

หลักนิติรัฐ : บทบาทในการดึงดูดการค้าและการลงทุนในภูมิภาคอาเซียน
(ศึกษารณีกิจการจัดทำข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศและข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนในกลุ่มประเทศ
อาเซียน)¹ (Rule of Law – Role in Attracting Trade and Investments in ASEAN – Free Trade
Agreements and Bilateral Investment Agreements in ASEAN Countries)

นัฐกานต์ ชำยยัง*

๑. ข้อความคิดทั่วไป

ปัญหาการตีความสนธิสัญญา ข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศ หรือข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน เป็นประเด็นข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นเสมอในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติผู้ลงทุน ซึ่งในกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีข้อพิจารณาว่า หากรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทดังกล่าว (the Non – Disputing State (“NDS”)) แต่เป็นรัฐภาคีซึ่งอาจมีส่วนได้เสียจากผลการตีความสนธิสัญญาที่พิพาทนั้น และประสงค์จะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตีความดังกล่าวด้วย กรณีเช่นนี้จะใช้แนวทางในการดำเนินการอย่างไร โดยตัวอย่างการยื่นคำร้องของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่าง SGS v Pakistan และระหว่าง Sanum v Lao โดยเป็นการเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาหรือเสนอให้มีการตีความสนธิสัญญา ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้สามารถนำมาปรับใช้กับการเสนอความคิดเห็นของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ในการตีความสนธิสัญญาได้ โดยหลักเกณฑ์เรื่องนี้อาจกำหนดในรูปแบบของพิธีสารระหว่างรัฐ (inter – state protocol) ที่กำหนดให้รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) สามารถร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการหรือศาลเพื่อเสนอความคิดเห็นของตนเพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญาได้ แม้ว่าจะไม่มีการร้องขอก็ตาม ทั้งนี้พิธีสารดังกล่าวควรจะต้องกำหนดขั้นตอนและวิธีการสำหรับการยื่นคำร้องเพื่อขอปรึกษาหารือและแนวทางในการตีความสนธิสัญญาสำหรับรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) รวมตลอดทั้งกรอบการใช้อำนาจที่มีความชัดเจนในการรับคำร้องขอไว้พิจารณาด้วย

๒. การนำหลักนิติรัฐมาปรับใช้กับข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศและความสำคัญของการจัดทำข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ

หลักนิติรัฐถือว่าเป็นแนวความคิดพื้นฐานสำคัญซึ่งถูกนำมาใช้ประกอบการพิจารณากำหนดกฎหรือหลักเกณฑ์ด้านการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบของข้อตกลงด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยรัฐส่วนใหญ่ต้องให้การยอมรับและปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ (international standard) หากประสงค์จะขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศผ่านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งอาจสรุปข้อดีของการจัดทำข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศได้ดังนี้

(๑) การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เท่าเทียมกัน ในบริบทนี้ หมายถึง การที่ผู้ลงทุนส่วนใหญ่อาจจะไม่ตระหนักถึงกฎหมายภายในด้านการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งส่งผลกระทบต่อ

*นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

¹สรุปจากการประชุมวิชาการ 13TH ASEAN LAW ASSOCIATION GENERAL ASSEMBLY 27 JULY 2018, SINGAPORE, Parallele Session 4 โดยมีผู้อภิปราย ได้แก่ Mrs. Le Thi Kim Thanh, Mr. Cavinder Bull SC, Dr. Hop X .Dang, Mr. Minn Naing Oo, Dr. Romesh Weeramantry, Mrs. Vilawan Mangklalatanakul

วิเคราะห์ข้อมูลทางการเมืองหรือความเสี่ยงทางกฎหมายที่ผิดพลาด กรณีนี้ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นระหว่างกันย่อมมีความแน่นอนและชัดเจนมากกว่า

(๒) การจัดทำข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่มีขอบเขตการใช้บังคับที่แน่นอนและชัดเจน ย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนและป้องกันผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำโดยพลการของรัฐ (the risk of arbitrary actions) ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นปัจจัยในการดึงดูดการค้าและการลงทุนจากต่างประเทศ

(๓) การส่งเสริมและสนับสนุนผู้ประกอบการที่เป็นเอสเอ็มอี ในบริบทนี้ ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศย่อมมีส่วนช่วยในการหาช่องทางการค้าและตลาดส่งออกต่างประเทศให้แก่ผู้ประกอบการเอสเอ็มอี

(๔) สถานะการว่างงานภายในประเทศ และยังเป็นโอกาสให้แก่อุตสาหกรรมผู้รับการลงทุนในการเป็นศูนย์กลางการลงทุนระหว่างประเทศ โดยรัฐผู้ลงทุนอาจเลือกจัดตั้งบริษัทในประเทศที่มีข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อเป็นกระจายการลงทุนต่อไปยังประเทศอื่น

(๕) การแลกเปลี่ยนความรู้ที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและเทคโนโลยี ซึ่งเกิดขึ้นจากความร่วมมือด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ

(๖) การได้รับความคุ้มครองด้านการลงทุน ซึ่งผู้ประกอบการหรือนักลงทุนภายในประเทศย่อมได้รับความคุ้มครองจากข้อตกลงด้านการลงทุนสำหรับการลงทุนในต่างประเทศเช่นกัน

(๗) การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานภายในประเทศ ซึ่งเกิดขึ้นจากความร่วมมือด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ตลอดจนการได้รับความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญที่เป็นชาวต่างชาติ

(๘) การได้รับความคุ้มครองตามมาตรฐานระหว่างประเทศด้านการลงทุนผ่านข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมเรื่องการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์และการจ่ายค่าทดแทนการเวนคืนสำหรับนักลงทุนต่างชาติ บทบัญญัติเรื่องการได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเสมอภาค บทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับการให้เป็นไปตามข้อตกลง และบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทซึ่งเปิดช่องให้สามารถเสนอต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้

(๙) บทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตามข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ ที่เปิดช่องให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิริเริ่มเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งคดีส่วนใหญ่เป็นการพิจารณาโดย International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียน เว้นแต่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เป็นสมาชิกของ (ICSID) หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (UNCITRAL)

(๑๐) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ มีข้อดีคือ การคำนึงถึงบริบทของหลักนิติรัฐภายใต้หลักกฎหมายด้านการลงทุนระหว่างประเทศ มีกระบวนการพิจารณาและหลักกฎหมายที่มีความแน่นอน ซึ่งมีส่วนช่วยในการลดผลกระทบทางการเมืองที่อาจแทรกแซงการดำเนินคดีระหว่างคู่พิพาท เนื่องจากคู่กรณี (รัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติผู้ลงทุน) เข้าสู่กระบวนการภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง

จากการเก็บรวบรวมข้อมูลสถิติของ (UNCTAD World Investment Report 2018) พบว่าการนำคดีข้อพิพาทด้านการลงทุนขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีแนวโน้มสูงขึ้นในทุกปี โดยในปี ค.ศ. ๒๐๑๗ ปรากฏว่า ผลคำตัดสินประมาณร้อยละ ๖๐ จากจำนวนคดีทั้งหมด เป็นการตัดสินให้ผู้ลงทุนต่างชาติชนะคดี ซึ่งจากจำนวนผลรวมคดีทั้งหมด ๕๔๘ คดี ซึ่งขึ้นสู่การพิจารณา

ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปี ค.ศ. ๒๐๑๗ พบว่า ร้อยละ ๓๐ เป็นการตัดสินให้รัฐชนะคดี ร้อยละ ๒๕ ตัดสินให้ผู้ลงทุนต่างชาติผู้รับการลงทุนชนะคดีโดยให้รัฐต้องจ่ายค่าชดเชย และร้อยละ ๒๕ เป็นคดีที่สามารถหาข้อยุติร่วมกันได้ อย่างไรก็ตาม การนำคดีพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจมีข้อโต้แย้งหรือข้อบกพร่องบางประการดังนี้

(๑) ข้อบกพร่องที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณา ได้แก่ การได้รับการยอมรับหรือความชอบด้วยกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ ความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณาคดี การวางแนวทางหรือเนื้อหาของคำตัดสินที่ควรมีสม่าเสมอและชัดเจน ความผิดพลาดของคำตัดสิน ความเป็นอิสระและเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

(๒) ประเด็นเรื่องความโปร่งใส ซึ่งอาจมีที่มาจากกรณียื่นคำขอหรือเสนอความเห็นประกอบการตีความสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนโดยรัฐ ซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ซึ่งในบางคดีรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) อาจแสดงความคิดเห็นของตนซึ่งขัดหรือแย้งกับความเห็นของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือศาลภายในประเทศเพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญาได้ ดังที่ปรากฏในคดี SGS v Pakistan ซึ่งรัฐบาลสวิสเซอร์แลนด์ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการตีความมาตรา ๑๑ ของข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างสวิสเซอร์แลนด์กับปากีสถาน (Swiss and Pakistan bilateral investment treaty) และคดี Sanum v Lao ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศในนามของรัฐบาลจีนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์สิงคโปร์ในประเด็นเรื่องรายงานที่ปรากฏในข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างจีนกับลาว (the coverage of the PRC and Lao's bilateral investment treaty)

๓. แนวทางการปรับปรุงกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติผู้ลงทุนกรณีการให้เหตุผลหรือยื่นเอกสารประกอบการตีความสนธิสัญญาโดยรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS)

การเสนอเอกสาร ข้อมูล หรือความคิดเห็นโดยรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) เพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญาเป็นขั้นตอนสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวควรมีรูปแบบและแนวทางที่เหมาะสมดังนี้

(๑) การจัดทำพิธีสารเพื่อกำหนดแนวทางในการเสนอข้อมูลหรือแสดงความคิดเห็นของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทเพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ (A proposed protocol for communication with Non – Disputing States on treaty interpretation) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินการให้แก่รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) โดยมีขอบเขตเบื้องต้นดังนี้

(๑.๑) เป็นการเสนอเอกสาร ข้อมูล หรือความคิดเห็นเพื่อให้การตีความสนธิสัญญามีความเหมาะสม

และหรือ (๑.๒) เป็นการเสนอเอกสาร ข้อมูล หรือความคิดเห็นต่อการตีความสนธิสัญญาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะมีส่วนร่วมกันระหว่างรัฐภาคีในสนธิสัญญานั้นเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาหรือเสนอพยานหลักฐานหรือไม่

โดยสรุปหลักการดังกล่าวประสงค์ให้รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) สามารถร้องขอต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อยื่นเอกสาร ข้อมูล หรือเสนอความคิดเห็นได้ แม้ว่าจะไม่มีการร้องขอก็ตาม

(๒) บุคคลดังต่อไปนี้อาจร้องขอให้รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ยื่นเอกสาร ข้อมูล หรือเสนอความคิดเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาตีความสนธิสัญญาได้

(๒.๑) อนุญาโตตุลาการซึ่งพิจารณาข้อพิพาทด้านการลงทุนซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่าง ประเทศสมาชิกในอาเซียนตามกลไกการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทวิภาคีใด ๆ

(๒.๒) ศาลภายในของประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งได้รับการร้องขอให้พิจารณาทบทวน ความเห็นของอนุญาโตตุลาการ หรือคณะกรรมการระงับข้อพิพาท ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาล หรือการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำตัดสิน หรือทบทวนเพื่อกลับคำพิพากษาหรือคำตัดสิน

(๒.๓) คู่กรณีในกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้น ทั้งนี้ การยื่นเอกสาร ข้อมูล หรือการ เสนอความคิดเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาตีความสนธิสัญญาของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ให้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาท หรือศาลภายในที่ได้รับการร้องขอให้พิจารณาทบทวน ความเห็นของอนุญาโตตุลาการ หรือคณะกรรมการระงับข้อพิพาทดังกล่าว

(๓) เอกสาร ข้อมูล หรือความคิดเห็น ที่รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) เสนอ ควรมีแนวทางดังต่อไปนี้

(๓.๑) ระบุเนื้อหาของสนธิสัญญาที่ประสงค์ให้มีการตีความ

(๓.๒) บรรยายสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความสนธิสัญญาที่ ศาลภายใน หรืออนุญาโตตุลาการมีคำพิพากษาหรือคำตัดสิน

(๓.๓) ระบุข้อตกลงตามสนธิสัญญาซึ่งคู่กรณีกล่าวอ้างเพื่อให้มีการตีความ และ

(๓.๔) ระบุประเด็นปัญหาซึ่งคู่กรณีร้องขอให้รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ยื่นเรื่องเพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ

(๔) แนวปฏิบัติในการเสนอเอกสาร ข้อมูล หรือเสนอความคิดเห็นเพื่อประกอบการตีความ ควรต้องมีความชัดเจนในเรื่องต่าง ๆ ได้แก่ บุคคลผู้มีหน้าที่ในการรับเอกสาร ข้อมูล หรือรับความคิดเห็นจาก รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย สถานที่ วิธีการ (อีเมล แฟกซ์) ตลอดจนภาษาที่ใช้ในการเสนอเอกสาร ข้อมูล หรือความคิดเห็น เป็นต้น

(๕) ในกรณีที่มีการร้องขอให้รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ยื่นเรื่องเพื่อประกอบการ ตีความสนธิสัญญานั้น ควรมีการกำหนดระยะเวลาในการตอบสนองต่อคำร้องขอดังกล่าวดังนี้

(๕.๑) รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ต้องตอบสนองต่อคำร้องขอภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ทั้งนี้ การตอบสนองคำร้องขออาจดำเนินการในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เช่น ๑) เป็นการ ตอบสนองต่อบุคคลที่ร้องขอภายในระยะเวลาที่บุคคลผู้ร้องขอกำหนดไว้ ๒) ไม่มีการแจ้งผลการตอบสนองต่อบุคคล ผู้ร้องขอ หรือ ๓) การแจ้งผลกรณีไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน และจะมีการเสนอข้อมูล เอกสาร หรือความคิดเห็นในภายหลังภายในกำหนดระยะเวลาที่ได้แจ้งไว้ต่อไป

(๖) ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการหรือศาลภายในเป็นผู้ร้องขอให้มีการเสนอเอกสารข้อมูล หรือความเห็นเพื่อประกอบการตีความ อนุญาโตตุลาการหรือศาลมีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะรอการ ตอบสนองจากรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) หรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการหรือศาลไม่มีข้อจำกัด ด้านระยะเวลาในการตอบสนองต่อคำร้องขอให้มีการตีความสนธิสัญญาของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) เนื่องจากไม่ถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามพิธีสารนี้

อนึ่ง เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณา ควรมีการจัดทำสำเนาเอกสาร ที่ยื่นโดยรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ให้แก่คู่พิพาทในคดี รวมทั้งอนุญาโตตุลาการหรือศาล ที่พิจารณาคดีด้วย

(๗) รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) อาจแสดงความประสงค์ที่จะเสนอข้อมูล เอกสาร หรือความคิดเห็น เพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญาได้ แม้ไม่มีการร้องขอจากบุคคลตาม (๒) ก็ตาม โดยข้อเสนอดังกล่าวต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องดำเนินการโดยพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) นอกจากนี้ เอกสารดังกล่าวต้องระบุประเด็นที่รัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ประสงค์จะขอแสดงข้อคิดเห็นประกอบการตีความ รวมทั้งระยะเวลาที่คาดว่าจะใช้ในการดำเนินการด้วย

๔. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและเป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาอัตราการขยายตัวและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในภูมิภาคอาเซียน โดยข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่ดีควรจะต้องสร้างระบบความเชื่อมั่นให้แก่คู่สัญญา รวมทั้งกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทและการบังคับการให้เป็นไปตามกลไกดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ความเชื่อมั่นที่เกิดขึ้นจากการจัดทำข้อตกลงด้านการลงทุนย่อมเป็นผลมาจากการตีความบทบัญญัติเรื่องสิทธิของคู่กรณีตามสนธิสัญญาโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ผ่านการกำหนดรูปแบบ วิธีการ และเงื่อนไขที่เหมาะสมด้วย สำหรับประเด็นเรื่องการจัดทำพิธีสารว่าด้วยการเข้ามามีส่วนร่วมของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) โดยการยื่นเอกสารหรือเสนอความคิดเห็นเพื่อประกอบการตีความสนธิสัญญานั้น มีข้อเสนอแนะที่สำคัญสรุปได้ดังนี้

(๑) แนวทางการพิจารณายื่นเอกสารหรือเสนอความคิดเห็นประกอบการตีความสนธิสัญญา ทั้งในส่วนของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) และการรับเอกสารหรือข้อคิดเห็นโดยอนุญาโตตุลาการ หรือศาลไว้พิจารณา ควรคำนึงถึงประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (public interest) ทั้งนี้ เพื่อให้ผลการตีความสนธิสัญญามีประสิทธิภาพและเป็นการวางบรรทัดฐานตามหลักกฎหมายที่เหมาะสม

(๒) การยื่นเอกสารหรือเสนอความคิดเห็นประกอบการตีความสนธิสัญญาของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) นั้น อาจมีเป้าหมายเพื่อแทรกแซงด้านการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นข้อที่ควรระมัดระวังอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน ทั้งยังอาจเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการโต้แย้งคัดค้านจากประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีซึ่งมีผลเป็นการประวิงเวลาให้คดีพิพาทต้องล่าช้าออกไป

(๓) ในทางข้อเท็จจริง การยื่นเอกสารหรือเสนอความคิดเห็นประกอบการตีความสนธิสัญญาของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ย่อมไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อการตัดสินคดีหรือการตีความสนธิสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการหรือศาล ดังนั้น อนุญาโตตุลาการหรือศาลจึงอาจไม่มีความจำเป็นต้องรับฟังเอกสารหรือการเสนอความคิดเห็นดังกล่าวของรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) ก็ได้

(๔) การจัดทำพิธีสารขึ้นใช้บังคับระหว่างประเทศกลุ่มสมาชิกอาเซียนกรณีการยื่นเอกสารหรือเสนอความคิดเห็นประกอบการตีความสนธิสัญญาโดยรัฐซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (NDS) นั้น อาจมีข้อเสียมากกว่าข้อดี และก่อให้เกิดนัยยะหรือผลกระทบในทางการเมืองระหว่างประเทศ กรณีจึงอาจเลือกใช้รูปแบบการดำเนินการโดยวิธีทางเลือกอื่น ๆ ได้แก่ ๑) การแต่งตั้งคณะกรรมการร่วม (joint committees) เพื่อตีความสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทวิภาคีที่เป็นข้อพิพาท และ ๒) การตีความสนธิสัญญาควรเป็นเรื่องในระดับรัฐบาล (government to government level) โดยผ่านช่องทางหรือกระบวนการที่มีอยู่แล้วสำหรับการขอให้มีการตีความสนธิสัญญาในเรื่องนั้น ๆ