

ปัญหาและการคุ้มครองทรัพย์สินของผูกลงทุนต่างประเทศ
ในกฎหมายระหว่างประเทศ

1. ความนำ

ปัญหาการโอนกิจการและทรัพย์สินของผูกลงทุนไป เป็นของรัฐ และการคุ้มครองผูกลงทุนจากการโอนกิจการและทรัพย์สินดังกล่าว เป็นปัญหาที่สำคัญและได้รับการวิพากษ์วิจารณ์กันมากในกฎหมายระหว่างประเทศ และยังมีที่ท่าว่าจะหาข้อยุติลงได้ภายในระยะเวลาอันสั้น

ฉะนั้น ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาและวิธีการคุ้มครองการลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยย่อตามหัวข้อต่อไปนี้

- 1) ปัญหาการโอนกิจการและทรัพย์สินของผูกลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศ
- 2) การคุ้มครองการลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศ
- 3) การระงับกรณีพิพาทการลงทุน

2. ปัญหาการโอนกิจการและทรัพย์สินของผูกลงทุน (The problems of Nationalization under International law)

ปัญหาการโอนกิจการและทรัพย์สินของผูกลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นเมื่อรัฐ A โอนกิจการและทรัพย์สินของบุคคลในบังคับของรัฐ B ซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐ A รัฐ A ก็จะต้องถึงอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลและทรัพย์สินในดินแดนของตนในการโอนนั้น รัฐ B ก็จะต้องถึงอธิปไตยของตนที่จะคุ้มครองบุคคลภายใต้บังคับของตนในดินแดนของรัฐอื่น ทั้งนี้ปัญหาเกี่ยวกับการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนนี้ จะได้พิจารณาถึงหัวข้อกว้าง ๆ สามประการ คือ ความหมายของคำว่า Nationalization

สิทธิของรัฐในการโอนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ (the State's right to nationalize foreign property) และข้อกำหนดของกฎหมายระหว่างประเทศในการโอนกิจการและทรัพย์สิน (Limitation of International law in regard to nationalization)

2.1 ความหมายของคำว่า "Nationalization"

คำว่า "โอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐ" นี้ในภาษาอังกฤษ มีอยู่สองคำ คือ "Expropriation" และ "Nationalization" ฉะนั้น ในการให้ความหมายของคำว่า การโอนกิจการและทรัพย์สินในบทนี้จะให้ความหมายตามรากศัพท์ในภาษาอังกฤษเป็นหลัก

เป็นที่เข้าใจกันว่า Nationalization เป็นแบบหนึ่งของ Expropriation ได้มีผู้พยายามให้ความหมายคำว่า Expropriation ไว้มากมาย เช่น Amerasinghe ให้ความหมายคำว่า "Expropriation" ว่า หมายถึงการบังคับเข้าถือสิทธิในทรัพย์สินโดยรัฐ (as a compulsory acquisition of property by the State)¹ ส่วน Nationalization ได้แก่การที่ทรัพย์สินสิทธิและประโยชน์ในทรัพย์สินโอนจากเอกชนไปยังรัฐ โดยที่กรรมสิทธิและการดำเนินงานกิจการและทรัพย์สินนั้นเป็นของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ (Nationalization is the term used to describe the process whereby property, and rights and interest in property are transferred from private to public ownership by agents of the State acting on the authority of a legislative or executive measure. After transfer, the property remains in the ownership of, and is exploited by the State or a

¹ Amerasinghe, State Responsibility for Injuries to Aliens, (Oxford : Clarendon Press, 1967), p. 122.

body created by the State)² โดยมีจุดมุ่งหมายให้เห็นความแตกต่างระหว่าง Expropriation and Nationalization ว่าอยู่ที่จุดมุ่งหมายในการโอนทรัพย์สิน ถ้าเป็นการโอนโดยมีจุดมุ่งหมายทางเศรษฐกิจ (economic motives) ก็หมายถึง Nationalization³ อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปจะไม่มี การแยกความหมายของคำสองคำนี้

2.2 สิทธิของรัฐในการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชน (The State Right to Nationalize Foreign Property)

ดังที่กล่าวข้างต้นแล้วว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งมีเหนือบุคคลและสิ่งของภายในดินแดนของตนเป็นหลักในการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ อำนาจอธิปไตยของรัฐในการโอนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐนี้ได้รับการยืนยันในมติของสมัชชาสหประชาชาติหลายครั้ง เช่น มติที่ 626 (VII) ในปี 1952⁴ และที่สำคัญคือในมติที่ 1803 (XVII) ในปี 1962 ซึ่งยืนยันว่า "The inalienable right of all states freely to dispose of their natural wealth and resource in accordance with their national interests and the economic independence of States"⁵ แม้ว่าจะมีมติสมัชชา

²White, Nationalization of Foreign Property, (London : Steven & Sons Limited, 1961), p. 41.

³Foighel, Nationalization (London, 1957) p. 19.

⁴United Nations General Assembly Resolution 626 (VII) of December 2, 1952. Official Records 7 th Session, Supplement No. 20 (A/2361), p. 18.

⁵United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII) of December 14, 1962, Official Records 17 th Session, Supplement No. 17 (A/5217), pp. 15 - 6.

สหประชาชาติจะไม่เป็นกฎหมายที่จะบังคับใน ประเทศสมาชิกก็ตาม แต่ประเทศสมาชิกก็มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและยึดถือปฏิบัติตามที่ความมติของสมัชชา⁶

ในประเพณีปฏิบัติของรัฐก็ได้ยอมรับถึงสิทธิของรัฐในการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชน ดังเช่น คำแถลงของรัฐบาลฝรั่งเศส อังกฤษ และอเมริกา ที่ยอมรับสิทธิของรัฐบาลอียิปต์ในการยึดครองสุเอซในปี 1956 และในปี 1959 รัฐบาลอเมริกาก็ยอมรับถึงสิทธิของรัฐบาลคิวบาในการโอนทรัพย์สินของบริษัทอเมริกันในคิวบา⁷ นอกจากนี้ก็ยังมีหลักฐานการยอมรับถึงสิทธิของรัฐในการโอนกิจการของเอกชนอีก เช่น ในการโอนกิจการน้ำมันโดยรัฐบาลศรีลังกาในปี 1962 รัฐบาลอเมริกาได้แถลงและยอมรับว่าเป็นสิทธิของศรีลังกาในฐานะประเทศอธิปไตยที่จะทำการโอนซึ่งกิจการและทรัพย์สินของเอกชนได้ (The right of Ceylon as a Sovereign State to nationalize private property)⁸

ดังนั้นสิทธิของรัฐในการโอนซึ่งกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐไม่เป็นปัญหาที่จะต้องถกเถียงอีกต่อไป เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับกันทั้งในประเพณีปฏิบัติของรัฐบาลระหว่างประเทศ และมติของสมัชชาสหประชาชาติในฐานะที่เป็นองค์การรวมของประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้

⁶Judge Sir Herch Lauterpatcth, International Court of Justice : Reports, 1955, pp. 67, 120. Further discussion on the legal effect of this Resolution, see O'Keefe, "United Nations and Permanent Savereignty Over Natural Resources" Journal of World Trade Law, 8 (1974), pp. 248-51.

⁷ดู รายละเอียดคำแถลง White, op.cit., p. 36

⁸Amerasinghe, op. cit., p. 131.

ปัญหาที่ติดตามมาว่า เมื่อรัฐมีสิทธิที่จะโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศมีข้อกำหนดอะไรบ้าง หรืออีกนัยหนึ่ง อย่างไรก็ตามจึงจะถือว่า การโอนกิจการและทรัพย์สินโดยรัฐถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้พิจารณาในตอนต่อไป

2.3 ข้อกำหนดของกฎหมายระหว่างประเทศในการโอนกิจการและทรัพย์สิน

(Limitation of International law in regard to nationalization)

ข้อกำหนดของกฎหมายระหว่างประเทศในการโอนกิจการและทรัพย์สิน เป็นปัญหาที่โต้แย้งกันตลอดมา โดยเฉพาะความขัดแย้งระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนกับประเทศผู้ส่งออกการลงทุน ดังเช่นในกรณีการโอนทรัพย์สินและกิจการบริษัทน้ำมันในอิหร่าน (Iranian Oil Nationalization) รัฐบาลอิหร่านอ้างว่าการโอนกิจการบริษัทน้ำมันเป็นเรื่องตามกฎหมายภายในของอิหร่านหามีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่ อังกฤษในฐานะรัฐบาลของบริษัทน้ำมันที่ถูกโอนกิจการก็อ้างว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าว

นอกจากนี้ไซเวียตริสเซีย และประเทศในกลุ่มคอมมิวนิสต์และสังคมนิยมอื่น ๆ ก็ยืนยันในหลักที่ว่าไม่มีข้อกำหนดใด ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการโอนกิจการของเอกชน เพราะเป็นเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของรัฐ ในทางกลับกันประเทศผู้ส่งออกการลงทุนก็อ้างว่า การโอนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ⁹

อย่างไรก็ตามจากการพิจารณาตามหลักกฎหมายในคดี (case law) ทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ มติของสมัชชาสหประชาชาติ และประเพณีปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อาจสรุปได้ว่าไม่มีข้อกำหนดตามกฎหมายระหว่างประเทศ บางประการในการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ ข้อกำหนดดังกล่าวได้

⁹ Amerasinghe, op. cit., p. 134.

แก.ข้อกำหนดในเรื่อง

- 1) วัตถุประสงค์ (purpose)
- 2) การปฏิบัติ (manner)
- 3) แบบ (form)

1) วัตถุประสงค์ (purpose) เป็นที่ยืนยันว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าการโอนทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศจะต้องเป็นการโอนไปเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ (public purpose) หากเป็นการโอนไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลของรัฐนั้นหรือกลุ่มบุคคลต่างประเทศเป็นการขัดตอกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศของเอกชนที่ทรัพย์สินถูกโอนไปมีสิทธิโต้แย้งว่ามีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ (breach of International law)¹⁰ หลักการดังกล่าวนี้ระบุอยู่ในคดี The Walter Fletcher Smith Case ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตัดสินว่า "การโอนทรัพย์สินของเอกชนไปเพื่อผลประโยชน์ของเอกชนอีกกลุ่มหนึ่งเป็นการขัดตอกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นการที่กระทำที่ไม่สุจริตใจเพื่อประโยชน์ของประเทศ"¹¹ ทานองเดียวกันในคดี Polish Upper Silesia Case ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตเฉพาะการโอนทรัพย์สินเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น (public purpose)¹² ในมติสมัชชาสหประชาชาติ 1803 (XVII) ก็ยอมรับเฉพาะการโอนกิจการและทรัพย์สินเพื่อ

¹⁰White, op. cit., p. 145.

¹¹United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol 2, p. 917.

¹²Kronfol, Protection of Foreign Investment, (Leiden : A.W. Sihthoff, 1972) p. 26.

เหตุผลทางประโยชน์สาธารณะ (public utility) ความปลอดภัย (security) และ เพื่อผลประโยชน์ของประชาชน¹³

แม้ว่าจากหลักฐานที่กล่าวมาจะมีน้ำหนักไปในทางว่า กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าจะต้อง เป็นโอนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่าน เช่น Friedman ไม่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า จุดมุ่งหมายในการโอนกิจการและทรัพย์สินเป็นคนละเรื่องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ไม่กำหนดว่าประโยชน์ (public purpose) คืออะไร¹⁴

2) การปฏิบัติ (Manner) หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ได้แก่การโอนกิจการและทรัพย์สินนั้น จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ (non-discrimination) กล่าวคือ จะต้องเป็นมาตรการที่มีผลต่อทรัพย์สินอื่น ๆ ที่อยู่ในสถานะอย่างเดียวกันเท่าเทียมกัน ไม่เป็นการเลือกโอนเฉพาะกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติ หรือทรัพย์สินของคนต่างชาติบางกลุ่มเท่านั้น ดังนั้น ถ้าหากมีการโอนทรัพย์สินของคนต่างชาติ โดยที่ทรัพย์สินของคนในชาติหรือคนต่างชาติอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งอยู่ในสภาพและฐานะอย่างเดียวกันไม่กระทบกระเทือนโดยมาตรการโอน มาตรการดังกล่าวถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) และเป็นการขัดกับหลักในกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ในการโอนทรัพย์สินนี้ได้รับการยอมรับในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง¹⁵ และได้รับการ

¹³United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII) of December (4), 1962, op. cit., p. 4.

¹⁴Friedman, Expropriation in International law, (London : Stevens & Sons Limited, 1953), p. 141.

¹⁵ดูรายชื่อ นักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนหลักการนี้ใน Amerasinghe, op. cit., rate 2, cit., p. 138.

ยืนยันจากคดีต่าง ๆ หลายคดี เช่น คดี Conevaro Claim (ระหว่างเปรูกับอิตาลี) คดี Claim of Standard Oil Company (ระหว่างสหรัฐอเมริกากับเยอรมันนี)¹⁶ และที่สำคัญไคแก่ คดี Sabbatino Case ซึ่งศาลอเมริกันได้วินิจฉัยว่า "มาตรการ ไอณกิจการและทรัพย์สินที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อทรัพย์สินของคนอเมริกัน เป็นการละเมิด คอกกฎหมายระหว่างประเทศ"¹⁷

3) แบบ (Form) หลักการไอณกิจการและทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศที่ ถูกคองตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นกำหนดว่ารัฐจะคองจ่ายค่าทดแทนให้แก่เอกชน ฆอ กำหนดนี้ยัง เป็นที่คองเถียงกันอยู่ ตั้งแต่ปัญหาแรกวากกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่ เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะคองจ่ายค่าทดแทนหรือไม่ หรือ เป็นเพียงสิทธิของรัฐที่จะจ่ายก็ได้ไม่ จ่ายก็ได้ หาก เป็นหน้าที่ที่จะคองจ่ายค่าทดแทนจะคองจ่าย เป็นจำนวนเท่าไร จะใช้ อะไร เป็นมาตรฐานในการค่านวคค่าทดแทน

ในคองประเทศผู้คองออกการลงทุนยืนยันอย่างหนักแน่นว่ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้ เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะคองจ่ายค่าทดแทน (compensation) ให้แก่เอกชน ผู้เสียหาย หลักคองกล่าวนี้ ได้รับการยืนยันและสนับสนุนจากหลายคดี (case law) เช่น ใน Upton Case คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่ "ในการไอณทรัพย์สินของเอกชนไป เป็นของรัฐ รัฐมีหน้าที่ที่จะคองจ่ายค่าทดแทน (obligation to make just Compensation to the owner) คำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันปรากฏในคดี The Sabla Case¹⁸

¹⁶ Wesley "Expropriation challenge in Latin America : Prospects for Accord on Standard and Procedure" Tulane Law Review, 46, (1971), p. 234.

¹⁷ Banco National and Cuba V. Sabbatino, 307 F 2 d (2 d cir., 1962) 845 at pp. 846 - 8.

¹⁸ ุรายละเอียดใน Kronfol, op. cit., p. 27.

ทัศนะของประเทศผู้ส่งออกซึ่งการลงทุนได้รับการคัดค้าน จากกลุ่มประเทศสังคมนิยม คอมมิวนิสต์ และประเทศกำลังพัฒนาอื่น ๆ ซึ่งเห็นแย้งว่าไม่มีข้อกำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้รัฐต้องจ่ายค่าทดแทนให้เอกชน¹⁹ ดังเช่น แม็กซิโกไม่ยอมรับหลักที่ว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนในการโอนทรัพย์สินไปเป็นของรัฐในปี 1938 โซเวียตส์ยืนยันในหลักตรงกันข้ามว่า รัฐไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าทดแทนในการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐ เช่นเดียวกับอิหร่าน และอินโดเนเซีย

อย่างไรก็ตาม มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) ได้ยอมรับหลักการที่ว่า ในกรณีที่มีการโอนกิจการและทรัพย์สินโดยรัฐ เอกชนผู้เป็นเจ้าของซึ่งทรัพย์สินนั้นควรจะได้รับค่าทดแทนที่เหมาะสม²⁰ จากมติดังกล่าวนี้อาจจะชี้ให้เห็นถึงแนวโน้มในการที่จะยอมรับว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนให้ในกรณีที่มีการโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐ

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาในประเด็นต่อมาที่ว่า หากรัฐจะใช้ค่าทดแทนจะต้องจ่ายในจำนวนอย่างไร ปัญหานี้ก็เช่นเดียวกับเรื่องอื่น ๆ ข้างต้นที่ยังมีความเห็นไม่ลงรอยกัน โดยเฉพาะในกรณีโอนเหมืองทองแดงในชิลีปัญหาเรื่องจำนวนค่าทดแทนเป็นปัญหาใหญ่มาก²¹ ประเทศผู้ส่งออกการลงทุนเช่นอเมริกาก็ยืนยันอยู่ในมาตรฐานที่จะต้องเป็นค่าทดแทนที่มีจำนวนเพียงพอและเป็นผล (Prompt, adequate and effective compensation) อย่างไรก็ตามประเทศคอกพัฒนาส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับทัศนะดังกล่าว ทั้งนี้เพราะ

¹⁹ดูรายงานเปรียบเทียบทัศนะในเรื่องค่าทดแทนจากกลุ่มประเทศผู้ส่งออกการลงทุนกลุ่มคอมมิวนิสต์ และประเทศโลกที่สาม ใน Heibein, "The Chilean Copper Nationalization : The Foundation for a Standard of appropriate compensation", Bufalo Law Review 23 (1973-4) p. 765.

²⁰United Nations General Assembly, loc. cit.

²¹ดูปัญหาและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนจาก Heibein อ้างแล้วในโน้ตที่ 19 และ O'Keef อ้างแล้วในโน้ต 6 หน้า 262-275.

ประเทศค่อนพัฒนามีปัญหาและความจำเป็นทางเศรษฐกิจของตัวเองในการที่ต้องโอนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ ประกอบปัญหาความยากจนของประเทศ และความขาดแคลนเงินตราต่างประเทศ ประเทศค่อนพัฒนาจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะจ่ายค่าทดแทนที่ prompt, adequate และ effective ได้ ประเทศค่อนพัฒนาบางประเทศจึงได้กำหนดมาตรฐานในเรื่องค่าทดแทนขึ้นใหม่ว่า เอกชนต่างประเทศพึงจะได้รับค่าทดแทนเช่นเดียวกันกับที่พลเมืองของตนพึงจะได้รับในกรณีเช่นเดียวกันนี้ (National Treatment or equal Treatment) และต้องขึ้นอยู่กับความสามารถของรัฐในการจ่ายค่าทดแทน (ability to pay) อีกด้วย

ดังนั้นในมติของสมัชชาที่ 1803 (XVII) จึงได้ใช้คำว่า "appropriate compensation" อย่างไรก็ดียังมีปัญหาว่าอะไรคือค่าทดแทนที่เหมาะสม (appropriate compensation) ซึ่งยังไม่มีคำตอบที่แน่ชัด เพราะที่คณะที่ปรึกษาดังกล่าวข้างต้นได้มีกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้เสนอแนะว่า การคำนวณค่าทดแทนขึ้นอยู่กับว่าจะยอมรับทฤษฎีอันไหนมาใช้ในการที่รัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทน เช่น หากนำ doctrine of acquired right มาใช้ค่าทดแทนที่เหมาะสมก็ควรเป็นจำนวนที่ผู้ลงทุนเสียไป (loss) เนื่องจากการโอนหรือเวนคืนซึ่งทรัพย์สินนั้น หรือหากนำเอาหลักเรื่องลาภมิควรได้ (doctrine of unjust enrichment) มาใช้ จำนวนค่าทดแทนที่เหมาะสมจึงควรจะเป็นจำนวนที่รัฐได้รับเป็นลาภที่มิควรได้ อย่างไรก็ตามที่คณะดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยอมรับกัน

ปัญหาว่าจะใช้มาตรฐานอะไรเป็นหลักในการคำนวณค่าทดแทน ก็เป็นเรื่องที่ไม่ลงรอยกัน ผู้ลงทุนมักจะเสนอราคาตามตลาด (market price หรือ a going concern value) ในขณะที่รัฐจะเสนอราคาตามบัญชี (book value) โดยการหักค่า

เสื่อมราคาและภาษีออกแล้ว หรือมาตรฐานทางราคาอื่น ๆ อีก ซึ่งยังไม่เป็นที่ลงรอยกัน²²

3. การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศมีอยู่ด้วยกันหลายวิธี ในที่นี้จะได้พิจารณาวิธีการที่เกี่ยวข้องกับประเทศกำลังพัฒนา คือ

1) การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนโดยสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ

2) การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

3) การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินโดยอนุสัญญาระหว่างประเทศ

3.1 การคุ้มครองโดยสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International

investment contract between States and Foreign Private investors)

1) ลักษณะของสัญญา สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศนี้เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐบาลของประเทศที่รับการลงทุนฝ่ายหนึ่งกับเอกชนหรือบริษัทต่างประเทศผู้เข้ามาลงทุนอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาดังกล่าวกำหนดค่าใหญ่ลงทุนมีหน้าที่ที่จะลงทุนหรือดำเนินการในกิจการธุรกิจบางอย่าง เช่น ก่อสร้างโรงกลั่นน้ำมันทำการขุดแร่ หรือให้ยืมเงิน โดยรัฐบาลในฐานะคู่สัญญาดังกล่าว รับรองจะยกเว้นภาษีบางอย่างใหญ่ลงทุน รับประกันที่จะไม่โอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ ดังเช่นในสัญญาก่อสร้างโรงกลั่นน้ำมันระหว่างรัฐบาลอินเดียกับบริษัทน้ำมัน (The Standard Vacuum Oil Company) บริษัทมีภาระในการสร้างโรงกลั่นน้ำมัน และทางกลับกันรัฐบาลอินเดียให้หลักประกันไว้ในสัญญา

²²ดู มาตรฐานราคาต่าง ๆ ที่นำมาใช้พิจารณาในการตีราคาทรัพย์สินและคำนวณค่าทดแทนในกรณีที่มีการโอนหรือเวนคืนทรัพย์สินใน Girvan, "The Question of Compensation : A Third World Perspective", Vanderbilt Journal of Transnational Law, (1972) p. 340.

ว่า ภายในกำหนดระยะเวลา 25 ปี รัฐจะไม่โอนหรือเวดคืนกิจการโรงกลั่นน้ำมันมาเป็นของรัฐ และภายหลังจากเวลา 25 ปีแล้ว หากรัฐบาลจะโอนหรือเวดคืนรัฐจะจ่ายค่าทดแทนให้²³ สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment contract) นี้ ในบางครั้งก็เรียกว่าสัญญาสัมปทาน (concession contract) ปกติสัญญาสัมปทานหมายถึงสัญญาที่รัฐให้สัมปทานแก่ผู้ลงทุนภายในระยะเวลาที่จำเป็นในการดำเนินการทางทรัพยากรทางธรรมชาติ เช่น การทำเหมืองแร่ หรือให้ผู้ลงทุนได้รับอนุญาตในการดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น การขนส่ง²⁴

ข้อความเกี่ยวกับการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนในสัญญานี้ก็จะคล้ายๆ กับหลักประกันในกฎหมาย ภายในที่กล่าวมาแล้ว²⁵ คือรัฐบาลรับรองที่จะไม่โอนหรือเวดคืนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุน (คู่สัญญา) ไปเป็นของรัฐ ตัวอย่างเช่น ในสัญญา The Ghana-Valco Agreement of 1960 รัฐบาลกานาให้หลักประกันไว้ในสัญญาว่า "รัฐจะไม่โอนกิจการและทรัพย์สินหรือเข้าแทรกแซงในกิจการใด ๆ ที่จะ เป็นสาเหตุให้เกิดการเสียหายแก่ทรัพย์สินและผลประโยชน์ของบริษัทภายในกำหนดเวลา 30 ปี และหลังจาก 30 ปีแล้วหากจะมีการโอนเกิดขึ้น บริษัทก็จะได้รับค่าทดแทนตามที่กำหนดโดยคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงในสัญญา"²⁶

²³ Fatourous, "Legal Security for International Investment", in Friedmann (ed.), Legal Aspects of Foreign Investment, (Boston: Little, Brown and Company, 1959), p. 716-7.

²⁴ Delupis, Finance and Protection of Investments in Developing Countries, (Essex : Gower Press, 1973), pp. 41-44.

²⁵ หน้าที่ 4 หน้า 95 และต่อ ๆ ไป.

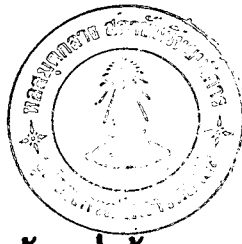
²⁶ Nwogugu, The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries, (Manchester : Manchester University Press, 1965) p. 171.

ขอความหรือคำรับรองของรัฐบาลในสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นการคุ้มครองกิจการ และทรัพย์สินการลงทุนอย่างหนึ่ง ซึ่งในทัศนะนักกฎหมายเห็นว่าเป็นหลักประกันและการคุ้มครองทางกฎหมายที่มีน้ำหนักว่าการคุ้มครองและหลักประกันลอย ๆ ในกฎหมายภายใน โดยทั่วไป²⁷ แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าหลักประกันและการคุ้มครองตามสัญญานี้จะมีผลบังคับทางกฎหมายเป็นที่น่าเชื่อถือได้เสมอไป ยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้หลายประการ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา ปัญหาการบังคับตามสัญญา ซึ่งในที่นี้จะได้อธิบายเฉพาะปัญหาแรก

2) กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา ปัญหาว่าสัญญาจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไหน (proper law of contract) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันมาก และปัญหานี้เองที่เป็นจุดอ่อนของการคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศโดยวิธีนี้ โดยทั่วไปสัญญาจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไหนเป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งส่วนมากก็จะตกลงให้นำกฎหมายภายในของรัฐที่เป็นคู่สัญญามาเป็นกฎหมายที่บังคับแก่สัญญา นักกฎหมายระหว่างประเทศบางสำนักไม่เห็นด้วยกับที่ให้สัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายใน นักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่าสัญญาดังกล่าวนี้ควรอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายข้ามประเทศ (Transnational law) ซึ่งจะได้อธิบายที่คณะของทั้งสองฝ่าย

(1) กฎหมายภายใน (municipal law) ทัศนะที่เห็นว่าสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศควรอยู่ภายใต้กฎหมายภายในนี้เป็นทัศนะดั้งเดิมของนักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคงหลักการที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐเท่านั้น ในกรณีสัญญาการลงทุนที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างประเทศไม่ป็นรัฐ ฉะนั้นจึงไม่อาจนำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่สัญญา

²⁷ Nwogugu, op. cit., p. 61-5 and p. 166-191 also Delupis, op. cit., p. 27-26.



การลงทุนดังกล่าวได้ สัญญาทางการลงทุนจึงต้องอยู่ในบังคับกฎหมายภายใน โดยมีคำพิพากษาเคินตามหลักการข้างตนหลายคดี เช่น The Serbian Loan Case ศาลตัดสินว่า "...สัญญาใด ๆ ก็ตามที่ไม่เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐแล้ว ต้องบังคับด้วยกฎหมายภายใน"²⁸

ศาสตราจารย์ Jennings ได้แสดงความเห็นแย้งในการที่จะนำเอากฎหมายภายในมาใช้บังคับแก่สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศไว้ดังนี้²⁹

"กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐบาลที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งเป็นการง่ายที่รัฐบาลที่เป็นคู่สัญญาจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นตามความต้องการของตนเสียเมื่อไรก็ได้ ฉะนั้นสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศจะไม่มีลักษณะความผูกพันทางหนี้ตามกฎหมายเลย ถ้ารัฐที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขกฎหมายภายในนั้นเสียเพื่อประโยชน์ของรัฐ"

(2) กฎหมายระหว่างประเทศ การที่นำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศนี้ ยังไม่เป็นที่ลงรอยกันทีเดียว ความเห็นแรก Mann³⁰ ได้ชี้ว่า "สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างประเทศ อาจจะอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ หากในสัญญานั้นกำหนดให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่บังคับแก่สัญญา" และเขามี

²⁸ Permanent Court of Justice, Series A, No. 20/21, p. 4.

²⁹ Jennings, "Rules Governing Contracts Between States and Foreign Nationals", in Symposium, Rights and Duties of Private Investors Abroad (Texas: Methew Bender & Company, 1965) p. 124.

³⁰ Mann, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons" The British Yearbook of International Law, 35 (1959), p. 49.

ความเห็นคือไปว่า "สัญญาการลงทุนจะมีความหมายเป็นสัญญาระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อ เป็นสัญญาที่อยู่ใต้อำนาจบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (public international law) ซึ่งลักษณะดังกล่าวจะทำให้สัญญานั้นพ้นจากความผูกพันตามกฎหมายภายใน" อย่างไรก็ตามทัศนะที่เสนอโดย Mann นี้ก็ยังมีปัญหาทางทฤษฎีและการปฏิบัติซึ่งนักกฎหมายหลายท่านเช่น Walff, Fawcatt และ Friedman ได้คัดค้านความเห็นดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าความเห็นของ Mann ยังไม่อาจจะเป็นไปได้ เพราะแม้แต่ตัวกฎหมายระหว่างประเทศ (public international law) ก็ยังไม่ได้รับการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่แน่นอนเลย³¹

อีกทัศนะหนึ่ง McNair³² ได้เสนอให้นำเอาหลักกฎหมายซึ่งประเทศที่เจริญแล้วยอมรับ (general principles of law recognized by civilized nations) มาใช้บังคับแก่สัญญาการลงทุน ทั้งนี้เพราะสัญญาดังกล่าวไม่สามารถที่จะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายในเพียงอย่างหนึ่งอย่างใด เนื่องจากไม่ใช่สัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือบุคคลต่อบุคคล ความเห็นดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจาก Delupis ว่าในบางลักษณะของสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศควรบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศ³³

ไม่ว่าจะนำกฎหมายระหว่างประเทศ (public international law) หรือหลักกฎหมายที่ยอมรับกันในประเทศที่เจริญแล้ว (general principles of law) มาใช้บังคับแก่สัญญาดังกล่าวเป็นทัศนคติใหม่ ซึ่งจะพัฒนาไปสู่ระบบกฎหมายใหม่

³¹ Amerasinghe, op. cit., p. 96.

³² McNair, "The General Principles of law Recognized by Civilized Nations", The British Yearbook of International Law, 33 (1957), p. 19.

³³ Delupis, op. cit., p. 128.

อีกระบบหนึ่ง ซึ่งนักกฎหมาย บางคนเรียกว่า ระบบกฎหมายใหม่นี้ว่า Transnational law³⁴ การนำเอาระบบ Transnational law มาใช้บังคับแก่สัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศนั้นจะเป็นการช่วยให้เอกชนต่างประเทศพ้นจากการที่จะอยู่ใต้อำนาจบังคับของกฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญา

(3) ผิดสัญญา (Breach of Contract)

ปัญหาว่าในกรณีที่รัฐให้หลักประกันไว้ในสัญญาการลงทุนดังกล่าวแล้วรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น เช่น ไปโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาทั้ง ๆ ที่รัฐให้หลักประกันว่าจะไม่โอนกิจการและทรัพย์สินนั้น จะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

คำตอบต่อปัญหานี้ ประการแรกหากสัญญานั้นอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายในก็ไม่ว่าจะกล่าวไคว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ในกรณีที่สัญญาอาจอยู่ใต้อำนาจบังคับกฎหมายระหว่างประเทศ (Transnational law) ผิดสัญญานั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ปัญหานี้ Amerasinghe ซึ่งได้พิจารณาถึงลักษณะของสัญญาและความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วได้สรุปความเห็นของเขาไว้ว่า "การผิดสัญญาต่อเอกชนต่างประเทศคู่สัญญาในสัญญาการลงทุนโดยรัฐนั้น ไม่เป็นเหตุแห่งการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง (a breach of contract with on alien by State is not per se a breach of international law)³⁵

³⁴ Lalive, "Unilateral alteration or Abrogation by Either Party to a Contract between State and a Foreign National", in Symposium, op. cit., p. 274.

³⁵ Amerasinghe, op. cit., p. 119 ในกรณีที่เห็นว่าการผิดสัญญาดังกล่าวอาจถือเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ดู หน้า 119-20.

3.2 การคุ้มครองโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Bilateral Investment Treaty)

สนธิสัญญาที่ให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนที่รู้จักกันแพร่หลายได้แก่ สนธิสัญญาทางพาณิชย์ (Commercial Treaty) สนธิสัญญาทางพาณิชย์นี้อาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไปอีก เช่น สนธิสัญญาที่อเมริกาและอังกฤษทำกับประเทศต่าง ๆ เรียกว่า สนธิสัญญาทางมิตรภาพการพาณิชย์และการเดินเรือ (Friendship, Commerce and Navigation Treaties)³⁶ สนธิสัญญาที่ประเทศเยอรมันทำกับประเทศต่าง ๆ เรียกว่า ข้อตกลงทางการลงทุน (Agreement concerning of Investment)³⁷

เดิมทีสนธิสัญญาทางพาณิชย์มีวัตถุประสงค์ในการที่จะให้ความคุ้มครองทางการค้าเป็นหลักมากกว่าจะให้ความคุ้มครองการลงทุนทางอุตสาหกรรม แต่ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองแล้ว บทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวมีข้อความเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนในต่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันสนธิสัญญาดังกล่าวจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลของเอกชนของประเทศคู่สัญญาเกี่ยวกับการเดินทาง อากาศ เสรีภาพ การปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเทศหลักประกันต่อทรัพย์สิน การดำเนินการและควบคุมธุรกิจของเอกชนต่างประเทศ การภาษีอากร การโอนและส่งออกซึ่งเงินตรา แลกเปลี่ยนสินค้า การเดินเรือ และเรื่องอื่น ๆ เช่น การระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญา³⁸

³⁶ประเทศไทยลงนามในสนธิสัญญาทางมิตรภาพกับอเมริกา เมื่อ 29 พฤษภาคม 1966.

³⁷ประเทศไทยลงนามในข้อตกลงทางการลงทุนกับเยอรมัน เมื่อ 13 ธันวาคม 1951.

³⁸Walker, "Modern Treaties of Friendship Commerce and Navigation, Minnesota Law Review, 42 (1958), p. 308.

ปัจจุบันนี้มีสนธิสัญญาทางพาณิชย์หรือการลงทุนที่จัดทำขึ้นโดยประเทศที่พัฒนาทางอุตสาหกรรมแล้ว เช่น อังกฤษ อเมริกา ญี่ปุ่น เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และสวีเดนกับประเทศกำลังพัฒนา³⁹ มีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ หลายประเทศ ในที่นี้จะได้พิจารณาข้อความในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างประเทศ ตัวอย่างแรกได้แก่ สนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาลงนามกับประเทศอิสราเอล⁴⁰ และเกาหลี⁴¹ ซึ่งมีข้อความในการคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนที่เหมือนกันว่า⁴²

"ทรัพย์สินของเอกชนหรือบริษัทของประเทศคู่สัญญาจะไม่ถูกโอนไปเป็นของรัฐยกเว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือจะไม่ถูกโอนไปโดยปราศจากค่าทดแทน และค่าทดแทนดังกล่าวจะต้องมีค่าเท่าเทียมกับทรัพย์สินที่ถูกโอนไป..."

สนธิสัญญาทางการลงทุนระหว่างอังกฤษกับอิหร่าน ในปี 1959⁴³ กำหนดหลักประกันในการคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนไว้ว่า "บุคคลและบริษัทของประเทศคู่สัญญาจะพึงได้รับการปฏิบัติที่ยุติธรรมในกรณีที่มีการโอนกิจการและทรัพย์สิน ซึ่งมีผลต่อทรัพย์สิน

³⁹ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Foreign Investment in Developing Countries, (E/446, February, 1968), p. 61

⁴⁰ Treaty with Israel of August 23, 1951 (in force April 3, 1954).

⁴¹ Treaty with Korea, in force November 1957.

⁴² American Bar Association, The Protection of Private Property Invested Abroad (A report by the Committee on International Trade & Investment, 1963) p. 43-4.

⁴³ Kronfol, op, cit., p. 54.

ของบุคคลหรือบริษัทนั้น ทั้งบุคคลหรือบริษัทนั้นพึงจะได้รับค่าทดแทนที่ยุติธรรมและเพียงพอจากการโอนนั้น

นอกจากสนธิสัญญาที่อังกฤษและอเมริกาทำกับประเทศต่าง ๆ ดังตัวอย่างข้างต้นประเทศทางอุตสาหกรรมอื่น ๆ ก็ดำเนินรอยตามแบบในสนธิสัญญาดังกล่าว เช่น สนธิสัญญาทางการค้าระหว่างสวีเดนกับเซเนกัล (The Trade Agreement between Sweden and Senegal of February, 1967) กำหนดว่า "บุคคลและบริษัทของประเทศคู่สัญญาพึงได้รับการปฏิบัติที่ยุติธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ การโอนกิจการและทรัพย์สินของบุคคลหรือบริษัทคู่สัญญา จะทำได้เฉพาะการโอนเพื่อเหตุผลทางประโยชน์สาธารณะ ทั้งการโอนกิจการนั้นจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือบริษัทคู่สัญญา และบุคคลหรือบริษัทนั้นพึงจะได้รับค่าทดแทนที่ยุติธรรม"⁴⁴

จากที่ได้พิจารณาตามตัวอย่างขอความเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินในสนธิสัญญามาอย่างสังเขปแล้ว ปัญหาว่าการคุ้มครองในสนธิสัญญาดังกล่าวจะมีผลทางกฎหมายเพียงหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่งผลทางกฎหมายของการคุ้มครองทรัพย์สินตามสนธิสัญญามีอย่างไร คำตอบต่อปัญหานี้ไม่ซับซ้อนมากนัก เนื่องจากสนธิสัญญาทางการลงทุนดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาระหว่างรัฐ (Treaty) ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐคู่สัญญาไว้อย่างชัดเจน สนธิสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอย่างครบถ้วน⁴⁵

⁴⁴United Nations Conference on Trade and Development, The Role of Private Enterprise in Investment and Promotion of Exports in Developing Countries, (New York, 1968), P. 103.

⁴⁵ดู Statute of International Court of Justice, Art. 38 para 1 ซึ่งกำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ International conventions (or Treaties) เป็นหลักในการวินิจฉัยกรณีพิพาทในกฎหมายระหว่างประเทศ.

ฉะนั้นการที่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดหรือไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการละเมิด หรือผิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง ทั้งรัฐบาลฝ่ายที่ผิดหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นจะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶ หลักความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่จะ เกิดข้อสนธิสัญญานี้ได้มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการวางไว้เป็นบรรทัดฐานเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในคดี Some Forests in Central Rhodopia ระหว่างกรีซและบัลกาเรียในคดีนี้รัฐบาลกรีซกล่าวหาว่า รัฐบาลบัลกาเรียได้โอน (Take over) สิทธิในป่าไม้ของชาวกรีกในบัลกาเรียไปเป็นของรัฐ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดข้อสนธิสัญญาคุ้มครองสิทธิของบุคคลสัญชาติในบัลกาเรีย (The Treaty of Neuilly, 1919) และอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้ตัดสินให้รัฐบาลบัลกาเรียต้องรับผิดชอบต่อรัฐบาลกรีซในฐานะที่รัฐบาลบัลกาเรียละเมิดต่อสิทธิของชาวกรีก (acquired rights of Greek nationals) ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา⁴⁷

3.3 การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินโดยอนุสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (Multilateral Investment Conventions)

ความคิดที่จะให้ความคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุน โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศ (Multilateral Investment Convention)⁴⁸ ได้มีมานานแล้ว

⁴⁶ Brown, Public International law, (London : Sweet & Maxwell, 1970 p. 191.

⁴⁷ American Journal of International Law, 28 (1934) pp. 760, 802 and 807.

⁴⁸ ดูสรุปเกี่ยวกับความพยายามในการเสนอและร่างอนุสัญญาคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนโดยย่อ ๆ ใน Nwogugu, op. cit., p. 135-67.

ก่อนสงครามโลกครั้งที่สองได้มีข้อเสนอและร่างอนุสัญญาในทำนองดังกล่าวหลายฉบับ เช่น สันนิบาตชาติโดยคณะกรรมการเศรษฐกิจของสันนิบาต (The Economic Committee of the League) ได้เสนอร่างอนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติต่อกันต่างชาติที่ประชุมทางการทูตที่ปารีสในปี 1929 จุดมุ่งหมายของร่างอนุสัญญานี้ก็เพื่อจะให้ความเท่าเทียมในการปฏิบัติต่อชาวต่างชาติที่เกี่ยวกับการก่อตั้ง การดำเนินการทางธุรกิจ ทางพาณิชย์ การไต่ถามและเสียไปซึ่งทรัพย์สิน โดยเฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์สินของชาวต่างชาติ จะได้รับหลักประกันที่จะไม่ถูกโอนไปเป็นของรัฐไม่ว่าจะเป็นการโอนชั่วคราวหรือถาวร ยกเว้นแต่ในกรณีการโอนเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยได้รับความเห็นชอบ ร่างอนุสัญญาดังกล่าวหาได้ประสบความสำเร็จไม่ เพราะที่ประชุมเห็นแย้งกับร่างในหลายกรณีด้วยกัน

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ก็ได้มีความพยายามในการเสนอและร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลในต่างประเทศอีกหลายฉบับ ที่สำคัญเช่น The Havana Charter for an International Trade Organization of 1948) ข้อตกลงทางเศรษฐกิจแห่งโบโกตา (The Economic Agreement of Bogota of May 2, 1948) ร่างของสภาการระหว่างประเทศ (The I.C.C. Code of Fair Treatment for Foreign Investment, 1949) อนุสัญญาและข้อตกลงตามที่กล่าวชื่อมาหาได้ประสบความสำเร็จที่จะเป็นเครื่องมือของกฎหมายระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลในต่างประเทศไม่ ทั้งนี้เพราะความขัดแย้งในเหตุผล และหลักการต่าง ๆ ในร่างแต่ละร่าง ซึ่งทำให้ร่างเหล่านั้นต้องตกไป อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีในช่วงปี 1960 เป็นต้นมาได้มีข้อเสนอและร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนและคุ้มครองทรัพย์สินของผูกลงทุนที่น่าสนใจ คือ ร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สิน โดยองค์การทางเศรษฐกิจและพัฒนา (The O.E.C.D. Draft Convention of 1967 on the Protection of Foreign Property)⁴⁹ ร่าง

⁴⁹ ดูต้นร่างและคำวิจารณ์ร่างอนุสัญญาของ O.E.C.D. ใน Schwarzenberger, Foreign Investment and International Law, (London : Steven & Sons, 1969), pp. 153-69.

อนุสัญญานี้มี 14 มาตรา กำหนดหลักการทั่วไปเกี่ยวกับความผูกพันของรัฐในการโอนกิจการ และทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศ มาตรฐานในการปฏิบัติต่อบริษัทและกิจการธุรกิจ ของคนต่างชาติ เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินจากผลกระทบไปเป็นของรัฐ มาตรา 3 ของร่างอนุสัญญากำหนดไว้ว่า "รัฐคู่สัญญา จะไม่ดำเนินการใด ๆ ไม่ว่าโดยตรงหรือ โดยอ้อม ซึ่งจะทำให้เป็นที่เสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลของตนหรือของประเทศคู่สัญญา ยกเว้นในกรณีต่อไปนี้ (1) เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของประเทศและโดยกรรม-วิธีทางกฎหมาย (2) มาตรการนั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (3) มาตรการโอน กิจการและทรัพย์สินนั้นจะต้องกำหนดในเรื่องการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เจ้าของ ทรัพย์สินผู้เสียหายจาก โอนดังกล่าวนี้โดยเร็วและเป็นอภย "

4. การระงับกรณีพิพาททางการลงทุน

การระงับกรณีพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย (Conciliation) และอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นกระบวนการที่ใช้กันแพร่หลายในการระงับกรณีพิพาททางการลงทุน ที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนผู้ลงทุนต่างประเทศ (Private foreign investor) กับรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐที่รับการลงทุน (Authorities of the Host Country) วิธีการระงับกรณีพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการนี้อาจจะมีปรากฏอยู่ทั้งใน กฎหมายภายในของประเทศที่รับการลงทุนหรือในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นการ ระงับกรณีพิพาทโดยอัยการระงับการทางศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Inter-national Court of Justice) Permanent Court of Arbitration และ องค์การทางกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ⁵⁰

เนื่องจากในช่วงระยะเวลาสิบปีที่ผ่านมาการระงับกรณีพิพาทตามอนุสัญญาว่า

⁵⁰ดู สรุปการระงับกรณีพิพาททางการลงทุนและปัญหาโดยย่อ ๆ ใน Nwogugu, op. cit., pp. 229-259 Also Kronfol, op. cit., pp. 123-150.

3) กระบวนการพิจารณาเรื่องข้อพิพาทในอนุสัญญา

4.1 ภูมิหลัง (The Background)

อนุสัญญาวาดวยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติ (The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) ได้ประกาศใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม 1966⁵² ปัจจุบันมีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญามากกว่า 60 ประเทศ ส่วนมากเป็นประเทศในแอฟริกา ประเทศทางเอเชีย เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเพียงไม่กี่ประเทศเช่น มาเลเซีย สิงคโปร์ ศรีลังกา เกาหลี ญี่ปุ่น ปากีสถาน ส่วนประเทศไทยแม้จะได้เข้าร่วมประชุมในการร่างและก่อตั้งอนุสัญญากังกลวหลายครั้งก็ยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญา⁵³

⁵²The Text of the Convention was reproduced in International Legal Materials. 4 : 532 (1965).

⁵³ขอเขียนเกี่ยวกับประวัติ รายละเอียดของอนุสัญญาปัญหาข้อวิจารณ์ และรายละเอียดเกี่ยวกับประเทศภาคีสมาชิก ดู เช่น Schwarzenberger, Foreign Investment and International Law, op. cit., pp. 135-152; Pinto, C.W. "Settlement of Investment Disputes : the World Bank's Convention", Howard Law Journal 13 (1967) pp. 337-348; Sassoon, D.M. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" Israel Law Review, 1 (1966), pp. 27-39 ; Chong Sü Yun "The Convention on the Settlement of Investment Disputes-Commentary and Forecast," Malaya Law Review, 11 (1969), pp. 287-314, etc.

4.2 กลไกการระงับข้อพิพาท (Machinery set up by the Convention)

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับกรณีพิพาทที่ได้จัดตั้งศูนย์ระงับกรณีพิพาททางการลงทุน (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) โดยศูนย์ (ICSID) มีสำนักงานอยู่ที่เดียวกับธนาคารโลก (The International Bank for Reconstruction and Development) ศูนย์ระงับกรณีพิพาทนี้ประกอบด้วยองค์กรทางบริหารคือ คณะกรรมาธิการบริหาร (The Administrative Council) และสำนักงานเลขาธิการ (The Secretariat) นอกจากนั้นแล้วทางศูนย์ยังคงไว้ ซึ่งรายชื่อของคณะบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (List of Conciliators and Arbitrators)

วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทก็เพื่อจะอำนวยความสะดวกและให้บริการในการระงับกรณีพิพาททางการลงทุนโดยวิธีการไกล่เกลี่ย (Conciliation) และอนุญาโตตุลาการ (Arbitrators)⁵⁴ อย่างไรก็ตามศูนย์จะไม่เข้าดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือระงับกรณีพิพาททางอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง

กรณีพิพาททางการลงทุนที่จะนำสู่การพิจารณาของศูนย์นั้นจะต้อง เป็นกรณีพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการลงทุน (Legal dispute arising directly out of an investment)⁵⁵ แต่อนุสัญญาไม่ได้ให้ความหมายว่าอะไร คือ การลงทุน (Investment) คงปล่อยให้อยู่ในดุลยพินิจของคู่กรณีว่าข้อพิพาทใดควรจะระงับโดยกระบวนการทางศูนย์

เขตอำนาจการพิจารณาของศูนย์ (ในความหมายที่แท้จริงคือ เขตอำนาจการพิจารณาของคณะกรรมการไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการ) นั้นขึ้นอยู่กับความยินยอม

⁵⁴The Convention, Art., 1 (2).

⁵⁵Art., 25.

(Consent) ของคู่พิพาท⁵⁶ ที่จะยินยอมและเสนอข้อพิพาทไปยังศูนย์หรือไม่ ความยินยอมที่เสนอข้อพิพาทและอยู่ที่ค่านาจากการพิจารณาของศูนย์จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ความยินยอมเมื่อให้แล้วจะ เบิกถอนฝ่ายเดียวมิได้อนุญาตไม่ได้กำหนดแบบและวิธีให้ความยินยอมไว้ ฉะนั้นความยินยอมอาจจะกระทำได้โดยการบรรจุข้อความ (Clause) ที่จะให้มีการ เสนอกรณีพิพาททางการลงทุนไปยังศูนย์ไว้ในสัญญาการลงทุน (International investment Contract) นอกจากนั้นแล้วการให้ความยินยอมและเสนอพิพาทนี้ อาจจะกระทำได้โดยการกำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนก็ได้ซึ่ง เป็นความยินยอมของรัฐเพียงฝ่ายเดียว

จริงอยู่แม้ในบทนำของอนุสัญญาจะกล่าวว่า การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาไม่เป็นการผูกมัดที่จะทำให้รัฐสมาชิกต้อง เสนอข้อพิพาทไปยังศูนย์ เพราะเขตอำนาจของศูนย์ขึ้นอยู่กับความยินยอมดังกล่าวแล้วตอนต้น แต่ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่ประเทศภาคีสมาชิกจะหลีกเลี่ยงการยอมรับภาระที่จะต้อง เสนอกรณีพิพาทไปยังศูนย์ เพราะผู้ลงทุนต่างประเทศย่อมจะเรียกร้องให้รัฐบรรจุข้อความที่จะให้มีการ เสนอกรณีพิพาทไปยังศูนย์ลงไว้ในสัญญาการลงทุนหรือกฎหมายลงทุน ซึ่งรัฐอาจจำเป็นต้องทำเพราะถ้ารัฐไม่ทำก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริตใจของรัฐ อันจะทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี

นอกจากนั้นแล้วอนุสัญญายังกำหนดว่าการพิพาทที่จะนำเสนอสู่ศูนย์ได้จะต้อง เป็นกรณีพิพาทที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง เป็นรัฐหรือองค์การของรัฐ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้อง เป็นชนชาติของชาติภาคีอีกชาติหนึ่ง (National of another Contracting State) การที่อนุสัญญากำหนดไว้ดังนี้จะก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้ลงทุนต่างชาติในแง่ที่จะมีทาง เยียวยาและคุ้มครองในกรณีพิพาทกับรัฐโดยใช้กระบวนการระงับกรณีพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศในขณะเดียวกันก็จะทำให้ เห็นถึงความแตกต่างของผู้ลงทุนภายในชาติที่ไม่สามารถจะใช้สิทธิและบริการทางศูนย์ได้

⁵⁶The Convention, Preamble.

รายชื่อคณะลูกขุน (Panels) ที่ศูนย์จะคงไว้ในกรณีที่จะให้มีการแต่งตั้งเป็น คณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะเป็นผู้เสนอ ชื่อเขาามาประเทศละสี่คนในแต่ละคณะ และประธานกรรมการบริหารของศูนย์ (The Chairman of the Administrative Council) จะแต่งตั้งอีกสี่คนในแต่ละคณะ⁵⁷ บุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะลูกขุนนี้จะต้องเป็นผู้มีอิสระ และมีความรู้ความสามารถ ทางกฎหมาย การพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือการคลัง⁵⁸

4.3 กระบวนการพิจารณา (Procedure)

กระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะโดยวิธีการไกล่เกลี่ย (Conciliation) หรืออนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อาจจะเริ่มต้นโดยเอกชนผู้ลงทุนหรือรัฐก็ได้ โดยที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอเรื่องไปยัง เลขาธิการของศูนย์ เรื่องที่เสนอจะต้อง มีรายละเอียดเกี่ยวกับเขตอำนาจของศูนย์ (Jurisdiction of the Centre) และ ลักษณะของข้อพิพาท (Nature of Dispute) เมื่อเลขาธิการศูนย์รับเรื่องแล้วก็จะได้ คำเนิการให้ต่อไปตามกระบวนการพิจารณาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา เว้นแต่ในกรณีที่เลขา ธิการศูนย์เห็นโดยชัดแจ้งว่า กรณีพิพาทนั้นอยู่นอกเขตอำนาจการพิจารณาของศูนย์⁵⁹

ในการแต่งตั้งคณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการนี้ปกติคู่พิพาทมีอิสระใน การที่จะตกลงกันในเรื่องแบบ (Form) หรือวิธีการ (Method) ในการแต่งตั้ง และคู่ กรณพิพาทอาจแต่งตั้งคณะผู้ไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอก โดยไม่ แต่งตั้งจากคณะลูกขุนที่ขึ้นบัญชีไว้ก็ได้ แต่บุคคลภายนอกนั้นจะต้องมีคุณสมบัติ เช่น เดียวกัน กับคณะลูกขุนที่ขึ้นบัญชีไว้

⁵⁷Art., 13.

⁵⁸Art., 14 (1).

⁵⁹ดู Art. 28 (1) (2) (3) และ Art., 36. (1) (2) (3).

อย่างไรก็ตามหากกรณีพิพาทไม้อาจจะตกลงกันได้ในเรื่องแบบและวิธีการก็นำแบบและวิธีการการแต่งตั้งคณะผู้ไกล่เกลี่ยและคณะอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้มาใช้บังคับ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้ คณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ต้องประกอบด้วยสามคน โดยกรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งมาฝ่ายละหนึ่งคน และผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการสองคนนี้จะมาตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการบุคคลที่สาม ซึ่งจะเป็นประธานของคณะผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้ถือเป็นที่สุด และไม่สามารถจะอุทธรณ์⁶¹ ได้ยกเว้นในกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเช่นกรณีเกินอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำการโดยมิสุจริต⁶² อนุสัญญากำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องผูกมัดและบังคับคำวินิจฉัยนี้เสมือนหนึ่งว่าเป็นคำตัดสินของศาลยุติธรรมภายในของประเทศนั้น⁶³

ในคำนำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ หากรัฐปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ (The award of the Tribunal) ก็จะมีผลเท่ากับรัฐภาคีสัญญาละเมิดคสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Treaty) อันจะมีผลทำให้รัฐของ เอกชนผู้ลงทุนนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้

⁶⁰ ดู Art., 29-31 & Art., 37-40.

⁶¹ Art., 53 (1).

⁶² Art., 52.

⁶³ Art., 54.

5. สรุปและวิจารณ์

ปัญหาและการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่พิจารณาอาจสรุปได้ ดังนี้

เรื่องที่ถูกเถียงกันมากในกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันคือ การโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐ (nationalization) ได้พิจารณาในตอนต้นแล้วว่า Nationalization เป็นแบบหนึ่งของ Expropriation ซึ่งโดยมากมักจะมีจุดมุ่งหมายทางเศรษฐกิจอยู่เบื้องหลังการโอนกิจการและทรัพย์สินนั้น

สิทธิของรัฐในการโอนกิจการและทรัพย์สินของบุคคลต่างประเทศ เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของรัฐ หลักกฎหมายจากคดี มติสมัชชาสหประชาชาติและการปฏิบัติระหว่างรัฐโดยยอมรับถึงสิทธิอันนี้ ส่วนปัญหาว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดข้อจำกัดอะไรบ้าง เกี่ยวกับการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชน คำตอบปัญหานี้ยังไม่เป็นที่ลงรอยกันทีเดียว ทิศนะของประเทศผู้รับการลงทุนกับประเทศผู้ส่งออกการลงทุนในปัญหาต่าง ๆ ยังขัดแย้งกันอยู่ แม้จะมีปัญหาย่อยๆ และความขัดแย้งดังกล่าวอยู่บ้างก็ตาม จากการพิจารณาถึงหลักในกฎหมายระหว่างประเทศจากประเพณีปฏิบัติของรัฐในสังคมระหว่างประเทศ หลักกฎหมายจากคดีต่าง ๆ และมติของสมัชชาสหประชาชาติ อาจสรุปได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดข้อจำกัดบางประการในการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างประเทศ ข้อจำกัดดังกล่าวได้แก่ ข้อจำกัดในเรื่องวัตถุประสงค์ที่จะต้องเป็นการโอนทรัพย์สินเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) ข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติที่จะต้องเป็นการโอนที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อทรัพย์สินของบุคคลต่างประเทศ (non-discrimination) และสุดท้ายคือข้อจำกัดในเรื่องที่จะต้องมีการชดเชย (compensation) ส่วนจะเป็นจำนวนเท่าไรก็ยังไม่เป็นปัญหาที่โต้แย้งกันอยู่

จากนั้นได้พิจารณาถึงมาตรการให้ความคุ้มครองแก่กิจการและทรัพย์สินแก่ผู้ลงทุนต่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้พิจารณาเพียงวิธีการหลักสามประการ วิธีการแรกได้แก่การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนโดยสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ

(International investment contract) ซึ่งประเทศผู้รับการลงทุนกับเอกชนผู้ลงทุนต่างประเทศเป็นคู่สัญญา วิธีการดังกล่าวนี้ใช้กันแพร่หลายมากในการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ อย่างไรก็ตามวิธีการคุ้มครองการลงทุนโดยสัญญาดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายอยู่บ้าง ปัญหาแรกคือปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญา ซึ่งมีทั้งความเห็นที่ว่าสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศควรอยู่ใต้อำนาจกฎหมายภายในและความคิดเห็นที่ว่าควรอยู่ใต้อำนาจกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหาการผิดสัญญาดังกล่าว ส่วนใหญ่เห็นว่าการที่รัฐสัญญาผิดหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวไม่เป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง จึงไม่อาจบังคับให้รัฐที่มีความรับผิดชอบต่อเอกชนคู่สัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งนับว่าเป็นจุดอ่อนของการคุ้มครองไทยวิธีนี้

การคุ้มครองโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Bilateral Investment Treaty) การคุ้มครองวิธีนี้ได้แก่การบรรจุข้อความเกี่ยวกับหลักประกันที่ประเทศคู่สัญญาจะไม่โอนกิจการและทรัพย์สินของบุคคลประเทศคู่สัญญาไว้ในสนธิสัญญา สนธิสัญญาดังกล่าวอาจจะกระทำในรูปสนธิสัญญาทางพาณิชย์ สนธิสัญญาทางการค้า หรือข้อตกลงทางการลงทุนก็ได้ การคุ้มครองทรัพย์สินของผูกลงทุนโดยวิธีนี้นับว่าเป็นวิธีการที่มีผลทางกฎหมายระหว่างประเทศมากที่สุด ทั้งนี้เพราะสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Treaty) เป็นเครื่องมือของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (public international law) ฉะนั้นการที่ประเทศคู่สัญญาละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นคู่สัญญา ก็จะมีผลเท่ากับเป็นการผิดหรือละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง ซึ่งประเทศนั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ก็ได้พิจารณาถึงความพยายามในการที่จะเสนอและร่างอนุสัญญาในการที่จะให้ความคุ้มครองทางทรัพย์สินแก่ผู้ลงทุน ซึ่งมีมานานตั้งแต่ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ร่างอนุสัญญาขององค์การทางเศรษฐกิจและพัฒนา (The O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1967) เป็นร่างล่าสุดและอยู่ในการศึกษาของประเศและองค์การที่เกี่ยวข้องอย่างไรก็ตามความพยายามในการที่จะให้ความคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนโดยอนุสัญญา ซึ่งมีหลาย ๆ ประเทศเป็นประเทศภาคี ยังยากที่จะประสบความสำเร็จภายในระยะเวลาอัน

ไกลนี้ ทั้งนี้เพราะยังมีความขัดแย้งและปัญหาต่าง ๆ ระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนประเทศผู้ส่งออกซึ่งการลงทุนอีกมาก อันจำเป็นต้องใช้เวลาในการแก้ความขัดแย้งและปัญหาและสร้างความเข้าใจในเรื่องดังกล่าว

ฉะนั้น ในสภาพที่เป็นอยู่ การคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Treaty) จึงเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีผลบังคับในทางกฎหมายระหว่างประเทศมากที่สุด

การระงับข้อพิพาททางการลงทุนตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับกรณีพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนชาติอื่น (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States) เป็นเรื่องที่น่าสนใจ เนื่องจากอนุสัญญานี้ได้จัดตั้งศูนย์ (ICSID) เพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยวิธีการไกล่เกลี่ยและวิธีการอนุญาโตตุลาการ วัตถุประสงค์สมาชิกของอนุสัญญานี้จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ก็โดยการให้ความยินยอม (Consent) ที่จะเสนอข้อพิพาทไปยังศูนย์ระงับข้อพิพาท (ICSID) นี้ยอมเป็นที่พอใจของผู้ลงทุนต่างประเทศในแง่ที่จะสร้างความมั่นใจในความปลอดภัยของกิจการลงทุนและทรัพย์สิน แต่ในขณะเดียวกันเป็นการสละอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะยินยอมไปเป็นคู่พิพาทกับเอกชนผู้ลงทุนต่างประเทศและอยู่ใต้อำนาจการพิจารณาของศูนย์

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย