

บทที่ 6 การคุ้มครองการลงทุน

6.1 สาระสำคัญของการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ FTA

การคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) เป็นประเด็นสำคัญหนึ่งที่อยู่ภายใต้ความตกลงการค้าเสรี การคุ้มครองการลงทุน หมายถึง การให้หลักประกันเพื่อให้นักลงทุนมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างยุติธรรม และพอเพียง เช่น มีการชดเชยค่าเสียหายกรณีที่มีการเวนคืน หรือเกิดเหตุการณ์ไม่สงบ มีการกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนต้องสามารถเคลื่อนย้ายเงินลงทุนได้โดยเสรี หากการลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายจากมาตรการของรัฐซึ่งเข้าข่ายเป็นการกีดกันการค้า นักลงทุนสามารถร้องขอให้รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ตามกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน

ข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุน ไม่ใช่เรื่องใหม่ของไทยแต่อย่างใด โดยประเทศไทยได้เคยมีการจัดทำความตกลงให้ความคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ แล้วทั้งในรูปของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) มาแล้ว 37 ฉบับ และมีพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุน (investment protection) ภายใต้ความตกลงการค้าเสรี (FTA) ต่างๆ เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรี อาเซียน – จีน (ASEAN - China Free Trade Agreement: ACFTA) ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดไทย - ญี่ปุ่น (Japan – Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) และความตกลงการค้าเสรีไทย – ออสเตรเลีย (Thailand - Australia Free Trade Agreement: TAFTA)

6.1.1 ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนกำหนดหลักการและสิทธิประโยชน์หลักโดยทั่วไปของนักลงทุน ภายใต้ความตกลง เช่น

1. การเวนคืนและค่าชดเชยความเสียหาย (Expropriation and Compensation) ซึ่งกำหนดมิให้ประเทศผู้รับการลงทุนเวนคืนทรัพย์สินของการลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญา โดยไม่เป็นธรรม และการเวนคืนนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดและจะต้องมีการชดเชยความเสียหาย
2. การโอน (Transfer) ซึ่งกำหนดให้การลงทุนหรือนักลงทุนสามารถโอนเงินหรือผลตอบแทนจากการลงทุนหรือที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนได้โดยเสรีและไม่ล่าช้า รวมถึงสกุลเงินและอัตราแลกเปลี่ยนที่ใช้ในการโอน โดยมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น รัฐมีสิทธิออกมาตรการเพื่อยับยั้งธุรกรรมของนักลงทุนได้ในกรณีเพื่อรักษาเสถียรภาพทางการเงิน และ/หรือนักลงทุนกระทำผิดกฎหมาย/ข้อบังคับของรัฐ
3. ค่าชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses) ซึ่งกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดกับการลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอันเนื่องมาจากความสูญเสียจากเหตุการณ์รุนแรง/เหตุการณ์ร้ายแรงที่เกิดในประเทศที่ลงทุน เช่น สงคราม ภัยพิบัติ หรือการใช้อาวุธ โดยรวดเร็วเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ และการรับช่วงสิทธิ (Subrogation) ซึ่งกำหนดให้มีการรับช่วงสิทธิ

เรียกร้องหรือสิทธิอื่นให้แก่ผู้ที่ย้ายค่าชดเชยความเสียหายแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคี คู่สัญญา

นอกจากนี้ยังมีรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlements) ซึ่งรวมถึงวิธีการ องค์กร ผลบังคับและค่าใช้จ่ายของการระงับข้อพิพาท และการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับประเทศภาคีคู่สัญญา

6.1.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับประเทศภาคีคู่สัญญา มีขั้นตอนลักษณะเดียวกันกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีคู่สัญญา คือ เริ่มต้นจากการเจรจา หรือการปรึกษาหารือก่อน แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้ นักลงทุนอาจเป็นผู้เลือกหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันที่จะเลือกใช้วิธีระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการยุติธรรมของประเทศผู้รับการลงทุน อนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรเพื่ออำนวยความสะดวกด้านการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Center for the Settlement of Investment Disputes: ICSID) และคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นกลไกภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements: IIAs) เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือความตกลงการค้าเสรีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor – State Dispute Settlement: ISDS) เป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้ความคุ้มครองการลงทุนจากความเสียหายทางการเมือง⁹³ โดยนักลงทุนมีสิทธิจะใช้กลไก ISDS เพื่อระงับข้อพิพาทได้ผ่านกระบวนการต่างๆ ได้แก่

(1) กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ภายใต้องค์กรและกฎระเบียบและวิธีการดำเนินการที่กำหนดในความตกลงฯ โดยรัฐจะชำระค่าชดเชยให้กับนักลงทุนตามจำนวนที่ทางอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดแล้วว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง

(2) กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions: ADR) เป็นอีกหนึ่งกระบวนการทางเลือกเพื่อทำให้คดีเสร็จสิ้นไปด้วยความรวดเร็วขึ้นโดยองค์คณะที่ไม่ใช่ศาล ซึ่งมีหลายวิธี เช่น การเจรจา และการหารือ การไกล่เกลี่ย และการประนีประนอมยอมความ

อย่างไรก็ดี ในส่วนของสหภาพยุโรปนั้น ได้มีการนำเสนอ/ผลักดันแนวคิดในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนใหม่ที่เรียกว่า “ระบบศาลการลงทุน (Investment Court System: ICS)” มีต้นแบบมาจากร่างข้อเสนอ Multilateral Investment Court (MIC) ที่ทำงานคล้ายระบบศาล โดยสหภาพยุโรปเห็นว่า ระบบ ICS จะช่วยแก้ไขจุดอ่อนและข้อบกพร่องของ ISDS ในด้านความโปร่งใส ความเป็นธรรม และประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งปรากฏให้เห็นในความตกลง FTA ฉบับใหม่ๆ ของสหภาพยุโรป เช่น EU-สิงคโปร์ (EUSFTA) และ EU-เวียดนาม (EVFTA)

⁹³ ความเสี่ยงทางการเมืองที่เกิดจากมาตรการของรัฐ เช่น การเวนคืนโดยไม่เป็นธรรม หรือการเวนคืนทางอ้อม ความไม่แน่นอนของกฎหมาย/ระเบียบ และสภาวะจลาจลหรือความวุ่นวายทางการเมือง

MIC กับ ICS มีความคล้ายคลึงกันในแง่ของการเป็นศาลการลงทุนที่เป็นศาลระหว่างประเทศที่ให้บริการเพื่อผลประโยชน์ของนักลงทุน รัฐและผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเรื่องการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐ แตกต่างกันว่า MIC เป็นการจัดตั้งในรูปแบบพหุภาคี ส่วน ICS เป็นทวิภาคีสหภาพยุโรปมีความตั้งใจที่จะสนับสนุนการก่อตั้งศาลระหว่างประเทศนี้เพื่อแก้ไขปัญหาการยุติข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ การใช้ระบบศาลโดยตั้งขึ้นมาเป็นสถาบันนี้ จะช่วยให้การดำเนินคดีว่าความข้อพิพาทต่างๆ นั้นมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเนื่องจากผู้พิพากษามีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นอย่างดี แตกต่างจากอนุญาโตตุลาการที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีเป็นการเฉพาะกิจเท่านั้น และเป็นการลดค่าครหาของผู้พิพากษาที่มีความเสี่ยงในการเลือกเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ

คณะกรรมการการยุโรป (European commission) (2017) ได้อธิบายความแตกต่างระหว่าง ISDS กับ Multilateral Investment court (MIC) หรือ Investment Court System (ICS) จากการเทียบองค์ประกอบขั้นตอน และวิธีดำเนินการไว้ รวมถึงสาเหตุที่นำเสนอ MIC และ ICS เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกลไก ISDS ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันดังตารางที่ 111 และลักษณะของ Investment Court System แสดงดังภาพที่ 25

ตารางที่ 111 ความแตกต่างระหว่าง ISDS กับ MIC/ICS

	ISDS	MIC/ICS
ลักษณะการจัดตั้ง	เฉพาะกิจ	ถาวร
การแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ	มีความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้ตัดสิน เนื่องจากคู่กรณีเป็นผู้เสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจมีความขัดแย้งด้านผลประโยชน์ (conflict of interest)	มีความเป็นอิสระหรือเป็นกลาง เนื่องจากรัฐ ที่เป็นสมาชิกแต่งตั้งผู้ตัดสินถาวร
การตัดสิน	ไม่สามารถคาดการณ์ได้ เนื่องจาก อนุญาโตตุลาการตัดสินตามดุลยพินิจซึ่งอาจ ทำให้เกิดมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุน ที่แตกต่างกัน	การแต่งตั้งผู้ตัดสินถาวร ทำให้การตัดสินมี ความคงเส้นคงวา เนื่องจากสามารถ คาดการณ์ได้จากการเทียบเคียงคำตัดสิน ในอดีต
การขอยื่นอุทธรณ์	ไม่มีกระบวนการอุทธรณ์	คู่กรณีสามารถยื่นอุทธรณ์ผลการตัดสิน
การเผยแพร่ผลคำตัดสิน	เผยแพร่ข้อมูลคำตัดสินเป็นบางส่วนเท่านั้น - ข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้น - กระบวนการของข้อพิพาท - แรงจูงใจที่สำคัญของคดี - ผลลัพธ์ของข้อพิพาท	มีความโปร่งใสมากกว่า เนื่องจากมีการ เผยแพร่รายละเอียดทุกด้านผ่านระบบ ออนไลน์ - เปิดให้บุคคลทั่วไปเข้าร่วมฟังการพิจารณา คดีได้ - อนุญาตให้บุคคลที่สาม (ภาคประชาสังคม, สมาคมการค้า, กลุ่มผู้บริโภค, เครือข่าย ธุรกิจ) สามารถยื่นเรื่องต่อศาลได้ (ข้อมูล ข้อเสนอแนะ ข้อมูลเชิงลึก)

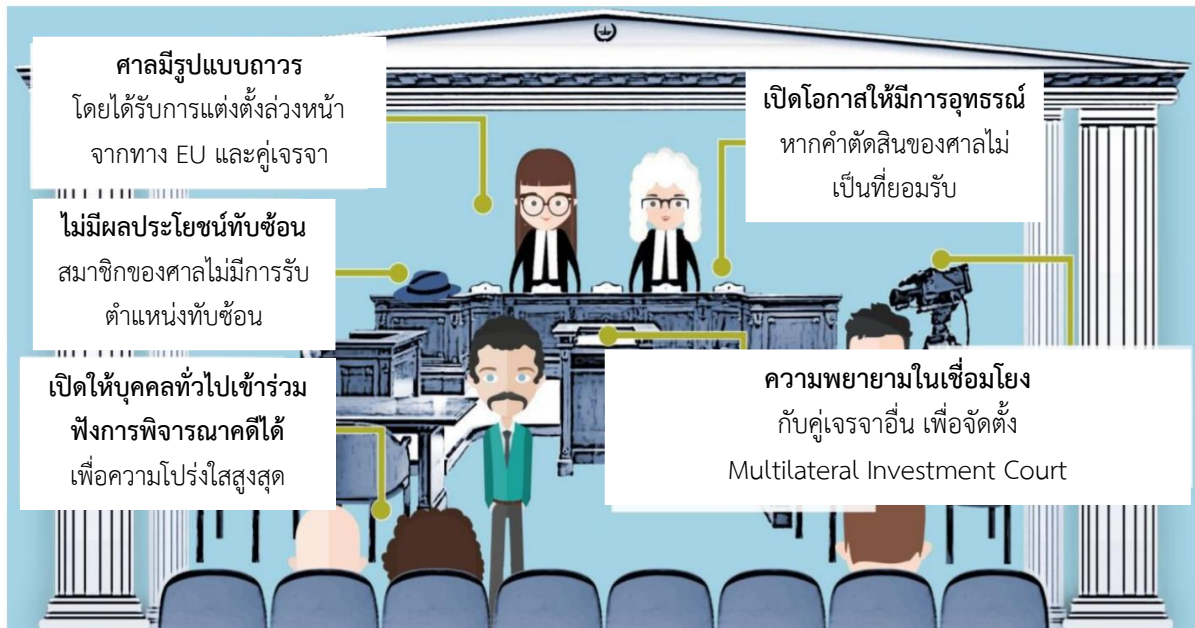
ที่มา : ปรับปรุงจาก European commission (2017)⁹⁴

หมายเหตุ : ตารางนี้เป็นการเปรียบเทียบระหว่างกลไก ISDS ที่มีอยู่ในปัจจุบัน กับกลไกที่ยังไม่ได้มีการดำเนินการ (MIC/ICS) ดังนั้น ผลการเปรียบเทียบดังกล่าวจึงเป็นการประเมินล่วงหน้าเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริง

⁹⁴ European commission (2017). A Multilateral Investment Court: A New System for Resolving Disputes between Foreign Investors and States in a Fair and Efficiency Way.

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf.

ภาพที่ 25 ลักษณะของ Investment Court เพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน



ที่มา : Guide to the EU-Singapore Free Trade Agreement and Investment Protection Agreement (2018)

6.2 พันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ FTA ของ EU และคู่เจรจา

จากการศึกษาข้อมูลพันธกรณีของข้อบทการคุ้มครองการลงทุนภายใต้กรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่าง EU กับประเทศคู่เจรจา ได้แก่ เวียดนามและสิงคโปร์ พร้อมทั้งเปรียบเทียบรายละเอียดทั้งหมดของข้อบทแล้วพบว่า หลักการและสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนมีทั้งส่วนที่เหมือนและแตกต่างกันในหลายแง่ ซึ่งผู้วิจัยได้รวบรวม สรุปรายละเอียดและตัวอย่างประเด็นที่สำคัญได้ ดังนี้

พันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนภายใต้กรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่าง EU กับเวียดนามและสิงคโปร์ มีขอบเขต หลักการ และสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่เหมือน/คล้ายคลึงกัน เช่น

วัตถุประสงค์ มีเป้าหมายที่เหมือนกันโดยเป็นการสนับสนุนสภาพแวดล้อมการลงทุนให้กับคู่ภาคี

คำนิยาม มีนิยามการลงทุนที่ครอบคลุม ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า เอื้อประโยชน์ต่อการตีความตามกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ขอบเขตและประเภทของสาขา กรณีเวียดนามและสิงคโปร์มีข้อยกเว้นการบังคับใช้ในสาขาที่คล้ายคลึงกัน เช่น สาขาอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีของเวียดนามแม้จะไม่ได้มีการกำหนดกรณีการจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ หรือกิจกรรมต่างๆ ที่ดำเนินการโดยอำนาจของภาครัฐเป็นสาขาที่ยกเว้นจากพันธกรณี แต่กรณีเวียดนามมีการกำหนดรายสาขาที่ยกเว้นมากกว่า เช่น บริการขนส่งทางอากาศ (ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ)

การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม กรณีเวียดนามและสิงคโปร์ผูกพันพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเหมือนกัน โดยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองและการให้ความมั่นคงกับนักลงทุน

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) กรณีเวียดนามและสิงคโปร์ผูกพันพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเหมือนกัน

ค่าชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses) กรณีเวียดนามและสิงคโปร์กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายที่เกิดกับการลงทุนหรือนักลงทุนของภาคีสัญญา อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ร้ายแรง เช่น ภัยสงคราม จลาจล และสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยผู้วิจัยเห็นว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าเสียหายที่เหมือนกัน

สำหรับประเด็นและสาระสำคัญของพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนภายใต้กรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่าง EU กับเวียดนาม และ EU กับสิงคโปร์ ที่ผู้วิจัยเห็นว่ามีความแตกต่างกัน เช่น

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment: MFN) เวียดนามผูกพันพันธกรณี MFN แต่สิงคโปร์ไม่ผูกพันพันธกรณี MFN

หลักการทั่วไปของการเวนคืน (Expropriation) กรณีของเวียดนามมีกฎเกณฑ์เพิ่มเติมขึ้นมา เช่น ประเด็นเกี่ยวกับที่ดิน โดยการจะเวนคืนได้จะต้องมีวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายในประเทศกำหนดไว้ และมีการชำระค่าตอบแทนเท่ากับมูลค่าในตลาด ขณะที่กรณีของสิงคโปร์ไม่ได้มีการเจาะจงในประเด็นใดเป็นพิเศษ

การโอน (Transfer) กรณีของเวียดนามและสิงคโปร์มีความคล้ายกันในแง่ของการกำหนดกรณีที่อนุญาตให้โอนทั้งหมดที่เกี่ยวกับการลงทุน แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน โดยสิงคโปร์มีการระบุเงื่อนไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการโอนด้วย เช่น ในกรณีเมื่ออยู่ในสถานการณ์พิเศษหรือมีปัญหาร้ายแรงคุกคามการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจและการเงินจะต้องมีมาตรการคุ้มครองเกี่ยวกับการโอนเพิ่มเติม

ความแตกต่างในรายละเอียดภายใต้ข้อบทด้านการคุ้มครองการลงทุนของ EU กับเวียดนาม และ EU กับสิงคโปร์สะท้อนให้เห็นว่า แต่ละประเทศให้ความสำคัญในประเด็นที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจจะขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะหรือแนวนโยบายของตน เช่น การให้ความสำคัญกับการกำหนดเงื่อนไขในการเวนคืนที่ดินของเวียดนาม

สำหรับพันธกรณีของการคุ้มครองการลงทุน ในส่วนของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุน สหภาพยุโรปพยายามผลักดันให้เวียดนามและสิงคโปร์ (เมอร์โคซูร์ยังไม่มีรายละเอียดดังกล่าว) มีการปฏิรูป **การระงับข้อพิพาท** ให้อยู่ในรูปแบบศาลการลงทุน ซึ่งเป็นการเปลี่ยนจากระบบ ISDS ที่มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจมาเป็นการจัดตั้งศาลแบบถาวรซึ่งเป็นระบบศาลที่มีความเป็นกลางและถาวรมากขึ้น โดยเห็นว่า จะเป็นการปรับให้ระบบมีความสมดุลระหว่างการปกป้องนักลงทุนและการปกป้องสิทธิของรัฐในการควบคุมนโยบายสาธารณะ เพื่อให้มีประสิทธิภาพ ความโปร่งใส ความเป็นกลาง และความมีอิสระในการตัดสินข้อพิพาทมากขึ้น เช่น การมีศาลอุทธรณ์ การแต่งตั้งสมาชิกของศาลที่มีการแต่งตั้งล่วงหน้าจากการตัดสินใจร่วมกันของสหภาพยุโรปและประเทศคู่เจรจา โดยคำนึงถึงความเป็นอิสระ ความซื่อสัตย์ พฤติกรรมด้านจริยธรรม และความเชี่ยวชาญในกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงต้องมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขในการเป็นผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกที่เป็นฝ่ายเสนอชื่อ เป็นต้น

6.3 เปรียบเทียบพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนซึ่งปรากฏอยู่ในความตกลงคุ้มครองการลงทุน (IPA) ของสหภาพยุโรปกับพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนในความตกลงต่างๆ ที่ผ่านมาของไทย

ไทยเคยมีการจัดทำความตกลงให้ความคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ แล้วทั้งในรูปแบบของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) และมีพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุน (investment protection) ภายใต้ความตกลงการค้าเสรี (FTA) ต่างๆ ซึ่งมีผลผูกพันแล้ว โดยมีขอบเขตและสาระสำคัญซึ่งมีทั้งส่วนที่เหมือนและแตกต่างกับพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลง IPA ของสหภาพยุโรป ในขั้นนี้ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับความตกลง BITs ไทย-เยอรมนี เนื่องจากเป็นข้อตกลงแรกๆ ที่ไทยได้จัดทำขึ้นกับประเทศที่อยู่ในสหภาพยุโรป รวมถึงการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับความตกลงที่ไทยมีพันธกรณีภายใต้กรอบอาเซียน (เช่น อาเซียน-จีน และ อาเซียน-เกาหลีใต้) และความตกลง FTA อื่นๆ (เช่น ไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) และ ไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ขอบเขตของการลงทุน ผู้วิจัยเห็นว่า ขอบเขตของการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่าง EU-เวียดนาม และ EU-สิงคโปร์ เมื่อเปรียบเทียบกับ BITs ระหว่างไทยกับเยอรมนี และความตกลงอาเซียน เช่น อาเซียน-จีน อาเซียน-เกาหลีใต้ ไม่มีความแตกต่างกัน โดยมีความครอบคลุมทั้งการลงทุนโดยตรง (FDI) และการลงทุนในหลักทรัพย์ (portfolio) แต่เมื่อพิจารณาเทียบกับความตกลง FTA ระหว่างไทยกับประเทศอื่นๆ เช่น ไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) และ ไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ขอบเขตของการคุ้มครองการลงทุนครอบคลุมเพียง FDI เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แนวโน้มการคุ้มครองการลงทุนภายใต้กรอบ FTA สมัยใหม่ คงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการคุ้มครองการลงทุนในหลักทรัพย์ได้ ดังนั้น นอกจากการกำหนดขอบเขตการลงทุนครอบคลุมการลงทุนระยะยาว เช่น การลงทุนทางตรง (FDI) แล้ว ในส่วนการคุ้มครองการลงทุนอื่นๆ เช่น การลงทุนในหลักทรัพย์ (portfolio) เพื่อรองรับการขยายตัวของกระแสการลงทุนในหลักทรัพย์ โดยปกติจะเป็นประเด็นทางนโยบาย (policy issue) ที่รัฐควรเป็นผู้ตัดสินใจบนพื้นฐานของนโยบายว่า ต้องการส่งเสริม/คุ้มครอง สิทธิประโยชน์และ/หรือธุรกรรมประเภทใด รวมถึงต้องพิจารณาประเด็นอื่นๆ ร่วมด้วย เช่น ความรับผิดชอบต่อสังคมของ MNCs และอำนาจในการกำกับดูแล/ควบคุม ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องกำหนดเงื่อนไขและขอบเขตการคุ้มครองการลงทุนในหลักทรัพย์ให้ชัดเจน

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) EU-สิงคโปร์ และ EU-เวียดนาม ในแง่ของสาระสำคัญเหมือนกัน โดยมุ่งให้ความสำคัญต่อภาคีในการปฏิบัติต่อการลงทุนที่จะต้องเป็นการอนุเคราะห์ไม่ด้อยไปกว่าที่ตนให้ต่อนักลงทุนของตน

การเวนคืน (Expropriation) ข้อตกลงของ EU-สิงคโปร์ และ EU-เวียดนาม มีการระบุไว้ชัดเจนว่าการกระทำของรัฐประเภทใดที่เข้าข่ายเป็นการเวนคืน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ BITs ไทย-เยอรมนี ที่มีได้มีการระบุเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน จึงอาจมีผลทำให้การตีความความตกลงมีความคลุมเครือไปด้วย ในขณะที่ความตกลงอาเซียน เช่น อาเซียน-จีน อาเซียน-เกาหลีใต้ และอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ มีการระบุถึงการคุ้มครองการเวนคืน โดยหากจำเป็นต้องเวนคืนเพราะจุดประสงค์ทางสาธารณะ เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่เลือกปฏิบัติ ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยโดยพลัน เพียงพอและมีประสิทธิผล ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาการกระทำ/มาตรการของรัฐที่ถือว่าเทียบเท่าการเวนคืนให้ชัดเจน จะเป็นการช่วยลดความเสี่ยงที่จะถูกนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีเพื่อฟ้องเรียกค่าชดเชยได้

การโอน (Transfer) เมื่อเปรียบเทียบพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนในความตกลง IPA ของสหภาพยุโรปกับพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนในความตกลงต่างๆ ที่ผ่านมายังไทยแล้วพบว่า หลักการทั่วไปมีความเหมือนกัน กล่าวคือ มีการกำหนดประเภทของธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนซึ่งเข้าข่ายได้รับความคุ้มครองให้สามารถโอนเงินได้อย่างเสรี ไม่ล่าช้า อย่างไรก็ตาม ในกรณี EU-สิงคโปร์ มีการกำหนดข้อยกเว้นในการบังคับใช้ข้อบทนี้ด้วย ผู้วิจัยจึงเห็นว่า หากมีการเจรจาด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับ EU ในอนาคต ก็จำเป็นที่จะต้องกำหนดข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าว เพื่อสงวนสิทธิ์ในการกำหนดกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการโอนได้ ซึ่งจะมีผลต่อเสถียรภาพของระบบเศรษฐกิจ อัตราแลกเปลี่ยน และดุลการชำระเงินของประเทศ

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ การระงับข้อพิพาทที่ผ่านมายังไทยยังคงเป็นการใช้กลไก ISDS ในการระงับข้อพิพาท ขณะที่ EU-สิงคโปร์ และ EU-เวียดนาม กำลังมีการปฏิรูปไปสู่การใช้รูปแบบศาลการลงทุน ซึ่งเป็นประเด็นที่ไทยยังไม่เคยมีการรับ/มีพันธกรณีในเรื่องนี้มาก่อน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า หากมีการเจรจาการคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับ EU ในอนาคต ก็มีความเป็นไปได้อย่างมากที่ EU จะเสนอให้ใช้ระบบศาลลงทุนเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นประเด็นใหม่ในประเทศไทยควรจะต้องมีการเตรียมความพร้อมที่ดีเพื่อรับมือกับการเจรจาในเรื่องนี้ รวมถึงมีแนวทางในการเตรียมความพร้อมสำหรับรองรับระบบดังกล่าวในอนาคต (หากมี) เช่น การจัดเตรียมงบประมาณ การแต่งตั้งผู้ตัดสินถาวร การพัฒนาบุคลากรที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

จากการเปรียบเทียบพันธกรณีด้านการคุ้มครองการลงทุนข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เรื่องที่ไทยควรเร่งพิจารณาเตรียมการควรเน้นไปที่การแก้ไข ปรับปรุงรายละเอียดข้อบทด้านการคุ้มครองการลงทุนให้มีความชัดเจนและรัดกุมมากขึ้น เพื่อที่จะลดความเสี่ยงจะถูกลงทุนต่างชาติฟ้องร้องให้ได้มากที่สุด

6.4 ข้อกังวลภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

6.4.1 ประเด็นกังวลในกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐ (ISDS)

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐหรือ ISDS เป็นประเด็นที่ถกเถียงอยู่บ่อยครั้งในการเจรจาความตกลงการลงทุนต่างๆ เนื่องจากกลไก ISDS ที่ผ่านมามีปัญหาเรื่องข้อผูกพันที่มีความคลุมเครือ อาจเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติใช้แสวงหาประโยชน์โดยการนำรัฐเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยหวังค่าชดเชยจากรัฐ และทำให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถตีความได้กว้าง รวมทั้งคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะมีองค์คณะที่แตกต่างกัน การตีความในประเด็นเดียวกันจึงอาจไม่เหมือนกัน ส่งผลให้คำชี้ขาดบางกรณีไม่สอดคล้องกันและในทางปฏิบัติอาจมีผลจำกัดสิทธิของรัฐในการใช้มาตรการที่จำเป็นหรือนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศ โดยเฉพาะหากรัฐกังวลว่ามาตรการหรือนโยบายนั้นอาจส่งผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติอื่นจะทำให้มีความเสี่ยงที่นักลงทุนอาจใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกลไก ISDS กับรัฐได้ ซึ่งการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็น

กระบวนการที่ใช้เวลานานและค่าใช้จ่ายสูง สามารถประเมินได้ประมาณ 4 ล้านเหรียญสหรัฐต่อฝ่าย (ธนาคารแห่งประเทศไทย, 2557⁹⁵)

ภายในกระบวนการตัดสินขาดความโปร่งใส โดยส่วนใหญ่จะไม่มีเปิดเผยข้อมูลข้อพิพาทที่อยู่ระหว่างการดำเนินการตามกลไก ISDS สำหรับ ICSID ซึ่งอาจถือได้ว่ามีกระบวนการโปร่งใที่สุดจะเปิดเผยผลการพิจารณาชี้ขาดต่อสาธารณะ แต่ ICSID ก็ไม่ได้เปิดเผยผลการพิจารณาในทุกข้อพิพาท และไม่เปิดเผยข้อมูลที่แต่ละฝ่ายส่งให้กับคณะอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะ ในบางกรณีสาธารณชนอาจไม่ทราบว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นเลย

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่า สิ่งที่เป็นข้อกังวลนั้นจะประกอบไปด้วย การตีความทางกฎหมาย การแสวงหาผลประโยชน์จากการมีกลไก ISDS และการลดอำนาจของภาครัฐในการออกนโยบายด้านสาธารณะเพื่อเป็นประโยชน์ต่อประเทศ รวมถึงการขาดความโปร่งใสจากการเกิดข้อพิพาทที่สาธารณชนไม่สามารถรับรู้ได้ ซึ่งข้อกังวลเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ทำให้เกิดความเสียหายทั้งต่อทรัพย์สินที่รัฐอาจจะต้องเสียผลประโยชน์จากการจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนชาวต่างชาติหากมีการพิจารณาผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจริงว่านักลงทุนได้เกิดความเสียหายจากกฎเกณฑ์ของรัฐ และการสูญเสียอำนาจของภาครัฐในการออกกฎหมายและระเบียบต่างๆ

สหภาพยุโรปได้ตระหนักถึงปัญหาที่เกิดขึ้นของกลไกดังกล่าวเป็นอย่างดี จึงมีความพยายามที่จะปรับปรุงพัฒนาหลักเกณฑ์ของ ISDS ให้ชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁹⁶ ดังนี้

1. ความชัดเจนของข้อบท : โดยข้อบทที่สหภาพยุโรปจัดทำจะมีรายละเอียดสูงมากขึ้น โดยเฉพาะค่านิยามต่างๆ เพื่อสร้างความชัดเจน จากกรณีพิพาทต่างๆ ที่เคยเป็นข้อถกเถียง
2. เสริมสร้างความสมดุลระหว่างนักลงทุนกับรัฐ : ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ถูกนักลงทุนฟ้องร้องภายใต้ ISDS มากขึ้น จึงมีแนวคิดการสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของนักลงทุนกับรัฐที่เป็นผู้รับการลงทุน โดยเห็นว่ารัฐควรสามารถคงไว้ซึ่งสิทธิในการออกกฎระเบียบเพื่อประโยชน์สาธารณะ
3. ส่งเสริมกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) : เป็นหนึ่งวิธีในการระงับข้อพิพาทภายใต้ ISDS โดยให้มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย โดยสหภาพ ได้มีการกำหนดข้อบังคับให้คู่พิพาทต้องใช้ ADR ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดีแม้มีข้อกังวลต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงในข้างต้น แต่กลไก ISDS ยังคงมีความสำคัญในการเป็นกลไกที่สร้างความมั่นใจให้แก่การลงทุนต่างชาติว่า จะได้รับการคุ้มครอง ไม่ถูกกีดกัน หรือโดนละเมิดจากการออกนโยบายของรัฐ ซึ่งเป็นการส่งเสริมให้รัฐออกมาตราการหรือดำเนินนโยบายอย่างระมัดระวัง และมีความเป็นธรรม

⁹⁵ ธนาคารแห่งประเทศไทย. (2557). กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกลไก ISDS. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2563 จากเว็บไซต์ <https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/Highlights/ASEANCommunity/BankersTalk/Bankers%20Talk%20Vol%202022%20Issue%208.pdf>

⁹⁶ Parish, Matthew. (2012). International Courts and European Legal Order. 23(1), 141-153.

6.4.2 การปฏิรูประบบศาลการลงทุน

ปัจจุบันสหภาพยุโรปได้มีความพยายามในการปรับเปลี่ยนจากการใช้กลไก ISDS มาเป็นระบบศาลลงทุน (Investment Court System: ICS) ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้คู่เจรจาต้องปฏิรูปกระบวนการตัดสินข้อพิพาท ระบบ ICS มีรายละเอียดดังนี้

1) โครงสร้างระบบศาลการลงทุน

ระบบ ICS ประกอบด้วย 2 ชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์

ศาลชั้นต้น จะประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 3 ฝ่าย 1) จากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป 2) จากประเทศของรัฐภาคี และ 3) จากประเทศที่ 3 ซึ่งจำนวนผู้พิพากษาแตกต่างกันไปในแต่ละการเจรจา (สำหรับเวียดนามมีฝ่ายละ 3 คน ขณะที่สิงคโปร์มีฝ่ายละ 2 คน) โดยสาระสำคัญของศาลชั้นต้นมีดังนี้

1. ค่าตอบแทน: สมาชิกศาลจะทำงานเต็มเวลา โดยผู้พิพากษาได้รับค่าตอบแทนเป็นรายเดือนเพื่อเป็นการรับประกันในการทำงานกับศาล และได้รับค่าจ้างที่กำหนดสำหรับการทำงานในแต่ละวันซึ่งจะอ้างอิงตามข้อ 14(1) ของระเบียบบริหารและการเงินของอนุสัญญา ICSID หากกรณีจำเป็นที่ภาระงานสูง (คดีความในการตัดสินมาก) อาจโอนค่าธรรมเนียมตอบแทนและค่าใช้จ่ายอื่นๆ เป็นเงินเดือนปกติ

2. Divisions of Tribunal: ศาลจะพิจารณาคดีต้องประกอบด้วยสมาชิกสามฝ่าย ได้แก่ จากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จากประเทศของรัฐภาคี และจากประเทศที่สามซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานโดยจำนวนสมาชิกจะแตกต่างกันออกไปตามความตกลง การแต่งตั้งผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีขึ้นอยู่กับการหมุนเวียนซึ่งเป็นการสุ่มไม่สามารถคาดการณ์ได้

3. คุณสมบัติของผู้พิพากษา: กำหนดมาตรฐานที่สูงสำหรับคุณสมบัติผู้พิพากษา ซึ่งต้องมีความรู้พิเศษทั้งจากประสบการณ์จริง มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะมุ่งเน้นไปที่กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศ

4. มาตรฐานทางจริยธรรม: เพื่อป้องกันความกังวลที่เกิดขึ้นจากผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) ICS ได้กำหนดกฎมาตรฐานที่ห้ามไม่ให้สมาชิกศาลทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษา รวมถึงได้กำหนดข้อผูกพันทางจริยธรรมอื่น ๆ นั้นคือ การระบุงบรยาบรรณสำหรับอนุญาโตตุลาการและผู้สมัครเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์

ศาลอุทธรณ์ จะประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 3 ฝ่ายเช่นเดิม มีสมาชิกทั้งหมด 6 คน ฝ่ายละ 2 คน โดยคุณสมบัติของผู้พิพากษาจะต้องผ่านเกณฑ์คุณสมบัติที่สูงกว่าคุณสมบัติของสมาชิกในศาลชั้นต้น ทั้งนี้คุณสมบัติของสมาชิกศาลอุทธรณ์จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเชี่ยวชาญในกฎหมายระหว่างประเทศมหาชน และความเชี่ยวชาญในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยขั้นตอนของ ICS มีรายละเอียดดังนี้

1. การไกล่เกลี่ย: ข้อเสนอของสหภาพยุโรปสำหรับ ICS มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก รวมถึงการระงับข้อพิพาทฉันมิตร (Amicable Settlement) การไกล่เกลี่ยและการให้คำปรึกษาการไกล่เกลี่ยเป็นรูปแบบของ Alternative Dispute Resolution (ADR) โดยผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลที่อิสระจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งได้รับ

การคัดเลือกเพื่ออำนวยความสะดวกในการเจรจาและช่วยเหลือคู่กรณีในการโต้แย้งสำหรับการระงับข้อพิพาทชั้น
มิตรจะช่วยให้ทุกฝ่ายสามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยความสะดวก โดยเป็นขั้นตอนการแก้ไขข้อขัดแย้งก่อนที่จะหัน
ไปใช้การฟ้องร้อง การไกล่เกลี่ยมีประโยชน์ในเรื่องค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่น้อยกว่าการใช้ระบบศาล และเป็น
การรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจของแต่ละฝ่าย

2. การฟ้องร้อง: หากไม่สามารถยุติข้อพิพาทผ่านการปรึกษาหารือ นักลงทุนสามารถฟ้องร้องต่อศาล
ชั้นต้น ภายใต้กฎต่อไปนี้

- 1) อนุสัญญา ICSID
- 2) กฎอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL
- 3) กฎอื่นๆ ที่คู่พิพาทเห็นชอบร่วมกัน

3. กลไกการอุทธรณ์: ศาลอุทธรณ์ได้รับสิทธิในการตัดสินขั้นสุดท้าย หากการอุทธรณ์ได้รับการพิสูจน์แล้ว
ว่าจะต้องแก้ไขหรือย้อนกลับไปค้นหาข้อสรุปใหม่ซึ่งศาลอุทธรณ์สามารถแก้ไขหรือยกเลิกผลการตัดสินทั้งหมดหรือ
บางส่วนได้ อย่างไรก็ตามการตัดสินจะต้องระบุอย่างชัดเจนและแม่นยำเกี่ยวกับการแก้ไขข้อสรุปและข้อค้นพบที่
เกี่ยวข้อง หากไม่ชัดเจนจะต้องถูกส่งกลับไปยังศาลชั้นต้น หากศาลอุทธรณ์ปฏิเสธการอุทธรณ์คำตัดสินของศาล
ชั้นต้นก็จะถือเป็นที่สุด การอุทธรณ์จะทำได้หาก

- 1) ศาลผิดพลาดในการตีความหรือการใช้กฎหมายที่บังคับใช้
- 2) ศาลมีความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการใช้ข้อเท็จจริงรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
- 3) ระบุไว้ในข้อ 52 ของอนุสัญญา ICSID เท่าที่ไม่ครอบคลุม 1) และ 2) ได้แก่ ศาลไม่ได้ถูก
จัดตั้งขึ้นอย่างเหมาะสม, มีการทุจริตในส่วนของสมาชิกของศาลและการตัดสินล้มเหลวโดยศาล
อุทธรณ์ไม่เพียงแต่มีอำนาจวินิจฉัยแต่สามารถกลับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตาม
ข้อผิดพลาดของกฎหมาย

จากรายละเอียดที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าระบบ ICS เป็นระบบที่มีกล่าวถึงมาตรฐานจริยธรรม ซึ่ง
เป็นคุณลักษณะที่สร้างความโปร่งใสและเป็นธรรมมากขึ้น แตกต่างจากกลไก ISDS ที่มีลักษณะการไกล่เกลี่ยผ่าน
องค์คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจเกิดผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) นอกจากนี้ระบบดังกล่าวยังมี
ระบบศาลอุทธรณ์จะทำให้รัฐมีโอกาสหาข้อเท็จจริงรวมถึงข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อนโยบายต่างๆ ที่มีอยู่ ซึ่งระบบ
ดังกล่าวกลไก ISDS ไม่ได้กล่าวถึง

นอกจากนี้การปรับเปลี่ยนเป็นระบบ ICS เป็นการดำเนินการหนึ่งของทางฝั่ง EU เพื่อที่จะผลักดันให้เกิด
Multilateral Investment Court (MIC) โดยโครงสร้างขององค์กรระหว่างประเทศอย่าง MIC จะประกอบไปด้วย⁹⁷

1. ฝ่ายรับผิดชอบการแต่งตั้งผู้พิพากษา และฝ่ายกำหนดงบประมาณ นอกจากนี้ยังสามารถนำกฎหมาย
รองที่จำเป็นมาใช้ในกฎกระบวนการเฉพาะคำตอบแทนของผู้พิพากษาและกฎสำหรับการเพิ่มจำนวนผู้พิพากษา

⁹⁷Bungenberg, M., & Reinisch, A. (2018). From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-state Dispute Settlement. Springer.

2. คณะผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจะต้องมีคุณสมบัติสูง มีความรู้ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายมหาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมถึงความเป็นอิสระของการเป็นผู้พิพากษาถาวร ขั้นตอนในการแต่งตั้งผู้พิพากษาจะต้องเหมาะสมเป็นไปตามที่ MIC กำหนด

3. สำนักเลขาธิการจะทำหน้าที่ให้การสนับสนุนผู้พิพากษา ดูแลกระบวนการ จัดทำคำแปล และรับผิดชอบงานประชาสัมพันธ์ของศาล สำนักเลขาธิการมีความสำคัญต่อความโปร่งใสของ MIC

นอกจากนี้ยังสามารถจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษาการลงทุนในฐานะหน่วยงานอิสระ และสามารถสนับสนุนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และประเทศกำลังพัฒนา โดยการป้องกันและระงับข้อพิพาท และเสนอคำแนะนำทางกฎหมายในระหว่างการอนุญาโตตุลาการ

2) ข้อกังวลต่อระบบศาลการลงทุน

อย่างไรก็ดีในการปรับเปลี่ยนมาเป็นระบบ ICS และ MIC นี้ยังมีข้อกังวลที่ควรมีการพิจารณาอยู่ ได้แก่ การปรับระบบให้เป็นลักษณะถาวร จะสร้างความโปร่งใสในการตัดสินของผู้พิพากษาได้หรือไม่ เนื่องจากผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งอาจต้องตัดสินให้เกิดประโยชน์ต่อรัฐที่มีอำนาจในการแต่งตั้ง ซึ่งอาจมีผลต่อตำแหน่งของพวกเขาในอนาคต ทำให้การปฏิรูปดังกล่าวไม่เป็นผลดีและมีแนวโน้มไม่เป็นกลางต่อนักลงทุน (Sucharitkul, 2018⁹⁸) และการเพิ่มขึ้นของกระบวนการอุทธรณ์ ซึ่งการอุทธรณ์มีข้อดีของการมีประสิทธิภาพในการลดโอกาสของการตัดสินที่ไม่ถูกต้องและคู่กรณีไม่จำเป็นต้องส่งข้อพิพาทต่อศาลใหม่ สามารถทำหน้าที่เป็นกลไกการควบคุมคุณภาพ แต่อย่างไรก็ตาม กลไกการอุทธรณ์อาจส่งผลให้ขั้นตอนนานขึ้นและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับอนุญาโตตุลาการแบบครั้งเดียวในอดีต ซึ่งการเข้าถึงกลไกการอุทธรณ์จึงเหมาะกับประเทศขนาดใหญ่ บริษัทข้ามชาติและประเทศพัฒนาแล้วเท่านั้น มากกว่าจะเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และประเทศกำลังพัฒนา (Ning and Qi, 2018⁹⁹)

การเปลี่ยนแปลงทั้งระบบ ICS และ MIC ทำให้ภาครัฐต้องคำนึงถึงงบประมาณ/ค่าใช้จ่ายสำหรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว (นอกจากค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากกระบวนการอุทธรณ์) ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งสถานที่ถาวรเพื่อใช้เป็นสำนักงานและเพื่อการพิจารณาคดี และการจ้างบุคลากรประจำทั้งเจ้าหน้าที่และผู้พิพากษา จึงทำให้ต้องมีการจัดสรรเป็นงบประมาณประจำปี

การประมาณการงบประมาณสำหรับ ICS การคำนวณงบประมาณประจำปีได้มีงานศึกษาของ European Commission (2017)¹⁰⁰ ที่ได้ประมาณการไว้ ค่าใช้จ่ายของ ICS หลักๆ คือค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ต้องมีการจ่ายให้กับผู้พิพากษา (Adjudicator) และสำนักเลขาธิการ (Secretariat) ทุกๆ ปี โดยตัวอย่างในการคำนวณได้ กำหนดไว้ 3 กรณี ได้แก่

⁹⁸ Sucharitkul, Vanina. (2018). THE EUROPEAN INVESTMENT COURT SYSTEM : A FALSE GOOD IDEA? <https://jla.coj.go.th/th/file/get/file/20190508e37f870ea9e2090d979704b3e97b4639152641.pdf>

⁹⁹ Ning, H., and Qi, T. (2018). Multilateral Investment Court: The Gap Between the EU and China. *The Chinese Journal of Global Governance*, 4(2), 154-175.

¹⁰⁰ European Commission. (2017). COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT: Multilateral reform of investment dispute resolution. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN>

- กรณีที่ 1 ไม่มีคดีความ
- กรณีที่ 2 มี 1 คดีความแต่มีการพิจารณาเฉพาะศาลชั้นต้น
- กรณีที่ 3 มี 1 คดีความและมีการพิจารณาทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์

ผลการประมาณการในแต่ละกรณีแสดงดังตารางที่ 112

ตารางที่ 112 ผลการประมาณการระบบ ICS

กรณี	รายละเอียดการคำนวณ	ค่าใช้จ่ายต่อปี	
		หน่วย: ยูโร	หน่วย: บาท
กรณีที่ 1 ไม่มีคดีความ	คำนวณเฉพาะค่าตอบแทนรายเดือนของผู้พิพากษาเท่านั้น	678,312	23,740,920
กรณีที่ 2 มี 1 คดีความแต่มีการพิจารณาเฉพาะศาลชั้นต้น	คำนวณค่าตอบแทนรายเดือนของผู้พิพากษารวมกับค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินการในศาลชั้นต้นและค่าใช้จ่ายดำเนินการที่ให้กับสำนักเลขาธิการ	1,188,408	41,594,280
กรณีที่ 3 มี 1 คดีความและมีการพิจารณาทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์	คำนวณค่าตอบแทนรายเดือนของผู้พิพากษารวมกับค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินการในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ และค่าใช้จ่ายดำเนินการที่ให้กับสำนักเลขาธิการ	1,418,505	49,647,675

หมายเหตุ: จำนวนที่อัตราแลกเปลี่ยน 1 ยูโรเท่ากับ 35.00 บาท

จากการประมาณการงบประมาณของ ICS ข้างต้น พบว่า หากสมมติให้มี 1 คดีความต่อปี ค่าใช้จ่ายสูงสุดที่เกิดขึ้นได้ประมาณ **1.4 ล้านยูโรต่อปี** หรือประมาณ **50 ล้านบาทต่อปี** เมื่อคำนวณแบ่งครึ่งระหว่างสหภาพยุโรปและประเทศคู่เจรจา ค่าใช้จ่ายที่แต่ละประเทศต้องเสียสำหรับ ICS จึงเท่ากับประมาณ **7 แสนยูโรต่อปี** หรือ **25 ล้านบาทต่อปี** ซึ่งเป็นงบประมาณที่คาดว่าจะรัฐบาลไทยต้องจัดเตรียมในแต่ละปี

การประมาณการงบประมาณสำหรับ MIC งานศึกษาของ European Commission (2017) ได้ประเมินไว้เช่นกัน ซึ่งเป็นการประเมินด้วยวิธีคิดค่าเฉลี่ย (average)¹⁰¹ กับค่าใช้จ่ายของศาลระหว่างประเทศอื่นๆ ได้แก่ The International Court of Justice (ICJ), The International Criminal Court (ICC), The Appellate Body of the WTO (AB WTO), The Court of Justice of the European Union (CJEU), The International Tribunal of the Law of the Sea (ITLOS) และ The European Court of Human Rights (ECtHR)

¹⁰¹ การเฉลี่ยดังกล่าวยังไม่ได้มีการคำนึงลักษณะที่ต่างกันของแต่ละศาล เช่น ภาระงาน จำนวนภาคีสัญญา เป็นต้น ดังนั้นค่าเฉลี่ยดังกล่าวจึงอาจไม่ใช่ค่าเฉลี่ยที่ดีที่สุดที่สะท้อนค่าใช้จ่ายในการดำเนิน MIC แต่ถึงกระนั้นตัวเลขเฉลี่ยที่ได้สามารถใช้งบประมาณการเบื้องต้นได้

ผลการประมาณการแสดงดังตารางที่ 113

ตารางที่ 113 ผลการประมาณการระบบ MIC

กรณี	รายละเอียดการคำนวณ*	ค่าใช้จ่ายต่อปี	
		หน่วย: ยูโร	หน่วย: บาท
ค่าตอบแทนสำหรับผู้พิพากษา	ผู้พิพากษาชั้นต้น 9 คน ผู้พิพากษาชั้นอุทธรณ์ 5 คน	3,998,246	139,938,610
ค่าใช้จ่ายสำหรับเจ้าหน้าที่	ผู้พิพากษา 1 คนจำเป็นต้องมีเจ้าหน้าที่ช่วยเหลืออย่างน้อย 3 คน ได้แก่ ผู้ช่วยด้านกฎหมาย 1 เลขานุการ 1 คน นักแปล 1 คน จึงได้เท่ากับ 42 คน	5,892,600	206,241,000
รวม		9,890,846	346,179,610

หมายเหตุ: * อิงจาก European Commission (2017)

คำนวณที่อัตราแลกเปลี่ยน 1 ยูโรเท่ากับ 35.00 บาท

จากการประมาณการงบประมาณของ MIC ข้างต้น พบว่า ค่าใช้จ่ายทั้งหมดรวมอยู่ที่ประมาณ **10 ล้านยูโรต่อปี** หรือประมาณ **350 ล้านบาทต่อปี** ซึ่งจากการรวบรวมข้อมูลจากงานศึกษาของ European Commission (2017) และงานศึกษาของ Burgenberg&Reinisch (2018) พบว่า MIC จะมีประเทศที่เป็นสมาชิกทั้งหมดประมาณ 40 - 44 ประเทศ โดย 28 ประเทศคือประเทศจากสหภาพยุโรป ที่เหลือ 12 - 16 ประเทศ เป็นจำนวนประเทศที่คาดว่าจะเข้าร่วมกับ MIC โดยมาจากประเทศในกลุ่มรายได้สูง ประเทศในกลุ่มรายได้ปานกลางระดับสูง (upper-middle) และประเทศในกลุ่มรายได้ปานกลางระดับต่ำ (lower middle income) การแบ่งค่าใช้จ่ายรายประเทศสมาชิกจะเป็นไปตามหลักของ International Monetary Fund (IMF) ซึ่งขึ้นอยู่กับฐานะทางการเงินของประเทศนั้นๆ แต่อย่างไรก็ดีหากคำนวณค่าเฉลี่ยอย่างง่าย เฉลี่ยแต่ละประเทศสมาชิกเท่ากันจะอยู่ที่ประมาณ **2.2 - 2.5 แสนยูโรต่อปี** หรือประมาณ **7.9 - 8.6 ล้านบาทต่อปี**

ค่าใช้จ่ายทั้ง ICS และ MIC ได้ทำให้ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมีแนวโน้มสูงขึ้น เนื่องจากเป็นค่าใช้จ่ายประจำปี (เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นโดยเฉพาะกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทในปีนั้นๆ) และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการมีอยู่ของศาลอุทธรณ์ แต่ค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะเป็นการแลกมาซึ่งความมีประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (การตัดสินที่ไม่ล่าช้า ความโปร่งใสที่อาจเพิ่มขึ้น และการเปิดโอกาสให้แก่ไขการตัดสินของศาลที่ผิดพลาด) อย่างไรก็ตามสหภาพยุโรปมีแนวโน้มที่จะเจรจาให้กระบวนการระงับข้อพิพาทให้อยู่ในรูปแบบ ICS มากกว่าระบบอนุญาโตตุลาการ ISDS ที่เคยใช้ในอดีต ดังนั้นภาครัฐจึงจำเป็นต้องจัดเตรียมงบประมาณรายปีตามประมาณการค่าใช้จ่ายที่ได้คำนวณไว้ในข้างต้น เพื่อรองรับระบบ ICS และ MIC