



ปกิณกะกฎหมาย

คดีอนุญาโตตุลาการเหมืองชาตรี:

คิงส์เกตและประเทศไทย

Chatree Mine Arbitration:

Kingsgate v. Thailand

อำนาจ ตั้งศิริพิมาน[†]

อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Amnart Tangkiriphimarn

Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University

บทนำ

เมื่อวันที่ 18 มีนาคม 2562 บริษัทคิงส์เกต คอนโซลิเตเต็ด ลิมิเต็ด ประเทศออสเตรเลีย (“บริษัทคิงส์เกต”) ได้เผยแพร่เอกสารชี้แจงว่าบริษัทสามารถตกลงประนีประนอมยอมความข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประกันความเสี่ยงภัยทางการเมือง (political risk insurance) กับผู้รับประกันภัยได้แล้ว โดยผู้รับประกันภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทคิงส์เกตเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 58.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 82 ล้านบาทออสเตรเลีย)¹ พลันที่เอกสารดังกล่าวปรากฏต่อสาธารณะ คดีอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัทคิงส์เกตและประเทศไทยก็กลับมาอยู่ในความสนใจของสาธารณชนอีกครั้งหนึ่ง ประเด็นที่ได้รับความสนใจและมีการถกเถียงกันในวงกว้างนั้นคือหาก

[†] น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. and J.S.D. Yale Law School

¹ Ross Smyth-Kirk, “Kingsgate Settles Political Risk Insurance Proceedings for More than A\$82 Million,” Kingsgate, (18 March 2016) accessed 24 April 2019, from <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2019/03/1911046.pdf>.

ประเทศไทยแพ็คดี ใครจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในท้ายที่สุด² ดังที่ทราบกันเป็นการทั่วไปว่ามูลเหตุข้อพิพาทที่สำคัญของคดีนี้คือการใช้อำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ของหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) สั่งให้หน่วยงานของรัฐ “ระงับการอนุญาตให้สำรวจและทำเหมืองแร่ทองคำ” และ “ให้ผู้ประกอบการที่ได้รับประทานบัตรและใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ระงับการประกอบกิจการไว้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2560 เป็นต้นไป”³

บทความปกิณกะฉบับนี้จะอธิบายหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีอนุญาตตุลาการ Kingsgate Consolidated Limited and Kingsgate Capital Pty Ltd, v. The Kingdom of Thailand (Kingsgate v. Thailand) ในเบื้องต้น

1. อะไรคืออนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ?

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศในอดีต องค์ภาวะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย (subject) คงจำกัดเพียงรัฐและองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น โดยปัจเจกชน (และนิติบุคคลเอกชน) เป็นเพียงวัตถุแห่งสิทธิ (object) ไม่สามารถที่จะใช้สิทธิในทางระหว่างประเทศด้วยตนเองได้ ส่งผลให้ปัจเจกชนไม่สามารถฟ้องคดีเป็นคดีระหว่างประเทศเพื่อรักษาสหสิทธิของตนเองได้โดยตรง⁴ และมีเพียงสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐของตนให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) เท่านั้น⁵ อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ประชาคมระหว่างประเทศได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนข้ามชาติ เพื่อกระตุ้นให้เกิดการเคลื่อนย้ายและจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพ⁶ ในการนี้ประเทศต่าง ๆ ได้ตกลงเข้าทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อ

² “จ่อ ‘ล้มละลาย’ ถ้าไม่ไ้จนท.รัฐ! ‘ธีระชัย’ ชื่อนาคต ‘บิ๊กตู’ ปมบ.ออสซีฟ้องออกคำสั่งคสช.ปิดเหมือง,” แนวหน้า (22 มีนาคม 2562) เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2562, จาก <https://www.naewna.com/politic/403245>

³ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 72/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหามลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ, 13 ธันวาคม 2559.

⁴ Cf Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp.48 – 55 ซึ่งเสนอว่าไม่ควรจะมีการแบ่งแยกองค์ภาวะในทางกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น ผู้ทรงสิทธิและวัตถุแห่งสิทธิ เพราะในความเป็นจริงทุกองค์ภาวะในทางกฎหมายระหว่างประเทศล้วนเป็นผู้มีส่วนร่วม (participant) ในการกำหนด เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกฎหมายทั้งสิ้น โดยในความคิดของ Higgins ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากสำนักกฎหมายระหว่างประเทศ New Haven แห่งมหาวิทยาลัยเยล กฎหมายหรือความคาดหวังในทางบรรทัดฐาน (normative expectation) ทั้งหมดล้วนแล้วแต่เป็นผลผลิตของกระบวนการการตัดสินใจ (decision-making process) ของผู้มีส่วนร่วมในสังคมทั้งสิ้น.

⁵ ดู Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad: The Law of International Claims*, (New York: Banks Law Publishing Co, 1915).

⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.5; Bishop RD, Crawford J and Reisman WM, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, 2nd edition, (Alphen aan deen Rijn: Kluwer Law International,



ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นจำนวนมากในรูปแบบต่าง ๆ⁷ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaty หรือ BIT)⁸ สนธิสัญญาการลงทุน พหุภาคี (multilateral investment treaty)⁹ หรือบทว่าด้วยการลงทุนในข้อตกลงเขตการค้าเสรี (investment chapter in free trade agreement)¹⁰ ซึ่งภายใต้สนธิสัญญาเหล่านี้มักจะมีข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐรวมอยู่ด้วย เช่น มาตรา 917(2)(b) ของสนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยและออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement หรือ TAFTA) ระบุว่า ในกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีหนึ่งและนักลงทุนของรัฐภาคีหนึ่ง “ไม่สามารถระงับด้วยวิธีการปรึกษาหารือหรือการเจรจา ข้อพิพาทดังกล่าวอาจได้รับการตัดสิน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับทางเลือกของนักลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ไม่อิงสถาบันซึ่งตั้งขึ้นตามระเบียบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ”¹¹ บทบัญญัติในลักษณะนี้มักถูกเรียกว่า “บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ” หรือ “investor-state dispute settlement clause” (ISDS clause)

และด้วยผลของมาตรา 917(2)(b) แห่ง TAFTA นี้เองที่เป็นมูลเหตุให้บริษัทคิงส์เกตซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติออสเตรเลียสามารถนำคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนในเหมืองชาตรีมาฟ้องประเทศไทยเป็นคดีอนุญาโตตุลาการได้ จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวประเทศไทยไม่เคยเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยตรงกับบริษัทคิงส์เกตเลย¹² แต่บริษัทคิงส์เกตอาศัยข้อตกลงในทางระหว่างประเทศที่

2014), pp.8 – 9 ; John Williamson, “What Washington Means by Policy Reform,” accessed 24 April 2019, from <https://piie.com/commentary/speeches-papers/what-washington-means-policy-reform>.

⁷ UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: International Investment Agreements, accessed 24 April 2019, from <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA>. นับจนถึงปัจจุบัน รัฐต่าง ๆ ได้ทำการตกลงนามในสนธิสัญญาลักษณะดังกล่าวเป็นจำนวนกว่า 3,000 ฉบับ.

⁸ เช่น Treaty Between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, became effective on 20 October 2004 (“Thailand-Germany BIT”).

⁹ เช่น Energy Charter Treaty, became effective on 16 April 1998 (“ECT”).

¹⁰ เช่น Chapter 9 of Thailand-Australia Free Trade Agreement, became effective on 1 January 2005 (“TAFTA”); Chapter 9 of Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, became effective on 30 December 2018 (“CPTPP”).

¹¹ มาตรา 917(2)(b) บัญญัติว่า:

“ 2. If the dispute [between a Party and an investor of the other Party relating to a covered investment] cannot be resolved through consultations and negotiations, the dispute may, at the choice of the investor, be:

[...]

(b) resolved by an international ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).”

¹² ซึ่งต่างไปจากคดีอนุญาโตตุลาการที่หน่วยงานราชการของไทยเป็นผู้ถูกฟ้องในคดีอื่น ๆ เช่น คดีไฮโปเวลล์ ที่บริษัทไฮโปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ฟ้องกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ตามสัญญาสัมปทานซึ่งมีการระบุข้อตกลง

ทำขึ้นระหว่างประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียเป็นฐานในการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ¹³

2. ข้อพิพาทเหมืองชาตรี

การบริหารจัดการเหมืองแร่ในประเทศไทยเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น เจ้าหน้าที่รัฐ (กระทรวงอุตสาหกรรม) ผู้ประกอบการ และประชาชนในพื้นที่มาเป็นระยะเวลานานแล้ว¹⁴ ข้อพิพาทเหมืองชาตรีที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของความขัดแย้งดังกล่าวเท่านั้น

เหมืองชาตรีตั้งอยู่บริเวณภาคกลางตอนบนของประเทศไทยในพื้นที่เขตจังหวัดพิจิตร เพชรบูรณ์ และพิษณุโลก ทั้งนี้บริษัทคิงส์เกตได้อธิบายในเว็บไซต์ของบริษัทว่าเหมืองดังกล่าวเป็นสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิดรายได้ที่สำคัญของบริษัทในช่วงปี พ.ศ. 2558 โดยผลิตแร่ทองคำได้ทั้งหมด 125,094 ออนซ์ และแร่เงินเป็นจำนวน 850,003 ออนซ์¹⁵ โดยบริษัทอัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) (“บริษัทอัครา”) ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัทคิงส์เกตที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ได้รับใบอนุญาตประทานบัตรให้ดำเนินการกิจการเหมืองชาตรีเป็นระยะเวลา 20 ปี โดยบริษัทอัคราได้เริ่มดำเนินการผลิตเชิงพาณิชย์ที่เหมืองแร่ทองคำชาตรีได้ตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน 2544 และเหมืองแร่ทองคำชาตรีเหนือตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน 2551¹⁶ ทั้งนี้ ในระหว่างที่มีการดำเนินการ ก็เกิดกรณีกระทบกระทั้งกับประชาชนที่อาศัยอยู่โดยรอบบริเวณเหมืองอยู่เป็นระยะ ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพและสิ่งแวดล้อมจากการทำเหมือง¹⁷

ในวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้ทำการพิจารณาการต่อใบอนุญาตประกอบโลหกรรมเหมืองแร่ทองคำชาตรีของบริษัทอัครา ซึ่งจะหมดอายุในวันที่ 13 พฤษภาคม 2559 และมีมติ “ให้ต่ออายุใบอนุญาตประกอบโลหกรรมไปจนถึงสิ้นปี 2559 เพื่อให้สามารถนำแร่ที่เหลืออยู่ไปใช้ประโยชน์ได้ พร้อมทั้งให้บริษัท อัคราฯ เร่งดำเนินการปิดเหมืองและฟื้นฟูพื้นที่ที่ผ่านการทำเหมืองให้เป็นไปตามเงื่อนไขการอนุญาต” และ “ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดูแลประชาชนและบรรเทา

ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะในสัญญาสัมปทาน ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 221-223/2562.

¹³ ในทางวิชาการ มีการเรียกกระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ว่า “arbitration without privity” ดู Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity,” *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, 232 (1995).

¹⁴ ดู แม้นวาด ภูษธร ณ อยุธยา, “เหมืองแร่ทองคำ สองทศวรรษไม่เคยมี ประชาชนในสายตา,” *ประชาไท* (13 กุมภาพันธ์ 2558) เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2562, จาก <https://prachatai.com/journal/2015/02/57911>.

¹⁵ Kingsgate Consolidated Limited, Chatree Operations: Overview, accessed 24 April 2019, from <http://www.kingsgate.com.au/chatree-operations/>.

¹⁶ บริษัทอัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน), “เอกสารสรุปข้อเท็จจริง,” (9 กันยายน 2557), อัครา รีซอร์สเซส, เข้าถึงเมื่อ 24 เมษายน 2562, จาก http://www.akararesources.com/upload/20140909-akara-factsheet.pdf?fbclid=IwAR04jgLF3gnQ4bBqgWv7cYfUnt-UW0enQIIX_uzK711OXztUTZ4B54WG-cg.

¹⁷ แม้นวาด ภูษธร ณ อยุธยา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*.

ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นภายหลังสิ้นสุดการประกอบกิจการเหมืองแร่และโลหกรรมของบริษัท อัคราฯ” โดยมีหน่วยงานที่รับผิดชอบคือ กระทรวงอุตสาหกรรม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงสาธารณสุข และกระทรวงแรงงาน¹⁸ โดยในวันเดียวกันนั้น พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้ให้สัมภาษณ์หลังประชุมคณะรัฐมนตรีว่า “สิ้นธันวาคมปีนี้จะต้องไม่มีเหมืองทองคำอีกต่อไป จนกว่าจะชัดเจน วันนี้ก็ตรวจสอบตั้ง 5 หน่วยงาน กรรมการ 5 ฝ่ายลงไป ก็ไปพิจารณาเอาเอง”¹⁹ และต่อมาในวันที่ 13 ธันวาคม 2559 พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชาในฐานะหัวหน้า คสช. ได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 72/2559 ซึ่งระบุว่า:

โดยที่ได้มีการร้องเรียนและคัดค้านการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำเนื่องจากการประกอบ กิจการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน โดยเฉพาะปัญหาความขัดแย้ง ของประชาชนในพื้นที่โครงการทำเหมืองแร่ทองคำหลายแห่ง ซึ่งยังต้องรอการตรวจสอบ วิเคราะห์ และวินิจฉัยในข้อเท็จจริงและปัญหา จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันและระงับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน รวมทั้งกำหนดมาตรการในการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม และสุขภาพของประชาชนและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อย รวมทั้งส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ

[...]

ข้อ ๒ ให้ผู้มีอำนาจในการออกอาชญาบัตร ประทานบัตร และใบอนุญาตประกอบโลหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยแร่ ระงับการอนุญาตให้สำรวจและทำเหมืองแร่ทองคำ รวมถึงการต่ออายุ ประทานบัตรเหมืองแร่ทองคำและการต่ออายุใบอนุญาตประกอบโลหกรรมแร่ทองคำไว้จนกว่า คณะกรรมการจะมีมติเป็นอย่างอื่น

ข้อ ๓ ให้ผู้ประกอบกิจการที่ได้รับประทานบัตรและใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำระงับการประกอบกิจการไว้ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๐ เป็นต้นไป จนกว่าคณะกรรมการจะมีมติเป็นอย่างอื่น แต่ทั้งนี้ ผู้ประกอบกิจการดังกล่าว ยังคงมีหน้าที่ในการฟื้นฟูพื้นที่ตามมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่กำหนดไว้ในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ไม่ว่าพื้นที่ประทานบัตรจะอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานใดก็ตาม

¹⁸ “กรมสั่งปิดเหมืองชาตรี นายกฯ สิ้นสิ้นปีนี้จะไม่มีเหมืองทองคำอีกต่อไป – ‘อัครา’ งง! ประทานบัตรถึง 2571,” นักรข่าว พลเมือง สถานีโทรทัศน์ไทยพีบีเอส, (2559) เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2562, จาก <https://www.citizenthaipbs.net/node/9600>; ทั้งนี้ ณ เวลาที่เขียนบทความฉบับนี้ ไม่ปรากฏมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 พฤษภาคม 2559 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวในเว็บไซต์ของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี <http://www.cabinet.soc.go.th>.

¹⁹ “‘บิ๊กตู่’ สั่งยุติสัญญาเหมืองทอง ‘อัครา’ สิ้น สิ้นปีนี้จะไม่มีเหมืองแร่ทองคำอีกต่อไป,” ประชาชาติธุรกิจ (10 พฤษภาคม 2559), เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2562, จาก https://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1462868533.

3. ท่าทีและมาตรการตอบโต้ของบริษัทอัคราและบริษัทคิงส์เกต

ในวันที่ 12 พฤษภาคม 2559 บริษัทอัคราได้เผยแพร่เอกสารข่าวประชาสัมพันธ์แจ้งว่าบริษัทประหลาดใจต่อมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 “แต่ก็เข้าใจถึงเหตุผลของการตัดสินใจดังกล่าวว่าเป็นไปเพื่อลดความขัดแย้งด้านผลกระทบที่มีต่อสุขภาพ และสิ่งแวดล้อมของชาวบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณรอบเหมืองแร่ทองคำชาติริ แม้จะยังไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์” ที่ชัดเจน และเรียกร้องให้ “ภาครัฐหาข้อสรุปด้านสุขภาพและสิ่งแวดล้อมให้กระจ่างตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย”²⁰ ต่อมาในวันที่ 28 ตุลาคม 2559 บริษัทอัคราได้ทำการยื่นคำร้องขอต่ออายุใบอนุญาตประกอบโลหกรรมอีกครั้ง²¹ แต่ก็ไม่ได้รับการตอบรับในทางบวกจากกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่แต่อย่างใด²²

ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้คำสั่งหัวหน้า คสช. ที่ 72/2559²³ บริษัทคิงส์เกตได้ติดต่อกับรัฐบาลไทยเพื่อพยายามหาทางออกเป็นระยะ ๆ จนกระทั่งในวันที่ 3 เมษายน 2560 บริษัทได้ประกาศว่าจะทำการแสวงหามาตรการเยียวยาซึ่งรวมไปถึงการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากรัฐบาลไทยภายใต้บริบทของ TAFTA โดยบริษัทแจ้งว่าจะเริ่มกระบวนการปรึกษาหารือเพื่อระงับข้อพิพาทกับประเทศไทยเป็นระยะเวลาอย่างน้อยสามเดือนก่อนที่จะทำการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป²⁴ และในวันที่ 2 พฤศจิกายน 2560 บริษัทได้ประกาศว่า เนื่องจากการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทที่ผ่านมาไม่ประสบความสำเร็จ บริษัทจึงได้ตัดสินใจฟ้องประเทศไทยเป็นคดีอนุญาโตตุลาการ²⁵

²⁰ บริษัทอัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน), “อัคราฯ ขอความเป็นธรรม วอนภาครัฐหาความจริง ยืนยันให้ความร่วมมือทุกด้าน พร้อมเดินหน้าให้ความรู้ เพื่อลดความขัดแย้ง,” ข่าวประชาสัมพันธ์ (12 พฤษภาคม 2559), เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2562, จาก <http://www.akararesources.com/th/open/post/1241/attachment>.

²¹ Greg Foulis, “Update on Chatree Gold Mine Metallurgical Licence,” Kingsgate, (28 October 2016) accessed 24 April 2019, from http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2016/10/KCN_MetLicenceRenewal_Oct16.pdf.

²² Greg Foulis, “Update on Chatree Gold Mine Metallurgical Licence,” Kingsgate, (2 December 2016) accessed 24 April 2019, from http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2016/12/ChatreeMetLicenceUpdate_2Dec16.pdf.

²³ Greg Foulis, “Thai Government Clarifies its Position,” Kingsgate, (14 December 2016) accessed 24 April 2019, from <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2016/12/Thai-Govt-Clarifies-Position-141216.pdf>.

²⁴ Greg Foulis, “Kingsgate Commences Claim Against Thailand,” Kingsgate, (3 April 2017) accessed 24 April 2019, from <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/04/1661248.pdf>.

²⁵ Ross Smyth-Kirk, “Commencement of Arbitration Against Thailand,” Kingsgate, (2 November 2017) accessed 24 April 2019, from http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/11/KCN_Arbitration_2Nov17.pdf.



4. กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบหนึ่งที่มีพื้นฐานตั้งอยู่บนความยินยอม (consent) ของคู่พิพาทที่จะทำการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวแทนที่จะนำคดีพิพาทไปฟ้องร้องต่อกระบวนการยุติธรรมของรัฐตามกฎหมาย ในกรณีของคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัทคิงส์เกตและประเทศไทย ความยินยอมของประเทศไทยสามารถพบได้ใน TAFTA ที่มีการระบุไว้ในมาตรา 917 ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐไทยและนักลงทุนสัญชาติออสเตรเลียที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่ทำขึ้นในประเทศไทย ให้นักลงทุนสัญชาติออสเตรเลียมีสิทธิฟ้องประเทศไทยเป็นคดีอนุญาโตตุลาการได้ และความยินยอมของบริษัทคิงส์เกตก็มีที่มาจากการแสดงเจตนาว่าจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

เมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เริ่มขึ้นแล้ว คู่พิพาทจะต้องทำการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (arbitral tribunal) ขึ้นมาเพื่อตัดสินข้อพิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนในลักษณะนี้ ส่วนใหญ่ (รวมถึงคดีนี้ด้วย) จะมีอนุญาโตตุลาการ (arbitrator) เป็นสมาชิกขององค์คณะทั้งสิ้น 3 คน โดยคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาฝ่ายละ 1 คน (party-appointed arbitrator) หลังจากนั้นจะมีการตกลงกันเลือกสมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการอีก 1 คนเพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ (presiding arbitrator)²⁶ โดยในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ อาจจำเป็นต้องให้บุคคลภายนอกเข้ามามีบทบาทในการแต่งตั้งประธานอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการทุกคนมีหน้าที่ต้องพิจารณาคดีอย่างเป็นอิสระและเป็นกลางโดยไม่พิจารณาว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการผู้นั้นขึ้นมา²⁷

โดยในคดีนี้ฝ่ายบริษัทคิงส์เกต (ผู้ร้อง หรือ claimant) ได้แต่งตั้งนาย Neil Kaplan สัญชาติสหราชอาณาจักร อดีตผู้พิพากษาศาลฎีกาของฮ่องกงเป็นอนุญาโตตุลาการ และฝ่ายไทย (ผู้ถูกร้อง หรือ respondent) ได้แต่งตั้งนาย J. Christopher Thomas หนายความสัญญาติแคนาดาเป็นอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่อาจตกลงกันได้ว่าจะแต่งตั้งใครเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ เลขาธิการของศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration) จึงเข้ามามีบทบาทในกระบวนการแต่งตั้งดังกล่าว²⁸ และนำไปสู่การแต่งตั้งนาย Laurent Lévy หนายความสัญญาติสวิตเซอร์แลนด์ เป็นประธานอนุญาโตตุลาการในท้ายที่สุด²⁹ ทั้งนี้ในส่วนของที่ปรึกษากฎหมายนั้น

²⁶ โดยการตกลงกันนี้อาจจะเป็นการตกลงกันระหว่างคู่พิพาทโดยตรง หรือการตกลงกันระหว่างอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายแต่งตั้งก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการและกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง.

²⁷ ดู พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 19.

²⁸ Articles 6 – 8 of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules (1976).

²⁹ Luke Eric Peterson, “Levy, Kaplan and Thomas Selected to Hear New UNCITRAL BIT Arbitration over Hobbled Mining Project,” (28 March 2018) accessed 24 April 2019, from <https://www.iareporter.com/articles/levy-kaplan-and-thomas-selected-to-hear-new-uncitral-bit-arbitration-over-hobbled-mining-project/>.

บริษัทคิงส์เกตได้แต่งตั้งบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย Clifford Chance เป็นที่ปรึกษากฎหมาย ในขณะที่ฝั่งไทยแต่งตั้งบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย Arnold & Porter และ Siam City เป็นที่ปรึกษากฎหมาย³⁰

ในระหว่างที่มีการเขียนบทความปกิณกะบทนี้ คดีอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณา โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำสั่งให้กระบวนการพิจารณาเป็นความลับ ส่งผลให้ประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ได้ แม้ว่าคดีนี้จะเป็นคดีที่อาจจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะประเทศไทยอย่างมากก็ตาม นอกจากนี้ ณ ปัจจุบันยังไม่สามารถระบุได้อย่างแน่ชัดว่าคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการจะเสร็จสิ้นเมื่อใด คงพบเพียงจดหมายข่าวของบริษัทคิงส์เกตที่ระบุว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการกำหนดตารางเวลากระบวนการพิจารณาคดีไว้แล้ว โดยจะมีการนั่งพิจารณาคดีในช่วงระหว่างวันที่ 18-29 พฤศจิกายน 2562³¹ อย่างไรก็ตาม กำหนดเวลานี้อาจเปลี่ยนแปลงได้ หากมีเหตุที่ทำให้ต้องขยายระยะเวลาการดำเนินการในบางขั้นตอนออกไป

5. ประเด็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สิ่งที่สาธารณชนทั่วไปให้ความสนใจมากที่สุดเกี่ยวกับคดีนี้คือประเทศไทยจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ และหากต้องรับผิดชอบจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทคิงส์เกตหรือไม่ เป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งมีประเด็นในทางกฎหมาย (ระหว่างประเทศ) ที่ต้องพิจารณาสองประการคือ 1. การกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ และ 2. หากการกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ บริษัทคิงส์เกตจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาอย่างไรบ้าง

ในประเด็นแรก ต้องพิจารณาในขั้นต้นว่าพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องคืออะไร ซึ่งในกรณีนี้คำตอบสามารถหาได้จากบทบัญญัติที่ระบุไว้ใน TAFTA กล่าวคือ นอกจาก TAFTA จะระบุให้นักลงทุนออสเตรเลียฟ้องประเทศไทยเป็นคดีอนุญาโตตุลาการได้แล้ว ยังระบุหน้าที่ที่รัฐภาคี (ไทยและออสเตรเลีย) มีต่อกันลงทุนด้วย ซึ่งจะขอกว่าถึงบทบัญญัติที่สำคัญสองมาตรา คือ มาตรา 909 ว่าด้วย “การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน” (Promotion and Protection of Investments) และ มาตรา 912 ว่าด้วย “การเวนคืน” (Expropriation) โดยมาตรา 909(2) บัญญัติว่า รัฐภาคีจะต้องรับรองการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมภายในดินแดนของตนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (fair and equitable treatment หรือ FET)³² และมาตรา 912(1) บัญญัติว่ารัฐภาคีไม่สามารถเวนคืนการลงทุน หรือดำเนินมาตรการใดที่จะก่อให้เกิดผลเสมือนการเวนคืนได้ เว้นเสียแต่ว่าการเวนคืนนั้นจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ เป็นไปตามกระบวนการของกฎหมายที่เหมาะสม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และรัฐได้ทำการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอย่างทันท่วงที เพียงพอและมีประสิทธิภาพ³³

³⁰ Ibid.

³¹ Ross Smyth-Kirk, “PRI and TAFTA Claim Update,” (27 March 2018) accessed 24 April 2019, from http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2018/03/PRI_TAFTA_ClaimUpdate_27Mar18_1785879.pdf.

³² Article 909(2) of TAFTA provides: “Each Party shall ensure fair and equitable treatment in its own territory of investments.”

³³ Article 912(1) of TAFTA provides:



โดยในส่วนของการปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมนั้น เป็นหลักกฎหมายที่นักลงทุนยกขึ้นกล่าวอ้างเป็นคดีมากที่สุดในการบวนการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ³⁴ ทั้งนี้เนื่องจากคำว่า “อย่างเป็นธรรม” หรือ fair and equitable นั้น เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างมาก ซึ่งสามารถตีความให้ครอบคลุมไปถึงมาตรการของรัฐที่ส่งผลเสียหายต่อนักลงทุนได้ในหลาย ๆ กรณี ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Waste Management v. Mexico* ได้ให้คำอธิบายซึ่งเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปไว้ว่า การกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายนี้คือการกระทำ “ตามอำเภอใจ ไม่เป็นธรรมอย่างมาก ไม่ยุติธรรมหรือแปลกประหลาด เป็นการเลือกปฏิบัติ [...] หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสมและนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ขัดต่อความเหมาะสมในทางตุลาการ”³⁵ ซึ่งคงจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

ในส่วนของหลักกฎหมายว่าด้วยการเวนคืน มาตรการของรัฐที่อาจนำไปสู่การฝ่าฝืนหลักกฎหมายนี้อาจรวมไปถึงมาตรการทางกฎหมาย (regulatory measure) ของรัฐที่แม้จะไม่ได้ส่งผลให้กรรมสิทธิ์ในการลงทุนหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องของนักลงทุนเสียไปแต่ส่งผลให้การลงทุนได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญด้วย³⁶ (indirect expropriation)³⁷ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ามาตรการทางกฎหมายที่ทำให้การลงทุนเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจะถือว่าเป็นการเวนคืน (ที่จะส่งผลให้รัฐมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน) ในทุกกรณี ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Methanex v. United States* ได้ตัดสินว่า “ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะ ซึ่งบัญญัติขึ้นตามกระบวนการที่เหมาะสม และก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนไม่ถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเวนคืนหรือที่จะนำไปสู่การชดเชยค่าสินไหมทดแทน”³⁸

“1. Neither Party shall nationalise, expropriate or subject to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as ‘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.”

³⁴ UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: Breaches of IIA provisions alleged and found, accessed 24 April 2019, from <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches>.

³⁵ *Waste Management v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para.98.

³⁶ *Philip Morris Brands Srl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para.192.

³⁷ ดู Amnat Tangkiripham, *Indirect Expropriation in Contemporary International Investment Law*, (J.S.D. Dissertation, Yale Law School, 2018).

³⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV Chapter D para.7.

ในประเด็นที่สอง หากคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วพบว่าประเทศไทยกระทำการฝ่าฝืน บทบัญญัติใน TAFTA ดังที่บริษัทคิงส์เกตกล่าวหา คณะอนุญาโตตุลาการย่อมสามารถตัดสินให้ประเทศไทย เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทคิงส์เกตได้ ซึ่งในทางปฏิบัติก็คือการสั่งให้ประเทศไทยชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทนั่นเอง ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว จะคำนวณอย่างไร โดยวิธีการคำนวณค่าสินไหมทดแทนในแต่ละคดีอาจจะแตกต่างกันได้³⁹ โดยอาจ คำนวณจากจำนวนเงินที่บริษัทคิงส์เกต (หรือบริษัทอัครา) ได้ลงทุนไปในการดำเนินกิจการเหมืองชาตรี (investment expenditure)⁴⁰ หรืออาจคำนวณจากมูลค่าทางเศรษฐกิจของกิจการ โดยพิจารณาจาก ปริมาณกระแสเงินสดสุทธิที่กิจการของบริษัท(อาจ)จะก่อให้เกิดขึ้นในกรณีที่ประเทศไทยไม่เคยมี มาตรการใด ๆ ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของ TAFTA เลย (but-for test) โดยใช้รูปแบบการคำนวณในทาง เศรษฐศาสตร์ที่เรียกว่า การคิดลดกระแสเงินสด (discounted cash flow หรือ DCF) เป็นต้น⁴¹

บทส่งท้าย

เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ประเทศไทยตกเป็นฝ่ายแพ้คดีอนุญาโตตุลาการในคดีที่บริษัท วอลเตอร์ บาว (Walter Bau) ฟ้องประเทศไทยตามสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างประเทศไทย และเยอรมัน อันมีมูลเหตุมาจากข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานทางด่วนยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นคดีแรกที่ประเทศไทยตกเป็นผู้ถูกฟ้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตาม สนธิสัญญาระหว่างประเทศ⁴² ส่งผลให้ประเทศไทยต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนกว่า 29.21 ล้านดอลลาร์⁴³ ทั้งนี้ นอกจากการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาระหว่าง ประเทศ ประเทศไทยยังมีหรือเคยมีสถานะเป็นผู้ถูกร้องในคดีอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในลักษณะ อื่น ๆ อีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองที่มักจะมีการระบุไว้ในสัญญาให้นำ กระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาท เช่นกรณีทางด่วนสายบางนา-บางพลี- บางพระ⁴⁴ โรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน⁴⁵ และโครงการโฮปเวลล์⁴⁶ ที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากการระงับ ข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป

³⁹ Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp.186 – 188; Sergey Ripinsky and Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, (London: British Institute of International and Comparative Law, 2008), pp.192 – 194.

⁴⁰ *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras.121 – 123.

⁴¹ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, para.832.

⁴² ดู Vilawan Mangklatanakul, “Thailand’s First Treaty Arbitration: Gain From Pain”, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, organized in Virginia, 2011: pp. 81 – 87, accessed 24 April 2019, from http://unctad.org/en/docs/webdiaeia20108_en.pdf.

⁴³ *Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand*, UNCITRAL, Award, 1 July 2009, para.17.1.

⁴⁴ ดู คำพิพากษาฎีกาที่ 7277/2549.

⁴⁵ ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 487-488/2557.

⁴⁶ ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 221-223/2562.



โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับธุรกรรมระหว่างประเทศที่มีผู้มีส่วนร่วมหลายฝ่ายจากหลากหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากคุณสมบัติสำคัญของอนุญาโตตุลาการหลายประการ เช่น ความเป็นกลาง (neutrality) ของกระบวนการ ความสามารถในการกำหนดองค์การระงับข้อพิพาทที่มีเขตอำนาจเหนือคดีไว้ล่วงหน้า และประสิทธิภาพในการบังคับคำชี้ขาด เป็นต้น⁴⁷

อย่างไรก็ดี การที่ไทยแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ตามมาว่าควรจะนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐหรือไม่ ซึ่งในอดีต ได้มีความพยายามโดยรัฐบาลในหลาย ๆ ยุคสมัยที่จะจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการในคดีประเภทนี้ เช่น ภายหลังจากที่ประเทศไทยแพ้คดีทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง รัฐบาลได้มีมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 27 มกราคม 2547 ระบุว่า “สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด”⁴⁸ หรือในช่วงปี พ.ศ. 2552 ที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545⁴⁹ เพื่อ “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐตกลงใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท”⁵⁰ แต่ข้อเสนอดังกล่าวของกระทรวงการยุติธรรมไม่ได้รับการปฏิบัติเนื่องจากข้อจำกัดในทางปฏิบัติว่าเงื่อนไขการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ส่งผลต่อการตกลงเข้าทำธุรกรรมกับรัฐหรือการเข้ามาลงทุนในประเทศ ดังที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติในวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ระบุว่าหากมีการแก้ไขตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ “อาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และบรรยากาศการลงทุนของประเทศ ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุน รวมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ”⁵¹

ทั้งนี้ นอกจากปัญหาว่าควรจะนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้หรือไม่แล้ว สิ่งที่มีส่วนเกี่ยวข้อง (participant) ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ ภาคประชาสังคม นักวิชาการ และประชาชนควรพิจารณาประกอบกันคือ เพราะเหตุใดประเทศไทยจึงแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ เพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีข้อบกพร่อง ? เพราะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ตัดสินคดีไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอย่างเหมาะสมในการพิจารณาคดี ? ความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐในชั้นการต่อสู้คดี ? หรือความไร้ประสิทธิภาพในการดำเนินการของรัฐตั้งแต่ในขั้นตอนก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ? ซึ่งการที่จะพิจารณาสาเหตุของปัญหาได้อย่างถูกต้อง จำเป็นที่จะต้องมีความรู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการอย่างไรบ้าง อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อมูลในชั้นการพิจารณาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่หน่วยงานของประเทศไทยเข้าไปมีส่วนร่วมนั้นล้วนแล้วแต่ไม่ได้มีการ

⁴⁷ Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd edition (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), pp.7 – 14.

⁴⁸ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การดำเนินคดี “ทางด่วน” (การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน), วันที่ 27 มกราคม 2547.

⁴⁹ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”.

⁵⁰ หนังสือที่ ยช 0904/02238 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ., วันที่ 28 พฤษภาคม 2552.

⁵¹ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ., วันที่ 28 กรกฎาคม 2552.

เปิดเผยสู่สาธารณะด้วยเหตุที่กระบวนการดังกล่าวถูกกำหนดให้เป็นความลับโดยข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง⁵² ซึ่งรวมถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัทคิงส์เกตและประเทศไทยที่อยู่ระหว่างการพิจารณาในปัจจุบันด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้มีส่วนร่วมเกี่ยวข้องทั้งหลายจึงควรจะพิจารณาร่วมกันก่อนว่าหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยลับนี้มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาทที่มีรัฐเป็นคู่กรณีซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจนหรือไม่⁵³

⁵² ระเบียบว่าด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL และสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ มักจะกำหนดให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นความลับเป็นหลัก เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น ดู ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, ข้อ 36 ซึ่งกำหนดให้ “กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งปวง ตลอดจนคำเสนอข้อพิพาท คำคัดค้าน เอกสารโต้ตอบ พยานหลักฐาน การสืบพยาน คำสั่ง และคำชี้ขาด ถือเป็นความลับ [...]”; *UNCITRAL Arbitration Rules (2010)*, Articles 28(3) and 34(5).

⁵³ ปัจจุบัน ได้มีความพยายามในระดับระหว่างประเทศที่จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและนักลงทุนมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น โดยในวันที่ 10 ธันวาคม 2557 ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใส ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐ (United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration หรือ Mauritius Convention) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความโปร่งใสและการตรวจสอบเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมีความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยอนุสัญญาเริ่มมีผลบังคับใช้ระหว่างประเทศภาคีในวันที่ 18 ตุลาคม 2560 โดยในปัจจุบันมีประเทศที่ให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาดังกล่าวทั้งสิ้น 5 ประเทศได้แก่ แคนาดา แคมeroon แคนาดา แคมเปียว มอริเชียส และสวิตเซอร์แลนด์; ดู United Nations Treaty Collection, United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration: Status, accessed 24 April 2019, from https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22; United Nations General Assembly Resolution 69/116, A/RES/69/116, 10 December 2014.