: Annual Financial Report for the Year Ended 30 June 2019."

จากการสนับสนุนเงินทุนข้างต้น ตามหลัก Champerty โดยถือว่าการละเมิดหลักดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ในบางประเทศมีการผ่อนปรนหรือยกเลิกหลักดังกล่าวแล้ว แต่ในบางประเทศยังคงยึดถือหลักดังกล่าว ดังเช่น ศาล Supreme Court ของประเทศไอร์แลนด์ ซึ่งได้ตัดสินว่า ข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามละเมิดหลัก Maintenance and Champerty และต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศไอร์แลนด์

หากเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ถือว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามเหตุดังกล่าว หรือพบข้อเท็จจริงภายหลังระยะเวลาที่สามารถร้องขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ เมื่อมีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด และศาลของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดตรวจสอบคำชี้ขาดพบว่าข้อตกลงการสนับสนุนเงินทุนขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศนั้น ก็สามารถยกเหตุปฏิเสธตามมาตรา 5 (2) (b) แห่ง New York Convention เพื่อปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทได้ร้องขอให้ศาลไทยบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว ศาลไทยอาจยกเหตุที่คำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในการปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 5 (2) (b) แห่ง NewYork Convention ได้ เนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามซึ่งเป็นการที่บุคคลที่สามที่มิได้เป็นคู่พิพาทในคดีให้เงินทุนแก่คู่พิพาทเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการโดยได้รับผลตอบแทนตามผลแห่งคดี มีลักษณะที่เข้าข่ายเป็นการยุยงส่งเสริมให้คนเป็นความกันโดยไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท อันเป็นการแสวงหาประโยชน์จากการเป็นความของบุคคลอื่น ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ยกตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2492 กรณีการทำสัญญาตกลงกันโดยการจ่ายเงินให้แก่คู่สัญญาเพื่อหาทนายฟ้องแย่งกรรมสิทธิ์ที่ดินและตกลงเลี้ยงดูคู่สัญญาตลอดชีวิตเพื่อแลกกับการที่จะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทเมื่อคู่สัญญาชนะคดี แต่ถ้าคู่สัญญาแพ้คดี เงินที่ได้ให้ไปเพื่อจ้างทนายก็ตกเป็นพับ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7014/2542 กรณีบุคคลภายนอกทำสัญญาออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่จำเลยจนกว่าคดีจะถึงที่สุด และเมื่อจำเลยชนะคดีจะยอมยกที่ดินพิพาทให้แก่บุคคลภายนอกเป็นการตอบแทน

ประการที่สอง ในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ประเทศไทยควรมีการจำกัดไม่ให้บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนรายใดสนับสนุนเงินทุนในข้อเรียกร้องที่กล่าวอ้างถึงการใช้มาตรการของประเทศไทยว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเกินกว่าหนึ่งคดี เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สาม และป้องกันการเกิด Regulatory Chill

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ทั้งนี้ ข้อจำกัดดังกล่าวควรรวมถึงกรณีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนได้สนับสนุนเงินทุนในคดีหนึ่งแล้ว จะต้องไม่เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการในฐานะผู้เรียกร้องในอีกคดีหนึ่ง โดยกล่าวอ้างถึงมาตรการเดียวกันของประเทศไทยด้วยเช่นกัน เพื่อป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากผลแห่งคดีที่ได้ทำการสนับสนุนเงินทุนในการใช้เป็นกลยุทธ์เพื่อต่อสู้คดีกับประเทศไทยในคดีที่บุคคลที่สามผู้สนับสนุนเงินทุนเป็นผู้เรียกร้อง ดังเช่นในคดี Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia

อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้มีข้อจำกัด กล่าวคือ 1) การกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวต้องได้รับความยินยอมจากประเทศคู่เจรจา หากประเทศไทยไม่ได้รับความเห็นชอบก็อาจทำให้การทำความตกลงดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ ซึ่งอาจต้องพิจารณาว่าการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามจะคุ้มค่ากับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหากการเจรจาไม่ประสบความสำเร็จหรือไม่

2) แม้การเจรจาในการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจประสบผลสำเร็จ แต่ประเทศไทยควรต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ในกรณีที่นักลงทุนในประเทศคู่เจรจาที่ไทยเข้าทำความตกลงนั้น อาจมองว่าประเทศมีความน่าดึงดูดในการเข้ามาลงทุนลดลงเนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าว ด้วยเหตุที่การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอาจได้รับความนิยมมากขึ้นในอนาคต หรือประเทศคู่เจรจาอาจมีการเปิดกว้างเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว นักลงทุนจากประเทศนั้นจึงใช้การสนับสนุนเงินทุนจากบุคคลที่สามอย่างแพร่หลาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บรรณานุกรม

รายการอ้างอิงภาษาไทย

. บุคคลใด ๆ ไม่ควรจะเป็นผู้ตัดสินคดีของตนเอง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://web.krisdika.go.th/data/serve/tha/acknowledge/acknowledge_2/proverb-5.htm [เข้าถึงเมื่อ 21 สิงหาคม 2564]

. คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๗๒/๒๕๕๙ เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ [ออนไลน์]. ๑๓ ธันวาคม ๒๕๕๙. แหล่งที่มา: http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2559/E/289/6.PDF]

THAC. การระงับข้อพิพาททางเลือกคืออะไร? [ออนไลน์]. 12 มีนาคม 2021. แหล่งที่มา: https://thac.or.th/th/what-is-adr-th/ [เข้าถึงเมื่อ 19 สิงหาคม 2564]

เผ่าสังข์ทอง, ป. การส่งเสริมให้คนต่างด้าวเป็นอนุญาโตตลาการในประเทศไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13755 [เข้าถึงเมื่อ 20 มิถุนายน 2562]

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กุมภาพันธ์ 2554.

แสนสีระ, ว. “การควบคุมธุรกิจประกันภัยตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่”. ใน มุมสะท้อนความคิดนิติบัญญัติ : Legal reflection. จุลนิติ พ.ค.- มิ.ย. ๕๒.

ไชยวัฒน์ บุนนาค. อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ. กรุงเทพฯ: 2552.

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) ช่วยส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติจริงหรือไม่ [ออนไลน์]. สิงหาคม 2557. แหล่งที่มา: https://api.dtn.go.th/files/v3/5cff75531ac9ee073b7bdb4c/download [เข้าถึงเมื่อ 20 July 2019]

จุลมนต์, ช. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง ความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้หลักนิติธรรม [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: https://institute.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1156 [เข้าถึงเมื่อ 21 สิงหาคม 2564]

ธวัชชัย สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558.

นภนาง เอกอัคร. นโยบายสาธารณสุขของบุหรี่แบบเรียบง่าย ข้อพิพาทระหว่างประเทศ: บทเรียนจากออสเตรเลียสู่ไทย ตอนที่ 2. Public Health & Health Laws Journal 1(January - April 2016).

นฤมล กิจสินธพชัย. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

ประเทศไทย, ส. เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน 16 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://thailand.un.org/th/sdgs/16 [เข้าถึงเมื่อ 15 มิถุนายน 2564]

ประพิน นุชเปี่ยม. หน่วยที่ 14 การเข้าถึงความยุติธรรมและธรรมาภิบาล. ใน การพัฒนามนุษย์ในบริบทโลก.

ภคมน นาถเสวี. Uncitral กับการสร้างกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศให้เป็นเอกภาพ. กฤษฎีกา โฟกัส ปีที่ 13 ฉบับที่ 140 (กุมภาพันธ์ 2560).

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.

มุจลินท์ นวลนิ่ม และ ศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์. ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Bits): พันธะและนัยเชิงนโยบาย. มีนาคม 2553.

รับขวัญ ชลดำรงกุล. Gms in Law...ความเสี่ยงทางการเมือง ความเสี่ยงที่จัดการได้? [Online]. พฤษภาคม 2552. Available from: http://info.gotomanager.com/news/printnews.aspx?id=79436 [20 พฤษภาคม 2563.

รุ่งระวี โสขุมา. แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560.

วริยาภรณ์ ธนไวทย์โกเศส. การคุ้มครองทางทูตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาในกรอบของสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่นักลงทุนไทยในจีน. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการวิเคราะห์ระบบค่าฤชาธรรมเนียมและค่าขึ้นศาลด้วยวิธีการทางเศรษฐศาสตร์. (กุมภาพันธ์ 2562): 19-20.

สถาบันอนาคตศึกษาเพื่อการพัฒนา. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://api.dtn.go.th/files/v3/5fbf339def41400a684bb542/download]

สังกัดกรมการแพทย์, เ. เ. ร. ๆ. [ออนไลน์]. 14 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: https://file.job.thai.com/prakad/dms202106/dms202106_2 [เข้าถึงเมื่อ 30 มิถุนายน 2564]

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง), ส. ส. ผลกระทบของการลงทุนในต่างประเทศต่อเศรษฐกิจของไทย. Savings and Investment 56(ธันวาคม 2559).

อนันต์ จันทรโอภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.

รายการอ้างอิงภาษาอังกฤษ

"Abaclat and Others (Formerly Giovanna A. Beccara and Others) V. Argentine Republic." ICSID, 4 Aug 2011.

Abayomi Okubote. Arbitration Finance in the Aftermath of a Pandemic: Third-Party

Funding as the Magic Bullet [Online]. 28 January 2021. Available from: http://blogs2.law.columbia.edu/aria/arbitration-finance-in-the-aftermath-of-a-pandemic-third-party-funding-as-the-magic-bullet/ [15 June 2021.

———. Transparency and Third-Party Funding [Online]. Available from: https://www.ibanet.org/article/BBC1C665-EE2E-409D-897D-BB31AF3A6938 [20 July 2019.

ACICA. Introduction [Online]. Available from: https://acica.org.au/ [10 June 2021.

Adam Gartrell, and Health Correspondent. "Philip Morris Ordered to Pay Australia Millions in Costs for Plain Packaging Case." 2017.

Adamakopoulos V Cyprus May Provide a Blueprint for "Mass Claims" in Investment Arbitration. [Online]. 10 November 2020. Available from: http://arbitrationblog.practicallaw.com/adamakopoulos-v-cyprus-may-provide-a-blueprint-for-mass-claims-in-investment-arbitration/ [15June 2021.

"Adc Affiliate Limited and Adc & Admc Management Limited V. Republic of Hungary." ICSID, 2 October 2006.

Adrian Fourie. Unionmatex V. Turkmenistan: The Emerging Jurisprudence of Security for Costs in Investor- State Arbitration. Journal of International Arbitration 37, 5 (2020): 663.

Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Constantine Partasides. Law and Practice on International Commercial Arbitration. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

Alex Kleanthous. Litigation Funding [Online]. Available from: https://www.gannons.co.uk/commercial-litigation/litigation-funding/ [20 June 2020.

Alexander G. Leventhal. Towards an Exceptio Fundati? Assessing a (Potentially) Emerging Exception for Third Party Funding in Investment Treaty Decisions on Security for Costs in the Wake of Armas V. Venezuela [Online]. 18 September 2018. Available from: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/18/assessing-a-potentially-emerging-exception-for-third-party-funding-in-investment-treaty-decisions-on-security-for-costs-in-the-wake-of-armas-v-venezuela/ [15 JUne 2021.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Alexandra Nightingale. The Significance of Uruguay's Win over Philip Morris International [Online]. 2016. Available from: https://www.ip-watch.org/2016/07/21/the-significance-of-uruguays-win-over-philip-morris-international/ [20 July 2019.

"Ambiente Ufficio S.P.A. And Others (Formerly Giordano Alpi and Others) V. Argentine Republic." ICSID, 8 February 2013.

Angela East. "Kingsgate Is Confident of Beating Thailand with Several Financiers Interested in Its Court Stoush." 19 February 2019.

Angelynn Meya. "Chapter 10.Third-Party Funding in International Investment Arbitration the Elephant in the Room." In Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), edited by Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor and Dimolitsa, A.: Kluwer Law International,

International Chamber of Commerce (ICC),, 2013.

Anthea Roberts, and Zeineb Bouraoui. Uncitral and Isds Reforms: Concerns About Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims [Online]. 6 June 2018. Available from: https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/ [15 June 2020.

Black's Law Dictionary. 11th ed. 2019.

Ashurst. Energy Disputes: 10 Thoughts for 2021 [Online]. 5 January 2021. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/insights/energy-disputes---10-thoughts-for-2021 [19 August 2021.

———. Litigation Funding [Online]. 10 March 2021. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---litigation-funding/ [15 June 2021.

———. Third Party Funding in International Arbitration [Online]. 21 February 2020. Available from: https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/ [19 May 2020.

"Ata Construction, Industrial and Trading Company V. The Hashemite Kingdom of Jordan." ICSID, 11 July 2011.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Barbara Ringer. Authors' Rights in the Elctronic Age: Beyond the Copyright Act of 1976. Loyola Entertainment Law Journal 1, 1 (1981): 2.

Brooke Guven, and Lise Johnson. "The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement." 2019.

Burford Capital. "Burford Annual Report ", 2017.

"Burimi Srl and Eagle Games Sh.A V. Republic of Albania." ICSID, 3 May 2012.

C.L. Lim, and Jean Ho. International Investment Arbitration [Online]. 2016. Available from: https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0135.xml [19 August 2021.

Cento Veljanovski. , Third Party Litigation Funding in Europe. Journal of Law, Economics & Policy 8, 3 (2012): 423.

"Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. V. The Slovak Republic." ICSID, 24 May 1999.

"Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. V. The Slovak Republic." ICSID.

China International Economic and Trade Arbitration Commission. "International Investment Arbitration Rules (for Trial Implementation)." 2017.

Christian Stuerwald, and Mick Smith. A Rare Public Example of Litigation Funding of a Bit Case [Online]. Available from: http://www.calunius.com/media/2790/georgia%20article%20final%2022-12-11.pdf [2 June 2021.

Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, and Anthony Sinclair. The Icsid Convention: A Commentary. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Christopher P Bogart. "Third-Party Financing of International Arbitration." In The Arbitration Review of the Americas 2017, 17 August 2016.

CIETAC. Introduction [Online]. Available from: http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=34&l=en [22 August 2021.

Claudia Benavides Galvis, and María Angélica Burgos. The Investment Treaty Arbitration Review: Annulment of Investment Arbitration Awards [Online]. 18 June 2021. Available from: https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/annulment-of-investment-arbitration-awards [25 August 2021.

Clyde Croft, Christopher Kee, and Jeff Waincymer. A Guide to the Uncitral Arbitration

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Rules. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Code of Conduct for Litigation Funders.

"Commerce Group Corp. And San Sebastian Gold Mines, Inc. V. Republic of El Salvador." ICSID, 20 September 2012.

Commercial ATE Insurance. Bte Insurance [Online]. Available from: https://www.commercialateinsurance.co.uk/bte-insurance [20 May 2020.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention"). [Online]. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards [1 September 2020.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other

States (the Icsid Convention or the Convention).

Corporate Europe Observatory. "Chapter 5: Speculating on Injustice: Third-Party Funding of Investment Disputes." 2012.

"Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited V. Republic of Kenya." ICSID, 15 Feb 2019.

Costs, I. C. s. T. F. o. D. a. t. "Icc Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration." In ICC Dispute Resolution Bulletin: ICC, 2015.

"Damages Awards in International Commercial Arbitration: A Study of Icc Awards." Queen Mary University of London and PricewaterhouseCoopers LLP, December 2020

David Gaukrodger, and Kathryn Gordon. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. OECD Working Papers on International Investment 2012/03 (2013): 19.

David R. Sedlak. Icsid's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold. Penn State International Law Review 23, 1 (2004).

"Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen Gmbh V. Turkmenistan." ICSID, 27 January 2020.

"Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas and Others V. Bolivarian Republic of Venezuela." PCA (UNCITRAL).

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Black's Law Dictionary 11th ed. 2019.

"Draft Report of the Icca-Qmul Task Force on Tpf in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs." 10: International Council for Commercial Arbitration, November 2015.

"Emilio Agustín Maffezini V. The Kingdom of Spain." ICSID, 28 October 1999.

"Emilio Agustín Maffezini V. The Kingdom of Spain." ICSID.

Eric De Brabandere, and Lepeltak, J. "Third-Party Funding in International Investment Arbitration." In ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 389-390, Fall 2012.

"Essar Oilfields Services Limited V Norscot Rig Management Pvt Limited." 15 September 2016.

Esteban Ortiz-Ospina, and Max Roser. Taxation [Online]. Available from: https://ourworldindata.org/taxation [5 April 2021.

"Eugene Kazmin V. Republic of Latvia." ICSID.

"Eurogas Inc. And Belmont Resources Inc. V. Slovak Republic." ICSID, 18 August 2017.

"Factory at Chorzów, Germany V Poland." PCIJ, 13 September 1928.

Flake, C. R. Third Party Funding in Domestic Arbitration: Champerty or Social Utility? Dispute Resolution Journal 70, 2 (2015): 109.

Frank J. Garcia. Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System. Boston College Law Review 59, 8 (2018): 10.

Germán Velásquez. Uruguay's Victory over Philip Morris: A Win for Tobacco Control and Public Health [Online]. 2016. Available from: https://www.southcentre.int/question/uruguays-victory-over-philip-morris-a-win-for-tobacco-control-and-public-health/ [15 July 2019.

Gian Marco Solas. Third Party Funding: Law, Economics and Policy. Cambridge University Press, 2019.

"Giovanni Alemanni and Others V. Argentine Republic." ICSID, 17 November 2014.

Giulia Previti. Recently Published Decision Confirms Exceptional Nature of Security for Costs [Online]. 7 December 2020. Available from: https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/security-for-costs-ruling/ [30 May 2021.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Government), D. o. H. A. Tobacco Plain Packaging [Online]. 30 January 2020. Available from: https://www.health.gov.au/health-topics/smoking-and-tobacco/tobacco-control/tobacco-plain-packaging [15 June 2021.

"Guaracachi America, Inc. And Rurelec Plc V. The Plurinational State of Bolivia." PCA (UNCITRAL), 11 March 2013.

"Gustav F W Hamester Gmbh & Co Kg V. Republic of Ghana." ICSID, 18 June 2010.

"Hesham Talaat M. Al-Warraq V. The Republic of Indonesia." UNCITRAL, 21 June 2012.

"Hulley Enterprises Limited (Cyprus) V. The Russian Federation." PCA (UNCITRAL).

Hussein Haeri, Clàudia Baró Huelmo, and Giacomo Gasparotti. Third-Party Funding in International Arbitration [Online]. 20 January 2021. Available from: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration [15 June 2021.

IBA. Practice Rules and Guidelines: Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014) [Online]. 2014. Available from: https://www.ibanet.org/resources

ICC. Icc Academy Open House [Online]. Available from: http://www.iccthailand.or.th/home/news-detail.php?pageid=Ng==&directory=MTY0&news_id=NjE0 [25 May 2021.

———. Icc Court Adopts Guidance Note on Conflict Disclosures by Arbitrators [Online]. 2016. Available from: https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/

———. "Icc Dispute Resolution 2019 Statistics." 2020.

———. Icc International Court of Arbitration [Online]. Available from: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-international-court-arbitration/ [10 June 2021.

———. "Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration." 2021.

"Icc Dispute Resolution 2019 Statistics." 17: ICC, 2020.

ICSID. About Icsid [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/About/ICSID [20 August 2021.

———. Backgrounder on Proposals for Amendment of the Icsid Rules [Online]. 2018. Available from:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Amendment_Background.pdf [15 February 2019.

———. Bifurcation - Icsid Convention Arbitration [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/bifurcation

———. "Case Details: Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen Gmbh V. Turkmenistan (Icsid Case No. Arb/18/35)."

———. "Concluded Cases."

———. Icsid Rules and Regulations Amendment - Working Papers [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments [20 June 2021.

———. "Introducing Icsid: International Centre for Settlement of Investment Disputes." 2019.

———. List of Contracting States and Other Signatories of the Convention [Online]. 21 June 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID3-June%202021.pdf [30 June 2021.

———. Nigeria [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states/member-state-details?state=ST102 [2 May 2021.

———. "Proposals for Amendment of the Icsid Rules: Working Paper # 5." June 2021.

———. "Search Cases."

———. Services [Online]. Available from: https://icsid.worldbank.org/services/arbitration [21 August 2021.

———. Special Features and Benefits of Icsid Membership [Online]. 2020. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_Benefits_English.23.2020.pdf [19 August 2021.

———. "Survey for Icsid Member States on Compliance with Icsid Awards."

III), U. W. G. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) — Cost and Duration." 31 August 2018.

———. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Third-Party Funding." 24 January 2019.

"Ioannis Kardassopoulos V. Georgia." ICSID, 3 March 2010.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Irve J. Goldman. Litigation Funding for Bankruptcy Litigation Gets a Boost from Recent Appellate Decisions [Online]. 2021. Available from: https://www.pullcom.com/newsroom-publications-litigation-funding-for-bankruptcy-litigation [15 June 2021.

Jarrett Lewis. Third-Party Litigation Funding: A Boon or Bane to the Progress of Civil Justice? THE GEORGETOWN JOURNAL OF LEGAL ETHICS 33 (2020): 687-689.

Jeffrey Sullivan. Essar V. Norscot: Are the Costs Associated with Third Party Funding Recoverable? Transnational Dispute Management, 4 (September 2018).

Jennifer Trusz. Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. Georgetown Law Journal 101, 6 (2013): 1655.

Jeremy Bentham. Defense of Usury [Online]. 1818. Available from: https://www.econlib.org/library/Bentham/bnthUs.html?chapter_num=12#book-reader [1 March 2021.

Jeswald W. Salacuse. Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution. Fordham International Law Journal 31, 1 (2007).

Jianing Zhang. "International Investment Arbitration: Development, Controversies, and Future Outlook." 1 November 2017.

John Fellas. Can Arbitrators Award Third-Party Funding Costs? New York Law Journal 257, 125 (30 June 2017).

Jonas von Goeler. Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure. Kluwer Law International, 2016.

Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M Kröll. Comparative International Commercial Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

Kali Hays. Bt Signs $45million Litigation Deal with Burford Capital [Online]. 2016. Available from: https://www.zsa.ca/bt-signs-45million-litigation-deal-with-burford-capital/ [20 July 2019.

Keith Levene. Third Party Arbitration Funding Here to Stay, Says Expert, as Major Report Published [Online]. 21 September 2017. Available from: https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/third-party-arbitration-

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

funding-here-to-stay-says-expert-as-major-report-published [19 January 2020.

Kids, C. f. T.-F. Historic Win for Global Health: Uruguay Defeats Philip Morris Challenge to Its Strong Tobacco Control Laws [Online]. 2016. Available from: https://www.tobaccofreekids.org/press-releases/2016_07_08_uruguay

Kingsgate Consolidated Limited. "Kingsgate Consolidated Limited: Annual Financial Report for the Year Ended 30 June 2019."

"Kingsgate Consolidated Ltd V. The Kingdom of Thailand." UNCITRAL, 2017.

Kyla Tienhaara. Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. Transnational Environmental Law 7, 2 (2018).

Lars Markert. Security for Costs Applications in Investment Arbitrations Involving Insolvent Investors. Contemporary Asia Arbitration Journal 11, 2 (November 2018): 224-226.

Lauge N. Skovgaard Poulsen, and Geoffrey Gertz. Reforming the Investment Treaty Regime: A 'Backward-Looking' Approach. Global Economy and Finance Programme (March 2021).

"Libananco Holdings Co. Limited V. Republic of Turkey." ICSID 23 Jun 2008.

Lisa Bench Nieuwveld, and Victoria Shannon Sahani. Third-Party Funding in International Arbitration. 2nd ed.: Kluwer Law International, 2017.

Lukasz Gruszczynski. Australian Plain Packaging Law, International Litigations and Regulatory Chilling Effect. European Journal of Risk Regulation 2 (2014).

Manuel Perez-Rocha. "After Seven Years and Millions of Dollars, Decision Announced in Pac Rim Mining Company Vs. El Salvador." In Coalition of Groups State "There Are No Winners," Investor-State Arbitration Subverts Democracy, October 14, 2016.

María Beatriz Burghetto. "Risk Assessment and Third-Party Funding in Investment Arbitration." In Private Actors in International Investment Law, edited by Katia Fach Gómez, 90-91. Cham: Springer, 2021.

Martha Getachew Bekele. "International Investment but at What Cost? Investor-Sate Dispute Settlement and Developing Countries." 2020.

MARTIN DIETRICH BRAUCH. "Yukos V. Russia: Issues and Legal Reasoning Behind Us$50

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Billion Awards." 4 September 2014.

Matt Fritzsche. How the Pandemic Is Changing Attitudes Towards Third-Party Funding [Online]. 12 May 2021. Available from: https://www.ey.com/en_uk/assurance/how-the-pandemic-is-changing-attitudes-towards-third-party-funding [15 June 2021.

Matthew Amey. Tribunal Overturns Own Order for Security Because the Cost of Funding the Security Was "Prohibitive" [Online]. 28 September 2020. Available from: https://www.thejudgeglobal.com/order-for-security-prohibitive/ [1 July 2021.

Matthew Hodgson, and Alastair Campbell. "The Allocation of Costs in Investment Treaty Arbitration." In Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, edited by Christina L. Beharry: Brill | Nijhoff, 2018.

Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka. 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration. (June 2021).

Max Radin. Maintenance by Champerty. California Law Review 24, 1 (1935).

May Khoury. Conflicts of Interest [Online]. 2021. Available from: https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-conflicts-of-interest

Maya Steinitz. The Litigation Finance Contract. WILLIAM & MARY LAW REVIEW 54, 2 (December 2012): 472-473.

McIlwrath, M., and Savage, J. International Arbitration and Mediation a Practical Guide. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

"Metalclad Corporation V. The United Mexican States." ICSID, 30 August 2000.

Michael Napier, Peter Hurst, Robert Musgrove, and John Peysner. ""Improved Access to Justice – Funding Options & Proportionate Costs": Report & Recommendations." Civil Justice Council, August 2005

Morris, S., Gallego, M. d., Grieve, G., and Whyte, G. Australia. Litigation Funding 2021: 7.

Moses, M. L. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

"Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri Ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan." ICSID, 4 May 2021.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Nations), D. o. E. a. S. A. U. History [Online]. Available from: https://sdgs.un.org/goals [15 June 2021.

Nigel Blackaby, and Alex Wilbraham. Arbitration under International Investment Agreements - a Guide to the Key Issues, Part V Remedies and Costs, 26 Third-Party Funding in Investment Treaty Arbitration. 2nd ed.: 19th July 2018.

OECD. "Oecd Benchmark Definition of Foreign Direct Investment." 17, 2008.

"Pac Rim Cayman Llc V. Republic of El Salvador." ICSID, 14 October 2016.

Paul Convery. "Third Party Litigation Funding in the Irish Context." In Corporate Dispute 2017.

"Philip Morris Asia Limited V. The Commonwealth of Australia." UNCITRAL, PCA 17 December 2015.

"Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay." ICSID.

"Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. And Alos 34 S.L. V. The Russian Federation." SCC, 20 July 2012.

Rachel Denae Thrasher. The Regulation of Third Party Funding: Gathering Data for Future Analysis and Reform. Boston College Law Review 59, 8 (2018).

"Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration." 50: International Council for Commercial Arbitration, April 2018.

Rodak, M. It's About Time: A Systems Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement. University of Pennsylvania Law Review 155, 2 (2006): 503-535.

"Rosinvestco Uk Ltd. V. The Russian Federation." SCC 12 Sep 2010.

"Rsm Production Corporation and Others V. Grenada." ICSID Case No. ARB/10/6, 14 October 2010.

"Rsm Production Corporation V. Grenada." ICSID, 28 April 2011.

Sabahi Rubins. "Special Procedures: Applications and Motions." In Investor-State Arbitration, edited by Borzu Sabahi, Noah Rubins and Don Wallace, J., 251-258. Investment Claims, 11 September 2019.

School of International Arbitration (Queen Mary University of London). "2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World."

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Secretariat, I. "Proposals for Amendment of the Icsid Rules — Working Paper ": ICSID, 2 August 2018.

Secretariat, N. b. t. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) — Cost and Duration." edited by UNCITRAL, 8, 29 October–2 November 2018.

Shining Guo, Edwina Kwan, Benedict Porter, Domenico Cucinotta, and Mengtao Mao. Fundamentals: An Overview on International Arbitration [Online]. 2020. Available from: https://www.kwm.com/en/cn/knowledge/insights/an-overview-on-international-arbitration-20200617 [15 June 2021.

SIAC. About Us [Online]. Available from: https://siac.org.sg/about-us/about-us [20 August 2021.

———. Frequently Asked Questions (Faqs) [Online]. Available from: https://siac.org.sg/faqs/siac-general-faqs#faq01 [20 August 2021.

Simon Morris, Martin del Gallego, Gordon Grieve, and Greg Whyte. "Australia." In Litigation Funding: Tom Barnes, 2021.

"South American Silver Limited V. The Plurinational State of Bolivia." PCA (UNCITRAL), 11 January 2016.

Steinitz, M. Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding. Minnesota Law Review 95, 4 (2011): 1268-1338.

Susan D. Franck. "Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration." In Costs—Risks and Reality. Oxford Scholarship Online: Oxford University Press, 2019.

"Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ". ICSID, 21 Dec 2012.

"Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ". ICSID.

"Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. The Argentine Republic ". ICSID, 29 May 2019.

"Tethyan Copper Company Pty Limited V. Islamic Republic of Pakistan." ICSID, 12 July 2019.

Thanos Karvelis, and Niel Coertse. Third-Party Financing of International Arbitrations: Have We Evolved? [Online]. 1 Dec 2017. Available from:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-012-2954?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true [15 June 2021.

The Chartered Institute of Arbitrators. "Ciarb Costs of International Arbitration Survey 2011."

The Right Honourable Lord Justice Jackson. "Final Report." In Review of Civil Litigation Costs United Kingdom: Ministry of Justice, December 2009.

———. "Preliminary Report Volume One." In Review of Civil Litigation Costs United Kingdom: Ministry of Justice, May 2009.

"Theodoros Adamakopoulos, Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos and Others V. Republic of Cyprus." ICSID.

Third Party Funding for Arbitration Sub-Committee of the Law Reform Commission of Hong Kong. The Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration. (2015): 51-66.

Tobacco Tactics. Australia: Challenging Legislation [Online]. 11 May 2020. Available from: https://tobaccotactics.org/wiki/australia-challenging-legislation/ [15 June 2021.

Todd Allee, and Clint Peinhardt. Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment. International Organization 65, 3 (July 2011).

TPF Observatory. List of Third-Party Funders [Online]. Available from: http://third-party-funding.org/list-of-funders/ [15 April 2021.

UNCITRAL. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Draft Provisions on Third-Party Funding (Initial Draft)." 2021.

———. Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention") [Online]. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 [3 June 2021.

———. Uncitral Arbitration Rules [Online]. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration [3 May 2021.

Uncitral Arbitration Rules.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

UNCTAD. "Argentina - United Arab Emirates Bit (2018)."

———. "International Centre for Settlement of Investment Disputes: 2.4 Requirements Ratione Personae." 15-17, 2003.

———. Investment Dispute Settlement Navigator [Online]. Available from: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement [1 July 2021.

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Abaclat and Others V. Argentina."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Alemanni and Others V. Argentina."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Ambiente Ufficio and Others V. Argentina."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: García Armas and Others V. Venezuela."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Kardassopoulos V. Georgia."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Kazmin V. Latvia."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Kingsgate V. Thailand."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Muhammet Cap V. Turkmenistan."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Renta 4 S.V.S.A and Others V. Russia."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Rosinvest V. Russia."

———. "Investment Dispute Settlement Navigator: Teinver and Others V. Argentina."

———. "Trade and Development Report: Global Governance and Policy Space for Development." 7, 2014.

United Nations. "Status: United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (New York, 2014)." In Texts and Status.

Valentina Frignati. Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration. Arbitration International 32, 3 (September 2016): 515.

Veijo Heiskanen. State as a Private: The Participation of States in International Commercial Arbitration. Transnational Dispute Management 7, 1 (April 2010): 1.

"Veteran Petroleum Limited (Cyprus) V. The Russian Federation." PCA (UNCITRAL).

Victoria Sahani, Mick Smith, and Christiane Deniger. "Third-Party Financing in Investment Arbitration." In Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Valuation in International Investment Arbitration, edited by Christina L. Beharry, 33-34: Brill | Nijhoff, 2018.

Victoria Shannon Sahani. Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration [Online]. 1 March 2017. Available from: https://oxia.ouplaw.com/page/565 [20 July 2019.

"Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi V. Arab Republic of Egypt." ICSID, 11 May 2009.

"Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi V. Arab Republic of Egypt." ICSID, 1 June 2009.

William Park. Arbitrator Bias. Transnational Dispute Management (TDM) (January 2015).

Wolfgang Kühn, and Hanneke van Oeveren. The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be? Journal of International Arbitration 35, 3 (2018): 314-317.

"World Investment Report 2018." 95: UNCTAD, 2018.

"World Investment Report 2021." In INVESTING IN SUSTAINABLE RECOVERY, 123: UNCTAD, 2021.

Yas Banifatemi. Remarks by Yas Banifatemi. American Society of International Law 103 (2009): 323-326.

Ylli Dautaj, and Bruno Gustafsson. Access to Justice: Rebalancing the Third-Party Funding Equilibrium in Investment Treaty Arbitration [Online]. 18 November 2017. Available from: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/18/access-justice-rebalancing-third-party-funding-equilibrium-investment-treaty-arbitration-2/ [20 July 2019.

"Yukos Universal Limited (Isle of Man) V. The Russian Federation." PCA (UNCITRAL).

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวปาลิดา สวัสดิภัทรากร
วัน เดือน ปี เกิด	11 กันยายน 2533
สถานที่เกิด	จังหวัดสิงห์บุรี
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ที่อยู่ปัจจุบัน	772/575 ยูดีไลท์เรสซิเดนซ์ริเวอร์ฟร้อนท์ ถ.พระราม 3 แขวงบางโพงพาง เขตยานนาวา กทม. 10120

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University