

มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation)

: ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน

นางสาวปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

INDIRECT EXPROPRIATION MEASURES: A STUDY OF THE JURISPRUDENCE OF
EXPROPRIATION IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION

Miss Peyarat Songsermratanakul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

| | |
|---------------------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน |
| โดย | นางสาวปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก | ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม | ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กมลินทร์ พิณีจวบดล |

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัณฑิตานนท์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กมลินทร์ พิณีจวบดล)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร. วิลาวัณย์ มังคละธนะกุล)

ปิยวัฒน์ ส่งเสริมรัตนกุล : มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน. (INDIRECT EXPROPRIATION MEASURES: A STUDY OF THE JURISPRUDENCE OF EXPROPRIATION IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION) อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศักดา ธนิตกุล, อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม: ผศ. ดร. กมลินทร์ พิณีจิวอดล, 226 หน้า.

มาตรการของรัฐที่รับการลงทุนอาจถูกตีความเข้าข่ายเป็นการเวนคืนทางอ้อมซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนกำหนดให้ต้องมีค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนการลงทุนของต่างชาติ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรัฐมีสิทธิที่จะใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อย (“Police Power”) เพื่อการคุ้มครองความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี สาธารณสุขและสิ่งแวดล้อมอันมิใช่การเวนคืน แม้ว่าความเห็นทางวิชาการจะยอมรับถึงการแบ่งแยกระหว่างกฎเกณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมายอื่นไม่ต้องการชดเชยกับการเวนคืนทางอ้อม แต่ก็มีได้มีเกณฑ์พิจารณาการแบ่งแยกไว้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการเวนคืนในความตกลงเกี่ยวกับการลงทุน

อนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นถึงเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาตีความการเวนคืนทางอ้อมอันมีดังนี้

1. ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน
 - 1) การกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจ และการสูญเสียการควบคุมหรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุน และ
 - 2) ระยะเวลาและความต่อเนื่องของมาตรการของรัฐ
2. การทำลายความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน
3. ความได้สัดส่วน
4. ลักษณะของมาตรการของรัฐ

ในคำตัดสินส่วนใหญ่แล้ว ให้ความสำคัญรุนแรงของการกระทบต่อเศรษฐกิจของการกระทำของรัฐนั้น เป็นปัจจัยที่สำคัญในการตัดสินว่าถึงระดับเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ แต่ยิ่งไปกว่านั้น อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะของมาตรการของรัฐที่อ้างถึงวัตถุประสงค์ทางสังคมหรือสวัสดิการสาธารณะอันเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นอำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยของรัฐ (“Police Power”)

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อ.....

ปีการศึกษา.....2554..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

5185985734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : INDIRECT EXPROPRIATION / THE JURISPRUDENCE OF EXPROPRIATION ARBITRATION / EXPROPRIATION IN INVESTMENT TREATY

PEYARAT SONGSERMRATANAKUL : INDIRECT EXPROPRIATION MEASURES: A STUDY OF THE JURISPRUDENCE OF EXPROPRIATION IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION. ADVISOR : PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., CO-ADVISOR : ASST. PROF. KAMALIN PINITPHUWADOL, Ph.D., 226 pp.

Administrative measures of a host country could be construed as indirect expropriation that international investment agreements require compensation for expropriation of foreign investments. However, under international law, The exercise of police power by States in order to protect public order or morals, human health or the environment, does not constitute expropriation. Although scholars recognize the existence of the distinction between legitimate non-compensable regulations and indirect expropriation, but their opinions do not shed much light on the criteria for making the distinction. Accordingly it is necessary to study the jurisprudence of expropriation in investment treaty arbitration.

An arbitral tribunal point to a number of criteria in determining indirect expropriation:

1. Degree of interference with investor property rights
 - 1) Severity of economic impact and loss of control or enjoyment and
 - 2) Duration of the governmental measures
2. Frustration of the investor's legitimate expectations
3. Lack of proportionality
4. Character of the governmental measures.

Most international decisions treat the severity of economic impact caused by a government action as an important element in determining whether it rises to the level of an indirect expropriation. In addition, The arbitral tribunal need to consider the character of governmental measures which refer to promote the social purpose or the general welfare that is commonly accepted as the police power of the states.

Field of Study :Laws.....

Student's Signature

Academic Year :2011.....

Advisor's Signature

Co-advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสามารถอย่างสูงจาก ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กมลินทร์ พิณีภูวดล ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และให้คำแนะนำทางด้านวิชาการอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างดี ตลอดจนตรวจสอบและแก้ไขอย่างละเอียด ผู้เขียนรู้สึกทราบบนซึ่งในการให้ความช่วยเหลืออย่างดียิ่ง จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์ ประธาน คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้คำแนะนำต่อผู้เขียน และขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และตรวจสอบแก้ไข ข้อบกพร่องต่างๆ ตลอดจนการให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างยิ่ง

ทำยนี้ ผู้เขียนใคร่กราบขอบพระคุณบิดาและมารดา ครอบครัวที่รักยิ่งของผู้เขียน ที่คอยให้การช่วยเหลือ สนับสนุนและเป็นกำลังใจที่ดีแก่ผู้เขียนเสมอมา

สารบัญ

| | หน้า |
|--|----------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| บทที่ | |
| 1 บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย..... | 5 |
| 1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย..... | 5 |
| 1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย..... | 5 |
| 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย..... | 6 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย..... | 6 |
| 2 แนวคิดและหลักการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ..... | 7 |
| 2.1 ความหมายและความแตกต่างของการเวนคืน (Expropriation) การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) และการริบทรัพย์สิน (Confiscation)..... | 7 |
| 2.1.1 ความหมายของการเวนคืน (Expropriation)..... | 8 |
| 2.1.2 ความหมายของการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)..... | 8 |
| 2.1.3 ความหมายของการริบทรัพย์สิน (Confiscation)..... | 9 |
| 2.1.4 ความแตกต่างระหว่างการเวนคืน (Expropriation) การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) และการริบทรัพย์สิน (Confiscation).... | 10 |
| 2.2 องค์ประกอบการเวนคืนการลงทุน..... | 11 |
| 2.2.1 ลักษณะของผู้ทำการเวนคืน..... | 11 |
| 2.2.2 ลักษณะของทรัพย์สินที่เวนคืน..... | 12 |
| 2.2.3 ลักษณะของการกระทำการเวนคืน..... | 13 |
| 2.3 แนวคิดของการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ..... | 14 |

| บทที่ | หน้า |
|---|------|
| 2.3.1. กฎหมายสิทธิมนุษยชนของยุโรปและสหรัฐอเมริกา..... | 15 |
| 2.3.2 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 626 (VII) วันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1952..... | 16 |
| 2.3.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการ กฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC)..... | 17 |
| 2.3.4 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1962..... | 18 |
| 2.3.5 ข้อมติที่ 88 (XII) ของคณะกรรมการการค้าและการพัฒนาในการ ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD)... | 20 |
| 2.3.6 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3171 (XXVIII) วันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1973..... | 21 |
| 2.3.7 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3201 (S-VI) วันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1974..... | 23 |
| 2.3.8 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3281 (XXIX) วันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1974..... | 24 |
| 2.4 เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย..... | 26 |
| 2.4.1 เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ..... | 27 |
| 2.4.2 เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามความตกลงระหว่าง ประเทศเกี่ยวกับการลงทุน..... | 29 |
| 2.4.2.1 วัตถุประสงค์สาธารณะ (Public Purpose)..... | 29 |
| 2.4.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)..... | 31 |
| 2.4.2.3 กระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law)..... | 32 |
| 2.4.2.4 ค่าชดเชย (Compensation)..... | 34 |
| 2.4.3 ผลของการเวนคืนที่มีได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเวนคืนโดย ชอบด้วยกฎหมาย..... | 38 |
| 2.5 ประเภทของการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ..... | 40 |

| บทที่ | หน้า |
|--|-----------|
| 2.5.1 การเวนคืนทางตรง (Direct Expropriation)..... | 40 |
| 2.5.2 การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation)..... | 41 |
| 2.5.2.1 นิยามการเวนคืนทางอ้อม..... | 43 |
| 2.5.2.2 การเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป (Creeping Expropriation)..... | 48 |
| 2.5.2.3 ประเภทมาตรการของรัฐที่อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อม.. | 51 |
| 2.5.2.4 ข้อยกเว้นมาตรการของรัฐเพื่อสวัสดิการสาธารณะ (Public Welfare) อันมิใช่การเวนคืนทางอ้อม..... | 55 |
| 2.5.2.5 รัฐทำผิดสัญญาทั่วไปอันมิใช่การเวนคืนทางอ้อม..... | 62 |
| 2.5.2.6 ผลของมาตรการที่เป็นการเวนคืนทางอ้อม..... | 65 |
| | |
| 3 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการ ลงทุน..... | 66 |
| 3.1 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน..... | 67 |
| 3.1.1 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการ ลงทุนช่วงปี ค.ศ. 1959 - the mid-1990s..... | 70 |
| 3.1.1.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุน จากการเวนคืน..... | 71 |
| 3.1.1.2 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน..... | 78 |
| 3.1.2 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการ ลงทุนช่วงปี ค.ศ. 1995 - ค.ศ. 2006..... | 80 |
| 3.1.2.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุน จากการเวนคืน..... | 81 |
| 3.1.2.2 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน..... | 87 |
| 3.1.3 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการ ลงทุนช่วงปี ค.ศ. 2006-ปัจจุบัน..... | 104 |
| 3.1.3.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุน จากการเวนคืน..... | 104 |

| บทที่ | หน้า |
|--|------------|
| 3.1.3.2 | 110 |
| 3.2 | 119 |
| 3.2.1 | 120 |
| 3.2.1.1 | 121 |
| 3.2.1.2 | 122 |
| 3.2.2 | 124 |
| 3.2.2.1 | 125 |
| 3.2.2.2 | 128 |
| 3.2.2.3 | 132 |
| 4 | |
| วิเคราะห์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการ | |
| เวนคืนทางอ้อม..... | 140 |
| 4.1 | 142 |
| 4.1.1 | 142 |
| 4.1.1.1 | 143 |
| 4.1.1.2 | 158 |
| 4.1.2 | 163 |
| 4.2 | 167 |

| บทที่ | หน้า |
|---|------------|
| 4.3 การพิจารณาจากความสำเร็จส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์ สาธารณะที่รัฐอ้างถึง..... | 173 |
| 4.4 การพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ..... | 175 |
| 5 วิเคราะห์มาตรการต่างๆ ของรัฐบาลไทยที่อาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม..... | 183 |
| 5.1 วิเคราะห์มาตรการของรัฐบาลไทยที่แทรกแซงต่อการบริหารจัดการ การลงทุน ซึ่งอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม..... | 185 |
| 5.1.1 วิเคราะห์การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง ต่าง พ.ศ. 2542..... | 185 |
| 5.1.1.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิใน ทรัพย์สิน..... | 187 |
| 5.1.1.2 การพิจารณาจากความคาดหวังที่ขอบด้วยกฎหมาย ของนักลงทุน..... | 188 |
| 5.1.1.3 การพิจารณาจากความสำเร็จส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐ ใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง..... | 189 |
| 5.1.1.4 การพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ..... | 189 |
| 5.2 วิเคราะห์มาตรการของรัฐบาลไทยที่แทรกแซงต่อสิทธิตามสัญญาของ นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม..... | 190 |
| 5.2.1 วิเคราะห์การไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานโครงการทางยกระดับ ดอนเมืองโทลล์เวย์..... | 190 |
| 5.2.1.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิใน ทรัพย์สิน..... | 193 |
| 5.2.2 วิเคราะห์การไม่ปฏิบัติตามสัญญาวางระบบจำหน่ายสลาก ออนไลน์แบบพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัวของบริษัท ลีอกซ์เลย์ จีเท็ค เทคโนโลยี จำกัด..... | 196 |
| 5.2.2.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิใน ทรัพย์สิน..... | 198 |

| บทที่ | หน้า |
|---|------------|
| 5.3 วิเคราะห์มาตรการของรัฐบาลไทยที่เพิกถอนหรือปฏิเสธการอนุญาตหรือ ใบอนุญาต ซึ่งอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม..... | 199 |
| 5.3.1 วิเคราะห์การระงับการดำเนินการโครงการลงทุนในพื้นที่นิคม อุตสาหกรรมมาบตาพุดได้เป็นการชั่วคราวอันเนื่องมาจากปัญหา สิ่งแวดล้อม..... | 199 |
| 5.3.1.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิใน ทรัพย์สิน..... | 206 |
| 5.3.1.2 การพิจารณาจากความคาดหวังที่สอดคล้องกฎหมายของ นักลงทุน..... | 206 |
| 5.3.1.3 การพิจารณาจากความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐ ใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง..... | 207 |
| 5.3.1.4 การพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ..... | 207 |
| 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... | 210 |
| 6.1 บทสรุป..... | 210 |
| 6.2 ข้อเสนอแนะ..... | 213 |
| รายการอ้างอิง..... | 216 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์..... | 226 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในช่วงยุคแห่งการล่าอาณานิคม นักลงทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในประเทศอาณานิคมนั้น ได้รับการคุ้มครองเป็นอย่างมากเนื่องจากประเทศล่าอาณานิคมได้ใช้อำนาจบังคับให้นาระบบกฎหมายของประเทศล่าอาณานิคมไปบัญญัติและบังคับใช้ร่วมกันกับระบบกฎหมายของประเทศอาณานิคม แต่ต่อมาในช่วงการปฏิวัติรัสเซียปีค.ศ. 1917 และการขยายลัทธิคอมมิวนิสต์ในยุโรปก็ทำให้เกิดการโอนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐด้วยเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจโดยไม่มีการจ่ายค่าชดเชยให้ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการโต้เถียงถึงมาตรฐานของการแทรกแซงต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่ควรยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้เมื่อมีข้อพิพาทเรื่องการจ่ายค่าชดเชยเกิดขึ้นในที่สุดก็จบลงด้วยการชดเชยความเสียหายในลักษณะเหมาจ่าย (Lump-Sum) และในภายหลังจากที่สิ้นสุดยุคแห่งการล่าอาณานิคมแล้ว ประเทศที่เป็นผู้ส่งออกทุนทั้งหลายก็พยายามที่จะให้มีการคุ้มครองกิจการหรือทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่มีความเป็นมาตรฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ประเทศที่ได้รับการปลดปล่อยจากการเป็นอาณานิคมรัฐที่มีเอกราชใหม่ได้ฟื้นฟูเรื่องอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือเขตแดนของรัฐและเหนือทรัพยากรธรรมชาติและได้มีการวางกฎระเบียบว่าด้วยหลักการของ “ระเบียบเศรษฐกิจใหม่ระหว่างประเทศ” (New International Economic Order) ซึ่งเป็นการที่รัฐผู้รับการลงทุนมีอำนาจอธิปไตยในการคัดกรองในการรับการลงทุนและควบคุมการดำเนินกิจการของนักลงทุนต่างชาติในเขตแดนของรัฐ อีกทั้งมีสิทธิในการเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม การที่จะครอบงำเอากิจการหรือทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของตนนั้นรัฐผู้รับการลงทุนอาจจะทำได้โดยการโอนอุตสาหกรรมประเภทนั้นมาเป็นของรัฐ (Nationalization) หรือเวนคืนกิจการใดกิจการหนึ่ง (Expropriation) และในช่วงดังกล่าวนี้มีการยอมรับกันมากขึ้นว่าการเวนคืนที่ดำเนินการเพื่อการปฏิรูปเศรษฐกิจหรือเพื่อการจัดระบบสถาบันนั้นไม่ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ต่อมาประเทศที่ได้รับการปลดปล่อยจากการเป็นอาณานิคมกลับมีความต้องการเงินลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติมาเพื่อการพัฒนาประเทศภายหลังจากที่ได้รับเอกราชมาช่วงหนึ่งแล้ว จึง

เกิดมีการแข่งขันกันในระหว่างประเทศเอกราชใหม่นั้นเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติเข้ามาในประเทศตน ซึ่งหนึ่งในวิธีการดึงดูดการลงทุนของต่างชาตินั้นก็โดยการให้ความคุ้มครองแก่กิจการหรือทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นจากการเวนคืนของรัฐ ฉะนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment : FDI) และคุ้มครองกิจการหรือทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ จึงมีการทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนกันขึ้นทั้งในระดับทวิภาคี เช่น ความตกลงทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ความตกลงการค้าเสรีทวิภาคี (FTA) เป็นต้น หรือในระดับภูมิภาค เช่น ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เป็นต้น และในระดับพหุภาคี อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการจัดทำความตกลงเหล่านี้จะก่อให้เกิดผลดีต่อการขยายตัวด้านการลงทุนระหว่างประเทศ แต่รัฐผู้รับการลงทุนก็ต้องตระหนักและไตร่ตรองมากขึ้นในการกำหนดนโยบายและการออกมาตรการต่างๆ ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน และมาตรการที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมามักอาจเป็นเข้าข่ายเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ ทั้งนี้ การเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นมิใช่จะเป็นไปในรูปแบบการเวนคืนทางตรง (Direct Expropriation) ที่มีการโอนไปในกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองตัวทรัพย์สินนั้นทั้งหมดอย่างเปิดเผยชัดเจนเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น แต่มีการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ มาตรการต่างๆ ขึ้นมาเพื่อแทรกแซงต่อการบริหารจัดการ การควบคุมหรือทำให้มูลค่าของทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติลดลงซึ่งที่เรียกว่าการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) อีกด้วย

ประเด็นสำคัญที่มักเกิดเป็นกรณีพิพาทในต่างประเทศอยู่บ่อยครั้ง คือ ประเด็นที่นักลงทุนต่างชาติอ้างสิทธิฟ้องคดีต่อรัฐผู้รับการลงทุนจากการออกมาตรการต่างๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีผลเป็นการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งขัดกับข้อบทการเวนคืนในบทว่าด้วยการลงทุนของความตกลงการค้าเสรีหรือความตกลงทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ทั้งนี้ ในความตกลงดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจะไม่ถูกเวนคืนหรือถูกโอนเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน หรืออยู่ภายใต้มาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน เว้นแต่จะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ และมีการจ่ายค่าชดเชย” ดังนี้ จึงเท่ากับว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศยอมให้รัฐทำการเวนคืนได้ ไม่ว่าจะเป็นการเวนคืนทางตรงหรือการเวนคืนทางอ้อมก็ตาม โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญคือต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาตินั้นด้วย ฉะนั้นหากรัฐผู้รับการลงทุนเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติโดยการออกมาตรการ กฎเกณฑ์ หรือ

กฎหมายมาแล้วก็จะมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติด้วย ทั้งนี้ นักลงทุนต่างชาติ อาจฟ้องเป็นคดีขอให้อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศตีความว่ามาตรการหรือกฎเกณฑ์หรือกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นแท้จริงแล้วเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ก็ได้ กรณีตัวอย่างเช่น ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2550 ได้มีกรณีพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติเป็นคดี แรกภายหลังจากการจัดทำความตกลงการค้าเสรีอเมริกากลาง (CAFTA) ที่มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2549 โดยในคดีนี้บริษัท Railroad Development Corporation (RDC) แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ยื่นฟ้องการรถไฟแห่งประเทศไทยว่าได้กระทำการเพิกถอนสิทธิสัมปทานการเดินรถไฟ ของบริษัท Ferrovias Guatemala (FVG) ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่ตั้งในประเทศกัวเตมาลาโดยไม่จ่ายค่าชดเชยอันเป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการเวนคืนการลงทุนทางอ้อมที่ขัดต่อความตกลง CAFTA ในขณะที่รัฐบาลกัวเตมาลาโต้แย้งว่าบริษัท FVG เป็นฝ่ายผิดสัญญาสัมปทานอัน เป็นเหตุให้รัฐต้องเสียประโยชน์ รัฐจึงสามารถเพิกถอนสิทธิสัมปทานโดยไม่จ่ายค่าชดเชย¹ นอกจากนี้ มีกรณีพิพาทเกิดขึ้นภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) โดยบริษัท Ethyl ซึ่งเป็นบริษัทเคมีของสหรัฐอเมริกาอันทำผลิตภัณฑ์ MMT (Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl) ที่ใช้เติมในน้ำมันเพื่อป้องกันการน็อคของเครื่องยนต์นั้นได้ยื่นฟ้อง รัฐบาลแคนาดาว่าการที่รัฐสภาของแคนาดาออกกฎหมายห้ามนำเข้าและห้ามขนส่งสาร MMT ภายในประเทศแคนาดานั้น เป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการเวนคืนการลงทุนทางอ้อม ใน ขณะเดียวกันรัฐบาลแคนาดาโต้แย้งว่าเพราะรัฐมีความที่จะต้องการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ เป็นสาเหตุของภาวะโลกร้อน และสาร MMT ทำให้เกิดไอเสียจากเครื่องยนต์เพิ่มขึ้นอันเป็น อันตรายต่อสุขภาพของประชาชนที่ต้องได้รับอันตรายจากแมงกานีสซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญ ของสาร MMT และมีงานวิจัยจากหน่วยงานด้านการพิทักษ์สิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกาที่ชี้ให้เห็น ว่าสารดังกล่าวเป็นอันตรายต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอย่างมาก มาตรการของรัฐบาลแคนาดาจึง ไม่อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อม

ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมาตรการเกี่ยวกับทางสิ่งแวดล้อมมาแล้วกระทบต่อมูลค่า ของการลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้น ในบางครั้งอนุญาตตุลาการถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม แต่ในบางครั้งอนุญาตตุลาการกลับไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม เช่น ในคดี Metalclad Corporation v. The United Mexican States เทศบาลเมือง Guadalucazar ปฏิเสธที่จะออก

¹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “เรื่องการค้าคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืน ทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย,” รายงานที่ตีพิมพ์ 49 (สิงหาคม 2550): 4.

ใบอนุญาตการก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายให้กับบริษัท COTERIN ซึ่งเป็นของบริษัท Metalclad ทั้งที่การก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะนั้นเสร็จเรียบร้อยแล้วรอเพียงเปิดดำเนินการนั้น อันเนื่องมาจากประชาชนในพื้นที่ต่อต้านการดำเนินการพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายโดยอ้างว่าค้ำบังสิ่งแวดล้อม ซึ่งต่อมาภายหลังผู้ปกครองมลรัฐได้ออกพระราชกฤษฎีกาเนเวศวิทยามาสงวนรักษาสีสิ่งแวดล้อมในพื้นที่ธรรมชาติอันรวมถึงพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายด้วย อนุญาตตุลาการเห็นว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม หรือในคดี S.D. Myers, Inc v. Government of Canada ที่บริษัท S.D. Myers ประกอบกิจการกำจัดสาร PCBs (โพลีคลอไรเนตไบฟีนิล) โดยจะส่งออกไปกำจัดที่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถูกห้ามการส่งออกสาร PCBs ไปสหรัฐอเมริกาเพราะรัฐบาลแคนาดาต้องการให้การกำจัดสาร PCBs เป็นไปตามลักษณะสิ่งแวดล้อมภายในประเทศแคนาดาและป้องกันอันตรายที่ร้ายแรงอันอาจเกิดกับสิ่งแวดล้อมหรือชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ทั้งนี้ในหลายๆประเทศห้ามการมีใช้สินค้าที่มีสาร PCBs ด้วยตระหนักถึงความอันตรายของสาร PCBs และให้มีการลดการใช้สาร PCBs และต้องควบคุมให้มีความเสี่ยงต่อสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อมน้อยสุด ซึ่งแต่แรกเดิมนั้นกฎหมายของแคนาดาเคยห้ามการใช้และนำเข้าสาร PCBs ส่วนสหรัฐอเมริกาก็เคยปิดชายแดนการนำเข้าและส่งออกสาร PCBs มาแล้ว อนุญาตตุลาการเห็นว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม เป็นต้น

ฉะนั้น มาตรการหรือกฎเกณฑ์หรือกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนที่ออกมาโดยอ้างถึงวัตถุประสงค์สาธารณะ อาทิเช่น การสาธารณสุข ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงแห่งรัฐ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้นนั้นจึงอาจเป็นการใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) หรืออาจเป็นการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ก็ได้ นอกจากนี้ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของหลายๆประเทศส่วนใหญ่มิได้ให้นิยามความหมายการเวนคืนทางอ้อม และปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่าการกระทำของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ตลอดจนวัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะที่เป็นข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อม ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามาตรการใดของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติทางอ้อมอันนำมาซึ่งการจ่ายค่าชดเชย หรือเป็นมาตรการที่เป็นการใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐอันไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชยนั้น จึงต้องศึกษาข้อเท็จจริงของคดีที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วและแนวทางการตีความของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศแต่ละคดีไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักในการปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่องการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐที่อยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆเกี่ยวกับการลงทุน

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

มุ่งหมายที่จะศึกษาทฤษฎีการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนและวิเคราะห์แนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุนโดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการเวนคืน (Expropriation) การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ เพื่อต้องการความชัดเจนขึ้นในความหมายของการเวนคืนทางอ้อม อีกทั้งการจำแนกว่ามาตรการใดของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) อันนำไปสู่เงื่อนไขการจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน และมาตรการใดเป็นสิทธิของรัฐใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) ซึ่งมีใช้การเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไปทางอ้อม ทั้งนี้ รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ

1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

ปัจจุบันรัฐมีความจำเป็นต้องดำเนินมาตรการต่างๆที่อาจมีผลกระทบต่อการลงทุนจากต่างชาติ เช่น มาตรการสิ่งแวดล้อม มาตรการทางภาษี มาตรการควบคุมการเงิน มาตรการลูกเงิน เป็นต้น มาตรการเหล่านี้อาจเข้าข่ายเป็นการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ที่กำหนดให้มีการคุ้มครองไว้ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน แต่เนื่องจากการตีความและการนิยามของ “การเวนคืนทางอ้อม” ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน ดังนั้นการศึกษาวิเคราะห์แนวทางการตีความและการบังคับใช้มาตรการเวนคืนทางอ้อมจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อพิพาททางการลงทุนจะทำให้เกิดความชัดเจนในความหมายของมาตรการการเวนคืนทางอ้อมมากยิ่งขึ้น ตลอดจนเข้าใจถึงปัจจัยต่างๆที่ใช้วิเคราะห์มาตรการเวนคืนทางอ้อมอันจะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุน

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์ของการเวนคืนทางอ้อมที่ปรากฏในหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน (International Investment Agreements: IIAs) อาทิเช่น ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับเกี่ยวกับการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements:

FTAs) เป็นต้น ตลอดจนการตีความและการให้ความหมายการเวนคืนทางอ้อมที่ปรากฏในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาค้นคว้าจะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าและวิเคราะห์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระดับข้อพิพาทตามความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือและอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ตลอดจนเอกสารภาษาไทยและภาษาอังกฤษเกี่ยวกับการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ หนังสือ ตำราทางวิชาการ วารสาร บทความ เอกสารการประชุมหรือการระดมความเห็นเกี่ยวกับการเวนคืนการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติ ชาว ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้เข้าใจถึงแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation)
2. ทำให้เข้าใจและเป็นแนวทางในการวิเคราะห์มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) กับการใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) ซึ่งไม่ใช่การเวนคืนทางอ้อม
3. เป็นแนวทางการวิเคราะห์มาตรการของไทยที่อาจถูกตีความว่าเป็นการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไปทางอ้อม ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ นักลงทุนต่างชาติ สำหรับการเวนคืนดังกล่าว

บทที่ 2

แนวคิดและหลักการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

การเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติโดยรัฐผู้รับการลงทุนเป็นความเสี่ยงที่สำคัญอย่างหนึ่งสำหรับนักลงทุนที่ไปลงทุนในต่างประเทศ อันเนื่องมาจากนักลงทุนต่างชาติดำเนินกิจการอยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน กิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติจึงอยู่ภายใต้กฎหมายและคำสั่งทางปกครองของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น มีการจัดตั้งรัฐบาลใหม่ การมีอุดมคติที่เปลี่ยนแปลงไป หรือการมีวิกฤตการณ์ทางการเงินหรือเศรษฐกิจ เป็นต้น อันอาจจะส่งผลกระทบต่อกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่อยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน ดังเห็นได้จากกรณีเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนต้องการที่จะปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจก็จะเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติมาด้วย¹ อย่างไรก็ดีในกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับถึงอำนาจของรัฐที่จะควบคุมการใช้ทรัพย์สินด้วยการเวนคืนโดยควบคู่ไปกับการให้ค่าชดเชย ซึ่งการเวนคืนนั้นย่อมทำได้ตามหลักการที่ว่าเป้าหมายพื้นฐานของรัฐคือการปกป้องประโยชน์สาธารณะของปวงชน

2.1 ความหมายและความแตกต่างของการเวนคืน (Expropriation) การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) และการริบทรัพย์สิน (Confiscation)

คำที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องการเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาตินั้น นอกจากคำว่า การเวนคืน (Expropriation) แล้ว ยังมีคำว่า การโอนเป็นของรัฐ (Nationalizations) และการริบทรัพย์สิน (Confiscation) ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงแตกต่างในความหมายของคำว่า การเวนคืน การโอนเป็นของรัฐ และการริบทรัพย์สินที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) เป็นคำที่มีความหมายกว้างและอาจเข้าใจว่ามีความหมายกว้างครอบคลุมถึงการโอนเป็นของรัฐในลักษณะอื่น เช่น การเวนคืน (Expropriation) การริบทรัพย์สิน

¹ United Nations Conference on Trade and Development, Taking of property, UNCTAD series on issues in international investment agreements (New York and Geneva: United Nations, 2000), p. 3.

(Confiscation)² แต่เมื่อพิจารณาในเนื้อหาตามทางปฏิบัติของรัฐต่างๆแล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป

2.1.1 ความหมายของการเวนคืน (Expropriation)

“การเวนคืน” (Expropriation) มีผู้ให้ความหมายไว้ อาทิเช่น Amerasinghe ให้ความหมายถึงการบังคับเข้าถือสิทธิในทรัพย์สินโดยรัฐ (as a compulsory acquisition of property by State)³ เป็นต้น

ประเด็นที่สำคัญสำหรับการเวนคืน คือการเวนคืนจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการใช้อสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนมาในลักษณะแตกต่างไปจากเดิม โดยจะต้องทำตามเงื่อนไขตามกฎหมายที่มีอยู่โดยหลักการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน เช่น การเวนคืนที่ดินเพื่อทำถนนหรือเพื่อประโยชน์ในการชลประทาน โดยมีการจ่ายค่าชดเชยแก่ทรัพย์สินที่มีการเวนคืน ซึ่งทรัพย์สินที่เวนคืนมาอาจจะเวนคืนมาเป็นขององค์กร หรือบุคคลอื่นนอกจากรัฐก็ได้ เช่น องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น หรือประชาชนในกรณีที่เป็นการเวนคืนเพื่อการปฏิรูปที่ดิน เป็นต้น⁴

2.1.2 ความหมายของการโอนเป็นของรัฐ (Nationalizations)

Encyclopedia Dalloz ได้ให้ความหมายของคำว่า “การโอนเป็นของรัฐ” หมายถึง การใดๆ อันกระทำโดยอำนาจมหาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลในประเภทแห่งกิจการใดๆมาเป็นของรัฐ ทั้งนี้โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนด้วย⁵

² นฤมล กาญจนพงษ์, “ค่าชดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 18.

³ โกศล ฉันทิกุล, “การให้สิ่งจูงใจและปัญหาทางกฎหมายสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 109.

⁴ นฤมล กาญจนพงษ์, “ค่าชดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 18.

⁵ สุธาปดี สัตตบุศย์, “การโอนเป็นของชาติ,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 7, 1 (มิถุนายน 2525): 87.

The World Book Encyclopedia ได้ให้ความหมายว่า “การโอนเป็นของรัฐ” คือ การควบคุมและเป็นเจ้าของในการก่ออุตสาหกรรมต่างๆของชาติโดยรัฐบาลประเทศนั้นๆ อุตสาหกรรมต่างๆที่รัฐโอนมาดำเนินการนั้นปกติจะเป็นกิจการเพื่อสาธารณูปโภค ในประเทศสังคมนิยมบางประเทศรัฐจะเข้าดำเนินการที่สำคัญทั้งหมดทั้งด้านเศรษฐกิจและการเมือง โดยมีความมุ่งหมายเพื่อผลผลิตที่ดีกว่าและเพื่อบริการประชาชน⁶

The Institut de droit international (IDI) ซึ่งเป็นสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความหมายว่า “การโอนเป็นของรัฐ” คือ การโอนกิจการต่างๆมาเป็นของรัฐโดยวิธีทางตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์มหาชน ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินหรือสิทธิส่วนบุคคลในลักษณะการจัดการหรือการควบคุมโดยรัฐ อีกนัยหนึ่งรัฐสามารถที่จะกำหนดเป้าหมายแนวทางใหม่ให้กับทรัพย์สินต่างๆที่ได้โอนมาเป็นของรัฐ⁷

กล่าวโดยสรุปแล้วการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ได้แก่การที่ทรัพย์สินและสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินโอนจากเอกชนไปยังรัฐ โดยที่กรรมสิทธิ์และการดำเนินงานกิจการนั้นเป็นของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ⁸ เช่น การโอนธุรกิจกิจการน้ำมันที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติในประเทศอิหร่านมาเป็นของรัฐบาลอิหร่าน หรือโอนธุรกิจปิโตรเลียมที่ให้สัมปทานนักลงทุนต่างชาติไปมาเป็นของรัฐบาลลิเบีย เป็นต้น

2.1.3 ความหมายของการริบทรัพย์สิน (Confiscation)

การริบทรัพย์สิน (Confiscation) เป็นการโอนทรัพย์สินของเอกชนเป็นของรัฐลักษณะหนึ่ง การริบทรัพย์สินมีหลักฐานปรากฏว่าเริ่มมีขึ้นตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ใช้บังคับทรัพย์สินของต่างชาติในกรณีที่เนรเทศคนต่างชาติไปจากกรุงเอเธนส์ ทรัพย์สินทั้งหมดก็จะถูกริบตกเป็นของกรุงเอเธนส์

⁶ The World Book Encyclopedia 1977, U.S.A. Volum 14.

⁷ Gillian White, Nationalization of foreign property (London: Stevens & Sons, 1961), p. 42.

⁸ โกศล ฉันทิกุล, “การให้สิ่งจูงใจและปัญหาทางกฎหมายสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 109.

ทั้งนี้การริบทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดและเมื่อทรัพย์สินถูกยึดมาแล้วก็ จะไม่มีการจ่ายค่าชดเชยให้กับคนต่างชาติ⁹

2.1.4 ความแตกต่างระหว่างการเวนคืน (Expropriation) การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) และการริบทรัพย์สิน (Confiscation)

ข้อแตกต่างระหว่างการเวนคืน (Expropriation) กับการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) มีดังนี้

1) วัตถุประสงค์ของการเวนคืนนั้นมีจุดมุ่งหมายเฉพาะเรื่อง เช่น การปฏิรูปที่ดิน และ มักมีการเปลี่ยนจุดมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินนั้นๆ เช่น เวนคืนที่ดินเพื่อทำถนน ส่วนการโอนเป็นของรัฐมีจุดมุ่งหมายในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม จึงมักไม่มีการเปลี่ยนจุดมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมก่อนการโอนเป็นของรัฐ เช่น การโอนกิจการธนาคารเป็นของรัฐ

2) ขั้นตอนของการเวนคืนนั้นจะต้องทำตามขั้นตอนแห่งตัวบทกฎหมายที่มีอยู่โดย หลักการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน จำกัดอำนาจรัฐในการออกกฎหมายเวนคืนโดยเฉพาะ เช่น เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การพัฒนาอุตสาหกรรม การพัฒนาการเกษตร เป็นต้น ส่วนการโอนเป็นของรัฐนั้นเมื่อรัฐเห็นว่าจำเป็นย่อมออกกฎหมาย โอนเป็นของรัฐได้เสมอ

3) ค่าชดเชยของการเวนคืนนั้นให้มีการจ่ายตามกระบวนการที่กำหนดไว้ ส่วนการ โอนเป็นของรัฐนั้นค่าชดเชยมักไม่ได้เต็มตามความสูญเสีย¹⁰

อย่างไรก็ดี ในตำรากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนต่างชาตินั้น อาทิเช่น ใน เอกสารเรื่องการเวนคืนทรัพย์สิน (Taking of Property) ที่จัดทำโดย UNCTAD ได้อธิบายความ แตกต่างของการเวนคืนและการโอนเป็นของรัฐไว้ว่า “การเวนคืน” (Expropriation) เป็นการยึดโอน เปลี่ยนมือในเฉพาะกิจการหนึ่งๆเท่านั้น เช่น การเวนคืนบริษัท ก. เป็นต้น ส่วน “การโอนเป็นของ รัฐ” (Nationalization) เป็นการยึดไปซึ่งทั้งประเภทธุรกิจหรือประเภทอุตสาหกรรมนั้นอย่างเปิดเผย เช่น รัฐบาลเม็กซิโกประกาศโอนกลุ่มบริษัทเหมืองแร่และน้ำมันต่างๆเป็นของรัฐ เป็นต้น ส่วน “การ

⁹ นฤมล กาญจนพงษ์, “ค่าชดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 18.

¹⁰ จักรพันธ์ สังข์ศิลา, “การคุ้มครองการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการ จัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี: ศึกษาเฉพาะกรณีการคุ้มครองกิจการจากการเวนคืน,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 38-39.

ริบทรัพย์สิน” (Confiscation) นั้นเป็นกรณีการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปโดยไม่มี การจ่ายค่าชดเชยให้ ซึ่งต่างกับการเวนคืนและการโอนเป็นของรัฐที่จักมีการจ่ายค่าชดเชยให้ซึ่งมาก น้อยต่างกันไป แรกเริ่มเดิมทีรัฐจะใช้การยึดทรัพย์สินของคนชาติหรือนักลงทุนต่างชาติ (Confiscation) ยุคต่อมาเป็นการโอนมาเป็นของรัฐ (Nationalization) แล้วในท้ายที่สุดมักใช้การ เวนคืน (Expropriation) ทั้งนี้ปัจจุบันคำทั้งสามเหล่านี้มักใช้แทนกันอยู่บ่อยๆ¹¹ ดังเห็นได้จากใน ตำราอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจากต่างชาติและในความตกลงระหว่าง ประเทศเกี่ยวกับการลงทุน

ฉะนั้นโดยทั่วไปแล้ว จะไม่มีการแยกความหมายของ Expropriation และ Nationalization อันเป็นที่เข้าใจกันว่า Nationalization เป็นรูปแบบหนึ่งของ Expropriation ซึ่งในความตกลง ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนจะใช้คำว่า “การเวนคืน” (Expropriation) ครอบคลุมถึงการโอน เป็นของรัฐ (Nationalization) ด้วย ซึ่งในเอกสารเรื่องการเวนคืนทรัพย์สิน (Taking of Property) ที่ จัดทำโดย UNCTAD นั้นได้สรุปความหมายของการเวนคืนไว้ว่า คือการทำการยึดของรัฐบาลผ่าน กระบวนการทางกฎหมายหรือการกระทำของฝ่ายบริหารเพื่อโอนกรรมสิทธิ์และการครอบครองใน ตัวทรัพย์สินนั้นไป และยังรวมถึงการกระทำของทางภาครัฐที่ทำให้สูญสิ้นไปซึ่งการบริหาร การใช้ การควบคุม หรือมูลค่าที่สำคัญของทรัพย์สินลดลงไป¹²

2.2 องค์ประกอบของการเวนคืนการลงทุน

ในการตีความการเวนคืนนั้น มี 3 องค์ประกอบเบื้องต้นที่ต้องพิจารณาดังนี้

2.2.1 ลักษณะของผู้ทำการเวนคืน

ผู้ที่ทำการเวนคืนจะต้องเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือตัวแทนของรัฐเท่านั้น มิใช่ บัณฑิตเอกชนหรือองค์กรเอกชนเป็นผู้ทำการเวนคืน อาทิเช่น คนงานในโรงงานทำการยึดโรงงานของ นายจ้าง โดยที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เข้าไปเกี่ยวข้องหรือแอบให้ความร่วมมือกันมาก่อนแล้ว ดังนี้ จะ ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน

¹¹ M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 345-346.

¹² United Nations Conference on Trade and Development, *Taking of property*, UNCTAD series on issues in international investment agreements, p. 3.

2.2.2 ลักษณะของทรัพย์สินที่เวนคืน

การลงทุนอาจทำในรูปทรัพย์สินที่จับต้องได้ (Movable Property) และทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Immovable Property) เช่น หุ่น สัญญาสัมปทาน ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ดังนั้น กิจการหรือทรัพย์สินก็คือการลงทุนที่รัฐอาจเวนคืนได้ กล่าวคือ มิใช่แต่เฉพาะที่ดินหรือตึกอันเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้นที่รัฐอาจเวนคืน แต่รวมถึงสิทธิในหุ้นของบริษัท สิทธิตามสัญญา (Contractual Rights) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสัมปทานธุรกิจจากรัฐบาล

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดี Norwegian Shipowners' Claims (Norway v. United States of America) ได้ยอมรับว่าสิทธิตามสัญญา (Contractual Rights) นั้นอยู่ภายใต้การเวนคืนได้ด้วย ซึ่งข้อเท็จจริงของคดีนี้คือรัฐบาลสหรัฐอเมริกายึดเรือที่ต่อให้แก่ชาวนอร์เวย์ซึ่งอยู่ในต่อเรือสหรัฐอเมริกา ระหว่างสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และองค์กรของรัฐบาลที่ชื่อ The Fleet Corporation ได้ทำการยกเลิกสัญญาต่อเรือที่ต่อเรือทำไว้กับชาวนอร์เวย์ ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าองค์กรของรัฐบาลดังกล่าวได้เข้าควบคุมครอบครองสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าของเรือชาวนอร์เวย์ที่มีกับผู้ต่อเรือ และการยกเลิกสัญญาต่อเรือที่มีอยู่นั้นเป็นการเวนคืนแท้จริง (De Facto Expropriation) จึงชี้ขาดให้จ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม

ในคดี Chorzow Factory Case ที่ตัดสินโดยองค์คณะศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศ นั้นเกี่ยวข้องกับผลกระทบโดยตรงของมาตรการโปแลนด์ที่มีต่อบริษัทเยอรมันที่ชื่อ Bayerische ซึ่งเป็นบริษัทที่มีสิทธิตามสัญญาในการจัดการและดำเนินกิจการโรงงานสารประกอบไนโตรเจนที่ชื่อ Chaorzow องค์คณะศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่ามาตรการของโปแลนด์เวนคืนทั้งเจ้าของโรงงานและบริษัท Bayerische ที่ถือสิทธิตามสัญญาในการจัดการและดำเนินกิจการโรงงาน Chaorzow ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่า เป็นที่ชัดเจนว่าสิทธิของบริษัท Bayerische ในการใช้ประโยชน์จากโรงงานและค่าตอบแทนที่กำหนดโดยสัญญาสำหรับการจัดการใช้ประโยชน์และสำหรับการใช้สิทธิบัตร ใบอนุญาตหรือการทดลองทางวิทยาศาสตร์นั้นได้รับความเสียหายจากการเข้าควบคุมครอบครองโรงงาน Chaorzow โดยโปแลนด์

องค์คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ได้ยอมรับว่าทรัพย์สินจับต้องไม่ได้ เช่น สิทธิของผู้ถือหุ้น และสิทธิตามสัญญา เป็นต้น อาจอยู่ภายใต้การเวนคืนได้ ดังที่ชี้ขาดไว้ในคดี Starrett Housing Corporation, Starrett System, Inc., Starrett Housing International Inc., v. The Government

of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat ว่ามาตรการเวนคืนมีเป้าหมายที่ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและรวมถึงสิทธิตามสัญญาด้วย หรือในคดี Philips Petroleum Company v. The Islamic Republic of Iran ที่พบว่าการเวนคืนนั้นอาจเป็นการเวนคืนทรัพย์สินที่จับต้องได้และทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ด้วย ดังเช่นสิทธิตามสัญญาความร่วมมือกับบริษัทน้ำมันแห่งชาติอิหร่าน (NIOC) เพื่อการเจาะหาและใช้ทรัพยากรปิโตรเลียมในนอกชายฝั่งอ่าวเปอร์เซีย

ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอื่น ๆ ก็มีความเห็นพ้องไปกับคำตัดสินของคดี Chorzow Factory Case ที่ตัดสินเรื่องการแทรกแซงต่อสิทธิที่เกิดมาจากสัญญาระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุน ดังเช่น คดี Biloune and Marine Dive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana ที่นาย Antoine Biloune ได้รับสัมปทานการก่อสร้างศูนย์รวมบริการการท่องเที่ยวโรงแรมสี่ดาวใน Marine Drive Complex จากศูนย์การลงทุนกาน่า (GIC) หรือคดี CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic ที่บริษัทนักลงทุนได้รับใบอนุญาตสิทธิแต่เพียงผู้เดียวจากสภาสื่อแห่งชาติให้เป็นผู้ดำเนินการควบคุมสถานีแพร่เสียงแพร่ภาพ

ดังนั้น ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้และทรัพย์สินที่จับต้องได้อาจอยู่ภายใต้เวนคืนได้ทั้งสิ้น ดังที่อนุญาโตตุลาการของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนืออธิบายไว้ชัดเจนในคดี Methanex Corporation v. United States of America ว่าความเชื่อที่จำกัดให้ทรัพย์สินมีแต่เฉพาะวัตถุที่จับต้องได้นั้นเป็นความเชื่อที่ล้าสมัยแล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติปัจจุบันนี้การเวนคืนเกี่ยวข้องกับมาตรการของรัฐที่กระทบต่อสิทธิอันจับต้องไม่ได้

2.2.3 ลักษณะของการกระทำการเวนคืน

การกระทำของรัฐก็คือ มาตรการ (Measures) ซึ่งยอมรับกันทั่วไปว่าหมายถึงการกระทำด้วยตั้งใจให้ได้มาซึ่งบางสิ่ง ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ตามมาว่าความไม่สามารถหรือปฏิเสธที่จะกระทำของรัฐนี้จะถือว่าเป็นมาตรการได้หรือไม่ ตามตัวอย่างเช่น รัฐบาลชิลีอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติมาซื้อที่ดินสร้างโรงงาน แล้วทันทีที่โรงงานได้สร้างเสร็จ รัฐบาลไม่สามารถที่จะออกใบอนุญาตประกอบการอันเนื่องมาจากความขัดแย้งของฝ่ายบริหาร ดังนั้นจะถือว่าเป็นมาตรการเวนคืนได้หรือไม่

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Mr. Euduro Armando Olguin v. Republic of Paraguay ได้พิจารณาความหมายของคำว่ามาตรการไว้ว่า การเวนคืนเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการกระทำ

ซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธินักลงทุนในทรัพย์สินของตน ดังนี้ใครก็ตามที่เป็นผู้กระทำก็จะได้รับความคุ้มครองในทางตรงหรือทางอ้อม หรืออย่างน้อยก็ได้ผลประโยชน์ของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนนั้น การเวนคืนจึงต้องมีการกระทำเกิดขึ้น การไม่กระทำจึงไม่เพียงพอที่จะพิจารณาว่ามีการเวนคืนเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามความเห็นตามคดีนี้ไม่ค่อยได้รับการเห็นพ้องด้วยนัก โดยในทางกลับกันมีความเห็นว่า การที่รัฐบาลตัดสินใจอย่างเป็นทางการไม่ออกไปอนุญาตที่ถูกร้องขอมานั้น อาจอยู่ในคำจำกัดความของคำว่ามาตรการ¹³

2.3 แนวคิดของการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

ภายใต้ยุคอาณานิคม รัฐที่เป็นอาณานิคมถูกตอกอยู่ภายใต้การครอบงำทางเศรษฐกิจโดยสิ้นเชิง และประเทศเจ้าอาณานิคมสามารถที่จะแสวงหาประโยชน์และนำเอาทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในประเทศอาณานิคมเหล่านี้ไปใช้ได้อย่างเสรี และยังสามารถนำกลับไปยังประเทศเจ้าอาณานิคมด้วย ต่อมานักลงทุนประชากรของประเทศเจ้าอาณานิคมได้เข้ามาตั้งรกรากและประกอบกิจการในประเทศอาณานิคมโดยใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันอุดมสมบูรณ์ ซึ่งเป็นปัจจัยการผลิตที่มีคุณค่า การลงทุนในยุคอาณานิคมเป็นการลงทุนในอุตสาหกรรมขั้นปฐมภูมิ (Primary Industry) เช่น การทำเหมืองแร่ การเพาะปลูกพืช สาธารณูปโภค เป็นต้น กรอบกฎหมายที่บังคับใช้กับการลงทุนเป็นกฎหมายจากประเทศเจ้าอาณานิคมที่มากับระบอบอาณานิคม กล่าวคือกฎหมายที่บังคับใช้ในอาณานิคมนี้เป็นกฎหมายที่ประเทศเจ้าอาณานิคมกำหนดขึ้นเองทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐที่รับการลงทุนซึ่งเป็นอาณานิคมจึงไม่มีบทบาทใดๆเกี่ยวกับการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

จนกระทั่งปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 20 ยุคปลดปล่อยอาณานิคม (Decolonization Period) ประเทศที่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมเหล่านั้นได้รับเอกราชและอธิปไตย จึงมีรัฐที่มีเอกราชใหม่เกิดขึ้น (New Independent Countries) โดยเป็นอิสระจากการถูกครอบงำทางการเมืองและการปกครองจากยุคของการล่าอาณานิคม ประเทศเหล่านั้นโดยเฉพาะประเทศในแอฟริกาและเอเชียต่างปรารถนาปรารถนาที่จะได้รับเอกราชทางเศรษฐกิจอย่างสมบูรณ์และฟื้นฟูเศรษฐกิจด้วยการเวนคืนกิจการบริษัทที่เคยเป็นของประเทศอาณานิคมมาเป็นของรัฐ จึงอ้างเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งมีเหนือบุคคลและทรัพย์สินภายในดินแดนของตนเป็นหลักการในการ

¹³ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties* (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 289-292.

โอนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ อาทิเช่น รัฐบาลอินโดนีเซียโอนทรัพย์สิน (Nationalization) ของชาวต่างชาติมาเป็นของรัฐ ทั้งนี้ ได้มีการเรียกร้องอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resources) และการจัดตั้งระบบเศรษฐกิจใหม่ของโลก (New International Economic Order) เพื่อประเทศทั้งหลายในโลกนี้สามารถดำเนินการทางเศรษฐกิจในครรลองของตนเอง สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในประเทศตนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนและเป็นธรรมแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรธรรมชาตินั้นบนทางเลือกที่เป็นอิสระแห่งตน¹⁴

การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนในการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ นั้นเป็นที่ยอมรับกันทั้งในประเพณีปฏิบัติของประเทศต่างๆ และในมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติหลายครั้ง ดังนี้

2.3.1 กฎหมายสิทธิมนุษยชนของยุโรปและสหรัฐอเมริกา

การเวนคืนเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับการถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นของคนชาติหรือคนต่างชาตก็ตาม การถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลใดนั้น กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับได้ให้การรับรองไว้ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งเป็นปฏิญญาสากลขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 17 ความว่า “(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือร่วมกับบุคคลอื่น” และ “(2) การยึดเอาทรัพย์สินของบุคคลใดไปเสียโดยผลการกระทำมิได้”¹⁵ นอกจากนี้กฎหมายสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค ซึ่งก็คือ พิธีสารฉบับแรกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน (The First Protocol to The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ซึ่งลงนามวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 ข้อ 1 ความว่า “(1) บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินของตนได้อย่างสงบ ไม่มีใครจะสามารถยึดไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น เว้นแต่ในการเพื่อประโยชน์สาธารณะและขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมาย

¹⁴ ลาวัลย์ ฌนัดศิลป์กุล, “แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน,” ใน *ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน* หน่วยที่ 8-15 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), หน้า 8-41.

¹⁵ U.N. Doc 1/777 (1948)

ระหว่างประเทศทั่วไป” และอนุสัญญาสหรัฐอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (America Convention on Human Rights) ซึ่งลงนามปี ค.ศ. 1969 ข้อ 21 ความว่า “(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะใช้และใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตน แต่ทั้งนี้กฎหมายอาจบังคับให้ใช้และใช้ประโยชน์ดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนได้” และ “(2) ไม่มีใครจะถูกตัดสิทธิอันมีอยู่ในทรัพย์สินของตน เว้นแต่มีการจ่ายค่าชดเชยที่ยุติธรรมให้ เพื่อการใช้ประโยชน์ของสาธารณะหรือประโยชน์ของสังคม และเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายจักกำหนด”

ดังกล่าวข้างต้น จักเห็นได้ว่า ทั้งกฎหมายสิทธิมนุษยชนของยุโรปและสหรัฐอเมริกาต่างบัญญัติยอมรับถึงการยึดทรัพย์สินนั้นไปได้ก็เฉพาะแต่เพียงเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนเท่านั้น และถึงแม้พิธีสารฉบับแรกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าต้องจ่ายค่าชดเชยเอาไว้ แต่กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องทำไปภายใต้กฎหมายและหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General Principles of International Law) ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นศาลได้ยอมรับการมีหน้าที่ต้องชดเชยอยู่เมื่อรัฐทำการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไป¹⁶ ทั้งนี้ ในอนุสัญญาสหรัฐอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดเงื่อนไขต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just Compensation) เอาไว้ด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนของยุโรปและสหรัฐอเมริกาให้อำนาจรัฐในการเวนคืนทรัพย์สินของคนชาติหรือต่างชาติ ทว่าการเวนคืนนั้นต้องกระทำไปเพื่อสาธารณะประโยชน์และมีการจ่ายค่าชดเชย

2.3.2 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 626 (VII) วันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1952¹⁷

¹⁶ Markus Perkams, “The concept of indirect expropriation in comparative public law- Searching for light in the dark,” in *International investment law and comparative public law*, ed. Stephan W. Schill (New York: Oxford University Press, 2010), p. 113.

¹⁷ ญ. Resolution No. 626 (VII) “Right to Exploit Freely Natural Wealth and Resources”
“The General Assembly,

Bearing in mind the need for encouraging the under-developed countries in the proper use and exploitation of their natural wealth and resources,

Considering that the economic development of the under-developed countries is one of the fundamental requisites for the strengthening of universal peace,

Remembering that the right of peoples freely to use and exploit their natural wealth and resources is inherent in their sovereignty and in accordance with the Purpose and Principles of the Charter of the United Nations,

มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 626 (VII) ว่าด้วยสิทธิในการใช้และทำประโยชน์จากความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติและทรัพยากร (Right to Exploit Freely Natural Wealth and Resources) ค.ศ. 1952 เป็นมติที่สนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิของแต่ละประเทศโดยเฉพาะประเทศด้อยพัฒนาในการใช้และทำประโยชน์จากความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติและทรัพยากรธรรมชาติของตนเอง ทั้งนี้ เพราะคำนึงว่าการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศด้อยพัฒนาเป็นหนึ่งในความจำเป็นพื้นฐานที่สำคัญเพื่อความเข้มแข็งของสันติภาพของโลก โดยในมติได้รับรองสิทธิของประชาชนในการใช้และทำประโยชน์จากความอุดมสมบูรณ์ทางธรรมชาติและทรัพยากรเป็นสิทธิอันชอบธรรมในเขตอธิปไตยของประเทศนั้นๆ

ดังกล่าวนี้อาจจะเห็นได้ว่าประชาคมโลกได้ยืนยันถึงสิทธิของรัฐเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาไตร่ตรองเหนือบุคคลและสิ่งของทั้งหมดที่อยู่ในดินแดนของตน (Self-Determination) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อการขับเคลื่อนและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

2.3.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC)

หลักการคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติจากการเวนคืนนั้น มีบทบาทสำคัญต่อการเริ่มต้นพยายามทำหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (The Law of State Responsibility) ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) โดยมีประเด็นสำคัญเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของต่างชาติ ทั้งนี้ในรายงานของ F.V. Garcia Amador ซึ่งผู้จัดทำรายงานพิเศษที่ส่งให้คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในปี ค.ศ.1956 นั้น ได้สรุปไว้ว่า การเวนคืนทรัพย์สินของต่างชาติอาจนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐที่ทำการเวนคืน เว้นแต่จะสอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดในทางระหว่างประเทศ เช่น การใช้ประโยชน์สาธารณะหรือ

1. Recommends all Member States, in the exercise of their right freely to use and exploit their natural wealth and resources wherever deemed desirable by them for their own progress and economic development, to have due regard, consistently with their sovereignty, to the need for maintaining the flow of capital in conditions of security, mutual confidence and economic co-operation among nations,

2. Further recommends all Member States to refrain from act, direct or indirect, designed to impede the exercise of the sovereignty of any State over its natural resources."

เพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งไม่เป็นไปตามความอำเภอใจ¹⁸ ดังนั้นเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในการเวนคืนโดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเวนคืนที่กำหนด มิฉะนั้นแล้วนำสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ

2.3.4 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1962

มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (The Permanent Sovereignty over Natural Resources) ค.ศ. 1962 นี้ยอมรับว่ารัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น ซึ่งรวมถึงการเวนคืนหรือการโอนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่เกี่ยวข้องหรือได้มาจากการใช้ทรัพยากรเช่นว่านั้นด้วย โดยในวรรค 4 แห่งข้อมติดังกล่าวบัญญัติว่า “การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) การเวนคืน (Expropriation) หรือการเรียกเกณฑ์ (Requisition) ต้องอยู่บนหลักหรือเหตุผลแห่งการใช้ประโยชน์สาธารณะ (Public Utility) ความมั่นคง (Security) หรือผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) ซึ่งได้รับการรับรองว่าอยู่เหนือผลประโยชน์ของปัจเจกชนหรือเอกชนโดยแท้ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ในกรณีเช่นว่านั้น เจ้าของจะต้องได้รับการชำระค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) ตามกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐซึ่งใช้มาตรการเช่นว่านั้นในการใช้อำนาจอธิปไตยของตน และตามกฎหมายระหว่างประเทศ”¹⁹

มตินี้มีประเทศที่ออกเสียงเห็นชอบ 87 ประเทศ ไม่เห็นชอบอยู่ 2 ประเทศ และอีก 12 ประเทศงดการออกเสียง ฉะนั้นจึงสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับว่าการเวนคืนนั้นสามารถทำได้ เมื่อ

¹⁸ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch (New York: Oxford University Press, 2008), p. 173.

¹⁹ Resolution No. 1803 (XVII) “Permanent Sovereignty over Natural Resources”
 “4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the state taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication.”

1) เพื่อประโยชน์สาธารณะ และ 2) มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม กลับมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับคำว่าค่าชดเชยที่ “เหมาะสม” (appropriate) โดยมีความคลุมเครืออยู่เพราะรัฐต่างๆตีความถ้อยคำนี้แตกต่างกันออกไป

ในประเทศที่พัฒนาแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศตะวันตกถือว่าคุณค่าชดเชยที่เหมาะสมนั้นหมายถึง ค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอ และมีประสิทธิผล (Prompt, Adequate, and Effective) หรือที่เรียกว่าแนวคิดทฤษฎี “Hull Formula” อันเกิดขึ้นมาจากปี ค.ศ. 1938 รัฐบาลเม็กซิโกโอนกิจการน้ำมัน (Nationalization) ของสหรัฐอเมริกาในประเทศเม็กซิโกไป ทั้งนี้รัฐบาลสหรัฐอเมริกาโดยนาย Cordell Hull มิได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนเรื่องสิทธิของเม็กซิโกในการโอนเป็นของรัฐ แต่ประกาศว่าภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและความเท่าเทียมกันนั้นไม่มีรัฐบาลใดจะมีสิทธิเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆก็ตามโดยปราศจากการจ่ายชดเชยที่ทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกาได้ถือว่าการจ่ายค่าชดเชยตามแนวคิดทฤษฎี Hull Formula นี้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ฉะนั้นในการจ่ายค่าชดเชยที่ต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานระหว่างประเทศจึงหมายถึงค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล (Prompt, Adequate, and Effective)

อย่างไรก็ดี รัฐบาลเม็กซิโกไม่ได้ปฏิเสธการมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชย แต่ก็เห็นว่าจำนวนค่าชดเชยที่จะต้องจ่ายนั้นควรขึ้นอยู่กับความสามารถที่จะจ่ายของรัฐที่ทำการเวนคืน²⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาและสหภาพโซเวียตยึดถือว่าคุณค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) นั้นเป็นไปตามทฤษฎี “Calvo Doctrine” อันหมายถึงว่าคุณค่าชดเชยสำหรับนักลงทุนต่างชาตินี้จะไม่แตกต่างไปจากค่าชดเชยที่นักลงทุนคนชาติตนจะได้รับในกรณีทรัพย์สินประเภทเดียวกันถูกเวนคืน กล่าวคือใช้กฎหมายภายในของรัฐกำหนดค่าชดเชยและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ในการจ่ายค่าชดเชยให้กับนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้สหภาพโซเวียตไม่ได้พูดถึงกฎหมายระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในมติแต่อย่างใด

²⁰ Peter Malanczuk, “International law provisions for the protection of foreign investment,” in *Foreign investment: Its significance in relation to the fight against poverty, economic growth and legal culture*, eds. Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen, and Bernhard Vogel (Singapore: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006), p. 97.

2.3.5 ข้อมติที่ 88 (XII) ของคณะกรรมการการค้าและการพัฒนาในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD)

ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 1972 คณะกรรมการการค้าและการพัฒนา (Trade and Development Board) ของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ได้รับข้อมติที่ 88 (XII) ซึ่งยืนยันถึงการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งปวงในอันที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการพัฒนาชาติของตนเองด้วยจิตสำนึกและตามหลักของกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ²¹ นอกจากนี้ยังย้ำอีกว่าการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวอาจแสดงออกโดยการโอนเป็นของรัฐเพื่อให้ได้คืนมาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติเช่นว่านั้น โดยที่รัฐเหล่านั้นจะกำหนดจำนวนค่าชดเชยและขั้นตอนในการชำระค่าชดเชยและหากมีข้อพิพาทใดๆเกิดขึ้นเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐหรือการกำหนดจำนวนค่าชดเชย ก็ให้ข้อพิพาทเช่นว่านั้นตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐแต่ผู้เดียวโดยมิให้กระทบกระเทือนต่อหลักซึ่งกำหนดไว้ในข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 1803 (XVII)²²

ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศกรีซคัดค้านข้อมติที่ 88 และมีประเทศที่ออกเสียงเห็นชอบ 39 ประเทศ และ 23 ประเทศงดการออกเสียง ปัญหาที่สำคัญคือข้อมติที่ 88 นี้มิได้มีถ้อยคำชัดเจนระบุไปว่าค่าชดเชยที่เหมาะสมนั้นเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งต่างกับข้อมติที่ 1803 (XVII) ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงต้องการที่จะให้บรรจบบทบัญญัติแห่งข้อมติที่ 1803

²¹ ข้อมติที่ 88 ของ UNCTAD กล่าวว่า “Reaffirms the sovereign right of all countries freely to dispose of their natural resources for the benefit of their national development in the spirit and in accordance with the principles of the Charter of the United Nation....”

²² ข้อมติที่ 88 ของ UNCTAD กล่าวว่า “Reiterates, that, in the application of the principle, such measures of nationalization as States may adopt in order to recover their natural resources are the expression of a sovereign power in virtue of which it is for each State to fix the amount of compensation and the procedure for these measures, and any dispute which may arise in that connexion falls within the sole jurisdiction of its courts, without prejudice to what is set forth in the General Assembly resolution 1803 (XVII)....”

(XVII) ไว้หรือใส่ถ้อยคำที่มีการอ้างถึง “หลักกฎหมายระหว่างประเทศ” เอาไว้ในข้อมตินี้ด้วย แต่ก็ไม่ได้รับการยอมรับไว้แต่อย่างใด²³

2.3.6 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3171 (XXVIII) วันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1973

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับข้อมติที่ 3171 (XXVIII) ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (The Permanent Sovereignty over Natural Resources) ค.ศ. 1973 ยืนยันหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 และยืนยันหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ยืนยันถึงสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ (Inalienable Right) ของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติทั้งปวงของตนบนผืนดินภายในอาณาเขตของตนตลอดทั้งเหนือทรัพยากรธรรมชาติบนพื้นดินท้องทะเล และดินใต้ผิวดินของพื้นดินท้องทะเลนั้นภายในเขตอำนาจแห่งชาติของตน และในห้วงน้ำเหนือพื้นดินท้องทะเล

2) สนับสนุนความพยายามของประเทศที่กำลังพัฒนาและของประชาชนแห่งดินแดนภายใต้การครอบครองทางอาณานิคมและทางเชื้อชาติและการยึดครองจากต่างชาติ ในการดิ้นรนต่อสู้เพื่อให้ได้กลับคืนมาซึ่งการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งทรัพยากรธรรมชาติของตน

3) ยืนยันว่า การใช้หลักการเวนคืนเป็นของรัฐอันเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐเพื่อปกป้องทรัพยากรธรรมชาติของตนนั้น ชี้ให้เห็นโดยปริยายว่ารัฐแต่ละรัฐชอบที่จะกำหนดจำนวนค่าชดเชยที่อาจเป็นไปได้และวิธีการชำระค่าชดเชย และข้อพิพาทใดๆ อันอาจมีขึ้นก็ให้ระงับตามกฎหมายแห่งชาติของแต่ละรัฐที่ดำเนินมาตรการเช่นนั้น²⁴

²³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 224-225.

²⁴ ดู Resolution No. 3171 (XXVIII) “Permanent Sovereignty over Natural Resources”
 “1. Strongly reaffirms the inalienable rights of States to permanent sovereignty over all their natural resources, on land within their international boundaries as well as those in the sea-bed and the subsoil thereof within their national jurisdiction and in the superjacent waters;
 2. Supports resolutely the efforts of the developing countries and of the peoples of the territories under colonial and racial domination and foreign occupation in their struggle to regain effective control over their natural resources;

ดังกล่าว มติข้อที่ 3171 นี้ยืนยันอำนาจอธิปไตยของรัฐในการเวนคืนได้โดยมี 1 ประเทศคือสหราชอาณาจักรที่คัดค้าน และมีประเทศที่ออกเสียงเห็นชอบ 108 ประเทศ และ 16 ประเทศงดการออกเสียง อีกทั้งยังเป็นการแสดงจุดยืนของประเทศที่กำลังพัฒนาเกี่ยวกับการโอนกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นของรัฐว่าให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งนักลงทุนต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งในแง่ของการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการโอนและในแง่ของการกำหนดจำนวนค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติ แม้ว่าจะมี 11 ประเทศที่พัฒนาแล้วคัดค้านประเด็นเรื่องกฎหมายภายในของรัฐนี้ อาทิเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร ญี่ปุ่น อิตาลี เนเธอร์แลนด์ เยอรมัน เป็นต้น²⁵

2.3.7 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3201 (S-VI) วันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1974

ในวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 ได้มีปฏิญญาว่าด้วยการจัดระเบียบเศรษฐกิจใหม่ (Declaration on the Establishment of a New Economic Order) อยู่ในมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ 3201 (S-VI) กล่าวถึงช่องว่างทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนา ความไม่สมดุลทางเศรษฐกิจและการพัฒนายังคงมีอยู่ต่อไปและช่องว่างของทั้งสองกลุ่มประเทศก็มากขึ้นทุกที จึงควรลดช่องว่างด้วยการมีการจัดระเบียบเศรษฐกิจเสียใหม่โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักดังนี้กล่าวคือ “การมีอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเต็มที่ของรัฐทุกรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนและกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งปวงและเพื่อเป็นการป้องกันทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ รัฐแต่ละรัฐชอบที่จะใช้การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือทรัพยากรธรรมชาติตลอดทั้งการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้นโดยวิธีการที่เหมาะสมกับสภาวะการณ์ของตนรวมทั้งสิทธิที่จะโอนเป็นของรัฐหรือการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังคนชาติของตน ซึ่งสิทธิเช่นว่านี้เป็นแสดงออกถึงการมีอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเต็มที่ของรัฐโดยจะไม่มีรัฐใดที่อาจตกอยู่ภายใต้การขู่เข็ญทางเศรษฐกิจหรือการเมืองหรือการขู่เข็ญในรูปแบบอื่นใดเพื่อขัดขวาง

3. Affirms that the application of the principle of nationalization carried out by States, as an expression of their sovereignty in order to safeguard their natural resources, implies that each State is entitled to determine the amount of possible compensation and the mode of payment, and that any disputes which might arise should be settled in accordance with the national legislation of each State carrying out such measures;”

²⁵ R. Doak Bishop, James Crawford, and W. Michale Reisman, Foreign investment disputes: cases, materials and commentary (Hague: Kluwer Law International, 2005), p. 936.

การใช้สิทธิอันมิอาจโอนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้อย่างเสรีและเต็มที่”²⁶ นอกจากนี้ รัฐทุกรัฐยังมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยและค่าชดเชยเต็มจำนวนสำหรับการใช้สอยทรัพยากรและการลดลง และความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและทรัพยากรอื่นๆของรัฐ ดินแดนหรือประชาชนที่อยู่ภายใต้การยึดครองจากต่างชาติ การครอบครองทางอาณานิคม หรือการแบ่งแยกผิว²⁷

เห็นได้ว่ามติที่ 3201 (S-VI) เป็นการย้ำถึงสิทธิของรัฐในการที่จะโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติมาเป็นของรัฐหรือของคนชาติตน แต่ข้อมตินี้มิได้กล่าวถึงการจ่ายค่าชดเชยในกรณีที่มีการโอนเป็นของรัฐ หรือเงื่อนไขการใช้ประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด²⁸ ทั้งนี้เป็นเพียงปฏิญญาทางการเมือง (Political Declaration) ในลักษณะของการมีฉันทามติโดยไม่มีการออกเสียงลงมติแต่อย่างใด (Adopted without a Vote) และประเทศมหาอำนาจไม่ถือว่าปฏิญญาแห่งสหประชาชาติดังกล่าวมีผลผูกพันทางกฎหมาย²⁹ ซึ่งมีความเห็นของนักวิชาการเห็นว่าเป็นที่น่าเสียดายที่ฉันทามติดังกล่าวมิได้มีการออกเสียงเพื่อให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย เพื่อที่จะได้เป็นตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศนำมาสู่การปฏิบัติบังคับใช้ กำกับการทำธุรกิจและดำเนินการทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่อไป

²⁶ Declaration on the Establishment of a New Economic Order: “(e) Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right.”

²⁷ ดู Declaration on the Establishment of a New Economic Order: “(f) The right of all States, territories and peoples under foreign occupation, alien and colonial domination or apartheid to restitution and full compensation for the exploitation and depletion of, and damages to, the natural resources and all other resources of those States, territories and peoples... .”

²⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6, หน้า 227.

²⁹ ลาวัลย์ ถนัดศิลป์กุล, “แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน,” ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน้าที่ 8-15, หน้า 8-42.

2.3.8 มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3281 (XXIX) วันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1974

มติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3281(XXIX) ว่าด้วยกฎบัตรแห่งสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The Charter of Economic Rights and Duties of States) ค.ศ. 1974 ในข้อ 2 ของมาตรา 2 บัญญัติเกี่ยวกับการเวนคืนเป็นของรัฐ บัญญัติว่า “แต่ละรัฐมีสิทธิ (เอ) ที่จะออกกฎเกณฑ์และใช้อำนาจเหนือการลงทุนจากต่างชาติภายในเขตอำนาจแห่งชาติของตนตามกฎหมายและข้อบังคับและตามวัตถุประสงค์และตามลำดับความสำคัญก่อนหลังของชาติ ไม่มีรัฐใดที่จะถูกบังคับให้ต้องให้การปฏิบัติที่ดีกว่า (Preferential Treatment) แก่การลงทุนจากต่างชาติ” และ “(บี) ที่จะออกกฎเกณฑ์และควบคุมดูแลกิจกรรมของบริษัทข้ามชาติ (Transnational Corporations) ภายในเขตอำนาจแห่งชาติ (National Jurisdiction) และดำเนินมาตรการเพื่อประกันว่า กิจกรรมเช่นนั้นเป็นไปตามกฎหมาย กฎเกณฑ์ และข้อบังคับและสอดคล้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของตน บริษัทข้ามชาติจะต้องไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐเจ้าบ้าน รัฐทุกรัฐควรให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นๆโดยคำนึงถึงสิทธิอธิปไตยของตนในการใช้สิทธิดังที่ กำหนดไว้ในอนุวรรคนี้” และ “(ซี) ที่จะโอนเป็นของรัฐ (Nationalize) การเวนคืน(Expropriate) หรือโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งทรัพย์สินของต่างชาติ ซึ่งในกรณีเช่นนั้นจะต้องมีการชำระค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) โดยรัฐซึ่งใช้มาตรการเช่นนั้นโดยคำนึงถึงกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องของตนและพฤติการณ์ทั้งปวงซึ่งรัฐนั้นพิจารณาว่าเกี่ยวข้อง ในกรณีใดที่ ปัญหาเรื่องค่าชดเชยก่อให้เกิดข้อพิพาท ข้อพิพาทเช่นนั้นให้ระงับภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งทำการโอนเป็นของรัฐและโดยศาลของตนเว้นแต่จะมีการตกลงร่วมกันโดยอิสระโดยรัฐทั้งปวงที่เกี่ยวข้องว่าจะใช้วิธีการโดยสันติอื่นใดบนพื้นฐานของความเสมอภาคทางอธิปไตยของรัฐตามหลักของการเลือกวิธีระงับข้อพิพาทโดยอิสระ”³⁰

³⁰ 2) of Article 2 of The Charter of Economic Rights and Duties of States: “Each State has the right : (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment; (b) To regulate and supervise the activities of transnational corporations within its national jurisdiction and take measures to ensure that such activities comply with its laws, rules and regulations and conform with its economic and social policies. Transnational corporations shall not intervene in the internal affairs of a host State. Every State should, with full regard for its sovereign rights, co-operate with other States in the exercise of the right set forth in this subparagraph; (c) To nationalize, expropriate

ทั้งนี้ ประเทศที่พัฒนาแล้ว อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ได้คัดค้านหลักการว่าด้วยการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างถาวร (Permanent Sovereignty) ของรัฐเหนือทรัพยากรในเขตอำนาจของรัฐและยอมรับถึงการใช้อำนาจของรัฐนั้นในการโอนหรือการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติเป็นของรัฐ แต่ได้เสนอข้อแก้ไขเพิ่มเติมว่า จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (Public Purpose) และต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just Compensation) ซึ่งการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมนี้ไม่เป็นผล อย่างไรก็ตามประเทศพัฒนาแล้วได้ยอมรับว่าหากการปฏิบัติต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติหรือการจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุนต่างชาติมีปัญหาเป็นข้อพิพาทขึ้น ก็ให้ระงับข้อพิพาทตามกฎหมายภายในของรัฐที่ทำการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาตินั้น เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ประเทศพัฒนาแล้วโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้รัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาตินั้นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศของตนอย่างสุจริต (Good Faith) ด้วย³¹

ในส่วนประเพณีปฏิบัติของรัฐต่างๆ ก็ได้ยอมรับถึงสิทธิของรัฐในการโอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ ดังเช่น คำแถลงของรัฐบาลฝรั่งเศส อังกฤษ และอเมริกา ที่ยอมรับสิทธิของรัฐบาลอียิปต์ในการยึดคลองสุเอซในปี ค.ศ. 1956 และในปี ค.ศ. 1959 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับถึงสิทธิของรัฐบาลคิวบาในการโอนทรัพย์สินของบริษัทอเมริกันในคิวบา นอกจากนี้ยังมีหลักฐานการยอมรับซึ่งสิทธิของรัฐในการโอนกิจการของเอกชนอีก เช่น ในการโอนกิจการน้ำมันโดยรัฐบาลศรีลังกาในปี ค.ศ. 1962 รัฐบาลอเมริกาได้แถลงยอมรับว่าเป็น

or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation give rise to a controversy, it shall be settled under the domestic laws of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.”

³¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6, หน้า 229.

สิทธิของศรีลังกาในฐานะประเทศอธิปไตยที่จะทำการโอนซึ่งกิจการและทรัพย์สินของเอกชนได้ (The right of Ceylon as a Sovereign State to nationalize private property)³²

ดังนั้น สิทธิของรัฐในการโอนซึ่งกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาตินี้ไม่เป็นปัญหาที่ต้องถกเถียงอีกต่อไป เพราะเป็นสิทธิที่ยอมรับกันทั้งในประเพณีปฏิบัติของรัฐบาลระหว่างประเทศและมติสมัชชาสหประชาชาติในฐานะที่เป็นองค์กรรมของประเทศต่างๆในโลกนี้ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม เมื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องจำนวนค่าชดเชยนั้นประเทศพัฒนาแล้วต่างโต้แย้งว่า มติของสมัชชาสหประชาชาติไม่ผูกพันเป็นกฎหมายที่จะบังคับในรัฐสมาชิก โดยเห็นว่าเป็นเพียงคำแนะนำ (Recommendations) ตามมาตรา 10 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ³³ (UN Charter) ดังในคดี TOPCO v. Libya ที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศของมติสมัชชาสหประชาชาตินั้นยังต้องพิจารณาหาปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย³⁴

2.4 เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่นักลงทุนเข้าไปลงทุนในต่างประเทศนั้นก็ย่อมคาดหวังผลประโยชน์กำไรจากการลงทุนนั้น โดยเฉพาะจากการลงทุนที่ใช้เม็ดเงินจำนวนมากที่เป็นการลงทุนกิจการในระยะยาวอันเป็นการลงทุนทางตรงนั้น การได้รับผลประโยชน์กำไรจากการลงทุนนั้นย่อมต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรเช่นกัน แต่ในขณะที่เดียวกันรัฐผู้รับการลงทุนมักชอบที่จะทำการยึดกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนมาเป็นของรัฐไม่ว่าจะด้วยเหตุผลด้านความจำเป็นอย่างแท้จริงหรือตามอำเภอใจก็ตามโดยอ้างเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีเหนือกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่อยู่ในประเทศตน และก็ยังปรารถนาที่จะได้เม็ดเงินการลงทุนจำนวนมากจากนักลงทุนต่างประเทศเพื่อ

³² โกลด์ ชันธิกุล, “การให้สิ่งจูงใจและปัญหาทางกฎหมายสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 111.

³³ ดู Article 10 of UN Charter: “The General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, may make recommendations to the Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.”

³⁴ R. Doak Bishop, James Crawford, and W. Michale Reisman, Foreign investment disputes: cases, materials and commentary, p. 935.

การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ฉะนั้นจึงมีการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยการกำหนดเงื่อนไขที่รัฐจะสามารถเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติได้ ซึ่งจะถือว่าเป็นการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.4.1 เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การพิจารณาของคณะกรรมการข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับปานามาในคดี De Sabla Case ที่ว่าการกระทำของรัฐบาลด้วยการตัดสิทธินักลงทุนต่างชาติออกจากทรัพย์สินของนักลงทุนนั้นโดยมิได้มีการชดเชยให้ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International Responsibility)³⁵ นี้สะท้อนให้เห็นมุมมองส่วนใหญ่ที่ต้องการให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติอันเริ่มในช่วงทศวรรษ 1930

ในการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยการมีเงื่อนไขที่รัฐจะทำการเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติได้นี้ เริ่มมีปรากฏความพยายามเป็นจริงจังและมีบทบาทอย่างสำคัญครั้งแรกในรายงานของผู้จัดทำรายงานที่ยื่นต่อคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ที่จัดทำหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ และต่อมาในข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติ (The United Nations General Assembly: UNGA) ดังข้อมติที่ 1803 (XVII) ข้อมติที่ 3171 (XXVIII) และข้อมติที่ 3281 (XXIX) เป็นต้น และข้อมติของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขของการเวนคืนนี้ยังเป็นประเด็นปัญหาที่โต้เถียงกันเนื่องจากในบางข้อมติมีเงื่อนไขการเวนคืนที่ต่างออกไปหรือบ้างก็ไม่มีเงื่อนไขการเวนคืนกำหนดไว้ในข้อมติที่ยืนยันสิทธิของรัฐในการเวนคืนไว้แต่อย่างใด อาทิเช่นข้อมติที่ 3201 (S-VI)

เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามจารีตประเพณีนี้มาชัดเจนมากขึ้นดังเห็นได้จากกฎหมายภายในของรัฐและตำราเอกสารของสถาบันระหว่างประเทศ³⁶ อาทิเช่น The Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States ที่ระบุว่า “รัฐมีความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อความเสียหายเป็นผลมาจาก (1) รัฐยึดทรัพย์สินของอัน

³⁵ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, p. 173.

³⁶ Ibid., p. 175.

เป็นของคนชาติของรัฐอื่น โดยมีใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเลือกปฏิบัติ หรือไม่เป็นไปตาม บทบัญญัติแห่งค่าชดเชยที่เป็นธรรม”³⁷ และเอกสารเรื่องการยึดทรัพย์สิน (Taking of Property) ที่จัดทำโดย UNCTAD ในปีค.ศ. 2000 ได้สรุปว่า ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมี เงื่อนไขหลายประการคือ เงื่อนไขวัตถุประสงค์สาธารณะสำหรับการยึด เงื่อนไขการที่จะไม่เลือกปฏิบัติ เงื่อนไขการยึดจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชย และเงื่อนไขแห่งกระบวนการทางกฎหมาย³⁸ นอกจากนี้ ในเอกสารเรื่องความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน: ประเด็นที่สำคัญ (International Investment Agreements: Key Issues) ที่จัดทำโดย UNCTAD ในปีค.ศ. 2004 ได้อธิบายว่า ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้นมีเงื่อนไขหลัก 3 ประการที่ต้องมีก่อนการยึดอันจกถือว่าเป็นการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย คือจะต้องมีเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ มีใช้เลือกปฏิบัติ และต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้³⁹

จกเห็นได้ว่าเงื่อนไขวัตถุประสงค์สาธารณะและเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัตินั้นได้ยอมรับกันทั่วไปแล้ว ส่วนเงื่อนไขการจ่ายค่าชดเชยนี้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญแต่ก็ยังไม่มีการตกลงที่เป็นสากลเกี่ยวกับวิธีการกำหนดค่าชดเชย ดังนั้น ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าหากการยึดนั้นมิใช่เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะและยึดโดยการเลือกปฏิบัติแล้วก็จะถือว่าผิดกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁰

³⁷ Section 712 of The Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987): “A State is responsible under international law for injury resulting from: (1) A taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) not accompanied by provisions for just compensation.”

³⁸ United Nations Conference on Trade and Development, Taking of property, UNCTAD series on issues in international investment agreements, pp. 12-13.

³⁹ United Nations Conference on Trade and Development, International investment agreements: Key issues, (New York and Geneva: United Nations, 2004), p. 235.

⁴⁰ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in Standards of investment protection, ed. August Reinisch, p. 176.

2.4.2 เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามความตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการลงทุน

เงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น มีความไม่แน่นอน ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนจึงให้ความชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย ในมุมมองของตะวันตกกำหนดให้เวนคืนต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ กระทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ และให้ค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล ดังนั้นในความตกลงทวิภาคีและความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆเกี่ยวกับการลงทุน⁴¹ จึงกำหนดเงื่อนไขการเวนคืนไว้ดังนี้ 1. เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (Public Purpose) 2. กระทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) 3. จ่ายให้ซึ่งค่าชดเชย (Compensation) และ 4. มีกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process)

2.4.2.1 วัตถุประสงค์สาธารณะ (Public Purpose)

เงื่อนไขเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะนั้นนับว่าเป็นเงื่อนไขการเวนคืนโดยชอบกฎหมายภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย โดยได้รับการยืนยันอยู่ในมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resources) ค.ศ. 1962 และมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 3281(XXIX) ว่าด้วยกฎบัตรแห่งสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The Charter of Economic Rights and Duties of States) ค.ศ. 1974 และในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนทุกฉบับก็กำหนดให้เป็นเงื่อนไขของการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย และศาลสิทธิยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ใช้เรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ใช้ในการตัดสินคดี German Interests in Polish Upper Silesia Case

วัตถุประสงค์ในทางสาธารณะนั้นเกี่ยวข้องกับความต้องการภายในของรัฐ (Internal Needs) และคำว่าวัตถุประสงค์สาธารณะนี้ตีความได้อย่างกว้างและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ

⁴¹ เช่น ความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของประเทศสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 2004 หรือความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของประเทศแคนาดาปี ค.ศ. 2003 หรือความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ หรือความตกลงกฎบัตรพลังงาน เป็นต้น

ของรัฐอื่นใด⁴² ซึ่งความเห็นนี้ปรากฏอยู่ในคดีที่ชี้ขาดในช่วงทศวรรษ 1970 คดี Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libya ที่อนุญาโตตุลาการตระหนักถึงความเป็นอิสระของรัฐผู้รับการลงทุนในการตีความคำว่าวัตถุประสงค์สาธารณะแห่งมาตรการของรัฐ รัฐมีความอิสระในการกำหนดวัตถุประสงค์สาธารณะแห่งการยึดถือจะสิ้นเชิงทีเดียว ดังที่กล่าวไว้ในคำชี้ขาดว่า “แต่รัฐมีความอิสระเสรีที่จะตัดสินเองว่าอะไรเป็นประโยชน์หรือความจำเป็นของสาธารณะแห่งตน”⁴³

อย่างไรก็ดี ในคดี ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) กลับเห็นว่าการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยแท้นั้น รัฐผู้เวนคืนมีหน้าที่จำกัดข้อพิพจน์ต่ออนุญาโตตุลาการโดยอธิบายถึงความเป็นประโยชน์สาธารณะโดยแท้นั้น

การเวนคืนทรัพย์สินต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ มิใช่เป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น การเวนคืนกิจการของนักลงทุนต่างชาติเพื่อขายให้แก่บริษัทเอกชนสัญชาติของรัฐที่ทำการเวนคืน หรือการโอนเพื่อแสวงกำไร หรือเพื่อลดการแข่งขันหรือการผูกขาด เป็นต้น ดังเช่นในคดี Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) พบว่าสัมปทานตัดต้นไม้ในลิเบียที่รัฐบาลลิเบียทำไว้กับบริษัท LETCO นั้นถูกยกเลิกโดยรัฐบาลลิเบียแล้วนำไปให้กับบริษัทต่างชาติอื่น ถือว่าการยกเลิกสัมปทานนั้นมีได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ เป็นต้น อีกทั้งหากการเวนคืนเป็นไปเพื่อตอบโต้การกระทำของรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุน ก็จะต้องว่าขาดเรื่องประโยชน์ของสาธารณะเช่นกัน⁴⁴

ในคดี Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica ที่รัฐบาลของ Costa Rica เวนคืนทรัพย์สินของต่างชาติที่อยู่ในอาณาเขตรัฐตนด้วยเหตุผล

⁴² August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, p. 179.

⁴³ Ibid., p. 181.

⁴⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *Taking of property*, UNCTAD series on issues in international investment agreements, p. 13.

การคุ้มครองแหล่งอันเป็นที่เพาะพันธุ์ของสัตว์ หรือในคดี Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt ที่รัฐบาลยกเลิกสัญญาก่อสร้างโรงแรมอันเป็นส่วนหนึ่งของโครงการพัฒนาแหล่งท่องเที่ยวที่ตั้งอยู่ใกล้พีระมิดอันด้วยเหตุผลการคุ้มครองโบราณสถานนี้ ถือว่าเป็นการเวนคืนเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะแล้ว ดังนี้ หากการเวนคืนนั้นเข้าเกณฑ์เงื่อนไขวัตถุประสงค์สาธารณะแล้ว ก็ไม่เป็นการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความเห็นนี้ปรากฏอยู่ในคดี American International Group Inc, et al. v. Islamic Republic of Iran และคดี INA Crop v. Government of the Islamic Republic of Iran ของอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-US Claims Tribunal)

2.4.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) เป็นเงื่อนไขการเวนคืนที่ปรากฏอยู่ในทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน⁴⁵ กล่าวคือ การยึดโดยเลือกปฏิบัติเป็นการเลือกเอาเฉพาะคนหรือกลุ่มคนโดยปราศจากพื้นฐานที่สมเหตุสมผล ดังนั้นการเวนคืนที่เลือกเฉพาะนักลงทุนต่างชาติทั่วไปหรือเฉพาะนักลงทุนต่างชาติสัญชาติหนึ่งหรือเฉพาะตัวนักลงทุนต่างชาติคนนั้น ก็จะต้องถือว่ารัฐทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶

การเลือกปฏิบัตินี้เกี่ยวโยงกับการแบ่งแยกโดยไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable Distinction) ฉะนั้นการเวนคืนเฉพาะต่อนักลงทุนบุคคลนั้นจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนที่เลือกปฏิบัติ หากการแบ่งแยกนั้นมีเหตุด้านความมั่นคงแห่งรัฐหรือนโยบายทางเศรษฐกิจ ก็จักไม่ถือว่าเป็นการแบ่งแยกโดยไม่สมเหตุสมผล⁴⁷ หรือกล่าวคือมีเหตุผลที่เพียงพอ (Adequate Reasons) สำหรับการแบ่งแยก

การเวนคืนด้วยแรงจูงใจทางด้านเชื้อชาติเป็นการเวนคืนที่ผิดกฎหมายอันเนื่องมาจากการเลือกปฏิบัติ ดังเช่นนโยบายนาซีในเยอรมันทำการยึดทรัพย์สินของชาวยิว หรือรัฐ

⁴⁵ A.F.M. Maniruzzaman, "Expropriation of alien property and the principle of non-discrimination in international law of foreign investment: An overview," *Journal of Transnational Law and Policy* 8 (1998): 57.

⁴⁶ Comment (f) of Section 712 of Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)

⁴⁷ Ibid.

ผูกพันด้วยทรัพย์สินที่เป็นของชาวอินเดีย หรือในกรณีการเวนคืนเฉพาะทรัพย์สินของนักลงทุนคนชาติใดชาติหนึ่งเพื่อการตอบโต้ทางการเมือง ก็ถือเป็นการเวนคืนโดยเลือกปฏิบัติด้วยเช่นกัน ดังเช่นที่ภายหลังการปฏิวัติประเทศคิวบา ในวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 1960 คิวบาออกกฎหมายเลขที่ 851 โดยมาตรา 1 ระบุอย่างเฉพาะเจาะจงว่าการเวนคืนนี้มีผลต่อกิจการการลงทุนที่เป็นของชาวสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

ในคดี Eureka BV v. Republic of Poland อนุญาโตตุลาการสรุปไว้ว่ามาตรการของโปแลนด์ที่รัฐมนตรีกระทรวงการคลังออกประกาศให้สงวนธุรกิจประกันภัยไว้ให้ดำเนินการควบคุมโดยชาวโปแลนด์และจัดการควบคุมของต่างชาติดังเช่นบริษัท Eureka ออกไปนี่เป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะมีเป้าหมายที่จะขจัดนักลงทุนต่างชาติออกไปจากธุรกิจประกันภัยโปแลนด์ อีกทั้งในคดีนี้มีความน่าสนใจที่ว่าการเลือกปฏิบัตินี้มีใช้ว่าแต่เฉพาะระหว่างต่างชาติด้วยกันเท่านั้น แต่รวมถึงระหว่างต่างชาติกับคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย⁴⁸ ดังนั้นสรุปได้ว่า หากการเวนคืนนั้นมีเป้าหมายเฉพาะกับนักลงทุนต่างชาติด้วยนโยบายของรัฐที่ไม่สมเหตุผล หรือแรงกระตุ้นทางด้านเชื้อชาติหรือการตอบโต้ทางการเมืองต่อนักลงทุนคนชาติใดชาติหนึ่งเท่านั้น ก็จะเท่ากับว่าเป็นการเวนคืนที่เลือกปฏิบัติ⁴⁹

2.4.2.3 กระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law)

เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการทางกฎหมายนี้ไม่มีอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่มักกำหนดอยู่ในหลายความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนโดยมิได้ให้นิยามความหมายเอาไว้ ซึ่งตามความเข้าใจโดยทั่วไปแล้วหมายถึงการเวนคืนต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายภายในของรัฐที่ทำการเวนคืน และยังหมายถึงการพิจารณาทบทวนการเวนคืนหรือจำนวนค่าชดเชยโดยองค์กรอิสระด้วย เช่น ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐประชาชนจีนกับสาธารณรัฐโปแลนด์ ค.ศ. 1998 กำหนดว่า “มาตรการเวนคืนจะต้องดำเนินการภายใต้กระบวนการทางกฎหมายแห่งกฎหมายภายในของรัฐนั้น” และบัญญัติในวรรคต่อไปว่า “ถ้าหากนักลงทุนเห็นว่าการเวนคืนนี้ไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐคู่ภาคีที่ใช้มาตรการเวนคืน ศาลของรัฐคู่ภาคีที่ใช้มาตรการเวนคืนอาจพิจารณาทบทวนการเวนคืนเช่นนั้น

⁴⁸ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, p. 189.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 190.

เมื่อนักลงทุนได้ร้องขอ” หรือในความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของ สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ ค.ศ. 1991 กำหนดว่า “คนชาติหรือบริษัทที่ได้รับ ผลกระทบมีสิทธิภายใต้กฎหมายของรัฐที่ทำการเวนคืนในการที่จะขอให้ศาลหรือองค์กรอิสระ พิจารณาทบทวนการคำนวณการลงทุนให้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในความตกลงนี้” หรือใน ความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดา ค.ศ. 2003 ก็บัญญัติไว้ เช่นเดียวกับในความตกลงกฎบัตรพลังงานที่ว่า “นักลงทุนที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิที่จะได้รับการ พิจารณาทบทวนจากตุลาการฝ่ายยุติธรรมหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจและเป็นอิสระของรัฐคู่ภาคี ภายใต้กฎหมายของรัฐที่ทำการเวนคืน ในเรื่องการคำนวณการลงทุนและการจ่ายค่าชดเชยที่ต้อง เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในความตกลงนี้”

ในคดี Goetz and Others v. Republic of Burundi อนุญาโตตุลาการของศูนย์ ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ได้กล่าวถึงเงื่อนไขการ เวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายว่ามาตรการเวนคืนต้องดำเนินการตามวิถีทางแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ มิใช่ว่ามาตรการนั้นมีเหตุผลที่ใช้ได้เท่านั้นแต่จะต้องใช้มาตรการไปตามขั้นตอนที่ชอบด้วย กฎหมาย และในคดี ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary ได้พูดถึงคำว่ากระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law) ไว้ว่า เป็นกลไกทางกฎหมาย เช่น หนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าอย่างเหมาะสม การรับฟังอย่างเป็นธรรม และผู้ตัดสินที่ไม่อคติและเป็นกลาง เป็นต้นเหล่านี้มีให้แก่นักลงทุนและนักลงทุนสามารถเข้าถึงได้ ในการดำเนินการทางกฎหมาย และทั่วไปแล้วการดำเนินการทางกฎหมายต้องเปิดโอกาสที่ เหมาะสมให้แก่นักลงทุนที่ได้รับผลกระทบมีเวลาที่เหมาะสมในการที่จะฟ้องอ้างสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งถ้าหากไม่มีวิธีพิจารณาคดีทางกฎหมายในลักษณะเช่นนี้แล้ว ข้ออ้างของรัฐที่บอกว่าการ กระทำของรัฐดังกล่าวได้ทำตามกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law) นั้นก็เป็น การกล่าวอ้างที่ลอยๆขึ้นมาเท่านั้น

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า เงื่อนไขเรื่องกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law) นี้ยังไม่มี ความแน่นอนเมื่อเทียบกับเงื่อนไขวัตถุประสงค์สาธารณะและเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติ อีกทั้งมิได้มีอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย เพราะในบางครั้งกระบวนการทาง กฎหมาย (Due Process of Law) ก็เป็นวิธีที่กำหนดขึ้นมาเป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย ที่ให้การเวนคืนนั้นต้องดำเนินการสอดคล้องกับกฎหมายภายในและขั้นตอนภายใน และใน ขณะเดียวกันนั้น บางความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนก็ให้กระบวนการทางกฎหมาย

(Due Process of Law) นี่คือการที่จำต้องมีกระบวนการพิจารณาทบทวนค่าชดเชย อีกทั้งในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคดีก่อนๆ ก็เห็นว่าวิธีพิจารณาคดีที่เป็นธรรมในการพิจารณาทบทวนเรื่องการเวนคืนหรือจำนวนค่าชดเชยนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่ง⁵⁰

2.4.2.4 ค่าชดเชย (Compensation)

เงื่อนไขเรื่องการจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติ (Compensation) นี้เป็นเงื่อนไขที่มีความสำคัญมากที่สุดสำหรับความชอบด้วยกฎหมายของการเวนคืน และปรากฏอยู่ในทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน

ประเทศพัฒนาแล้วยืนยันการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ (Adequate Compensation) อันอยู่ในทฤษฎี Hull Formula มาใช้สำหรับการโอนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ ทั้งนี้ มีการพูดถึงความหมายของค่าชดเชยที่เพียงพออยู่ใน The Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States ค.ศ. 1965⁵¹ ซึ่งกำหนดว่า ค่าชดเชยที่ยุติธรรม (Just Compensation) จะต้องเป็นค่าชดเชยที่มีลักษณะทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล และได้อธิบายอีกว่า “จำนวนที่เพียงพอ (Adequate) โดยจะต้องเป็นจำนวนที่สมเหตุสมผลตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นและตามมาตราฐานกฎหมายระหว่างประเทศ ในภาวะปกติก็คือจำนวนที่เต็มมูลค่า (Full Value) ของทรัพย์สินที่รัฐโอนไป รวมทั้งดอกเบี้ยตามมูลค่าดังกล่าวจนถึงวันที่มีการจ่ายค่าชดเชย” ทั้งนี้ความหมายของคำว่า “จำนวนที่เต็มมูลค่า” (Full Value) ก็หมายถึงมูลค่าความเสียหายของทรัพย์สินตามราคาตลาด (Fair Market Value) ซึ่งผู้ซื้อเต็มใจจะซื้อจากผู้ขายในวันที่มีการโอนเป็นของรัฐเกิดขึ้น⁵²

ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนส่วนใหญ่แล้วชอบที่จะบัญญัติให้จำนวนค่าชดเชยสำหรับการโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐนั้นต้องเป็นจำนวนค่าชดเชยที่เพียงพอ (Adequate Compensation) อันเป็นการบัญญัติหลักทฤษฎี Hull Formula นั้นเอง อาทิเช่นในมาตรา 13(1) ของความตกลงกฎบัตรพลังงาน หรือในมาตรา 6(1)(c) ของความ

⁵⁰ Ibid., p. 193.

⁵¹ Loius Henkin, Richard Crawford Pugh, Osoar Schachter, and Hans Smith, *International law cases and materials* (St.Paul Minn: West Publishing, 1890), p. 755.

⁵² นฤมล กาญจนพงษ์, “ค่าชดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 89-90.

ตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น และในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับก็กำหนดให้จ่ายค่าชดเชยที่ยุติธรรม (Just Compensation) สำหรับการโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ เช่น ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างเนเธอร์แลนด์กับโอมาน อย่างไรก็ตาม ในความตกลงเหล่านั้นมักบัญญัติให้มูลค่าทรัพย์สินตามราคาตลาด (Fair Market Value) เป็นค่าชดเชยที่เพียงพอ (Adequate Compensation) หรือค่าชดเชยที่ยุติธรรม (Just Compensation) นั่นเอง ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 13 (1) ของความตกลงกฎบัตรพลังงานที่ใช้กำหนดให้จ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ (Adequate Compensation) แล้วได้อธิบายต่อไปว่า “ค่าชดเชยนั้นจะต้องเท่ากับมูลค่าตามราคาตลาด (Fair Market Value) ของการลงทุนเวลาทันทีก่อนการเวนคืนหรือการเวนคืนนั้นกลายเป็นที่รู้จักในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อมูลค่าของการลงทุน”⁵³

สำหรับมุมมองของประเทศกำลังพัฒนา การจ่ายค่าชดเชยต้องเป็นค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) อันเป็นถ้อยคำเดียวกับที่ปรากฏในข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติ เช่น ข้อมติที่ 1803 เป็นต้น โดยจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องซึ่งควรจะเป็นค่าชดเชยเท่ากับมูลค่าของการลงทุนที่โอนไปเป็นของรัฐเพียงบางส่วนในลักษณะที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลตามมูลค่าสุทธิในทางบัญชี (Net Book Value) ซึ่งเป็นราคาทรัพย์สินภายหลังจากหักภาระหนี้สิน ค่าเสื่อมราคา ภาวะเงินเฟ้อและปัจจัยอื่น ๆ ที่จะทำให้ราคาทรัพย์สินลดลง และมุมมองของประเทศกำลังพัฒนาเช่นนี้เกิดขึ้นก็เนื่องจากการที่รัฐโอนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐก็เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของรัฐอันเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นจึงไม่สมควรที่นักลงทุนต่างชาติจะได้รับค่าชดเชยที่เพียงพอ (Adequate Compensation) โดยให้มีมูลค่าตามราคาตลาด (Fair Market Value) หรือได้รับค่าชดเชยจำนวนที่เต็มมูลค่า (Full Value)⁵⁴ และตระหนักว่ามาตรฐานค่าชดเชยที่สูงเกินไปจะเป็นการขัดขวางรัฐในการดำเนินการปรับปรุงฟื้นฟูเศรษฐกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ต้องการเวนคืนเป็นจำนวนมากหรือกรณีรัฐขาดแคลนเงินตราต่างประเทศ⁵⁵

⁵³ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, p. 195.

⁵⁴ นฤมล กาญจนพงษ์, “ค่าชดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 94.

⁵⁵ United Nations Conference on Trade and Development, *Taking of property*, UNCTAD series on issues in international investment agreements, p. 5.

ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับบัญญัติให้จำนวนค่าชดเชยสำหรับการโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐนั้นต้องเป็นจำนวนค่าชดเชยที่มีลักษณะเป็นมูลค่าสุทธิในทางบัญชี (Net Book Value) เช่น มาตรา 11 ของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างเนเธอร์แลนด์กับชูดาน⁵⁶ บัญญัติว่า “ค่าชดเชยดังกล่าวนี้จะเท่ากับมูลค่าการลงทุนที่ลดหย่อนแล้ว สามารถแลกเปลี่ยนได้จริง โอนได้อย่างเสรี และจะต้องจ่ายโดยไม่ชักช้าเกินสมควร” และในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับบัญญัติให้ใช้จำนวนค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) โดยในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนดังกล่าวบัญญัติให้มูลค่าทรัพย์สินที่แท้จริง (Real Value) เป็นค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) ดังที่เช่นบัญญัติอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างฝรั่งเศสกับฮ่องกงมาตรา 5 (1) ที่กำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) โดยอธิบายว่า “ค่าชดเชยจะต้องเท่ากับมูลค่าที่แท้จริง (Real Value) ของการลงทุนทันทีก่อนการตัดสิทธิหรือก่อนที่การตัดสิทธินั้นกลายเป็นที่รับรู้กันทั่วไป และรวมถึงดอกเบี้ยในอัตราปกติจนถึงวันที่ทำการจ่าย และต้องไม่ชักช้า สามารถแลกเปลี่ยนได้อย่างดีและแลกเปลี่ยนได้อย่างเสรี”⁵⁷

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติตามแนวทางคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ใช้หลักค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) มาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายแต่โดยที่ปฏิเสธการให้จำนวนค่าชดเชยที่มีลักษณะเป็นมูลค่าสุทธิในทางบัญชี (Net Book Value) ดังเช่นคำชี้ขาดวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1982 ในคดี Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil) ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-US Claims Tribunal) พิจารณาให้จำนวนค่าชดเชยเท่ากับมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกยึดไว้ในคดี American International Group Inc v. Islamic Republic of Iran และในคดี Shahin Shaine Ebrahimi v. Government of the Islamic Republic of Iran ที่ชี้ขาดวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1994 ก็พิจารณาว่าค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) นั้นมิได้หมายความว่าต้องเป็นจำนวนเพียงบางส่วนหรือน้อยกว่า

⁵⁶ Ibid., p. 28.

⁵⁷ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, p. 195.

จำนวนที่เต็มมูลค่าเสมอไป⁵⁸ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกาพิจารณาจำนวนค่าชดเชยไปในจำนวนที่เต็มมูลค่า (Full Value) อีกทั้งในคดีที่พิจารณาโดยศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ในยุคหลังๆ นี้ก็ให้ค่าชดเชยที่เต็มมูลค่าตามราคาตลาด (Fair Market Value) ตามที่ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนส่วนใหญ่กำหนดให้จ่ายจำนวนค่าชดเชยที่เพียงพอ (Adequate Compensation) ดังในคดี *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica* ซึ่งขาดในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 พุดถึงค่าชดเชยที่เพียงพอว่าใช้ “หลักการจ่ายค่าชดเชยที่เต็มมูลค่าตามราคาตลาด เช่น มูลค่าที่ผู้ซื้อเต็มใจจะซื้อจากผู้ขาย”⁵⁹

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าเงื่อนไขเรื่องการจ่ายค่าชดเชยนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นและสำคัญอย่างยิ่ง เพราะมักถูกนำมาเป็นประเด็นพิพาทในคดีอยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้รัฐจะต้องมีการจ่ายให้ซึ่งค่าชดเชยแล้วหรืออย่างน้อยที่สุดต้องมีการเสนอให้ซึ่งค่าชดเชยแก่นักลงทุนต่างชาติแล้ว ดังเช่นในคดี *British Petroleum v. Libya* ซึ่งขาดเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1973 ว่าการเวนคืนสัมปทานน้ำมันเป็นการเวนคืนที่ผิดกฎหมายเนื่องจากมิใช่เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะและกระทำโดยเลือกปฏิบัติ และที่สำคัญคือมิได้มีการเสนอให้ซึ่งค่าชดเชย และในคดี *Amoco International Finance Corp v. Iran* ที่ซึ่งขาดโดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกาก็ยืนยันว่าถึงแม้ค่าชดเชยจะยังมีได้ถูกจ่ายให้จริง การเวนคืนก็ยังชอบด้วยกฎหมายอยู่ และอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนในคดี *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* ก็ยืนยันเช่นเดียวกันว่ารัฐที่เวนคืนจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีการจ่ายค่าชดเชยแล้วหรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องมีการเสนอให้ซึ่งค่าชดเชยที่เหมาะสม⁶⁰ ดังนั้นหากรัฐเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติมาโดยมิได้เสนอให้ซึ่งค่าชดเชยแก่นักลงทุนต่างชาติแล้วเป็นอย่างน้อยที่สุด ก็จะไม่เท่ากับว่า

⁵⁸ อนุญาโตตุลาการในคดี *Ebrahimi v. Iran* กล่าวว่า “... Rather, customary international law favors an ‘appropriate’ compensation standard.... The prevalence of the ‘appropriate’ compensation standard does not imply, however, that the compensation quantum should be always ‘less than full’ or always ‘partial’.”

⁵⁹ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, p. 198.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 198-199.

เป็นการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย (Unlawful Expropriation) และก่อให้เกิดเป็นความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)

2.4.3 ผลของการเวนคืนที่มีได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่รัฐที่รับการลงทุนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน ไม่ว่าจะ เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ได้เข้าผูกพันไว้แล้ว โดยมีได้ เสนอที่จะจ่ายให้ซึ่งค่าชดเชยสำหรับการเวนคืน หรือมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการเวนคืนอื่นๆ ทั้งหมดตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐที่รับการลงทุนก็จะต้องรับผิดชอบทั้งภายใต้กฎหมาย ระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) และความรับผิดชอบในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนซึ่งบัญญัติให้ใช้กลไกระงับ ข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ อันให้อำนาจนักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องรัฐที่ฝ่าฝืนความตกลง ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนได้โดยตรง⁶¹

การเวนคืนที่ผิดกฎหมายแล้วนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐ รัฐก็จักมีหน้าที่ต้องเยียวยา ผู้เสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมายของรัฐ ซึ่งการเยียวยาอันดับแรกนั้นก็คือการทำให้คืนกลับสู่ สภาพดีดั้งเดิม (Restitution in Integrum) เสมือนหนึ่งที่มีได้มีการทำความเสียหายเกิดขึ้น แต่หาก ไม่สามารถทำได้ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน ดังเช่นในคดี Walter Fletcher Smith Claim ที่ เห็นว่าหลังจากที่พบว่าการเวนคืนนั้นมีชอบด้วยกฎหมายแล้ว ททรัพย์สินนั้นก็ต้องช่อมแซมคืนให้แก่ ผู้เสียหายไป ทั้งนี้หลักเกณฑ์นี้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยอมรับกัน โดยศาล สถิติยยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ได้ตัดสินไว้ในคดี Factory at Chorzow (Germany v. Poland) วันที่ 13 กันยายน ค.ศ. 1928 ซึ่งหลักคือจะต้องมีการเยียวยาอันเป็นผลจากการทำผิด กฎหมายและฟื้นฟูสถานการณ์ให้เหมือนกับว่ามีได้มีการทำความผิด ดังนั้นศาลพบว่าผลก็คือ “ต้องทำให้คืนกลับสู่สภาพดีดั้งเดิม (Restitution in Integrum) แต่ถ้าหากไม่สามารถทำได้ก็ให้ ชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงิน” และเนื่องจากในคดีนี้มีใช่เป็นเรื่องการทำผิดเงื่อนไขการเวนคืนโดย ชอบด้วยกฎหมายโดยตรง แต่เป็นเรื่องของการกระทำผิดความตกลงระหว่างกันซึ่งก็คืออนุสัญญา เจนีวา ค.ศ. 1922 ระหว่างเยอรมันกับโปแลนด์ที่กำหนดให้รักษาสภาพเศรษฐกิจใน Upper

⁶¹ ลาวัลย์ ถนัดศิลปกุล, “แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน,” ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมาย เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 8-15, หน้า 8-25.

Silesia บนพื้นฐานของการเคารพในสถานะที่ดำรงอยู่ ไม่ให้ตัดสิทธิบุคคลหรือนิติบุคคลของของเยอรมันใน Upper Silesia ดังนั้น การที่โปแลนด์เวนคืนกิจการของชาวเยอรมันที่ตั้งอยู่ใน Upper Silesia จึงเป็นการกระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในคำตัดสินของศาลได้อธิบายถึงเงื่อนไขการจ่ายค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ว่าเป็นค่าชดเชยที่เหมาะสมพร้อมดอกเบี้ยนับจนถึงวันที่มีการจ่าย⁶² ฉะนั้นเมื่อพิจารณาจากค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกับค่าเสียหายสำหรับการทำผิดกฎหมายที่เป็นความรับผิดของรัฐ โดยในค่าเสียหายนั้นจะต้องประกอบไปด้วยค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย และรวมถึงกำไรในอนาคตที่ขาดหายไป (future profits) (Damnum Emergens) (Lucrum Cessans) หรือที่เรียกกันว่าค่าชดเชยเต็มที่ (Full Compensation)⁶³

มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้หลายคดีที่เห็นว่า มาตรฐานค่าชดเชยที่เป็นเงื่อนไขของการเวนคืนอันปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้นให้ใช้เฉพาะกับการที่รัฐเวนคืนโดยชอบกฎหมายเท่านั้น เช่น คดี ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary ที่ปฏิเสธที่จะปรับใช้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่บัญญัติการคำนวณค่าชดเชยไว้สำหรับการเวนคืนที่ว่า “รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยตามมูลค่าตามราคาตลาด (Fair Market Value) ณ เวลาที่เวนคืนและจำนวนค่าชดเชยนี้ประเมินตามกฎหมายของรัฐที่กระทำการเวนคืน” กับในกรณีการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย หรือในคดี Siemens A.G. v. Argentina ที่เห็นว่ามาตรการที่อาเจนติน่าใช้เป็นการเวนคืนที่ผิดกฎหมาย ศาลจึงได้พิจารณาว่า “กฎหมายที่นำมาใช้ในการกำหนดค่าชดเชยสำหรับการฝ่าฝืนความตกลง คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติไว้แต่เฉพาะค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนที่เป็นไปตามเงื่อนไขในความตกลงนั้น” โดยองค์คณะอนุญาโตตุลาการอ้างถึงมาตรา 36 ของหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดของรัฐของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ และมาตรฐานในคดี Chorzow Factory ให้บริษัท Siemens มีสิทธิได้รับค่าชดเชยที่ไม่เพียงแต่มูลค่าของกิจการ ณ วันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 อันเป็นวันที่เวนคืน แต่ให้รวมถึงมูลค่าเพิ่มเติมใดๆของกิจการได้รับจนถึงวันที่มีคำชี้ขาดและเพิ่มให้ซึ่งค่าเสียหายใดๆที่

⁶² August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, pp. 200-201.

⁶³ M. Somarajah, *The international law on foreign investment*, 2nd ed., p. 482.

ตามมา เป็นต้น⁶⁴ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องแยกแยะระหว่างการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายกับการเวนคืนโดยผิดกฎหมาย เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายสำหรับการเวนคืนที่ผิดกฎหมายได้รับค่าความเสียหายในปัจจุบันและอนาคตรวมอยู่ด้วย ในขณะที่การเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะได้รับเพียงค่าชดเชยที่รัฐสามารถจะจ่ายได้

2.5 ประเภทของการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

เดิมทีแล้วการเวนคืนของรัฐมักกระทำอย่างชัดเจนและตรงไปตรงมา อาทิเช่นการเข้ายึดโรงงาน เหมืองแร่ ฟาร์มเพาะปลูก หรือทรัพย์สินอื่นๆที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติหรือนักลงทุนต่างชาติควบคุมดูแลอยู่ ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่นั้นจึงแทบจะไม่เป็นประเด็นปัญหา จนกระทั่งในช่วงทศวรรษ 1980 รัฐยกเลิกการส่งกองกำลังทหารเข้ายึดโรงงานหรือเหมืองแร่ดังกล่าว แต่กลับใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยการออกกฎหมายในรูปของกฎหมาย เช่น การขึ้นภาษี การเปลี่ยนแปลงสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว การลดรายได้ที่จะเข้าไปหาผู้ได้รับสัมปทาน โดยที่นักลงทุนต่างชาติยังเป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์และครอบครองกิจการหรือทรัพย์สินของตนเองอยู่ แต่ว่าจำนวนและลักษณะของผลประโยชน์ถูกลดลงอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นการกระทำที่นิยมเป็นอย่างมากในช่วงต้นของคริสต์ศตวรรษที่ 21 และในการตีความว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นการเวนคืนหรือไม่ก็เป็นเรื่องที่ยาก เพราะนักลงทุนยังมีกรรมสิทธิ์และครอบครองกิจการหรือทรัพย์สินของตนอยู่ตลอด⁶⁵ ดังนั้น การเวนคืนการลงทุนซึ่งก็คือกิจการหรือทรัพย์สินอันเป็นของนักลงทุนต่างชาติโดยรัฐผู้รับการลงทุนนั้น แบ่งออกได้ 2 ประเภท ดังนี้

2.5.1 การเวนคืนทางตรง (Direct Expropriation)

การเวนคืนทางตรงคือการที่รัฐได้เอาไปซึ่งการครอบครองและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนในคดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* ได้พูดการเวนคืนทางตรงไว้ว่า “การเวนคืนทางตรงคือผู้มีอำนาจแห่งรัฐเข้ายึดควบคุมเหมืองแร่หรือโรงงานอันเป็นการเอาไปซึ่งการครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ทั้งหมดของนักลงทุนต่างชาติ”

⁶⁴ August Reinisch, “Legality of expropriations,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch, pp. 202-203.

⁶⁵ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 286.

แม้ว่าในปัจจุบันนี้การเวนคืนทางตรงจะมีเกิดขึ้นน้อย แต่ก็ยังเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2000 คดี Swembalt AB v. Latvia⁶⁶ นักลงทุนชาวสวีเดนได้ทำสัญญาซื้อเรือที่เป็นศูนย์กลางค้าขายบนน้ำกับเจ้าหน้าที่รัฐของสาธารณรัฐลัตเวียและเข้าทำการซ่อมแซมเรือดังกล่าวซึ่งจอดทอดสมออยู่ที่ท่าเรือริกาในประเทศลัตเวีย ต่อมาเจ้าหน้าที่ท่าเรือได้ลากเรือไปและขายประมูลไปในที่สุดโดยมิได้บอกกล่าวให้นักลงทุนต่างชาติแต่อย่างใด นักลงทุนสวีเดนจึงฟ้องรัฐบาลลัตเวีย และอนุญาโตตุลาการก็ได้ชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางตรงเพราะสาธารณรัฐลัตเวียยึดและขายประมูลเรือของบริษัท Swembalt ไปและมีได้มีจ่ายค่าชดเชยให้บริษัทดังกล่าวด้วย อันเป็นการกระทำผิดความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรสวีเดนกับสาธารณรัฐลัตเวีย ค.ศ. 1992 และกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งคดีนี้เห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นการเวนคืนทางตรงเพราะเจ้าหน้าที่ของสาธารณรัฐลัตเวียเอาไปซึ่งการครอบครองเรือและกรรมสิทธิ์ในท้ายที่สุด⁶⁷

2.5.2 การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation)

การเวนคืนทางอ้อม คือสถานการณ์ที่รัฐผู้รับการลงทุนอ้างกฎหมายหรืออำนาจควบคุม (Regulatory Power) มาออกมาตรการที่เป็นการลดผลประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติที่ได้จากการลงทุนโดยที่รัฐมิได้เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นของนักลงทุนต่างชาติ และยังเป็น การลดการควบคุมดูแลการลงทุนลงอีกด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่ได้รุกรานทางกายภาพของทรัพย์สินแต่รัฐแทรกแซงโดยทำให้เสื่อมลงซึ่งสิทธิอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของ (Right of Ownership) ของนักลงทุนต่างชาติ⁶⁸

ทั้งนี้เมื่อเหตุผลหลายประการที่รัฐเปลี่ยนจากการเวนคืนทางตรงมาเป็นการใช้กฎเกณฑ์ที่เป็นการเวนคืนทางอ้อม ประการแรกคือ รัฐผู้รับการลงทุนที่ต้องการเงินทุนต่างชาติไม่ต้องการทำลายบรรยากาศการลงทุนของประเทศด้วยการยึดที่รุนแรงหรือชัดแจ้ง การเอาไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองดูแลทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาตินั้นจะเป็นการทำลายชื่อเสียงของรัฐที่เป็นแหล่งการลงทุนของต่างชาติ ประการที่สองคือ อุดมการณ์การลงทุนที่ซับซ้อน เช่น สัมปทานพัฒนาแร่

⁶⁶ Swembalt AB, Sweden v. Latvia, UNCITRAL (Award) (23 October 2000).

⁶⁷ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 296.

⁶⁸ Anne K. Hoffmann, "Indirect expropriation," in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch (New York: Oxford University Press, 2008), p. 151.

ธาตุ สัญญาระยะยาวเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจ เป็นต้น อันอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งผลประโยชน์และความเสี่ยงระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนนั้นย่อมง่ายที่รัฐกลายมาเป็นผู้ได้รับประโยชน์ทั้งหมดด้วยการใช้อำนาจควบคุม (Regulatory Power) โดยปราศจากการเข้าไปครอบครองเอากรรมสิทธิ์มา ประการที่สุดท้ายคือ แม้จะเป็นที่ยอมรับกันว่าประเทศทุกประเทศมีสิทธิที่จะควบคุมโดยชอบแห่งกฎหมาย (Legitimate Right to Regulate) ต่อนักลงทุนและการลงทุนที่อยู่ในดินแดนของรัฐตน แต่จุดแบ่งระหว่างการควบคุมโดยชอบแห่งกฎหมายกับการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้นเป็นเรื่องที่ยากจะชี้ขาด ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* เห็นว่ายังไม่มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างกฎเกณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Regulation) กับการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) จึงทำให้รัฐผู้รับการลงทุนชอบที่จะใช้อำนาจควบคุมต่อการลงทุนของต่างชาติ⁶⁹

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เคยพยายามที่จะแยกความต่างระหว่างการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) กับมาตรการของรัฐที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน (Measure Equivalent or Tantamount to Expropriation) ออกจากกัน โดยเห็นว่ามาตรการของรัฐที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน (Measure Equivalent or Tantamount to Expropriation) หรือมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบเทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน (Measure the Effects of which would be Equivalent or Tantamount to Expropriation) นั้นเป็นการเวนคืนประเภทที่สาม อย่างไรก็ตาม มีมุมมองต่อคำว่า “มาตรการของรัฐที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน” อยู่ 2 มุมมอง มุมมองแรก เห็นว่าเป็นการขยายจาก “การเวนคืนทางอ้อม” ตามปกติทั่วไปออกไปอีก ดังเช่นคดี *Waste Management Inc. v. United Mexican States* ที่กล่าวว่าการเวนคืนทางอ้อมก็ยังเป็นการยึดทรัพย์สินอยู่ แต่มาตรการของรัฐที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืนนั้นเกี่ยวข้องกับ การโอนการยึดอย่างคลุมเครือโดยบุคคลหรือองค์กร ส่วนมุมมองที่สอง เห็นว่าเป็นเพียงแต่การอ้างถึงกรอบของ “การเวนคืน” หรือ “การเวนคืนทางอ้อม” ดังเช่นคดี *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* ที่ความคำ่ว่า “มาตรการของรัฐที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน” ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมตามปกติทั่วไป⁷⁰ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองที่สองแล้ว

⁶⁹ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 297.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 299-300.

การเวนคืนทางอ้อมก็คือมาตรการของรัฐที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ถือว่าเป็นการเวนคืนประเภทที่สามอีก

2.5.2.1 นิยามการเวนคืนทางอ้อม

แม้ว่าการเวนคืนทางอ้อมมิใช่เรื่องที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ แต่ก็ยังมีได้มีคำนิยามที่ชัดเจนเสียทีเดียวในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนส่วนใหญ่ จึงต้องพิจารณาจากความเห็นของนักวิชาการหรือสถาบันทั้งในประเทศและระหว่างประเทศต่างๆ ตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งจะทำให้เห็นภาพของการเวนคืนทางอ้อม

ทั้งนี้ ได้มีความพยายามให้คำนิยามการเวนคืนทางอ้อมโดยนักวิชาการ สถาบันในประเทศและระหว่างประเทศต่างๆ ดังต่อไปนี้⁷¹

1) ร่างอนุสัญญาของฮาร์วาร์ดว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐในการทำความเสียหายต่อต่างด้าว (Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens) โดย Professors Sohn และ Professor Baxter ในมาตรา 10 ข้อ 3 กำหนดว่า⁷² “(a) การยึดทรัพย์สินนั้นมิได้หมายความถึงเฉพาะการยึดทรัพย์สินโดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่รวมถึงการแทรกแซงที่ไม่สมเหตุผลต่อการใช้ การใช้ประโยชน์ หรือการจัดการทรัพย์สิน อันเป็นการแทรกแซงให้เจ้าของไม่สามารถที่จะใช้ ใช้ประโยชน์ หรือจัดการทรัพย์สินของตนได้ภายในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมหลังจากที่มีการแทรกแซง (b) การยึดการใช้ทรัพย์สินนั้นมิได้หมายความถึงเฉพาะการยึดการใช้ทรัพย์สินโดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่รวมถึงการแทรกแซงที่ไม่สมเหตุผลต่อการใช้ การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง”⁷³

⁷¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Indirect expropriation” and the “Right to regulate” in international investment law, Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4 (September 2004), pp. 7-9.

⁷² L. B. Sohn and R. R. Baxter, “Responsibility of states for injuries to the economic interests of aliens,” *American Journal of International Law* 55, (1961): 545, 553.

⁷³ Article 10 of Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens: “3. (a) A ‘taking of property’ includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an

2) ร่างอนุสัญญาของ OECD ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ (The 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property) ให้คำจำกัดความการเวนคืนทางอ้อมว่า เป็นมาตรการที่ “ในที่สุดแล้วจะตัดการใช้ประโยชน์ของนักลงทุนหรือตัดมูลค่าทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติออกไป โดยมีใช้การกระทำที่เป็นเหมือนการตัดสิทธิ์อย่างชัดเจนดังมีตัวอย่างเช่น แจ็งเก็บภาษีที่สูงและตามอำเภอใจ ห้ามการจ่ายเงินปันผลพร้อมกับบังคับต้องให้กู้ แต่งตั้งผู้จัดการ ห้ามไล่นักงานออก ห้ามการนำเข้าวัตถุดิบ ปฏิเสธการออกใบอนุญาตนำเข้าส่งออกให้”⁷⁴

3) Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States ที่จัดทำโดย American Law Institute ใน comment (g) ของมาตรา 712 กล่าวว่า “รัฐต้องรับผิดชอบต่อการเวนคืนทรัพย์สินเมื่อทำให้ทรัพย์สินของต่างชาติอยู่ภายใต้กฎหมายภาษีอากร กฎเกณฑ์ หรือการกระทำใดๆ ที่เป็นการยึดหรือการขัดขวางหรือแทรกแซงอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือล่าช้าเกินสมควรหรือประสิทธิภาพการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของต่างชาติหรือการขับออกไปจากดินแดนของรัฐ”⁷⁵

4) อนุสัญญาจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency: MIGA Convention) ให้การ

interference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.; (b) A ‘taking of the use of property’ includes not only an outright taking of use but also any unreasonable interference with the use or enjoyment of property for a limited period of time.”

⁷⁴ ดู Article 3 of The 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property: “...deprive ultimately the alien of the enjoyment or value of his property, without any specific act being identifiable as outright deprivation. As instances may be quoted excessive or arbitrary taxations; prohibition of dividend distribution coupled with compulsory loans; imposition of administrators; prohibition of dismissal of staff; refusal of access to raw materials or of essential export or import licences.”

⁷⁵ ดู Comment (g) of Section 712 of Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987): “A state is responsible as for an expropriation of property when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien’s property or its removal from the state’s territory...”

รับประกันการลงทุนจากความเสียหายต่างๆ รวมถึงการเวนคืน ซึ่งในมาตรา 11 (เอ) (2) กล่าวถึงการเวนคืนว่า “การกระทำการออกกฎหมาย หรือการกระทำหรือไม่กระทำทางปกครองของรัฐบาลผู้รับการลงทุนซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิผู้เอาประกันจากความเป็นเจ้าของหรือการควบคุมหรือผลประโยชน์ที่สำคัญในการลงทุนของตน”⁷⁶

5) รายงานการศึกษาของ UNCTAD ว่าด้วยประเด็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน เรื่อง “การยึดทรัพย์สิน” (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements “Taking of Property”) ซึ่งจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 2000 ได้พูดถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้ว่า “มาตรการที่ส่งผลให้สูญเสียประสิทธิภาพการบริหารจัดการ การใช้หรือการควบคุม หรือลดลงอย่างสำคัญในมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นของนักลงทุนต่างชาติ”⁷⁷

นอกจากนี้ ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีอยู่หลายคดีที่กล่าวถึงเรื่องการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งคดีแรกๆ ที่ควรได้รับการอ้างอิงถึงคือคดี Metalclad Corporation v. The United Mexican States อนุญาโตตุลาการของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA) ซึ่งขาดในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2000 โดยมีเส้นแบ่งในการพิจารณาระหว่างกฎเกณฑ์ (Regulation) กับการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) และการให้คำนิยามการเวนคืนทางอ้อมก็พิจารณาจากเรื่องผลกระทบของมาตรการของรัฐต่อเจ้าของซึ่งเป็นต่างชาติ⁷⁸ และได้กล่าวถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้ว่าเป็น “การแทรกแซงที่แอบแฝงหรือที่มิได้ตั้งใจต่อการใช้ทรัพย์สินซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิเจ้าของทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่สำคัญในการใช้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังไว้อย่างสมเหตุสมผลจากทรัพย์สิน ถึงแม้ว่าจะมิใช่ประโยชน์ชัดแจ้งอย่างสำคัญของรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม”⁷⁹

⁷⁶ Article 11 (a) (ii) of Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (1985): “Any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment,…”

⁷⁷ United Nations Conference on Trade and Development, Taking of property, UNCTAD series on issues in international investment agreements, p. 4.

⁷⁸ Rudolf Dolzer, “Indirect expropriations: New developments?,” N.Y.U. Environmental Law Journal 11 (April 2002): 71-72.

⁷⁹ “expropriation under NAFTA includes..., but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use

คดี Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran ที่อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ที่ขาดในปี ค.ศ. 1984 โดยกล่าวว่าจะองค์คณะชอบที่จะใช้คำว่า การตัดสิทธิ (Deprivation) มากกว่าคำว่า การยึด (Taking) แม้ว่าจะมีความหมายเช่นเดียวกันก็ตาม เพราะคำว่า การยึดอาจทำให้เข้าใจได้ว่ารัฐบาลได้รับบางสิ่งที่มีค่า⁸⁰ ทั้งนี้การตัดสิทธิหรือการยึดทรัพย์สินอาจเกิดขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศโดย “การแทรกแซงของรัฐต่อการใช้ทรัพย์สินหรือต่อการใช้ประโยชน์ แม้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะไม่ได้รับการกระทบก็ตาม”⁸¹

คดี Starrett Housing Corp v. Government of the Islamic Republic of Iran ที่อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ที่ขาดในปี ค.ศ. 1984 ได้กล่าวถึงการเวนคืนทางอ้อมว่า “เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่ามาตรการที่รัฐใช้นั้นต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ซึ่งถึงขนาดที่ทำให้สิทธิในทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้จึงจักถือเป็นการเวนคืน ถึงแม้ว่ารัฐมิได้ตั้งใจที่จะเวนคืนและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนี้ยังคงอยู่กับเจ้าของเดิมก็ตาม”⁸²

คดี ITT Industries Inc v. Government of the Islamic Republic of Iran ที่อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ที่ขาดในปี ค.ศ. 1984 ได้กล่าวถึงการเวนคืนทางอ้อมว่า “การแทรกแซงของรัฐ

or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.”

⁸⁰ August Reinisch, “Expropriation,” in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer (New York: Oxford University Press, 2008), p. 424.

⁸¹ “A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected.”

⁸² “It is recognized by international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”

อาจเป็นการเวนคืน ถ้าหากปฏิเสธสิทธิพื้นฐานอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของ การใช้ การใช้ประโยชน์ หรือการบริหารจัดการธุรกิจของเจ้าของทรัพย์สิน”⁸³

คดี Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt ที่อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ซึ่งขาดในปี ค.ศ. 2002 ได้ให้คำอธิบายการเวนคืนทางอ้อมว่าเป็น “มาตรการที่รัฐใช้ซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธินักลงทุนในการใช้และผลประโยชน์จากการลงทุน ถึงแม้ว่านักลงทุนจะยังคงมีชื่อแสดงความเป็นเจ้าของแห่งสิทธิ”⁸⁴

คดี Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States ที่อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ซึ่งขาดในปี ค.ศ. 2002 ได้บ่งลักษณะประเภทมาตรการดังต่อไปนี้ว่าเป็นการเวนคืน “การเก็บภาษีอากรสูง การปฏิเสธการเข้าถึงโครงสร้างสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานหรือวัตถุดิบที่จำเป็น การกำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมที่ไม่สมเหตุสมผล เหล่านี้ถือเป็นการกระทำการเวนคืน”⁸⁵

คดี Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States ที่อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ซึ่งขาดในปี ค.ศ. 2003 ได้กล่าวถึงการเวนคืนทางอ้อมถ้าหากว่าเป็นมาตรการที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้และเป็นการถาวร และถ้าทรัพย์สินหรือสิทธิที่อยู่ภายใต้มาตรการได้รับการกระทบในลักษณะที่รูปแบบการใช้ประโยชน์ของมันนั้นสูญสิ้นไป อาทิเช่น คุณค่าทางเศรษฐกิจของการใช้ การใช้ประโยชน์

⁸³ “A governmental interference may amount to an expropriation if it denies property owners fundamental rights of ownership, use, enjoyment or management of the business.”

⁸⁴ “When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment.”

⁸⁵ “In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions.”

หรือการจัดการทรัพย์สินหรือสิทธินั้นได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือข้อตกลง ถูกแก้ไขหรือทำลาย”⁸⁶

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การเวนคืนทางอ้อม หมายถึง มาตรการควบคุมของรัฐ (Regulatory Measures) ที่เป็นการยึดโดยที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงการครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไป แต่มาตรการนั้นเข้าแทรกแซงหรือกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ของนักลงทุนต่างชาติ หรือลดมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลง ทั้งนี้จึงเป็นเหตุให้นักลงทุนต่างชาติไม่สามารถดำเนินกิจการหรือดูแลทรัพย์สินของตนในรัฐนั้นต่อไปได้เพราะ จะได้รับความเสียหาย จึงเท่ากับเป็นการบีบบังคับทางอ้อมให้นักลงทุนต่างชาติต้องเลิกกิจการ หรือยอมโอนกิจการหรือทรัพย์สินให้แก่รัฐนั้นไป อย่างไรก็ตาม การหาความหมายการเวนคืนทางอ้อม ยังมีเรื่องที่ยากไปกว่าการกำหนดองค์ประกอบข้อเท็จจริงที่จะถือว่ามาตรการนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อม

2.5.2.2 การเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป (Creeping Expropriation)

การเวนคืนทางอ้อมอาจเกิดขึ้นจากการกระทำหนึ่งหรือหลายกระทำของรัฐก็ได้ หากรัฐเวนคืนโดยใช้หลายการกระทำหรือการละเว้นที่จะกระทำอันมีความเกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง ซึ่งส่งผลเป็นการตัดสิทธิในทรัพย์สินแล้วก็จะเรียกว่า “การเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป” (Creeping Expropriation) หรือที่ในบางครั้งก็เรียกว่า “การเวนคืนที่สร้างขึ้น” (Constructive Expropriation) ซึ่งในเอกสารเรื่องการยึดทรัพย์สิน (Taking of Property) ที่จัดทำโดย UNCTAD ได้ให้คำนิยาม Creeping Expropriation ไว้ว่าเป็น “การเข้าแทรกแซงซ้ำๆ และค่อยๆ เพิ่มขึ้นต่อหนึ่งหรือหลายสิทธิอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติซึ่งจะลดมูลค่าของการลงทุนลง ทั้งนี้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังคงเป็นของนักลงทุนต่างชาติแต่สิทธิของนักลงทุนในการใช้ทรัพย์สินนั้นถูกลดลงอันเป็นผลมาจากการแทรกแซงของรัฐ”⁸⁷ และในคดี Generation

⁸⁶ “the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that “...any form of exploitation thereof...” has disappeared; i.e. the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed.”

⁸⁷ United Nations Conference on Trade and Development, Taking of property, UNCTAD series on issues in international investment agreements, pp. 11-12.

Ukraine v. Ukraine ได้อธิบายถึง Creeping Expropriation ว่า “เป็นรูปแบบของการเวนคืนทางอ้อม มีหลายการกระทำที่ต่อเนื่องของรัฐซึ่งระยะเวลาหนึ่งจนในที่สุดเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน” หรือในคดี Siemens A.G. v. The Argentine Republic ได้อธิบายถึง Creeping Expropriation ว่า “เป็นขั้นตอนที่ในที่สุดแล้วมีผลกระทบเป็นการเวนคืน ซึ่งหากมีการหยุดกลางคันแล้วการเวนคืนจะไม่เกิดขึ้น และแต่ละขั้นตอนมีผลกระทบที่ไม่สำคัญพอจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย”⁸⁸ อีกทั้ง Professor Brigitte Stern ได้อธิบายถึง Creeping Expropriation ว่า “เป็นกระบวนการแห่งระยะเวลาและประกอบด้วยหลายมาตรการที่สืบต่อกันมา ซึ่งถ้าหากใช้มาตรการเดียวแล้วจะไม่มีผลกระทบเป็นการยึดทรัพย์สินของนักลงทุน แต่หากใช้มาตรการเหล่านั้นร่วมกันแล้วก็จะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการยึดทรัพย์สินของนักลงทุน”⁸⁹

ในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) ก็ยอมรับถึงเรื่องการเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป (Creeping Expropriation) หรือการเวนคืนที่สร้างขึ้น (Constructive Expropriation) ดังเช่น ในคดี Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana ที่ลำพังแต่ละการกระทำหนึ่งๆอาจไม่พอที่เป็นการเวนคืน แต่หากมีหลายการกระทำหรือการละเว้นที่จะกระทำอันมีความเกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องแล้วขัดขวางนักลงทุนจากการดำเนินโครงการลงทุนอย่างมีประสิทธิภาพไป ก็จะได้ถือว่าเป็นการเวนคืนที่สร้างขึ้น (Constructive Expropriation) ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีหลายการกระทำของรัฐเกิดขึ้น โดยแรกเริ่มนั้นรัฐบาลมีคำสั่งให้นาย Biloune หยุดการก่อสร้างเนื่องจากไม่มีใบอนุญาตก่อสร้างและรื้อถอนโครงการไปบางส่วน ออกหมายเรียก จับ และกักขังนาย Biloune กรอกเอกสารแสดงรายการทรัพย์สินและในที่สุดเนรเทศออกนอกประเทศโดยไม่มีทางขอลับเข้ามาได้อีก อันมีผลกระทบเป็นการหยุดโครงการอย่างแก้ไขไม่ได้อีกต่อไป อีกทั้งเป็นการเวนคืนสิทธิตามสัญญาของบริษัท Marine Drive Complex (MDCL) เพราะการเนรเทศนาย Biloune นั้นทำให้ MDCL ดำเนินโครงการต่อไปไม่ได้ และเป็นการเวนคืนผลประโยชน์ของนาย Biloune ที่มีอยู่ใน MDCL ด้วย และในคดี Benvenuti &

⁸⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of international investment law (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 114-115.

⁸⁹ Brigitte Stern, “In search of the frontiers of indirect expropriation,” in Contemporary issues in international arbitration and mediation: the fordham papers 2007, ed. Arthur W. Rovine (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 36.

Bonfant Company v. The Government of the People's Republic of the Congo ว่าเป็นการเวนคืนหุ้นของนาย Benvenuti และนาย Bonfant ที่มีอยู่ในบริษัท Plasco โดยพิจารณาจากการกำหนดเพดานราคาขายน้ำแร่ของบริษัท Plasco การยุติการทำตลาดสินค้าของบริษัท Plasco การดำเนินคดีอาญากับนาย Bonfant จนออกนอกประเทศไป และในที่สุดรัฐบาลคองโกก็ทำการยึดอสังหาริมทรัพย์อันเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัท Plasco ซึ่งก็เช่นเดียวกันกับในคดี *Liberian Eastern Timber Corporation v. The Government of the Republic of Liberia* ที่ชี้ขาดโดยพิจารณาจากหลายๆการกระทำหรือการละเว้นกระทำของรัฐว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้รัฐบาลทำการลดระยะเวลาสัมปทานลงฝ่ายเดียวหลายครั้งจนบริษัท LETCO หยุดดำเนินการ และในคดี *Tradex Hellas SA v. Republic of Albania* ก็ยอมรับถึงการเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไปโดยพิจารณาจากหลายการตัดสินใจและหลายเหตุการณ์ที่เป็นขั้นเป็นตอนของรัฐ เช่น การประกาศปฏิรูปที่ดินในอนาคต การทำลายและยึดที่ดินโดยชาวบ้าน ว่าเป็นการเวนคืน

อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ก็ได้ชี้ขาดไว้ในคดี *Phillips Petroleum Co v. Iran* โดยพูดถึงลำดับขั้นตอนการกระทำของอิหร่าน เช่น การประกาศโอนอุตสาหกรรมน้ำมันมาเป็นของรัฐในอนาคตอันใกล้ การลดอัตราการผลิต การแต่งตั้งผู้จัดการชาวอิหร่าน และการยกเลิกสัญญากิจการร่วมค้า ว่าเป็นการตัดสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน

ในหลายคดีที่อนุญาโตตุลาการความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) พบว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมนั้นก็มาจากการรวบรวมหลายๆการกระทำหรือละเว้นที่จะกระทำของรัฐอันส่งผลให้เป็นการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งอนุญาโตตุลาการคดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* มีความเห็นว่าการเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไปนั้นเป็นรูปแบบของการเวนคืนทางอ้อมหรือที่เทียบเท่าการเวนคืน ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการคดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* ได้สรุปไว้ว่าการเวนคืนทางอ้อมนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นทีละน้อยๆหรือลับๆเสมอไป แต่อาจเกิดจากการกระทำเดียวหรือหลายๆการกระทำในช่วงระยะเวลาสั้นๆหรือกระทำพร้อมๆกันก็ได้ และการเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไปก็เป็นเพียงประเภทของการเวนคืนทางอ้อม⁹⁰

⁹⁰ August Reinisch, "Expropriation," in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, pp. 426-431.

ดังนั้น ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็น “การเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป” (Creeping Expropriation) หรือ “การเวนคืนที่สร้างขึ้น” (Constructive Expropriation) หรือ “การเวนคืนที่แท้จริง” (De Facto Expropriation) หรือ “การเวนคืนแบบแอบแฝง” (Disguised Expropriation) หรือ “ที่มีผลเป็นการเวนคืน” (Consequential Expropriation) หรือ “การเวนคืนโดยใช้กฎเกณฑ์” (Regulatory Expropriation) หรือ “มาตรการที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืน” (Measures Equivalent or Tantamount to Expropriation) ต่างก็หมายถึงการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ทั้งสิ้น ซึ่งทั้งหมดนี้มีลักษณะร่วมกันอยู่ก็คือการเป็นมาตรการที่มีได้เอาไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเจ้าของ

2.5.2.3 ประเภทมาตรการของรัฐที่อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อม

อันเนื่องมาจากการเวนคืนทางอ้อมเป็นการใช้มาตรการของรัฐที่มีผลต่อความสามารถของนักลงทุนต่างชาติในการที่จะใช้ประโยชน์หรือผลประโยชน์จากการลงทุน โดยไม่มีการเข้าไปริดรอนกรรมสิทธิ์ของนักลงทุนต่างชาติ นักลงทุนต่างชาติจึงอาจฟ้องว่ามาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ได้ และจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ผ่านมานั้นมาตรการดังต่อไปนี้ของรัฐผู้รับการลงทุนอาจถูกตีความว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม⁹¹

1) มาตรการขึ้นภาษีอากร

โดยปกติแล้วการกำหนดอัตราภาษีอากรไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มหรือลดนั้นเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน ไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศจำกัดอำนาจของรัฐในการกำหนดอัตราภาษีอากรภายในดินแดนของรัฐนั้น รัฐอาจเพิ่มอัตราภาษีที่เรียกเก็บเพื่อเพิ่มรายได้ของรัฐก็ได้ และในบางกรณีก็อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ได้ ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับการขึ้นภาษีอากร เช่น คดี *Revere Copper and Brass Inc v. Overseas Private Investment Corporation* ที่รัฐบาลจาไมกาขึ้นภาษีและค่าสิทธิสัญญาสัมปทานที่ให้กับบริษัท *Revere Copper* ในอัตราที่สูงจนทำให้การลงทุนนั้นไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ บริษัท *Revere Copper* จึงเรียกค่าชดเชยจากบริษัทประกันภัยที่ครอบคลุมถึงการเวนคืน (OPIC) แต่ บริษัท OPIC ปฏิเสธการจ่ายค่าชดเชยโดยให้เหตุผลว่าบริษัท *Revere Copper* ยังมีสิทธิในทรัพย์สินอยู่ทุกประการเหมือนก่อนที่จะมีการขึ้นภาษี อนุญาโตตุลาการเห็นว่าการที่รัฐบาลจาไมกาทำผิดสัญญาข้อผูกพันที่กำหนดอัตราภาษีและ

⁹¹ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, pp. 300-306.

ภาระทางการเงินที่คงที่ ย่อมทำให้การควบคุมหรือการดำเนินงานในทรัพย์สินของนักลงทุนไร้ประสิทธิภาพ ฉะนั้น การขึ้นภาษีในอัตราที่สูงหรือตามอำเภอใจจึงอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการผิดไปข้อสัญญาตามที่รัฐผู้รับการลงทุนตกลงผูกพันกับนักลงทุนต่างชาติไว้⁹²

2) มาตรการแทรกแซงต่อสิทธิตามสัญญา

มาตรการของรัฐที่อ้างเหตุผลประโยชน์สาธารณะย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิตามสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ (Contractual Rights) ซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาจากการที่รัฐทำสัญญาผูกพันกับนักลงทุนต่างชาติไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ นักลงทุนต่างชาติอาจฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนว่า มาตรการของรัฐนั้นกระทบต่อสิทธิตามสัญญาอันเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ได้ ดังเช่น คดี CME v. The Czech Republic สภาสื่อแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรควบคุมของรัฐบาลอันทำหน้าที่ในการให้ใบอนุญาตการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมาแก้ไขเงื่อนไขการได้รับใบอนุญาตที่บริษัท CNTS ของบริษัท CME เคยได้รับการอนุมัติให้ดำเนินควบคุมสถานีแพร่เสียงแพร่ภาพไปแล้ว โดยเปลี่ยนให้บริษัท CNTS มีโซผู้ให้บริการแพร่เสียงแพร่ภาพแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป อนุญาตโตตุลาการเห็นว่า เป็นการเวนคืนทางอ้อมเพราะสภาสื่อมวลชนบังคับให้นักลงทุนยอมรับการแก้ไขสัญญาซึ่งต่อมาบริษัท CNTS ถูกยกเลิกสัญญาให้บริการแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือในคดี Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt รัฐออกพระราชกฤษฎีกายกเลิกสัญญาโครงการก่อสร้างพัฒนาศูนย์การท่องเที่ยวบริเวณพื้นที่พีรามิดที่ทำกับกิจการร่วมค้า ETDC ซึ่งเป็นของบริษัท Southern Pacific Properties อนุญาตโตตุลาการถือว่าเป็นการเวนคืน หรือในคดี Siemens A.G. v. The Argentine Republic รัฐออกพระราชกฤษฎีกายกเลิกสัญญาสัมปทานบริการระบบควบคุมการเข้าเมือง ระบบการระบุตัวบุคคล และระบบเทคโนโลยีข้อมูลการเลือกตั้งที่ ให้บริษัท SIT ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัท Siemens ทั้งนี้การออกพระราชกฤษฎีกายกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าวนี้ใช้กระบวนการทางการเมืองเพื่อให้รัฐหลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา นั้น อนุญาตโตตุลาการเห็นว่าเป็นการเวนคืนอันต้องรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้น มาตรการของรัฐที่แทรกแซงสัญญาดังเช่นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือการยกเลิกสัญญานั้นจะถือว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่ ก็ต้องดูว่ารัฐกระทำไปในฐานะของความเป็นรัฐหรือไม่ เพราะการที่รัฐจะมีความรับผิดในทางระหว่างประเทศอันเนื่องจากการเวนคืนนั้นจะต้อง

⁹² Ibid., p. 301.

เป็นการกระทำของผู้มีอำนาจแห่งรัฐซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญานักลงทุนต่างชาติ หรือกล่าวคือ ต้องเป็นการแทรกแซงสัญญาโดยการกระทำของรัฐบาล ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำที่เฉพาะแต่รัฐเท่านั้นที่ทำได้ เพราะหากเอกชนคู่สัญญาทั่วไปทำได้แล้วก็จะเป็นเรื่องการผิดสัญญาทั่วไป (Breach of Contract) มิใช่การเวนคืน⁹³

3) มาตรการแทรกแซงที่ไม่สมควรต่อการบริหารจัดการการลงทุน

การแทรกแซงของรัฐต่อการบริหารจัดการการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติหรือการปลดผู้บริหารจัดการและขับไล่นั้น อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ ทั้งนี้รัฐอาจทำโดยการขัดขวางการทำงานของนักลงทุนหรือแต่งตั้งผู้บริหารใหม่ ซึ่งจะเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับระดับหรือขนาดของการแทรกแซงที่เป็นผลมาจากการกระทำ ดังเช่นในคดี *Biloune and Marine Dive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana* อันเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งให้หยุดโครงการสร้างศูนย์ร้านอาหารของบริษัท MDCL แล้วขับไล่นาย Biloune ออกจากประเทศ ซึ่งนาย Biloune มีบทบาทที่สำคัญในการสนับสนุนการเงินและการจัดการบริษัท MDCL ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมในสิทธิตามสัญญาของบริษัท MDCL และมูลค่าผลประโยชน์ที่เป็นของนาย Biloune อยู่ในบริษัท MDCL

ในคดี *Benvenuti & Bonfant Company v. The Government of the People's Republic of the Congo* เป็นกรณีที่รัฐแทรกแซงตลาดด้วยการกำหนดราคาขายขวดน้ำแร่ต่ำกว่าราคาที่มีการประชุมคณะกรรมการของบริษัท Plasco เห็นชอบแล้ว และที่สำคัญคือรัฐดำเนินการทางอาญาต่อนาย Corrado Bonfant และบังคับให้บริษัท Benvenuti & Bonfant หยุดการดำเนินงานแล้วออกจากประเทศคองโกไป และรัฐได้เข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุน ทั้งนี้ นักลงทุนเป็นบุคคลที่สำคัญในการบริหารจัดการให้เกิดกำไรและดำเนินงานเกี่ยวกับการลงทุนนั้น

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ในคดี *Starrett Housing Corp v. Government of the Islamic Republic of Iran* และคดี *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* ได้ชี้ชัดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมอันเนื่องมาจากรัฐบาลอิหร่าน

⁹³ Ibid., pp. 303-304.

แต่งตั้งผู้บริหารจัดการคนใหม่เข้าไปบริหารจัดการในกิจการการลงทุนที่เป็นของชาวสหรัฐอเมริกา เช่นกัน⁹⁴

4) มาตรการเพิกถอนหรือปฏิเสธการอนุญาตหรือใบอนุญาตของ รัฐบาล

การที่รัฐเพิกถอนใบอนุญาตหรือการอนุญาตที่ให้นักลงทุนต่างชาติได้รับไปแล้วนั้นอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อม ดังเช่นคดี *Goetz and Others v. Republic of Burundi* ที่รัฐบาลเพิกถอนสถานะการค้าเสรีของนักลงทุนโดยมิได้ทำการยึดทรัพย์สินใดไว้ อนุญาตต่อตุลาการเห็นว่า การที่รัฐมนตรีอุตสาหกรรมและการค้าเพิกถอนใบรับรองการค้าเสรีนี้เป็นการยับยั้งการดำเนินกิจการทั้งหมด ซึ่งเป็นการตัดสิทธิการใช้และผลประโยชน์ที่นักลงทุนคาดหวังจากการลงทุน จึงเป็นการเวนคืนทางอ้อม และในคดี *Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. v. Arab Republic of Egypt* เป็นกรณีที่รัฐบาลอียิปต์เพิกถอนการอนุญาตการค้าซีเมนต์เสรีเป็นเวลา 10 ปี ของนักลงทุนต่างชาติด้วยการออกพระราชกฤษฎีกาเลขที่ 195 ห้ามนำเข้าซีเมนต์ประเภท *Grey Portland* ทุกชนิด อนุญาตต่อตุลาการเห็นว่าเป็นการตัดสิทธิการใช้และผลประโยชน์ของนักลงทุนที่แม้ว่านักลงทุนยังมีชื่อเป็นเจ้าของอยู่ก็ตาม อันเป็นการเวนคืน

การอนุญาตของรัฐบาลนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญต่อการดำเนินธุรกิจ การที่ไม่อนุญาตจึงอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ ดังเช่นในคดี *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐบาลสหพันธรัฐได้ให้การรับรองกับนักลงทุนแล้วว่าโครงการพื้นที่ฝังกลบขยะเป็นไปตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมและผังเมืองซึ่งอนุญาตให้ลงทุนได้ แต่เทศบาลเมือง *Guadalcazar* ปฏิเสธการอนุญาตก่อสร้างโครงการพื้นที่ฝังกลบขยะ ทั้งที่รัฐบาลสหพันธรัฐได้อนุมัติโครงการไปก่อนหน้านี้แล้ว อนุญาตต่อตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม นอกจากนี้ การที่รัฐไม่ต่อการอนุญาตให้การลงทุนนั้นก็อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ แม้ว่านักลงทุนจะมีความเป็นเจ้าของอย่างสมบูรณ์และครอบครองดูแลทรัพย์สินอยู่ก็ตาม อาทิเช่นในคดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* เป็นกรณีที่ตัวแทนรัฐบาลแม็กซิโกอ้างนโยบายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมาปฏิเสธการต่ออายุการอนุญาตให้กับบริษัทที่ประมูลซื้อพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายเป็นตัวแทนรัฐบาลแม็กซิโกแล้วดำเนินการไปจนครบรอบการต่อ

⁹⁴ Ibid., pp. 304-305.

อนุญาตรายปีแล้ว และมีคำสั่งให้ปิดการดำเนินกิจการพื้นที่ฝั่งกลบขยะอันตรายนั้นอีก จึงถือเป็น การเวนคืนทางอ้อม⁹⁵

2.5.2.4 ข้อยกเว้นมาตรการของรัฐเพื่อสวัสดิการสาธารณะ (Public Welfare) อันมิใช่การเวนคืนทางอ้อม

เป็นหลักที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ทุกประเทศมีสิทธิที่จะควบคุมโดยชอบแห่งกฎหมาย (Legitimate Right to Regulate) หรือใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจควบคุมของรัฐโดยการออกมาตรการต่างๆมานั้นจะกระทบสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ของนักลงทุนต่างชาติหรือลดมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนของต่างชาติลงไปก็ตาม แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมและไม่นำไปสู่การจ่ายค่าชดเชย (Non-Compensable Regulation) ทั้งนี้ อำนาจดังกล่าวของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นที่ยอมรับของ นักวิชาการ สถาบันในประเทศและระหว่างประเทศต่างๆ ดังปรากฏอยู่ในเอกสารทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1) พิธีสารฉบับแรกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและ เสรีภาพขั้นมูลฐาน (The First Protocol to The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ที่ยืนยันว่า “บทบัญญัติวรรคแรกก่อนนี้ไม่ลด สิทธิของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายที่ดูมีความจำเป็นต่อการควบคุมการใช้ทรัพย์สินให้สอดคล้อง กับประโยชน์ทั่วไป หรือต่อการได้มาซึ่งการจ่ายภาษี ภาษีพิเศษใดๆหรือค่าปรับ”⁹⁶

2) ร่างอนุสัญญาของฮาร์วาร์ดว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐใน การทำความเสียหายต่อต่างด้าว (Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens) ซึ่งร่างโดย Professors Sohn และ Professor Baxter มาตรา 10 ข้อ 5 ยืนยันว่า “การไม่จ่ายค่าชดเชยแก่การยึดทรัพย์สินของต่างชาติหรือการ ตัดสิทธิการใช้หรือการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของต่างชาติ อันเป็นผลมาจากการดำเนินการตาม

⁹⁵ Ibid., pp. 305-306.

⁹⁶ ดู Article 1 of The First Protocol to The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: “The proceeding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

กฎหมายภาษีหรือจากการเปลี่ยนแปลงทั่วไปของมูลค่ากระแสวิกฤตหรือจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจของรัฐในการดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย สุขภาพ หรือศีลธรรมจรรยาหรือจากการดำเนินการตามสิทธิในการทำสงครามโดยชอบหรือการดำเนินการตามปกติของกฎหมายแห่งรัฐนั้น ไม่ถือว่าเป็นการอันผิดกฎหมาย”⁹⁷

3) ร่างอนุสัญญาของ OECD ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ (The 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property) ยอมรับถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะตัดสิทธิเจ้าของหรือต่างด้าวในทรัพย์สินที่อยู่ในดินแดนของรัฐเพื่อดำเนินตามเป้าหมายการเมืองหรือสังคมและเศรษฐกิจ ทั้งนี้ การปฏิเสธสิทธิของนักลงทุนที่จะได้รับค่าชดเชยตามมาตรา 3 เรื่องการยึดทรัพย์สินนั้นจะมีได้ก็แต่ด้วยเรื่องอำนาจของรัฐในควบคุมอันเป็นอิสระและเป็นเอกราชที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อคงไว้ซึ่งการเมืองและสังคมนั้น⁹⁸

4) Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States ใน comment (g) ของมาตรา 712 กล่าวว่า “รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อความสูญเสียในทรัพย์สินหรือต่อการสูญเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากกฎหมายภาษีอากรทั่วไป

⁹⁷ Article 10 of Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens: “5. An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which result from the execution of taxes law; from a general change in the value of currency, from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful.”

⁹⁸ ดู Article 3 of The 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property: “Article 3 (Taking of property) acknowledges, by implication, the sovereign right of a State, under international law, to deprive owners, including aliens, of property which is within its territory in the pursuit of its political, social or economic ends. To deny such a right would be attempt to interfere within its powers to regulate – by virtue of its independence and autonomy, equally recognized by international law – its political and social existence. The right is reconciled with the obligation of the State to respect and protect the property of aliens by the existing requirements for its exercise – before all, the requirement to pay the alien compensation if his property is taken.”

กฎเกณฑ์ การยึดทรัพย์ทางอาญา หรือการกระทำใดๆที่ยอมรับกันสามัญว่าเป็นอำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยของรัฐ (Police Power) ซึ่งมีได้กระทำโดยเลือกปฏิบัติ”⁹⁹

5) เอกสารการเจรจาความตกลงหลายฝ่ายว่าด้วยการลงทุน (Multilateral Agreement on Investment: MAI) ซึ่งมาตรา 3 เรื่องสิทธิในการควบคุม (Right to Regulate) อยู่ในภาคผนวกที่ 3 ของรายงานจากประธานกลุ่มการเจรจา (Report's Chairman) ยืนยันว่า “รัฐคู่ภาคีอาจนำมาตรการมาใช้หรือคงไว้ซึ่งมาตรการหรือใช้บังคับมาตรการใดๆที่เหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่ากิจกรรมการลงทุนนั้นดำเนินไปในลักษณะสนองรับต่อสุขอนามัย ความปลอดภัย หรือใส่ใจต่อสิ่งแวดล้อม จักทำให้มาตรการดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับความตกลงนี้”¹⁰⁰

ในหมายเหตุของมาตรา 5 เรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยบัญญัติว่า “มิได้ก่อให้เกิดเงื่อนไขใหม่กว่ารัฐภาคีต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับความเสียหายที่นักลงทุนหรือการลงทุนได้รับจากกฎเกณฑ์ การขึ้นภาษีอากร และการกระทำอื่นตามปกติเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ดำเนินการโดยรัฐบาล”¹⁰¹ และคำประกาศของที่ประชุมคณะรัฐมนตรี OECD ในวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 1998 กล่าวว่า “ความตกลงหลายฝ่ายว่าด้วยการลงทุนนี้ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เป็นประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งจะไม่ขัดขวางการใช้อำนาจควบคุมตามปกติอย่างไม่เลือกปฏิบัติของรัฐบาลและการใช้อำนาจควบคุมเช่นนั้นจะไม่เท่ากับเป็นการเวนคืน”¹⁰²

⁹⁹ Comment (g) of Section 712 of Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987): “...A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory...”

¹⁰⁰ Article 3 of annex 3 of The Multilateral Agreement on Investment (Report by the Chairman of the Negotiating Group): “a Contracting Party may adopt, maintain, or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to healthy, safety or environmental concerns provided that such measures are consistent with this agreement.”

¹⁰¹ ดู Interpretative note ของ Article 5: “...It does not establish a new requirement that Parties pay compensation for losses which an investor or investment may incur through regulation, revenue raising and other normal activity in the public interest undertaken by governments.”

¹⁰² A Declaration adopted by the OECD Council of Ministers on 28 April 1998: “the MAI would establish mutually beneficial international rules which would not inhibit the normal non-

6) อนุสัญญาจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency: MIGA Convention) ในมาตรา 11 (เอ) (2) บัญญัติถึงมาตรการเวนคืนและมีข้อยกเว้นว่า “เว้นแต่เป็นมาตรการทั่วไปที่ใช้อย่างไม่เลือกปฏิบัติซึ่งรัฐบาลใช้ตามปกติโดยมีวัตถุประสงค์ควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ในดินแดนของรัฐ”¹⁰³

7) ความเห็นของนักวิชาการ เช่น Ian Brownlie เห็นว่า “แม้มาตรการของรัฐซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจจะกระทบผลประโยชน์ของต่างชาติแต่ก็มีใช้ว่าเท่ากับเป็นการเวนคืน ดังนั้นทรัพย์สินของต่างชาติและการใช้ทรัพย์สินนี้ก็จะขึ้นอยู่กับภาษี ข้อจำกัดทางการค้าเกี่ยวข้องกับใบอนุญาตและส่วนแบ่งตลาด หรือมาตรการลดค่าเงินซึ่งโดยหลักการแล้วมาตรการเหล่านี้มิใช่เป็นการผิดกฎหมายและมีใช้เป็นการเวนคืน”¹⁰⁴ หรือ M. Somarajah เห็นว่า “มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติอันเกี่ยวข้องกับกำบังกันการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค ความมั่นคง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การจัดผังเมืองนั้น มิใช่การยึดที่ต้องจ่ายค่าชดเชย โดยเหตุที่ตระหนักว่าจำเป็นต่อการทำหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ”¹⁰⁵ หรือ Andrew Newcombe¹⁰⁶ เห็นว่า “การเวนคืนเกิดขึ้นเมื่อนักลงทุนถูกตัดสิทธิในการใช้ หรือผลประโยชน์ หรือการบริหารจัดการ หรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนไปทั้งหมดหรืออย่างมีนัยสำคัญ เว้นแต่การตัดสิทธินั้นเป็นผลมาจากการใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) ที่แท้จริง (bona fide) และใช้โดยชอบด้วยกฎหมาย (legitimate use)”¹⁰⁷

discriminatory exercise of regulatory powers by governments and such exercise of regulatory powers would not amount to expropriation.”

¹⁰³ Article 11 (a) (ii) of Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (1985): “...with exception of non-discriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories.”

¹⁰⁴ Ian Brownlie, *Public international law*, 6th ed. (New York: Oxford University Press, 2003), p. 509.

¹⁰⁵ M. Somarajah, *The international law on foreign investment* (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1994), p. 283.

¹⁰⁶ Andrew Newcombe, “The boundaries of regulatory expropriation in international law,” *ICSID Review-Foreign Investment law Journal* 20, 1 (2005): 4.

¹⁰⁷ เป็นนิยามของการเวนคืนตามหลัก “Orthodox Approach”

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ยอมรับถึงสิทธิของรัฐในการออกกฎหมายมาควบคุมอย่างสมเหตุสมผล ดังเช่น อนุญาโตตุลาการในคดี *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* มีความเห็นว่า “รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อความสูญเสียทรัพย์สินหรือต่อการสูญเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดๆ ที่เป็นผลมาจากกฎหมายภาษีอากรทั่วไปที่แท้จริงหรือการกระทำใดๆ ที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) ซึ่งไม่เลือกปฏิบัติและไม่ได้กำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุให้ต่างชาติปล่อยทิ้งทรัพย์สินไว้ในรัฐ หรือขายทรัพย์สินในราคาที่ถูกบีบบังคับ” หรืออนุญาโตตุลาการในคดี *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* มีความเห็นว่า “รัฐคู่ภาคีไม่ต้องรับผิดชอบต่อการสูญเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ที่แท้จริง (bona fide Regulation) อันอยู่ภายใต้การยอมรับว่าเป็นอำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยของรัฐ” หรืออนุญาโตตุลาการในคดี *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* มีความเห็นว่า “ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นรัฐไม่ต้องรับผิดชอบจ่ายค่าชดเชยให้กับนักลงทุนต่างชาติก็ต่อเมื่อเป็นการดำเนินการใช้อำนาจควบคุมตามปกติในลักษณะไม่เลือกปฏิบัติซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่แท้จริง (bona fide Regulation) อันมีเป้าหมายเพื่อสวัสดิการสาธารณะ” หรืออนุญาโตตุลาการในคดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* มีความเห็นว่า “จากหลักการที่ว่า การกระทำของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยอยู่ภายใต้กรอบของอำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยของรัฐ (Police Powers) อันอาจเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจต่อการลงทุนที่อยู่ใต้อำนาจของฝ่ายปกครองแต่ก็จักไม่ทำให้สิทธินักลงทุนได้รับการชดเชยใดๆ นั้น ไม่อาจโต้แย้งได้”¹⁰⁸ หรืออนุญาโตตุลาการคดี *Methanex Corporation v. United States of America* มีความเห็นว่า “ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น กฎเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์สาธารณะโดยไม่เลือกปฏิบัติซึ่งบังคับใช้ตามกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมายถึงแม้ว่าจะกระทบต่อการลงทุนก็ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนและต้องชดเชย ถ้าหากว่ารัฐผู้ออกกฎเกณฑ์มิได้ให้ความผูกพันเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนต่างชาติที่เสมือนว่ารัฐจะงดเว้นการออกกฎเกณฑ์ใดๆ มาบังคับใช้”¹⁰⁹ หรืออนุญาโตตุลาการในคดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* มีความเห็นว่า

¹⁰⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Indirect expropriation” and the “Right to regulate” in international investment law, Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4, p.19.

¹⁰⁹ Anne K. Hoffmann, “Indirect expropriation,” in Standards of investment protection, ed. August Reinisch, p.165.

“รัฐบาลมีความอิสระที่จะกระทำการใดๆเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การออกหรือแก้ไขกฎเกณฑ์ทางภาษีอากร การให้หรือถอนการอุดหนุนจากรัฐบาล การลดหรือเพิ่มพิกัดอัตราภาษีศุลกากร การกำหนดเขตเสรี และอื่นใดที่เหมือนกัน ทั้งนี้ กฎเกณฑ์อันสมเหตุสมผลของรัฐบาลนี้ไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้ถ้าธุรกิจที่ได้รับผลกระทบเรียกค่าชดเชยได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ก็เป็นที่ยอมรับในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย” เป็นต้น

ดังนั้น มาตรการต่างๆของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมีวัตถุประสงค์สาธารณะดังต่อไปนี้ อนุญาตให้ตุลาการอาจพิจารณาและชี้ขาดว่ามีใช้การเวนคืนทางอ้อม¹¹⁰

1) กฎหมายภาษีอากรทั่วไป

รัฐผู้รับการลงทุนอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเก็บภาษีอากรได้ซึ่งเป็นการกำกับดูแลรายได้ของรัฐ ดังเช่นกรณีที่รัฐปฏิบัติเสถียรต่อการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มของนักลงทุนต่างชาตินั้น อนุญาตให้ตุลาการไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ตัวอย่างที่ปรากฏคือคดี *Encana Corporation v. Republic of Ecuador* หรือคดี *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* และคดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*

ในคดี *Encana Corporation v. Republic of Ecuador* นั้น อนุญาตให้ตุลาการให้เหตุผลว่ารัฐผู้รับการลงทุนมิได้ทำสัญญาผูกพันไว้กับนักลงทุนต่างชาติ นักลงทุนต่างชาติจึงไม่มีสิทธิหรือความคาดหวังว่าภาษีจะไม่เปลี่ยนแปลงไป และอนุญาตให้ตุลาการมีความเห็นอีกว่า เฉพาะอัตราภาษีที่สูงผิดปกติหรือเป็นการลงโทษหรือตามอำเภอใจนั้น จึงจะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม

ในคดีบริษัท *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* อนุญาตให้ตุลาการก็ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมด้วยเหตุที่ว่ามาตรการมิได้กระทบต่อส่วนที่สำคัญของการลงทุน

ในคดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* อนุญาตให้ตุลาการก็ชี้ขาดว่าการปฏิบัติเสถียรที่จะคืนภาษีมูลค่าเพิ่มไม่มีให้ผู้ส่งออกบุตรที่เป็นเพียงผู้ซื้อ

¹¹⁰ Andrew Newcombe, “The boundaries of regulatory expropriation in international law,” *ICSID Review-Foreign Investment law Journal* 20, 1: 23-27.

จากผู้ขายปลีกมาจำหน่ายต่อนั้นไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม เพราะกฎหมายกำหนดให้ขอคืนภาษีได้เฉพาะผู้ส่งออกที่มีใบแจ้งหนี้แสดงจำนวนภาษีที่จะขอคืนตามกฎหมายได้เท่านั้น ซึ่งบริษัท CEMSA ไม่มีใบแจ้งหนี้ดังกล่าวเพราะไม่ได้ซื้อหรือมาจากผู้ผลิตโดยตรง จึงไม่มีสิทธิขอคืนภาษีตามกฎหมายได้ มาตรการของรัฐนี้จึงไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม

ดังนั้น หากเป็นการเก็บภาษีตามกฎหมาย หรือเรียกเก็บเพิ่มขึ้นตามปกติทั่วไป โดยที่ไม่ขัดต่อสัญญาที่รัฐผูกพันไว้กับนักลงทุนต่างชาติแล้ว ก็ไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม¹¹¹

2) การคุ้มครองสาธารณสุขหรือสิ่งแวดล้อม

หากมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนออกมาโดยมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแล้ว อนุญาโตตุลาการก็อาจถือว่ามาตรการนั้นก็จะมิใช่การเวนคืนทางอ้อม ตัวอย่างเช่นคดี S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada ที่แคนาดาห้ามส่งสาร PCBs ออกนอกประเทศแคนาดา เนื่องจากในหลายประเทศพยายามลดการใช้สารดังกล่าวและต้องควบคุมให้มีความเสี่ยงต่อสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อมน้อยสุด สหรัฐอเมริกาและแคนาดาตกลงกันที่จะกำจัดขยะที่มีสาร PCBs ในโรงงานที่ใกล้มากที่สุด มาตรการของแคนาดาจึงไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม

อย่างไรก็ดี การที่รัฐเพิกถอนใบอนุญาตที่แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแล้วก็ตาม การเพิกถอนใบอนุญาตนั้นจะไม่ใช่การเวนคืนทางอ้อมก็ต่อเมื่อมีกระบวนการวิธีที่เหมาะสม เช่น มีกระบวนการทางกฎหมาย และความโปร่งใสอันมีหลักฐานการพิสูจน์ได้และมีได้เกิดจากอำนาจความกดดันทางการเมือง

3) ความมั่นคงแห่งรัฐ

รัฐสามารถที่จะออกมาตรการใดๆมาใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ (National Security) ก็ได้ อาทิเช่น การขับไล่นักลงทุนต่างชาติออกนอกประเทศเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ การอายัดบัญชีเงินฝากเพื่อการตรวจสอบความผิดอาญาหรือตามกฎหมายเกณฑ์การธนาคาร การควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจและเพื่อป้องกันการโอนถ่ายเงินทุนออกนอกประเทศ เป็นต้น¹¹² ดังนั้น รัฐผู้รับการลงทุนอาจอ้างถึงความมั่นคงของรัฐในการออก

¹¹¹ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, pp. 301-302.

¹¹² M. Somarajah, *The international law on foreign investment*, 2nd ed., p. 394.

มาตรการมาเพื่อแก้ปัญหาวิกฤตทางเศรษฐกิจของรัฐหรือเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เป็นยุทธศาสตร์ของรัฐก็ได้

ในคดี CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic หรือในคดี Sempra Energy International v. Argentine Republic หรือในคดี LG&E Energy Crop. LG&E Capital Crop. LG&E International Inc. v. Argentine Republic เป็นกรณีที่รัฐห้ามถอนเงินออกจากธนาคาร ห้ามโอนเงินออกไปต่างประเทศ และควบคุมอัตราการแลกเปลี่ยนเงินตรา ในช่วงที่ประเทศอาเจนติน่าประสบปัญหาวิกฤตทางเศรษฐกิจ โดยรัฐลดค่าเงินเปโซจากเดิมที่กำหนดอัตราแลกเปลี่ยนคงที่ 1 ดอลลาร์เท่ากับ 1 เปโซนั้น มาเป็น 1 ดอลลาร์เท่ากับ 1.40 เปโซ และในที่สุดเป็นอัตราลอยตัว ซึ่งกระทบต่อการแลกเปลี่ยนเงินค่าธรรมเนียมการขนส่งแก๊สของนักลงทุนต่างชาติ แต่อนุญาตตุลาการไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน

นอกเหนือจากกฎหมายภาษีอากรทั่วไป มาตรการเพื่อการคุ้มครองสาธารณสุขหรือสิ่งแวดล้อม และมาตรการเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐแล้ว รัฐสามารถออกมาตรการเพื่อการคุ้มครองสวัสดิภาพของสังคม (Public Welfare) ในเรื่องที่รัฐเห็นว่ามีควมจำเป็นก็ได้ ซึ่งจะถือว่ามาตรการนั้นไม่ใช่การเวนคืนทางอ้อม แต่รัฐต้องใช้บังคับมาตรการไปอย่างไม่เลือกปฏิบัติและโปร่งใสด้วย อาทิเช่น มีกระบวนการทางกฎหมายที่ตรงไปตรงมา มีการทำประชาพิจารณ์ มีหลักฐานพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ เป็นต้น¹¹³

2.5.2.5 รัฐทำผิดสัญญาทั่วไปอันมิใช่การเวนคืนทางอ้อม

รัฐผู้รับการลงทุนอาจเข้าเป็นผู้สัญญาการลงทุนกับเอกชนนักลงทุนต่างชาติก็ได้ เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาเพื่อการพัฒนาโครงการต่างๆ เป็นต้น และในกรณีที่รัฐยกเลิกหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Non-performance of contractual obligations) ด้วยเหตุผลทางการค้าในฐานะของเอกชนคู่สัญญาแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศก็จะไม่ใช่บังคับกับกรณีนี้ ดังนั้น เมื่อรัฐทำผิดสัญญาทั่วไปเสมือนเอกชนคู่สัญญาทำผิดสัญญานั้น (Breach of Contract) รัฐก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายที่ในสัญญากำหนดให้ใช้บังคับในกรณีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แต่คู่สัญญาก็อาจที่จะเลือกกฎหมายใช้กฎหมายอื่นตามที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นๆ

¹¹³ Andrew Newcombe, "The boundaries of regulatory expropriation in international law," *ICSID Review-Foreign Investment law Journal* 20, 1: 29.

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐยกเลิกหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาการลงทุนดังกล่าวอาจถือว่าเป็นการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐก็ได้ถ้าหากการยกเลิกสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจอธิปไตยความเป็นรัฐ ดังเช่นคดี Philips Petroleum Co. v. The Islamic Republic Iran ที่อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดว่าการบอกเลิกสัญญาการเจาะหาและใช้ทรัพยากรปิโตรเลียมนอกชายฝั่งอ่าวเปอร์เซียเพียงฝ่ายเดียวของบริษัทน้ำมันแห่งชาติอิหร่าน (NIOC) ที่เป็นไปตามนโยบายของประธานาธิบดีของอิหร่านที่ประกาศว่าการโอนกิจการน้ำมันเป็นของรัฐนั้นเป็นขั้นแรกของการปฏิรูปเศรษฐกิจ และให้กิจการน้ำมันรวมเข้ากับเศรษฐกิจของอิหร่านนั้น ถือเป็นการโอนเป็นของรัฐ

ทั้งนี้ การที่รัฐยกเลิกหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาการลงทุนที่ทำกับเอกชนนั้นก็อาจที่จะไม่เป็นการเวนคืน แต่เป็นเรื่องของการทำผิดสัญญาทั่วไป (Breach of Contract) ก็ได้ ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี Consortium RFCC c. Royaume du Maroc v. Kingdom of Morocco มีความเห็นว่า “การที่รัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาทำผิดสัญญานั้นโดยทั่วไปแล้วจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนหรือกล่าวคือไม่ถือว่าเป็นการทำผิดความตกลงทวิภาคีที่เกี่ยวกับการลงทุน แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยใช้อำนาจอธิปไตยหรือโดยในฐานะของคู่สัญญานั้น และจะถือว่ารัฐทำผิดความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนได้ก็ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่ารัฐทำเกินไปกว่าบทบาทในฐานะคู่สัญญา และกระทำไปนอกบทบาทหน้าที่อธิปไตยโดยเฉพาะ” นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการในหลายๆคดีได้ชี้ขาดว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นการผิดสัญญาทั่วไปอันมิใช่การเวนคืน เช่นในคดี Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan เป็นกรณีที่หน่วยงานพัฒนาน้ำและพลังงานของรัฐ (WAPDA) ไม่จ่ายค่าจ้างตามสัญญาก่อสร้างทำนบควบคุมกระแสน้ำ ร่องน้ำส่งน้ำไปยังโรงกำเนิดไฟฟ้า สะพานรถไฟ และโครงสร้างระบายน้ำให้กับกิจการร่วมค้า GBC ของนักลงทุนต่างชาติโดยอ้างว่าการก่อสร้างไม่เสร็จตามเวลาในสัญญา อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการผิดสัญญาทั่วไป โดยมีความเห็นว่าการเวนคืนต้องเป็นมาตรการฝ่ายเดียวที่รัฐกระทำโดยใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (puissance publique) ซึ่งมีอยู่ในฐานะคู่สัญญา หรือในคดี Waste Management, Inc v. United Mexican States ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐมิได้จ่ายเงินตามสัญญาสัมปทานจัดการขยะให้กับบริษัทของนักลงทุนต่างชาติ อนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม หรือในคดี Azurix Corp. v. Argentina Republic อันเป็นกรณีที่รัฐไม่ให้บริษัท ABA ซึ่งเป็นสาขาของบริษัท Azurix เรียกเก็บค่าน้ำตามวิธีการคำนวณน้ำที่ตกลงกันในสัญญาสัมปทานการจ่ายน้ำดื่มและการบำบัดน้ำเสีย และเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ทำการซ่อมแซมปรับปรุงโครงสร้างระบบพื้นฐานก่อนที่นักลงทุนจะเข้าควบคุม

ดำเนินการตามสัมปทานน้ำ ซึ่งในสัญญาสัมปทานกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องทำให้แล้วเสร็จก่อน อนุญาตตุลาการชี้ขาดว่ามีใช้การเวนคืน เพราะการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่จะเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้นั้นขึ้นอยู่กับว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยการกระทำที่ใช้ความเป็นรัฐหรือเป็นคู่สัญญาทั่วไป¹¹⁴ หรือในคดี Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan เป็นกรณีที่หน่วยงานทางหลวงแห่งชาติ (NHA) แห่งบริษัท Bayindir ต้องชำระค่าเสียหายจากการก่อสร้างทางด่วนโครงการ Pakistan Islamabad-Peshawar Motorway ไม่เสร็จและมีหนังสือแจ้งยกเลิกสัญญาในเวลาต่อมา ซึ่งเป็นเวลาหลังจากที่บริษัท Bayindir ฟ้องเรียกให้ชำระเงินหลายครั้งและขอให้ขยายเวลาโดยเหตุที่รัฐล่าช้าในการส่งมอบที่ดินก่อสร้าง อนุญาตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการผิดสัญญาทั่วไป หรือในคดี Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania เป็นกรณีที่รัฐขอแก้ไขและยกเลิกสัญญาสัมปทานการออกแบบและดำเนินการระบบที่จอดรถในเมือง Vilnius รวมถึงการสร้างอาคารจอดรถและการได้รับสิทธิในการเก็บค่าจอดรถเป็นระยะเวลา 13 ปีของบริษัท Baltijos Parkingas UAB ซึ่งเป็นของบริษัท Parkerings-Compagniet โดยอ้างว่ามีการผิดสัญญาหลายประการดังนี้ ประการที่หนึ่ง ละเลยการวางแผนงานก่อสร้างที่ใช้ในการขออนุมัติต่อสภาเมือง Vilnius ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา ประการที่สอง ไม่ให้ความมั่นใจแก่เทศบาลนครในเรื่องการมีข้อมูลที่เข้าถึงได้โดยตรงและเป็นตามเวลาจริง ประการที่สาม มิได้สร้างและจัดหาอุปกรณ์อาคารที่จอดรถภายในกำหนดเวลา และประการที่สี่ มิได้จ่ายเงินให้เทศบาลตามจำนวนที่กำหนดในสัญญา อนุญาตตุลาการชี้ขาดว่าไม่ใช่การเวนคืนทางอ้อม เพราะการที่รัฐบอกยกเลิกสัญญาสัมปทานนั้นมีเหตุผลว่ากิจการของนักลงทุนต่างชาติไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทาน และไม่มีหลักฐานว่ารัฐบอกยกเลิกสัญญาโดยอาศัยอำนาจอธิปไตย

ถึงแม้ว่าจะมีแนวคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไว้แล้วก็ตาม ในการที่จะชี้ขาดว่ารัฐใช้อำนาจของรัฐบาลเหนือสัญญาอันเป็นการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) หรือว่ารัฐเพียงแต่ทำผิดสัญญาทั่วไป (Breach of Contract) นั้นยังเป็นเรื่องที่ไม่่ง่ายนัก

¹¹⁴ August Reinisch, "Expropriation," in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, pp. 417-420.

2.5.2.6 ผลของมาตรการที่เป็นการเวนคืนทางอ้อม

เมื่ออนุญาตให้ตุลาการได้ชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นเป็นมาตรการที่เทียบเท่าหรือเท่ากับการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ หรือที่เรียกว่าการเวนคืนทางอ้อม รัฐผู้รับการลงทุนมีความรับผิดชอบต่อการเวนคืนทางอ้อมนั้นเนื่องจากมิได้จ่ายค่าชดเชยให้การเวนคืนตามที่นักลงทุนต่างชาติได้รับการคุ้มครองในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน นักลงทุนต่างชาติจึงจะได้ค่าชดเชยตามหลักการจ่ายค่าชดเชยเต็มที่ (Full Compensation) กล่าวคือ ค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่มูลค่าความเสียหายของทรัพย์สินตามราคาตลาด (Fair Market Value) รวมกับกำไรในอนาคตที่ขาดหายไป (Future Profits)¹¹⁵ ซึ่งเป็นการคำนวณค่าชดเชยแบบ Going Concern Value อันเป็นหลักการจ่ายค่าเสียหายสำหรับการเวนคืนโดยผิดกฎหมาย

¹¹⁵ M. Sornarajah, The international law on foreign investment, 2nd ed., p. 470.

บทที่ 3

ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมใน ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน

ในเรื่องการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นมีบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อยู่ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนทำขึ้นเพื่อที่จะให้มีการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ ความตกลงดังกล่าวอาจจะเป็นความตกลงทวิภาคี (Bilateral Treaty) หรือความตกลงภูมิภาค (Regional Treaty) หรือความตกลงพหุภาคี (Multilateral Treaty) ก็ได้ หนึ่ง วัตถุประสงค์ของการมีข้อบทแห่งความตกลงที่คุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติจากการถูกเวนคืน (Expropriation) หรือการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ทั้งทางตรงและทางอ้อม ก็คือเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐภาคีแห่งความตกลงจะไม่ใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนในการเวนคืนหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งแห่งความตกลงมาเป็นของรัฐตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ความตกลงดังกล่าวมิได้ห้ามทำการเวนคืนทั้งทางตรงหรือทางอ้อมไว้อย่างเด็ดขาด หากแต่ว่าการเวนคืนเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในความตกลงนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีการจ่ายค่าชดเชย (Compensation) ให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่การลงทุนของตนนั้นถูกเวนคืน

ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้นเป็นกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต้องใช้ในการตีความเพื่อมีคำชี้ขาดว่ารัฐภาคีแห่งความตกลงที่เป็นฝ่ายรับการลงทุนนั้นทำการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งแห่งความตกลงไปโดยอ้อมหรือไม่ ซึ่งนักลงทุนต่างชาติที่นำข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นจำเป็นต้องอ้างถึงความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐเจ้าของสัญชาติไปลงนามมีความผูกพันไว้กับรัฐที่รับการลงทุน ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาพัฒนาการของข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมที่ปรากฏในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) และในความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs)

3.1 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs)

นับเป็นช่วงเวลามาได้หนึ่งร้อยกว่าปีแล้วที่มีความตกลงระหว่างประเทศบัญญัติให้การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืน โดยปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญาว่าด้วยมิตรภาพ การพาณิชย์ และการเดินเรือ (Treaty of Friendship, Commerce and Navigation: FCNs) ซึ่งแรกเริ่มเดิมทีบัญญัติหลักไว้ว่า ห้ามทำการยึดทรัพย์สินของต่างชาติเว้นแต่จะมีการจ่ายค่าชดเชยเต็มที่ (Full Compensation)¹ แล้วต่อมาจึงมีการเพิ่มเติมกำหนดเงื่อนไขการเวนคืนในเรื่องกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law) และค่าชดเชยที่ยุติธรรม (Just Compensation) ไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยมิตรภาพ การพาณิชย์ และการเดินเรือ (FCNs) ที่ทำขึ้นภายหลังปี ค.ศ. 1920² และต่อมาจนในสนธิสัญญาว่าด้วยมิตรภาพ การพาณิชย์ และการเดินเรือ (FCNs) ที่ทำขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขการเวนคืนในเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Purpose) และการจ่ายค่าชดเชยที่ยุติธรรมในทันที มีประสิทธิภาพ และเพียงพอด้วย³ อย่างไรก็ตามก็ดี สนธิสัญญาว่าด้วยมิตรภาพ การพาณิชย์ และการเดินเรือที่รัฐต่างๆ

¹ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation* (New York: Oxford University Press, 2010), p. 282.

² ตัวอย่างเช่น Article I of Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between United State of America and Germany (October 14, 1925): "... Their property shall not be taken *without due process of law and without payment of just compensation.*"; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights between United State of America and El Salvador (February 22, 1926); Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights between United State of America and Estonia (December 23, 1925); Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights between United State of America and Austria (June 19, 1928); Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights between United State of America and Norway (June 5, 1928); Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights between United State of America and Finland (February 13, 1934) (ทำตัวเอียงโดยผู้เขียน)

³ ตัวอย่างเช่น Article 4 (2) of Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran (August 15, 1955): "Property of nationals and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than that required by international law. Such property shall not be taken *except for a public purpose*, nor shall it be taken *without the prompt payment of just compensation. Such compensation*

ได้เคยทำมานั้นยังเป็นที่ล้าสมัยและไม่แน่นอนสำหรับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ความต้องการกฎหมายคุ้มครองการลงทุนที่สมบูรณ์ของประเทศผู้ส่งออกทุนจึงส่งผลให้เกิดความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs)

เอกสารทางกฎหมายที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อการทำความเข้าใจความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ในช่วงแรกนั้นก็คือ ร่างอนุสัญญาของ OECD ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ (The 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property) ซึ่งจัดทำขึ้นในต้นทศวรรษ 1960 อันมีข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมปรากฏอยู่ในมาตรา 3 เรื่องการยึดทรัพย์สินที่บัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีไม่อาจใช้มาตรการใดๆ มาตัดยึดทรัพย์สินที่เป็นของชนชาติของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายทั้งในทางตรงหรือทางอ้อม เว้นแต่จะทำได้ตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ 1) มาตรการนั้นถูกนำมาใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะและภายใต้กระบวนการทางกฎหมาย 2) มาตรการนั้นต้องไม่เลือกปฏิบัติหรือขัดกับการดำเนินการก่อนหน้านี้ที่รัฐได้ให้ไว้ และ 3) ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่ยุติธรรม ค่าชดเชยต้องเป็นมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ได้รับผลกระทบ และต้องจ่ายโดยไม่ชักช้าเกินควร และต้องโอนได้เท่าที่จำเป็นมีประสิทธิภาพที่ให้สิทธิแก่คนชาติ”⁴ ทั้งนี้ส่งผลให้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนฉบับแรกของโลกซึ่งทำขึ้นระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐอิสลามปากีสถานในวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 มีความแตกต่างกับสนธิสัญญาว่าด้วยมิตรภาพ การพาณิชย์ และการเดินเรือ (FCNs) ที่ทำขึ้นก่อนสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในเรื่องการ

shall be in an effectively realizable form and shall represent the full equivalent of the property taken; and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and payment thereof.”

⁴ Article 3 (Taking of Property) of The 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property: “No Party shall take any measures depriving, directly or *indirectly*, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with: (i) The measures are taken in the public interest and under due process of law; (ii) The measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the former Party may have given; and (iii) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay, and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto.”

เวนคืน⁵ อาทิเช่นเงื่อนไขเรื่องประโยชน์สาธารณะ เรื่องค่าชดเชยที่เทียบเท่าการลงทุน เรื่องการโอนค่าชดเชยอย่างเสรีโดยที่ไม่ชักช้าเกินควร เรื่องค่าชดเชยที่เพียงพอให้ทำขณะหรือก่อนตัดสินใจเวนคืน และที่สำคัญอย่างยิ่งคือ มีการพูดถึงการเวนคืนทางอ้อม⁶ ปรากฏใน (3) ของ Protocol ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนี้ที่ว่า “คำว่า ‘การเวนคืน’ ในมาตรา 3 (2) นี้มีความรวมถึงการกระทำที่ใช้อำนาจอธิปไตยที่เท่ากับการเวนคืน และรวมถึงมาตรการการโอนเป็นของรัฐด้วย”⁷

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าข้อบทการเวนคืนทางอ้อมมีปรากฏอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 และตั้งแต่นั้นมาประเทศต่างๆก็เริ่มหันมาทำความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทศวรรษที่ 1990 ที่เพิ่มขึ้นมาจากในปี ค.ศ. 1989 ที่มีความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนจำนวน 385 ฉบับแล้วในปลายปี ค.ศ. 1999

⁵ ดู Article 3 (2) of Treaty for the Promotion and Protection between Federal Republic of German and Pakistan (enter into forced on 28 April 1962): “Nationals or companied of either Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected. Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without undue delay. Adequate provision shall be made at or prior to the time of expropriation for the determination and the grant of such compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law.”

⁶ ในปี ค.ศ. 1959 เช่นเดียวกันที่มีร่างอนุสัญญาว่าด้วยการการลงทุนในต่างประเทศ (The Draft Convention on Investments Abroad) (หรือที่เรียกว่า The 1959 Abs-Shawcross) จัดทำโดยกลุ่มนักธุรกิจและนักกฎหมายชาวยุโรปภายใต้การนำของ Hermann Abs and Lord Shawcross กล่าวถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้ในมาตรา 3 ว่า “No Party shall take any *measures* against nationals of another Party to deprive them *directly or indirectly* of their property except...” อันเป็นการแยกระหว่างการเวนคืนทางตรงกับการเวนคืนทางอ้อม

⁷ (3) of Protocol of Treaty for the Promotion and Protection between Federal Republic of German and Pakistan: “The term ‘expropriation’ within the meaning of paragraph (2) of Article 3 shall also pertain to *acts of sovereign power which are tantamount to expropriation*, as well as measures of nationalization.”

นั้นพบว่ามีความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนเป็นจำนวน 1,857 ฉบับ⁸ จนกระทั่งปี ค.ศ. 2008 มีความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนเป็นจำนวน 2,676 ฉบับ⁹ ซึ่งปัจจุบันมีความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนประมาณ 2,807 ฉบับ¹⁰ และมีพัฒนาการข้อบทการเวนคืนที่ต่างกันไปในแต่ละช่วงยุคของการทำความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน ดังกล่าวจึงแบ่งออกเป็น 3 ช่วงยุคดังนี้ ตามเอกสารของ UNCTAD ที่ตีพิมพ์ออกมาเผยแพร่

- 1) ช่วงปี ค.ศ. 1959 - the mid-1990s¹¹
- 2) ช่วงปี ค.ศ. 1995 - ค.ศ. 2006¹²
- 3) ช่วงปี ค.ศ. 2006 - ปัจจุบัน

3.1.1 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน ช่วงปี ค.ศ. 1959 - the mid-1990s

การเวนคืนทางอ้อมนั้นนอกจากจะปรากฏอยู่ใน Protocol ของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) แล้ว ส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในข้อบทเรื่องการยึดทรัพย์สิน (Taking of Property) หรือเรื่องการเวนคืน (Expropriation) หรือเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชย (Expropriation and Compensation) นอกจากนี้ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ยังมีข้อบทยกเว้นทั่วไป (General Treaty Exceptions) ที่เปิดให้การกระทำหรือมาตรการของรัฐในบางกรณีนั้นไม่

⁸ United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties 1959-1999 (New York and Geneva: United Nations, 2000), p. 1.

⁹ United Nations Conference on Trade and Development, Recent developments in international investment agreements (2008-June 2009): IIA monitor no.3 (2009) international investment agreements (New York and Geneva: United Nations, 2009), p. 2.

¹⁰ United Nations Conference on Trade and Development, World investment report 2011: non-equity modes of international production and development (New York and Geneva: United Nations, 2011), p. 100.

¹¹ ดู United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties in the mid-1990s (New York and Geneva: United Nations, 1998)

¹² ดู United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking (New York and Geneva: United Nations, 2007)

อยู่ภายใต้เงื่อนไขการเวนคืน ซึ่งกล่าวคือว่าหากมาตรการนั้นมีขึ้นเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐอันมิใช่ การเวนคืนทางอ้อมแล้ว รัฐย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับนักลงทุนต่างชาติ¹³

3.1.1.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

คำว่า “การเวนคืน” (Expropriation)¹⁴ นั้น ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน บางฉบับก็ใช้แทนด้วยคำว่า “การยึด” (Taking) หรือ “การปลดออก” (Dispossession) หรือ “การ ตัดสิทธิ” (Deprivation) และ “การเพิกถอน” (Privation) ซึ่งมีความหมายเป็นอย่างเดียวกันที่สื่อถึง การเอาการลงทุนออกไปจากทรัพย์สินอันเป็นการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ¹⁵

ในเรื่องการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) นั้นมีการบัญญัติไว้ในความตกลง ทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) โดยจะใช้คำว่า “ทางอ้อม” (“indirectly”) ดังเช่นในมาตรา 9 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับ ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1972 ที่บัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีไม่อาจที่จะใช้มาตรการใดๆใน ทางตรงหรือทางอ้อมตัดสิทธิคนชาติของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งออกจากการลงทุน”¹⁶ หรือใช้คำว่า “ทางอ้อมโดยมาตรการที่เท่ากับการเวนคืน” (“indirectly through measures tantamount to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 4 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐอาร์เจนตินา ค.ศ. 1991 ที่บัญญัติว่า “การลงทุนจะไม่ถูก

¹³ United Nations Conference on Trade and Development, *The protection of national security in IIAs* (New York and Geneva: United Nations, 2009), p. 116.

¹⁴ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนมิได้ให้คำนิยามจำแนกความต่างระหว่างการเวนคืน (Expropriation) กับการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) ซึ่งข้อบทการเวนคืนในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการ ลงทุนนี้จะบังคับใช้เมื่อการกระทำของรัฐทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงอย่างมีนัยสำคัญ

¹⁵ Brigitte Stern, “In search of the frontiers of indirect expropriation,” in *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the fordham papers 2007*, ed. Arthur W. Rovine (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 30.

¹⁶ Article 9 of The Agreement on Economic Co-operation between The Government of the Kingdom of Thailand and The Government of the Kingdom of The Netherlands: “Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or *indirectly*, nationals of the other Contracting Party of their investments, goods, rights or interests...”

เวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐทั้งทางตรงหรือทางอ้อมโดยมาตรการที่เท่ากับการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ”¹⁷ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืน” (“measure the effects of which would be tantamount to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 5 (2) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ ค.ศ. 1977 ที่บัญญัติว่า “การลงทุนหรือผลตอบแทนที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคีจักไม่อยู่ภายใต้การเวนคืน การโอนเป็นของรัฐ การจำกัด หรือมาตรการใดๆที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืน การโอนเป็นของรัฐ การจำกัดภายในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง”¹⁸ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน” (“measures having effect equivalent to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 7 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเกาหลีกับสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา ค.ศ. 1980 ที่บัญญัติว่า “การลงทุนที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคีฝ่ายหนึ่งจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ เวนคืน หรืออยู่ภายใต้มาตรการใดๆที่มีผลกระทบเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืน”¹⁹ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเหมือนกัน” (“measures having a similar effect”)²⁰ ดังเช่นในมาตรา 5 ของความตกลงเพื่อการ

¹⁷ Article 4 of Treaty between United States of America and Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment: “Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or *indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization* (“expropriation”) ...”

¹⁸ Article 5 (2) of Agreement between Japan and The Arab Republic of Egypt concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment: “Investments and returns of nationals and companies of either contracting party shall not be subjected to expropriation, nationalization, restriction or any other *measure the effects of which would be tantamount to expropriation, nationalization, restriction, within the territory of the other contracting party* ...”

¹⁹ Article 7 of Agreement between The Government of the Republic of Korea and The Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments: “Investments of nationals or companies of either contracting party shall not be nationalized, expropriated or subject to *measures having effect equivalent to nationalization or expropriation* ...”

²⁰ ตัวอย่างเช่น ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่ประเทศต่างๆทำในช่วงแรกหลังจากที่มีความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐอิสลามปากีสถาน แล้วนั้น การเวนคืนทางอ้อมจะใช้คำว่า “measures having a similar effect” เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสมาพันธรัฐสวิสกับสาธารณรัฐตูนิเซีย ค.ศ. 1961 หรือความตกลงเพื่อการ

ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์กับสาธารณรัฐตูนิเซีย ค.ศ. 1963 ที่บัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีไม่อาจที่จะใช้มาตรการโอนเป็นของรัฐหรือเวนคืนหรือมาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบเหมือนกันต่อการลงทุนที่เป็นของคนชาติของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง”²¹

ในข้อบทเรื่องการเวนคืนที่อยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนจึงมีความหมายอยู่ 2 สถานการณ์ ซึ่งก็คือ 1) การเวนคืนทางตรงอันเป็นการโอนเอากรรมสิทธิ์ไปเป็นของรัฐหรือเข้าทำการเข้ายึดอย่างเปิดเผย และ 2) การเวนคืนทางอ้อมอันเป็นการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบเหมือนกันกับการเวนคืนทางตรงโดยที่จะไม่มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือทำการเข้ายึดเปิดเผย ทั้งนี้มีการกล่าวถึงลักษณะมาตรการที่เป็นการเวนคืนทางอ้อมไว้ปรากฏอยู่ใน (5) ของ Protocol ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐซาอุดี (ปัจจุบันคือสาธารณรัฐคองโก) ดังที่ว่า “มาตรการทางตรงหรือมาตรการทางอ้อมที่เท่ากับการเวนคืนนั้น หมายรวมถึงการจัดเก็บภาษีที่เทียบเท่าการเวนคืนทางอ้อม การบังคับให้ขายการลงทุนทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน การลดหรือตัดสิทธิในการบริหารจัดการหรือการควบคุมหรือมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน”²² อย่างไรก็ตาม ในการเวนคืนทางอ้อมนั้นรัฐอาจใช้หลายมาตรการและใช้ระยะเวลาที่ยาวนานซึ่งบางมาตรการเป็นการใช้อำนาจของรัฐตามปกติแต่เมื่อพิจารณาทุกมาตรการรวมกันแล้วอาจมีผลกระทบเป็นการทำลายมูลค่าของการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญอันเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ได้ และถึงแม้ว่าในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับจะมีได้บัญญัติถึงการให้มาตรการหลายมาตรการอันเป็นการเวนคืนเหมือนกันที่ความ

ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสมาพันธรัฐสวิสกับสาธารณรัฐกินี ค.ศ. 1962 หรือความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสมาพันธรัฐสวิสกับสาธารณรัฐไนเจอร์ ค.ศ. 1962 เป็นต้น

²¹ Article 5 of Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between The Kingdom of The Netherlands and The Republic of Tunisia: “Neither contracting parties shall take any measure of nationalization or expropriation or any *measures having similar effects* against an investment of a national of the other contracting party ...”

²² (5) of Protocol of Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire (now the Democratic Republic of the Congo) Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1984): “‘Direct or Indirect measures tantamount to expropriation’...may include the levying of taxes equivalent to indirect expropriation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of management, control, or economic value of an investment.”

ตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐซาอีร์บัญญัติโดยใช้คำว่า *series of measures*²³ ข้อบทเรื่องการเวนคืนนั้นก็ยังคงบังคับใช้กับมาตรการหลายมาตรการนั้นได้

เมื่อมาตรการของรัฐนั้นเทียบเท่ากับการเวนคืนแล้ว เงื่อนไขการเวนคืนที่กำหนดอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนก็จะถูกใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติสำหรับการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ เงื่อนไขการเวนคืนการลงทุนที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน มีดังนี้²⁴

1) วัตถุประสงค์สาธารณะ (Public Purpose) มีอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนเกือบทุกฉบับ และในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับก็ได้บัญญัติจำกัดวัตถุประสงค์สาธารณะไว้ว่าเป็นความจำเป็นภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐคอสตาริกากับสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ ค.ศ. 1982 ที่บัญญัติว่าห้ามเวนคืน “...เว้นแต่เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นภายในของรัฐ...”

2) ไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) อันเป็นการห้ามเวนคืนโดยปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างแตกต่างอันปราศจากเหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัตินี้อาจบัญญัติอยู่ในข้อบทเรื่องการเวนคืน²⁵ หรือในข้อบทหลักทั่วไปโดยบัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีจะต้องไม่

²³ ดู Article 3 of Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire (now the Democratic Republic of the Congo) Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1984): “No investment or any part of investment of a national or a company of either party shall be expropriated or nationalized by the other party or subject to any other measure or *series of measures*, direct or indirect, tantamount to expropriation, unless...”

²⁴ United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties in the mid-1990s (New York and Geneva: United Nations, 1998), pp. 66-72.

²⁵ ตัวอย่างเช่น Article 6 of Agreement for The Promotion and Protection of Investments between The Government of The Kingdom of Thailand and The Government of The Republic of Finland: “Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or any other measures having effect equivalent to nationalization or expropriation against investments of nationals or companies of the other Contracting Party except under the following conditions:

- a) the measures are taken in the public interest and under due process of law;
- b) the measures are *not discriminatory*;

เลือกปฏิบัติต่อการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวกับการลงทุนอันรวมถึงการบริหารอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้ หรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคีฝ่ายหนึ่งในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย เว้นแต่ว่ามีข้อระบุเฉพาะเจาะจงทำเป็นสัญญาในการรับการลงทุน”²⁶ ดังนั้น ในกรณีที่รัฐปฏิบัติตามสัญญารับการลงทุนจึงไม่ถือว่ารัฐกระทำอย่างเลือกปฏิบัติ

3) ค่าชดเชย (Compensation) การจ่ายค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนนั้นนั้นถูกบัญญัติอยู่ในข้อบทเรื่องการเวนคืนของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนทุกฉบับ โดยมีความแตกต่างกันที่เรื่องจำนวนค่าชดเชยที่ต้องจ่ายสำหรับการเวนคืน ซึ่งในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับนั้นกำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยในจำนวนมูลค่าราคาตลาด (Fair Market Value) หรือที่เรียกว่ามูลค่าที่แท้จริงของการลงทุน (Actual Value, Real Value, Commercial Value, Full Value) โดยจะบัญญัติไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนว่าเป็น “ค่าชดเชยที่เพียงพอ” (Adequate Compensation)²⁷ หรือ “ค่าชดเชยที่ยุติธรรม” (Just Compensation)²⁸

c) the measures are accompanied by provisions for the payment of adequate and effective compensation. ...”

²⁶ Article 2 of Treaty for The Promotion and Protection of Investments between Federal Republic of German and Pakistan (1959): “Neither Party shall subject to *discriminatory treatment* any activities carried on in connection with investments including the effective management, use or enjoyment of such investments by the nationals or companies of either party in the territory of the other party unless specific stipulations are made in the documents of admission of an investment.”

²⁷ ตัวอย่างเช่น Article 5 of Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between Costa Rica and the United Kingdom (1982): “...against prompt, *adequate* and *effective compensation*. Such compensation shall *amount to the market value* of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the expropriation became public knowledge, shall include interest at the normal commercial rate until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable. ...”

²⁸ ตัวอย่างเช่น Article 5 of Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between The Kingdom of The Netherlands and The Republic of Tunisia: “...c) the measures are taken against *just compensation*. Such compensation shall:

- represent *the genuine value* of the investments affected, and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay to the territory of the contracting party of the claimants or any other country agreed upon by the claimants and the expropriating contracting party; and

หรือ “ค่าชดเชยที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน” (Fair and Equitable Compensation)²⁹ ทั้งนี้ จะมีการคำนวณจ่ายดอกเบี้ยให้ อย่างไรก็ดี ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับ กำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยในจำนวนที่หักภาระหนี้สิน ค่าเสื่อมราคา ภาวะเงินเฟ้อ ปัจจัยอื่นๆ ที่จะทำให้ราคาทรัพย์สินลดลง และไม่มีการคำนวณจ่ายดอกเบี้ยให้ หรือที่เรียกว่ามูลค่าสุทธิในทางบัญชี (Net Book Value, Updated Book Value) โดยบัญญัติไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนว่า “มูลค่าที่เสื่อมราคา” (depreciated value)³⁰ นอกจากนี้แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับได้บัญญัติให้การจ่ายค่าชดเชยต้องเป็นไปอย่างไม่ชักช้าเกินควร (“without undue delay”, “without delay”, “Prompt”) และเป็นค่าชดเชยที่สามารถใช้ได้ ประโยชน์ทันทีและโอนได้อย่างเสรี (“be effectively realizable and be freely transferable”, “Effective”)

4) กระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law) และการพิจารณา ทบทวนโดยศาล (Judicial Review) ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนหลาย ฉบับได้กำหนดให้การเวนคืนนั้นต้องมีกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process of Law) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ดังเช่น ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน บัญญัติว่าห้ามเวนคืนเว้นแต่จะใช้มาตรการที่ “สอดคล้องกับกฎหมายและกฎเกณฑ์” (in

- include an amount to compensate adequately for any delay in payment that may occur from the date of expropriation until the day of real payment, provided that the national cannot in reason be held responsible for the delay of payment. ...“

²⁹ ตัวอย่างเช่น Article 5 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India: “...against *fair and equitable compensation*. Such compensation shall amount to *the genuine value* of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at a fair and equitable rate until the date of payment, shall be made without unreasonable delay, be effectively realizable and be freely transferable.”

³⁰ ตัวอย่างเช่น Article 11 of Agreement on Economic and Technical Co-operation between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the Democratic Republic of the Sudan (1970): “...against compensation. Such compensation shall represent the equivalent to *the depreciated value* of the investment affected, it shall be actually realizable, freely transferable, and shall be paid without undue delay.”

accordance with laws and regulations)³¹ หรือ “สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและขั้นตอนทางกฎหมาย” (in conformity with all legal provisions and procedures)³² และยิ่งไปกว่านั้น ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับก็บัญญัติให้สิทธินักลงทุนที่จะร้องขอให้ศาลยุติธรรมหรือองค์กรทางฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานราชการของรัฐผู้รับการลงทุนที่ใช้มาตรการเวนคืนนี้ทำการพิจารณาทบทวน (Judicial Review) มาตรการเวนคืนหรือจำนวนค่าชดเชยได้ด้วย³³ ซึ่งในการพิจารณาทบทวน (Judicial Review) ดังกล่าวนั้นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐอิสลามปากีสถาน ค.ศ. 1959 กำหนดให้อยู่ภายใต้การพิจารณาทบทวนโดยกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม³⁴ ดังนั้น คำว่า Due Process of Law ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนจึงแสดงได้ถึงสองความหมาย ซึ่งก็คือ 1) มาตรการเวนคืนต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในและขั้นตอนทางกฎหมายของรัฐที่ใช้มาตรการเวนคืน และ 2) การพิจารณาทบทวน (Judicial Review) มาตรการเวนคืนหรือจำนวนค่าชดเชยโดยศาลยุติธรรมของรัฐผู้รับการลงทุนที่ใช้มาตรการเวนคืนนั้นต้องมีกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม

³¹ ตัวอย่างเช่น Article 5 of Agreement between Japan and the People's Republic of China Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1988): “...unless such measure are taken ... *in accordance with laws and regulations* ...”

³² ตัวอย่างเช่น Article 5 Agreement between the Government of the Republic of Italy and the Government of the People's Republic of Bangladesh on the Promotion and Protection of Investments (1990): “...except...*in conformity with all legal provisions and procedures*”

³³ ตัวอย่างเช่น Article 5 (4) of Agreement between Japan and the People's Republic of China Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1988): “Nationals and companies of either contracting party whose investments and returns are subject to expropriation, nationalization or any other measures the effect of which would be similar to expropriation or nationalization shall have *the right of access to the competent court of justice and administrative tribunals and agencies of the other contracting party taking the measures concerning such measures and the amount of compensation* in accordance with the applicable laws and regulations of such contracting party.”

³⁴ ดู Article 3 (2) of Treaty for the Promotion and Protection between Federal Republic of German and Pakistan: “...The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be *subject to review by due process of law.*”

นอกจากนี้แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับได้บัญญัติเงื่อนไขประการที่ 5) ว่าการเวนคืนต้องไม่ฝ่าฝืนข้อสัญญาผูกพันเฉพาะเจาะจงที่รัฐที่ทำการเวนคืนนั้นได้ให้ไว้กับคนต่างชาติหรือบริษัทต่างชาติ³⁵ เช่น รัฐทำข้อตกลงไว้ในสัญญาการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติหรือบริษัทต่างชาติไปแล้วว่าจะไม่ทำการเวนคืนการลงทุนนั้น เป็นต้น ซึ่งในความตกลงหลายๆฉบับไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ในข้อบทการเวนคืน อาจเป็นเพราะเห็นว่าเป็นการบัญญัติเงื่อนไขที่มากเกินไปจนความจำเป็นและในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนได้มีข้อบทหลักทั่วไปให้รัฐทำตามสัญญาที่ให้ไว้กับคนชาติของรัฐคู่ภาคี³⁶ ดังที่บัญญัติว่า "รัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่ได้ให้แก่การลงทุนของคนชาติของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง"³⁷

3.1.1.2 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

โดยหลักแล้ว มาตรการแทรกแซงของรัฐที่ออกมากระทบต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ของนักลงทุนต่างชาติหรือที่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนี้เรียกว่า มาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนนั้น จักส่งผลให้รัฐต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการเวนคืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการจ่ายค่าชดเชย แต่ทั้งนี้มาตรการของรัฐที่ออกมานั้นอาจเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ (National Security) ก็ได้ซึ่งอาจทำให้รัฐได้รับการยกเว้นจากหน้าที่จ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติเพราะมิใช่เป็นการเวนคืนทางอ้อม

รัฐจะได้รับยกเว้นในการปฏิบัติตามเงื่อนไขการเวนคืนในข้อบทการเวนคืนนั้น ก็เช่น เมื่อมาตรการของรัฐนั้นมีขึ้นเพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย (Public Order) หรือคุ้มครอง

³⁵ ตัวอย่างเช่น Article 3 of Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire (now the Democratic Republic of the Congo) Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1984): "...unless the expropriation: ...d) does not violate any specific provision on contractual stability or expropriation contained in an investment agreement between the national or company concerned and the party making the expropriation; and..."

³⁶ United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral investment treaties in the mid-1990s*, pp. 72-73.

³⁷ ดู Article 3 (4) of Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between The Kingdom of The Netherlands and The Republic of Tunisia: "Each contracting party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals of the other contracting party."

ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง (Essential Security Interest) หรือพันธกรณีของ รัฐที่ต้องรักษาไว้หรือฟื้นฟูความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ (International Peace and Security) ดังที่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับของยุคนี้ได้บัญญัติในข้อบท ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ว่า “บทบัญญัติในความตกลงนี้จะไม่ขัดขวางรัฐคู่ภาคีใน การใช้มาตรการอย่างไม่เลือกปฏิบัติที่มีขึ้นเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐทั้งภายในและภายนอก หรือ ความสงบเรียบร้อย หรือระเบียบศีลธรรม”³⁸ หรือดังในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนที่สหรัฐอเมริกาเป็นรัฐคู่ภาคีบางฉบับนั้นบัญญัติว่า “ความตกลงนี้จะไม่ขัดขวางรัฐคู่ภาคี ในการใช้มาตรการที่จำเป็นต่อการคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย หรือปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่จักต้อง รักษาไว้หรือฟื้นฟูความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ หรือคุ้มครองผลประโยชน์ด้าน ความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่งของตน”³⁹ และที่สำคัญคือ ในการใช้มาตรการเหล่านี้จักต้องเป็นไป อย่างที่ไม่เลือกปฏิบัติ (not discriminatory) ทั้งนี้ ได้มีการอ้างข้อยกเว้น (General Exceptions) เพื่อความมั่นคงแห่งรัฐมาใช้ในกรณีที่มีวิกฤตเศรษฐกิจเกิดขึ้นหรือมีความต้องการ คุ้มครองอุตสาหกรรมที่เป็นยุทธศาสตร์ของรัฐได้อีกด้วย

ในเอกสารเรื่องการคุ้มครองความมั่นคงแห่งรัฐในความตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการลงทุน (The Protection of National Security in IIAs) ซึ่งจัดทำโดย UNCTAD ได้สรุป ความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” คำว่า “ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญ ยิ่ง” และคำว่า “ความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ” ไว้ดังนี้ “ความสงบเรียบร้อย”

³⁸ ดู Article 3 (5) of Agreement between Republic of Peru and Plurinational State of Bolivia on Promotion and Protection of Investments: “Nothing in this treaty shall prevent a contracting party from adopting measures, if not discriminatory, for reasons of *internal and external national security, public or moral order.*”

³⁹ ดู Article 11 of Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments; Article 10 (1) of Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments; Article 9 (1) of Treaty between the United States of America and the Kingdom of Morocco concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments: “This Treaty shall not preclude the application by either party of measure necessary for *the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.*”

(Public Order) เกี่ยวข้องกับเรื่องสาธารณสุขและความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะยกเรื่องความสงบเรียบร้อยขึ้นอ้างได้นั้นต้องมีการคุกคามที่สำคัญอย่างแท้จริงหรือเพียงพอต่อประโยชน์พื้นฐานของสังคม ส่วน “ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง” (Essential Security Interest) เกี่ยวข้องกับการกระทำเกี่ยวกับความมั่นคงที่ใช้ในขณะที่มีสงครามหรือภาวะฉุกเฉินแห่งชาติ นอกจากนี้ “ความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ” (International Peace and Security) เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการจัดหาอาวุธยุทโธปกรณ์ การจัดการบริการเพื่อการจัดตั้งกองกำลังทหาร และการห้ามแพร่กระจายอาวุธ

3.1.2 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนช่วงปี ค.ศ. 1995 - ค.ศ. 2006

ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนในช่วงยุคก่อนนี้ตระหนักถึงเงื่อนไขการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยกำหนดว่าต้องเป็นมาตรการที่มีเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ กระทำอย่างไม่เลือกปฏิบัติ มีการจ่ายค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล รวมถึงมีกระบวนการทางกฎหมาย ซึ่งยังมีเงื่อนไขดังกล่าวคงมีอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนในช่วงปีค.ศ. 1995 - ค.ศ. 2006 นี้ แต่ก็มีการพัฒนาขยายความข้อบทการเวนคืนโดยให้ความสำคัญการตีความการเวนคืนทางอ้อมเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ นอกเหนือจากการให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการเวนคืนโดยมีเงื่อนไขการเวนคืนแล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนในยุคนี้ได้เน้นตระหนักถึงนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ของรัฐผู้รับการลงทุนอันเกี่ยวกับการปกป้องสาธารณสุข การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และความมั่นคงแห่งรัฐ โดยมีความเห็นว่า แม้ว่ารรัฐจะต้องให้การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันแต่ก็ไม่จำเป็นต้องสละนโยบายอื่นๆทางสังคมที่สำคัญของรัฐไป⁴⁰ ดังเช่นที่กล่าวอยู่ในบทนำ (Preamble) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบุรพาอูรุกวัยว่า “มีความต้องการที่จะส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างกันเกี่ยวกับการลงทุนที่เป็นของคนชาติและบริษัทของรัฐคู่ภาคีที่อยู่ในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย...ต้องการบรรลุวัตถุประสงค์เหล่านั้นในลักษณะที่

⁴⁰ United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking (New York and Geneva: United Nations, 2007), p. xiii.

สอดคล้องกับการคุ้มครองสาธารณสุข ความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อม และส่งเสริมการคุ้มครองผู้บริโภคและสิทธิแรงงานที่ยอมรับกันในทางระหว่างประเทศ”⁴¹

3.1.2.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนในช่วงยุคนี้ให้ความสำคัญกับเรื่องการเวนคืนทางอ้อมมากยิ่งขึ้น ในขณะที่ยังคงยอมรับสิทธิของรัฐในการเวนคืนภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนอยู่เช่นเดิม และนิยามที่จะใช้บังคับข้อบทการเวนคืนต่อการเวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐ (Expropriation or Nationalization) โดยที่ไม่มีภาระให้ระบุให้ความแตกต่างของทั้งสองคำนี้ได้ และยังมีกรณีการแทนคำว่า “การเวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐ” ด้วยคำว่า “การปลดออก” (Dispossession)⁴² หรือ “การตัดสิทธิ” (Deprivation)⁴³ ทั้งนี้ ให้การเวนคืนนั้น

⁴¹ Preamble of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “*Desiring to promote greater economic cooperation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Party in the territory of the other Party;*

Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards;

Recognizing the importance of providing effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment under national law as well as through international arbitration;

Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of consumer protection and internationally recognized labor rights; ...”

⁴² ตัวอย่างเช่น Article 5 of Agreement between the Government of the Republic France and the Government of the Republic of Uganda on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments: “Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or any other measures having the effect of *dispossession*, direct or indirect, of nationals or companies of the other Contracting Party of their investments on its territory and in its maritime area, except...”

⁴³ ตัวอย่างเช่น Article 5 (1) of Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Kingdom

ครอบคลุมถึงมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง หรือที่เรียกว่าการเวนคืนทางอ้อมด้วย

การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ที่ปรากฏในข้อบทการเวนคืนของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ใช้คำว่า “ทางอ้อมโดยมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืน” (“indirectly through measures equivalent to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 6 (1) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบราซิลที่บัญญัติว่า “คู่ภาคีจะไม่อาจเวนคืนหรือโอนการลงทุนที่ครอบคลุมนั้นเป็นของรัฐ ทั้งทางตรงหรือทางอ้อมโดยมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ”⁴⁴ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืน” (“measure the effects of which would be tantamount to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 4 (2) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบียกับสหภาพเศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์กที่บัญญัติว่า “การลงทุนของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกเวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐ หรืออยู่ภายใต้มาตรการใดที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐโดยรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย”⁴⁵ หรือที่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับนิยมใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน” (“measures having effect equivalent to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 6 (1) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐอินเดียที่บัญญัติ

of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments (1998): “Investor of either contracting party shall not be *deprived* of their investments nor be subjected to measures having effect equivalent to *such deprivation* in the area of the other contracting party except...”

⁴⁴ Article 6 (1) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or *indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization* (“expropriation”), except:...”

⁴⁵ Article 4 (2) of Agreement between the Kingdom of Saudi Arabia and the Belgo-Luxembourg Economic Union concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments: “Investments by investors of either contracting party shall not be expropriated, nationalized or subjected to any other *measure, the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization* by the other contracting party except...”

ว่า “การลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐหรือเวนคืน หรืออยู่ภายใต้มาตรการใดๆที่มีผลกระทบเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย”⁴⁶ นอกจากนี้ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับได้อ้างถึงการเวนคืนทางอ้อมซ้ำสองครั้ง (Double Reference)⁴⁷ โดยใช้ทั้งคำว่า “ทางอ้อม” (Indirectly) และคำว่า “มาตรการใดๆที่มีผลกระทบเทียบเท่า” (any measure or measures having equivalent effect) ดังเช่นในมาตรา 5(1) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรอิตาลีกับสาธารณรัฐประชาชนจีนบัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีจะไม่เวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐในทางตรงหรือทางอ้อมซึ่งการลงทุนที่อยู่ในดินแดนของรัฐนั้นอันเป็นของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย หรือใช้มาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการใดๆที่มีผลกระทบเทียบเท่า”⁴⁸ และในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับก็ใช้คำว่า “มาตรการทางอ้อมที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน” (“indirect measures having effect equivalent to expropriation”) ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐลิทัวเนียกับรัฐคูเวตบัญญัติว่า “การเวนคืนของรัฐคู่ภาคีหรือของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐหรือเวนคืน หรืออยู่ภายใต้มาตรการทางตรงหรือมาตรการทางอ้อมที่มีผลกระทบเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนโดยรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย”⁴⁹

⁴⁶ Article 6 (1) of Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments: “Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to *measures having effect equivalent to nationalization or expropriation* (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party, except...”

⁴⁷ United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking, p. 45.

⁴⁸ Article 5 (1) of Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the People’s Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments: “A contracting party shall not expropriate or nationalize directly or *indirectly* an investment in its territory of an investor of the other contracting party or *take any measure or measures having equivalent effect* (hereinafter referred to as “expropriation”) except...”

⁴⁹ Article 6 (1) (a) of Agreement between the Republic of Lithuania and the State of Kuwait for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments: “Investments of either Contracting State or any of its investor shall not be nationalized, expropriated or subject to direct or *indirect*

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของสหรัฐอเมริกาที่ทำกับสาธารณรัฐบราซิลใน ค.ศ. 2005 จะใช้คำว่ามาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืน อันหมายถึงการเวนคืนทางอ้อมในข้อบทการเวนคืนก็ตาม ซึ่งต่างกับความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายๆฉบับในช่วงยุคนี้ที่มักใช้แทนการเวนคืนทางอ้อมด้วยคำว่าผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน แต่ในภาคผนวกของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่ทำขึ้นในช่วงปลายยุคนี้เพื่อช่วยตีความการเวนคืนนั้นบัญญัติอธิบายการเวนคืนทางอ้อมว่า เป็นมาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน ฉะนั้นแล้วการเวนคืนทางอ้อมจึงเป็นมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง⁵⁰

ในภาคผนวกเรื่องการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบราซิลนั้นยังได้ให้หลักว่ามาตรการของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนนั้นต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุน ดังที่บัญญัติว่า “การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีไม่อาจถือว่าเป็นการเวนคืน เว้นแต่ว่าจะแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุน”⁵¹ และในภาคผนวกนี้ยังยืนยันถึงประเภทของการเวนคืนว่ามีการเวนคืนทางตรงและการเวนคืนทางอ้อม อีกทั้งอธิบายความแตกต่างระหว่างการเวนคืนของสองประเภทนี้ว่าการเวนคืนทางตรง คือ “การที่การลงทุนถูกโอนเป็นของรัฐ หรือเวนคืนทางตรงโดยการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย”⁵² ส่วนการเวนคืนทางอ้อม คือ “การ

measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter collectively referred to as “expropriation”) by the other Contracting State except...”

⁵⁰ Brigitte Stern, “In search of the frontiers of indirect expropriation,” in *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the fordham papers 2007*, ed. Arthur W. Rovine, p. 34.

⁵¹ 2) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.”

⁵² 3) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “Article 6(1) addresses two situations. The first is known as direct expropriation,

กระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบเทียบเท่า การเวนคืนทางตรง อันไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”⁵³ หรือ “มาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีอันมีผลกระทบเท่ากับ การเวนคืนทางตรง ซึ่งไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”⁵⁴ ทั้งนี้ มาตรการของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนทางอ้อมนั้น **จักต้องส่งผลกระทบต่อมูลค่าของการลงทุนลง อย่างมีนัยสำคัญ** อันเป็นหนึ่งในปัจจัยที่พิจารณาว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อม หรือไม่ ดังที่ปรากฏชัดแจ้งในภาคผนวกของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบราซิลและสาธารณรัฐอาร์เจนตินา และความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดากับสาธารณรัฐเปรูว่า “ในการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำ ที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีในสถานการณ์ข้อเท็จจริงเฉพาะนั้นเป็นการเวนคืน ทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัย อื่นๆ (ข้อ 1) การกระทบทางเศรษฐกิจ”⁵⁵

where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.”

⁵³ 4) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “The second situation addressed by Article 6(1) is known as indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

⁵⁴ a) of Annex B (Expropriation) of Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006): “Indirect Expropriation results from a measure or series of measures of a party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure”

⁵⁵ 4) (a) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action,...

รัฐที่ออกมาตรการมีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน จำต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการเวนคืนที่กำหนดไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน⁵⁶ โดยเฉพาะเงื่อนไขเรื่องการจ่ายค่าชดเชย รัฐผู้ส่งออกทุนสนับสนุนมาตรฐานการจ่ายค่าชดเชยว่าต้องทันที เพียงพอและมีประสิทธิภาพ (Prompt, Adequate and Effective) ส่วนประเทศกำลังพัฒนามีการจ่ายค่าชดเชยตามกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับในช่วงยุคนี้ได้บัญญัติให้การจ่ายค่าชดเชยต้องเป็น “ค่าชดเชยที่เพียงพอ” (Adequate Compensation) หรือ “ค่าชดเชยที่ยุติธรรม” (Just Compensation) หรือ “ค่าชดเชยที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน” (Fair and Equitable Compensation) ซึ่งในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้นให้หมายถึงมูลค่าราคาตลาด (Fair Market Value, Market Value) ซึ่งมูลค่านั้นต้องคำนวณโดยทันทีก่อนการเวนคืนหรือก่อนการเวนคืนที่ใกล้จะมีขึ้นเป็นที่รับทราบของสาธารณชน⁵⁷ และจะต้องคำนวณจ่ายดอกเบี้ยให้จนถึงวันที่มีการจ่ายค่าชดเชยจริง⁵⁸ นอกจากนี้แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับได้บัญญัติให้การจ่ายค่าชดเชยต้องเป็นไปอย่างทันทีซึ่งก็คือไม่ชักช้าเกินสมควร

⁵⁶ เงื่อนไขการเวนคืนที่ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนส่วนใหญ่ได้กำหนดไว้ในช่วงยุคนี้ มีอยู่ 4 เงื่อนไข คือ 1) วัตถุประสงค์สาธารณะ 2) ไม่เลือกปฏิบัติ 3) ภายใต้กระบวนการทางกฎหมาย และ 4) ค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอและมีประสิทธิภาพ

⁵⁷ ตัวอย่างเช่น Article 5 of Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan of Brunei Darussalam concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments: 1. “...prompt, adequate and effective compensation...” 2. “Such compensation shall amount to fair market value of the expropriated investments immediately before the expropriation was taken or before impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at the applicable commercial rate or LIBOR rate, whichever is higher, from the date of expropriation until the date of payment and shall be made without undue delay, be effectively realizable and be freely convertible and transferable,”

⁵⁸ ตัวอย่างเช่น Article 7 (3) of Agreement between the Government of Australia and The Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments: “The compensation shall be paid without undue delay, shall include interest at a normal market rate from the date the measures were taken to the date of payment and shall be freely transferable between the territories of the contracting parties. The compensation shall be payable either in the currency in which the investment was originally made or, if requested by the investor, in any other freely convertible currency.”

(“without undue delay”) และเป็นค่าชดเชยที่ใช้ได้ประโยชน์อย่างมีประสิทธิภาพ (“effectively realizable”) ในสกุลที่สามารถแลกเปลี่ยนได้อย่างเสรี (“freely convertible”) และโอนได้อย่างเสรี (“freely transferable”)

3.1.2.2 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

แม้ว่ามาตรการของรัฐจะกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ในบางกรณี อาจยังไม่พอที่จะเป็นเหตุทำให้รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากรัฐมีอำนาจที่จะออกกฎเกณฑ์ตามปกติเพื่อดำเนินการตามนโยบายสาธารณะของรัฐนั้นๆ จึงไม่มีรัฐใดที่จะยอมสละการใช้อำนาจตามปกตินั้นด้วยการจ่ายค่าชดเชยในแต่ละครั้งที่มีการใช้อำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ นโยบายสาธารณะพื้นฐานของรัฐก็ อาทิเช่น การสาธารณสุข ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงแห่งรัฐ และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับได้บัญญัติข้อยกเว้นอันทำให้มั่นใจได้ว่าพันธกรณีตามความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้นมิได้ขัดขวางต่อการออกกฎเกณฑ์ตามปกติเพื่อปกป้องนโยบายสาธารณะพื้นฐานของรัฐ

ในช่วงยุคนี้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายๆฉบับมีการบัญญัติข้อยกเว้น และข้อยกเว้นเหล่านั้นมีวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่หลากหลายมากยิ่งขึ้นอันแบ่งออกได้ดังนี้ 1) นโยบายภาษีอากร 2) ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง 3) การคุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม 4) การปกป้องวัฒนธรรมของชาติ 5) มาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน 6) ข้อยกเว้นเบ็ดเตล็ด

1) นโยบายภาษีอากร

นโยบายภาษีอากรนั้นเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนสำหรับทุกประเทศจึงมีการเจรจาความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่ต่างกันไป ทั้งนี้ รัฐต้องการที่จะจำกัดหน้าที่ตามความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนออกจากสิทธิของรัฐในการดำเนินการนโยบายเกี่ยวกับรายได้ของแผ่นดิน ในข้อยกเว้น (General Exceptions) ของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับบัญญัติให้เรื่องภาษีอากรไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ความตกลงนี้ อันเป็นการให้ความยืดหยุ่นแก่รัฐในการใช้นโยบายเกี่ยวกับรายได้ของแผ่นดินดังปรากฏในมาตรา 5 (2) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐอาร์เจนตินากับนิวซีแลนด์ว่า “บทบัญญัติภายใต้ความตกลงนี้ไม่ใช้บังคับกับประเด็นภาษีอากรของดินแดนของรัฐคู่ภาคี ทั้งนี้ ประเด็นภาษีอากรนั้นจะอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐคู่ภาคีและ

ข้อตกลงในความตกลงใดๆที่เกี่ยวกับภาษีอากรที่สร้างขึ้นมาระหว่างรัฐคู่ภาคี”⁵⁹ นอกจากนี้แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับกำหนดให้มาตรการทางภาษีอากรได้รับการยกเว้นจากความตกลงนี้โดยมิให้ถือว่าเป็นการเวนคืน เฉพาะเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ซึ่งมีเงื่อนไขว่าเจ้าหน้าที่ภาษีอากรของรัฐคู่ภาคีเห็นร่วมกันว่ามาตรการทางภาษีอากรนั้นมีใช้การเวนคืน⁶⁰ ดังบัญญัติอยู่ในมาตรา 16 (3) เรื่องมาตรการทางภาษีอากรของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดากับสาธารณรัฐเปรูว่า “บทบัญญัติมาตรา 13 เรื่องการเวนคืนนี้บังคับใช้กับมาตรการทางภาษีอากร เว้นแต่เจ้าหน้าที่ทางภาษีอากรของรัฐคู่ภาคีมีเห็นร่วมกันว่ามาตรการทางภาษีอากรนั้นมีใช้การเวนคืน ภายในระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือนหลังจากที่ได้รับแจ้งจากนักลงทุนว่านักลงทุนได้แย้งมาตรการทางภาษีอากรนั้น”⁶¹ ฉะนั้นแล้ว ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนี้จะไม่บังคับใช้กับมาตรการทางภาษีอากร

⁵⁹ Article 5 (2) of Agreement between the Government of the Argentine Republic and the Government of New Zealand for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (1999): “The provisions of this Agreement *shall not apply to matters of taxation* in the territory of either Contracting Party. Such matters shall be governed by the domestic laws of each Contracting Party and the terms of any agreement relating to taxation concluded between the Contracting Parties.”

⁶⁰ Kenneth J. Vandeveld, Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation, p. 278.

⁶¹ ดู Article 16 (3) of Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006): “*The provision of article 13 (expropriation) shall apply to taxation measures unless the taxation authorities of the parties, no later than six months after being notified by an investor that the investor disputes a taxation measure, jointly determine that the measure in question is not an expropriation....*” และ Article 21 (3) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “Article 6 (expropriation and compensation) shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under section B only if: (a) the claimant has first referred to the competent tax authorities of both parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and (b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.”

เว้นแต่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐคู่ภาคีได้แย้งกันว่าเป็นการเวนคืน หรือว่ามาตรการทางภาษี นั้นขัดต่อสัญญาที่ตกลงกันไว้ระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน⁶²

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับบัญญัติให้บังคับใช้ข้อบทการเวนคืนของความตกลงนั้นกับมาตรการทางภาษีอากร เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามที่บัญญัติว่า “ความตกลงนี้ไม่บังคับใช้กับมาตรการทางภาษีอากร เว้นแต่ที่กำหนดในย่อหน้าที่ 2 3 และ 4 ของมาตรานี้” ซึ่งย่อหน้าที่ 2 บัญญัติว่า “มาตรา 9 (เรื่องการเวนคืน) จะบังคับใช้กับมาตรการทางภาษีอากร”⁶³ หรือความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับแคนาดาบัญญัติว่า “มาตรการ รวมถึงมาตรการทางภาษี”⁶⁴ เป็นต้น ดังนั้น หากรัฐใช้มาตรการทางภาษีอากร รัฐก็อาจมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชย

อย่างไรก็ดี มาตรการทางภาษีอากรของรัฐที่ได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้ข้อบทการเวนคืนนั้น จักต้องเป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ (not to discriminate) แต่ก็ไม่จำเป็นต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หรือการปฏิบัติเสมือนชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN Treatment) แก่นักลงทุนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายเกี่ยวกับประโยชน์ทางภาษีอากรซึ่งรัฐได้เคยให้แก่ประชาชนหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ ดังที่ย่อหน้า 3 (b) ของ Protocol ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่า “บทบัญญัติมาตรา 3 (หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือหลักปฏิบัติชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง) นั้นไม่ผูกพันให้รัฐคู่ภาคีต้องให้แก่บุคคลธรรมดาหรือบริษัทที่อยู่ในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย ทั้งนี้ประโยชน์ทาง

⁶² United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 82.

⁶³ Article 19 of Agreement between Japan and the Socialist Republic of Viet Nam for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment: “1. Nothing in this Agreement shall apply to taxation measures except as expressly provided for in paragraphs 2, 3 and 4 of this article; 2. Article 1, 3, 7, 9 (Expropriation), 22 and 23 shall apply to taxation measures...”

⁶⁴ ดู Article 8 of Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of Canada for the Promotion and Protection of Investments: “investments or returns of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures, including taxation measures, having an effect equivalent to nationalization or expropriation...”

ภาษีอากร หรือการยกเว้นหรือการลดกฎหมายภาษีอากรนั้นให้ใช้ได้กับเฉพาะบุคคลธรรมดาหรือผู้ที่อยู่อาศัยในดินแดนของรัฐคู่ภาคีนั้น” ดังนั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่รัฐใช้มาตรการทางภาษีไปโดยเลือกปฏิบัติดังเช่นการเก็บภาษีมากเกินไปแล้ว มาตรการนั้นก็อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อม (หรือที่เรียกว่า “Confiscatory Tax Measure”)

2) ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับมีข้อบทยกเว้นอันยืดหยุ่นแก่รัฐคู่ภาคีที่จะใช้มาตรการที่พิจารณาเองแล้วเห็นว่าจำเป็นที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง (Essential Security Interests) และคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย (Public Order) ทั้งนี้ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนได้อธิบายถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง (Essential Security Interests)⁶⁵ ว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐคู่ภาคีในการดำเนินการใดๆที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่งในขณะมีสงครามหรือมีการขัดกันทางอาวุธหรือภาวะฉุกเฉินอื่นๆในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ”⁶⁶ หรือว่า “รัฐคู่ภาคีอาจใช้มาตรการที่พิจารณาแล้วเห็นว่าจำเป็นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง ซึ่งในกรณีหนึ่งก็คือใช้ในเวลาที่มมีสงครามหรือมีการขัดกันทางอาวุธหรือภาวะฉุกเฉินใดๆในรัฐคู่ภาคีหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือกรณีที่สองคือมีความเกี่ยวข้องกับการใช้บังคับนโยบายของรัฐหรือความตกลงระหว่างประเทศว่า

⁶⁵ ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกับนิวซีแลนด์ใช้คำว่า “Essential Interests” และในความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประชาคมและตลาดร่วมแคริบเบียนกับสาธารณรัฐคิวบาใช้คำว่า “National Security Interests”

⁶⁶ ดู Article 14 of Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Kyrgyz Republic on the Promotion and Protection of Investments (2003): “1. Nothing in this Agreement shall be construed as preventing a Contracting Party from taking any action necessary for the protection of its essential security interests in time of war or armed conflict, or other emergency in international relations.” “2. Provide that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination by a Contracting Party, or a disguised investment restriction, nothing in this agreement shall be construed as preventing the Contracting Parties from taking any measure necessary for the maintenance of public order....”

ด้วยการห้ามแพร่กระจายอาวุธ”⁶⁷ และในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเกาหลีกับญี่ปุ่นได้อธิบายถึงการคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย (Public Order) ว่า “รัฐอาจใช้มาตรการใดๆที่จำเป็นเพื่อคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ทั้งนี้ ความสงบเรียบร้อยอาจยกขึ้นอ้างได้เฉพาะในกรณีที่มีการคุกคามที่สำคัญอย่างแท้จริงหรือรุนแรงเพียงพอต่อประโยชน์พื้นฐานของสังคม” ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าความแตกต่างระหว่างสถานการณ์ที่อ้างเรื่องผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่งกับเรื่องความสงบเรียบร้อยนั้นก็คือ การคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่งนั้นใช้ในสถานการณ์ที่ประเทศต้องการคุ้มครองตนเองในภาวะสงครามภายในหรือระหว่างประเทศ หรือการขัดกันทางอาวุธ หรือภาวะสงครามประเภทอื่นใดหรือภาวะฉุกเฉินระหว่างประเทศ ส่วนเรื่องการคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยนั้นจะเกี่ยวกับการรับรองความสงบและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในประเทศในสถานการณ์ภายใต้การเริ่มที่จะมีการคุกคามต่อความมั่นคงแห่งรัฐ

นอกจากนี้แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับบัญญัติยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงนั้นให้กับสถานการณ์ฉุกเฉินที่รุนแรง (Circumstances of Extreme Emergency) อาทิเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโครเอเชียกับสาธารณรัฐอินเดียที่บัญญัติในมาตรา 12 (2) ว่า “ข้อบทในความตกลงนี้จะไม่ขัดขวางรัฐคู่ภาคีผู้รับการลงทุนในการดำเนินการตามกฎหมายที่ใช้บังคับตามปกติหรือสมเหตุสมผลเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่งของตนหรือใน

⁶⁷ ดู Article 16 of Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (2002): “1. Notwithstanding any other provisions in this Agreement other than the provisions of Article 11, each Contracting Party may: (a) take any measure which it considers necessary for the protection of its essential security interests; (i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that Contracting Party or in international relations; or (ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons; (b) take any measure in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security; (c) ... or (d) take any measure necessary for the maintenance of public order. The public order exceptions may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.”

สถานการณ์ฉุกเฉินที่รุนแรงบนพื้นฐานการไม่เลือกปฏิบัติและไม่ตามอำเภอใจ”⁶⁸ และในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับก็บัญญัติยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงนั้นให้กับความจำเป็นที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐเกี่ยวกับการรักษาไว้หรือฟื้นฟูความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ (International Peace and Security) ด้วยดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐโมซัมบิกบัญญัติว่า “ความตกลงนี้ไม่ขัดขวางรัฐในการใช้มาตรการที่พิจารณาแล้วว่าจำเป็นต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐเกี่ยวกับการรักษาไว้หรือฟื้นฟูความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ...”⁶⁹ หรือที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเกาหลีกับญี่ปุ่นบัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีอาจใช้มาตรการใดๆ ซึ่งดำเนินตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติเพื่อการรักษาความสงบและความปลอดภัยระหว่างประเทศ”

อย่างไรก็ตาม ในการที่รัฐอ้างข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้น รัฐอาจไม่อาจอ้างได้ทุกกรณีเสมอไปเนื่องจากรัฐอาจถูกจำกัดสิทธิในการอ้างข้อบทยกเว้นเรื่องความมั่นคงแห่งรัฐต่อข้อบทเรื่องการเวนคืนที่บังคับให้การเวนคืนต้องทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงนั้น ดังที่ปรากฏในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับอาทิเช่น ย่อหน้าที่สามของมาตรา 14 ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐฟินแลนด์กับสาธารณรัฐคีร์กีซที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้จะไม่บังคับใช้กับ

⁶⁸ Article 12 (2) of Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments: “Notwithstanding paragraph 1 of this article nothing in this agreement precludes the host contracting party from taking action for the protection of its essential security interests or *in circumstances of extreme emergency*, provided such actions have been prescribed by its laws which are applied normally and reasonably, on a non discriminatory and a non arbitrary basis.”

⁶⁹ Article 14 (1) of Treaty between the United States of America and the Republic of Mozambique concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment: “This treaty shall not preclude a party from applying *measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security*, or the protection of its own essential security interests.”

มาตรา 5 (เรื่องการเวนคืน) ของความตกลงนี้”⁷⁰ ดังนั้นจึงเท่ากับว่าแม้ว่ารัฐจะเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงก็ตาม รัฐก็ไม่สามารถหลุดพ้นจากหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชย⁷¹ และที่ยิ่งไปกว่านั้น ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพเศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์ก (Belgium-Luxembourg Economic Union: B.L.E.U.) กับสาธารณรัฐอาเซอร์ไบจานบัญญัติให้ความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐเป็นเงื่อนไขการเวนคืนหรือการโอนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐด้วย ดังที่ปรากฏใน (2) ของมาตรา 4 ว่า “ถ้าเหตุผลทางวัตถุประสงค์สาธารณะ ทางความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐต้องการมายกเว้นบทบัญญัติในย่อหน้าแรก (เรื่องรัฐคู่ภาคีจะไม่ใช้มาตรการเวนคืน) ก็จักต้องทำตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ด้วย เอ) ใช้มาตรการภายใต้กระบวนการทางกฎหมาย บี) มาตรการต้องไม่เลือกปฏิบัติหรือข้อต่อข้อสัญญาผูกพันเฉพาะ และ ซี) ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอและมีประสิทธิผล”⁷² ซึ่งเท่ากับว่าให้การพิจารณาทางความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐนั้นเสมือนเช่นเดียวกับพิจารณาวัตถุประสงค์สาธารณะและรัฐยังคงหน้าที่ที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้ด้วย และประกอบกับทั้งในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพเศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์ก (Belgium-Luxembourg Economic Union: B.L.E.U.) กับสาธารณรัฐกัวเตมาลา

⁷⁰ Article 14 (General Derogations) of Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Kyrgyz Republic on the Promotion and Protection of Investments (2003): “...3. The provisions of this article shall not apply to article 5 (expropriation), article 6 or paragraph 1 (e) of article 7 of this agreement.”

⁷¹ United Nations Conference on Trade and Development, *The protection of national security in IIAs*, p. 105.

⁷² Article 4 of Agreement between the Belgo-Luxembourg Economic Union and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2004): “1. Each Contracting Party undertakes not to adopt any measure of expropriation or nationalization or any other measure having the effect of directly or indirectly dispossessing the investors of the Other Contracting Party of their investments in its territory.; 2. If *reasons of public purpose, security or national interest* require a derogation from the provisions of paragraph 1, the following conditions shall be complied with: a) the measures shall be taken under due process of law; b) the measures shall be neither discriminatory, nor contrary to any specific commitments; c) the measures shall be accompanied by provisions for the payment of an adequate and effective compensation.”

ได้ให้คำนิยามความหมายคำว่าวัตถุประสงค์สาธารณะว่าหมายถึง วัตถุประสงค์สาธารณะหรือความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐ⁷³ อันเป็นการสนับสนุนว่าความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐนั้นมีความหมายเช่นเดียวกับวัตถุประสงค์สาธารณะ

3) การคุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม

รัฐคู่ภาคีของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนอาจบังคับใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนอื่นเนื่องจากว่ามาตรการเหล่านั้นจำเป็นต่อการที่จะต้องให้การคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช รวมถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กระนั้นก็ตาม ข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงเพื่อการคุ้มครองชีวิต สุขภาพและทรัพยากรธรรมชาตินั้นบัญญัติอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนน้อยฉบับที่เมื่อเทียบกับข้อบทยกเว้นเพื่อมาตรการทางภาษีอากรและการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่งซึ่งบัญญัติอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับ

ข้อบทยกเว้นเพื่อการคุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อมนั้นเริ่มบัญญัติในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่ทำขึ้นในค.ศ. 1996 อาทิเช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐมอริเชียสกับสวิตเซอร์แลนด์ที่บัญญัติว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความในทางที่ขัดขวางรัฐคู่ภาคีจากการกระทำใดๆที่จำเป็นด้วยเหตุผลสาธารณสุขหรือการป้องกันโรคในสัตว์และพืช”⁷⁴ อย่างไรก็ตาม รัฐต้องใช้มาตรการอย่างไม่เลือกปฏิบัติหรือไม่ตามอำเภอใจดังที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐอาร์เจนตินากับนิวซีแลนด์บัญญัติว่า “บทบัญญัติในความตกลงนี้จะไม่จำกัดสิทธิของรัฐคู่ภาคีในการใช้มาตรการ (รวมถึงการทำลายพืชและสัตว์ การริบทรัพย์สินหรือการกำหนดข้อห้ามเคลื่อนย้าย

⁷³ ดู Article 1 (7) of Agreement between the Belgo-Luxembourg Economic Union and the Government of the Republic of Guatemala on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2005): “The term “public purpose” shall mean: a) to the Kingdom of Belgium and the Grand-Duchy of Luxemburg; public purpose, security or national interest; b) to the Republic of Guatemala; collective utility, social benefit or public interest.”

⁷⁴ ดู Article 11 (3) (Other Rules and Specific Commitments) of Agreement between the Republic of Mauritius and Switzerland on Promotion and Protection of Investments (1998): “Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from taking any action necessary for the protection of its essential security interests or for reasons of public health or the prevention of diseases in animals and plants.”

สินค้า) ที่จำเป็นต่อการคุ้มครองธรรมชาติและทรัพยากรหรือสุขภาพมนุษย์ ทั้งนี้มาตรการนั้น ต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติที่ไม่สมควร”⁷⁵ และมีให้อ่างสาเหตุการณ์ คุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อมขึ้นมาจากอย่างแอบแฝงดังที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและ คุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐอาร์เจนตินาบัญญัติว่า “มาตรการของรัฐต้องไม่ บังคับใช้ในลักษณะที่ตามอำเภอใจหรือไม่สมควร หรือไม่เป็นข้อห้ามที่แอบแฝงต่อการค้าระหว่าง ประเทศหรือการลงทุน ทั้งนี้ ความตกลงนี้จะไม่ตีความในทางที่ขัดขวางรัฐคู่ภาคีที่ใช้หรือมี มาตรการที่รวมถึงมาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่จำเป็นต่อการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช”⁷⁶

ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่เพิ่มขึ้นในปลายยุคนี้เน้นให้ความสำคัญกับ มาตรการของรัฐที่ออกมาคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมาก ดังปรากฏในมาตรา 12 (2) ของความตกลงเพื่อ การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกา กับสาธารณรัฐบุรพาอุรุกวัยว่า “ความตก ลงนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐคู่ภาคีในการใช้ การมี หรือการใช้บังคับมาตรการใดๆที่ไม่สอดคล้อง กับความตกลงนี้ ซึ่งเพื่อให้มั่นใจว่ากิจกรรมการลงทุนในดินแดนของรัฐนั้นดำเนินไปในลักษณะที่ คำนึงถึงสิ่งแวดล้อม”⁷⁷ อีกทั้งในภาคผนวกเรื่องการเวนคืนของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและ

⁷⁵ Article 5 (3) of Agreement between the Government of the Argentine Republic and the Government of New Zealand for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (1999): “The provisions of this Agreement shall in no way limit the right of either Contracting Party to take any measures (including the destruction of plants and animals, confiscation of property or the imposition of restrictions on stock movement) necessary for the protection of natural and physical resources or human health, provided *such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustified discrimination.*”

⁷⁶ ดู Article 17(3) of Agreement between The Government of Canada and the Government of the Republic of Armenia for the Promotion and Protection of Investments (1997): “Provided that such measures are *not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment*, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:... (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or...”

⁷⁷ Article 12 (2) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “Nothing in this treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any

คุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบรูพาอูรุกวัยฉบับเดียวกันนี้ก็กำหนดให้มาตรการของรัฐที่บังคับใช้เพื่อการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมายอาทิเช่น สิ่งแวดล้อมนั้นไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม ดังที่บัญญัติว่า “เว้นแต่ในบางกรณี การทำการควบคุมของรัฐคู่ภาคีอย่างไม่เลือกปฏิบัติ อันถูกกำหนดและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมนั้นไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”⁷⁸ ซึ่งที่สำคัญคือจะต้องเป็นการกระทำการควบคุมอย่างไม่เลือกปฏิบัติ (non-discriminatory regulatory actions) แต่กระนั้นก็ตามจะเห็นได้ว่าในข้อบทเริ่มต้นด้วยคำว่า “Except in rare circumstance” อันเป็นการแสดงว่าแม้จะอ้างเหตุผลการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมา ถือว่ามีใช้การเวนคืนทางอ้อมได้ก็ตามแต่ก็เกิดขึ้นได้ในบางกรณีหรือเกิดขึ้นได้น้อยมาก

เช่นเดียวกันกับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐเปรูที่มีภาคผนวกเรื่องการเวนคืนขึ้นมารับรองสิทธิของรัฐในการใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ดังที่บัญญัติว่า “เว้นแต่ในบางกรณีเช่นที่ มาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ไม่สามารถดูได้อย่างสมเหตุสมผลว่ามีการนำมาใช้หรือปรับใช้อย่างสุจริต ทั้งนี้มาตรการของรัฐที่ไม่เลือกปฏิบัติซึ่งถูกกำหนดมาและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมนั้นจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”⁷⁹

measure otherwise consistent with this treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.”

⁷⁸ 4) (b) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “*Except in rare circumstance, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.*”

⁷⁹ c) of Annex B (Expropriation) of Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006): “Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party

4) การปกป้องวัฒนธรรมของชาติ

การลงทุนของต่างชาติที่เพิ่มมากขึ้นนั้นย่อมส่งผลต่อความเป็นเอกภาพของวัฒนธรรมภายในสังคมแห่งรัฐ จึงทำให้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับมีข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงเพื่อปกป้องวัฒนธรรมของชาติซึ่งรัฐคู่ภาคีอาจพิจารณาได้โดยตรงแล้วว่าจำเป็นต้องใช้มาตรการเพื่อสงวนไว้ซึ่งวัฒนธรรมของชาติหรือส่งเสริมความหลากหลายทางวัฒนธรรม อาทิเช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับสาธารณรัฐยูกันดาที่บัญญัติว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐคู่ภาคีในการใช้มาตรการที่ควบคุมการลงทุนของบริษัทต่างชาติหรือตั้งเงื่อนไขการทำกิจกรรมของบริษัทต่างชาติในกรอบนโยบายที่กำหนดขึ้นมาเพื่อสงวนและส่งเสริมวัฒนธรรมและความหลากหลายทางภาษา”⁸⁰ หรือความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดากับราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติว่า “การลงทุนในอุตสาหกรรมทางวัฒนธรรมนั้นได้รับยกเว้นจากข้อบทในความตกลงฉบับนี้ ‘อุตสาหกรรมทางวัฒนธรรม’ หมายถึงบุคคลที่เข้าไปดำเนินกิจกรรมดังต่อไปนี้ (เอ) การจัดพิมพ์ การจัดทำฉาย หรือขายหนังสือ นิตยสาร นิตยสารที่ออกตามกำหนดเวลา หรือหนังสือพิมพ์ในรูปแบบพิมพ์หรือในรูปแบบที่สามารถอ่านได้โดยเครื่อง แต่ไม่รวมถึงกิจกรรมการพิมพ์หรือเรียงพิมพ์เพียงอย่างเดียวของสิ่งทีกล่าวก่อนหน้านี้อย่างใดอย่างหนึ่ง (บี) การผลิต การจำหน่าย การขาย หรือนิทรรศการฟิล์มภาพหรือการบันทึกวีดีโอ (ซี) การผลิต การจำหน่าย การขาย หรือนิทรรศการเกี่ยวกับเสียงหรือการบันทึกเพลงด้วยวีดีโอ (ดี) การจัดพิมพ์ การจำหน่าย การขาย หรือนิทรรศการดนตรีในรูปแบบพิมพ์หรือในรูปแบบที่สามารถอ่านได้โดยเครื่อง หรือ (อี) การสื่อสารวิทยุ ซึ่งมีการส่งสัญญาณเพื่อการรับฟังโดยตรงโดยสาธารณชนทั่วไป และการดำเนินการออกอากาศทางวิทยุโทรทัศน์ หรือทางสายทั้งปวง และการบริการช่างงานการออกอากาศ และการจัดรายการทาง

that are designed and applied to protect *legitimate public welfare objectives*, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

⁸⁰ Article 1(6) of Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of Uganda on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2002): “Nothing in this agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking any measure to regulate investment of foreign companies and the conditions of activities of these companies in *the framework of policies designed to preserve and promote cultural and linguistic diversity.*”

ดาวเทียมทั้งปวง”⁸¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อบทยกเว้นมิได้มีแต่เรื่องการปกป้องวัฒนธรรมโดยตรง เพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงการผลิตและการจำหน่ายผลผลิตหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับทาง วัฒนธรรมหรือที่เรียกอุตสาหกรรมทางวัฒนธรรม (Cultural Industries) ด้วย และรัฐคู่ภาคีอาจให้ ความชัดเจนแก่อุตสาหกรรมทางวัฒนธรรมขึ้นได้ด้วยการระบุรายการกิจกรรมที่พิจารณาเห็นแล้วว่า จำเป็นสำหรับการปกป้องวัฒนธรรม

5) มาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับให้รัฐคู่ภาคีใช้มาตรการเพื่อความมี เสถียรภาพทางการเงิน ที่แม้ว่ามาตรการนั้นจะไม่สอดคล้องกับหน้าที่ตามความตกลงนั้นก็ตาม ทั้งนี้การบริการทางการเงิน (Financial Services) อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลหรือ หน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างใกล้ชิดเนื่องจากมีผลกระทบต่อภาคเศรษฐกิจ ใน บางประเทศนั้นรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจพิจารณาบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องได้ อย่างเต็มที่

มาตรการต่อการบริการทางการเงินที่บัญญัติอยู่ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการ ลงทุนนั้นมีหลายประเภท เช่น มาตรการที่มีเป้าหมายคุ้มครองลูกค้าของสถาบันการเงิน หรือ มาตรการที่ใช้กับสถาบันทางการเงินเพื่อให้เกิดความปลอดภัยหรือสภาพคล่องทางการเงินหรือ ความมั่นคงหรือความรับผิดชอบทางการเงิน และกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่มีเป้าหมายปกป้อง ความมั่นคงหรือความมีเสถียรภาพของทั้งระบบทางการเงิน

⁸¹ Article 6 (3) of Agreement between the Government of Canada and the Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments (1997): “Investments *in cultural industries* are exempt from the provisions of this agreement. “Cultural industries” means persons engaged in any of the following activities: (a) the publication, distribution, or sale of books, magazines, periodicals or newspaper in print or machine readable form but not including the sole activity of printing or typesetting any of the foregoing; (b) the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings; (c) the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings; (d) the publication, distribution, sale or exhibition of music in print or machine readable form; or (e) radio communications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television or cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services.”

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ สาธารณรัฐบราซิลที่บัญญัติที่ย่อหน้าแรกของมาตรา 20 ว่า “แม้ว่ามีข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงนี้ รัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกขัดขวางในการใช้หรือมีมาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน รวมถึงการคุ้มครองนักลงทุน ผู้ฝาก ผู้เอาประกันภัย หรือบุคคลที่สถาบันการเงินมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินให้ หรือเพื่อประกันความมั่นคงหรือความมีเสถียรภาพของระบบทางการเงิน ที่ถึงแม้ว่ามาตรการเหล่านี้ไม่สอดคล้องกับข้อบทในความตกลงฉบับนี้แต่ก็มิได้ใช้ในทางที่เลียงข้อสัญญาหรือภาระหน้าที่ภายใต้สัญญาฉบับนี้ของรัฐคู่ภาคี” และย่อหน้าที่สองว่า “ความตกลงฉบับนี้ไม่ใช้บังคับต่อมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติของหน่วยงานรัฐ (ธนาคารกลางหรือเจ้าหน้าที่ทางการเงิน) ที่ใช้บังคับทั่วไปตามนโยบายทางการเงินหรือนโยบายเกี่ยวข้องกับสินเชื่อหรือนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน”⁸² หรือในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามที่บัญญัติในย่อหน้าแรกของมาตรา 17 ว่า “แม้ว่ามีข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงนี้ รัฐคู่ภาคีอาจใช้หรือมีมาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน รวมถึงมาตรการที่มีเพื่อคุ้มครองนักลงทุน ผู้ฝาก ผู้เอาประกันภัย หรือบุคคลที่กิจการทางการเงินมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินให้ หรือเพื่อประกันความมั่นคงหรือความมีเสถียรภาพของระบบทางการเงิน” และย่อหน้าที่สองว่า “ในกรณีที่รัฐคู่ภาคีใช้มาตรการตามย่อหน้าที่หนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับภาระหน้าที่ตามข้อบทในความตกลงฉบับนี้ รัฐคู่ภาคีก็จะไม่ใช้มาตรการในทางที่เลียงภาระหน้าที่ของรัฐคู่ภาคี”⁸³ หรือในความตกลง

⁸² ดู Article 20 (Financial Services) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “1. Notwithstanding any other provision of this treaty, a party shall not be prevented from adopting or maintaining measures relating to financial services for prudential reason, including for protection of investor, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial services supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measure do not conform with the provisions of this treaty, they shall not be used as a means of avoiding the party’s commitments or obligations under this treaty.” “2. (a) Nothing in this treaty applies to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a party’s obligations under article 7 or article 8.; (b) For purpose of this provision, “public entity” means a central bank or monetary authority of a party.”

⁸³ ดู Article 17 of Agreement between Japan and the Socialist Republic of Viet Nam for the Liberization, Promotion and Protection of Investment (2003): “Notwithstanding any other provisions of

ต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดาปี ค.ศ. 2003 ที่บัญญัติไว้ในย่อหน้าที่สองของมาตรา 10 ว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐคู่ภาคีในการใช้หรือมีมาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพที่สมเหตุสมผล ดังเช่น (เอ) การคุ้มครองนักลงทุน ผู้ฝาก ผู้เข้าร่วมในตลาดการเงิน ผู้เอาประกันภัย ผู้อ้างสิทธิตามกรรมธรรม์ประกันภัย หรือบุคคลที่สถาบันทางการเงินมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินให้ (บี) การรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยหรือสภาพคล่องทางการเงินหรือความมั่นคงหรือความรับผิดชอบทางการเงินของสถาบันทางการเงิน (ซี) ประกันความมั่นคงหรือความมีเสถียรภาพของระบบการเงินของรัฐคู่ภาคี” และย่อหน้าที่สามว่า “ความตกลงฉบับนี้จะไม่ใช้บังคับต่อมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติของหน่วยงานรัฐที่ใช้บังคับทั่วไปตามนโยบายทางการเงินหรือนโยบายเกี่ยวข้องกับสินเชื่อหรือนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน”⁸⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐคู่ภาคีมีอำนาจที่จะใช้หรือมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน แต่ในขณะเดียวกันนั้นรัฐคู่ภาคียังต้องผูกพันที่จะไม่ใช้มาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงินนั้นไปในทางที่ไม่คำนึงถึงภาระหน้าที่ภายใต้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน

this agreement, a contracting party may adopt or maintain prudential measures with respect to financial services, including measures for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by an enterprise providing financial services, or to ensure the integrity and stability of its financial system.” “2. In case where a contracting party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this agreement, that contracting party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations.”

⁸⁴ ดู Article 10 (General Exceptions) of Canadian Model Bilateral Investment Treaty (2003): “2. Nothing in this agreement shall be construed to prevent a party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policy-holders, policy-claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution; (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions; and (c) ensuring the integrity and stability of a party’s financial system.” “3. Nothing in this agreement shall apply to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a party’s obligations under article 7 or article 14;...”

6) ข้อบทยกเว้นเบ็ดเตล็ด

นอกเหนือจากข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงโดยมีวัตถุประสงค์ตามข้อ 1) ถึงข้อ 5) แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนยังมีข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงโดยมีวัตถุประสงค์ประการอื่น ๆ อีก อาทิเช่น ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเกาหลีกับญี่ปุ่นกำหนดให้การตีความความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนต้องสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยบัญญัติในมาตรา 6 (1) ว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความลดสิทธิและหน้าที่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่รัฐคู่ภาคีเป็นภาคีอยู่ รวมถึงความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าซึ่งอยู่ในภาคผนวกซีของความตกลงมาร์ราเกชจัดตั้งองค์การการค้าโลก และความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่ตกลงกันภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก”⁸⁵ อันเป็นการให้ความสำคัญต่อสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีอยู่ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) ทั้งนี้ ในมาตรา 13 (5) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐเปรูบัญญัติว่า “ข้อบทเรื่องการเวนคืนในความตกลงนี้จะไม่ใช่บังคับกับใบอนุญาตอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือการเพิกถอน การจำกัดและการก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งที่การออกหรือการเพิกถอนหรือการจำกัดและการก่อให้เกิดสิทธินั้นสอดคล้องกับความตกลงองค์การการค้าโลก”⁸⁶ อัน

⁸⁵ Article 6 (1) of Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (2002): “Nothing in this Agreement shall be construed so as to derogate from the rights and obligations under international agreements in respect of protection of Intellectual property rights to which the contracting party are parties, including the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1 C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, and other international agreements concluded under the auspices of the World Intellectual Property Organization.”

⁸⁶ Article 13 (5) of Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006): “The Provision of this article shall not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to Intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of Intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with the WTO Agreement.”

เป็นการยืนยันว่าจะไม่ใช่บังคับข้อบทเรื่องการเวนคืนกับการที่รัฐออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (TRIPS) อันเป็นความตกลงองค์การการค้าโลก

ในมาตรา 31 ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (TRIPS) นี้กำหนดเรื่องการออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) ไว้ โดยบัญญัติว่ากฎหมายของรัฐคู่ภาคีอาจอนุญาตให้บุคคลอื่นที่มีใช้สิทธินั้นใช้สิทธิบัตรได้โดยไม่ต้องมีการอนุญาตเห็นชอบจากเจ้าของสิทธิ (without authorization of the right holder) ซึ่งบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตนั้นอาจเป็นบุคคลอื่นหรือรัฐเองโดยตรงก็ได้ ดังนี้จึงเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถที่จะอ้างเหตุผลความจำเป็นหรือความเร่งด่วนของตนเอง อาทิเช่น วิกฤตสาธารณสุขในการเข้าถึงยารักษาโรคเอดส์ โรคไวรัสโรค โรคมาลาเลีย และโรคระบาดอื่นๆ เป็นต้นนั้นมาออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) โดยมีต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตรดังกล่าว ฉะนั้นแม้ว่ารัฐจะออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) ซึ่งกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรก็ตาม การออกใบอนุญาตนั้นก็ยังมีใช่เป็นการเวนคืน⁸⁷

จากการที่ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนในช่วงปีค.ศ. 1995 - ค.ศ. 2006 มีข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนเพื่อวัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะ อันมีความหลากหลายมากกว่าในยุคแรกของการทำความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ทำให้เห็นว่ารัฐต่างๆ ได้ตระหนักถึงการใช้มาตรการของรัฐที่มีนโยบายสาธารณะอันอาจเป็นการใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ (Police Power) หรือมิใช่การเวนคืนทางอ้อมอย่างใดก็ดี มาตรการของรัฐที่ออกมาโดยอ้างถึงวัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะนั้นแท้จริงแล้วอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ได้ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละรายคดีไป ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับที่ทำขึ้นในปีค.ศ. 2005 เป็นต้นไปจึงบัญญัติภาคผนวกที่ใช้ในการตีความการเวนคืนขึ้นมาโดยกำหนดเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณามาตรการของรัฐขึ้นมา 3 ประการ ประการที่หนึ่งคือการกระทบทางเศรษฐกิจ ประการที่สองคือการแทรกแซงต่อความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และประการที่สามคือลักษณะของการกระทำของรัฐบาล

⁸⁷ Kenneth J. Vandeveld, U.S. international investment agreements (New York: Oxford University Press, 2009), p. 483.

ดังที่ปรากฏอยู่ในย่อหน้าที่ 4 (เอ) ของภาคผนวกบีเรื่องการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบราซิลว่า “ในการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีในสถานการณ์ข้อเท็จจริงเฉพาะนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆ รวมถึง (1) การกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล แต่ถึงแม้มีข้อเท็จจริงว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจัยนี้เพียงอย่างเดียวยังไม่ถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ (2) ขอบเขตการกระทำของรัฐที่แทรกแซงต่อความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และ (3) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล”⁸⁸

หรือใน บี) ของภาคผนวกบีในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐเปรูว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป และตรวจสอบพื้นฐานข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆ (1) การกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง แต่ถึงแม้ว่ามาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีนั้นมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจัยนี้เพียงอย่างเดียวยังไม่ถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ (2) ขอบเขตมาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐแทรกแซงต่อความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และ (3) ลักษณะของมาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐ”⁸⁹

⁸⁸ 4) (a) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005): “The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.”

⁸⁹ b) of Annex B (Expropriation) of Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006): “The determination of whether a measure or

3.1.3 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนช่วงปีค.ศ. 2006-ปัจจุบัน⁹⁰

จำนวนความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2006 – ปัจจุบัน นี้มีได้มากเท่ากับช่วงยุคก่อนหน้านี้ แต่เนื่องจากความต้องการมีบทบาทที่สำคัญในฐานะผู้ส่งออกทุนของสาธารณรัฐประชาชนจีนและสาธารณรัฐอินเดียซึ่งมุ่งหมายที่จะทำความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนกับหลายประเทศ อันจะเห็นได้ว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนมีความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนมากเป็นอันดับสองของโลกรองลงมาจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁹¹ และประเทศที่ทำความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนด้วยส่วนใหญ่นั้นเป็นประเทศในทวีปแอฟริกา อย่างไรก็ตาม ประเทศพัฒนาแล้ว อาทิเช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐฝรั่งเศส ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ และเบลเยียม-ลักเซมเบิร์กนั้นยังคงมีความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนมากที่สุดเป็นอันดับต้นๆของโลก

3.1.3.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ที่ปรากฏในข้อบทการเวนคืนของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ใช้คำว่า “มาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืน” (“measure equivalent to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 11 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐโคลอมเบียบัญญัติว่า “รัฐคู่ภาคีจะไม่เวนคืนหรือโอนการ

series of measures of a party constitute an indirect expropriation requires case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the measure or series of measures, although sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the measure or series of measures;”

⁹⁰ ปัจจุบันคือปีค.ศ. 2012

⁹¹ Mahnaz Malik, “Recent developments in regional and bilateral investment treaties,” Paper presented at 2nd annual forum of developing country investment negotiators, Marrakech, Morocco, 3-4 November 2008, p.5.

ลงทุนที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐอันเป็นของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายมาเป็นของรัฐหรือใช้มาตรการใดๆที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ”⁹² หรือใช้คำว่า “ทางอ้อมโดยมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืน” (“indirectly through measures equivalent to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 6 (1) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐรวันดาบัญญัติว่า “คู่ภาคีจะไม่อาจเวนคืนหรือโอนการลงทุนที่ครอบคลุมนั้นเป็นของรัฐทั้งทางตรงหรือทางอ้อมโดยมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ”⁹³ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืน” (“measure the effects of which would be tantamount to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 4 (2) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับราชอาณาจักรบาห์เรนบัญญัติว่า “การลงทุนที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกเวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐ หรืออยู่ภายใต้มาตรการใดๆที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐในดินแดนของรัฐคู่ภาคี”⁹⁴ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืน” (“measures having effect equivalent to expropriation”) ดังเช่นในมาตรา 5 (1) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือกับสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเอธิโอเปียบัญญัติว่า “การลงทุนที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐหรือเวนคืน หรืออยู่ภายใต้มาตรการใดๆที่มีผลกระทบเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐ

⁹² Article 11 of Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberization, Promotion and Protection of Investment: “Neither contracting party may expropriate or nationalize investments in its area of investors of the other contracting party or take any *measure equivalent to expropriation* or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”), except...”

⁹³ Article 6 (1) of Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2008): “Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or *indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization* (“expropriation”), except...”

⁹⁴ Article 4 (2) of Treaty between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of Bahrain concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments: “Investments by nationals or companies of either contracting state shall not be expropriated, nationalized or subjected to any other *measure the effects of which would be tantamount to expropriation* or nationalization in the territory of the other contracting state except...”

หรือการเวนคืนในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย”⁹⁵ หรือใช้คำว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเหมือนกัน” (“measures having a similar effect”) ดังเช่นในมาตรา 6 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโคลอมเบียกับสาธารณรัฐอินเดียที่บัญญัติว่า “การลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่อยู่ภายใต้การโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนหรือมาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบเหมือนกัน”⁹⁶ และนอกจากนี้ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบางฉบับยังได้อ้างถึงการเวนคืนทางอ้อมซ้ำสองครั้ง (Double Reference) ดังเช่นในมาตรา 6 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือกับสาธารณรัฐโคลอมเบียบัญญัติว่า “การลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่อยู่ภายใต้การโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนในทางตรงหรือในทางอ้อม หรือมาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบเหมือนกัน”⁹⁷

นอกเหนือจากความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐบุรพาอูรุกวัย ค.ศ. 2005 แล้ว ความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2004 ยังเป็นต้นแบบของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐรวันดาที่ลงนามในปีค.ศ. 2008 อีกด้วย โดยในข้อบทการเวนคืนนั้นมีเชิงอรรถบัญญัติว่าให้ข้อบทการเวนคืนนี้ตีความตามภาคผนวก

⁹⁵ Article 5 (1) of Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Federal Democratic Republic of Ethiopia for the Promotion and Protection of Investments: “Investments of nationals or companies of either contracting party shall not be nationalised, expropriated or subjected to *measures having effect equivalent to nationalization or expropriation* (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other contracting party, except...”

⁹⁶ Article 6 of Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments: “Investments of investors of either contracting parties in the territory of the other contracting parties shall not be subject to nationalization, expropriation, or any other *measures having similar effects* except...”

⁹⁷ Article 6 of Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments: “Investments of investors of a contracting party in the territory of the other contracting party shall not be the subject of nationalization, direct or *indirect expropriation*, or any *measure having similar effects* (hereinafter “expropriation”) except...”

ของความตกลงนั้น ซึ่งในภาคผนวกดังกล่าวได้กล่าวถึงมาตรการของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนนั้นว่า ต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุนโดยบัญญัติในย่อหน้าที่ 2 ว่า “การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีไม่อาจถือว่าการเวนคืน เว้นแต่ว่าจะแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุน”⁹⁸ ทั้งนี้ ในภาคผนวกได้อธิบายถึงลักษณะการเวนคืนทางตรง และการเวนคืนทางอ้อมโดยบัญญัติในย่อหน้าที่ 3 ว่า “มาตรา 6 (1) (เรื่องการเวนคืน) กล่าวถึงสองสถานการณ์ สถานการณ์แรกคือ การเวนคืนทางตรงที่การลงทุนถูกโอนเป็นของรัฐ หรือเวนคืนทางตรงโดยการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”⁹⁹ และย่อหน้าที่ 4 ว่า “สถานการณ์ที่สองที่มาตรา 6 (1) (เรื่องการเวนคืน) กล่าวถึงก็คือ การเวนคืนทางอ้อมซึ่งเป็นการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง อันไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”¹⁰⁰ ซึ่งเหมือนกับดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้าแรกของภาคผนวกแห่งความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดา ค.ศ. 2003 ว่า “การเวนคืนทางอ้อม เป็นผลมาจากมาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีอันมีผลกระทบเท่ากับการเวนคืนทางตรง ซึ่งไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”¹⁰¹

⁹⁸ 2) of Annex B (Expropriation) of United States of America Model Bilateral Investment Treaty (2004): “An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.”

⁹⁹ 3) of Annex B (Expropriation) of United States of America Model Bilateral Investment Treaty (2004): “Article 6(1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.”

¹⁰⁰ 4) of Annex B (Expropriation) of United States of America Model Bilateral Investment Treaty (2004): “The second situation addressed by Article 6(1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

¹⁰¹ a) of Annex B (Expropriation) of Canada Model Bilateral Investment Treaty (2003): “Indirect Expropriation results from a measure or series of measures of a party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่หลายๆประเทศทำกับสาธารณรัฐโคลอมเบีย ในระยะหลังนี้ได้กล่าวถึงลักษณะของการเวนคืนทางอ้อมโดยบัญญัติเหมือนกับที่บัญญัติไว้ใน ภาคผนวกของความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดา ค.ศ. 2003 โดยอาจอยู่ในภาคผนวกของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (Annex)¹⁰² หรืออยู่ในข้อบท เรื่องการเวนคืนและค่าชดเชย (Expropriation and Compensation) นั้น¹⁰³ นอกจากนี้แล้ว ใน ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดาหลายฉบับที่สร้างขึ้นในระยะหลังนี้ก็กล่าวถึง ลักษณะการเวนคืนทางอ้อมไว้ในภาคผนวกว่า “มาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการโอนเป็นของ รัฐหรือการเวนคืนนั้นเรียกว่า การเวนคืนทางอ้อม ทั้งนี้การเวนคืนทางอ้อมนั้นเป็นผลมาจาก มาตรการหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีอันมีผลกระทบเท่ากับการ เวนคืนทางตรง ซึ่งไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”¹⁰⁴ อัน เป็นการอธิบายคำว่ามาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนให้ชัดเจน ขึ้น

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับได้ยืนยันถึงหลักเกณฑ์ที่ว่า มาตรการของรัฐจะเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ต่อเมื่อส่งผลกระทบต่อมูลค่าของการลงทุนลงอย่างมี นัยสำคัญ ดังที่บัญญัติอยู่ใน b) ของภาคผนวกบีแห่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการ

¹⁰² เช่น Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment

¹⁰³ เช่น Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments; Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments; Agreement between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments

¹⁰⁴ ตัวอย่างเช่น Annex on expropriation and compensation of Agreement between Canada and the Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments; Agreement between Canada and the Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments; Agreement between Canada and Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments: “*The concept of ‘measure having an effect equivalent to nationalization or expropriation’ can also be termed ‘indirect expropriation’.* Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a contracting party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

ลงทุนระหว่างแคนาดากับโรมาเนียว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ให้พิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆ (ข้อ 1) ความรุนแรงของการกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง”¹⁰⁵ หรือบัญญัติอยู่ในข้อ 2 b) ของข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยแห่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโคลอมเบียกับสาธารณรัฐอินเดียว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ให้พิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆ (ข้อ 1) การกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง”¹⁰⁶ อันเป็นหนึ่งในเกณฑ์ที่พิจารณาว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่

เมื่อมาตรการของรัฐนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อม รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการเวนคืนที่กำหนดไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไขการจ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนทุกฉบับบัญญัติให้รัฐที่ทำการเวนคืนต้องจ่ายค่าชดเชย ซึ่งค่าชดเชยที่ว่านั้นต้องทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล (Prompt, Adequate and Effective) อันกล่าวคือ ในมูลค่าราคาตลาดที่คำนวณโดยทันทีก่อนการเวนคืนเกิดขึ้น และต้องจ่ายโดยไม่ล่าช้า รวมถึงดอกเบี้ยจากวันที่เวนคืนจนถึงวันที่มีการจ่ายค่าชดเชยจริง และเป็นค่าชดเชยที่ใช้ได้ประโยชน์เต็มที่และโอนได้อย่างเสรี¹⁰⁷

¹⁰⁵ b) of Annex B (Expropriation) of Agreement between Canada and Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments: “The determination of whether a measure or series of measures of a contracting party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) *the severity of economic impact of the measure or series of measures,...*”

¹⁰⁶ 2 b) of Article 6 (Expropriation) of Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments: “The determination of whether a measure or series of measures of a contracting party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry considering: (i) *the economic impact of the measure or series of measures,...*”

¹⁰⁷ ตัวอย่างเช่น Article 7 (2) of Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Reciprocal

3.1.3.2 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนทุกฉบับมุ่งหมายที่จะให้รัฐคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติ แต่ขณะเดียวกันนั้นในอีกความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนหลายฉบับก็ได้ยอมรับถึงการใช้อำนาจของรัฐในการออกกฎเกณฑ์ตามปกติเพื่อดำเนินการตามนโยบายสาธารณะของรัฐโดยมีข้อบทยกเว้นการบังคับใช้ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนต่อนโยบายภาษีอากร มาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน มาตรการเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สอดคล้องกับความตกลงองค์การการค้าโลก รวมถึงมาตรการของรัฐเพื่อความมั่นคงที่สำคัญหรือเพื่อปกป้องวัฒนธรรมของชาติหรือเพื่อการคุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งเหมือนกับความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่สร้างขึ้นในช่วงยุคก่อนหน้าที่ยืนยันว่ารัฐมีอำนาจโดยชอบที่จะใช้มาตรการปกป้องผลประโยชน์ที่สำคัญๆของสังคม

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติยกเว้นที่จะใช้ความตกลงนั้นต่อนโยบายภาษีอากรของรัฐไว้ ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐรวันดาซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 6 (เรื่องการเวนคืนและค่าชดเชย) นี้บังคับใช้กับมาตรการทางภาษีอากร เว้นแต่ผู้ร้องอ้างว่ามาตรการทางภาษีเกี่ยวข้อกับการเวนคืนอาจร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการ เฉพาะถ้า (เอ) ผู้ร้องแจ้งถึงเจ้าหน้าที่ทางภาษีอากรของทั้งสองรัฐ คู่ภาคีเป็นลายลักษณ์อักษรในประเด็นว่ามาตรการภาษีอากรเป็นการเวนคืนหรือไม่ และ (บี) ภายใน 180 วันหลังจากวันที่มีการแจ้งนั้น เจ้าหน้าที่ทางภาษีอากรของทั้งสองรัฐคู่ภาคีมิได้เห็นร่วมกันว่ามาตรการทางภาษีอากรนั้นมิใช่การเวนคืน”¹⁰⁸

Protection of Investments: “Compensation shall: (a) be equivalent to fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation occurred. The fair market value shall not reflect any change in value because the intended expropriation had become publicly known earlier; (b) be paid without delay; (c) include interest at a commercially reasonable rate, from the date of expropriation until the date of actual payment; and (d) be fully realizable and freely transferable.”

¹⁰⁸ Article 21 (3) (Taxation) of Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2008): “Article 6 (Expropriation and Compensation) shall apply to all taxation measures, except that a claimant that assert that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under section b only if: (a) the claimant has first

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติยกเว้นที่จะใช้ความตกลงนั้นต่อมาตรการของรัฐเพื่อควมมีเสถียรภาพทางการเงิน ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐอุซเบกิสถานซึ่งบัญญัติว่า “แม้ว่ามีข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงนี้ รัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกขัดขวางในการใช้มาตรการเพื่อควมมีเสถียรภาพทางการเงิน รวมถึงมาตรการที่คุ้มครองนักลงทุน ผู้ฝาก ผู้เอาประกันภัย หรือบุคคลที่กิจการให้บริการทางการเงินมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินให้ หรือเพื่อประกันความมั่นคงหรือควมมีเสถียรภาพของระบบทางการเงิน”¹⁰⁹

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติยกเว้นที่จะใช้ความตกลงนั้นต่อมาตรการของรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันสอดคล้องกับความตกลงองค์การการค้าโลก ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐโคลอมเบียซึ่งบัญญัติว่า “ข้อบทเรื่องการเวนคืนไม่บังคับใช้กับการให้อนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือการเพิกถอน การจำกัดและการก่อกำเนิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ซึ่งการออกหรือการเพิกถอนหรือการจำกัดและการก่อกำเนิดสิทธินั้นสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า”¹¹⁰

referred to the competent tax authorities of both parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and (b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.”

¹⁰⁹ Article 19 of Agreement between Japan and the Republic of Uzbekistan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment: “Notwithstanding any other provisions of this agreement, a party shall not be prevented from taking measures relating to financial services for prudential reason, including measures for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by an enterprise supplying financial services, or to ensure the integrity and stability of the financial system.”

¹¹⁰ Article 11 (5) of Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment: “The provisions of this article do not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with the TRIPS Agreement.”

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติยกเว้นที่จะใช้ความตกลงนั้นต่อมาตรการของรัฐเพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐสโลวาเกียซึ่งบัญญัติว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐคู่ภาคีในการดำเนินการใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นต่อการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง (1) เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าอาวุธหรืออาวุธยุทธภัณฑ์และอุปกรณ์ในสงคราม หรือการลักลอบค้าและธุรกรรมในสินค้าหรือวัสดุหรืออุปกรณ์หรือบริการหรือเทคโนโลยีที่ดำเนินการโดยตรงหรือโดยอ้อมเพื่อวัตถุประสงค์การเจ้าหน้าที่กองกำลังทหารหรือการจัดตั้งความมั่นคงอื่นๆ (2) ในขณะที่มีสงครามหรือภาวะฉุกเฉินอื่นๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (3) เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามนโยบายแห่งรัฐ หรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการห้ามแพร่กระจายอาวุธนิวเคลียร์หรืออุปกรณ์ระเบิดนิวเคลียร์อื่นๆ”¹¹¹

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติยกเว้นที่จะใช้ความตกลงนั้นต่อมาตรการของรัฐเพื่อปกป้องวัฒนธรรมของชาติ ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐเช็ก ซึ่งบัญญัติว่า “การลงทุนในอุตสาหกรรมทางวัฒนธรรมนั้นได้รับยกเว้นจากข้อบทในความตกลงฉบับนี้ ทั้งนี้ “อุตสาหกรรมทางวัฒนธรรม” หมายถึงบุคคลที่เข้าไปดำเนินกิจกรรมดังต่อไปนี้ (เอ) การจัดพิมพ์ การจัดจำหน่าย หรือขายหนังสือ นิตยสาร นิตยสารที่ออกตามกำหนดเวลา หรือหนังสือพิมพ์ในรูปแบบพิมพ์หรือในรูปแบบที่สามารถอ่านได้โดยเครื่อง แต่ไม่รวมถึงกิจกรรมการพิมพ์หรือเรียงพิมพ์เพียงอย่างเดียวของสิ่งทีกล่าวก่อนหน้านี้อย่างใดอย่างหนึ่ง (บี) การผลิต การจำหน่าย การขาย หรือนิทรรศการฟิล์มภาพหรือการบันทึกวิดีโอ (ซี) การผลิต การจำหน่าย การขาย หรือนิทรรศการเกี่ยวกับเสียงหรือการบันทึกเพลงด้วยวิดีโอ (ดี) การจัดพิมพ์ การจัดจำหน่าย การขาย หรือนิทรรศการดนตรีในรูปแบบพิมพ์

¹¹¹ Article 13 (5) (General Exception) of Agreement between Canada and Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments: “Nothing in this agreement shall be construed:...(b) to prevent any contracting party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests: (1) relating to traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment; (2) taken in time of war or other emergency in international relations, or (3) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices.”

หรือในรูปแบบที่สามารถอ่านได้โดยเครื่อง หรือ (อี) การสื่อสารวิทยุ ซึ่งมีการส่งสัญญาณเพื่อการรับฟังโดยตรงโดยสาธารณชนทั่วไป และการดำเนินการออกอากาศทางวิทยุ โทรทัศน์ หรือทางสายทั้งปวง และการบริการข่าวยานการออกอากาศ และการจัดรายการทางดาวเทียมทั้งปวง”¹¹²

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนบัญญัติยกเว้นที่จะใช้ความตกลงนั้นต่อมาตรการของรัฐเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม ดังเช่นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างระหว่างสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือกับสาธารณรัฐโคลอมเบียบัญญัติว่า “ความตกลงนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐคู่ภาคีที่ใช้หรือมีหรือใช้บังคับมาตรการใดๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมอันมั่นใจว่ากิจกรรมการลงทุนในดินแดนนั้นดำเนินไปในลักษณะที่ตระหนักถึงสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้มาตรการนั้นต้องไม่เลือกปฏิบัติและได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์”¹¹³ ซึ่งในความตกลงฉบับเดียวกันนี้ยังบัญญัติในข้อบทเรื่องการเวนคืนว่ามาตรการเพื่อสาธารณสุข ความปลอดภัย และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมอีกด้วย ดังบัญญัติว่า “มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติของรัฐคู่ภาคีที่ใช้โดยมีเหตุผลวัตถุประสงค์

¹¹² Article 9 (7) of (General Exception) of Agreement between Canada and Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments: “Investments in cultural industries are exempt from the provisions of this agreement. “Cultural industries” means natural persons or enterprises engaged in any of the following activities: (a) the publication, distribution, or sale of books, magazines, periodicals or newspaper in print or machine readable form but not including the sole activity of printing or typesetting any of the foregoing; (b) the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings; (c) the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings; (d) the publication, distribution, sale or exhibition of music in print or machine readable form; or (e) radio communications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television or cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services.”

¹¹³ Article 8 (investment and environment) of Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments (2010): “Nothing in this agreement shall be construed to prevent a party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns, provide that such measures are non-discriminatory and proportionate to the objective sought.”

สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคม (มีความหมายสอดคล้องกับ 'วัตถุประสงค์สาธารณะ') รวมถึง เหตุผลสาธารณสุข ความปลอดภัย และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ใช้ด้วยความสุจริต ทั้งมิได้ตาม ความอำเภอใจและมีได้ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์นั้น ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม"¹¹⁴ ซึ่ง จากความในข้อบทนี้ได้แสดงให้เห็นว่ามาตรการของรัฐที่มีวัตถุประสงค์สาธารณะหรือประโยชน์ ทางสังคมนั้นจะไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ต่อเมื่อใช้มาตรการอย่างไม่เลือกปฏิบัติ (non-discriminatory basis) และด้วยความสุจริต (good faith) อันมิได้แอบแฝงการเวนคืน และไม่ตาม อำเภอใจ (not arbitrary) และได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ (not disproportionate) ทั้งนี้ นอกจาก จะบัญญัติอยู่ในข้อบทการเวนคืนแล้ว บางทีอาจจะบัญญัติอยู่ในภาคผนวกของความตกลงทวิ ภาคี้เกี่ยวกับการลงทุน เช่น ในภาคผนวกบีแห่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐรวันดา¹¹⁵ หรือในของภาคผนวกเอแห่งความตกลงเพื่อการ ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐเช็ก¹¹⁶ เป็นต้น

¹¹⁴ Article 6 2) (c) (expropriation) of Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments: "non-discriminatory measures that the contracting parties take for reasons of public purpose or social interest (which shall have a meaning compatible with that of "public purpose") including for reasons of public health, safety, and environmental protection, which are taken in good faith, which are not arbitrary, and which are not disproportionate in light of their purpose, shall not constitute indirect expropriations."

¹¹⁵ ๓ 4) (b) of Annex B of Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2008): "Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations."

¹¹⁶ ๓ (c) of Annex A of Agreement between Canada and the Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments: "Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a contracting party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations."

อย่างไรก็ดี ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่ทำขึ้นในยุคนี้ได้กำหนดว่ารัฐต้องจ่ายค่าชดเชยทันที เพียงพอและมีประสิทธิผลให้นักลงทุนในกรณีที่รัฐทำการผูกขาดทางการค้าโดยมีวัตถุประสงค์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคม¹¹⁷ เช่น ในมาตรา 4 (5) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโคลอมเบียกับสาธารณรัฐประชาชนจีนบัญญัติว่า “ภายใต้ข้อบทการเวนคืนนี้ รัฐคู่ภาคีอาจทำการผูกขาดทางการค้าเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคม ทั้งนี้ นักลงทุนจะได้รับค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอ และมีประสิทธิผลอันพิจารณาเงื่อนไขที่บัญญัติในข้อบทนี้”¹¹⁸

ในการออกมาตรการของรัฐต่างๆ นั้นมักอ้างถึงวัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะซึ่งแท้จริงแล้วอาจถือว่าการเวนคืนทางอ้อมก็ได้ และจากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและแคนาดาในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ จึงทำให้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่ทำขึ้นในยุคหลังๆ ซึ่งมีสหรัฐอเมริกาและแคนาดาเป็นรัฐคู่ภาคีนั้นกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการควบคุมของรัฐนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ไว้ โดยบัญญัติไว้ในภาคผนวกของความตกลงนั้นๆ เช่น ในภาคผนวกบีของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐรวันดาบัญญัติว่า “ในการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีในสถานการณ์ข้อเท็จจริงเฉพาะนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆ รวมถึง (1) การกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล แต่ถึงแม้มีข้อเท็จจริงว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจัยนี้เพียงอย่างเดียวยังไม่ถือได้ว่ามี การเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ (2) ขอบเขตการกระทำของรัฐที่แทรกแซงต่อความ

¹¹⁷ เช่น Article 11 (6) of Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment; Article 6 (6) of Agreement between the Republic of Columbia and the Republic India for the Promotion and Protection of Investments

¹¹⁸ Article 4 (5) of Agreement between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments (2008): “Subject to the present article, the contracting parties may establish state monopolies provided that it is for public purposes or social interest. In this event, the investor shall receive a prompt, adequate and effective compensation, considering the conditions prescribed in the present article.”

คาดหวังอย่างสมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และ (3) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล”¹¹⁹ หรือในภาคผนวกเอของความเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับสาธารณรัฐสโลวาเกียบัญญัติว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกัน อย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัย (1) การกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง แต่ถึงแม้มีข้อเท็จจริงว่ามาตรการหนึ่งหรือหลาย มาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจ ของการลงทุน ปัจจัยนี้เพียงอย่างเดียวยังไม่ถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ (2) ขอบเขต ที่มาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องแทรกแซงต่อความคาดหวังอย่าง สมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และ (3) ลักษณะของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่ เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง รวมถึงวัตถุประสงค์และมูลเหตุ”¹²⁰

¹¹⁹ 4) (a) of Annex B (Expropriation) of Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2008): “The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.”

¹²⁰ b) of Annex A (Clarification of Indirect Expropriation) of Agreement between Canada and the Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investment (2010): “The determination of whether a measure or series of measures of a contracting party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that the measure or series of measures of a contracting party have an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable, investment-backed expectations; and (iii) the character of the measure or series of measures, including their purpose and rationale.”

นอกจากนี้ ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่สาธารณรัฐโคลอมเบียเป็นรัฐคู่ภาคีได้บัญญัติเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ในข้อบทการเวนคืนแทนการบัญญัติไว้ในภาคผนวกของความตกลงนั้น เช่น ในมาตรา 4 2) (b) (เรื่องการเวนคืน) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโคลอมเบียกับสาธารณรัฐประชาชนจีนบัญญัติว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบ 1) การกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ดี เพียงมีข้อเท็จจริงแล้วว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนนั้น ยังไม่พอถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ 2) ขอบเขตของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องและการแทรกแซงต่อความคาดหวังที่สมเหตุสมผลหรือที่แตกต่างชัดเจนเกี่ยวกับการลงทุน”¹²¹ หรือในมาตรา 6 2) (b) (เรื่องการเวนคืน) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐโคลอมเบียกับสาธารณรัฐอินเดียบัญญัติว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบ ปัจจัย 1) การกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ดี เพียงมีข้อเท็จจริงแล้วว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนนั้น ยังไม่พอถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ 2) ขอบเขตของมาตรการเลือกปฏิบัติในการใช้บังคับต่อนักลงทุนหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคี หรือ 3) ขอบเขตของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องและการแทรกแซงต่อความคาดหวังที่สมเหตุสมผลหรือที่ชัดเจนเกี่ยวกับการลงทุน 4)

¹²¹ Article 4 2) (b) of Agreement between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments (2008): “The determination of whether a measure or series of measures of a contracting party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry considering: 1) the economic impact of the measure or series of measures, however, the sole fact of a measure or series of measures having adverse effects on the economic value of an investment does not imply that an indirect expropriation has occurred; 2) the scope of the measure or series of measures and their interference on the reasonable and distinguishable expectations concerning the investment.”

ลักษณะและเจตนาของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ มีวัตถุประสงค์สาธารณะที่แท้จริงหรือไม่ และมีการเชื่อมโยงที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการกับเจตนาเวนคืนหรือไม่¹²² หรือในมาตรา 6 2) (b) (เรื่องการเวนคืน) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือกับสาธารณรัฐโคลอมเบียบัญญัติว่า “ในการตัดสินว่ามาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆที่มีใช้เพียงแต่ขอบเขตของมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องและการแทรกแซงต่อความคาดหวังที่สมเหตุสมผลหรือที่แตกต่างชัดเจนเกี่ยวกับการลงทุน”¹²³ เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าเกณฑ์ที่สำคัญคือ 1) ต้องกระทบต่อเศรษฐกิจของการลงทุน 2) แทรกแซงความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของนักลงทุน ซึ่งความคาดหวังนี้ต้องแน่นอนอย่างชัดเจนแล้วอันมิใช่เป็นแค่ความหวังของนักลงทุน และความสมเหตุสมผลนี้อनुญาโตตุลาการจะเป็นผู้ชี้หน้า¹²⁴ และ 3) ลักษณะของมาตรการ เช่น การ

¹²² Article 6 2) (b) of Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments (2009): “The determination of whether a measure or series of measures of a contracting party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry considering: 1) the economic impact of the measure or series of measures, however, the sole fact of a measure or series of measures having adverse effects on the economic value of an investment does not imply that an indirect expropriation has occurred; 2) the extent to which the measures are discriminatory either in scope or in application with respect to an investor or an entity of a party; 3) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations concerning the investment; 4) the character and intent of the measure or series of measures, whether they are for bona fide public interest purposes or not and whether there is a reasonable nexus between them and the intention to expropriate.”

¹²³ Article 6 2) (b) of Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments (2010): “the determination of whether a measure or series of measures of a contracting party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry into various factors including, but not limited to the scope of the measure or series of measures and their interference with the reasonable and distinguishable expectations concerning the investment.”

¹²⁴ Jeswald W. Salacuse, The law of investment treaties (New York: Oxford University Press, 2010), p. 313.

เลือกปฏิบัติ ความตามอำเภอใจ และรวมถึงความได้สัดส่วนของมาตรการกับเจตนา ทั้งนี้ จุดประสงค์หนึ่งของการบัญญัติเกณฑ์ที่ใช้แยกแยะระหว่างการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ออกจากกฎเกณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Regulation) ไว้ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของสหรัฐอเมริกาและของแคนาดานั้นคือ เพื่อบังคับและให้แนวทางแก่องค์คณะอนุญาโตตุลาการที่ดีความการเวนคืนทางอ้อม¹²⁵

3.2 ข้อบทเรื่องการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs)

ความตกลงการค้าเสรีมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการเปิดตลาดการค้าและการบริการ รวมถึงการลงทุนระหว่างรัฐภาคีด้วยเพราะการลงทุนระหว่างประเทศมีความเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนก็เป็นบทหนึ่งในเรื่องการลงทุนที่บัญญัติอยู่ในความตกลงการค้าเสรีนั้น ซึ่งต่างกับความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่มีเพียงการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาเน้นที่จะทำความตกลงการค้าเสรีโดยมีทั้งในระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาค ในระดับทวิภาคีก็ดังเช่น ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสิงคโปร์¹²⁶ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับชิลี¹²⁷ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับออสเตรเลีย¹²⁸ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับโมร็อกโก¹²⁹ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับโอมาน¹³⁰ ความตกลงการค้าเสรี

¹²⁵ Ibid., p. 320.

¹²⁶ US-Singapore Free Trade Agreement (Signed on 6 May 2003, entered into force on 1 January 2004)

¹²⁷ US-Chile Free Trade Agreement (Signed on 6 June 2003, entered into force on 1 January 2004)

¹²⁸ US-Australia Free Trade Agreement (Signed on 18 May 2004, entered into force on 1 January 2005)

¹²⁹ US-Morocco Free Trade Agreement (Signed on 15 June 2004, entered into force on 1 January 2006)

¹³⁰ US-Oman Free Trade Agreement (Signed on 19 January 2006, entered into force on 1 January 2009)

ระหว่างสหรัฐอเมริกากับเปรู¹³¹ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับโคลอมเบีย¹³² ส่วนในระดับภูมิภาคก็เช่นความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA) นอกจากนี้แล้ว ในภูมิภาคอื่นๆและประเทศต่างๆได้ทำความตกลงการค้าเสรีกัน รวมถึงประเทศไทยที่เริ่มเจรจาความตกลงการค้าเสรีในปี ค.ศ. 2002

การคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติจากการเวนคืนของรัฐคู่ภาคีนั้นปรากฏอยู่ในบทการลงทุนของความตกลงการค้าเสรี (FTAs)

3.2.1 การเวนคืนทางอ้อมในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA)¹³³

ในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือบัญญัติให้มีการคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติจากการเวนคืนไว้ในบทที่ 11 เรื่องการลงทุน ทั้งนี้ มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนเกิดขึ้นมากภายใต้ความตกลงนี้ ทั้งสหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโกต่างก็ถูกฟ้องร้องต่ออนุญาโตตุลาการมาแล้วทั้งสิ้น¹³⁴

¹³¹ US-Peru Free Trade Agreement (Signed on 12 April 2006, entered into force on 1 February 2009)

¹³² US-Colombia Free Trade Agreement (Signed on 22 November 2006, The United States Congress passed on 12 October 2011)

¹³³ เป็นความตกลงการค้าเสรีที่ทำโดยสหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโก ในวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 1991 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994

¹³⁴ เช่น คดี R. Loewen & Loewen Corp v. the United States of America คดี Mondev International Limited v. the United States of America คดี Methanex Corporation v. the United States of America คดี Canfor Corp v. the United States of America หรือคดี Ethyl Corporation v. Canada คดี S.D. Myers Inc. v. Canada คดี Pope&Talbot Inc. v. Canada คดี Sun Belt Inc. v. Canada หรือคดี Metaclad Corporation v. the United Mexican States คดี Waste Management Inc. v. the United Mexican States คดี Marvin Roy Feldman Karpa v. the United Mexican States คดี Adams et al. v. the United Mexican States คดี Fireman's Fund v. the United Mexican States คดี GAMI Investments Inc. v. the United Mexican States คดี International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States

3.2.1.1 การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

การเวนคืนทางอ้อมบัญญัติอยู่ในมาตรา 1110 (1) ข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยโดยใช้คำว่าเวนคืนทางอ้อม (indirectly expropriate) และมาตรการที่เท่ากับการเวนคืน (a measure tantamount to expropriation) ดังที่บัญญัติว่า “รัฐภาคีจะไม่โอนเป็นของรัฐหรือเวนคืนทางตรงหรือทางอ้อมซึ่งการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในดินแดนของรัฐนั้น หรือใช้มาตรการที่เท่ากับการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนการลงทุนนั้น เว้นแต่ (เอ) เพื่อประโยชน์สาธารณะ (บี) บนหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (ซี) ด้วยกระบวนการทางกฎหมายและมาตรา 1105 และ (ดี) การจ่ายค่าชดเชยตามย่อหน้า (2) ถึง (6)”¹³⁵

ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือมิได้ห้ามรัฐทำการเวนคืนทางตรงและทางอ้อม แต่ได้กำหนดเงื่อนไขการเวนคืนไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการจ่ายค่าชดเชย ซึ่งจะต้องเป็นมูลค่าราคาตลาด (Fair Market Value) โดยกำหนดว่า ให้คำนวณมูลค่าทรัพย์สินรวมถึงภาษีและดอกเบี้ยหรือกำไรในอนาคต (going concern value) ทั้งนี้ต้องจ่ายค่าชดเชยไม่ล่าช้าและจ่ายดอกเบี้ยให้ตั้งแต่วันที่เวนคืนจนถึงวันที่มีการจ่ายค่าชดเชยจริง ประกอบกับต้องเป็นค่าชดเชยที่ใช้ได้ประโยชน์ทันทีและโอนได้อย่างเสรี¹³⁶

¹³⁵ Article 1110 (1) (Expropriation and Compensation) of North America Free Trade Agreement: “No Party may directly or *indirectly nationalize or expropriate* an investment of an investor of another Party in its territory or *take a measure tantamount to nationalization or expropriation* of such an investment (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraph 2 through 6.”

¹³⁶ ดู Article 1110 (Expropriation and Compensation) of North America Free Trade Agreement: (2) “Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“date of expropriation”), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.” (3) “Compensation shall be paid without delay and be fully realizable.” (4) “If payment is made in a G7 currency, compensation shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency

3.2.1.2 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

รัฐยังคงอำนาจที่จะออกมาตรการทางสิ่งแวดล้อมอันเป็นการใช้อำนาจควบคุมทั่วไปที่ไม่ต้องปฏิบัติตามบทการลงทุน ดังที่มาตรา 1114 ข้อบทมาตรการสิ่งแวดล้อมบัญญัติว่า “บทการลงทุนนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐภาคีจากการใช้หรือมีหรือบังคับใช้มาตรการใดๆที่มีสอดคล้องกับบทการลงทุนนี้ ซึ่งพิจารณาเห็นว่าควรเพื่อให้มั่นใจได้ว่ากิจกรรมการลงทุนในดินแดนของรัฐภาคีดำเนินการไปในลักษณะที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อม”¹³⁷

นอกจากนี้แล้วในมาตรา 1110 ข้อบทการเวนคืนและค่าชดเชยยังกำหนดให้การออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือการออก การเพิกถอน การจำกัดและการก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของรัฐอันสอดคล้องกับบททรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ นั้น ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการเวนคืน ดังที่บัญญัติในมาตรา 1110 (7) ว่า “ข้อบทเรื่องการเวนคืนไม่บังคับใช้กับการให้อุใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือการเพิกถอน การจำกัดและการก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ซึ่งการออกหรือการเพิกถอนหรือการจำกัดและการก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ 17 (ทรัพย์สินทางปัญญา) ในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ”¹³⁸

ในเฉพาะความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือได้กำหนดให้มาตรการทั่วไปที่ไม่เลือกปฏิบัติของรัฐอันสร้างต้นทุนให้กับลูกหนี้เงินเป็นเหตุให้ลูกหนี้ผิดสัญญาชำระหนี้ นั้นไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมในตราสารหนี้หรือเงินให้กู้ ดังที่บัญญัติว่า “เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 1110 นี้

from the date of expropriation until the date of actual payment.” (6) “On payment, compensation shall be freely transferable as provided in Article 1109.”

¹³⁷ Article 1114 (1) (Environmental Measures) of North America Free Trade Agreement: “Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.”

¹³⁸ Article 1110 (7) of North America Free Trade Agreement: “This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter Seventeen (Intellectual Property).”

มาตรการที่ใช้บังคับใช้ทั่วไปอย่างไม่เลือกปฏิบัตินั้นจะไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่เท่ากับการเวนคืนตราสารหนี้หรือเงินให้กู้ที่ครอบคลุมอยู่ในบทความการลงทุน ซึ่งสาเหตุมีเพียงว่ามาตรการของรัฐกำหนดต้นทุนให้กับลูกหนี้จนเป็นเหตุให้ลูกหนี้ผิดสัญญาชำระหนี้”¹³⁹

จากประสบการณ์ของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ทำให้ในความตกลงการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำขึ้นในระยะหลังนี้มีการกำหนดเกณฑ์แยกระหว่างการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) กับกฎเกณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Regulation) เพื่อใช้ในการตีความโดยบัญญัติเป็นเชิงอรรถไว้ที่ข้อบทการเวนคืนว่าให้ตีความตามเอกสารแลกเปลี่ยนเรื่องการเวนคืน หรือที่ในความตกลงหลายฉบับบัญญัติว่าให้ตีความตามภาคผนวกเรื่องการเวนคืน ดังเช่นความตกลงการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับสิงคโปร์¹⁴⁰ ชิลี¹⁴¹ ออสเตรเลีย¹⁴² โมร็อกโก¹⁴³ โอมาน¹⁴⁴ เปรู¹⁴⁵ โคลอมเบีย¹⁴⁶ เป็นต้น ซึ่งเกณฑ์ที่กำหนดไว้นี้มี 3 ประการเช่นเดียวกันกับความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน

¹³⁹ Article 1110 (8) of North America Free Trade Agreement: “For purposes of this Article and for greater certainty, a non-discriminatory measure of general application shall not be considered a measure tantamount to an expropriation of a debt security or loan covered by this Chapter solely on the ground that the measure imposes costs on the debtor that cause it to default on the debt.”

¹⁴⁰ บัญญัติว่า “Article 15.6 (expropriation) is to be interpreted in accordance with the letter exchange on customary international law and the letter exchange on expropriation, and is subject to the letter exchange on land expropriation.”

¹⁴¹ บัญญัติว่า “For greater certainty, Article 10.9 (expropriation and compensation) shall be interpreted in accordance with Annex 10-A and Annex 10-D.”

¹⁴² บัญญัติว่า “Article 11.7 (expropriation and compensation) shall be interpreted in accordance with Annexes 11-A and 11-B.”

¹⁴³ บัญญัติว่า “Article 10.6 (expropriation and compensation) shall be interpreted in accordance with Annexes 10-A and 10-B.”

¹⁴⁴ บัญญัติว่า “Article 10.6 (expropriation and compensation) shall be interpreted in accordance with Annexes 10-A and 10-B.”

¹⁴⁵ บัญญัติว่า “Article 10.7 (expropriation and compensation) shall be interpreted in accordance with Annex 10-B.”

¹⁴⁶ บัญญัติว่า “Article 10.7 (expropriation and compensation) shall be interpreted in accordance with Annex 10-B.”

ของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2004¹⁴⁷ คือ (1) การกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล แต่ถึงแม้มีข้อเท็จจริงว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจุบันนี้เพียงอย่างเดียวยังไม่ถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ (2) ขอบเขตการกระทำของรัฐที่แทรกแซงต่อความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และ (3) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล¹⁴⁸ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติในภาคผนวกนี้ได้ระบุถึงข้อยกเว้นสำหรับสภาพการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก (except in rare circumstances) ที่หมายความว่าแม้รัฐจะสามารถดำเนินมาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะในด้านสาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมอันไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม แต่หากเป็นสภาพการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนักแล้วก็จะถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม อนึ่ง การตีความว่ากรณีใดจะเข้าข่ายเป็นสภาพการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนักนั้นยังไม่มี ความชัดเจน เนื่องจากยังไม่มีกรณีขบขេตว่ามีความหมายครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง¹⁴⁹

3.2.2 การเวนคืนทางอ้อมในความตกลงการค้าเสรีที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement: TAFTA)¹⁵⁰ เป็นความตกลงการค้าเสรีฉบับแรกของไทยที่มีการบังคับใช้ และต่อมาประเทศไทยได้ทำความตกลงการค้าเสรีกับอีกหลายประเทศ อาทิเช่น นิวซีแลนด์ (Thailand-New

¹⁴⁷ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 319.

¹⁴⁸ ดู 4) of Annex B (Expropriation) of United States of America Model Bilateral Investment Treaty (2004): "...(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action."

¹⁴⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, *รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยการค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐ, เสนอต่อกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ*, เมษายน 2549, หน้า 87-88.

¹⁵⁰ Thailand-Australia Free Trade Agreement (Signed on 5 July 2004, entered into force on 1 January 2005)

Zealand Closer Economic Partnership: TNZCEP)¹⁵¹ ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA)¹⁵² เป็นต้น ซึ่งในความตกลงการค้าเสรีนั้นครอบคลุมถึงการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนด้วย

นอกจากนี้ ประเทศประเทศไทยในฐานะเป็นประเทศสมาชิกอาเซียน (Association of Southeast Asian Nations: ASEAN) และเข้าร่วมลงนามในความตกลงการค้าเสรีอย่างต้องผูกพันตามความตกลงนั้นๆ ซึ่งมีดังนี้ ความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์¹⁵³ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจซึ่งครอบคลุมด้านต่างๆ ระหว่างรัฐบาลแห่งประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้กับสาธารณรัฐเกาหลี¹⁵⁴ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจซึ่งครอบคลุมด้านต่างๆ ระหว่างสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้กับสาธารณรัฐประชาชนจีน¹⁵⁵ และความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน¹⁵⁶ เป็นต้น

3.2.2.1 การเวนคืนทางอ้อมในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทย

ในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทย (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) บัญญัติให้มีการคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติจากการเวนคืนไว้ในบทที่ 8 เรื่องการลงทุน

¹⁵¹ Thailand-New Zealand Closer Economic Partnership (Signed on 19 April 2005, entered into force on 1 July 2005)

¹⁵² Japan-Thailand Economic Partnership Agreement (Signed on 3 April 2007, entered into force on 1 November 2007)

¹⁵³ Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area (entered into force on 12 March 2010)

¹⁵⁴ Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea (entered into force on 31 October 2009)

¹⁵⁵ Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China (entered into force on 27 January 2009)

¹⁵⁶ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)

1) การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

การเวนคืนทางอ้อมอยู่ในมาตรา 102 ข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชย โดยใช้คำว่ามาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืน (measure equivalent to expropriation) ดังบัญญัติว่า “รัฐภาคีจะไม่เวนคืนหรือโอนการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายอันอยู่ในดินแดนของตนมาเป็นของรัฐ หรือใช้มาตรการใดๆที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ เว้นแต่ (เอ) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (บี) บนหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (ซี) เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย (ดี) จ่ายค่าชดเชยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ”¹⁵⁷ ทั้งนี้ การจ่ายค่าชดเชยจะต้องเป็นมูลค่าราคาตลาดในขณะเวลาที่ประกาศเรื่องการเวนคืนต่อสาธารณชนหรือเมื่อเกิดการเวนคืนขึ้น และจะต้องจ่ายค่าชดเชยอย่างไม่ชักช้าพร้อมด้วยดอกเบี้ย และค่าชดเชยนั้นจะต้องใช้ได้ประโยชน์อย่างมีประสิทธิภาพ โอนได้อย่างเสรี แลกเปลี่ยนได้อย่างเสรี¹⁵⁸

ในความตกลงฉบับนี้ได้ให้คำนิยามของคำว่ามาตรการว่า “หมายถึงมาตรการใดๆของรัฐภาคีในรูปของกฎหมาย กฎเกณฑ์ กฎ การดำเนินการ คำตัดสิน การกระทำทางปกครอง

¹⁵⁷ Article 102 (1) of Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: “Neither Party shall expropriate or nationalize investments in its Area of investors of the other Party or take *any measure equivalent to expropriation* or nationalisation (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law; and (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation.”

¹⁵⁸ ดู Article 102 of Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: (2) “Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments at the time when the expropriation was publicly announced or when the expropriation occurred, whichever is the earlier. The fair market value shall not reflect any change in market value occurring because the expropriation had become publicly known earlier.” (3) “The compensation shall be paid without delay and shall carry an appropriate interest, in accordance with the laws and regulations of the Party making the expropriation. It shall be effectively realisable and freely transferable in a freely usable currency and shall be freely convertible, at the market exchange rate prevailing on the date of the expropriation, into the currency of the Party of the investors concerned and freely usable currencies.” (4) “The investors affected by expropriation shall have a right of access to the courts of justice or the administrative tribunals or agencies of the Party making the expropriation to seek a prompt review of the investor’s case and the amount of compensation in accordance with the principles set out in this Article.”

หรือรูปแบบอื่นใด”¹⁵⁹ ซึ่งหากรัฐออกมาตรการในรูปแบบดังกล่าวออกมาแล้วก็อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้

2) ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

ถึงแม้ว่ารัฐได้ทำความความตกลงการค้าเสรีโดยยอมที่จะลดหย่อนผ่อนปรนกฎเกณฑ์ต่างๆลงเพื่อสนับสนุนเปิดตลาดการค้าการบริการและการลงทุนระหว่างรัฐภาคี ประกอบกับการให้ความสำคัญคุ้มครองการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐภาคีจากการเวนคืนก็ตาม รัฐต่างๆก็ยังคงอำนาจในการที่จะออกหรือแก้ไขกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ตามปกติที่เป็นอำนาจควบคุมของรัฐนั้นอยู่ ทั้งนี้ รัฐภาคีอาจที่จะบัญญัติลงในบทการลงทุนของความตกลงการค้าเสรีว่าให้ยกเว้นการใช้บังคับข้อบทการเวนคืนต่อบางมาตรการของรัฐก็ได้ ดังปรากฏในมาตรา 110 ที่กำหนดว่าให้นำมาตรา 102 ซึ่งเป็นข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยนั้นมาใช้บังคับต่อมาตรการภาษีของรัฐก็เฉพาะแต่ในกรณีทีหลังจากนักลงทุนยื่นให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจของรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายพิจารณาว่ามาตรการทางภาษีเป็นการเวนคืนหรือไม่และเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจของรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายดังกล่าวมิได้วินิจฉัยว่ามาตรการทางภาษีนั้นมิใช่การเวนคืน¹⁶⁰

¹⁵⁹ ดู Article 91 (I) of Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: “the term “measure” means any measure by a Party whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action or any other form.”

¹⁶⁰ ดู Article 110 (Tax Measures as expropriation) of Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: 1) “Article 102 shall not apply to taxation measures, to the extent that such taxation measures constitute expropriation as provide for in paragraph 1 of article 102” 2) “where paragraph 1 above applies, article 94 and 106 shall also apply in respect of taxation measures.” 3) “(a) no investor may invoke article 102 as the basis for an investment dispute under article 106, where it has been determined pursuant to subparagraph (b) below that the measure is not an expropriation; (b) the investor who seeks to invoke article 102 with respect to taxation measure shall refer to the issue, at the time that it gives a written request under paragraph 5 of article 106, to the competent authorities of both parties to determine whether such a measure is not an expropriation. If the competent authorities of both parties do not consider the issue or, having considered it, fail to determine that the measure is not expropriation within period of 180 days of such referral, the investor may submit its claim to arbitration under article 106; (c)...”

นอกจากนี้ ในบทการลงทุนของความตกลงการค้าเสรีฉบับนี้ให้ยกเว้นการใช้บังคับข้อบทการเวนคืนต่อมาตรการของรัฐเพื่อควมมีเสถียรภาพทางการเงิน ดังที่บัญญัติในมาตรา 109 ว่า “แม้ว่ามีข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงนี้ รัฐภาคีจะไม่ถูกขัดขวางในการใช้ (เอ) มาตรการเพื่อควมมีเสถียรภาพทางการเงิน รวมถึงการคุ้มครองนักลงทุน ผู้ฝาก ผู้เอาประกันภัย หรือบุคคลที่สถาบันการเงินมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินให้ หรือเพื่อประกันความมั่นคงหรือควมมีเสถียรภาพของระบบทางการเงิน หรือ (บี) มาตรการเพื่อให้ความมั่นใจว่ามีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยน”¹⁶¹

3.2.2.2 การเวนคืนทางอ้อมในความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

ความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ (Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: AANZFTA) ได้ให้การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐภาคีโดยบัญญัติอยู่ในบทที่ 11 เรื่องการลงทุน

1) การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

การเวนคืนทางอ้อมปรากฏอยู่ในมาตรา 9 (1) ข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยโดยใช้คำว่ามาตรการเทียบเท่าการเวนคืน (measure equivalent to expropriation) ดังที่บัญญัติว่า “รัฐภาคีจะไม่เวนคืนหรือโอนการลงทุนที่ครอบคลุมมาเป็นของรัฐทั้งทางตรงหรือโดยมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะ ในลักษณะที่ไม่เลือกปฏิบัติ มีการจ่ายค่าชดเชยที่ทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล และเป็นไปตาม

¹⁶¹ Article 109 (Prudential Measures and Measures to Ensure the Stability of the Macroeconomy or the Exchange Rate) of Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: “Notwithstanding any other provisions of this Chapter, a party shall not be prevented from taking: (a) measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by an enterprise supplying financial services, or to ensure the integrity and stability of the financial system; or (b) measures to ensure the stability of the macroeconomy or the exchange rate.”

กระบวนการทางกฎหมาย”¹⁶² และมาตรการของรัฐนี้มีความหมายถึง มาตรการในรูปของกฎหมาย กฎเกณฑ์ กฎ การดำเนินการ คำตัดสิน การกระทำทางปกครอง¹⁶³ ทั้งนี้ มาตรการของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนนั้นต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุน ดังที่บัญญัติอยู่ในย่อหน้าแรกของภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืนและคำชัดเจนว่า “การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องของรัฐภาคนั้นไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน เว้นแต่ว่าการกระทำนั้นแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินที่จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุนที่ครอบคลุม”¹⁶⁴ และในย่อหน้าที่สองของภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืนและคำชัดเจนนี้ยังได้อธิบายความแตกต่างระหว่างการเวนคืนกับการเวนคืนทางอ้อมโดยอธิบายว่าการเวนคืนทางตรงเป็นการโอนการลงทุนมาเป็นของรัฐหรือเวนคืนการลงทุนมาโดยการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือยึดทรัพย์โดยเปิดเผย ส่วนการเวนคืนทางอ้อมนั้นเป็นการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องของรัฐภาคีที่มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง โดยไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือยึดทรัพย์โดยเปิดเผย¹⁶⁵ ฉะนั้นแล้ว มาตรการของรัฐที่เป็นการเวนคืน

¹⁶² Article 9 (1) (Expropriation and Compensation) of Chapter 11 of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “A Party shall not expropriate or nationalise a covered investment either directly or through *measures equivalent to expropriation* or nationalisation (expropriation), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law.”

¹⁶³ ดู Article 2 (g) of Chapter 11 of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “measure means any measure by a Party whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action or any other form.”

¹⁶⁴ 1) of Annex on expropriation and compensation of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “An action or a series of related actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in a covered investment.”

¹⁶⁵ ดู 2) of Annex on expropriation and compensation of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “Article 9 (1) (Expropriation and Compensation) of Chapter 11 (Investment) addresses two situations: (a) the first situation is direct expropriation, where a covered investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and (b) the second situation is where an action or series of related actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

ทางอ้อมก็คือมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง ทั้งนี้ มาตรการที่เป็นการเวนคืนทางอ้อมนั้นจำเป็นต้องส่งผลกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญด้วย ดังที่ภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืนและค่าชดเชยนี้ได้ถือเอาเรื่องการกระทบทางเศรษฐกิจของการกระทำของรัฐ (“the economic impact of the government action”) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

2) ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

ในความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์นี้ ยอมรับสิทธิของรัฐในการใช้อำนาจควบคุมโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่นไม่นำข้อบทการเวนคืนมาใช้กับในกรณีที่รัฐใช้อำนาจบังคับต่อเจ้าของสิทธิบัตรยอมให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดผลิตสินค้าที่มีสิทธิบัตรในขณะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะอันตรายหรือความจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งตามมาตรา 31 ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) ให้อำนาจรัฐที่จะมีต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าของสิทธิบัตร แต่ทั้งนี้ก็ต้องมิใช่เพื่อการพาณิชย์ด้วย ดังที่ในมาตรา 9 (5) ได้บัญญัติว่า “ข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยนี้จะไม่ใช่บังคับกับการออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า”¹⁶⁶

นอกจากนี้แล้ว รัฐสามารถที่จะดำเนินมาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะในด้านสุขภาพ ด้านความปลอดภัย และด้านสิ่งแวดล้อมได้ ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ดังที่บัญญัติอยู่ในภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืนและค่าชดเชยว่า “การควบคุมของรัฐอย่างไม่เลือกปฏิบัติซึ่งถูกกำหนดและใช้เพื่อวัตถุประสงค์สวัสดิการสาธารณะที่อันชอบด้วยกฎหมาย เช่น การป้องกันด้านสาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”¹⁶⁷

¹⁶⁶ Article 9 (5) (Expropriation and Compensation) of Chapter 11 of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “This Article does not apply to the issuance of compulsory licences granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement.”

¹⁶⁷ 4) of Annex on expropriation and compensation of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are

บทที่ 11 เรื่องการลงทุนในความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์นี้ได้บัญญัติภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืนและค่าชดเชยมาใช้ตีความ มาตรา 9 ด้วยโดยระบุเป็นเชิงอรรถในมาตรา 9 ว่า “มาตรา 9 (ข้อบทการเวนคืนและค่าชดเชย) นี้ ให้ตีความตามภาคผนวกว่าด้วยการเวนคืนและค่าชดเชยของบทที่ 11”¹⁶⁸ ทั้งนี้ในภาคผนวกได้ กำหนดเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ไว้ โดยตรวจสอบ พื้นฐานข้อเท็จจริงรายคดีไป ดังที่บัญญัติว่า “ในการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายมาตรการที่ เกี่ยวข้องต่อเนื่องของรัฐภาคีในข้อเท็จจริงเฉพาะสถานการณ์ เป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้น ต้องตรวจสอบเป็นรายกรณีบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงโดยพิจารณาจากหลายปัจจัย รวมถึง (เอ) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำหนึ่งหรือ หลายการกระทำที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องของรัฐภาคีก่อให้เกิดผลเสียต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการ ลงทุนเพียงอย่างเดียว ก็จะไม่ถือว่ามี การเวนคืนเกิดขึ้น (บี) การกระทำของรัฐบาลเป็นการละเมิด สัญญาข้อผูกพันที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ไว้ก่อนหน้าต่อนักลงทุนหรือไม่ ไม่ว่าจะ เป็นไป ในรูป ของสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายใดๆ (ซี) ลักษณะการกระทำของรัฐบาลรวมถึง วัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น และการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับความมุ่งประสงค์ทางสาธารณะ หรือไม่”¹⁶⁹ ซึ่งในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ผ่านมาก็ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการ พิจารณาชี้ขาดคดีการเวนคืนทางอ้อม

designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment do not constitute expropriation of the type referred to in Paragraph 2(b).”

¹⁶⁸ เิงอรรถ 7 ในมาตรา 9 ของบทที่ 11 บัญญัติว่า “This Article shall be interpreted in accordance with this Chapter’s Annex on Expropriation and Compensation.”

¹⁶⁹ 3) of Annex on expropriation and compensation of Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area: “The determination of whether an action or series of related actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an expropriation of the type referred to in Paragraph 2(b) requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (a) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of related actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that such an expropriation has occurred; (b) whether the government action breaches the government’s prior binding written commitment to the investor whether by contract,

3.2.2.3 การเวนคืนทางอ้อมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)¹⁷⁰ เป็นการปรับปรุงความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (Agreement on the ASEAN Investment Area: AIA)¹⁷¹ ผนวกพร้อมกับความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Guarantee Agreement: IGA) เข้าไว้ด้วยกันเป็นฉบับเดียว ฉะนั้นในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนจึงประกอบด้วยด้วย 4 หลักใหญ่คือ การเปิดเสรีการลงทุน การให้ความคุ้มครองการลงทุน การส่งเสริมการลงทุน และอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน ทั้งนี้ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากความตกลงนี้คือนักลงทุนอาเซียนและต่างชาติที่มีกิจการอยู่ในอาเซียน

ในความตกลงนี้ได้ให้การคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนดังที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 14 ข้อบทการเวนคืนและค่าชดเชย

1) การเวนคืนทางอ้อมในข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

การเวนคืนทางอ้อมที่ปรากฏในมาตรา 14 (1) ใช้คำว่ามาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืน (measure equivalent to expropriation) โดยบัญญัติว่า “รัฐภาคีจะไม่เวนคืนหรือโอนการลงทุนที่ครอบคลุมเป็นของรัฐ ในทางตรงหรือโดยมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ เว้นแต่ (เอ) เพื่อความมุ่งประสงค์ทางสาธารณะ (บี) อยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ (ซี) มีการชำระค่าชดเชยโดยพลัน เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ และ (ดี) เป็นไปตาม

licence or other legal document; and (c) the character of the government action, including, its objective and whether the action is disproportionate to the public purpose.”

¹⁷⁰ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนลงนามโดยรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ณ ชะอำประเทศไทยในวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2009 และมีผลบังคับใช้เมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนให้สัตยาบันครบ 10 ประเทศ ทั้งนี้สำหรับประเทศไทยได้มีการลงนามไปโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ (พรทิวา นาคาศัย)

¹⁷¹ การดำเนินการเพื่อจัดตั้งเขตการลงทุนอาเซียนนั้นประกอบด้วยโครงการความร่วมมือ 3 โครงการ คือ โครงการความร่วมมือและการอำนวยความสะดวก (Co-operation and Facilitation Programme) โครงการส่งเสริมและสร้างความเข้าใจ (Promotion and Awareness Programme) และการเปิดเสรี (Liberalisation Programme)

กระบวนการโดยชอบตามกฎหมาย”¹⁷² ซึ่งคำว่ามาตรการ (measures) มีความหมายถึงมาตรการใดๆของรัฐภาคีในรูปแบบกฎหมาย กฎเกณฑ์ กฎ กระบวนการ คำตัดสิน การกระทำ หรือการปฏิบัติทางปกครองซึ่งออกมาหรือมีมาจากรัฐบาล หรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ หรือองค์กรที่มีใช้ของรัฐแต่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐบาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ¹⁷³ ทั้งนี้ การกระทำของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนนั้นต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือประโยชน์ในการลงทุน ดังที่ในวรรคแรกของภาคผนวกที่ 2 ว่าด้วยการเวนคืนและค่าชดเชย บัญญัติว่า “การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันต่อเนื่องของรัฐภาคีไม่สามารถก่อให้เกิดการเวนคืนได้ เว้นแต่การกระทำนั้นจะแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุนที่ครอบคลุม”¹⁷⁴ และในการเวนคืนทางตรงกับทางอ้อมนั้นก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยที่การเวนคืนทางอ้อมนั้นจะมีใช้การโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย ดังที่วรรค 2 ของภาคผนวกที่ 2 ว่าด้วยการเวนคืนและค่าชดเชยบัญญัติว่า “มาตรา 14 กล่าวถึง 2 สถานการณ์ คือ (เอ) สถานการณ์ที่หนึ่งคือ การลงทุนถูกโอนเป็นของรัฐหรือเวนคืนทางตรงโดยโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือยึดทรัพย์โดยเปิดเผย และ (บี) สถานการณ์ที่สองคือ การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องของรัฐภาคีมีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง โดยมีได้มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย”¹⁷⁵

¹⁷² Article 14 (1) (expropriation and compensation) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “A Member State shall not expropriate or nationalize a covered investment either directly or through *measure equivalent to expropriation* or nationalization (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law.”

¹⁷³ ดู Article 4 (f) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “‘measures’ means any measure of a Member State, whether in the form of laws, regulations, rules, procedures, decisions, and administrative actions or practice, adopted or maintained by: (i) central, regional or local government or authorities; or (ii) non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional or local government or authorities.”

¹⁷⁴ 1) of Annex 2 of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “An action or a series of actions by a Member State cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in a covered investment.”

¹⁷⁵ 2) of Annex 2 of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “Article 14 (1) addresses two situations: (a) the first situation is where an investment is nationalized or otherwise directly

อย่างไรก็ดี มาตรการของรัฐที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือที่เรียกว่าการเวนคืนทางอ้อมนี้จะต้องส่งผลให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นเกณฑ์หนึ่งที่บัญญัติอยู่ในภาคผนวกของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน และอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใช้พิจารณาชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ด้วย

2) ข้อยกเว้นของการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืน

การใช้อำนาจควบคุมดูแลโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นสิทธิของรัฐทุกรัฐอันเป็นอำนาจอธิปไตย ซึ่งแม้รัฐภาคีความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนจะต้องให้การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐภาคีหรือนักลงทุนต่างชาติที่มีกิจการอยู่ในอาเซียนก็ตาม ฉะนั้น รัฐสามารถออกมาตรการต่างๆมาบังคับใช้ได้โดยพิจารณาถึงความจำเป็นนั้นๆได้ ถึงแม้ว่าจะกระทบต่อสิทธิของนักลงทุน

ในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนได้ยืนยันสิทธิของรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวข้างต้น โดยกำหนดว่าชอบทใดๆในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนนี้จะไม่ตีความขัดขวางรัฐในการออกหรือใช้บังคับมาตรการดังต่อไปนี้ 1) การกำหนดอัตราภาษีหรือการเก็บภาษีทางตรงเกี่ยวกับการลงทุนอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ¹⁷⁶ หรือ 2) มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยซึ่งอ้างขึ้นเมื่อมีการคุกคามรุนแรงอย่างแท้จริงหรือเพียงพอต่อผลประโยชน์ขั้นพื้นฐานของสังคม¹⁷⁷ หรือ 3)

expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and (b) the second situation is where an action or series of related actions by a Member State has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

¹⁷⁶ ดู Article 17 (1) (d) (General Exceptions) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “...nothing in this agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures:... (d) aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of direct taxes in respect of investments or investors of any Member State.”

¹⁷⁷ ดู Article 17 (1) (a) (General Exceptions) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “...nothing in this agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures:... (a) necessary to protect public morals or to maintain public order.”

มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์ พืช¹⁷⁸ 4) มาตรการที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง¹⁷⁹ 5) มาตรการที่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ¹⁸⁰ เป็นต้น แต่ก็โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญอยู่ว่ามาตรการของรัฐนั้นจะไม่ใช่ในลักษณะที่เป็นตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนของรัฐภาคี หรือเป็นข้อจำกัดอย่างแอบแฝงต่อการลงทุนของนักลงทุน¹⁸¹

นอกจากนี้แล้ว ในกรณีที่รัฐออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญานั้น ความตกลงฉบับนี้ได้กำหนดว่ามีให้นำข้อบทการเวนคืนและค่าชดเชยมาใช้บังคับรัฐ ดังที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 14 (5) ว่า “มาตรา 14 ข้อบทการเวนคืนและค่าชดเชยนี้ไม่ใช้บังคับ

¹⁷⁸ ดู Article 17 (1) (b) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “...nothing in this agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures:...(b) necessary to protect human, animal or plant life or health.”

¹⁷⁹ ดู Article 18 (b) (Security Exceptions) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “Nothing in this agreement shall be construed: to prevent any Member State from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests.”

¹⁸⁰ ดู Article 18 (c) (Security Exceptions) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “Nothing in this agreement shall be construed: to prevent any Member State from taking any action pursuant to its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.”

¹⁸¹ ดู Article 17 (1) (General Exceptions) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Member States or their investors where like conditions prevail, or a disguised restriction on investors of any other Member State and their investments, nothing in this agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures:...”

กับการออกมาตรการบังคับใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า”¹⁸²

ในภาคผนวกของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนยังได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าถ้าหากเป็นมาตรการไม่เลือกปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การสาธารณสุขหรือความปลอดภัยหรือด้านสิ่งแวดล้อมแล้ว ย่อมไม่ถือว่ารัฐทำการเวนคืนทางอ้อม¹⁸³ แต่อย่างไรก็ตาม เป็นสภาพการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นได้บ่อยนัก ซึ่งถ้าหากเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นแล้วการชี้ขาดก็อาจขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี ในภาคผนวกที่ 2 ของความตกลงนี้ได้กำหนดเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าการกระทำของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ โดยต้องดูข้อเท็จจริงเฉพาะของรายกรณีนั้นๆ ไปพิจารณาในเกณฑ์ดังต่อไปนี้ 1) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล แต่หากเพียงพบว่ามูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงเท่านั้นก็ยังไม่ถือได้ว่าการเวนคืนดังกล่าวเกิดขึ้น 2) การกระทำของรัฐบาลละเมิดข้อผูกพันที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยสัญญา ใบอนุญาตหรือเอกสารทางกฎหมายอื่น อันรัฐได้ให้ไว้ก่อนหน้าต่อนักลงทุนหรือไม่ และ 3) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาลและวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น รวมถึงว่าการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่อ้างในมาตรา 14 (1) หรือไม่¹⁸⁴

¹⁸² Article 14 (5) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “This article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement.”

¹⁸³ ๓ 4) of Annex 2 of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “Non-discriminatory measures of a Member State that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2(b).”

¹⁸⁴ ๓ 3) of Annex 2 of ASEAN Comprehensive Investment Agreement: “The determination of whether an action or series of actions by a Member State, in a specific fact situation, constitutes an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2(b), requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (a) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Member State has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that such an expropriation has occurred; (b) whether the government action breaches the government's prior binding written

จากการศึกษาข้อบทการเวนคืนทางอ้อมในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) แล้วพบว่าบทบัญญัติมีความชัดเจนมากขึ้นในเรื่องดังต่อไปนี้

- 1) ความหมายของการเวนคืนทางอ้อม
- 2) วัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะที่เป็นข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อม
- 3) ปัจจัยที่พิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่

1) ความหมายของการเวนคืนทางอ้อม

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ที่เริ่มทำในปีค.ศ. 2005 และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) ที่เริ่มทำในปีค.ศ. 2003 เป็นต้นไปของหลายๆประเทศ อาทิเช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา สาธารณรัฐโคลอมเบีย สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) เป็นต้น บัญญัติความหมายของการเวนคืนทางอ้อมไว้ซึ่งมีใจความว่า การเวนคืนทางอ้อมนั้นเป็นการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องต่อเนื่องของรัฐภาคีอันมีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง โดยไม่ใช้การโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือยึดทรัพย์โดยเปิดเผย¹⁸⁵ อย่างไรก็ตาม ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ของไทยและความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทย (JTEPA) ที่ลงนามในปีค.ศ. 2007 ยังไม่มีการบัญญัติความหมายดังกล่าวไว้

2) วัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะที่เป็นข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อม

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) ของเกือบทุกประเทศมีข้อยกเว้นการบังคับใช้ข้อบทการเวนคืนเพื่อออกกฎเกณฑ์ตามปกติ ดำเนินการตามนโยบายสาธารณะของรัฐ เช่น นโยบายภาษีอากร ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงที่มีความสำคัญยิ่ง การคุ้มครองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม การปกป้องวัฒนธรรมของชาติ มาตรการเพื่อความมีเสถียรภาพทางการเงิน เป็นต้น

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ที่เริ่มทำในปีค.ศ. 2005 และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) ที่เริ่มทำในปีค.ศ. 2003 เป็นต้นไปของหลายๆประเทศ อาทิเช่น

commitment to the investor whether by contract, licence or other legal document; and (c) the character of the government action, including, its objective and whether the action is disproportionate to the public purpose referred to in article 14(1).”

¹⁸⁵ “...indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”

สหรัฐอเมริกา แคนาดา สาธารณรัฐโคลอมเบีย สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) เป็นต้นนั้น กำหนดยกเว้นเรื่องการออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า (TRIPS) ซึ่งบัญญัติอยู่ในข้อบทการเวนคืนว่า “ข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยนี้จะไม่ใช่บังคับกับการออกใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (Compulsory Licenses) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้า” นอกจากนี้ ในความตกลงยังบัญญัติอย่างชัดเจนว่า “การควบคุมของรัฐอย่างไม่เลือกปฏิบัติซึ่งถูกกำหนดและใช้เพื่อวัตถุประสงค์สวัสดิการสาธารณะอันชอบด้วยกฎหมาย เช่น การป้องกันด้านสาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม” อย่างไรก็ตาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทย (JTEPA) ที่ลงนามในปีค.ศ. 2007 ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นนี้ไว้

3) ปัจจัยที่พิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่

ความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2004 และความตกลงการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาที่ทำตั้งแต่ปีค.ศ. 2003 กำหนดว่ามาตรการของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนนั้นต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือประโยชน์ของการลงทุน โดยบัญญัติไว้ในภาคผนวกว่า “การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีไม่อาจถือว่าเป็นการเวนคืน เว้นแต่ว่าจะแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุน” ซึ่งในความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดา ค.ศ. 2003 ไม่มีการบัญญัติไว้ แต่ในความตกลงเพื่อจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ (AANZFTA) และความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) มีบัญญัติไว้ในภาคผนวกของความตกลง

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) ที่เริ่มทำในปีค.ศ. 2005 และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) ที่เริ่มทำในปีค.ศ. 2003 ต้นไปของหลายๆประเทศอาทิเช่นสหรัฐอเมริกา แคนาดา สาธารณรัฐโคลอมเบีย สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) เป็นต้นนั้น บัญญัติอย่างชัดเจนถึงปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมไว้ว่า “ในการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีในสถานการณ์ข้อเท็จจริงเฉพาะนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ตรวจสอบบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงประกอบปัจจัยอื่นๆ รวมถึง (1) การกระทบทางเศรษฐกิจจาก

การกระทำของรัฐบาล แต่ถึงแม้มีข้อเท็จจริงว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกัน
อย่างต่อเนื่องของรัฐคู่ภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจุบันนี้
เพียงอย่างเดียวยังไม่ถือได้ว่าการเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น หรือ (2) ขอบเขตการกระทำของรัฐที่
แทรกแซงต่อความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลหรือชัดเจนขณะที่ลงทุน และ (3) ลักษณะของการ
กระทำของรัฐบาล” อย่างไรก็ตาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทย
(JTEPA) ที่ลงนามในปีค.ศ. 2007 ไม่ได้บัญญัติปัจจัยเหล่านี้ไว้ในความตกลง

บทที่ 4

วิเคราะห์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เกี่ยวกับมาตรการเวนคืนทางอ้อม

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต้องทำการชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐที่ออกมาบังคับใช้นั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ โดยหาเส้นแบ่งระหว่างมาตรการควบคุมที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Regulatory Measures) กับการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ซึ่งอยู่ตั้งบนความขัดกันระหว่างการปกป้องสิทธิอันเป็นอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน กับการคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติ¹

อนุญาโตตุลาการในคดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* ชี้ขาดว่าการที่หน่วยงาน INE ของรัฐเม็กซิโกปฏิเสธที่ต่ออายุใบอนุญาตการดำเนินงานพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายในเมือง Hermosillo รัฐ Sonora ให้กับบริษัท Cytrar ที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติโดยอ้างเหตุผลว่าในการจัดการพื้นที่ฝังกลบขยะนี้มีการปฏิบัติผิดข้อสัญญาเรื่องสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งอนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยพิจารณาจากปัจจัยเรื่องระยะเวลาและความต่อเนื่องของการใช้มาตรการ เรื่องความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน และเรื่องความได้สัดส่วนที่สมเหตุสมผลระหว่างการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมกับการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุน เช่นเดียวกันกับที่อนุญาโตตุลาการในคดี *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*² ได้ให้ความเห็นสนับสนุนไว้ว่า “ถ้าฟังแค่มีวัตถุประสงค์สาธารณะนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือว่ามีใช่การเวนคืน แต่จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ เช่น ความได้สัดส่วน หรือการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น มาประกอบในการชี้ขาดว่าการกระทำของรัฐเป็นการเวนคืนและนำมาซึ่งการชดเชย

¹ Brigitte Stern, “In search of the frontiers of indirect expropriation,” in *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the fordham papers 2007*, ed. Arthur W. Rovine (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 29.

² *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award) (14 July 2006).

หรือไม่”³ อีกทั้ง อนุญาโตตุลาการในคดี Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States ได้แจ้งปัจจัยที่ใช้ในการประเมินว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ออกมาดังนี้ 1) มาตรการของรัฐถือว่าอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อย (Police Power) หรือไม่ 2) วัตถุประสงค์สาธารณะและผลกระทบของมาตรการ 3) มาตรการเลือกปฏิบัติหรือไม่ 4) ความได้สัดส่วนระหว่างวิธีการที่ใช้กับจุดประสงค์ที่ค้ำนึ่งถึง 5) ลักษณะที่แท้จริงของมาตรการ และนอกจากนี้ยังมีเรื่องความคาดหวังแรกที่สมเหตุสมผลของนักลงทุน ฉะนั้นแล้วในการชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้น อนุญาโตตุลาการจะมีได้พิจารณาแต่เฉพาะเรื่องวัตถุประสงค์หรือเจตนาของรัฐในการออกมาตรการเท่านั้น แต่จะต้องใช้ปัจจัยเรื่องอื่นๆมาพิจารณาด้วย อาทิเช่น เรื่องความรุนแรงของการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน เรื่องความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของนักลงทุน เรื่องความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง และเรื่องลักษณะของมาตรการที่ไม่โปร่งใสหรือเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมนั้นต้องวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเฉพาะของแต่ละรายคดีไป (case-by-case) ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States เห็นว่า “ในการชี้ขาดคดีตามมาตรา 1110 นี้จำเป็นต้องดูข้อเท็จจริงเฉพาะ” และยังได้รับการยืนยันจากความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของแคนาดา ค.ศ. 2003 ที่บัญญัติว่า “ในการชี้ขาดว่ามาตรการหรือลำดับหลายมาตรการของรัฐคู่ภาคีเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป”⁴ โดยนำมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยที่ใช้แบ่งแยกระหว่างกฎเกณฑ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Regulations) กับการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) อันเกิดจากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งมีปัจจัยดังต่อไปนี้

1. ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน
2. ความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน
3. ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง

³ August Reinisch, “Expropriation,” in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer (New York: Oxford University Press, 2008), p. 438.

⁴ Ibid., p. 438.

4. ลักษณะของมาตรการ เช่น ความไม่โปร่งใส (Non-Transparency) ความตามอำเภอใจ (Arbitrariness) และการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เป็นต้น

4.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ

ปัจจัยที่ใช้ในการประเมินขนาดของการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นของนักลงทุนต่างชาตินั้นคือ 1) การกระทบต่อการควบคุมหรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุน และการกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน และ 2) ระยะเวลาระยะเวลาและความต่อเนื่องของมาตรการ

4.1.1 การพิจารณาการกระทบต่อการควบคุมหรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุน และการกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน

การกระทบต่อเศรษฐกิจของการลงทุนเป็นปัจจัยสำคัญที่ใช้ชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐนั้นถึงระดับของการเวนคืนทางอ้อมอันต้องจ่ายค่าชดเชยแล้วหรือไม่ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะไม่ชี้ขาดสั่งให้รัฐจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลงทุนต่างชาติ ถ้าหากมาตรการของรัฐนั้นมิได้ทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนสูญสิ้นไปทั้งหมดหรือบางส่วนอย่างมีนัยสำคัญ⁵ แต่อย่างไรก็ดี จุดประสงค์ของบทบัญญัติการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนก็คือการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) อันเป็นของนักลงทุน มาตรการของรัฐออกมาแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ยิ่งมากเท่าไรนั้นก็ยิ่งเป็นไปได้มากขึ้นที่อนุญาโตตุลาการจะถือว่าเป็นการเวนคืน ดังที่อนุญาโตตุลาการในหลายๆคดีที่เกิดขึ้นชี้ขาดว่า มาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนเมื่อมาตรการนั้นแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ของนักลงทุนไปอย่างมีนัยสำคัญหรือกล่าวคือ ทำให้การครอบครอง การใช้ การใช้ประโยชน์ หรือ การจัดการธุรกิจของนักลงทุนต่างชาตินั้นทำไม่ได้อีกต่อไป

⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Indirect expropriation” and the “Right to regulate” in international investment law, Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4 (September 2004), pp.10-11.

4.1.1.1 การพิจารณาการกระทบต่อการควบคุมหรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุน

หากนักลงทุนยังสามารถที่จะใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นการควบคุมหรือการใช้ประโยชน์ในการการลงทุนได้ อนุญาตโตตุลาการก็มักจะชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐไม่เป็นการเวนคืน ดังมีตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คดี *Sporrong and Lonroth v. Sweden*⁶ เป็นกรณีที่รัฐบาลอนุมัติให้สภาเมือง Stockholm ดำเนินการเวนคืนที่ดินตามความในพระราชบัญญัติอาคาร ค.ศ. 1947 และสั่งให้นาย Sporrong และนาง Lonroth ทำการก่อสร้างต่อเติมโดมบนทรัพย์สิน ทั้งนี้เพื่อที่จะใช้สร้างถนนสายหลักทางการค้าขายและทางยกระดับ ซึ่งรัฐบาลอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการเวนคืน ค.ศ. 1917 กำหนดให้ต้องดำเนินการเวนคืนเสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 5 ปี แต่ก็มี การอนุญาตให้ขยายระยะเวลาดำเนินการเวนคืนออกไปอีกหลายครั้งซึ่งในที่สุดแล้วสภาเมือง Stockholm ไม่ต้องการใช้ที่ดินนั้นแล้วและรัฐบาลประกาศยกเลิกการเวนคืนนั้น อันรวมระยะเวลาดำเนินการเวนคืนที่ดินของนาย Sporrong ได้ 23 ปีและที่ดินของนาง Lonroth ได้ 8 ปี ส่วนระยะเวลาที่ห้ามมีการก่อสร้างบนทรัพย์สินของนาย Sporrong นั้นประมาณ 25 ปีและทรัพย์สินของนาง Lonroth ประมาณ 12 ปี ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป⁷ไม่ถือว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการใช้ที่ดินอันกระทบต่อทรัพย์สินที่เป็นของนาย Sporrong และนาง Lonroth นี้จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม เพราะถึงแม้ว่าการใช้ประโยชน์ด้วยความสงบในทรัพย์สินที่ครอบครองนั้นจะสูญเสีย บางส่วนที่สำคัญ แต่สิทธินั้นมิได้สูญสิ้นไปทั้งหมด และศาลเห็นว่านาย Sporrong และนาง

⁶ Sporrong and Lonroth v. Sweden, ECHR (23 September 1982).

⁷ ตัดสินคดีโดยพิจารณาจากมาตรา 1 แห่งพิธีสารฉบับแรกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน (The First Protocol to The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ซึ่งบัญญัติว่า “(1) Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

(2) The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

Lonroth ยังสามารถที่จะใช้ความเป็นเจ้าของได้ถึงแม้ว่าการขายทรัพย์สินนั้นจะทำได้ยากมากขึ้น แต่ความเป็นไปได้ที่จะขายทรัพย์สินนั้นยังมีอยู่⁸

คดี *Starrett Housing Corporation, Starrett System, Inc., Starrett Housing International Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat*⁹ เป็นกรณีที่รัฐบาลอิหร่านกระทำการต่างๆที่ขัดขวางในขณะดำเนินการสร้างอพาร์ทเมนต์ในโครงการบ้านที่อยู่อาศัยในเมืองเตหะราน “Zomorod” ซึ่งเป็นโครงการที่บริษัท Starrett Housing นักลงทุนได้ทำสัญญาไว้กับธนาคารของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศอิหร่าน “Omran” และในสัญญานี้กำหนดให้บริษัท Starrett Housing สร้างอพาร์ทเมนต์ขายให้กับผู้ซื้อชาวอิหร่าน โดยมีดังต่อไปนี้ (1) ลดแรงงานที่ใช้ในการสร้างอพาร์ทเมนต์ของโครงการ “Zomorod” รวมถึงผู้รับเหมาช่วง (2) ทำให้วัสดุขาดแคลน (3) สร้างความล้มเหลวต่อระบบธนาคาร Omran (4) เปลี่ยนแปลงการควบคุมธนาคาร Omran (5) อายัดบัญชีเงินฝากธนาคารของบริษัท Shah Goli Apartment ซึ่งเป็นบริษัทที่ดำเนินโครงการของบริษัท Starrett Housing (6) ใช้ทหารติดอาวุธของคณะปฏิวัติในอิหร่านคุกคามบุคคลากรที่มาจากบริษัท Starrett Housing (7) มาตรการอื่นๆของทางการอิหร่าน อาทิเช่น ในวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1980 นั้นรัฐมนตรีของอิหร่านได้แต่งตั้งผู้จัดการชั่วคราวขึ้นในบริษัท Shah Goli Apartment ตามความในพระราชกฤษฎีกาของสภาปฏิวัติที่บังคับใช้เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ที่เรียกว่า “Bill for Appointing Temporary Manager or Managers for the Supervision of Manufacturing, Industrial, Commercial, Agricultural and Service Companies, either private or public” อนุญาตต่อตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา¹⁰ (The Iran-United States Claims Tribunal) ได้ชี้ขาดว่าการแต่งตั้งผู้จัดการ

⁸ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะถือว่าการเวนคืนก็เมื่อความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของนักลงทุนนั้นถูกตัดไปอย่างสิ้นเชิงและทั้งหมด ฉะนั้น หากสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนนั้นมิได้สูญสิ้นไป เพียงแต่ลดลงไปอย่างสำคัญโดยที่ยังสามารถกลับคืนมาได้อยู่ ก็จะไม่ถือว่ามี การตัดสิทธิ (no “Deprivation”) ตามมาตรา 1 แห่งพิธีสารฉบับแรกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน

⁹ *Starrett Housing Corp. v. Iran, Iran-United States Claims Tribunal (Award) (19 December 1983)*. คดีนี้เป็นคดีแรกที่องค์คณะพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกาได้ทำการชี้ขาด

¹⁰ องค์คณะพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกาก็ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1981 อันสืบเนื่องมาจากภายในประเทศอิหร่านมีการปฏิวัติ โดยองค์คณะนี้จะทำหน้าที่พิจารณาคำร้องจากคนชาติสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศอิหร่านได้ลงนามสนธิสัญญาทางไมตรี ความสัมพันธ์ทาง

ชั่วคราวนี้เท่ากับเป็นการเวนคืนการทรัพย์สินของบริษัท Starrett Housing โดยมีเหตุผลว่า “การแต่งตั้งผู้จัดการชั่วคราวตามพระราชกฤษฎีกาของคณะปฏิวัติเป็นการตัดสิทธิผู้ถือหุ้นในการบริหารบริษัท Shah Goli Apartment และผลของมาตรการก็ทำให้นักลงทุนไม่สามารถใช้สิทธิในการบริหารจัดการบริษัท Shah Goli Apartment ได้อีกต่อไปและตัดความเป็นไปได้ของการใช้หรือควบคุมการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ” ซึ่งอนุญาโตตุลาการวางหลักการว่าการเวนคืนว่า “เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่ามาตรการที่รัฐใช้นั้นต้องแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ซึ่งถึงขนาดที่ทำให้สิทธิในทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้จึงจักถือเป็นการเวนคืน ถึงแม้ว่ารัฐมิได้ตั้งใจที่จะเวนคืนและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนี้ยังคงอยู่กับเจ้าของเดิมก็ตาม”

คดี *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*¹¹ เป็นกรณีที่องค์การวางแผนและงบประมาณของประเทศอิหร่านแต่งตั้งผู้จัดการชั่วคราวที่มาจากบริษัท Aziz Farmanfarman and Associates (“AFFA”) ชาวอิหร่านให้กับบริษัท TAMS-AFFA ซึ่งเป็นของการลงทุนของห้างหุ้นส่วน Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (“TAMS”) โดยออกเป็นหนังสือราชกิจจานุเบกษาแต่งตั้งให้มีสิทธิในการลงนามสั่งจ่ายเช็คของบัญชีบริษัท TAMS-AFFA เพียงผู้เดียวทั้งยังสามารถตัดสินใจโดยไม่ต้องปรึกษาห้างหุ้นส่วน TAMS ทั้งนี้ ในแรกเริ่มที่ก่อตั้งนั้นบริษัท TAMS-AFFA เป็นบริษัทที่ทำสัญญากับองค์การการบินพลเรือนเพื่อให้บริการทางการวิศวกรรมและสถาปัตยกรรมแก่โครงการก่อสร้างสนามบินนานาชาติเตหะราน โดยการดำเนินงานของบริษัทนี้จะอยู่ภายใต้การควบคุมของทั้งห้างหุ้นส่วน TAMS และบริษัท AFFA และในการตัดสินใจเรื่องต่างๆก็จะต้องได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย แต่อย่างไรก็ดี หลังจากที่เกิดวิกฤตความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิหร่านแล้วตัวแทนผู้มีอำนาจลงนามของห้างหุ้นส่วน TAMS ต้องเดินทางออกจากประเทศอิหร่านไปในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1979 และผู้จัดการที่อิหร่านแต่งตั้งขึ้นมาให้กับบริษัท TAMS-AFFA ก็ได้ยุติการติดต่อสื่อสารทั้งหมดกับห้างหุ้นส่วน TAMS อีกทั้งไม่รายงานสถานะของโครงการและสถานะการเงินของบริษัทให้ทราบตามจดหมายหรือแฟกซ์ที่ได้รับการสอบถามมาหลายครั้ง อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ซึ่งขาดว่าเป็น

เศรษฐกิจ และสิทธิทางกงสุล (Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran) เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1955

¹¹ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Iran-US Claims Tribunal (Award) (22 June 1984).

การเวนคืนโดยเห็นว่า “การไม่มีการตอบกลับจดหมายหรือแฟกซ์ที่ได้รับมาหรือการติดต่อใดๆจากผู้จัดการที่อิหร่านแต่งตั้งขึ้นมานั้น ถือเป็นการสิ้นสุดความร่วมมือกันและตัดสิทธิทางหุ้นส่วน TAMS จากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน” ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วางหลักการเวนคืนทางอ้อมไว้ว่า “การที่รัฐบาลเข้าไปควบคุมดูแลทรัพย์สินนี้ไม่ถือได้อย่างอัตโนมัติและทันทีว่าทรัพย์สินนั้นถูกรัฐบาลยึด แต่อาจจะถือว่าเป็นการยึดก็ต่อเมื่อสถานการณ์แสดงให้เห็นว่าเจ้าของถูกตัดสิทธิพื้นฐานอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของ ทั้งต้องปรากฏว่าการตัดสิทธินี้มิใช่เป็นเพียงแค่ชั่วคราว ทั้งนี้วัตถุประสงค์มีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบของมาตรการต่อเจ้าของ และลักษณะของมาตรการการแทรกแซงมีความสำคัญน้อยกว่าความเป็นจริงที่มีการกระทบ”¹²

คดี *Sea-Land Service, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Port and Shipping Organisation*¹³ เป็นกรณีที่บริษัท Sea-Land เข้ามาลงทุนทำโกดังบริการเก็บตู้คอนเทนเนอร์บรรทุกสินค้าที่เข้าและออกจากท่าเรือบันดาร์อาบัสในประเทศอิหร่าน โดยตกลงกับอิหร่านว่าให้บริษัท ILB เป็นผู้ทำสัญญาเช่าที่ดินและการอนุญาตให้ดำเนินกิจการโกดังจากองค์การขนส่งและการท่าเรือโดยตรงแทนบริษัท Sea-Land ซึ่งในสัญญากำหนดให้ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างตกเป็นขององค์การขนส่งและการท่าเรือ หลังจากที่ดำเนินกิจการไปแล้ว 6 ปี องค์การขนส่งและการท่าเรือมิได้ดำเนินการจัดหาคนนำร่องและเรือโยง หน่วยงานศุลกากร เจ้าหน้าที่ตรวจสุขอนามัย และเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองใดๆนั้นให้เข้ามาปฏิบัติงานในท่าเรือนั้นตามที่บริษัท Sea-Land ได้ส่งคำขอไป อีกทั้งยังไม่อนุญาตให้เปลี่ยนบัญชีเงินฝากในธนาคารสาขาที่กรุงเตหะรานเป็นสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐอเมริกา อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ได้พิจารณาประเด็นปัญหาบัญชีเงินฝากว่าไม่ถือว่ามี การเวนคืนเกิดขึ้นเพราะบัญชีเงินฝากธนาคารนั้นยังคงอยู่ภายใต้การจัดการของบริษัท Sea-Land และยังสามารถใช้สกุลเงินเรียลได้¹⁴

¹² August Reinisch, “Expropriation,” in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, p. 439.

¹³ *Sea-Land Service Inc. v. Iran, Iran-US Claims Tribunal (Award)* (20 June 1984).

¹⁴ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นปัญหาการที่องค์การขนส่งและการท่าเรือมิได้จัดหาหน่วยงานเข้าไปให้บริการที่จำเป็นต่อการดำเนินงานของโกดังที่ทำเรือว่า “การที่จะหาว่าเป็นการเวนคืนนั้น อย่างน้อยที่สุดแล้วองค์คณะอนุญาโตตุลาการต้องพบว่ารัฐมีการไตร่ตรองที่จะแทรกแซงต่อการดำเนินงานของบริษัท Sea-Land อันมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิบริษัท Sea-Land จากการใช้หรือผลประโยชน์ของการลงทุน” ซึ่งกรณี

คดี *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*¹⁵

เป็นกรณีที่รัฐแก้ไขกฎหมายการจ่ายค่าพลังงานไฟฟ้าที่บริษัท Latvenergo ของรัฐบาลนั้นซื้อพลังงานไฟฟ้าจากบริษัท Windau ซึ่งเป็นของบริษัท Nykomb โดยกำหนดให้จ่ายค่าพลังงานไฟฟ้าที่ 0.75 ทั้งที่ในสัญญาการก่อสร้างโรงงานพลังงานในเมือง Bauska เพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าและความร้อนจากก๊าซธรรมชาติกำหนดให้บริษัท Windau ได้รับค่าพลังงานไฟฟ้าอัตราสองเท่าในช่วงแปดปีแรกที่ดำเนินการ อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงกฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty) เห็นว่า “ปัจจัยที่แยกการเวนคืนออกจากกฎเกณฑ์ทั่วไปนั้นคือ ระดับการยึดหรือการควบคุมกิจการ”¹⁶ แล้วชี้ขาดว่ามีใช้การเวนคืนการลงทุนเพราะ “ไม่มีการยึดทรัพย์สิน หรือการแทรกแซงต่อสิทธิของผู้ถือหุ้นหรือต่อการควบคุมบริหารจัดการกิจการและการดำเนินการประกอบธุรกิจ”¹⁷

คดี *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*¹⁸ เป็นกรณีที่รองนายกรัฐมนตรี

ขอให้ศาลภายในระบับการบังคับคดีเป็นระยะเวลา 3 เดือนตามคำพิพากษาของศาลภายในที่ให้บริษัท KGM ซึ่งเป็นของรัฐทำการชำระหนี้ค่าซื้อก๊าซให้แก่บริษัท Petrobart และรัฐทำการออกพระราชกำหนดปรับโครงสร้างบริษัท KGM โดยมีการโอนสินทรัพย์ส่วนใหญ่ไปให้แก่บริษัทอื่นของรัฐและประกาศว่าบริษัท KGM เป็นกิจการล้มละลาย อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงกฎบัตรพลังงาน¹⁹ (Energy Charter Treaty) เห็นว่า “ถึงแม้ว่ามีผลกระทบทางลบต่อบริษัท Petrobart แต่

นี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่าองค์การขนส่งและการทำเรือมิได้ดำเนินนโยบายแทรกแซงอย่างใดตรงหรือให้ความร่วมมือเฉพาะเจาะจงกับบริษัท Sea-Land

¹⁵ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Stockholm Chamber of Commerce (Award) (16 December 2003).

¹⁶ *Ibid.*, para. 4.3.1

¹⁷ August Reinisch, “Expropriation,” in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, pp. 441-442.

¹⁸ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, Stockholm Chamber of Commerce (Award) (29 March 2005).

¹⁹ ดู Article 13 (Expropriation) of Energy Charter Treaty: “Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measures or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is: (a) for a purpose

ก็ไม่พบว่ามาตรการของรัฐเฉพาะเจาะจงกับการลงทุนของบริษัท Petrobart หรือมุ่งหมายที่จะโอนมูลค่าทางเศรษฐกิจที่เป็นของบริษัท Petrobart มาเป็นของรัฐ และบริษัท Petrobart ยังสามารถดำเนินการฟ้องร้องบริษัท KGM ได้ ทั้งนี้มาตรการของรัฐที่ไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ที่ขอด้วยกฎหมายของบริษัท Petrobart ซึ่งเป็นนักลงทุนนั้นยังไม่ถึงระดับการเวนคืนทางอ้อม”

คดี *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*²⁰ อันเป็นกรณีที่รัฐทำการแก้ไขกฎหมายสิ่งแวดล้อมในภายหลังจากที่บริษัท Plama Consortium เข้าไปถือหุ้นจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจบริษัทโรงกลั่น Nova Plama โดยกฎหมายสิ่งแวดล้อมใหม่นี้บัญญัติเจ้าของโรงงานที่ได้มาจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 เป็นต้นไปนั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่เป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำในอดีตด้วย ทั้งนี้กฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ใช้อยู่ในวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 อันเป็นวันที่บริษัท Plama Consortium เข้าทำซื้อหุ้นตามสัญญาแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นได้บัญญัติให้ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่เป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำในอดีต และในสัญญาแปรรูปรัฐวิสาหกิจกำหนดให้บริษัท Plama Consortium ไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อมลพิษสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นก่อนวันทำสัญญาแปรรูปรัฐวิสาหกิจ อย่างไรก็ตาม บริษัท Plama Consortium อ้างว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมฉบับใหม่ส่งผลให้บริษัทประกันภัยไม่พิจารณาอนุมัติเงินให้แก่โรงกลั่น Nova Plama และล้มละลายจนต้องปิดโรงกลั่นไปในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1999 อันเป็นการขัดขวางประโยชน์ทางเศรษฐกิจในการลงทุน อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงกฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty) เห็นว่า “องค์ประกอบที่ชี้ขาดประเมินการกระทำของรัฐมีดังนี้ 1) ตัดสิทธิในการใช้ทางเศรษฐกิจหรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนไปทั้งหมดอย่างมีนัยสำคัญ 2) เป็นมาตรการที่ไม่สามารถเปลี่ยนกลับคืนได้และที่ถาวร 3) ขนาดของการสูญเสียมูลค่าทางเศรษฐกิจที่นักลงทุนเผชิญ”²¹ และอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนเพราะ “ไม่มีความเสียหายหรือ

which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the “Valuation Date”)...”

²⁰ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID (Award) (27 August 2008).

²¹ *Ibid.*, para. 193.

ความสูญเสียต่อการลงทุน หรือจำกัดสิทธิของนักลงทุนในการใช้หรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุน อันเป็นผลมาจากการแก้ไขกฎหมายสิ่งแวดล้อมของรัฐ”

คดี *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*²² เป็นกรณีที่เทศบาลเมือง Guadalucazar ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตดำเนินการก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายให้กับบริษัท COTERIN ในภายหลังจากที่หลังจากที่การก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะได้เสร็จสิ้นไปแล้ว อันเป็นการลงทุนของบริษัท Metalclad อีกทั้งฝ่ายบริหารมลรัฐ San Luis Potosi ยังได้ออกกฏนิเวศวิทยา (Ecological Decree) ขึ้นมาอีกภายหลังเพื่อคุ้มครองพื้นที่ธรรมชาติอันรวมถึงพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายนั้นด้วยอันส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินการใดๆเหนือพื้นที่ฝังกลบขยะต่อไปได้ ทั้งที่แต่แรกเริ่มดำเนินการลงทุนนั้นสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) ได้ให้ใบอนุญาตจากส่วนกลางเพื่อการก่อสร้างและดำเนินงานพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายได้ และประธานสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ อธิบดีสำนักงานเลขาธิการเพื่อการพัฒนาตัวเมืองและนิเวศวิทยาก็ได้แจ้งให้บริษัท Metalclad ทราบก่อนการลงทุนแล้วว่าบริษัท COTERIN ได้รับการอนุญาตการดำเนินโครงการนี้ครบถ้วนแล้ว ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการให้หลักว่า “การเวนคืนหมายความรวมถึงการแทรกแซงที่แอบแฝงหรือที่มิได้ตั้งใจต่อการใช้ทรัพย์สินซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิเจ้าของทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่สำคัญในการใช้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผล”²³ และชี้ขาดว่าการไม่อนุญาตให้ก่อสร้างของเทศบาลเมืองและการออกกฏนิเวศวิทยาเพื่อคุ้มครองพื้นที่ธรรมชาตินั้นเป็นการเวนคืนเพราะขัดขวางการดำเนินการของการลงทุนพื้นที่ฝังกลบขยะอันตราย

คดี *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*²⁴ เป็นกรณีที่กระทรวงสิ่งแวดล้อมของประเทศแคนาดามีคำสั่งห้ามมีการส่งออกสาร PCBs (โพลีคลอริเนตไบฟีนิล) ไปประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะต้องการกำจัดสาร PCBs ตามลักษณะของสิ่งแวดล้อมในประเทศแคนาดาและป้องกันอันตรายที่ร้ายแรงอันอาจเกิดกับสิ่งแวดล้อมหรือชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาและในแคนาดาต่างก็ห้ามใช้สินค้าที่มีสาร PCBs และในหลายๆประเทศก็พยายามลดการใช้สาร PCBs ด้วย ดังนั้นย่อมส่งผลต่อบริษัท S.D. Myers ซึ่งเป็นนักลงทุนที่เข้ามาลงทุนทำการส่งออกขยะที่มีสาร PCBs ไปกำจัดยังประเทศสหรัฐอเมริกาโดยความตกลงระหว่าง

²² *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, NAFTA (Award) (30 August 2000).

²³ *Ibid.*, para. 103.

²⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA (Partial Award) (13 November 2000).

สหรัฐอเมริกา กับแคนาดาที่ให้มีการกำจัดสารอันตรายในโรงงานที่ใกล้มากที่สุดและกฎหมาย CEPA ของแคนาดาที่ห้ามการส่งออกขยะ PCBs ไปต่างประเทศยกเว้นแต่การส่งยังไปประเทศสหรัฐอเมริกา อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA) เห็นความสำคัญของเรื่องระดับการแทรกแซงของรัฐโดยมีความเห็นว่า “การเวนคืนเป็นการตัดสิทธิอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่แท้จริงจะมีการแทรกแซงที่ต่ำกว่า”²⁵ และ “การเวนคืนเป็นการขีดความสามารถของเจ้าของในการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจไปอย่างถาวร แต่ในบางกรณีก็อาจเห็นว่าการตัดสิทธิไปเพียงบางส่วนหรือชั่วคราวก็เป็น การเวนคืน”²⁶ แต่ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนเพราะเป็นกฎเกณฑ์ที่แท้จริง เพื่อประโยชน์สาธารณะ

คดี *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*²⁷ เป็นกรณีที่รัฐแคนาดาปฏิเสธสิทธิการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออกบุหรี่ของบริษัท CEMSA ซึ่งเป็นบริษัทที่ Marvin Feldman เข้าไปถือหุ้นประกอบการส่งออกสินค้าต่างๆไปประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายภาษีอากร IEPS ของประเทศแคนาดาถูกเพิ่มเติมเงื่อนไขว่าต้องมีใบแจ้งหนี้ (Tax Invoices) จากโรงงานที่ผู้ส่งออกได้ซื้อบุหรี่มาด้วยจึงจะมีการคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออกบุหรี่ให้แก่ผู้ส่งออกได้ แต่บริษัท CEMSA ไม่มีใบแจ้งหนี้เพราะมิได้ทำการซื้อบุหรี่มาจากโรงงานผู้ผลิตบุหรี่โดยตรงแต่ได้ซื้อต่อมาจากผู้ขายปลีก และในขณะเดียวกันนี้บริษัทเม็กซิโกที่ส่งออกบุหรี่โดยซื้อต่อมาจากผู้ขายปลิคนั้นกลับยังได้รับคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออกบุหรี่อยู่ คดีนี้อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA) ชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนโดยเห็นว่า “กฎหมายนั้นมิได้ตัดสิทธิของ Marvin Feldman ในการที่จะควบคุมบริษัท หรือแทรกแซงโดยตรงต่อการจัดการภายในของบริษัท หรือขับไล่ Marvin Feldman ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมบริษัท ทั้งนี้ Marvin Feldman ยังคงความเป็นอิสระที่จะดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจต่อไป ดังนั้นแม้ว่าจะมีการขัดขวางบริษัท CEMSA ในการส่งออกบุหรี่แต่ยังไม่เท่ากับเป็นการตัดสิทธิในการควบคุมบริษัทอันเป็นของ Marvin Feldman”²⁸

²⁵ Ibid., para. 282.

²⁶ Ibid., para. 283.

²⁷ Marvin Roy Fledman Karpa v. United Mexican States, NAFTA (Award) (16 December 2002).

²⁸ Ibid., para. 152.

ประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ที่อนุญาตตุลาการเห็นว่าบริษัท CEMSA ยังคงดำเนินการส่งออกสินค้าประเภทเครื่องตีเมล็ดถั่วคองคอส คอนแทคเลนส์ นมผง และสินค้าอื่นๆของแม็กซิโกโดยมีใบแจ้งหนี้ที่ระบุจำนวนภาษีมาขอคืนภาษีภายใต้กฎหมายภาษีอากร IEPS ได้อยู่

คดี *Waste Management Inc. v. United Mexican States*²⁹ อันเป็นกรณีที่รัฐแม็กซิโกไม่ทำการชำระเงินและหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานที่ให้บริษัท Acaverde ซึ่งเป็นของบริษัท Waste Management นักลงทุนดำเนินการจัดการขยะสิ่งปฏิกูลในเมือง Acapulco ของรัฐ Guerrero เป็นระยะเวลา 15 ปี อีกทั้งธนาคารที่ให้การค้ำประกันการชำระเงินของรัฐแม็กซิโกอย่างไม่มีเงื่อนไขใดๆ ก็ปฏิเสธการชำระเงินให้บริษัท Acaverde อย่างตามอำเภอใจ อนุญาตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA) ซึ่งขาดว่าเป็นการผิดสัญญาทั่วไป³⁰ เพราะเพียงบางส่วนของกิจการนี้อยู่ภายใต้การกระทำของรัฐตั้งที่อนุญาตตุลาการว่า “บริษัท Acaverde ยังคงความควบคุมและการใช้ทรัพย์สินอยู่ตลอดเวลาและยังสามารถให้บริการแล้วเรียกเก็บเงินจากลูกค้าได้อยู่ ทั้งนี้การที่บริษัท Acaverde ไม่ได้รับประโยชน์หรือไม่เป็นไปตามที่คาดหวังไว้เพียงเท่านั้น ยังไม่พอที่ถือว่ามี การเวนคืน” ซึ่งอนุญาตตุลาการได้วางหลักการเวนคืนว่า “การฝ่าฝืนมาตรา 1110 จะต้องเป็นการเวนคืนกิจการไปทั้งหมด ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าทั้งหมดของกิจการอยู่ภายใต้การกระทำของรัฐหรือไม่”

คดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*³¹ เป็นกรณีที่หน่วยงานสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) ของรัฐแม็กซิโกปฏิเสธที่จะต่ออายุใบอนุญาตให้บริษัท Cytrar ที่เป็นของบริษัท Tecmed ซึ่งประมูลได้ก่อสร้างหริมาตรพัย อาคาร สิ่งอำนวยความสะดวก และสินทรัพย์อื่นๆ อันเกี่ยวกับอุตสาหกรรมพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายในเมือง Hermosillo รัฐ Sonora โดยอ้างเหตุว่ามีการผิดข้อสัญญาเล็กน้อยบางประการอันเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมการจัดการพื้นที่ฝังกลบขยะดังกล่าว และหน่วยงาน INE ยังเรียกให้บริษัท Cytrar ส่งรายละเอียดการปิดโครงการพื้นที่ฝังกลบขยะให้ด้วย ทั้งนี้เมื่อมีการเปลี่ยนฝ่ายปกครองเมือง

²⁹ Waste Management Inc. v. United Mexican States, NAFTA (Award) (30 April 2004).

³⁰ อนุญาตตุลาการให้ความเห็นต่อไปอีกว่า การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นจะเป็นการผิดสัญญาทั่วไปที่นักลงทุนไม่สูญเสียสิทธิตามสัญญา (Contractual Rights) ก็ต่อเมื่อนักลงทุนยังสามารถเลือกดำเนินคดีตามช่องทางที่ตกลงกันได้ในสัญญาได้อยู่

³¹ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID (Award) (29 May 2003).

Hermosillo ขึ้นมาใหม่แล้วก็มี การปลุกกระดมประชาชนในพื้นที่ให้ต่อต้านพื้นที่ฝั่งกลบขยะเพื่อไม่ให้ได้รับการต่อใบอนุญาตและปิดการดำเนินงานไปเพราะตัวโครงการดังกล่าวตั้งอยู่ใกล้กับชุมชนเมือง อย่างไรก็ตามตั้งแต่ที่บริษัท Cytrar เริ่มต้นดำเนินโครงการมานั้นรัฐก็ได้ต่อใบอนุญาตมาให้ทุกๆรายปี และในคดีนี้อนุญาตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนโดยสรุปว่า “การดำเนินการทางเศรษฐกิจและการค้าของบริษัท Cytrar ในพื้นที่ฝั่งกลบขยะนั้นถูกทำลายลงไปจากการที่รัฐไม่ต่อใบอนุญาตให้ ทั้งนี้สูญเสียสิทธิในการใช้ที่ดินซึ่งที่ดินนั้นที่ก็มีอาจนำไปใช้ในวัตถุประสงค์อื่นได้” และได้วางหลักการเวนคืนว่า “มาตรการของรัฐอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ต่อเมื่อเป็นมาตรการที่ไม่สามารถเพิกถอนได้และถาวร รวมทั้งเมื่อทรัพย์สินหรือสิทธิถูกระงับจากมาตรการในลักษณะที่การใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่างๆสูญสิ้นไป เช่น คุณค่าทางเศรษฐกิจของการใช้ การใช้ประโยชน์ การจัดการในทรัพย์สินหรือในสิทธินั้นได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือข้อตกลงถูกแก้ไขหรือทำลาย ทั้งนี้ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเจ้าของถูกตัดสิทธิในทรัพย์สินไปก็ต่อเมื่อการใช้หรือการใช้ประโยชน์ถูกแทรกแซงไปในขอบเขตที่มีนัยสำคัญโดยที่แม้ว่าไม่กระทบต่อกรรมสิทธิ์ก็ตาม และการตัดสิทธินี้ต้องมีใช้เพียงแค่ชั่วคราว ดังนั้น วัตถุประสงค์มีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบของมาตรการต่อเจ้าของทรัพย์สินหรือประโยชน์อันเกิดขึ้นจากทรัพย์สินนี้ได้รับการกระทบจากมาตรการ และลักษณะของมาตรการที่ตัดสิทธิก็มีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจริง”³²

คดี Azurix Corp. v. The Argentine Republic อันเป็นกรณีที่หน่วยงาน ORAB ของอาร์เจนตินาที่รัฐจัดตั้งขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลการให้สัมปทานนั้นออกมติขึ้นมาห้ามบริษัท ABA ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัท Azurix ที่ได้สัญญาสัมปทานให้บริการน้ำในอาร์เจนตินานี้ออกใบแจ้งหนี้เรียกเก็บค่าน้ำในอัตราที่สูงไปกว่าก่อนที่รัฐจะมีการให้สัมปทาน และทางมลรัฐไม่ยอมขึ้นค่าน้ำตามที่ตามเกณฑ์คิดค่าน้ำที่กำหนดอยู่ในสัญญาสัมปทานและไม่ดำเนินการซ่อมแซมระบบส่งน้ำพื้นฐานตามที่กำหนดในสัญญาสัมปทานก่อนที่นักลงทุนจะเข้ามาดำเนินการสัมปทานน้ำ และเจ้าหน้าที่ของมลรัฐทำการเตือนผู้บริโภคให้ต้มน้ำเนื่องจากมีการเจริญเติบโตของสาหร่ายในท่อน้ำแล้วสนับสนุนให้ปฏิเสธที่จะจ่ายค่าน้ำตามใบแจ้งหนี้ที่เรียกเก็บ จนในที่สุดบริษัท ABA ขอบอก

³² อนุญาตตุลาการในคดี Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า แบ่งเป็นปัจจัยในการชี้ขาดได้ดังนี้ 1) ตัดสิทธิในการใช้หรือการใช้ประโยชน์ไปทั้งหมดอย่างมีนัยสำคัญ 2) เป็นมาตรการที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงคืนได้และถาวร 3) ขนาดของการสูญเสียมูลค่าทางเศรษฐกิจที่นักลงทุนเผชิญ

เลิกสัญญาสัมปทานแต่สหรัฐยังให้ดำเนินการให้บริการต่อไป จนบริษัท ABA ประสบปัญหาล้มละลายและถูกรัฐบอกเลิกสัญญาสัมปทานเพราะไม่สามารถให้บริการตามสัญญาสัมปทานได้อनुญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม³³ ไว้ว่า “การกระทำของมลรัฐมิได้ทำให้บริษัท Azurix สูญเสียความเป็นเจ้าของโดยยังสามารถทำการควบคุมบริษัท ABA ได้ และความเป็นหุ้นส่วนอยู่ร้อยละ 90 ก็มีได้ถูกระทบ และการกระทำของมลรัฐที่กระทบต่อการบริหารจัดการบริษัท ABA นี้ยังไม่เป็นไปอย่างมีนัยสำคัญเพียงพอที่จะถือว่าการลงทุนของบริษัท Azurix ถูกเวนคืน”³⁴

คดี CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic³⁵ เป็นกรณีที่ ENARGAS ที่ทำหน้าที่กำกับดูแลภาคพลังงานของอาร์เจนตินาทำการเจรจาขอระงับการขึ้นค่าธรรมเนียมโดยให้ขยายเวลาที่จะเริ่มเก็บค่าธรรมเนียมที่สูงขึ้นบนฐานดัชนีราคาผู้ผลิตโดยรวมออกไปอันเนื่องมาจากความตกต่ำของภาวะเศรษฐกิจและภาวะเงินฝืดของอาร์เจนตินา และรัฐยังได้การออกกฎหมายฉุกเฉินขึ้นมากำจัดสิทธิคิดคำนวณค่าธรรมเนียมดอลลาร์สหรัฐโดยลดค่าเงินเปโซให้ 1.40 เปโซเท่ากับ 1 ดอลลาร์สหรัฐและเป็นอัตราลอยตัวในที่สุด ทั้งนี้ส่งผลต่อบริษัทที่รัฐได้อนุญาตให้ดำเนินการจัดส่งจำหน่ายแก๊ส ซึ่งรัฐทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนถือหุ้นในบริษัทได้โดยกำหนดเงื่อนไขที่ดึงดูดการลงทุนไว้ว่า ให้มีการการปรับขึ้นค่าธรรมเนียมโดยอยู่บนฐานดัชนีราคาผู้ผลิตสหรัฐอเมริกา และกฎหมายรับรองให้คิดคำนวณค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากการจัดส่งจำหน่ายแก๊สนั้นเป็นเงินสกุลดอลลาร์สหรัฐโดยกำหนดอัตราแลกเปลี่ยนให้ 1 เปโซเท่ากับ 1 ดอลลาร์สหรัฐ และในคดีนี้บริษัท CMS Gas Transmission ที่เข้าไปลงทุนถือหุ้นบริษัทจัดส่งจำหน่ายแก๊ส TGN ในอาร์เจนตินาร้องขอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า

³³ อนุญาโตตุลาการเห็นว่าคดีนี้เป็นกรณีการผิดสัญญาทั่วไป โดยอ้างความเห็นของอนุญาโตตุลาการในคดี Consortium RFCC c. Royaume du Maroc v. Kingdom of Morocco ที่ว่า “การที่รัฐซึ่งเป็นผู้สัญญาทำผิดสัญญานั้นโดยทั่วไปแล้วจะไม่ได้ถือว่าการเวนคืนหรือกล่าวคือไม่ได้ถือว่าการทำผิดความตกลงทวิภาคีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยใช้อำนาจอธิปไตยหรือโดยในฐานะของคู่สัญญา รัฐทำผิดความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนก็ต่อเมื่อ ‘พิสูจน์ได้ว่ารัฐทำเกินไปกว่าบทบาทในฐานะคู่สัญญา และกระทำไปโดยบทบาทหน้าที่อธิปไตยโดยเฉพาะ’” มาใช้พิจารณาระหว่างการผิดสัญญากับการเวนคืนในคดีนี้

³⁴ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, para. 322.

³⁵ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award) (12 May 2005).

เป็นการเวนคืน ซึ่งอนุญาตตุลาการพิจารณาถึงการตัดสิทธิในทรัพย์สินอย่างมีนัยสำคัญ (Substantial Deprivation) ตามเหตุผลของอนุญาตตุลาการในคดี Pope & Talbot แล้วชี้ขาดว่า ไม่เป็นการเวนคืนเพราะ “นักลงทุนยังสามารถควบคุมดูแลการลงทุนได้ รัฐบาลมิได้เข้าไปจัดการ การดำเนินกิจการวันต่อวันของบริษัท และนักลงทุนยังมีความเป็นเจ้าของอย่างเต็มที่และควบคุม การลงทุนอย่างเต็มที่”³⁶

คดี *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*³⁷ เป็นกรณีที่หน่วยงานภาษีอากรรัฐเอกวาดอร์ออกมติปฏิเสธค่าขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการซื้อสินค้าและบริการของบริษัท Occidental ที่เข้ามาดำเนินการเจาะหาและผลิตน้ำมันในประเทศเอกวาดอร์โดยทำสัญญาฉบับหนึ่งที่รัฐเป็นเจ้าของ ซึ่งบริษัท Occidental เคยได้รับคืน ภาษีดังกล่าวตามกฎหมายภาษีอากรของเอกวาดอร์มาตลอดจนกระทั่งถึงกลางปี ค.ศ. 2001 และ ถูกเรียกคืนเงินภาษีที่เคยได้รับคืนไปด้วยนั้น แม้ว่าอนุญาตตุลาการเห็นความดีของหน่วยงาน ภาษีนี้ขัดกับกฎหมายภาษีอากรของเอกวาดอร์ อนุญาตตุลาการชี้ขาดว่าเพียงแค่ออกมติปฏิเสธที่จะ คืนภาษีมูลค่าเพิ่มแก่นักลงทุนนั้นไม่พอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมเพราะ “ไม่มีการตัดสิทธิ ในการใช้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการลงทุนที่คาดหวังไว้อย่างสมเหตุสมผล และมีได้ กระทบส่วนที่สำคัญของการลงทุน ดังนั้นจึงเท่ากับไม่พบว่าการตัดสิทธิอย่างมีนัยสำคัญ (Substantial Deprivation) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในคดี Pope & Talbot”³⁸

คดี *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*³⁹ อันเป็นกรณีที่หน่วยงาน พัฒนน้ำและพลังงาน (WAPDA) ปฏิเสธที่จะชำระค่าจ้างการก่อสร้างโรงงานพลังงานไฟฟ้าจาก น้ำ (โครงการ Ghazi-Barotha Hydropower) ให้แก่กิจการร่วมค้า GBC ที่เป็นของบริษัท Impregilo โดยอ้างว่าทำการก่อสร้างไม่เสร็จตามระยะเวลาที่กำหนด ในขณะที่บริษัท Impregilo อ้างว่ารัฐไม่ทำการโอนที่ดินที่จะใช้ก่อสร้างภายในระยะเวลาของโครงการ อนุญาตตุลาการมิได้ชี้

³⁶ Ibid., para. 263.

³⁷ Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL (Award) (1 July 2004).

³⁸ Ibid., para. 89.

³⁹ Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID (Award) (22 April 2005).

ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม⁴⁰ เพราะเห็นว่า “ในการชี้ขาดการเวนคืนทางอ้อม จำเป็นต้องมีการแทรกแซงของรัฐต่อการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) ของนักลงทุน อีกทั้งผลกระทบของมาตรการที่ใช้จะต้องมีนัยสำคัญ จึงจะถือว่ามีผลกระทบเท่ากับการเวนคืน”⁴¹ ซึ่งในคดีนี้ไม่มี

คดี SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines⁴² อันเป็นกรณีที่รัฐไม่ต้องการต่อสัญญาว่าจ้างให้บริษัท SGS ที่บริการตรวจสอบสินค้าก่อนการนำเข้ามาในประเทศฟิลิปปินส์และแสดงมูลค่าของสินค้านั้น ซึ่งเคยตกลงกันไว้แล้วว่าจะให้มีการต่อสัญญา ดังนั้น จึงทำให้รัฐปฏิเสธที่จะจ่ายเงินตามสัญญาในช่วงระยะเวลาที่รัฐไม่ต้องการต่อสัญญานั้นแล้ว ทั้งนี้การแสดงผลค่าของสินค้าที่ดำเนินการโดยบริษัท SGS นั้นไม่มีประโยชน์อีกต่อไปเนื่องจากรัฐสามารถใช้ระบบราคาขององค์การการค้าโลก (Valuation System) แทนได้ อนุญาโตตุลาการไม่เห็นว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมเพราะ “ความเป็นหนี้ของรัฐฟิลิปปินส์ยังคงมีอยู่และบริษัท SGS ยังคงมีสิทธิได้ดอกเบี้ยผิดนัดชำระหนี้ รัฐมิได้ออกกฎหมายใดๆมายกเลิกหนี้ ฉะนั้นแล้วการที่รัฐไม่ชำระหนี้จึงยังไม่พอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”

คดี Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania⁴³ อันเป็นกรณีที่เทศบาลนครของรัฐลิทัวเนียขอยกเลิกสัญญาสัมปทานออกแบบและดำเนินการระบบที่จอดรถในเมือง Vilnius รวมถึงก่อสร้างอาคารจอดรถที่บริษัท Baltijos Parkingas UAB ซึ่งเป็นของบริษัท Parkerings Compagniet AS นั้นมีหน้าที่ตามสัญญาสัมปทาน และในการยกเลิกสัญญาสัมปทานนี้เทศบาลนครอ้างว่ามีการผิดสัญญาดังนี้ 1. ไม่ทำการการวางแผนงานก่อสร้างที่ใช้ในการขออนุมัติต่อสภาเมือง Vilnius ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา 2. ไม่ได้ให้ความมั่นใจแก่เทศบาลนครในเรื่องการมีข้อมูลที่เข้าถึงได้โดยตรงและเป็นตามเวลาจริง 3. มิได้สร้างและจัดหาอุปกรณ์อาคารที่จอดรถภายในกำหนดเวลา 4. มิได้จ่ายเงินให้เทศบาลตามจำนวนที่กำหนดในสัญญา ดังนั้นอนุญาโตตุลาการไม่ได้ชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมเพราะบริษัท Baltijos

⁴⁰ อนุญาโตตุลาการเห็นว่าคดีนี้เป็นกรณีของการผิดสัญญา (Breach of Contract) โดยมีเหตุผลว่า “การไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นยังไม่ถือว่ามีผลกระทบเรื่องการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่ารัฐทำเกินบทบาทของคู่สัญญาและกระทำในหน้าที่ของอำนาจอธิปไตย”

⁴¹ Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, para. 279.

⁴² SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID (Award) (29 January 2004).

⁴³ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID (Award) (11 September 2007).

Parkingas UAB ยังมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลภายในตัดสินคดีการบอกเลิกสัญญาของรัฐได้อยู่⁴⁴ ซึ่งอนุญาโตตุลาการวางหลักการเวนคืนว่า “การเวนคืนทางอ้อมเป็นการมาตรการของรัฐที่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน โดยตัดสิทธิการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังที่ Metalclad กล่าวไว้ว่า ‘การเวนคืนหมายความรวมถึงการแทรกแซงที่แอบแฝงหรือที่มิได้ตั้งใจต่อการใช้ทรัพย์สินซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิเจ้าของทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่สำคัญในการใช้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังไว้อย่างสมเหตุสมผลในทรัพย์สิน ถึงแม้ว่าจะมิใช่ประโยชน์ชัดแจ้งอย่างสำคัญของรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม”

คดี CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic⁴⁵ เป็นกรณีที่สภาสี่อแห่งชาติเปลี่ยนเงื่อนไขสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในใบอนุญาตแพร่เสียงแพร่ภาพที่กำหนดให้บริษัท CET21 เป็นผู้ถือใบอนุญาตและให้บริษัท CNTS ซึ่งเป็นของบริษัท CME นั้นดำเนินการควบคุมสถานีแพร่เสียงแพร่ภาพ (TV Nova) ตามใบอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว โดยยกเลิกสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในใบอนุญาตของบริษัท CNTS แต่ก็ยังคงให้ดำเนินการแพร่เสียงแพร่ภาพต่อไป และในปี ค.ศ. 1999 บริษัท CET21 บอกเลิกสัญญาให้บริการของบริษัท CNTS และให้ผู้ให้บริการแพร่เสียงแพร่ภาพรายอื่นเข้ามาดำเนินการแทนบริษัท CNTS ดั่งนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า “การกระทำของสภาสี่อมวลชนแห่งชาติเป็นสาเหตุที่ทลายการดำเนินธุรกิจของกิจการร่วมค้า โดยปล่อยทิ้งกิจการร่วมค้าไว้เหลือแต่เพียงสินทรัพย์โดยที่ไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจ”⁴⁶ และชี้ชัดว่าเป็นการเวนคืนการลงทุนของบริษัท CME เพราะ “บริษัท CNTS ไม่มีสิทธิที่จะใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในใบอนุญาต และไม่อาจดำเนินการแพร่เสียงแพร่ภาพได้”

คดี Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic⁴⁷ อันเป็นกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดคนใหม่ไม่พอใจการขึ้นค่าธรรมเนียม

⁴⁴ อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า “การผิดสัญญาถือเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้โดยพิจารณาจากเงื่อนไขสามประการดังนี้ 1. รัฐมิได้กระทำไปในฐานะของคู่สัญญา แต่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ 2. เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นแล้วนักลงทุนในฐานะคู่สัญญาถูกตัดสิทธิความเป็นไปได้ในทางกฎหมายหรือในทางปฏิบัติที่จะร้องขอการเยียวยาต่อศาลภายใน และ 3. ลดมูลค่าของการลงทุนไปอย่างมีนัยสำคัญ”

⁴⁵ CME v. Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award) (13 September 2001).

⁴⁶ Ibid., para. 591.

⁴⁷ Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (Award) (20 August 2007).

น้ำที่เป็นไปตามสัญญาสัมปทานให้บริการระบบน้ำดื่มของบริษัท CAA ที่เป็นของบริษัท Vivendi Universal S.A. และประกาศว่าสัญญาสัมปทานนั้นไม่สมบูรณ์ แล้วเจ้าหน้าที่ทางจังหวัดแจ้งให้ประชาชนไม่จ่ายเงินตามใบเรียกเก็บเงินค่าน้ำของบริษัท CAA เพราะน้ำเกิดมีสีขุ่นขึ้นมา อีกทั้งต่อมาตัวแทนของรัฐบาลยังคงกดดันให้บริษัท ACC ลดค่าธรรมเนียมลง รัฐบาลไม่สามารถขอให้เจรจาเปลี่ยนสัญญาได้สำเร็จ และที่สูงสุดในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1997 บริษัท CAA แจ้งขอยกเลิกสัญญากับรัฐ แต่ถูกเจ้าหน้าที่ทางจังหวัดบังคับให้ดำเนินการให้บริการน้ำจนถึงเดือนตุลาคม ค.ศ. 1998 อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนเพราะ “การกระทำของเจ้าหน้าที่ทางจังหวัดนั้นส่งผลเสียหายต่อความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของสัมปทาน โดยปล่อยให้บริษัท ACC ไม่มีทางเลือก อันเป็นการตัดสิทธิการใช้หรือใช้ประโยชน์ในการลงทุนภายใต้สัญญาสัมปทาน” และอนุญาโตตุลาการวางหลักการเวนคืนว่า “ถึงแม้ว่านักลงทุนจะยังคงการควบคุมจัดการสัมปทานได้อยู่ ก็มิได้ถือว่ามีกรณีการเวนคืนเกิดขึ้น”

นอกจากนี้แล้ว ในกรณีของมาตรการภาษีอากร หากมีการทำสัญญาผูกพันระหว่างรัฐกับเอกชนนักลงทุนต่างชาติไว้โดยกำหนดอัตราภาษีไว้แน่นอนแล้วแต่รัฐกลับขึ้นภาษีกรณีผิดไปจากสัญญาที่ตกลงกันไว้ อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาถึง “ประสิทธิภาพ” ของการใช้ประโยชน์การลงทุนมาทำการชี้ขาดการเวนคืน

คดี *Revere Copper and Brass, Inc v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)* อันเป็นกรณีที่รัฐบาลใหม่ของจาไมก้าประกาศว่าไม่ผูกพันตามสัญญาและออกมาตรการต่างๆ ผิดจากที่เคยตกลงไว้ในสัญญาก่อสร้างและดำเนินการโรงงานเหมืองแร่ที่ทำกับบริษัท RJA เป็นของบริษัท Revere Copper รวมถึงมีการขึ้นภาษีและค่าธรรมเนียมโดยอ้างถึงการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ และรายได้ของบริษัท RJA ลดลงเป็นอย่างมากจนทำให้ต้องปิดโรงงานลง ทั้งนี้ในสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดเรื่องอัตราภาษีที่คงที่ไว้ 7 ปี และบริษัท Revere Copper ได้นำคดีนี้มาร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการภายใต้กฎการระงับข้อพิพาททางการค้าของสมาคมอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกาให้ OPIC จ่ายค่าชดเชยให้ตามสัญญาไว้ประกัน ดังนั้นอนุญาโตตุลาการเห็นว่า “ผลกระทบของการที่รัฐบาลจาไมก้าไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ผูกพันระยะยาวไว้กับบริษัท RJA ของบริษัท Revere Copper นั้นกระทบต่อประสิทธิภาพของการใช้และการดำเนินการ” ถึงแม้ว่าอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าบริษัท RJA ยังมีสิทธิเต็มที่และยังสามารถที่จะ

ดำเนินกิจการเช่นก่อนหน้านี้ แต่อนุญาตตุลาการพิจารณาเรื่องประสิทธิภาพ (Effective) ของการควบคุมในการใช้และดำเนินการของทรัพย์สินแล้วที่ขาดว่าเป็นการเวนคืนสิทธิตามสัญญา⁴⁸

4.1.1.2 การพิจารณาการกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ

หากมาตรการของรัฐมิได้ลดมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญหรือกล่าวคือเพียงทำให้กำไรของการลงทุนลดลงเท่านั้น และนักลงทุนยังสามารถที่จะควบคุมหรือใช้ประโยชน์ในการลงทุนนั้นได้ อนุญาตตุลาการจะยังไม่ถือว่ามี การเวนคืนทางอ้อมเกิดขึ้น ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คดี *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*⁴⁹ เป็นกรณีที่รัฐบาลแคนาดากำหนดรายการควบคุมการส่งออก (Export Control List) ไม้เนื้ออ่อนแปรรูปของโรงงานที่ตั้งอยู่ในรัฐ British Columbia รัฐ Alberta และรัฐ Ontario โดยจะต้องได้รับอนุญาตการส่งออกไปสหรัฐอเมริกา ก่อนและรัฐบาลแคนาดาจะเก็บค่าธรรมเนียมการส่งออกที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวด้วย ทั้งนี้การที่รัฐบาลแคนาดากำหนดรายการควบคุมการส่งออกขึ้นก็เพราะต้องปฏิบัติตามความตกลงทวิภาคีว่าด้วยไม้เนื้ออ่อนแปรรูป (“SLA”) ระหว่างแคนาดากับสหรัฐอเมริกาที่จำกัดการยกเว้นภาษีการส่งออกไม้เนื้ออ่อนแปรรูปไปสหรัฐอเมริกา ดังนั้นโรงเลื่อยไม้ที่ทำการแปรรูปและส่งออกไม้ไปขายยังประเทศสหรัฐอเมริกาทั้ง 3 โรงของบริษัท Pope & Talbot ที่ตั้งอยู่ใน British Columbia (Castlegar, Grand Forks and Midway) ของประเทศแคนาดาจึงต้องอยู่ภายใต้รายการควบคุมการส่งออกนั้น อนุญาตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement: NAFTA) ได้ชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนเพราะกฎเกณฑ์ควบคุมการส่งออกนี้ (Export Control Regime) มิได้เป็นการแทรกแซงต่อกิจกรรมของการลงทุนที่สำคัญพอจะถือว่าเป็นการเวนคืนในกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะโควตาการส่งออกที่รัฐกำหนดนั้นส่งผลเพียงทำให้กำไรของบริษัทลดลงเท่านั้น โดยที่ยังสามารถทำการส่งออกในปริมาณที่เป็นส่วนสำคัญและทำกำไรจากการขายไม้ได้อยู่ ซึ่งอนุญาตตุลาการได้วางหลักการเวนคืนทางอ้อมไว้

⁴⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Indirect expropriation” and the “Right to regulate” in international investment law, Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4, pp.13-14.

⁴⁹ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (Interim Award) (26 June 2000).

ว่า “ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น การเวนคืนหมายถึงการแทรกแซงสิทธิพื้นฐานอันเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของซึ่งจะต้องมีระดับที่สำคัญ (a significant degree) ในการตัดสินใจพื้นฐานของเจ้าของนั้น ทั้งนี้เพียงแต่การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงสิทธินั้นยังไม่พอที่ถือว่าเป็นการเวนคืน”⁵⁰ และได้ยกตัวอย่างของกรณีที่ไม่ถือว่่านักลงทุนมิได้สูญเสียการควบคุมการลงทุนภายหลังจากที่มาตรการของรัฐออกมาบังคับใช้แล้วไว้ดังนี้ 1) นักลงทุนยังดำเนินงานในการลงทุนได้โดยตรงทุกวัน 2) ไม่มีกฎเกณฑ์มาดำเนินการกักขังเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของการลงทุน 3) รัฐที่รับการลงทุนมิได้เข้าควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของการลงทุน 4) รัฐผู้รับการลงทุนมิได้ยึดเอารายได้จากการขายของบริษัท 5) รัฐผู้รับการลงทุนมิได้แทรกแซงต่อการบริหารจัดการหรือต่อกิจกรรมของผู้ถือหุ้น 6) รัฐผู้รับการลงทุนมิได้ขัดขวางการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น 7) รัฐผู้รับการลงทุนมิได้แทรกแซงต่อการแต่งตั้งผู้จัดการหรือผู้บริหาร 8) รัฐผู้รับการลงทุนมิได้กระทำการใดๆที่เพิกถอนนักลงทุนจากความเป็นเจ้าของเต็มที่และจากการควบคุมการลงทุน เป็นต้น⁵¹

คดี *LG&E Energy Crop. LG&E Capital Crop. LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*⁵² เป็นกรณีที่ ENARGAS ที่ทำหน้าที่กำกับดูแลภาคพลังงานของอาร์เจนตินา ทำการเจรจาขอระงับการขึ้นค่าธรรมเนียมโดยให้ขยายเวลาที่จะเริ่มเก็บค่าธรรมเนียมที่สูงขึ้นบนฐานดัชนีราคาผู้ผลิตโดยรวมออกไปอันเนื่องมาจากความตกต่ำของภาวะเศรษฐกิจและภาวะเงินฝืดของอาร์เจนตินา และรัฐยังได้การออกกฎหมายฉุกเฉินขึ้นมาจำกัดสิทธิคิดคำนวณค่าธรรมเนียมดอลลาร์สหรัฐโดยลดค่าเงินเปโซให้ 1.40 เปโซเท่ากับ 1 ดอลลาร์สหรัฐและเป็นอัตราลอยตัวในที่สุด ทั้งนี้ส่งผลต่อบริษัทที่รัฐได้อนุญาตให้ดำเนินการจัดส่งจำหน่ายแก๊ส ซึ่งรัฐทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนถือหุ้นในบริษัทได้โดยกำหนดเงื่อนไขที่ดึงดูด

⁵⁰ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการได้อ้างว่าในกฎหมายระหว่างประเทศก็กำหนดให้ต้องมีการตัดสินใจอย่างมีนัยสำคัญ (substantial deprivation) เช่น Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens ได้กำหนดมาตรฐานการแทรกแซงไว้ว่า “การแทรกแซงนั้นทำให้เจ้าของไม่สามารถที่จะใช้ ใช้ประโยชน์ หรือจัดการในทรัพย์สินได้” หรือ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States ได้ตอบคำถามที่ว่ากฎเกณฑ์ต่างๆนั้นถือเป็นการเวนคืน “เมื่อการกระทำนั้นเป็นการริบ การขัดขวางโดยแทรกแซงอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือล่าช้าเกินสมควรต่อการใช้สิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติอย่างเต็มที่ที่มีประสิทธิภาพ”

⁵¹ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, paras. 100-101.

⁵² *LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1 (Award) (3 October 2006).

การลงทุนไว้ว่า ให้มีการการปรับขึ้นค่าธรรมเนียมโดยอยู่บนฐานดัชนีราคาผู้ผลิตสหรัฐอเมริกา และกฎหมายรับรองให้คิดคำนวณค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากการจัดส่งจำหน่ายแก๊สนั้นเป็นเงินสกุลดอลลาร์สหรัฐโดยกำหนดอัตราแลกเปลี่ยนให้ 1 เปโซเท่ากับ 1 ดอลลาร์สหรัฐ และในคดีนี้ บริษัท LG&E ที่เข้าไปลงทุนถือหุ้นสามบริษัทจัดจำหน่ายแก๊สธรรมชาติในอาร์เจนตินาโดยเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท Centro และถือหุ้นส่วนน้อยในบริษัท Cuyana และบริษัท GasBan นั้นร้องขอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืน ซึ่งอนุญาตตุลาการพิจารณาว่า “การกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินต้องเกิดขึ้นอย่างมีนัยสำคัญจึงจะเรียกค่าชดเชยจากการเวนคืนได้” และชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมเพราะ “แม้ว่าจะกระทบต่อรายได้ของการลงทุน แต่มาตรการดังกล่าวมิได้ตัดสิทธิของนักลงทุนในการใช้การลงทุนหรือสูญเสียการควบคุมหุ้นที่มีอยู่ในบริษัทผู้ได้รับอนุญาต และถึงแม้ว่ามูลค่าของหุ้นจะผันผวนไปในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจก็ตาม ทั้งนี้นักลงทุนยังสามารถบริหารจัดการจากความเป็นผู้ได้รับอนุญาตได้วันต่อวันเสมือนก่อนที่รัฐจะบังคับใช้มาตรการ”⁵³

อนุญาตตุลาการได้ชี้ขาดอีกหลายคดีต่อมาซึ่งมีข้อเท็จจริงของมาตรการเป็นกรณีเดียวกันกับคดี *LG&E Energy Crop. LG&E Capital Crop. LG&E International Inc. v. The Argentine Republic* แล้วอนุญาตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม อาทิเช่น คดี *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*⁵⁴ ที่อนุญาตตุลาการไม่พบว่าผลประโยชน์ของนักลงทุนที่อยู่ในบริษัทไม่ได้รับการกระทบจากมาตรการของอาร์เจนตินา แต่ยังสามารถขายได้อย่างอิสระและทำธุรกรรมซับซ้อนได้⁵⁵ หรือคดี *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*⁵⁶ ที่อนุญาตตุลาการเห็นว่า “มาตรการที่ใช้ในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจนี้มันเพียงมีผลกระทบในทางลบต่อการลงทุนนั้น ยังไม่ถือว่า

⁵³ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties* (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 308-309.

⁵⁴ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (Award) (22 May 2007).

⁵⁵ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation* (New York: Oxford University Press, 2010), p. 298.

⁵⁶ Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID (Award) (28 September 2007).

เป็นการเวนคืนทางอ้อม แต่จะต้องทำให้นักลงทุนไม่อาจที่จะควบคุมการดำเนินธุรกิจได้อีกต่อไป หรือมูลค่าของธุรกิจถูกทำลายลงไปอย่างมีนัยสำคัญ”⁵⁷

คดี Telenor Mobile Communication A.S. v. The Republic of Hungary⁵⁸ อันเป็นกรณีที่รัฐฮังการีเรียกเก็บเงินจากบริษัท Panon GSM Telecommunications RT ซึ่งบริษัท Telenor ถือหุ้นอยู่ อันได้รับสัมปทานให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่คลื่นวิทยุสาธารณะ และเงินที่เรียกเก็บนั้นก็นำเข้ากองทุนสนับสนุนโทรคมนาคมทั่วโลก (ETTA) ที่จัดตั้งขึ้นมาในปี ค.ศ. 2001 ที่กำหนดให้มีการเก็บจากผู้ให้บริการโทรคมนาคมทุกรายโดยคำนวณตามเปอร์เซ็นต์ของรายได้บริษัท และรัฐฮังการีจัดเก็บด้วยวิธีการหักไปจากบัญชีธนาคารของบริษัท Panon มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 และปี ค.ศ. 2003 อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนเพราะ “การบริหารจัดการบริษัท Panon อยู่ในมือของคณะกรรมการบริษัทโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ สัญญาสัมปทานยังบังคับใช้ได้เต็มที่ บริษัท Panon มิได้ถูกห้ามการเข้าถึงทรัพย์สินหรือรายได้ และจากรายงานก็ทำให้เห็นว่าบริษัท Panon เป็นบริษัทที่สามารถหากำไรได้มากซึ่งรายได้และมูลค่าทรัพย์สินเพิ่มสูงขึ้นทุกปี” ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วางหลักการเวนคืนว่า “ในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ขนาดของการแทรกแซงต่อทรัพย์สินหรือสิทธิทางเศรษฐกิจของนักลงทุนจำเป็นต่อการถือว่าเป็นการเวนคืน และในหลายคดีก็เชื่อกันว่า การแทรกแซงต่อสิทธิของนักลงทุนจะต้องเป็นไปอย่างมีนัยสำคัญอันตัดสิทธินักลงทุนในมูลค่าทางเศรษฐกิจ การใช้ หรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนนั้น”

คดี EnCana Corporation v. Republic of Ecuador⁵⁹ อันเป็นกรณีที่รัฐบาลเอกวาดอร์ปฏิเสธต่อการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มของบริษัท EnCana ที่เข้ามาลงทุนทำสัญญาการสำรวจและการใช้น้ำมันในประเทศเอกวาดอร์ อนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่เป็นการเวนคืนโดยเห็นว่า “การไม่ได้รับคืนภาษีนั้นบริษัทยังสามารถหากำไรได้และดำเนินกิจกรรมตามปกติเช่นการกลั่นและส่งออกน้ำมันได้อยู่” และอนุญาโตตุลาการวิเคราะห์อีกว่ากฎหมายภาษีมิใช่การยึดทรัพย์สินเว้นแต่เป็นกฎหมายภาษีที่ผิดไปจากปกติ หรือเป็นจำนวนที่เชิงลงโทษ หรือตามอำเภอใจ⁶⁰ ฉะนั้น

⁵⁷ Ibid., para. 286.

⁵⁸ Telenor Mobile Communication A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID (Award) (13 September 2006).

⁵⁹ Encana Corporation v. Republic of Ecuador, UNCITRAL (Award) (3 February 2006).

⁶⁰ Ibid., para. 177.

แล้วในคดีนี้การปฏิเสธต่อการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มที่เกี่ยวกับการผลิตและส่งออกน้ำมันจึงมิใช่การปฏิเสธบริษัท EnCana จากผลประโยชน์ของการลงทุนไปทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญ

คดี *Link-Trading Joint Stock Company v. Republic of Moldova*⁶¹ เป็นกรณีที่รัฐแก้ไขกฎหมายงบประมาณของรัฐ ค.ศ. 1997 โดยยกเลิกการยกเว้นภาษีอากรให้แก่พ่อค้าคนกลางซึ่งเป็นลูกค้าของบริษัทกิจการร่วมค้า Link-Trading ที่ประกอบกิจการนำสินค้าเข้ามาในเขตเศรษฐกิจเสรี (Free Economic Zone) แล้วขายเพื่อการบริโภค แต่ยกเว้นภาษีอากรให้กับเฉพาะผู้ที่ซื้อสินค้าเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อการบริโภคเท่านั้น และยังสั่งให้ฝ่ายบริหารในเขตเศรษฐกิจเสรีทำการเก็บภาษีศุลกากรและภาษีมูลค่าเพิ่มโดยบวกเพิ่มลงไปในการค้าสินค้าที่ขายให้กับพ่อค้าคนกลางแล้วจัดส่งให้รัฐ ทั้งนี้กฎหมายเดิมที่ใช้บังคับขณะที่บริษัทกิจการร่วมค้า Link-Trading จัดทะเบียนในเขตเศรษฐกิจเสรีนั้นมีสองฉบับคือ กฎหมายเลขที่ 625 ยกเว้นภาษีการนำเข้าทั้งหมดรวมถึงภาษีมูลค่าเพิ่มให้กับบริษัทผู้นำเข้าสินค้ามาในเขตเศรษฐกิจเสรี และกฎกระทรวงการคลังเลขที่ 05/1-07/507 ยกเว้นภาษีศุลกากร ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีสรรพสามิตให้กับพ่อค้าคนกลางที่ซื้อสินค้ามาจากเขตเศรษฐกิจเสรี ซึ่งจะกำหนดจำนวนโดยกฎหมายงบประมาณของรัฐที่ออกทุกปี อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนเพราะ “ผู้ร้องมิได้พิสูจน์ว่าธุรกิจของผู้ร้องถูกเวนคืนหรือว่าการลดลงของธุรกิจเป็นผลโดยตรงมาจากการไม่ยกเว้นภาษีให้กับลูกค้าของผู้ร้อง ดังนั้นมาตรการทางภาษีที่ส่งผลเสียหายต่อผู้ร้องนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืน”⁶² และในคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้วางหลักการเวนคืนว่า “การเวนคืนทางอ้อมคือมาตรการของรัฐที่แทรกแซงต่อกิจกรรมทางธุรกิจของนักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ” และ “ในการพิสูจน์ว่าเป็นการเวนคืนนั้น ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่ามาตรการของรัฐดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อสิทธิประโยชน์ของผู้ร้องในการลงทุน”

คดี *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*⁶³ เป็นกรณีที่รัฐบาลอียิปต์ออกพระราชกฤษฎีกาเลขที่ 195 ห้ามบริษัทลูกของบริษัท Middle

⁶¹ *Link-Trading Joint Stock Company v. Republic of Moldova*, UNCITRAL (Award) (18 April 2002).

⁶² อีกทั้ง อนุญาโตตุลาการมีเห็นว่า “มิได้ถือว่าทุกมาตรการการเงินจะเป็นการเวนคืน แต่โดยทั่วไปแล้วจะถือว่าเป็นการเวนคืนก็เมื่อพบว่ารัฐกระทำต่อการลงทุนอย่างไม่ยุติธรรมหรือไม่เท่าเทียมกัน หรือเป็นมาตรการที่ใช้ตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติ หรือมาตรการที่ใช้นั้นขัดต่อภาระผูกพันของรัฐต่อการลงทุน”

⁶³ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6 (Award) (12 April 2002).

East Cement นำเข้าซีเมนต์ประเภท Grey Portland มาในรัฐอียิปต์ ซึ่งเดิมที่บริษัทได้รับการอนุญาตนำเข้าหรือเก็บและส่งขายซีเมนต์ให้เอกชนและรัฐเป็นระยะเวลา 10 ปี อนุญาตโดยตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนเพราะ “พระราชกฤษฎีกาของรัฐมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธินักลงทุนในการใช้และผลประโยชน์ในการลงทุน ถึงแม้ว่านักลงทุนจะยังมีชื่อเป็นเจ้าของสิทธิ ทั้งนี้มูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลง”

จากการศึกษาคดีดังกล่าวข้างต้นแล้วพบว่า จะถือว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นทำให้นักลงทุนไม่อาจควบคุมหรือใช้ประโยชน์ในการลงทุนของตนเองได้ หรืออาจควบคุมหรือใช้ประโยชน์ในการลงทุนได้แต่ก็ไม่มีประสิทธิภาพ รวมถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงไปอย่างมีนัยสำคัญ

4.1.2 การพิจารณาระยะเวลาและความต่อเนื่องของการมาตรการ

ระยะเวลาที่มาตรการของรัฐใช้บังคับนี้เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่เข้ามาใช้พิจารณาว่ามาตรการของรัฐนั้นแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติอย่างรุนแรงพอที่จะถือว่ารัฐทำการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติทางอ้อมหรือไม่ กล่าวคือหากเป็นมาตรการชั่วคราว อนุญาตโดยตุลาการจะไม่พิจารณาว่าเป็นเวนคืนการลงทุน ดังที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ตัดสินในคดี *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*⁶⁴ อันเป็นกรณีที่หน่วยงานที่ดินไรน์ลันด์พัลซึในประเทศเยอรมันไม่อนุญาตให้นาย Liselotte Hauer ที่เป็นชาวสวิตเซอร์แลนด์ทำการปลูกองุ่นพันธุ์ใหม่เพิ่มเข้ามาในที่ดินของตนเองเพราะที่ดินไม่เหมาะสมต่อการเจริญเติบโตขององุ่นตามความหมายในมาตรา 1 (2) ของกฎหมายว่าเยอรมันว่าด้วยมาตรการเกี่ยวกับอุตสาหกรรมองุ่น (*Weinwirtschaftsgesetz*) และกฎของสภาประชาคมเศรษฐกิจยุโรปหมายเลข 1162/76 มาตรา 2 (1) ที่ห้ามการปลูกองุ่นหลากหลายสายพันธุ์ขึ้นมาใหม่อันเนื่องมาจากเรื่องการปรับปรุงศักยภาพการปลูกองุ่นให้เข้ากับเงื่อนไขของท้องตลาด ทั้งนี้กฎของสภาประชาคมเศรษฐกิจยุโรปดังกล่าวมีกำหนดระยะเวลาไว้ 3 ปี ดังนี้ศาลยุติธรรมยุโรปเห็นว่ามีได้มีการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินของนาย Hauer อย่างสำคัญเพราะเจ้าของยังสามารถจัดการได้อย่างอิสระทั้งใช้ในรูปแบบอื่น ๆ ก็ได้ ถูกห้าม และที่สำคัญคือคำสั่งของสภาประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่ห้ามปลูกองุ่นนั้นมีผลบังคับใช้เพียง

⁶⁴ *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79, European Court of Justice (13 December 1979).

แค่เพียงชั่วคราวตลอดระยะเวลาสามปีเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่ขัดมาตรา 1 แห่งพิธีสารฉบับแรกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน⁶⁵

ประเด็นปัญหาว่าจำนวนเวลามากเท่าไรที่อนุญาตตุลาการจะถือว่าเป็นมาตรการที่ถาวร เช่นว่า การห้ามส่งออกเป็นระยะเวลา 18 เดือนในคดี *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* นั้นอนุญาตตุลาการเห็นว่าเป็นมาตรการชั่วคราว ในขณะที่อนุญาตตุลาการในคดี *Wena Hotel Ltd v. Arab Republic of Egypt* เห็นว่าการที่รัฐบาลอียิปต์เข้ายึดเป็นเวลาประมาณเกือบ 1 ปีนี้มีใช่มาตรการชั่วคราว (Non-Ephemeral)⁶⁶ ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากสภาพแวดล้อมข้อเท็จจริงของคดีดังที่อนุญาตตุลาการในคดี *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* มีความเห็นว่า “ไม่มีสูตรทางตัวเลขที่จะบอกผลได้ จำนวนเวลามากเท่าไรที่ใช้ซ้ำชานี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมข้อเท็จจริงของแต่ละคดี”⁶⁷

อนุญาตตุลาการได้ใช้ปัจจัยเรื่องระยะเวลาของมาตรการมาช่วยพิจารณาระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนเพื่อชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คดี *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาและงบประมาณของประเทศอิหร่านแต่งตั้งผู้จัดการชั่วคราวขึ้นมาบริหารจัดการบริษัท TAMS-AFFA ซึ่งเป็นของการลงทุนของห้างหุ้นส่วน TAMS และผู้จัดการชั่วคราวมิได้ทำการติดต่อตอบกลับไปหาตัวแทนผู้มีอำนาจลงนามของห้างหุ้นส่วน TAMS ที่จำเป็นต้องออกจากประเทศอิหร่านไป ดังนั้นอนุญาตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ให้ความเห็นการเวนคืนว่า “การตัดสิทธินั้นต้องมีใช่เป็นเพียงแค่ชั่วคราว” (not merely ephemeral) และชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนเพราะนักลงทุนถูกตัดสิทธิพื้นฐานอันเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของไปมีใช่เพียงแค่ชั่วคราว

⁶⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Indirect expropriation” and the “Right to regulate” in international investment law, Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4, p.14.

⁶⁶ Anne K. Hoffmann, “Indirect expropriation,” in *Standards of investment protection*, ed. August Reinisch (New York: Oxford University Press, 2008), p.159.

⁶⁷ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, p. 290.

คดี *Phelps Dodge International Corp. v. The Islamic Republic of Iran*⁶⁸ ที่รัฐออกพระราชกฤษฎีกาให้โอนการบริหารจัดการโรงงาน SICAB ที่บริษัท Phelps Dodge ถือหุ้นและทำการควบคุมจัดการอยู่นั้นไปให้กับธนาคารอุตสาหกรรมและเหมืองแร่ กับองค์การอุตสาหกรรมแห่งชาติ อันทำให้โรงงาน SICAB ตกอยู่ภายใต้การดำเนินงานของผู้จัดการที่แต่งตั้งขึ้นมาใหม่ แล้วหลังจากนั้นนักลงทุนก็มีได้รับข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจหรือธุรกรรมทางการเงินของบริษัท SICAB และไม่มีการประชุมของคณะกรรมการหรือผู้ถือหุ้นอีกเลย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา (The Iran-United States Claims Tribunal) ซึ่งขาดว่าเป็นการเวนคืนเพราะนักลงทุนถูกตัดสิทธิพื้นฐานอันเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของไปมิใช่เพียงแค่ชั่วคราว

คดี *LG&E Energy Crop. LG&E Capital Crop. LG&E International Inc. v. The Argentine Republic* วางหลักไว้ว่า “ในการประเมินระดับของการแทรกแซงสิทธิอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของนั้นมิใช่ว่าจะพิจารณาเพียงแต่เฉพาะการกระทบต่อเศรษฐกิจของการลงทุนเท่านั้น แต่ให้ดูที่ระยะเวลาของมาตรการด้วย”⁶⁹ ซึ่งคดีนี้เป็นกรณีที่รัฐทำการเจรจาเพื่อขอระงับการขึ้นค่าธรรมเนียมโดยให้ขยายเวลาที่บริษัทจัดจำหน่ายแก๊สธรรมชาติของนักลงทุนจะเริ่มดำเนินการเก็บค่าธรรมเนียมที่สูงขึ้นบนฐานดัชนีราคาผู้ผลิตโดยรวมออกไปเพราะเกิดการตกต่ำของภาวะเศรษฐกิจและภาวะเงินฝืดในอาร์เจนตินา และรัฐยังได้การออกกฎหมายฉุกเฉินขึ้นมาลดค่าเงินเปโซ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า “โดยปกติแล้วการเวนคืนจะต้องมีลักษณะที่ถาวร” แล้วซึ่งขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนเพราะไม่พบความถาวรและความรุนแรงของมาตรการที่ตัดสิทธิของนักลงทุนหรือลดมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนของนักลงทุนลงเกือบทั้งหมด

คดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* ซึ่งเป็นกรณีที่หน่วยงานสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) ของรัฐเม็กซิโกไม่ต่ออายุใบอนุญาตดำเนินการพื้นที่ฝังกลบขยะให้บริษัท Cytrar ที่เป็นของบริษัท Tecmed และอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า “มาตรการของรัฐจักถือเป็นการเวนคืนทางอ้อมเมื่อเป็นมาตรการที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงกลับคืนไปได้และถาวร (Irreversible and Permanent)”⁷⁰ ซึ่งการตัดสินใจของ INE ที่ไม่ต่อใบอนุญาตให้พื้นที่ฝังกลบขยะต้องถูกปิดลงอย่างถาวร และ

⁶⁸ Phelps Dodge International Corp. v. The Islamic Republic of Iran, Iran-US Claims Tribunal (Award) (19 March 1986).

⁶⁹ LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, para. 190.

⁷⁰ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, para. 116.

อนุญาตต่อตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมเพราะการลงทุนนั้นสูญเสียมูลค่าทางเศรษฐกิจและการใช้ประโยชน์ในการลงทุนไปอย่างถาวร

คดี *Generation Ukraine, Inc v. Ukraine*⁷¹ อันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองของเมืองเคียฟไม่ทำการตรวจแก้ไขสัญญาเช่าที่ดินเดิมให้เป็นไปตามกฎหมายที่ดินแก่บริษัท Heneratsiya ที่เป็นของบริษัท Generation นักลงทุนซึ่งได้รับสิทธิจากบันทึกของประธานฝ่ายปกครองบริการความมั่นคงประเทศยูเครนให้ทำการก่อสร้างตึกโครงการ Parkview ซึ่งโครงการนี้จะต้องมีการขอเช่าที่ดินและอนุญาตก่อสร้างจากฝ่ายปกครองเมืองเคียฟเสียก่อนโดยที่ประธานดังกล่าวจะไม่เกี่ยวข้องกับกรขออนุญาตเลย นอกจากฝ่ายปกครองเมืองเคียฟไม่ทำการตรวจแก้ไขสัญญาเช่าที่ดินให้แล้วยังมีมติของสภาเมืองเคียฟตั้งใจที่จะขอยกเลิกสิทธิการเช่าของบริษัท Heneratsiya ด้วย อนุญาตต่อตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืน โดยมีความเห็นว่า “มิได้สร้างอุปสรรคที่ถาวรหรือเปลี่ยนแปลงไม่ได้ต่อการใช้ การใช้ประโยชน์ หรือการจัดการการลงทุนของนักลงทุน”

คดี *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* อันเป็นกรณีที่ในวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1989 รัฐตราพระราชกฤษฎีกาเลขที่ 195 ห้ามบริษัทลูกของบริษัท Middle East Cement นำเข้าซีเมนต์ประเภท Grey Portland มาในรัฐอียิปต์ ซึ่งเป็นเวลาหลังจากที่รัฐได้ออกใบอนุญาตให้นำเข้ามาได้เป็นระยะเวลา 10 ปีเริ่มตั้งแต่วันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1983 แล้วจะสิ้นสุดในวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1993 อนุญาตต่อตุลาการเห็นว่า การห้ามนำเข้าเป็นเวลาประมาณ 4 ปี ก่อนถึงวันหมดอายุใบอนุญาตนั้นมิใช่เป็นการอันเพียงชั่วคราว จึงเป็นการเวนคืน แม้ว่าสัญญาที่บริษัท Middle East Cement ทำไว้ว่าจะจัดส่งสินค้าให้ลูกค้านั้นสิ้นสุดในวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1989 และรัฐอียิปต์ยกเลิกการห้ามส่งออกในปี ค.ศ. 1992 ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่หลายๆ คำชี้ขาดที่ออกมา นั้นมีความเห็นว่ามาตรการตัดสิทธิที่ถาวรเท่านั้นจึงจะเป็นการเวนคืน แต่อนุญาตต่อตุลาการในคดี *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* กลับมีความเห็นว่า “โดยทั่วไปแล้วการเวนคืนเป็นการขจัดความสามารถของเจ้าของในการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจไปถาวร แต่ในบางกรณีก็อาจถือว่าการตัดสิทธิไปเพียงบางส่วนหรือชั่วคราวนั้นเท่ากับเป็นการเวนคืน”⁷² อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าอนุญาตต่อตุลาการมีความเชื่อว่าโดยหลักทั่วไปแล้วจะต้องเป็นการตัดสิทธิที่ถาวร แต่ในบางกรณีการตัดสิทธิเพียงชั่วคราวก็ถือเป็นการ

⁷¹ *Generation Ukraine, Inc v. Ukraine*, ICSID (Award) (16 September 2003).

⁷² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, para. 283.

เวนคืนทางอ้อมได้ ดังนั้น ปัจจัยที่ว่ามาตรการตัดสิทธิที่ถาวรจึงจะถือเป็นการเวนคืนนั้นยังไม่เป็นสากลพอที่จะใช้ชี้ขาดว่ามีการเวนคืนเกิดขึ้นหรือไม่⁷³

ดังนั้น ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติจึงเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งในการตัดสินว่ามาตรการควบคุมของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาสนับสนุนแนวคิดที่ว่ามาตรการของรัฐที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนนั้นจำเป็นต้องแทรกแซงต่อการลงทุนถึงขนาดที่นักลงทุนถูกตัดสิทธิพื้นฐานความเป็นเจ้าของ การใช้ การใช้ประโยชน์ หรือการบริหารจัดการไปในลักษณะที่ถาวรหรือตลอดไป⁷⁴

4.2 การพิจารณาจากความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน

การทำลายความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาตินั้นเป็นปัจจัยที่ใช้ชี้ขาดว่ารัฐทำการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่⁷⁵ อนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่ออกมากระทบต่อความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของนักลงทุนต่างชาติหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาคดีนี้นักลงทุนต่างชาติต้องพิสูจน์ว่าการลงทุนของตนมิได้ตกอยู่ภายใต้การเปลี่ยนแปลงแก้ไขแห่งกฎหมาย และความคาดหวังที่สมเหตุสมผลนี้ก็มิใช่เป็นเพียงความคาดหวังที่เกิดขึ้นเองภายในจิตใจของนักลงทุนต่างชาติ เพราะนักลงทุนเข้าไปลงทุนต่างก็มีได้ต้องการได้มาแค่สินทรัพย์ แต่มุ่งที่จะบรรลุผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังว่าจะได้มาจากสินทรัพย์นั้นด้วยกันทั้งสิ้น ฉะนั้นแล้ว กรณีที่จะเป็นความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของนักลงทุนได้นั้นจึงต้องเกิดจากการที่รัฐได้ให้ความหวังแก่นักลงทุนต่างชาติไปด้วยวิธีการโฆษณาในช่วงที่รัฐเสนอรายการส่งเสริมการลงทุนหรือตอนจัดแสดงงานการลงทุน หรือรัฐทำการเจรจาตกลงกันโดยตรงกับนักลงทุนเฉพาะรายนั้นๆ (Stabilization Clause) อันเป็นการสร้างความหวังให้นักลงทุนเชื่อแล้วใช้ตัดสินใจทำการลงทุน และถ้ารัฐผู้รับการลงทุนมิได้ปฏิบัติตามที่ได้รับรองยืนยันกับนักลงทุนไว้แล้วนั้นก็อาจจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นปัจจัยในการชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อม⁷⁶ ดังคดีต่อไปนี้

⁷³ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, p. 290.

⁷⁴ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 311.

⁷⁵ ความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติยังถูกใช้เป็นปัจจัยในการตัดสินว่ารัฐปฏิบัติขัดต่อหลักความยุติธรรมและเท่าเทียมกัน (Fair and Equitable Treatment) หรือไม่อีกด้วย

⁷⁶ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 311.

คดี *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* อันเป็นกรณีที่เทศบาลเมือง Guadalucazar ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตดำเนินการก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายให้กับบริษัท COTERIN ที่เป็นของนักลงทุน ทั้งที่ก่อนหน้านี้รัฐบาลกลางโดยสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) นี้ได้ให้อุญาตก่อสร้างและดำเนินงานพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายแก่นักลงทุนแล้ว ดังนั้น อนุญาตตุลาการเห็นว่า “บริษัท Metalclad ถูกทำให้เชื่อว่าการอนุญาตของรัฐนั้นเป็นการอนุญาตให้ก่อสร้างและดำเนินงานพื้นที่ฝังกลบขยะอันตราย”⁷⁷ และส่งผลให้นักลงทุนมีความคาดหวังผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่สมเหตุสมผล ฉะนั้น เมื่อไม่สามารถที่จะเปิดดำเนินการโครงการการลงทุนได้จึงเป็นการทำลายความคาดหวังดังกล่าว ซึ่งเป็นปัจจัยเสริมในการชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐเท่ากับการเวนคืน⁷⁸

คดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* อันเป็นกรณีที่สถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) ของรัฐเม็กซิโกปฏิเสธที่จะต่ออายุใบอนุญาตดำเนินการโครงการพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายให้บริษัท Cytrar ที่เป็นของบริษัท Tecmed ซึ่งประมูลได้ อสังหาริมทรัพย์ อาคาร สิ่งอำนวยความสะดวก และสินทรัพย์อื่นๆ อันเกี่ยวกับอุตสาหกรรมพื้นที่ฝังกลบขยะอันตราย ทั้งที่หน่วยงาน INE ได้ต่ออายุใบอนุญาตมาให้ตลอดตั้งแต่เริ่มดำเนินการการลงทุน อนุญาตตุลาการเห็นว่า “เป็นโครงการระยะยาวที่นักลงทุนพิจารณาจากระยะเวลาและการฟื้นฟูการลงทุนและการได้ผลกำไรคืนทุนนั้นในการยื่นข้อเสนอมูลได้ทรัพย์สินของโครงการ”⁷⁹ ฉะนั้น การไม่ต่ออายุใบอนุญาตดำเนินการให้แก่นักลงทุนจึงเป็นการทำลายความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของนักลงทุน ประกอบกับบริษัท Cytrar ไม่อาจดำเนินการให้ได้ผลกำไรคุ้มทุนในช่วงระยะเวลาสั้นเพียงพอเท่านี้ได้ อันกระทบผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุนแล้วเป็นการเวนคืนทางอ้อม⁸⁰

คดี *Revere Copper and Brass, Inc v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)* อันเป็นกรณีที่สัญญาก่อสร้างและดำเนินการโรงงานเหมืองแร่มีข้อตกลง (Stabilization

⁷⁷ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, para. 100.

⁷⁸ อนุญาตตุลาการยังตัดสินว่าเม็กซิโกปฏิบัติขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment: FET)

⁷⁹ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, para. 149.

⁸⁰ อนุญาตตุลาการยังตัดสินว่าเม็กซิโกปฏิบัติขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment: FET)

Clause) กำหนดเรื่องอัตราภาษีที่คงที่ไว้ 7 ปี แล้วรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันนั้นโดยการขึ้นภาษีจึงเป็นการเวนคืนทางอ้อม ทั้งนี้เพราะรัฐได้ให้ความผูกพันเฉพาะแก่นักลงทุนตระหนักได้ว่าการลงทุนนั้นได้รับการยกเว้นออกจากกฎหมาย ดังที่อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า “ต้องพิจารณาว่าการกระทำของรัฐขัดแย้งหรือไม่ และความเสียหายต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของต่างด้าวอันขัดแย้งกับการรับรองที่ให้ไว้แก่ต่างด้าวขณะชักจูงให้เข้ามาทำการลงทุนนั้นได้รับการกระทบจากการกระทำหรือไม่”⁸¹

คดี *Eureko B.V. v. Republic of Poland*⁸² อันเป็นกรณีที่สภาคณะรัฐมนตรีมีมติในวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 2002 ให้เปลี่ยนแปลงการขายหุ้นบริษัทประกันภัย PZU ของรัฐบาลโปแลนด์โดยยังให้กระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริษัท PZU และให้สิทธิรัฐมนตรีการคลังเพิกถอนข้อสัญญาเพิ่มเติมในสัญญาซื้อหุ้นที่รัฐทำกับบริษัท Eureko ทั้งนี้ แรกเริ่มนั้นบริษัท Eureko เข้าไปซื้อหุ้นร้อยละ 30 ในบริษัท PZU โดยทำสัญญาซื้อหุ้น (Share Purchase Agreement) ตามแผนนโยบายของรัฐในวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1999 ที่ต้องการขายบริษัทประกันภัย PZU ให้เป็นของเอกชนโดยจะเปิดขายหุ้นที่เหลือให้แก่นักลงทุนอีกจนแล้วเสร็จภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2001 ซึ่งต่อมาในวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2001 นั้นกระทรวงการคลังได้ทำข้อสัญญาเพิ่มเติมครั้งที่ 1 กับบริษัท Eureko ที่จะทำการขายหุ้นให้อีกร้อยละ 21 รวมเป็นร้อยละ 51 โดยจะให้บริษัท Eureko เป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมบริษัท PZU และในเดือนตุลาคมของปีเดียวกันนั้นก็มีข้อสัญญาเพิ่มเติมครั้งที่ 2 ว่าให้บริษัท Eureko เข้าซื้อหุ้นของบริษัท PZU ได้โดยให้ไปขออนุญาตจากรัฐมนตรีการบริหารจัดการและกิจการภายใน แล้วเมื่อบริษัท Eureko ดำเนินการขออนุญาตแล้วกลับไม่ได้รับอนุญาตมา ดังนั้นอนุญาโตตุลาการเห็นว่า “การกระทำที่เลือกปฏิบัติของรัฐนั้นขัดต่อความคาดหวังของบริษัท Eureko ที่มีตามสัญญาซื้อหุ้นและข้อสัญญาเพิ่มเติมครั้งที่ 1” และชี้ขาดว่าเป็นการตัดสิทธิตามสัญญาอันอาจเป็นการเวนคืน

อย่างไรก็ดี ถ้านักลงทุนมิได้รับการรับรองอย่างเฉพาะเจาะจงให้เชื่อมั่นได้ว่าจะได้รับการยกเว้นจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในอนาคต ย่อมต้องถือว่านักลงทุนเลือกที่จะเข้าไปเผชิญกับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นได้ทั่วไปจากการลงทุน ซึ่งมีความเห็นของอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆกล่าวถึงความเสี่ยงไว้เช่น “ไม่มีกิจการใดสามารถหลุดพ้นไปจากความเสี่ยงและความไม่แน่นอนที่เป็นผล

⁸¹ August Reinisch, “Expropriation,” in *The oxford handbook of international investment law*, eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, pp. 448-449.

⁸² *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, IIC Adhoc (Partial Award) (19 August 2005).

มาจากสภาพเศรษฐกิจทั่วไป กิจกรรมอาจสามารถทำกำไรได้มากในช่วงที่เฟื่องฟูตามปกติหรือด้วยการใช้ประโยชน์จากความตกลงเกี่ยวกับการค้าหรือจากการเปลี่ยนแปลงของพิกัดอัตราภาษีอากร แต่กิจการเหล่านั้นก็ยังคงต้องเผชิญภัยล้มละลายหรือการปิดกิจการหากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป”⁸³ หรือ “นักลงทุนที่มาในประเทศอิหร่านก็เหมือนกับนักลงทุนที่ไปประเทศอื่นๆซึ่งอาจจะเผชิญปัญหาภายในประเทศอันเกี่ยวกับการนัดหยุดงาน การปิดกิจการโรงงาน การก่อความไม่สงบ การเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจและการเมือง และการปฏิวัติ ซึ่งจากความเสียหายเหล่านี้มิได้หมายความว่าเมื่อกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินแล้วถือว่าเป็นการยึด”⁸⁴ หรือ “รัฐบาลอาจใช้อำนาจควบคุม (Regulatory Power) เปลี่ยนแปลงกฎหมายและกฎเกณฑ์อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ หรือมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการเมืองเศรษฐกิจหรือสังคม ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้อาจทำให้การดำเนินธุรกิจทำกำไรได้น้อยหรือไม่ทำกำไรอีกต่อไป”⁸⁵ เป็นต้น ฉะนั้นแล้วจะถือว่านักลงทุนมีความคาดหวังที่สมเหตุสมผลอันรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองมิได้ และอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมดังคดีต่อไปนี้

คดี Methanex Corporation v. The United States of America⁸⁶ อันเป็นกรณีที่รัฐแคลิฟอร์เนียห้ามการใช้สารเคมีที่ชื่อ MTBE (Methyl Tertiary-Butyl Ether) ในน้ำมันเบนซิน เนื่องจากคำนึงถึงปัญหาการปนเปื้อนน้ำที่บริโภค ทั้งนี้ส่งผลกระทบต่อตลาดเมทานอลที่บริษัท Methanex เป็นผู้ผลิตใช้เป็นสารประกอบในสาร MTBE ดังนั้นอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมแต่เป็นความเสี่ยงเองเพราะบริษัท Methanex ไม่มีความคาดหวังที่สมเหตุสมผลดังที่ว่า “บริษัท Methanex ผู้ผลิตเมทานอลมีหน้าที่ระวังความเสี่ยงของตนเองเพราะมิได้เข้ามาในตลาดสหรัฐอเมริกาโดยมีการรับรองใดๆให้ อันต่างกับบริษัท Revere Copper & Bass ที่มีข้อตกลงผูกพันระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยเฉพาะเพื่อจูงใจให้นักลงทุนเข้ามาในตลาดสหรัฐอเมริกาโดยเป็นการยกเว้นนักลงทุนจากการเปลี่ยนแปลงแห่งกฎเกณฑ์ต่างๆในอนาคต”⁸⁷

⁸³ Oscar Chin Case, P.C.I.J (1934).

⁸⁴ ดู Starrett Housing Corporation, Starrett System, Inc., Starrett Housing International Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat.

⁸⁵ Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States, NAFTA (Award) (16 December 2002).

⁸⁶ Methanex Corporation v. The United States of America, NAFTA (Award) (9 August 2005).

⁸⁷ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, p. 292.

คดี *Generation Ukraine, Inc v. Ukraine* อันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองของเมืองเคียฟไม่ทำการตรวจแก้ไขสัญญาเช่าที่ดินเดิมให้เป็นไปตามกฎหมายที่ดินแก่บริษัท Heneratsiya ที่เป็นของบริษัท Generation นักลงทุนซึ่งได้รับสิทธิจากบันทึกของประธานฝ่ายปกครองบริการความมั่นคงประเทศยูเครนให้ทำการก่อสร้างตึกโครงการ Parkview ซึ่งโครงการนี้จะต้องมีการขอเช่าที่ดินและอนุญาตก่อสร้างจากฝ่ายปกครองเมืองเคียฟเสียก่อนโดยที่ประธานดังกล่าวจะไม่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาต แล้วต่อมายังมีมติของสภาเมืองเคียฟตั้งใจที่จะขอยกเลิกสิทธิการเช่าของบริษัท Heneratsiya ด้วย อนุญาตโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนโดยเห็นว่า “นักลงทุนถูกดึงดูดให้เข้าไปลงทุนในประเทศยูเครนด้วยความเป็นไปได้ว่าจะได้รับรายได้กลับมากสูงมาก ทั้งนี้ นักลงทุนเผชิญอุปสรรคและความล่าช้าอันมีสาเหตุมาจากการที่ระบบราชการขาดประสิทธิภาพและมีการต่อต้านในรูปแบบต่างๆ”

คดี *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*⁸⁸ ซึ่งเป็นกรณีที่หน่วยงาน SEGOB ที่ทำหน้าที่พิจารณาการขออนุญาตเปิดกิจการการตู้เกมส์นั้นสั่งให้บริษัท EDM ซึ่งเป็นของบริษัท Thunderbird นั้นปิดการดำเนินการกิจการตู้เกมส์ที่ได้รับอนุญาตให้เปิดไปแล้วในเมือง Matamoros เมือง Nuevo Laredo และเมือง Reynosa เพราะเป็นอุปกรณ์การพนันที่ต้องห้าม ถึงแม้ว่าหน่วยงาน SEGOB จะเคยให้ความเห็นเป็นเอกสาร (Oficio) ตอบกลับนักลงทุนว่าสามารถดำเนินการไม่ห้ามตามกฎหมายเกมส์และการพนันของเม็กซิโก แต่ก็โดยความเห็นที่ว่า “อ้างถึงตู้เกมส์ที่ทำงานภายใต้การพัฒนาความสามารถและทักษะของผู้เล่นให้นักลงทุนพิจารณาถึงกฎหมายเกมส์และการพนันซึ่งห้ามมีเกมส์ที่เป็นการพนันและการเสี่ยงโชคในประเทศเม็กซิโก ดังความในมาตรา 1 ที่ห้ามเกมส์ทุกประเภทที่เป็นการพนันและการเสี่ยงโชค ทั้งนี้การที่นักลงทุนเสนอทำกิจการเกี่ยวกับเครื่องวีดีโอเกมส์เพื่อความสนุกสนานและความบันเทิงของผู้เล่นโดยมีการใช้ความสามารถและทักษะอันไม่เกี่ยวข้องกับการพนันหรือการเสี่ยงโชคนั้น ย่อมไม่ขัดกับกฎหมายนี้ที่ควบคุมห้ามเฉพาะการพนันและการเสี่ยงโชคเท่านั้น แต่ถ้าเครื่องหยอดเหรียญนั้นเป็นการพนันหรือเสี่ยงโชคซึ่งผู้เล่นต้องใช้ทักษะความสามารถของผู้เล่นเองแล้วก็จะอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเกมส์และการพนันนี้” ดังนั้น อนุญาตโตตุลาการจึงถือว่านักลงทุนไม่มีความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะ “นักลงทุนเลือกที่จะลงทุนการพนันซึ่งผิดกฎหมายเม็กซิโกจึงย่อมพึงระวังความเสี่ยงที่กิจการการพนันจะถูกปิด และเมื่อบริษัท EDM ขอ

⁸⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL (NAFTA) (Award) (26 January 2006).

ความเห็นจากหน่วยงาน SEGOB ไปแค่ผู้เกมส์ที่ถูกกฎหมายแล้วก็ฟังต้องระวังว่าผู้เกมส์ของตานั้น อาจเข้าข่ายเป็นการเสี่ยงโชค ประกอบกับการที่ได้รับรางวัลกลับมาเป็นเงินสดก็อาจเป็น องค์ประกอบของการพนัน ทั้งนี้บริษัท EDM เลือกที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลทั้งหมดในเอกสารที่ขอทาง ราชการไป” และการบังคับใช้กฎหมายที่แท้จริงก็ไม่เป็นการเวนคืน

คดี MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile⁸⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่ หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่แบ่งเขตที่ดินไม่ทำการแบ่งเขตที่ดินตามที่รัฐรับรองไว้ก่อนแล้วว่าจะทำ การแบ่งเขตที่ดินก่อนที่บริษัท MTD ดำเนินการสร้างตึกอันเป็นโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ด้วยการสร้างบ้าน อพาร์ทเมนต์ โรงเรียน โรงพยาบาล ศูนย์การค้าและการบริการ ซึ่งก็เพราะเห็น ว่าโครงการของบริษัท MTD ที่เข้ามาลงทุนนั้นขัดต่อกฎหมายพัฒนาชุมชนเมืองและนโยบาย สิ่งแวดล้อม แต่ทั้งนี้คณะกรรมการการการลงทุนของต่างชาติได้ลงนามในสัญญาอนุญาตให้บริษัท MTD ลงทุนก่อสร้างโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์โดยมิได้ระบุลงในสัญญาว่าจะต้องมีการแบ่ง เขตที่ดินไว้ให้ด้วย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมโดยเห็นว่าเป็นความ เสี่ยงตามปกติ ดังที่กล่าวว่า “นักลงทุนไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ทุกๆรัฐ มีสิทธิที่จะแก้ไขกฎหมาย และการที่รัฐแก้ไขกฎหมายก็มิได้หมายความว่า การอนุญาตลงทุนนั้นถูก ยกเลิก เป็นนโยบายและสิทธิของรัฐที่จะไม่ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลง”⁹⁰

คดี Azurix Corp. v. The Argentine Republic อันเป็นกรณีรัฐไม่ให้ดอกเบี้ยเงินเรียก เก็บค่าน้ำในอัตราตามเกณฑ์ที่กำหนดอยู่ในสัญญาสัมปทาน และไม่ดำเนินการซ่อมแซมระบบส่ง หรือกักเก็บน้ำพื้นฐานตามที่แจ้งนักลงทุนไว้ก่อนที่จะเข้ามาดำเนินการสัมปทานน้ำ อันอาจส่งผล กระทบต่อบริษัท ABA ในการได้รับความช่วยเหลือทางการเงินนั้น อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็น การทำผิดสัญญาและมิได้ทำงานให้เสร็จสมบูรณ์ที่ในสัญญาก็ไม่มีกำหนดอัตรางานหรือ ระยะเวลาของการทำงานให้เสร็จ ประกอบกับการกระทำของรัฐก็มีสาเหตุเดียวที่ทำให้มีการ ปฏิเสธความช่วยเหลือทางการเงินแก่บริษัท จึงชี้ขาดว่ามีใช้การเวนคืนทางอ้อม

⁸⁹ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award) (25 May 2004).

⁹⁰ ทั้งอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าเป็นปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมและเท่าเทียมกัน เพราะการ อนุญาตการลงทุนของคณะกรรมการการการลงทุนของต่างชาตินั้นขัดกับนโยบายของรัฐ

ดังนั้น จากการที่อนุญาตตุลาการพิจารณาเรื่องความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายหรือความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของนักลงทุน (Legitimate Expectation หรือ Reasonable Expectation) จึงส่งผลให้ในภาคผนวกของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน⁹¹ กำหนดให้นำเรื่อง “ความคาดหวังที่สมเหตุสมผลขณะที่เริ่มการลงทุน” มาใช้ชี้ขาดว่ารัฐเวนคืนทางอ้อมหรือไม่⁹²

4.3 การพิจารณาจากความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง

มาตรการของรัฐที่จะเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่ามาตรการที่รัฐใช้ได้สัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับเป้าหมายของรัฐที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะรัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติอยู่ด้วย และปัจจัยสำคัญที่ใช้พิจารณาก็คือการเปรียบเทียบการกระทบของมาตรการต่อนักลงทุนต่างชาติกับการกระทบต่อคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งจะถือว่าไม่มีความได้สัดส่วนก็เมื่อนักลงทุนต่างชาติแบกรับภาระของมาตรการไว้มากเกินไป (Excessive Burden)⁹³ ดังที่ศาลยุโรปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนกล่าวถึง fair balance test ว่า “มาตรการที่ตัดสิทธิบุคคลในทรัพย์สินต้องมีวัตถุประสงค์ประโยชน์สาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย และต้องมีสัดส่วนที่สมเหตุสมผลในความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการที่รัฐใช้กับสิ่งที่รัฐคำนึงด้วย และจะไม่มีคุณสมบัติถ้าหากว่านักลงทุนแบกรับภาระไว้มากเกินไป ศาลจึงพิจารณาว่า

⁹¹ ตัวอย่างเช่น US-Australia Free Trade Agreement (Signed 18 May 2004, entered into force 1 January 2005); US-Chile Free Trade Agreement (Signed 6 June 2003, entered into force 1 January 2004); US-Morocco Free Trade Agreement (Signed 15 June 2004, entered into force 1 January 2006); US-Singapore Free Trade Agreement (Signed 6 May 2003, entered into force 1 January 2004); Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (November 2005); Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006)

⁹² Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, pp. 312-313.

⁹³ *Ibid.*, p. 313.

มาตรการต้องมีการบรรลุเป้าหมายที่เหมาะสมและได้สัดส่วน⁹⁴ หรือกล่าวคือดูจะมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าถ้าหากทำให้คนชาติเป็นผู้แบกรับภาระเพื่อประโยชน์สาธารณะไว้⁹⁵

ตัวอย่างของความไม่สัดส่วนนี้ ศาลยุโรปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนได้เคยตัดสินไว้ในคดี *Sporrong and Lonroth v. Sweden* ว่า “การที่รัฐห้ามนาย Sporrong และนาง Lonroth ทำการก่อสร้างบนทรัพย์สินของตนเป็นระยะเวลาที่ยาวนานตามพระราชบัญญัติอาคารและพระราชบัญญัติการเวนคืนนั้นเป็นการสร้างภาระที่มากเกินไปเนื่องจากไม่อาจขอลดระยะเวลาหรือขอเรียกชดเชยจากรัฐ” หรือคดี *James and Others v. The United Kingdom* ว่า “การแก้ไขพระราชบัญญัติปฏิรูปการได้กรรมสิทธิ์มาจากการเช่าเพื่อเพิ่มความเป็นธรรมให้แก่สังคมโดยบังคับให้เจ้าของบ้านทำการโอนบ้านและที่ดินให้แก่ผู้เช่าบ้านที่เช่ามาเป็นระยะเวลานานและมีการจ่ายค่าชดเชยการเงินให้กับเจ้าของบ้านนั้น ย่อมไม่ถือว่าเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ได้สัดส่วนของการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์”

ปัจจัยเรื่องความได้สัดส่วนที่ศาลยุโรปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนใช้ในการพิจารณาคดีนั้นมีอิทธิพลต่อการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการอื่นๆ ในการชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมอันฝ่าฝืนบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน ดังเช่นคดีต่อไปนี้ คดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* ที่หน่วยงานสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) ของรัฐเม็กซิโกปฏิเสธที่จะต่ออายุใบอนุญาตให้บริษัท Cytrar ที่เป็นของบริษัท Tecmed โดยอ้างเหตุว่ามีการผิดข้อสัญญาเล็กน้อยบางประการอันเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมการจัดการพื้นที่ฝังกลบขยะดังกล่าว และมีการปลุกกระดมประชาชนในพื้นที่ให้ต่อต้านพื้นที่ฝังกลบขยะเพื่อไม่ให้ได้รับการต่อใบอนุญาตและปิดการดำเนินงานไปเพราะตัวโครงการดังกล่าวตั้งอยู่ใกล้กับชุมชนเมือง ดังนั้นอนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงความได้สัดส่วนที่สมเหตุสมผลในความสัมพันธ์ระหว่างภาระหน้าที่ที่ตกอยู่กับนักลงทุนต่างชาติกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึงอันเป็นเหตุให้รัฐออกมาตรการนั้นมาชี้ขาดคดี โดยเห็นว่า “การประเมินภาระหน้าที่นั้น เป็นเรื่องที่สำคัญที่จะบอกขนาดการตัดสิทธิความเป็นเจ้าของและการตัดสิทธินั้นจะต้องมีการชดเชยหรือไม่” และในคดีนี้อนุญาโตตุลาการพบว่าไม่มีสภาวะการณ้ฉุกเฉินสถานการณ์ทางสังคมที่ร้ายแรง หรือความจำเป็นเร่งด่วนใดๆ ในการเพิกถอนการอนุญาต

⁹⁴ James and Others v. The United Kingdom, ECHR (21 February 1986).

⁹⁵ Ibid., para. 64.

ดำเนินการฟื้นฟูที่ฝักกลบขณะนี้ ดังนั้นมาตรการของรัฐที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่เม็กซิโกนั้นไม่ได้ สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง จึงเท่ากับเป็นการเวนคืน

คดี *LG&E Energy Crop. LG&E Capital Crop. LG&E International Inc. v. The Argentine Republic* อันเนื่องมาจากความตกต่ำของภาวะเศรษฐกิจและภาวะเงินฝืดของ อาร์เจนตินา รัฐจึงเจรจาขอระงับการขึ้นค่าธรรมเนียมโดยให้ขยายเวลาที่จะเริ่มเก็บค่าธรรมเนียมที่ สูงขึ้นบนฐานดัชนีราคาผู้ผลิตโดยรวมออกไป และรัฐยังได้การออกกฎหมายฉุกเฉินขึ้นมากำจัด สิทธิคิดคำนวณค่าธรรมเนียมดอลลาร์สหรัฐโดยลดค่าเงินเปโซให้ 1.40 เปโซเท่ากับ 1 ดอลลาร์ สหรัฐและ ลดค่าเงินจนเป็นอัตราลอยตัวในที่สุด ดังนั้นอนุญาโตตุลาการมีความเห็นด้วยกับการ พิจารณาความได้สัดส่วนของมาตรการกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐคุ้มครองและการคุ้มครองการ ลงทุนที่ปรากฏในคดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* และอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า “รัฐมีสิทธิที่จะบังคับใช้มาตรการที่มีวัตถุประสงค์ทาง สังคมหรือสาธารณะ และไม่ก่อให้เกิดเป็นความรับผิดชอบของรัฐเว้นแต่ว่าการกระทำของรัฐไม่ได้ สัมพันธ์อย่างชัดเจนกับความจำเป็นที่รัฐอ้างถึง” อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการ เวนคืนทางอ้อมโดยสรุปว่ามาตรการของอาร์เจนตินาในช่วงวิกฤต มิได้ตัดสิทธิของนักลงทุนในการ ใช้ประโยชน์ของการลงทุนหรือสูญเสียการควบคุมหุ้นที่มีอยู่ในบริษัท แต่ไม่ได้สรุปว่ามาตรการของ รัฐในคดีนี้ได้สัดส่วนกับเป้าหมายหรือไม่

ทั้งนี้ในอนุญาโตตุลาการในคดี *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* ก็ได้อ้างถึง การพิจารณาเรื่องความได้สัดส่วนของมาตรการกับประโยชน์สาธารณะของคดี *James and Others v. The United Kingdom* ไว้ แต่ก็มิได้สรุปว่ามาตรการของรัฐในคดีนี้ได้สัดส่วนกับ เป้าหมายหรือไม่

4.4 การพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ (ความไม่โปร่งใส ตามความอำเภอใจ และการเลือกปฏิบัติ)

โดยหลักการแล้ว กฎเกณฑ์ต่างๆอันเป็นมาตรการของรัฐที่ออกมานั้นหากมีวัตถุประสงค์ เพื่อสังคม (“Social Purpose”) หรือสวัสดิการสาธารณะ (“General Welfare”) แล้วมักจะไม่ได้ถือว่าเป็น การเวนคืน ดังที่มิ้นนักวิชาการหลายท่านกล่าวถึงแนวความคิดนี้ไว้ อาทิเช่น Professor G.C. Christie ที่บอกว่า “เมื่อพิจารณาว่ามีประเด็นเพื่อสุขอนามัย ความปลอดภัย ศีลธรรม หรือ สวัสดิการแล้วโดยปกติจะนำไปสู่การสรุปว่าไม่เป็นการยึด” หรือ M. Sornarajah ที่บอกว่า

“มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติอันเกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค ความมั่นคง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การจัดผังเมืองนั้น มิใช่การยึดที่ต้องจ่ายค่าชดเชย โดยเหตุที่ตระหนักว่าจำเป็นต่อการทำหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ” รวมถึงศาลยุโรปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ได้เคยให้ความเห็นไว้ในคดีก่อนๆว่า “รัฐอาจควบคุมการดำเนินกิจกรรมของปัจเจกชนด้วยการกำหนดข้อจำกัดในรูปของการควบคุมผังเมือง คำสั่งด้านสิ่งแวดล้อม การควบคุมการเข้ากฎหมายการนำเข้าและส่งออก กฎเกณฑ์ทางวิชาชีพ รวมถึงการเข้ายึดทรัพย์สินเนื่องจากการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายหรือตามกฎหมายมรดก” นอกจากนี้แล้ว ประเด็นที่สำคัญที่อาจชี้ขาดว่าอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ก็คือ ในตัวมาตรการนั้นเองหรือกระบวนการใช้บังคับมาตรการนั้นมีความไม่โปร่งใส (Non-Transparency) เป็นไปตามความอำเภอใจ (Arbitrariness) หรือเลือกปฏิบัติ⁹⁶ (Discrimination) ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป

อนุญาโตตุลาการพิจารณาเรื่องการบังคับใช้มาตรการไม่โปร่งใส (Non-Transparency) ไว้ดังในคดี *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States* อันเป็นการที่รัฐปฏิบัติสิทธิการขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออกนุหรือของบริษัท CEMSA ซึ่งเป็นบริษัทที่ Marvin Feldman เข้าไปถือหุ้นประกอบการส่งออกสินค้าต่างๆไปประเทศสหรัฐอเมริกา กลับกันกับที่บริษัทเม็กซิโกที่ส่งออกนุหรือโดยซื้อต่อมาจากผู้ขายปลีกเหมือนกันแต่ยังได้รับคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออกนุหรืออยู่ จึงส่งผลให้เจ้าหน้าที่ภาษีอากรของเม็กซิโกถูกกล่าวหาว่าปฏิบัติอย่างไม่โปร่งใสและตามอำเภอใจต่อนักลงทุนชาวสหรัฐอเมริกา และคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม แต่ก็มีชี้ว่าไม่เชื่อว่าการกระทำของรัฐขาดความโปร่งใส อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเช่นนั้นก็เพราะเห็นว่า “ยังเป็นที่สงสัยอยู่ว่าการขาดความโปร่งใสเพียงอย่างเดียวเท่านั้นจะเพียงพอแล้วหรือที่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งความซับซ้อนยุ่งยากนี้ไม่ใช่ว่าจะมีอยู่แต่เฉพาะในประเทศ

⁹⁶ ดูใน comment g ของ section 712 of Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States เห็นความสำคัญของการเลือกปฏิบัติอันส่งผลเป็นการเวนคืนทางอ้อมโดยกล่าวไว้ว่าการจะทดสอบว่ากฎเกณฑ์หรือแผนการทางภาษีอากรมีเจตนาที่จะเวนคืนหรือไม่นั้น ก็ให้ดูว่ารัฐใช้บังคับมาตรการกับเฉพาะกิจการของต่างชาติเท่านั้นหรือไม่ (“...a state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of kind that is commonly accepted as within the police power of the states, if it is not discriminatory...”)

เม็กซิโกเท่านั้น ความซับซ้อนยุ่งยากย่อมมีอยู่ในกฎหมายภาษีอากรของเกือบทุกประเทศ”⁹⁷ และอนุญาโตตุลาการยังคงคาดว่านักลงทุนต่างต้องเคยประสบความยุ่งยากในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ภาษีอากรและในบางครั้งยังอาจได้รับการปฏิบัติในลักษณะต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ฉะนั้นแล้วการปฏิบัติในคดีนี้จึงยังไม่ถึงขั้นที่ขัดต่อบทบัญญัติการเวนคืน ซึ่งเจ้าหน้าที่ภาษีอากรในแต่ละประเทศส่วนใหญ่แล้วไม่ได้กระทำในรูปแบบเหมือนกันหรือคาดเดาได้⁹⁸

คดี Metalclad Corporation v. The United Mexican States เป็นกรณีที่เทศบาลเมือง Guadalucazar ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตดำเนินการก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายให้กับบริษัท COTERIN ในภายหลังจากที่หลังจากที่ได้ทำการก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะได้เสร็จสิ้นแล้ว ทั้งที่บริษัท COTERIN ได้ยื่นขอใบอนุญาตไปหลังจากที่เริ่มการก่อสร้างมาได้เพียง 5 เดือน อนุญาโตตุลาการเห็นว่า “มาตรการที่ออกโดยตัวแทนของรัฐบาลสหพันธรัฐเม็กซิโกซึ่งก็คือเทศบาลเมือง Guadalucazar นั้น มีลักษณะที่ชักช้าไม่ทันเวลา ไม่เป็นไปตามลำดับหรือขาดหลักเกณฑ์ที่แท้จริงในการปฏิเสธการอนุญาตให้ก่อสร้าง อันเป็นการเวนคืนทางอ้อม”⁹⁹

คดี Saluka Investments BV v. The Czech Republic¹⁰⁰ อันเป็นกรณีที่ธนาคารแห่งประเทศไทย (CNB) ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลกิจการธนาคารทั้งหมดในประเทศนั้นเข้าไปควบคุมดูแลธนาคาร IPB ที่บริษัท Saluka ซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติถือหุ้นอยู่ และมีการส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปในธนาคารเพื่อบังคับให้ผู้จัดการออกไปและแต่งตั้งผู้บริหารใหม่ขึ้นมาแทน โดยมีเหตุผลว่าสถานะการเงินของธนาคาร IPB เป็นภัยต่อความมั่นคงของระบบธนาคารในประเทศเช็ก เนื่องจากธนาคาร IPB ไม่สามารถที่จะดำรงสภาพคล่องที่เพียงพอไว้ได้¹⁰¹ อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืน โดยมีความเห็นด้วยว่า “การตัดสินใจของธนาคารแห่งประเทศไทย (CNB) นั้นได้รับการพิจารณารับรองอีกครั้งโดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของธนาคารแห่งประเทศไทยและตามมาด้วยคำสั่งยื่นของศาลเมืองปราก ซึ่งการยื่นอุทธรณ์ต่อ

⁹⁷ Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States, para. 133.

⁹⁸ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p. 315.

⁹⁹ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, para. 107.

¹⁰⁰ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award) (17 March 2006).

¹⁰¹ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, p. 291.

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้นทำโดยคณะกรรมการบริหารธนาคาร IPB ส่วนการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลเมื่อปรากฏนั้นทำโดยบริษัท Saluka”¹⁰²

อนุญาโตตุลาการพิจารณาเรื่องการบังคับใช้มาตรการอย่างเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ไว้ดังในคดี *Eureko BV v. Poland* อันเป็นกรณีที่เกิดขึ้นหลังจากบริษัท Eureko เข้าไปซื้อหุ้นร้อยละ 30 ในบริษัท PZU ของรัฐบาลโปแลนด์ที่มีแผนนโยบายขายให้เป็นของเอกชน โดยมีการทำสัญญาซื้อหุ้น (Share Purchase Agreement) และมีข้อสัญญาเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ว่าจะขายหุ้นให้อีกร้อยละ 21 รวมเป็นร้อยละ 51 โดยจะให้บริษัท Eureko เป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุม แต่ต่อมาสภารัฐมนตรีมีมติในให้เปลี่ยนแผนการขายบริษัท PZU โดยยังคงต้องการให้กระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริษัท PZU และให้สิทธิรัฐมนตรีการคลังเพิกถอนข้อสัญญาเพิ่มเติมในสัญญาซื้อหุ้นด้วย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการตัดสินคดีตามสัญญาอันอาจเป็นการเวนคืนเพราะมาตรการของรัฐมีเจตนาเลือกปฏิบัติโดยต้องการจะกำจัดการควบคุมดูแลกิจการของนักลงทุนต่างชาติออกไปจากประเทศโปแลนด์¹⁰³

คดี *Methanex Corporation v. The United States of America* อันเป็นกรณีที่รัฐแคลิฟอร์เนียห้ามการใช้สารเคมีที่ชื่อ MTBE (Methyl Tertiary-Butyl Ether) ในน้ำมันเบนซิน เนื่องจากคำนึงถึงปัญหาการปนเปื้อนน้ำที่บริโภค ทั้งนี้ส่งผลกระทบต่อตลาดเมทานอลที่บริษัท Methanex เป็นผู้ผลิตใช้เป็นสารประกอบในสาร MTBE ดังนั้นอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยว่า “กฎเกณฑ์ของรัฐที่เจตนาเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาตินั้นเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมขึ้นมาที่จะถือว่ามี การเวนคืนทางอ้อม” ซึ่งมาตรการของรัฐในคดีนี้มีได้ตั้งใจที่จะทำลายผู้ผลิตเมทานอลชาวต่างชาติ อันเป็นการกำจัดคู่แข่งชาวต่างชาติ และเมื่อประกอบกับการกระทำของรัฐนั้นมี หลักฐานพิสูจน์ชัดเจนอันมิใช่การอ้างขึ้นอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน

คดี *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* เป็นกรณีที่กระทรวงสิ่งแวดล้อมของแคนาดามีคำสั่งห้ามบริษัท S.D. Myers ที่เป็นนักลงทุนประกอบกิจการกำจัดสาร PCBs (โพลีคลอไรเนตไบฟีนิล) นั้นส่งออกสาร PCBs จากประเทศแคนาดาไปประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีเหตุผลว่า ต้องการให้การกำจัดสาร PCBs เป็นไปตามลักษณะสิ่งแวดล้อมในประเทศแคนาดาและป้องกันอันตรายที่ร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมหรือชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ทั้งนี้ เดิมทีทั้ง

¹⁰² Saluka Investments BV v. The Czech Republic, para. 274.

¹⁰³ Eureko B.V. v. Republic of Poland, para. 242.

สหรัฐอเมริกาและแคนาดาต่างก็ห้ามมีการใช้สินค้าที่มีสาร PCBs อยู่โดยตระหนักถึงความอันตรายของสาร PCBs อันสอดคล้องกับในหลายๆประเทศที่พยายามลดการใช้สารดังกล่าวและต้องควบคุมให้มีความเสี่ยงต่อสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อมน้อยที่สุด แล้วส่งผลให้เกิดความตกลงระหว่างสหรัฐกับแคนาดาให้กำจัดขยะอันตรายในโรงงานที่ใกล้มากที่สุด และกฎหมาย CEPA ของแคนาดาห้ามการส่งออกขยะ PCBs ไปต่างประเทศยกเว้นไปประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นนักลงทุนเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อการดำเนินกิจการและการแข่งขันของนักลงทุนต่างชาติในท้องตลาดและอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมแต่มีความเห็นว่ามีมาตรการของรัฐนั้นถูกออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องกิจการคนชาติในประเทศและเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าการเลือกปฏิบัติจึงเป็นเพียงแค่ปัจจัยรองที่นำมาสนับสนุนการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม แต่ในขณะเดียวกันนั้นการค้นหาถึงความไม่โปร่งใส ความตามอำเภอใจ และการเลือกปฏิบัติของรัฐนั้นก็อาจช่วยให้เห็นว่ามาตรการที่มองจากภายนอกว่ามีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะนั้น แท้จริงแล้วเป็นการกระทำที่แอบแฝงการเวนคืนที่แท้จริงไว้ และจากการที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาเรื่องการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) จึงส่งผลให้ในภาคผนวกของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนกำหนดให้การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) นี้เป็นปัจจัยที่ใช้ตัดสินความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการของรัฐ ดังที่บัญญัติว่า “ในบางสถานการณ์ที่น้อยมากนั้น การทำการควบคุมอย่างไม่เลือกปฏิบัติของรัฐภาคีซึ่งกำหนดมาหรือใช้เพื่อการคุ้มครองวัตถุประสงค์สวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณะสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”¹⁰⁴

¹⁰⁴ “except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations” ซึ่งบัญญัติอยู่ใน US-Australia Free Trade Agreement (Signed 18 May 2004, entered into force 1 January 2005); US-Chile Free Trade Agreement (Signed 6 June 2003, entered into force 1 January 2004); US-Morocco Free Trade Agreement (Signed 15 June 2004, entered into force 1 January 2006); US-Singapore Free Trade Agreement (Signed 6 May 2003, entered into force 1 January 2004); Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (November 2005); Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments (2006)

จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ ทำให้เห็นว่าปัจจัยที่สำคัญที่ใช้ในการชี้ขาดการเวนคืนนั้นก็คือปัจจัยเรื่องการส่งผลกระทบต่อการลงทุนอย่างรุนแรง ซึ่งเป็นการทำให้การควบคุม การใช้หรือการใช้ประโยชน์ในการลงทุนของนักลงทุนนั้นทำไม่ได้อีกต่อไปตลอดจนมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงอย่างมีนัยสำคัญ แต่อย่างไรก็ดี ยังเป็นที่โต้เถียงกันอยู่เสมอว่าอนุญาโตตุลาการควรจะมองแต่เฉพาะผลกระทบของมาตรการเท่านั้นหรือไม่ (“Sole Effect Doctrine”) หรือควรที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และสภาพแวดล้อมบริบทของมาตรการมาประกอบด้วย และจากมุมมองส่วนใหญ่ก็นั้นก็เห็นว่าควรต้องพิจารณาจากปัจจัยเรื่องผลกระทบของมาตรการซึ่งเป็นปัจจัยหลักที่สำคัญมาก ส่วนวัตถุประสงค์และสภาพแวดล้อมบริบทของมาตรการนั้นควรได้รับน้ำหนักที่น้อยกว่า

องค์คณะพิจารณาข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิหร่าน (Iran – US Claims Tribunal) ชี้ขาดคดีส่วนใหญ่โดยให้ความสำคัญกับปัจจัยเรื่องผลกระทบมากกว่าเรื่องวัตถุประสงค์ของมาตรการของรัฐ เช่นที่องค์คณะได้กล่าวไว้ในคำชี้ขาดคดี *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* ว่า “วัตถุประสงค์ของรัฐมีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบของมาตรการต่อเจ้าของ และลักษณะของมาตรการที่ควบคุมหรือแทรกแซงนั้นก็มีความสำคัญน้อยกว่าความเป็นจริงที่ส่งผลกระทบ”¹⁰⁵ และชี้ขาดคดี *Phelps Dodge International Corp. v. The Islamic Republic of Iran* ที่รัฐออกกฎหมายช่วงการปฏิวัติมาโอนการบริหารจัดการไปเพื่อป้องกันมิให้มีการปิดโรงงานและสร้างความมั่นใจได้ว่าจะมีการจ่ายค่าแรงแก่คนงาน อีกทั้งคุ้มครองหนี้ที่ติดรัฐบาลซึ่งเป็นเงินที่ถูกยึดไปจากธนาคาร โดยกล่าวว่า “องค์คณะเข้าใจดีถึงเหตุผลว่าทำไมรัฐจึงคุ้มครองผลประโยชน์ของตนด้วยการโอนการบริหารจัดการ และยังเข้าใจถึงความกังวลทางการเงิน เศรษฐกิจและสังคมอันผลักดันให้เกิดกฎหมาย แต่ถึงกระนั้นก็ดีเหตุผลและความกังวลดังกล่าวนั้นไม่สามารถทำให้รัฐหลุดพ้นจากหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยสำหรับความเสียหายให้กับบริษัท Phelps Dodge”¹⁰⁶ หรือคดี *Metalclad Corporation*

¹⁰⁵ เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการในคดี *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* ที่กล่าวว่า “วัตถุประสงค์ของรัฐมีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบของมาตรการต่อเจ้าของทรัพย์สินหรือประโยชน์อันเกิดขึ้นจากทรัพย์สินนี้ได้รับการกระทบจากมาตรการ และลักษณะของมาตรการที่ตัดสินก็มีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจริง”

¹⁰⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Indirect expropriation” and the “Right to regulate” in international investment law, Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4, p.15.

v. The United Mexican States ที่ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนืออันเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารมลรัฐ San Luis Potosi ออกกฎนิเวศวิทยา (Ecological Decree) ขึ้นมาในภายหลังจากที่บริษัทนักลงทุนได้ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าการปฏิเสธการให้ใบอนุญาตก่อสร้างนั้นเป็นการเวนคืนที่ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุน แต่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมโดยกล่าวว่า “ไม่จำเป็นต้องตัดสินหรือพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ของการประกาศใช้กฎนิเวศวิทยา” และให้ความเห็นที่สำคัญไว้ว่า “การเวนคืนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ นั้นให้หมายความรวมถึงการแทรกแซงที่แอบแฝงหรือที่ไม่ได้ตั้งใจต่อการใช้ทรัพย์สินอันมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิของเจ้าของไปทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญในการใช้หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผล”

ถึงอย่างไรก็ดี อนุญาโตตุลาการในบางคดีก็นำวัตถุประสงค์และสภาพแวดล้อมบริบทของมาตรการ อาทิเช่น ความคาดหวังสมเหตุสมผลของนักลงทุน ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการกับวัตถุประสงค์ของรัฐ และลักษณะของมาตรการ เป็นต้นเหล่านี้มาใช้พิจารณาประกอบการชี้ขาดคดี ดังเช่นที่อนุญาโตตุลาการคดี S.D. Myers, Inc v. Government of Canada กล่าวไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการต้องดูที่สาระสำคัญว่าเกิดอะไรขึ้นและมีสาเหตุเพียงแค่อะไร แต่ถึงกระนั้นอนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรชี้ขาดว่าไม่มีการเวนคืนเกิดขึ้นโดยการพิจารณาจากวิธีการทางเทคนิคหรือภายนอกทั่วไป ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องดูประโยชน์ที่แท้จริงและวัตถุประสงค์กับผลกระทบของมาตรการ” หรือคดี LG&E Energy Crop. LG&E Capital Crop. LG&E International Inc. v. The Argentine Republic ที่เสมือนเป็นการเตือนให้เห็นความสำคัญของการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และสภาพแวดล้อมบริบทของมาตรการมาใช้ในการชี้ขาดคดี ซึ่งในคดีนี้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่ามาตรการทางการเงินของอาร์เจนตินาที่ใช้ในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจนั้นไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมโดยที่อนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า “ควรต้องให้ความสมดุลในการวิเคราะห์ทั้งสาเหตุและผลกระทบของมาตรการเพื่อที่จะเป็นคุณสมบัติหนึ่งของมาตรการที่มีสภาพเป็นการเวนคืน”¹⁰⁷ และที่ยิ่งไปกว่านั้นก็คือในภาคผนวกของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนได้บัญญัติว่าในการชี้ขาดว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้นให้พิจารณาเป็นแต่ละรายคดีไปโดยนำข้อเท็จจริงมาพิจารณาจาก “1) กระทำของรัฐกระทบต่อเศรษฐกิจ 2) ขอบเขตของการกระทำของรัฐที่แทรกแซงต่อความคาดหวังที่ชัดเจนและสมเหตุสมผลที่มีในขณะเริ่มการลงทุน และ 3) ลักษณะของการกระทำของรัฐ” ฉะนั้น จากบทบัญญัตินี้จึงแสดงให้เห็นว่าการกระทำของ

¹⁰⁷ LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, para. 194.

รัฐมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียวนั้นยังไม่พอที่จะถือว่ามี การเวนคืนทางอ้อม
เกิดขึ้น¹⁰⁸

¹⁰⁸ Jeswald W. Salacuse, The law of investment treaties, p. 318.

บทที่ 5

วิเคราะห์มาตรการต่างๆของรัฐบาลไทยที่อาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม

ประเทศไทยได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศหนึ่งที่เปิดรับการลงทุนต่างชาติมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนทางตรงจากต่างชาติ (Foreign Direct Investment: FDI) และจำนวนโครงการการลงทุนในประเทศไทยก็เพิ่มขึ้นเกือบทุกปี ซึ่งโครงการที่นักลงทุนต่างชาติให้ความสนใจลงทุนในประเทศไทยนั้นส่วนใหญ่อยู่ในอุตสาหกรรมผลิตภัณท์โลหะ เครื่องจักรและอุปกรณ์ขนส่ง อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์และเครื่องใช้ไฟฟ้า อุตสาหกรรมเคมีภัณท์กระดาษและพลาสติก กิจการตัดและแปรรูปโลหะ และกิจการบริการและสาธารณูปโภค เป็นต้น ซึ่งประเทศที่ให้ความสนใจมาลงทุนอันดับต้นๆ ก็คือ ประเทศญี่ปุ่น สิงคโปร์ สหรัฐอเมริกา เกาหลีใต้ ไต้หวัน เป็นต้น¹ ทั้งนี้ ประเทศไทยจะต้องให้การคุ้มครองแก่การลงทุนของต่างชาติจากมาตรการต่างๆของรัฐที่อาจคุกคามต่อการลงทุนนั้นอย่างไม่เหมาะสมด้วย เพราะประเทศไทยได้ลงนามผูกพันในความตกลงเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนหลายฉบับทั้งในระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาคซึ่งรับรองให้การคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติไว้ และในขณะปัจจุบันนี้ประเทศไทยได้ลงนามผูกพันในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนไปแล้วทั้งสิ้นกว่า 42 ฉบับ ซึ่งมีผลบังคับใช้ไปแล้วจำนวน 37 ฉบับ²

ทั้งนี้ การที่ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนของต่างชาติภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้น การลงทุน (Investment) จะต้องได้รับใบรับรองการให้ความเห็นชอบการคุ้มครองการลงทุน (Certificate of Approval for Protection: CAP) ซึ่งออกโดยคณะกรรมการให้ความเห็นชอบในสังกัดกระทรวงการต่างประเทศ หรือได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กระทรวงพาณิชย์ หรือได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board of Investment: BOI) หรือการลงทุนนั้นเป็นสัญญาสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐ³

¹ ข้อมูลจากสถิติการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศรายเดือนสะสมปี 2554 (มกราคม-สิงหาคม) โดยสำนักความร่วมมือการลงทุนต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

² ข้อมูลจากกระทรวงการต่างประเทศ ปรับปรุงครั้งล่าสุดวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2554

³ ลาวัลย์ ถนัดศิลป์กุล, “แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน,” ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน้าที่ 8-15 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), หน้า 85.

ถึงแม้ว่าประเทศไทยอาจใช้มาตรการใดๆภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐต่อการลงทุนที่ตั้งอยู่ในดินแดนของตน แต่หากนักลงทุนได้รับผลกระทบหรือเสียหายจากมาตรการเหล่านั้นนักลงทุนต่างชาติสามารถร้องขอให้อนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นเฉพาะกิจ (Ad-hoc Arbitration) ทำคำชี้ขาดว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งจะนำไปสู่การที่ประเทศไทยต้องจ่ายค่าเสียหายให้นักลงทุนต่างชาติจำนวนมาก ทั้งนี้ในการพิจารณาว่ามาตรการของไทยเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้นต้องดูข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีนั้นๆ ประกอบปัจจัยดังต่อไปนี้⁴

- 1) ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน
- 2) ความคาดหวังที่ซบด้วยกฎหมายของนักลงทุน
- 3) ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง
- 4) ลักษณะของมาตรการ

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีที่เกิดขึ้นในอดีตของต่างประเทศนั้นแม้ว่าอนุญาตตุลาการจะไม่ได้ตัดสินว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนการลงทุนของต่างชาติทางอ้อม แต่รัฐก็อาจจะมีควมรับผิดชอบจ่ายค่าเสียหายให้กับนักลงทุนต่างชาติอันเนื่องมาจากการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment: FET) แต่อนุญาตตุลาการจะไม่ชี้ขาดว่ารัฐปฏิบัติขัดต่อหลักความเป็นธรรมและเที่ยงธรรมก็ต่อเมื่อการกระทำของรัฐนั้นคำนึงถึงความคาดหวังที่ซบด้วยกฎหมายของนักลงทุน มีความโปร่งใส มิได้เป็นไปตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติ คำนึงถึงกระบวนการทางกฎหมายและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และกระทำอย่างบริสุทธิ์ใจ⁵

มาตรการของประเทศไทยที่อาจถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อมนั้น ได้แก่

- 1) มาตรการแทรกแซงต่อการบริหารจัดการการลงทุน
- 2) มาตรการแทรกแซงต่อสิทธิตามสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ
- 3) มาตรการเพิกถอนหรือปฏิเสธการอนุญาตหรือใบอนุญาต

⁴ เกณฑ์การพิจารณานี้บัญญัติอยู่ในภาคผนวกของความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา เป็นต้น และอยู่ในความตกลงการค้าเสรีของหลายประเทศที่สร้างขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003

⁵ Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties* (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 243-244.

5.1 วิเคราะห์มาตรการของรัฐบาลไทยที่แทรกแซงต่อการบริหารจัดการการลงทุน ซึ่งอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม

ในอดีตที่ผ่านมา มาตรการของรัฐที่แทรกแซงต่อการบริหารจัดการการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติก็เช่น การที่รัฐบาลไทยแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

5.1.1 วิเคราะห์การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542⁶ จำกัดประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวจะประกอบกิจการในประเทศไทย โดยแบ่งเป็น 3 ประเภทดังต่อไปนี้ ประเภทที่ 1 คือบัญชีหนึ่งซึ่งห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการอย่างเด็ดขาดด้วยเหตุผลพิเศษที่ว่าเป็นความอ่อนไหวต่อวัฒนธรรมท้องถิ่น และประเภทที่ 2 คือบัญชีสองซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งธุรกิจดังกล่าวเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม และประเภทที่ 3 คือบัญชีสามซึ่งห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดว่า “คนต่างด้าว” หมายถึง ข้อ 1) บุคคลธรรมดาที่ไม่ได้มีสัญชาติไทย หรือข้อ 2) นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือข้อ 3) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม 1) หรือ 2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม 1) หรือ 2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือ (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม 1) หรือข้อ 4) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคล

⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ออกมา โดยยกเลิกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

ตาม 1) 2) หรือ 3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม 1) 2) หรือ 3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น⁷

ส่วนร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในเนื้อหาที่สำคัญ 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก คือ การแก้ไขคำนิยามการเป็น “คนต่างด้าว” โดยพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นและสิทธิออกเสียงของต่างด้าวที่มีอยู่ในนิติบุคคลนั้นๆ ดังที่บัญญัติว่า ““คนต่างด้าว” หมายความว่า ... ข้อ 3) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม 1) หรือ 2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม 1) หรือ 2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม 1) หรือ 2) มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น”

และประเด็นที่สอง คือ การกำหนดบทเฉพาะกาลเป็นเวลา 1 ปีที่ให้นิติบุคคลซึ่งเป็น “คนต่างด้าว” ตามร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจต่อไป ต้องแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด และเมื่อได้รับหนังสือรับรองแล้วก็ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้โดยกำหนดว่า ถ้าเป็นธุรกิจตามบัญชีสามก็ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้จนกว่าจะเลิกประกอบธุรกิจ แต่ถ้าเป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสองก็ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้เป็นเวลา 2 ปีนับแต่วันที่ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม หากธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสองฝ่าฝืนประกอบธุรกิจนั้นต่อไปเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 2 ปี ให้ถือว่าประกอบธุรกิจนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตต้องรับโทษโดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับตั้งแต่ห้าแสนถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำคุกทั้งปรับและให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจหรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณี

⁷ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “เรื่องการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย,” รายงานที่ตีพิมพ์ 49 (สิงหาคม 2550): 16.

ดังนั้น ผลที่ตามมาจากร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก็คือ นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือตามบัญชีสองต้องปรับสัดส่วนหุ้นหรือสิทธิออกเสียงของต่างด้าวลงให้เหลือไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น โดยที่สำคัญจะต้องดำเนินการภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ใช้บังคับ หรือเลิกประกอบธุรกิจไปภายใน 2 ปี มิฉะนั้นจะต้องโทษทางแพ่งและอาญาหรือถูกสั่งเลิกการกิจการ

คนชาติหรือบริษัทของประเทศเกาหลีใต้ซึ่งเป็นหนึ่งในหลายประเทศที่ประเทศไทยรับการลงทุนทางตรงมามากที่สุดนั้น จะต้องได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนการลงทุนทั้งทางตรงและทางอ้อมตามมาตรา 5 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐเกาหลีที่บัญญัติว่า “การลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคีจะไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรการเกี่ยวกับการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืนใดๆ โดยตรงหรือโดยทางอ้อมในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย เว้นแต่เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะที่เกี่ยวกับความจำเป็นภายในของรัฐนั้น และโดยมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอและมีประสิทธิผล ค่าชดเชยเช่นนั้นจะเป็นจำนวนตามราคาตลาดของการลงทุนที่ถูกโอนเป็นของรัฐหรือถูกเวนคืนในวันที่ใช้มาตรการนั้น และต้องจ่ายค่าชดเชยโดยไม่ชักช้าและมีประสิทธิผลแท้จริง” นอกจากนี้ ปัจจัยที่จะใช้พิจารณาว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้นมีดังนี้ 1) ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน 2) ความคาดหวังที่ขอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน 3) ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง และ 4) ลักษณะของมาตรการ

5.1.1.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน

การที่ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนดให้พิจารณาเรื่องสิทธิออกเสียงของต่างด้าวในนิติบุคคลนี้ว่าเป็น “คนต่างด้าว” หรือไม่ และหากพบว่านิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสองนั้นมีต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งแล้ว นิติบุคคลดังกล่าวจะดำเนินประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้เพียง 2 ปี นับแต่วันที่ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้มีผลใช้บังคับนั้น ยังไม่พอที่จะถือว่ารัฐทำการเวนคืนทางอ้อม เนื่องจากต่างด้าวยังสามารถที่จะใช้ประโยชน์ที่สำคัญในการลงทุนได้โดยที่นิติบุคคลดังกล่าวเพียงดำเนินการปรับโครงสร้างหุ้นเพื่อจำกัดสิทธิออกเสียงของต่างด้าวในนิติบุคคลลงให้เหลือไม่ถึงกึ่งหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ ต่างด้าวยังเป็นเจ้าของหุ้นซึ่งสามารถที่จะออกเสียงและ

ติดตามการบริหารควบคุมธุรกิจได้อยู่ และนิติบุคคลยังสามารถดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจแสวงหา
กำไรได้ตามปกติโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี Metalclad
Corporation v. The United Mexican States กล่าวถึงการเวนคืนทางอ้อมว่าต้องเป็น “การ
แทรกแซงที่แอบแฝงหรือที่มีได้ตั้งใจต่อการใช้ทรัพย์สินซึ่งมีผลกระทบเป็นการตัดสิทธิเจ้าของ
ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่สำคัญในการใช้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังไว้อย่าง
สมเหตุสมผลจากทรัพย์สิน”

5.1.1.2 การพิจารณาจากความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน

ถึงแม้ว่าแต่เดิมในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะ
บัญญัติความเป็น “คนต่างด้าว” โดยพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นของต่างด้าวในนิติบุคคล
เท่านั้น แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น
คือเพื่อห้ามมิให้ต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจที่มีเหตุผลพิเศษว่าเป็นความอ่อนไหวต่อวัฒนธรรม
ท้องถิ่น และคงอำนาจรัฐในการพิจารณาไม่อนุญาตให้ต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับ
ความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีต
ประเพณีและหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม
ฉะนั้น การที่ต่างด้าวซึ่งต้องการจะมีอำนาจออกเสียงควบคุมและประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตาม
พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงอาศัยช่องว่างของกฎหมายโดยวิธีการถือหุ้นในสัดส่วนที่ไม่เกินร้อยละ
49 ในนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและกำหนดให้หุ้นดังกล่าวเป็นหุ้นที่มีสิทธิพิเศษในการ
ออกเสียงเป็นพิเศษ⁸ ต่างด้าวย่อมต้องพึงระวังความเสี่ยงที่นิติบุคคลซึ่งเป็นการลงทุนของตนนั้นจะ
ถูกพิจารณาว่าเป็น “คนต่างด้าว” ตามร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว⁹

⁸ Kiratipong Naewmalee, “Protecting Foreign Investments against Expropriation Measures: Risks and Concerns Related to the New Draft Amendment of the Foreign Business Act of 1999,” *TDR Quarterly Review* 22, 3 (September 2007): 23.

⁹ ดูเหตุผลของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในคดี International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States

5.1.1.3 การพิจารณาจากความสามารถมีส่วนร่วมระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับ วัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง

การที่รัฐบาลเล็งเห็นถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและการจัดระเบียบการประกอบธุรกิจภายในประเทศให้มีความโปร่งใสจึงทำการร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้นิติบุคคลที่มีต่างด้าวถือหุ้นไม่ถึงกึ่งหนึ่งแต่มีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งนั้นเป็น “คนต่างด้าว” ซึ่งถ้าหากประกอบธุรกิจตามบัญชีสามอยู่แล้วก็เพียงต้องทำการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด และเมื่อได้รับหนังสือรับรองแล้วก็สามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีสามนั้นต่อไปได้ นอกจากนี้ กรณีที่เป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสอง นิติบุคคลนั้นสามารถเลือกที่จะดำเนินการปรับโครงสร้างหุ้นเพื่อจำกัดสิทธิออกเสียงของต่างด้าวในนิติบุคคลลงให้เหลือไม่ถึงกึ่งหนึ่ง โดยมีระยะเวลาดำเนินการ 2 ปีนับแต่วันที่ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อแทนการเลิกประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสองดังกล่าวไป ดังนี้ จะเห็นได้ว่ามาตรการของรัฐได้มีส่วนร่วมวัตถุประสงค์ของรัฐที่เล็งเห็นถึงความจำเป็นทางเศรษฐกิจและการจัดระเบียบการประกอบธุรกิจภายในประเทศให้มีความโปร่งใส

5.1.1.4 การพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ

ถึงแม้ว่าร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะมีขึ้นเพื่อปกป้องธุรกิจของคนชาติจากการแข่งขันกับคนต่างด้าว ตลอดจนการกำหนดให้นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองซึ่งมีต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งนั้นสามารถประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้อีกเพียง 2 ปีหรือมิเช่นนั้นก็ต้องดำเนินการปรับโครงสร้างหุ้นอันจำกัดสิทธิออกเสียงของต่างด้าวในนิติบุคคลลงให้เหลือไม่ถึงกึ่งหนึ่งเพื่อที่จะให้นิติบุคคลดังกล่าวประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองต่อไปได้ อันแตกต่างกับนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีสามสามารถที่จะประกอบธุรกิจต่อไปได้โดยไม่ต้องปรับโครงสร้างหุ้น แต่กระนั้นก็ไม่พอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม

ดังนั้น การที่รัฐบาลจะแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม เพราะมิได้กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของต่างด้าวหรือมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ มิได้เป็นการทำลายความคาดหวังของต่างด้าว และยังคงมีส่วนร่วมระหว่างมาตรการที่ใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง

ส่วนการใช้มาตรการอย่างเลือกปฏิบัตินั้นอาจเข้าข่ายเป็นการขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment)

5.2 วิเคราะห์มาตรการของรัฐบาลไทยที่แทรกแซงต่อสิทธิตามสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม

ตัวอย่างกรณีมาตรการของรัฐบาลที่แทรกแซงต่อสิทธิตามสัญญาของนักลงทุนต่างชาติก็เช่น กรณีที่รัฐบาลไทยไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ และกรณีที่รัฐบาลไทยไม่ปฏิบัติตามสัญญาวางระบบจำหน่ายสลากออนไลน์แบบพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัวของบริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัด เป็นต้น

5.2.1 วิเคราะห์การไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์

บริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ์ แอนด์ วิดมานน์ จำกัด (Dyckerhoff & Widmann AG) ของเยอรมนี กับบริษัท ศรีนครการโยธา จำกัด ร่วมทุนกันจัดตั้งบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน)¹⁰ เพื่อทำสัญญาสัมปทานก่อสร้างและบริหารจัดการโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ในวันที่ 21 สิงหาคม พ.ศ. 2532 จากกรมทางหลวงเป็นระยะเวลา 25 ปี (ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2532-2557) ทั้งนี้โครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาการจราจรแออัดบนถนนวิภาวดีรังสิต และในปีพ.ศ. 2544 บริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ์ แอนด์ วิดมานน์ จำกัดได้ควบรวมกิจการกับบริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau AG)¹¹

สัญญาสัมปทานดังกล่าวกำหนดให้เก็บค่าผ่านทางที่อัตรา 20 บาทและจะปรับขึ้นค่าผ่านทางในปีที่ 9 และปีที่ 14 ซึ่งในการปรับค่าผ่านทางนั้นยังต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐก่อน นอกจากนี้ ในกรณีที่มีเหตุการณ์ทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป บริษัทอาจร้องขอให้มีการปรับขึ้นค่าผ่านทางได้ตามข้อ 25 ของสัญญาสัมปทานที่กำหนดให้กรมทางหลวงต้องยอมรับเจรจากับ

¹⁰ อัตราส่วนการถือหุ้นคือ ร้อยละ 49 เป็นของบริษัท ดิคเกอร์ฮอฟฟ์ แอนด์ วิดมานน์ จำกัด ส่วนที่เหลือร้อยละ 51 เป็นของบริษัท ศรีนครการโยธา จำกัด

¹¹ บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด มีสัดส่วนหุ้นอยู่ในบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ที่ร้อยละ 9.87

บริษัทผู้รับสัมปทานเพื่อเยียวยาผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของบริษัทด้วยวิธีการปรับขึ้นค่าผ่านทางหรือขยายอายุสัมปทานหรือเลื่อนเวลาเริ่มต้นการแบ่งปันรายได้ให้กรมทางหลวง¹²

กรมทางหลวงได้ขอแก้ไขสัญญาสัมปทานครั้งแรกในวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้ขยายการก่อสร้างเส้นทางของโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์จากเดิมที่สิ้นสุดหน้าสนามบินดอนเมืองนั้น ให้ไปถึงหน้ากองทัพอากาศและยกระดับเชื่อมต่อกับทางด่วนของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย นอกจากนี้ รัฐได้ขยายระยะเวลาสัมปทานให้อีก 7 ปีซึ่งจะสิ้นสุดในปี พ.ศ. 2564 และปรับเพดานค่าผ่านทางที่เดิมกำหนดสูงสุดไว้ 30 บาทเพิ่มเป็น 80 บาท ทั้งนี้ก็เพื่อเยียวยาปัญหารายได้ที่ไม่เป็นไปตามเป้าหมายอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงการใช้สนามบินดอนเมือง หรือการอนุมัติให้มีเส้นทางมาแข่งขัน ซึ่งก็คือโครงการไฮปเวย์ (โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร ที่บางส่วนของเส้นทางขนานไปกับเส้นทางของโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์)

คณะกรรมการการแก้ไขปัญหาโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ได้อนุมัติการปรับขึ้นค่าผ่านทางในวันที่ 20 เมษายน พ.ศ. 2541 เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จากปัญหาทางเศรษฐกิจตามที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) อ้างถึงปัจจัยพื้นฐานทางเศรษฐกิจข้อที่ 25 ของสัญญาสัมปทานแล้วเสนอขอปรับขึ้นค่าผ่านทาง 10 บาท ให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2541 เป็นต้นไป

รัฐไม่อนุมัติการขอปรับขึ้นค่าผ่านทางอีก 10 บาทของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ที่เสนอมาในวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2541 และกำหนดให้ค่าผ่านทางในส่วนต่อขยายนั้น อยู่ที่อัตรา 13 บาท ต่อมาบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เรียกค่าเสียหายจากการที่รัฐสร้างเส้นทางเบี่ยงบนถนนวิภาวดีรังสิต (Local Road อันมีช่องทางการเดินรถ 4 ช่องทางเปิด

¹² ข้อที่ 25 ของสัญญาสัมปทานกำหนดเรื่องการปรับค่าผ่านทางและระยะเวลาของสัมปทานว่า ข้อ 1) บริษัทอาจขอให้กรมทางหลวงปรับขึ้นค่าผ่านทางในกรณีที่เหตุการณ์ทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ ปัจจัยพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่กำหนดอยู่ในภาคผนวก D นั้นให้กรมทางหลวงใช้พิจารณาการขอปรับขึ้นค่าผ่านทาง อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของการปรับค่าผ่านทางก็เพื่อการฟื้นฟูสถานะทางการเงินของบริษัทที่ได้รับผลกระทบ และข้อ 2) กรมทางหลวงยินยอมที่เจรจาเมื่อบริษัทร้องขอให้มีการเจรจกันเพื่อการเยียวยาผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของบริษัท ไม่ว่าจะโดยวิธีการปรับขึ้นค่าผ่านทางหรือขยายอายุสัมปทานหรือเลื่อนเวลาเริ่มต้นการแบ่งปันรายได้ให้กรมทางหลวง

ให้ใช้บริการในช่วงเวลาเดียวกับที่การก่อสร้างส่วนขยายได้เสร็จเรียบร้อยในวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2541) ส่งผลให้การเงินของบริษัทมีปัญหา

รัฐไม่อนุมัติการปรับขึ้นค่าผ่านทางจากเดิมที่ 30 บาทมาเป็น 40 บาทและค่าผ่านทางในส่วนต่อขยายจาก 13 บาทมาเป็น 15 บาทตามที่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เสนอมาในวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2545

ในปี พ.ศ. 2547 กระทรวงการคลังเข้าซื้อหุ้นในบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ตามที่มีการเสนอขอเป็นวิธีการเยียวยา โดยรัฐได้จ่ายเงินค่าหุ้นให้ไปทั้งสิ้นประมาณ 3,000 ล้านบาทและคงสัดส่วนการถือหุ้นไว้ไม่เกินร้อยละ 25

มีมติคณะรัฐมนตรีออกมาในวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2547 ปรับลดค่าผ่านทางจาก 30 บาทเหลือ 20 บาท และยกเว้นค่าผ่านทางในส่วนต่อขยาย และต่อมาในต้นปี พ.ศ. 2549 บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau AG) ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยอ้างว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมและปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติโดยขัดต่อหลักความเป็นธรรมและและเที่ยงธรรม ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไปในปี พ.ศ. 2545¹³ มาตรา 4 (2) กำหนดให้คุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการที่รัฐใช้มาตรการใดๆ ที่ผลกระทบเท่ากับการเวนคืน (any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation) โดยอย่างน้อยที่สุดนั้นรัฐต้องจ่ายได้จ่ายค่าชดเชยให้กับนักลงทุนต่างชาติ ดังที่บัญญัติว่า “การลงทุนของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีจะไม่ถูกเวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐ หรืออยู่ภายใต้บังคับโดยตรงหรือโดยอ้อมของมาตรการใดๆ ที่ผลกระทบ

¹³ ประเทศไทยได้เคยลงนามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไปครั้งแรกเมื่อปีพ.ศ. 2504 ซึ่งมีข้อบทการเวนคืนในมาตรา 3 (2) บัญญัติว่า “Nationals or companies of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Contracting Party except for the public benefit and against just compensation. Such Compensation shall be actually realizable, freely transferable, and shall be made without undue delay. Adequate provision shall have been made at or prior to the time of the expropriation for the determination and the giving of such compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law.”

เท่ากับการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะและมีค่าชดเชย”

รัฐได้อนุมัติให้คิดค่าผ่านทางในส่วนต่อขยายที่ 10 บาทโดยเริ่มมีผลใช้ตั้งแต่วันที่ 21 เมษายน พ.ศ. 2549 เป็นต้นไป และรัฐมีมติอนุมัติให้กระทรวงการคลังขายหุ้นของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ให้แก่บริษัท แบริ่งค็อก แอนด์ บราวน์ โทลโรดส์ โฮลดิ้ง (ประเทศไทย) จำกัด ในราคาพาร์หุ้นละ 10 บาท อีกทั้งในวันที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2550 รัฐได้แก้ไขสัญญาสัมปทานขยายระยะเวลาสัมปทานให้บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) อีก 13 ปีซึ่งเท่ากับว่าสัญญาสัมปทานจะไปสิ้นสุดในปีพ.ศ. 2577 และให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางจาก 20 บาท มาเป็นอัตรา 35 บาทและค่าผ่านทางในส่วนต่อขยายจาก 10 บาทมาเป็นอัตรา 20 บาทโดยมีผลใช้ตั้งแต่วันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2550

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการระหว่างตัดสินให้รัฐบาลไทยต้องชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัดในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2552 แล้ว ในวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2552 รัฐได้อนุมัติให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางจาก 35 บาทมาเป็นอัตรา 60 บาทและค่าผ่านทางในส่วนต่อขยายจาก 20 บาทมาเป็นอัตรา 25 บาท และกรมทางหลวงได้ชดเชยให้กับบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) 30 ล้านบาทสำหรับการสูญเสียรายได้ที่รัฐได้ให้ลดค่าผ่านทางตลอดสายจนถึงสิ้นสุดทางส่วนต่อขยายเหลือ 20 บาทในปีพ.ศ. 2547

5.2.1.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน

อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าไม่เป็นการเวนคืนสิทธิตามสัญญาที่ค่อยเป็นค่อยไป (creeping expropriation) หรือการเวนคืนทางอ้อมโดยพิจารณาถึงระดับการแทรกแซงของมาตรการรัฐต่อสิทธิในทรัพย์สิน มีการอ้างถึงความเห็นในคดี PSEG Global v. Turkey ที่กล่าวว่า “ต้องมีการตัดสินที่นักลงทุนในการควบคุมการลงทุน หรือการบริหารจัดการบริษัทวันต่อวัน หรือการแทรกแซงต่อการบริหาร หรือการขัดขวางการจ่ายเงินปันผล หรือแทรกแซงในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่หรือผู้จัดการ หรือตัดสินสิทธิบริษัทจากทรัพย์สินหรือควบคุมในทุกส่วนหรือในบางส่วน” และอ้างถึงความเห็นในคดี Metalclad Corp v. Mexico ที่กล่าวว่า “การเวนคืนเกิดขึ้นต่อเมื่อการกระทำของรัฐมีผลกระทบต่อสิทธิเจ้าของไปทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญในการใช้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผลในทรัพย์สิน” และอ้างถึงความเห็นในคดี LG&E Energy Corp v. Argentine Republic ที่กล่าวว่า “การแทรกแซงต่อความสามารถของ

เจ้าของในการดำเนินธุรกิจนั้นจักไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนถ้าหากว่าการลงทุนนั้นยังคงดำเนินอยู่ต่อไปโดยมีเพียงกำไรเท่านั้นที่ลดลงไป” ซึ่งในกรณีนี้ โครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ยังเปิดดำเนินการได้อยู่และจะยังดำเนินการได้อยู่อีกหลายปีอันอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้รับสัมปทานซึ่งก็คือเป็นบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ถึงแม้ว่าโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์จะทำกำไรได้ลดลงก็ตาม ยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม นอกจากนี้ กรมทางหลวงโดยรัฐบาลไทยได้เยียวยาแก้ไขปัญหาต่างๆที่กระทบต่อสถานะทางการเงินของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ด้วยวิธีการตามสัญญาที่ให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางและขยายระยะเวลาสัมปทานออกไป ตลอดจนช่วยให้บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัดขายหุ้นในบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้

ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้อธิบายว่าการเวนคืนทางอ้อมอาจเกิดขึ้นได้โดยหลายๆการกระทำของรัฐ ที่เรียกว่าการเวนคืนที่ค่อยเป็นค่อยไป (Creeping Expropriation) ดังที่ในคดี Generation Ukraine v. Ukraine ได้กล่าวถึงการเวนคืนที่ค่อยเป็นค่อยไปว่า “เป็นรูปแบบหนึ่งของการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งเป็นหลายๆการกระทำของรัฐตลอดช่วงระยะเวลาอันส่งผลให้เกิดการยึดทรัพย์สิน” และในคดี Pakerings v. Lithuania ได้อธิบายการเวนคืนที่ค่อยเป็นค่อยไปว่าเป็น “มาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนซึ่งไม่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน แต่เป็นการตัดสิทธิในการใช้ประโยชน์ทรัพย์สิน”¹⁴

นอกเหนือจากที่อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าการกระทำของรัฐไม่เป็นการเวนคืนที่ค่อยเป็นค่อยไปหรือการเวนคืนทางอ้อมแล้ว ยังได้พิจารณาประเด็นว่าการกระทำของรัฐขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment) หรือไม่

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปี พ.ศ. 2545 บัญญัติถึงหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment: FET) ไว้ในมาตรา 2(3) ว่า “รัฐคู่ภาคีจะให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และให้การคุ้มครองอย่างเต็มที่ต่อการลงทุนในดินแดนของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายและต่อผลตอบแทน” ทั้งนี้ไม่มีทำให้ความหมายของคำว่าเป็นธรรมและเที่ยงธรรมเอาไว้ อนุญาโตตุลาการจึงอ้างถึงคดี Bewater Guaff v. Tanzania ที่มีการอธิบายถึงองค์ประกอบของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (FET) ว่า “การคุ้มครองความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁴ Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand, UNCITRAL (Award) (1 July 2009).

วัตถุประสงค์ของการหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมคือ ให้การปฏิบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศโดยที่ไม่กระทบต่อความคาดหวังพื้นฐานที่นักลงทุนใช้พิจารณาในการลงทุน ทั้งนี้ ความคาดหวังนี้ต้องสมเหตุสมผลและสอดคล้องกับกฎหมายและนักลงทุนเชื่อมั่นในการทำการลงทุนหลักสุจริต (Good faith) เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐคู่ภาคีต้องกระทำด้วยความสุจริตใจ ความโปร่งใสหรือความสอดคล้องหรือการไม่เลือกปฏิบัติ การกระทำของรัฐต้องโปร่งใส สอดคล้อง และไม่เลือกปฏิบัติ โดยไม่อยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกหรือตามอำเภอใจอย่างไม่สมควร” อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาความคาดหวังที่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว เห็นว่า ในการลงทุนโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์นี้ นักลงทุนย่อมคาดหวังที่จะได้รับผลตอบแทนในอัตราที่เหมาะสม แม้ว่าไม่มีการรับรองอัตราผลตอบแทนไว้ก็ตาม ทั้งนี้ ผลตอบแทนที่สมเหตุสมผลขึ้นอยู่กับความสามารถในการเก็บค่าผ่านทางเป็นสำคัญ และความคาดหวังโดยชอบธรรมของนักลงทุนเกี่ยวกับความสามารถในการเก็บค่าผ่านทางรวมถึงการปรับขึ้นอัตราค่าผ่านทางนั้นย่อมตั้งอยู่ในกรอบของข้อตกลงตามสัญญาสัมปทาน ดังนั้นการที่รัฐบาลไทยไม่อนุมัติการปรับขึ้นค่าผ่านทางตั้งแต่ปีพ.ศ. 2541 จนถึงปีพ.ศ. 2547 รวมเป็นระยะเวลาเกือบ 8 ปี ทั้งๆที่มีการร้องขอปรับขึ้นค่าผ่านทางหลายครั้งและยังกลับปรับลดค่าผ่านทางในปีพ.ศ. 2547 เสียอีก จึงส่งผลให้รายได้จากค่าผ่านทางในโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ไม่เป็นไปตามกรอบข้อตกลงในสัญญาสัมปทาน การกระทำของรัฐจึงไม่สมควรและขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment)

นอกจากนี้แล้วนักลงทุนยังมีความหวังโดยชอบธรรมว่าภายหลังจากที่เข้ามาลงทุนสร้างทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์นี้แล้ว รัฐจะไม่ออกมาตรการหรือดำเนินการใดๆที่ส่งผลให้การสัญจรบนถนนวิภาวดีน่าดึงดูดใจมากกว่าการใช้ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ แต่ปรากฏว่าหลังจากที่รัฐให้สัมปทานสร้างทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ไปแล้ว รัฐบาลได้ปรับปรุงการจราจรบนถนนวิภาวดีรังสิตและบริเวณโดยรอบให้ดียิ่งขึ้นด้วยการตัดเส้นทางเบี่ยงบนถนนวิภาวดีรังสิต (Local Road) จึงดึงดูดให้ผู้ใช้ถนนใช้เส้นทางด้านล่างที่ไม่เสียเงินมากกว่าที่จะใช้ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ อันเป็นการลดโอกาสที่นักลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนที่ได้คาดหวังอย่างสมเหตุสมผล ประกอบกับทั้งการปิดสนามบินดอนเมืองชั่วคราวระยะเวลาดั้งเดิมคือในเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 ถึงเดือนมีนาคม พ.ศ. 2550 เพื่อเปลี่ยนการใช้สนามบินนั้นก็

การทำลายความคาดหวังที่ขอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน¹⁵ อันเป็นการกระทำของรัฐที่ขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment) อีกเช่นกัน

5.2.2 วิเคราะห์การไม่ปฏิบัติตามสัญญาวางระบบจำหน่ายสลากออนไลน์แบบพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัวของบริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัด

บริษัท จีเทค จำกัดของสหรัฐอเมริกาเข้ามาร่วมทุนกับบริษัท ล็อกซ์เลย์ จำกัด (มหาชน) จัดตั้งบริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัด (แอลจีที)¹⁶ เพื่อรับสัญญาให้บริการวางระบบจำหน่ายสลากออนไลน์แบบพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัวจากสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลในวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2548 โดยบริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดจะต้องดำเนินการออกแบบจัดหาและติดตั้งระบบสลากออนไลน์ ระบบสื่อสารเครื่องจำหน่ายสลาก ระบบสนับสนุนต่างๆ รวมทั้งการปฏิบัติงาน และการบำรุงรักษาระบบต่างๆและเครื่องจำหน่ายสลากทั่วประเทศจำนวน 12,000 เครื่อง ซึ่งระยะเวลาตามสัญญาจะมีอายุ 5 ปีนับตั้งแต่เปิดจำหน่ายหวยออนไลน์และต่อสัญญาได้อีก 3 ครั้งๆ ละไม่เกิน 1 ปี รวมระยะเวลาของสัญญาทั้งสิ้น 8 ปี ทั้งนี้บริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดจะมีรายได้จากการจำหน่ายหวยทุกรายการที่สำเร็จ รายการละ 0.75 บาท ซึ่งก็คือประมาณเดือนละ 75 ล้านบาท

บริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดได้ดำเนินการติดตั้งเครื่องจำหน่ายสลากทั่วประเทศเสร็จแล้วจำนวนเกือบ 7,000 เครื่อง ซึ่งในขณะนั้นการจำหน่ายสลากออนไลน์ยังไม่ได้เริ่มต้นขึ้น และในวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 กระทรวงการคลังซึ่งเป็นหน่วยงานกำกับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ระงับการจำหน่ายสลากออนไลน์พิเศษแบบเลขท้าย 2 ตัวและ 3 ตัวเป็นการชั่วคราว เนื่องจากมีมติคณะรัฐมนตรีพล.อ.สุรยุทธ์ จุลานนท์ออกมว่านโยบายการออกสลากดังกล่าวที่ออกในสมัยรัฐบาล พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตรนั้นไม่ชอบ¹⁷ ด้วยมาตรา 5 และมาตรา 22 ของพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 ตามความเห็นของสำนักงาน

¹⁵ พิศุทธิ์ อรรถกมล, “บทเรียนจากคดี Walter Bau AG ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน,” *กรุงเทพธุรกิจ* (29 กรกฎาคม 2554).

¹⁶ บริษัท ล็อกซ์เลย์ จำกัด (มหาชน) ถือหุ้นอยู่ร้อยละ 51 ส่วนบริษัท จีเทค จำกัดถือหุ้นอยู่ที่ร้อยละ 49

¹⁷ บริษัท ล็อกซ์เลย์ จำกัด (มหาชน), รายงานการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นประจำปี พ.ศ. 2550 ของบริษัท ล็อกซ์เลย์ จำกัด (มหาชน) ประชุมเมื่อวันที่ 24 เมษายน พ.ศ. 2550 ณ ห้องวิมานทิพย์ ชั้น 5 โรงแรมมณเฑียรวิเวโรจน์ กรุงเทพมหานคร (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

คณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 568-569/2549 เห็นว่าเป็นสลากกินรวบอันมิใช่สลากกินแบ่งรัฐบาลและไม่มีการจัดสรรเงินรางวัลและรายจ่าย ตลอดจนไม่มีการเสียภาษีและไม่มีการนำรายได้จากการจำหน่ายสลากเข้าสู่ระบบรายรับของแผ่นดิน และในช่วงเวลานั้นเองกระทรวงการคลังได้เร่งเสนอร่างแก้ไขพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อให้มีการจำหน่ายสลากออนไลน์ แต่แล้วก็รัฐบาลต้องถอนออกจากการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเนื่องจากความไม่พอใจของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติบางกลุ่มและให้ไปปรับปรุงร่างแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ แต่รัฐบาลก็ยังคงมีนโยบายที่จะให้มีการจำหน่ายสลากออนไลน์โดยที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

ในปี พ.ศ. 2551 รัฐบาลชุดนายสมัคร สุนทรเวช มีนโยบายให้ดำเนินการจำหน่ายหวยออนไลน์ และในรัฐบาลชุดนายสมชาย วงศ์สวัสดิ์ มีนโยบายให้ดำเนินการจำหน่ายหวยออนไลน์เช่นกันและสั่งตรวจสอบข้อมูลกฎหมายที่เกี่ยวข้องว่าจะทำได้ถูกต้องหรือไม่ แล้วในวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2552 ศาลฎีกาตัดสินว่าการหยบบนดินมีความผิด แต่สามารถทำให้ถูกต้องได้โดยแบ่งรายรับดังนี้ ให้การจัดสรรเงินรางวัลอยู่ในร้อยละ 60 และร้อยละ 28 ให้นำส่งเข้ารัฐ ส่วนอีกร้อยละ 12 ให้เป็นค่าบริหารจัดการเหมือนกับกรณีสลากกินแบ่งรัฐบาล

ต่อมาในปี พ.ศ. 2552 รัฐบาลอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ มีมติที่ต่างออกมาเพราะเห็นว่าเป็นการมอมเมาเยาวชน ดังนั้น บริษัท ลีอกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัด จึงตอบกลับว่าจะมีการยกเลิกโครงการได้ ก็ต่อเมื่อเข้าข่าย 3 ประเด็นที่ได้ระบุไว้ในสัญญา คือ 1) บริษัท ลีอกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัด เป็นฝ่ายทำผิดสัญญา 2) เปิดดำเนินการไปแล้วรัฐบาลมีนโยบายให้ยกเลิก ซึ่งในการยกเลิกนั้นรัฐบาลต้องเป็นผู้จ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ต่ำกว่า 1 ปีของรายได้เฉลี่ย และที่สำคัญต้องบอกล่วงหน้า 1 ปี และ 3) มีการฟ้องร้องศาลปกครอง และศาลปกครองมีคำสั่งให้ยกเลิกสัญญา ส่วนข้อกังวลต่อเยาวชนนั้นก็ไม่ใช่ประเด็น เพราะมีข้อกำหนดเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ซื้อและหากฝ่าฝืนก็จะถูกยึดเครื่องจำหน่ายสลากออนไลน์คืนทันที

รัฐบาลมีนโยบายที่จะไม่ออกสลากออนไลน์แบบพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัว แต่ให้นำเครื่องออกสลากออนไลน์ไปใช้กับสลากประเภทอื่น และในวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2552 มีมติของคณะกรรมการสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลสั่งให้ภายใน 90 วันนี้บริษัท ลีอกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดเตรียมดำเนินการออกสลากการกุศลจำหน่ายให้ประชาชนทั่วไปแทน แต่เมื่อถึงเดือนมีนาคม พ.ศ. 2553 แล้วก็ยังไม่ได้ให้เริ่มจำหน่ายสลากการกุศลแต่อย่างใด จนกระทั่งต้นปี พ.ศ. 2554 รัฐบาลมีนโยบายที่จะให้จำหน่ายสลากกินแบ่งรัฐบาลออนไลน์แบบ 6 ตัวโดยแบ่ง

โคเวต้าจากสลากกินแบ่งรัฐบาลแบบ 6 ตัวที่อยู่ในรูปใบกระดาษ และที่ประชุมคณะกรรมการสลากกินแบ่งรัฐบาลได้หารือกันแล้วเตรียมวางระบบเกี่ยวกับการจำหน่ายสลากกินแบ่งรัฐบาลออนไลน์แบบ 6 ตัว แต่ก็ยังมีได้เริ่มการจำหน่ายใดๆ และในวันที่ 7 เมษายน พ.ศ. 2554 บริษัท ล็อกซเลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองจากการที่สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลผิดสัญญาซึ่งเป็นคดีหมายเลข 774/2554¹⁸

ปัจจุบัน ปลายปีพ.ศ. 2554 รัฐบาลชุดนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร มีนโยบายที่จะกลับไปให้มีการจำหน่ายสลากกินแบ่งพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัว โดยกล่าวในต่อนหาเสียงในคราวลงสมัครเลือกตั้ง

ประเทศไทยต้องให้การคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติชาวสหรัฐอเมริกาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 (2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกาว่า “ทรัพย์สินที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทของรัฐคู่ภาคี รวมถึงผลประโยชน์ทางตรงหรือทางอ้อมในทรัพย์สินนั้น จะได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงเป็นเงื่อนไขภายในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย ทรัพย์สินนั้นจะไม่ถูกยึดโดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมายหรือการจ่ายค่าชดเชยที่ยุติธรรมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ”

5.2.2.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน

การที่รัฐบาลไทยไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ต้องให้บริษัท ล็อกซเลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดดำเนินระบบการจำหน่ายสลากกินแบ่งพิเศษแบบเลขท้าย 2 ตัวและ 3 ตัวนั้นก็ยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนสิทธิตามสัญญา (Contractual Right) ที่เป็นของบริษัท จีเทค จำกัดชาวสหรัฐอเมริกา เพราะบริษัท จีเทค จำกัดยังสามารถที่เลือกดำเนินคดีตามช่องทางที่ระบุไว้ในสัญญาได้และทั้งยังควบคุมบริษัท ล็อกซเลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดได้อยู่ ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี Waste Management Inc. v. United Mexican States มีความเห็นว่า “การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นจะถือว่าเป็นการผิดสัญญาทั่วไปที่นักลงทุนไม่สูญเสียสิทธิตามสัญญา (Contractual Rights) ถ้าหากว่านักลงทุนยังสามารถเลือกดำเนินคดีตามช่องทางที่ตกลงกันไว้ในสัญญาได้อยู่” อีกทั้ง บริษัท ล็อกซเลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดยังเปิดดำเนินการอยู่ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการอาจจะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ก็ต่อเมื่อบริษัท จีเทค จำกัดได้พยายาม

¹⁸ “ศาลปกครองรับฟ้องคดีห่วย,” ข่าวหุ้นธุรกิจ (30 สิงหาคม 2554).

ฟ้องร้องต่อศาลภายในประเทศมาก่อนแล้วและถูกตัดสิทธิความเป็นไปได้ในทางกฎหมายหรือในทางปฏิบัติที่จะร้องขอการเยียวยาต่อศาลภายใน ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี Generation Ukraine, Inc v. Ukraine มีความเห็นว่า “หากว่าไม่ได้มีการร้องขอเยียวยาจากองค์กรภายในมาก่อนแล้ว องค์คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจถือว่าไม่เป็นคำฟ้องในทางระหว่างประเทศก็ได้ ทั้งนี้ มิได้เป็นเงื่อนไขว่าจะต้องมีการเยียวยาตามกฎหมายภายในมาแล้ว แต่ที่ต้องฟ้องร้องเยียวยาเช่นนั้นมาก่อนก็เพราะว่าการกระทำที่เท่ากับการเวนคืนนั้นจะต้องปราศจากความสมเหตุสมผล” และดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania มีความเห็นว่า “การผิดสัญญาจะถือเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ก็โดยพิจารณาจากเงื่อนไขสามประการดังนี้ 1. รัฐมิได้กระทำไปในฐานะของคู่สัญญา แต่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ 2. เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นแล้วนักลงทุนในฐานะคู่สัญญาถูกตัดสิทธิความเป็นไปได้ในทางกฎหมายหรือในทางปฏิบัติที่จะร้องขอการเยียวยาต่อศาลภายใน และ 3. อดมูลค่าของการลงทุนไปอย่างมีนัยสำคัญ”

ดังนั้น กรณีที่รัฐยังไม่ปฏิบัติตามสัญญาในระบบจำหน่ายสลากออนไลน์แบบพิเศษ เลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัวที่ทำกับบริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัดนั้นจึงไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม

5.3 วิเคราะห์มาตรการของรัฐบาลไทยที่เพิกถอนหรือปฏิเสธการอนุญาตหรือใบอนุญาตซึ่งอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อม

ตัวอย่างกรณีมาตรการของรัฐที่เพิกถอนหรือปฏิเสธการอนุญาตหรือใบอนุญาต เช่น กรณีที่รัฐบาลไทยระงับการดำเนินการโครงการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดไว้เป็นการชั่วคราวอันเนื่องมาจากปัญหาสิ่งแวดล้อม

5.3.1 วิเคราะห์การระงับการดำเนินการโครงการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดไว้เป็นการชั่วคราวอันเนื่องมาจากปัญหาสิ่งแวดล้อม

จากการพัฒนาภาคอุตสาหกรรมอย่างรวดเร็วและการรวมกลุ่มอุตสาหกรรมในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด ทำให้พื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดซึ่งรองรับอุตสาหกรรมต่างๆ การลงทุนทั้งของนักลงทุนคนชาติหรือนักลงทุนต่างด้าวนั้นประสบกับปัญหาการบริหารจัดการด้านสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และอาชีวอนามัย ดังตัวอย่างเช่น สถาบันมะเร็งแห่งชาติได้นำเสนอข้อมูลจากโครงการศึกษาระบาดวิทยาของโรคมะเร็งในประเทศไทยจังหวัดระยอง พ.ศ.

2540-2544 พบว่าสถิติการเกิดมะเร็งปอด หลอดอาหาร ปากมดลูก เต้านม เม็ดเลือดขาวในอำเภอเมืองระยองสูงกว่าในอำเภออื่นๆถึง 3-5 เท่า นอกจากนี้แหล่งน้ำจืด แม่น้ำ คลอง ทะเล น้ำบาดาลมีคุณภาพน้ำต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานและมีการปนเปื้อนโลหะหนักซึ่งก็คือ สังกะสี แมงกานีส สารประกอบอินทรีย์ระเหยง่าย (Volatile Organic Compounds: VOCs) นั้นเกินกว่ามาตรฐาน และนอกจากนี้แล้ว กลุ่มศึกษาและบรรณรังค์มลภาวะอุตสาหกรรมร่วมกับกรีนพีซเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เข้าตรวจมลพิษทางอากาศในพื้นที่มาบตาพุดแล้วพบสารประกอบอินทรีย์ระเหยง่าย (Volatile Organic Compounds: VOCs) ในระดับที่สูงกว่าระดับเฝ้าระวังคุณภาพอากาศในบรรยากาศขององค์การป้องกันสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection Agency (EPA) Region 6 Screening Level) ประเทศสหรัฐอเมริกา อันบ่งชี้ว่าคุณภาพอากาศในพื้นที่มาบตาพุดอยู่ในภาวะวิกฤตและประชาชนอาจเสี่ยงต่อการเป็นมะเร็ง¹⁹ และยังพบการลักลอบทิ้งน้ำมันลงทะเลและพบสารโลหะหนักในบ่อน้ำบาดาลของชาวบ้านอีกด้วย²⁰

ปัญหาดังกล่าวได้ส่งผลให้ประชาชนเรียกร้องให้มีการดำเนินการแก้ไขปัญหานี้ให้เป็นระบบและร้องขอต่อศาลปกครองให้สั่งให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติประกาศว่าพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดเป็นเขตควบคุมมลพิษตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งในวันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2552 ศาลปกครองระยองจึงมีคำสั่งให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติออกประกาศให้ท้องที่เขตเทศบาลเมืองมาบตาพุดทั้งหมดเป็นเขตควบคุมมลพิษเพื่อดำเนินการควบคุม ลด และขจัดมลพิษตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่อไป โดยให้ดำเนินการแล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา

ต่อมาในวันที่ 19 มิถุนายน พ.ศ. 2552 ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางเป็นคดีหมายเลขดำ 908/2552 ว่าของ รัฐ 8 หน่วยงานซึ่งก็คือ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เลขาธิการสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงอุตสาหกรรม กระทรวงพลังงาน กระทรวงคมนาคม กระทรวงสาธารณสุข และการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยนั้น ร่วมกันออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนตลอดจนละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดในการอนุมัติให้มีการดำเนินโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง โดยมีได้

¹⁹ www.greenpeace.org 19 มีนาคม 2551

²⁰ แม่น้ำวาด กุญชร ณ อยุธยา และรวงทอง จันดา, ใต้เงาสีม่วง มาบตาพุดในมือใคร (นนทบุรี: สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2554), หน้า 8-10.

ดำเนินการตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550²¹ และวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2552 ศาลปกครองกลางก็ออกคำสั่งระงับ 76 โครงการหรือกิจกรรมการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาตาพุด จังหวัดระยองไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น²²

ในวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2552 หน่วยงานของรัฐโดยอัยการสูงสุดได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดพิจารณาและกลับคำสั่งศาลปกครองกลางและให้ยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ฟ้องเพื่อให้ทั้ง 76 โครงการดำเนินการต่อไปได้ และในวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2552 ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งที่ 592/2552 แก่คำสั่งของศาลปกครองกลางเป็นว่าให้หน่วยงานของรัฐทั้ง 8 หน่วยงานสั่งระงับโครงการไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ยกเว้น 11 โครงการ²³ ซึ่งศาลเห็นแล้วว่าไม่น่าก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงชัดเจน

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 76 วรรคสอง บัญญัติว่า “การดำเนินการโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้ให้องค์กรอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว”

²² บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน), “เหตุการณ์สำคัญปี 2552,” รายงานความผิดชอบต่อสังคมกลุ่ม ปตท. ปี 2552: ความงามแห่งดุลยภาพ (2553): 26.

²³ 11 โครงการนั้นมีดังนี้ (1) โครงการผลิตเชื้อเพลิงสะอาดและปรับปรุงคุณภาพผลิตภัณฑ์ ของบริษัท โรงกลั่นน้ำมันระยอง จำกัด (มหาชน) (2) โครงการปรับปรุงระบบหมุนเวียนก๊าซกลับคืนของโรงงานผลิตเม็ดพลาสติกชนิดโพลีโพรพิลีน ของบริษัท เอชเอ็มซี โพลีเมอส์ จำกัด (3) โครงการผลิตเชื้อเพลิงสะอาด ติดตั้งหน่วยควบคุมไอน้ำมันเชื้อเพลิงและเพิ่มประเภทผลิตภัณฑ์ไบโอดีเซล ของบริษัท สตาร์ปิโตรเลียม รีไฟน์นิ่ง จำกัด (มหาชน) (4) โครงการติดตั้งระบบควบคุมไอน้ำมันเชื้อเพลิง และเพิ่มประเภทผลิตภัณฑ์ไบโอดีเซล ของบริษัท ปตท.อะโรเมติกส์และการกลั่น จำกัด (มหาชน) (5) โครงการปรับปรุงเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตระบบ บำบัดมลพิษทางอากาศโรงงานผลิต Purified Terephthalic Acid (PTA) ของบริษัท อินโดรามา โปติโคม จำกัด (6) โครงการโรงแยกก๊าซธรรมชาติหน่วยที่ 6 (การเพิ่มประสิทธิภาพระบบปรับปรุงคุณภาพน้ำทิ้งเพื่อหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่) ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (7) โครงการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดโรงงานผลิตคลอ-อัลคาลิ และอีพิคลอโรไฮดรินภายใต้โครงการติดตั้ง Chlorine Vaporizer, Wet Scrubber ของ HCL Section และการปรับเปลี่ยนขนาดถังบรรจุคลอรีนเหลว ของบริษัท อิติตยา เบอร์ล่า เคมีคัลส์ (ประเทศไทย) จำกัด (8) โครงการ

แต่เป็นโครงการที่มุ่งควบคุมหรือบำบัดมลพิษหรือติดตั้งอุปกรณ์เพิ่มเติมเท่านั้น และมีคำสั่งว่าให้ อีก 65 โครงการ²⁴ที่เหลือนำเนินการให้ครบถ้วนตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯแล้วจึงอาจขอต่อศาลให้มีคำสั่งแก้ไขหรือยกเลิกวิธีการชั่วคราวนี้ได้ ทั้งนี้ ในวันที่ 24 ธันวาคม พ.ศ. 2552 ศาลปกครองสูงสุดสั่งยกเว้นการระงับโครงการไว้เป็นการชั่วคราวอีก 1 โครงการ²⁵

ในความเป็นจริงแล้ว รายละเอียดที่จะปฏิบัติตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯได้นั้นยังไม่ชัดเจน ฉะนั้น ในวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 รัฐบาลอภิสิทธิ์

เปลี่ยนแปลงตำแหน่งและขนาดถังเก็บวัตถุดิบและผลิตภัณฑ์ ของบริษัท มาบตาพุด แทงก์ เทอร์มินัล จำกัด (9) โครงการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดโครงการทำเทียบเรือและคลังผลิตภัณฑ์ ของบริษัท ปตท.เคมีคอล จำกัด (มหาชน) (10) รายงานการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดโครงการขยายทำเทียบเรือขนถ่ายสารปิโตรเคมีและคลังเก็บวัตถุดิบและผลิตภัณฑ์ ของบริษัท มาบตาพุด แทงก์ เทอร์มินัล จำกัด (11) โครงการติดตั้ง Loading Arm เพิ่มเติมที่ทำเทียบเรือของโรงกลั่นน้ำมันสตาร์ ของบริษัท สตาร์ปิโตรเลียม รีไฟน์นิ่ง จำกัด (มหาชน)

²⁴ โครงการที่ถูกระงับไว้เป็นการชั่วคราวเหล่านี้เป็นของบริษัทบางกอก โพลีเอทิลีน จำกัด (มหาชน) บริษัทจี สตีล จำกัด (มหาชน) บริษัทไทยเอทานอล เอมีน จำกัด บริษัทอดิตยา เบอร์ล่า เคมีคัลส์ (ประเทศไทย) จำกัด บริษัทเหล็กสยามยามาโตะ จำกัด บริษัทสยามแผ่นเหล็กวิลลาส จำกัด บริษัทปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัทไทยน็อกซ์ สแตนเลส จำกัด (มหาชน) บริษัทไทยคูน เวิลด์ไวด์กรุ๊ป (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) บริษัทที่ไอซี ไกลคอลล จำกัด บริษัทพีทีที อซาฮิ เคมีคอล จำกัด บริษัทพีทีที ฟีนอล จำกัด บริษัทไทย เอ็มเอ็มเอ จำกัด บริษัท สยามโพลีเอทิลีน จำกัด บริษัทไทยพลาสติกและเคมีภัณฑ์ จำกัด บริษัทเอ็มพีที เอชทีพีไอ แมนูแฟคเจอร์ริง จำกัด บริษัทปตท. เคมีคอล จำกัด (มหาชน) บริษัทไบเออร์ไทย จำกัด บริษัทวีไนไทย จำกัด (มหาชน) บริษัท AISCO RESOURCES PIE จำกัด บริษัท กรุงเทพ ซินธิติกส์ จำกัด บริษัทอุเบะ ไนลอน (ประเทศไทย) จำกัด บริษัทสยามมิตรชู พืทีเอ จำกัด บริษัทซี อาร์ พี สตีล จำกัด บริษัทปตท. อะโรเมติกส์และการกลั่น จำกัด (มหาชน) บริษัทกรุงเทพ ซินธิติกส์ จำกัด บริษัทวชนชัย เคมีคอล อินดัสทรีส์ จำกัด บริษัทเอ็มทีพี เอชทีพีไอ แมนูแฟคเจอร์ริง จำกัด บริษัทสยามเลเทกซ์สังเคราะห์ จำกัด บริษัทไทยโพลีเอทิลีน จำกัด บริษัทพีทีที เคมีคอล จำกัด บริษัทไทย เพ็ท เรซิน จำกัด บริษัทเอสซีจี เคมีคอลส์ จำกัด บริษัทอาร์ ไอ แอล 1996 จำกัด บริษัทบูลสโคป สตีล (ประเทศไทย) จำกัด บริษัทบี เอส ที อิลาคิเมอร์ส จำกัด บริษัทเอ็มทีพี เอชที เจวี (ประเทศไทย) จำกัด บริษัทไอ.พี.พี.(ไทยแลนด์) จำกัด บริษัทเจเอฟอี สตีล กัลวาไนซิง (ประเทศไทย) จำกัด บริษัทสวนอุตสาหกรรมปลวกแดง จำกัด บริษัทสยามเอ็มไวรอนเมนทอลเทคโนโลยี จำกัด บริษัทมาบตาพุด แทงก์ เทอร์มินัล จำกัด บริษัทโกลด์ เหมราช พลังงาน จำกัด บริษัทอะโรเมติกส์ (ประเทศไทย) จำกัด บริษัทอมตะ สตริม ชัพพลาย จำกัด บริษัทไตรีน โอนเมอร์ จำกัด บริษัทระยองโอลิฟินส์ จำกัด บริษัทพีทีที ยูทิลิตี้ จำกัด

²⁵ โครงการของบริษัท เหล็กสยามยามาโตะ จำกัด ซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2552 ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

เวชชาชีวะได้แต่งตั้งคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ หรือที่เรียกว่า “คณะกรรมการสี่ฝ่าย” ขึ้นมาอันประกอบด้วยตัวแทนจากภาคราชการ ภาคเอกชน ผู้ทรงคุณวุฒิ และภาคประชาชน โดยมีนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นประธานเพื่อแก้ปัญหาในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด โดยกำหนดหน้าที่ให้คณะกรรมการสี่ฝ่ายนี้ทำข้อยุติใน 3 ส่วนซึ่งก็คือ 1) หาข้อยุติเพื่อให้รัฐบาลกำหนดรายละเอียดตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ซึ่งมีทั้งการกำหนดประเภทโครงการที่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง และการจัดตั้งองค์กฤษฎะที่จะให้ความเห็นประกอบในการดำเนินการ 2) หาข้อยุติเพื่อให้รัฐบาลดำเนินการจัดทำแผนปฏิบัติการลดและกำจัดมลพิษได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นรูปธรรม 3) หาข้อยุติเพื่อให้รัฐบาลแก้ไขปัญห เฉพาะหน้าสำหรับ 76 โครงการที่ถูกระงับดำเนินการชั่วคราว

ในที่สุดคณะกรรมการสี่ฝ่ายนั้นก็ได้ผลการดำเนินงานออกมาคือ 1) หลักเกณฑ์ วิธีการ ระเบียบปฏิบัติและแนวทางในการจัดทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) และผลกระทบต่อสุขภาพ (HIA) และ 2) กำหนดประเภทโครงการที่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ ขึ้นมา 18 ประเภทโครงการ และ 3) จัดตั้งองค์กฤษฎะด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ (เฉพาะกาล ในระหว่างที่ร่างพระราชบัญญัติองค์กฤษฎะตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ต้องอยู่ระหว่างการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร) ซึ่งเป็นผู้ให้ความเห็นต่อโครงการที่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง

รัฐบาลได้ยอมรับเอาผลการดำเนินงานของคณะกรรมการสี่ฝ่ายมาแล้วดำเนินการต่อดังต่อไปนี้ 1) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมออกประกาศกระทรวงในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 126 ตอนพิเศษ 188 ง ลงวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2552 เรื่องกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ ระเบียบปฏิบัติและแนวทางในการจัดทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA) และผลกระทบต่อสุขภาพ (HIA) และ 2) ในวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2553 คณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับองค์กฤษฎะตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ และ 3) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ออกประกาศกระทรวงในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนพิเศษ 104 ง ลงวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2553

ประกาศ 11 ประเภทโครงการ²⁶ที่อาจมีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ

ในวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2553 ศาลปกครองกลางมีคำตัดสินเป็นคดีหมายเลขแดง 1352/2553 เพิกถอนใบอนุญาตการดำเนินโครงการในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดเฉพาะแต่ในโครงการที่มีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ซึ่งมี 11 ประเภทตามที่กำหนดในประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนพิเศษ 104 ง ลงวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2553 และส่วนโครงการที่ไม่อยู่ใน 11 ประเภทนั้นก็ให้ยกคำร้องของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้เพิกถอนใบอนุญาตดำเนินโครงการ อย่างไรก็ดี ศาลสั่งให้โครงการที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาตนั้นต้องดำเนินการตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมบัญญัติแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ที่กำหนดให้มีการวิเคราะห์

²⁶ 11 ประเภท มีดังนี้ 1) การถมทะเล ทะเลสาบ นอกแนวเขตชายฝั่งเดิม ยกเว้นการถมทะเลที่เป็นการฟื้นฟูสภาพชายหาด 2) การทำเหมืองแร่ตามกฎหมายว่าด้วยแร่ดังต่อไปนี้ 2.1) เหมืองแร่ใต้ดิน 2.2) เหมืองแร่ตะกั่ว เหมืองแร่สังกะสี เหมืองแร่โลหะอื่นที่ใช้ไซยาไนด์หรือปรอทหรือตะกั่วในเตรด 2.3) เหมืองแร่ถ่านหิน 2.4) เหมืองแร่ในทะเล 3) นิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม หรือโครงการที่มีลักษณะเช่นเดียวกับนิคมอุตสาหกรรมดังต่อไปนี้ 3.1) ที่จัดขึ้นเพื่อรองรับอุตสาหกรรมปิโตรเคมีตาม 4 หรืออุตสาหกรรมถลุงเหล็กตาม 5.1 หรือ 5.2 3.2) ที่มีการขยายพื้นที่เพื่อรองรับอุตสาหกรรมปิโตรเคมีตาม 4 หรืออุตสาหกรรมถลุงเหล็กตาม 5.1 หรือ 5.2 4) อุตสาหกรรมปิโตรเคมีดังต่อไปนี้ 4.1) อุตสาหกรรมปิโตรเคมีขั้นต้น 4.2) อุตสาหกรรมปิโตรเคมีขั้นกลางดังต่อไปนี้ 4.2.1) ที่ผลิตสารเคมีหรือใช้วัตถุดิบที่เป็นสารเคมีซึ่งเป็นสารก่อมะเร็งกลุ่ม 1 4.2.2) ที่ผลิตสารเคมีหรือใช้วัตถุดิบที่เป็นสารเคมีซึ่งเป็นสารก่อมะเร็งกลุ่ม 2 A 5) อุตสาหกรรมถลุงแร่หรือหลอมโลหะดังต่อไปนี้ 5.1) อุตสาหกรรมถลุงแร่เหล็ก 5.2) อุตสาหกรรมถลุงแร่เหล็กที่มีการผลิตถ่าน coke หรือที่มีการบวนการ sintering 5.3) อุตสาหกรรมถลุงแร่ ทองแดง ทองคำ หรือสังกะสี 5.4) อุตสาหกรรมถลุงแร่ตะกั่ว 5.5) อุตสาหกรรมหลอมโลหะ 5.6) อุตสาหกรรมหลอมตะกั่ว 6) การผลิต กำจัด ปรับแต่งสารกัมมันตรังสี 7) โรงงานปรับปรุงคุณภาพของเสียรวมหรือโรงงานประกอบกิจการเกี่ยวกับการฝังกลบสิ่งปฏิกูลหรือวัสดุที่ไม่ใช้แล้ว ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่มีการเผาหรือฝังกลบของเสียอันตราย ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานยกเว้นการเผา ในหม้อเผาซิเมนต์ที่ใช้ของเสียอันตรายเป็นเชื้อเพลิงทดแทนหรือใช้เป็นเชื้อเพลิงเสริม 8) โครงการระบบขนส่งทางอากาศ 9) ท่าเทียบเรือ 10) เขื่อนเก็บกักน้ำ หรืออ่างเก็บน้ำ 11) โรงไฟฟ้าพลังความร้อนดังต่อไปนี้ 11.1) โรงไฟฟ้าที่ใช้ถ่านหินเป็นเชื้อเพลิง 11.2) โรงงานไฟฟ้าที่ใช้เชื้อเพลิงชีวมวล 11.3) โรงไฟฟ้าที่ใช้ก๊าซธรรมชาติเป็นเชื้อเพลิงซึ่งเป็นระบบพลังความร้อนร่วมชนิด 11.4) โรงไฟฟ้านิวเคลียร์ (หมายเหตุ ให้ดูรายละเอียดเพิ่มเติมเรื่องขนาดในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนพิเศษ 104 ง ลงวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2553)

ผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม (EIA) และผลกระทบต่อสุขภาพ (HIA) และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน (Public Hearing) รวมทั้งให้องค์กรอิสระให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการโครงการ

โครงการที่ถูกศาลปกครองกลางสั่งเพิกถอนใบอนุญาตไปจึงมี 2 โครงการ ซึ่งก็คือ 1) โครงการผลิตเอทีเอสออกไซด์และเอทีเอสไกลคอล (ส่วนขยาย) ของบริษัท ทีไอซี ไกลคอล จำกัด ซึ่งถือหุ้นโดยบริษัท ปตท. เคมิคอล จำกัด (มหาชน) (PTTCH)²⁷ 100 เปอร์เซ็นต์ และ 2) โครงการขยายกำลังการผลิตไวนิลคลอไรด์โมโนเมอร์ ของบริษัท ไทยพลาสติกและเคมีภัณฑ์ จำกัด (มหาชน) (TPC)²⁸ ซึ่งมีบริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่

โครงการในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดนั้นมีทั้งของนักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนชาวญี่ปุ่นซึ่งประเทศไทยรับการลงทุนทางตรงมามากที่สุด ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทย ซึ่งมาตรา 102 ข้อบทเรื่องการเวนคืนและค่าชดเชยนั้นกำหนดให้คุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการที่รัฐใช้มาตรการเทียบเท่าการเวนคืน (measure equivalent to expropriation) โดยอย่างน้อยที่สุดต้องมีการจ่ายค่าชดเชย ดังที่บัญญัติว่า “รัฐภาคีจะไม่เวนคืนหรือโอนการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายอันอยู่ในดินแดนของตนมาเป็นของรัฐ หรือใช้มาตรการใดๆ ที่เทียบเท่าการเวนคืนเหนือการโอนเป็นของรัฐ เว้นแต่ (เอ) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (บี) บนหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (ซี) เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย (ดี) จ่ายค่าชดเชยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิผล”

²⁷ บริษัท ปตท. เคมิคอล จำกัด (มหาชน) เป็นการควบรวมกิจการบริษัท ปีโตรเคมีแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (NPC) กับบริษัท ไทยโอเลฟินส์ จำกัด (มหาชน) (TOC) (ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ 5 อันดับแรกในบริษัทไทยโอเลฟินส์ จำกัด (มหาชน) ก็คือ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่สุด บริษัทอาร์ไอแอล 1996 จำกัด บริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) บริษัทโฮมาน ออยล์ จำกัด)

²⁸ นอกเหนือจากบริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นแล้วยังมีบริษัท ทูลดาวัลย์ จำกัด นายยศ เอื้อชูเกียรติ นางวิไลพรรณ เอื้อชูเกียรติ นางลาวัลย์ เตชะไพฑูริย์ บริษัท อเมริกันอินเตอร์เนชั่นแนล แอสซัวร์ันส์ จำกัด สำนักงานประกันสังคม บริษัท บริหารสินทรัพย์ทีวี จำกัด นายภาวุธ วรรณะกุล นายศักดิ์ เอื้อชูเกียรติ

5.3.1.1 การพิจารณาจากระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สิน

การที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งระงับการดำเนินธุรกิจของ 64 โครงการหรือกิจกรรมการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด จังหวัดระยองไว้เป็นการชั่วคราวหลังจากที่ประชาชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่มาบตาพุดประสบปัญหาสิ่งแวดล้อมอันเนื่องมาจากการจัดการมลพิษของโครงการที่ลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด ซึ่งใน 64 โครงการดังกล่าวมีโครงการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนชาวญี่ปุ่นอยู่ด้วยนั้น ยังไม่พอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนญี่ปุ่น ดังที่อนุญาโตตุลาการในคดี S.D. Myers Inc. v. Government of Canada มีความเห็นว่า “การเวนคืนเป็นการตัดสิทธิอันเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของ ซึ่งต่างกับกฎเกณฑ์แท้จริงที่จะมีการแทรกแซงที่ต่ำกว่า” และมีความเห็นต่อไปว่า “การเวนคืนเป็นการขจัดความสามารถของเจ้าของในการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจไปอย่างถาวร” ซึ่งในกรณีนี้คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ให้ระงับการดำเนินธุรกิจนั้นแทรกแซงต่อการใช้ประโยชน์การลงทุนซึ่งเป็นสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนญี่ปุ่นไป อีกทั้งคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดนั้นยังกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนไปด้วย แต่อย่างไรก็ดีคำสั่งดังกล่าวเป็นเพียงการระงับเพียงแค่ชั่วคราวรวมระยะเวลาประมาณเกือบ 15 เดือน ทั้งสามารถขอเพิกถอนแก้ไขคำสั่งระงับการดำเนินธุรกิจนั้นได้ โดยต้องไปดำเนินการตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯให้ครบถ้วนมาแล้วจึงอาจขอต่อศาลให้มีคำสั่งแก้ไขหรือยกเลิกวิธีการชั่วคราวนี้ได้ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาระดับการแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนชาวญี่ปุ่นแล้วยังไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อม

5.3.1.2 การพิจารณาจากความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน

การที่นักลงทุนญี่ปุ่นได้รับอนุญาตให้เข้าไปดำเนินธุรกิจการลงทุนซึ่งเป็นอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ในประเทศต่าง ๆ นั้นย่อมต้องเผชิญกับปัญหาการต่อต้านและคัดค้านของชุมชนผู้อยู่อาศัยใกล้เคียงกับโครงการอุตสาหกรรมนั้น ซึ่งในประเทศไทยก็เช่นกัน แม้ว่าการลงทุนของนักลงทุนญี่ปุ่นจะได้รับใบอนุญาตโครงการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดจากหน่วยงานของรัฐ เช่น การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) กรมโรงงานอุตสาหกรรม กรมธุรกิจพลังงาน เป็นต้นแล้วก็ตาม เมื่อพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดเป็นแหล่งรวมอุตสาหกรรมขนาดใหญ่อันเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในชุมชนผู้อยู่อาศัยใกล้เคียงไปในลักษณะกว้างไม่ว่าจะเป็นทางอากาศหรือทางน้ำก็ตามซึ่งสะสมเป็นไปตามกาลเวลาและจำนวนของโครงการการลงทุนที่มากขึ้นเรื่อยๆ ในที่สุดย่อมนำไปสู่การต่อต้านและคัดค้านของผู้อยู่อาศัยในชุมชนที่ได้รับ

ผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและชีวิต ศาลรวมถึงหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ต้องมีคำสั่งหรือกระทำการบางอย่างดังเช่นระงับการดำเนินโครงการไว้เพื่อการบรรเทาปัญหาและสร้างความชัดเจนในการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมเหล่านั้นเสีย

5.3.1.3 การพิจารณาจากความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง

อนุญาโตตุลาการในคดี Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States ก็ได้พิจารณาถึงความได้สัดส่วนที่สมเหตุสมผลในความสัมพันธ์ระหว่างภาระหน้าที่ที่ตกอยู่แก่นักลงทุนต่างชาติกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึงอันเป็นสาเหตุให้รัฐออกมาตรการนั้นมาตัดสินคดีเช่นกัน ซึ่งในคดีนี้การที่ศาลสั่งระงับการดำเนินโครงการชั่วคราวไว้เนื่องจากพบว่าผู้อยู่อาศัยในชุมชนใกล้พื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดนั้นต้องเผชิญกับปัญหาสิ่งแวดล้อมทั้งทางอากาศและแหล่งน้ำอันเป็นภาวะที่เสี่ยงอันตรายต่อสุขภาพและชีวิตนั้นไม่ถือว่าเป็นตกเป็นภาระหน้าที่ของนักลงทุนญี่ปุ่นมากเกินไป จึงถือว่ามีความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการกับเป้าหมายของรัฐ

5.3.1.4 การพิจารณาจากลักษณะของมาตรการ

ถึงแม้ว่าคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ออกมานั้นจะมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมก็ตาม แต่ลักษณะของมาตรการนั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่ตามความอำเภอใจ (Arbitrariness) หรือเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หรือไม่โปร่งใส (Non-Transparency) ด้วย ซึ่งจะช่วยให้เห็นว่ามาตรการที่มองจากภายนอกว่ามีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะนั้น แท้จริงแล้วเป็นการกระทำที่แอบแฝงการเวนคืนที่แท้จริงไว้หรือไม่

การที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งระงับการดำเนินโครงการการลงทุนชั่วคราวไป 64 โครงการจากทั้งหมดซึ่งมี 76 โครงการนั้น ใน 64 โครงการมีการลงทุนที่เป็นของคนชาติหรือบริษัทไทยและชาติอื่นนอกเหนือจากญี่ปุ่นรวมอยู่ด้วย และใน ส่วน 11 โครงการที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งยกเลิกการระงับการดำเนินโครงการการลงทุนชั่วคราวไปนั้นก็เพราะมีเหตุผลว่าเป็นโครงการที่มุ่งควบคุมหรือบำบัดมลพิษหรือไม่ก็เพียงติดตั้งอุปกรณ์เพิ่มเติมเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำสั่งว่าเพิ่มเติมว่าให้โครงการที่ถูกระงับการดำเนินการชั่วคราวนั้นไปดำเนินการให้ครบถ้วนตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เพื่อขอ

ศาลที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาให้มีคำสั่งแก้ไขหรือยกเลิกวิธีการชั่วคราวไปได้ ดังนั้นจึงไม่มีลักษณะที่เลือกปฏิบัติหรือไม่โปร่งใส

อย่างไรก็ดี หากว่าโครงการการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเป็นโครงการการลงทุนที่ศาลปกครองได้ตัดสินคดีไปโดยมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตโครงการการลงทุนเพราะเป็นโครงการที่มีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ ซึ่งประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนพิเศษ 104 ง ลงวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2553 กำหนดไว้ 11 ประเภทนั้นแล้ว ก็อาจจะถือว่าการลงทุนของต่างชาตินั้นถูกเวนคืนทางอ้อมไป เนื่องจาก 1) การที่ศาลสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนั้นเป็นการตัดสิทธินักลงทุนในการใช้ประโยชน์ในการลงทุน และมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงไปอย่างมีนัยสำคัญ และ 2) เป็นการทำลายความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน เนื่องจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตได้ให้ออกใบอนุญาตให้แก่โครงการการลงทุนของนักลงทุนนั้นไปแล้ว แม้ว่าโครงการการลงทุนนั้นจะมีได้ทำการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสุขภาพ (HIA) หรือจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน (Public Hearing) หรือองค์การอิสระให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการโครงการก็ตาม ฉะนั้นการเพิกถอนใบอนุญาตจึงเป็นการทำลายความคาดหวังในผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน และ 3) มาตรการไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์สาธารณะของรัฐ เนื่องจากศาลได้เพิกถอนใบอนุญาตไปโดยรัฐมิได้เสนอที่จะมีการชดเชยใดๆ ให้ และแม้ว่าศาลจะกำหนดโครงการการลงทุนนั้นสามารถขอใบอนุญาตใหม่ได้โดยให้ไปดำเนินการตามมาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมบัญญัติแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ที่กำหนดให้มีการวิเคราะห์ผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม (EIA) และผลกระทบต่อสุขภาพ (HIA) และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน (Public Hearing) และให้องค์กรอิสระให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการโครงการ แต่ก็ไม่มีความแน่นอนว่าโครงการการลงทุนของนักลงทุนนั้นจะได้รับอนุญาตให้เปิดดำเนินการหรือไม่ และ 4) มาตรการของรัฐมีลักษณะที่เลือกปฏิบัติและไม่โปร่งใส เนื่องจากการกำหนดว่าโครงการการลงทุนประเภทใดเป็นโครงการที่มีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพที่อยู่ในประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนพิเศษ 104 ง ลงวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2553 นั้นมี 11 ประเภทโครงการ ซึ่งไม่ตรงกันกับที่ “คณะกรรมการสี่ฝ่าย” กำหนด 18 ประเภทโครงการที่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าว การเพิกถอน

ใบอนุญาตโครงการการลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นจึงอาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมและยังอาจเป็นการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่ขัดต่อหลักความเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment)

จากการวิเคราะห์มาตรการต่างๆของรัฐบาลไทยที่อาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อมดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า แม้ว่ามาตรการของรัฐต่อนักลงทุนต่างชาติจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม แต่ก็อาจถูกตีความว่าขัดต่อหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment) ก็ได้ ดังเช่นที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดคดี Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การเวนคืนการลงทุนที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติทั้งการเวนคืนโดยตรงและโดยทางอ้อมนั้น ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติ และในการพิจารณาว่าการเป็นการเวนคืนทางตรงหรือไม่นั้นไม่เป็นประเด็นปัญหา ซึ่งต่างกับในการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป (case-by-case) และอันเนื่องมาจากจุดแบ่งระหว่างมาตรการควบคุมของรัฐอันมีต้องจ่ายค่าชดเชย (Non-compensable regulatory governmental measures) กับการเวนคืนทางอ้อม (Indirect expropriation) นั้นยังไม่มี ความชัดเจนอย่างเป็นระบบ จึงต้องพิจารณาค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งพบว่า มีหลายปัจจัยที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใช้ในการพิจารณาชี้ขาดว่า มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการเวนคืนทางอ้อม ทั้งนี้ ปัจจัยดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

- 1) ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ กล่าวคือ นักลงทุนต้องไม่อาจควบคุมหรือใช้ประโยชน์ในการลงทุนของตนได้ และมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนลดลงอย่างมีนัยสำคัญ ประกอบกับการแทรกแซงนั้นต้องต่อเนื่องและยาวนานพอ
- 2) ความคาดหวังที่ขอบด้วยกฎหมายของนักลงทุนต่างชาติ
- 3) ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่รัฐใช้กับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึง
- 4) ลักษณะของมาตรการ อาทิเช่น การเลือกปฏิบัติ ความไม่โปร่งใส และความตามอำเภอใจ เป็นต้น

ความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของสหรัฐอเมริกาและแคนาดาที่ลงนามมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 และความตกลงการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาที่ลงนามตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 เป็นต้นมานั้น บัญญัติถึงปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่า มาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ไว้ในภาคผนวกของความตกลงดังกล่าว ตลอดจนความหมายของการเวนคืนทางอ้อม และวัตถุประสงค์นโยบาย

สาธารณะที่เป็นข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อม ดังที่บัญญัติว่า “รัฐภาคียืนยันความเข้าใจร่วมกันว่า:

1. ย่อหน้าแรกของข้อบทการเวนคืนมีจุดมุ่งหมายเพื่อสะท้อนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐต่อการเวนคืน

2. การกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐภาคีไม่ว่าถือว่าเป็นการเวนคืน เว้นแต่ว่าจะแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้หรือประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุน

3. ย่อหน้าแรกของข้อบทเรื่องการเวนคืนกล่าวถึงสถานการณ์ 2 สถานการณ์ สถานการณ์แรกคือ การเวนคืนทางตรงที่การลงทุนถูกโอนเป็นของรัฐ หรือเวนคืนทางตรงโดยการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย

4. สถานการณ์ที่สองที่ย่อหน้าแรกของข้อบทเรื่องการเวนคืนกล่าวถึงก็คือ การเวนคืนทางอ้อมซึ่งเป็นการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐภาคี มีผลกระทบเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง อันไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย

(เอ) ในการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งหรือหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐภาคี ในสถานการณ์ข้อเท็จจริงเฉพาะ ก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาจากการสอบถามบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยพิจารณาหลายๆปัจจัยรวมถึง:

(1) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล แต่ถึงแม้ว่าหลายการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องของรัฐภาคีมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจัยนี้เพียงอย่างเดียวไม่ถือได้ว่าการเวนคืนดังกล่าวเกิดขึ้น

(2) ขอบเขตการกระทำของรัฐแทรกแซงต่อความคาดหวังในขณะลงทุนที่มีความชัดเจนหรือสมเหตุสมผล

(3) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล

(บี) เว้นแต่ในบางสถานการณ์ที่น้อยมาก การกระทำการควบคุมอย่างไม่เลือกปฏิบัติของรัฐภาคีที่ออกแบบมาและใช้เพื่อวัตถุประสงค์คุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ขอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมนั้น ไม่ถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”

จากการศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้วพบว่า อนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญต่อการพิจารณาปัจจัยเรื่องผลกระทบของมาตรการต่อเจ้าของทรัพย์สิน (Sole effect doctrine) ซึ่งก็คือระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้รัฐผู้รับการลงทุนจ่ายค่าชดเชยหรือไม่นั้นก็มักพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของมาตรการด้วย อนุญาโตตุลาการยอมรับว่า “รัฐมีสิทธิที่จะกระทำการใดๆอย่างที่ไม่เลือกปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความปลอดภัย และนโยบายทางสังคมโดยมิต้องจ่ายค่าชดเชยสำหรับการตัดสิทธิเจ้าของทรัพย์สินต่างชาติใดๆที่เกิดขึ้น” ทั้งนี้ ในการที่จะพิสูจน์ว่ามาตรการของรัฐนั้นเป็นการใช้อำนาจควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยที่แท้จริง (Police power) นั้น การออกมาตรการมาใช้บังคับจะต้องไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ตามอำเภอใจ มีความโปร่งใส อาทิเช่น มีกระบวนการทางกฎหมายที่ตรงไปตรงมา มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถพิสูจน์ได้ ปราศจากอำนาจกีดกันทางการเมือง มีการทำประชาพิจารณ์ เป็นต้น

เมื่อนำแนวพิจารณาดังกล่าวมาตีความว่ามาตรการของไทยที่ใช้บังคับนั้นอาจเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่แล้วพบว่า การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และการไม่ปฏิบัติตามสัญญาวางระบบจำหน่ายสลากออนไลน์แบบพิเศษเลขท้าย 2 ตัว และ 3 ตัวของบริษัท ล็อกซ์เลย์ จีเทค เทคโนโลยี จำกัด และการระงับการดำเนินการโครงการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดไว้เป็นการชั่วคราวอันเนื่องมาจากปัญหาสิ่งแวดล้อมนั้น ยังไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมที่รัฐบาลไทยต้องจ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากผลกระทบของมาตรการต่อเจ้าของทรัพย์สินยังไม่รุนแรงเพียงพอที่จะถือว่ารัฐเวนคืนทางอ้อม

อย่างไรก็ดี การที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตโครงการการลงทุนในพื้นที่นิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดเพราะเห็นว่าเป็นโครงการที่มีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพนั้น อาจถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อมเพราะส่งผลกระทบต่อเจ้าของทรัพย์สินอย่างรุนแรงพอ และถึงแม้ว่าการเพิกถอนใบอนุญาตนั้นจะอ้างวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมก็ตาม การออกมาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับยังปราศจากความโปร่งใสและยังอาจมีลักษณะเลือกปฏิบัติอันแสดงให้เห็นว่ารัฐมิได้มีเจตนาบริสุทธิ์ใช้อำนาจตามปกติที่มุ่งต่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อป้องกันมิให้การบังคับใช้มาตรการที่รัฐบาลไทยเห็นว่ามีจำเป็นต่อความสงบสุขของสาธารณชน อาทิเช่น มาตรการเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค มาตรการเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม มาตรการเพื่อการป้องกันการผูกขาด มาตรการเพื่อความมั่นคงของรัฐ มาตรการเพื่อการจัดผังเมือง และการจัดเก็บภาษีอากรตามกฎหมาย เป็นต้นเหล่านี้ถูกตีความว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมที่ก่อให้เกิดภาระแก่รัฐบาลไทยในการจ่ายค่าชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนที่ประเทศไทยผูกพันอยู่ จึงควรบังคับใช้มาตรการดังกล่าวต่อไปนี้

1) แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของมาตรการที่จะใช้เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะอันเนื่องมาจากการประสบปัญหาแท้จริง โดยแสดงพยานหลักฐานอ้างอิงหรือการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นสากลชัดเจนอันมิได้เกิดขึ้นตามความอำเภอใจของรัฐ

2) เลือกมาตรการที่จะใช้บังคับให้ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์สาธารณะหรือปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะนั้น

ในกรณีที่มีสัญญาผูกพันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ รัฐต้องปฏิบัติตามกรอบแห่งสัญญาหรือมีการเยียวยาแก้ปัญหาตามที่สัญญากำหนด รวมถึงเปิดและยอมรับให้มีการใช้กระบวนการยุติธรรมระงับข้อพิพาทภายในรัฐอย่างเป็นทางการ

3) ขั้นตอนการออกมาตรการและการบังคับใช้มาตรการต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในและหลักสากลระหว่างประเทศ มีบรรทัดฐานเดียวกัน ด้วยความสุจริต มีความโปร่งใสเปิดเผยข้อมูลหลักเกณฑ์ต่างๆ เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมในกาแสดงความคิดเห็น และไม่เลือกปฏิบัติเพื่อกีดกันธุรกิจการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติออกไปจากตลาด

นอกจากนี้แล้ว ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BITs) และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) ที่ไทยได้ลงนามผูกพันไปก่อนหน้านี้แล้วนั้น ควรมีการบัญญัติภาคผนวกที่ให้ความหมายของการเวนคืนทางอ้อมและปัจจัยที่นำมาใช้พิจารณาตีความการเวนคืนทางอ้อมตลอดจนวัตถุประสงค์สาธารณะที่ได้รับยกเว้นว่าไม่เข้าข่ายการเวนคืนทางอ้อมในลักษณะเช่นเดียวกับที่ความตกลงต้นแบบความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2004 บัญญัติไว้ในภาคผนวก และยิ่งไปกว่านั้น ก็ควรบัญญัติอธิบายเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อม

(Indirect Expropriation) เพิ่มเติมให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อที่จะให้การตีความของอนุญาโตตุลาการในกรณีข้อพิพาทแต่ละกรณีมีมาตรฐานและมีแนวทางที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐภาคีมากขึ้นกว่าเดิม ดังเรื่องต่อไปนี้

1) วัตถุประสงค์นโยบายสาธารณะที่เป็นข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อม

ควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าวัตถุประสงค์สวัสดิการสาธารณะที่ขอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Public Welfare Objectives) อันไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมนั้นมิอะไรเพิ่มเติมอีกที่นอกเหนือจากการสาธารณสุข ความปลอดภัย และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ อันเนื่องมาจากมีความไม่ชัดเจนว่าหมายรวมถึงสวัสดิการสาธารณะอื่นๆด้วยหรือไม่ อาทิเช่น การปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน การบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร การป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดผังเมือง ความมั่นคงแห่งรัฐ และการจัดเก็บภาษีอากร ซึ่งล้วนเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐผู้รับการลงทุนจำเป็นต้องออกมาตราการมาใช้บังคับทั้งสิ้น ตลอดจนควรบัญญัติให้คำจำกัดความของคำว่า “สถานการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก” (“Except in rare circumstances”) ว่าหมายถึงสถานการณ์อะไรบ้างที่แม้จะมีวัตถุประสงค์สวัสดิการสาธารณะแล้ว ก็จะเป็นการเวนคืนทางอ้อม

2) ปัจจัยที่ใช้พิจารณาตีความการเวนคืนทางอ้อม

(1) ควรบัญญัติเกณฑ์ขนาดของความรุนแรงหรือความเสียหายทางเศรษฐกิจว่าเท่าใดจึงจะถือว่าเข้าข่ายเป็นการเวนคืนทางอ้อม เนื่องจากแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเห็นว่ามูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนจะต้องลดลงไปอย่างมีนัยสำคัญ

(2) ควรบัญญัติขอบเขตและข้อจำกัดของความคาดหวังของนักลงทุนที่เกิดขึ้นมาจากสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายอื่นที่รัฐได้ให้ไว้ก่อนหน้านั้นแก่นักลงทุนต่างชาติเป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงมาตรการของรัฐในลักษณะใดถือได้ว่าเป็นความเสี่ยงเชิงธุรกิจที่นักลงทุนต้องเผชิญโดยรัฐที่ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้

(3) ควรบัญญัติอธิบายการใช้บังคับมาตรการที่มีวัตถุประสงค์สวัสดิการสาธารณะอย่างไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) และอย่างโปร่งใส (Transparency) ว่ามีลักษณะอย่างไร อาทิเช่น มีพยานหลักฐานอ้างอิง มีการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นสากลชัดเจน ในกรณีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม มีการใช้กระบวนการยุติธรรมระดับข้อพิพาทภายในรัฐอย่างเป็นธรรม เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น และควรต้องบัญญัติ

เกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินว่านักลงทุนต่างชาติแบกรับภาระไว้มากเกินไปอันจักถือว่ามาตรการของรัฐไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐอ้างถึงแล้วเป็นการเวนคืนทางอ้อม

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

โกศล ฉันทิกุล. การให้สิ่งจูงใจและปัญหาทางกฎหมายสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.

จักรพันธ์ สังข์ศิลป์. การคุ้มครองการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี: ศึกษาเฉพาะกรณีการคุ้มครองกิจการจากการเวนคืน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

นฤมล กาญจนพงษ์. ค่าชดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน). เหตุการณ์สำคัญปี 2552. รายงานความรับผิดชอบต่อสังคมกลุ่ม ปตท. ปี 2552: ความงามแห่งดุลยภาพ (2553):18-29.

บริษัท ลีкокขเลย์ จำกัด (มหาชน). รายงานการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นประจำปี พ.ศ. 2550 ของ บริษัท ลีкокขเลย์ จำกัด (มหาชน) ประชุมเมื่อวันที่ 24 เมษายน พ.ศ. 2550 ณ ห้องวิมานทิพย์ ชั้น 5 โรงแรมมณเฑียรวิเวกริไซด์ กรุงเทพมหานคร (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

พิศุทธิ์ อรรถกมล. บทเรียนจากคดี Walter Bau AG ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน. กรุงเทพธุรกิจ (29 กรกฎาคม 2554).

มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยการค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐฯ. เสนอต่อกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ, เมษายน 2549.

แม่น้ำวาด กุญชร ณ อยุธยา และรวงทอง จันดา. ใต้เงาสีม่วง มาบตาพุดในมือใคร. นนทบุรี: สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2554.

ลาววัลย์ ถนัดศิลปกุล. แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน. ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 8-15, หน้า 1-162. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553.

ศาลปกครองรับฟ้องคดีหอย. ข่าวหุ้นธุรกิจ (30 สิงหาคม 2554).

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. เรื่องการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย. รายงานที่ดีอาร์ไอ 49 (สิงหาคม 2550).

สุธาบดี สัตตบุศย์. การโอนเป็นของชาติ. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 7, 1 (มิถุนายน 2525): 87-117.

ภาษาอังกฤษ

A.F.M. Maniruzzaman. Expropriation of alien property and the principle of non-discrimination in international law of foreign investment: An overview. Journal of Transnational Law and Policy 8 (1998).

Andrew Newcombe. The boundaries of regulatory expropriation in international law. ICSID Review-Foreign Investment law Journal 20, 1 (2005).

Anne K. Hoffmann. Indirect expropriation. In August Reinisch (ed.), Standards of investment protection, pp. 151-170. New York: Oxford University Press, 2008.

August Reinisch. Legality of expropriations. In August Reinisch (ed.), Standards of investment protection, pp. 171-204. New York: Oxford University Press, 2008.

August Reinisch. Expropriation. In Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer (eds.), The oxford handbook of international investment law, pp. 407-458. New York: Oxford University Press, 2008.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award), 14 July 2006.

Brigitte Stern. In search of the frontiers of indirect expropriation. In Arthur W. Rovine (ed.), Contemporary issues in international arbitration and mediation: the fordham papers 2007, pp. 29-51. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award), 13 September 2001.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award), 12 May 2005.

Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (Award), 20 August 2007.

Encana Corporation v. Republic of Ecuador, UNCITRAL (Award), 3 February 2006.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (Award), 22 May 2007.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, IIC Adhoc (Partial Award), 19 August 2005.

Generation Ukraine, Inc v. Ukraine, ICSID (Award), 16 September 2003.

Gillian White. Nationalization of foreign property. London: Stevens & Sons, 1961.

Ian Brownlie. Public international law. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2003.

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID (Award), 22 April 2005.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL (NAFTA) (Award), 26 January 2006.

James and Others v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, 21 February 1986.

Jeswald W. Salacuse. The law of investment treaties. New York: Oxford University Press, 2010.

Kenneth J. Vandeveld. U.S. international investment agreements. New York: Oxford University Press, 2009.

Kenneth J. Vandeveld. Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation. New York: Oxford University Press, 2010.

Kiratipong Naewmalee. Protecting foreign investments against expropriation measures: risks and concerns related to the new draft amendment of The Foreign Business Act of 1999. TDRI Quarterly Review 22, 3 (September 2007): 20-25.

L. B. Sohn and R. R. Baxter. Responsibility of states for injuries to the economic interests of aliens. American Journal of International Law 55 (1961).

LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (Award), 3 October 2006.

Link-Trading Joint Stock Company v. Republic of Moldova, UNCITRAL (Award), 18 April 2002.

Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, European Court of Justice Case 44/79, 13 December 1979.

Loius Henkin, Richard Crawford Pugh, Osoar Schachter, and Hans Smith. International law cases and materials. St. Paul Minn: West Publishing, 1890.

M. Sornarajah. The international law on foreign investment. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Mahnaz Malik. Recent developments in regional and bilateral investment treaties. Paper presented at 2nd annual forum of developing country investment negotiators, Marrakech, Morocco, 3-4 November 2008.

Markus Perkams. The concept of indirect expropriation in comparative public law- Searching for light in the dark. In Stephan W. Schill (ed.), International investment law and comparative public law, pp.107-150. New York: Oxford University Press, 2010.

Marvin Roy Fledman Karpa v. United Mexican States, NAFTA (Award), 16 December 2002.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, NAFTA (Award), 30 August 2000.

Methanex Corporation v. The United States of America, NAFTA (Award), 9 August 2005.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6 (Award), 12 April 2002.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award), 25 May 2004.

Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Stockholm Chamber of Commerce (Award), 16 December 2003.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL (Award), 1 July 2004.

Organisation for Economic Co-operation and Development. "Indirect expropriation" and the "Right to regulate" in international investment law. Directorate for financial and enterprise affairs: working papers on international investment number 2004/4. September 2004.

Oscar Chin Case, P.C.I.J, 1934.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID (Award), 11 September 2007.

Peter Malanczuk. International law provisions for the protection of foreign investment. In Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen, and Bernhard Vogel (ed.), Foreign investment: Its significance in relation to the fight against poverty, economic growth and legal culture, pp. 79-130. Singapore: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, Stockholm Chamber of Commerce (Award), 29 March 2005.

Phelps Dodge International Corp. v. The Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal (Award), 19 March 1986.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID (Award), 27 August 2008.

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (Interim Award), 26 June 2000.

R. Doak Bishop, James Crawford, and W. Michale Reisman. Foreign investment disputes: cases, materials and commentary. Hague: Kluwer Law International, 2005.

Rudolf Dolzer. Indirect expropriations: New developments?. N.Y.U. Environmental Law Journal 11 (April 2002): 64-93.

Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer. Principles of international investment law. New York: Oxford University Press, 2008.

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award), 17 March 2006.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA (Partial Award), 13 November 2000.

Sea-Land Service Inc. v. Iran, Iran-United States Claims Tribunal (Award), 20 June 1984.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID (Award), 28 September 2007.

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID (Award), 29 January 2004.

Sporrong and Lonroth v. Sweden, European Court of Human Rights, 23 September 1982.

Starrett Housing Corporation, Starrett System, Inc., Starrett Housing International Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat, Iran-United States Claims Tribunal (Award), 19 December 1983.

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID (Award), 29 May 2003.

Telenor Mobile Communication A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID (Award), 13 September 2006.

Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Iran-United States Claims Tribunal (Award), 22 June 1984.

United Nations Conference on Trade and Development. The protection of national security in IIAs. New York and Geneva: United Nations, 2009.

United Nations Conference on Trade and Development. Bilateral investment treaties in the mid-1990s. New York and Geneva: United Nations, 1998.

United Nations Conference on Trade and Development. Bilateral investment treaties 1959-1999. New York and Geneva: United Nations, 2000.

United Nations Conference on Trade and Development. Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking. New York and Geneva: United Nations, 2007.

United Nations Conference on Trade and Development. Taking of property. UNCTAD series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations, 2000.

United Nations Conference on Trade and Development. International investment agreements: Key issues. New York and Geneva: United Nations, 2004

United Nations Conference on Trade and Development. Recent developments in international investment agreements (2008-June 2009): IIA monitor no.3 (2009) international investment agreements. New York and Geneva: United Nations, 2009.

United Nations Conference on Trade and Development. World investment report 2011: non-equity modes of international production and development. New York and Geneva: United Nations, 2011.

Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand, UNCITRAL (Award), 1 July 2009.

Waste Management Inc. v. United Mexican States, NAFTA (Award), 30 April 2004.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล เกิดเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2526 สำเร็จการศึกษาปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ เมื่อปีการศึกษา 2548 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2551