

แนวทางในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย (BITs) ภายใต้กรอบ IPFSD  
ของ UNCTAD: ศึกษากรณีมาตรฐานในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการ  
โอนกิจการหรือการเวนคืน



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2562  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Reforming Thailand's Bilateral Investment Treaties (BITs) under IPFSD of UNCTAD:  
study on Fair and Equitable Treatment and Expropriation



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
FACULTY OF LAW  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2019  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

แนวทางในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวี  
ภาคีของไทย (BITs) ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD:  
ศึกษาระณิมาตรฐานในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม  
และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

โดย

นายภาคภูมิ อินทร์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ทัชฌัย ฤกษ์สุด

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวารากุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ศาสตราจารย์ทัชฌัย ฤกษ์สุด)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กมลินทร์ พิณจิวดล)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ดร.ชาลี กาญจนบุญชู)

ภาคภูมิ อินทร์ : แนวทางในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย (BITs) ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD: ศึกษากรณีมาตรฐานในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน. (Reforming Thailand's Bilateral Investment Treaties (BITs) under IPFSD of UNCTAD: study on Fair and Equitable Treatment and Expropriation) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ.ทักษิณ ฤกษ์สุด

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งหาแนวทางในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย (BITs) เพื่อให้ไทยในฐานะที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนมีอำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศอันจะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนได้ภายใต้กรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (IPFSD) ของ UNCTAD โดยความตกลงฯ ของไทยจำนวน 36 ฉบับได้บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ 3 รูปแบบ คือ (1) ข้อบทที่ไม่กำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ (28 ฉบับ) (2) ข้อบทบัญญัติที่พิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศ (3 ฉบับ) และ (3) ข้อบทบัญญัติที่กำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ (5 ฉบับ) ส่วนข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนมีการบัญญัติข้อบทที่ให้พิจารณาถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้ด้วยทุกฉบับ จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า การบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่ไม่กำหนดเงื่อนไขใดๆ หรือที่พิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศไว้ และการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนที่ไม่ได้มีการบัญญัติให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้ไว้ ย่อมก่อให้เกิดการตีความข้อบทในเรื่องดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวางซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศที่จะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนได้

ผลการศึกษาพบว่า หากประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนใช้แนวทางดังต่อไปนี้จะช่วยหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิดหรือการตีความที่กว้างเกินไปของคณะอนุญาโตตุลาการได้ กล่าวคือ (1) การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ควรกำหนดให้มีการร่วมกันตีความข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกับรัฐภาคีไปในแนวทางที่ว่า “รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียม” หรือรัฐผู้รับการลงทุนมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อนักลงทุนอย่างไร แต่ทั้งนี้ ก็ควรมีกลไกกำหนดให้มีการทบทวนพันธกรณีหรือเงื่อนไขกรณีต่าง ๆ ที่ได้มีการตีความร่วมกันไว้เป็นระยะ ๆ ไว้ด้วย (2) การคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ควรกำหนดให้มีการร่วมกันตีความกำหนดหลักเกณฑ์หรือนิยามว่า การกระทำใดที่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมและการกระทำใดที่ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน นอกจากนี้ รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายอาจจะมีการร่วมกันกำหนดกรอบหรือขอบเขตที่ใช้ในการพิจารณาถึงมาตรการที่อ้างว่าจะทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งไม่ต้องการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (non-compensable) เช่น มาตรการที่กระทำด้วยความสุจริต (good faith) และกระทำภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบธรรม (a legitimate public policy objectives) ทั้งจะต้องเป็นมาตรการที่ไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติและเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม ดังนั้น การปฏิรูปข้อบทการให้การปฏิบัติและการคุ้มครองนักลงทุนให้มีความชัดเจนขึ้นโดยการร่วมกันตีความของรัฐภาคีจึงถือได้ว่าเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้ไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้ตามแนวทางของกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ที่จะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนได้ในที่สุด

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5986003334 : MAJOR LAWS

KEYWORD: International Investment Law, Sustainable Development, Right to regulate, Fair and Equitable treatment, Expropriation

Pakpoom Hinseng : Reforming Thailand's Bilateral Investment Treaties (BITs) under IPFSD of UNCTAD: study on Fair and Equitable Treatment and Expropriation. Advisor: Prof. TASHMAI RIKSHASUTA

The study aims to explore ways to reform Fair and Equitable Treatment (FET) and Expropriation under Bilateral Investment Treaty (BIT) in order that Thailand as a host state has right to regulate foreign investment leading to sustainable development under IPFSD of UNCTAD. The agreement on Thailand's BITs totaling thirty-six issues has legislated the fair and equitable treatment in three forms: (1) unqualified FET formulation (28 issues), (2) FET linked to international law (3 issues), and (3) FET with additional substantive contents (5 issues). Regarding the expropriation, the legislation in terms of indirect expropriation is considered in every issue. According to an arbitral award, the legislation of FET in the forms of unqualified FET formulation, FET linked to international law and the expropriation legislation that do not enact right to regulate foreign investment for host states lead to broad interpretation on the FET and expropriation. This probably has an effect on a state's right to regulate foreign investment which can generate sustainable development.

The results of the study indicate that if Thailand as a host state applies the following strategies, it will help to avoid unexpected or broad interpretation of the arbitration. Firstly, regarding the fair and equitable treatment, there should be joint interpretation for the treatment between the contracting parties in the way that a host state must treat the investors or manage the foreign investment "fairly and equitably" or a host state must follow, with the consideration, the fair and equitable treatment to the investors. Nevertheless, obligations or conditions in any cases that have been mutually interpreted should be reviewed periodically. Secondly, regarding the expropriation, there should also be joint interpretation for establishing regulations or defining any actions that are considered the indirect expropriation or that do not involve the expropriation. Furthermore, the contracting parties may mutually set a scope in order to consider the measures that are claimed to be used for public purposes that is non-compensable such as the measure with good faith and under legitimate public policy objectives as well as the measure that is non-discriminatory and adopted in accordance with due process. Therefore, the explicit reform concerning the treatment and protection of investment by the mutual interpretation between the contracting parties is considered one of the mechanisms that enable Thailand as a host state to have right to regulate under IPFSD of UNCTAD eventually leading to the sustainable development.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2019

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปได้โดยได้รับความกรุณาจากท่านศาสตราจารย์ทัชฌาย์ ฤกษ์สุต ที่ให้ความกรุณาเป็นอย่างยิ่งในการรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา พร้อมทั้งให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำต่างๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วง และที่สำคัญที่สุดคือ ได้ให้ข้อคิดและแนวทางในการทำงานเพื่อนำไปปรับใช้ในการดำเนินชีวิตและให้กำลังใจแก่ลูกศิษย์คนนี้เสมอมา

ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวารากุล ที่กรุณารับเป็นประธาน คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้คำแนะนำ แนวคิด รวมถึงกำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กมลสินทร์ พิณิจภูวดล และท่านอาจารย์ ดร.ชาลี กาญจนกฤษร ที่กรุณารับเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์พร้อมให้คำแนะนำเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ขอกราบขอบพระคุณผู้เชี่ยวชาญด้านการลงทุนจากกระทรวงการต่างประเทศและจากภาคเอกชนที่ให้ผู้เขียนเข้าสัมมนาเพื่อให้งานของผู้เขียนมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่ออุดม คุณแม่ยินดี อินเซ่ง ที่คอยให้การสนับสนุนทั้งกำลังใจทรัพย์ และกำลังใจในการศึกษาแก่ผู้เขียนเสมอมา และผลักดันให้ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ขอขอบพระคุณคุณวีระชัย พหลยุทธ คุณชุติมา จันทฤทธิ์ พี่ๆ และเพื่อนๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศที่คอยให้ความช่วยเหลือทางด้านการเรียนและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาของการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งขอกราบขอบพระคุณผู้บังคับบัญชา หัวหน้ากลุ่ม หัวหน้าฝ่าย พี่ๆ และเพื่อนๆ ร่วมงาน ขณะที่ผู้เขียนทำงานอยู่ที่สำนักการสอบสวนและนิติการ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ที่คอยให้กำลังใจและสนับสนุนการเรียนผู้เขียนในระดับปริญญาโทเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการอยู่บ้างผู้เขียนขอมอบคุณงามความดีนั้นให้แก่คุณพ่อและคุณแม่ของผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับความผิดพลาดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

ภาคภูมิ อินเซ่ง

## สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	ง
กิตติกรรมประกาศ .....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	13
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	13
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	17
3. สมมติฐาน .....	17
4. ขอบเขตการวิจัย .....	17
5. วิธีการศึกษาวิจัย .....	18
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	18
บทที่ 2.....	20
ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการ เวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	20
1. ข้อบทและปัญหาการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองจากการโอน กิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี .....	22
1.1 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม .....	22
1.1.1 ความเป็นมา ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียม.....	23

1.1.2 ความตกลงที่มีการกำหนดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและ ปัญหาในการตีความ.....	28
1.1.2.1 ความตกลงที่ให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข .....	29
1.1.2.2 ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ.....	38
1.1.2.3 ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อ ลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ .....	48
1.1.2.4 ความตกลงที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ .....	59
1.1.3 ความตกลงที่ไม่มีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและ ปัญหาในการตีความ.....	65
1.2 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน.....	69
1.2.1 ความเป็นมา วัตถุประสงค์และความหมายของหลักการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือ การเวนคืน .....	70
1.2.2 ความตกลงที่มีการกำหนดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน และปัญหาในการตีความ .....	74
1.2.2.1 ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยไม่มีการ บัญญัติการเวนคืนทางอ้อม.....	74
1.2.2.2 ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยมีการ บัญญัติการเวนคืนทางอ้อม.....	78
1.2.3 ความตกลงที่ไม่มีการกำหนดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการ เวนคืน.....	90
2. พัฒนาการและบทเรียนของประเทศไทยในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการ คุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี ของประเทศไทย.....	90
2.1 พัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอน กิจการหรือการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี .....	91



2.1.1 พัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี .....	92
2.1.2 พัฒนาการข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย .....	103
2.2 บทเรียนของประเทศไทยในฐานะผู้รับการลงทุน .....	118
2.2.1 แนวคำตัดสินเกี่ยวกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม .....	119
2.2.2 ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน .....	121
บทที่ 3 แนวทางในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้ตราสารระหว่างประเทศเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน .....	130
1. หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศกับ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน .....	133
1.1 ความสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนกับการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน .....	134
1.2 ความสัมพันธ์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบท การคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน .....	139
1.2.1 ความสัมพันธ์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม .....	141
1.2.2 ความสัมพันธ์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนกับข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน .....	144

2. การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD ของ UNCTAD.....	146
2.1 การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD .....	148
2.2 การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD...	151
3. แนวทางในการปฏิรูปข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD เพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน.....	154
3.1 แนวทางการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน .....	156
3.1.1 การเปลี่ยนแปลงของสถานะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุน .....	157
3.1.2 หลักการที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน .....	159
3.2 แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	165
3.2.1 การบัญญัติไว้ในอารัมภบท.....	167
3.2.2 การบัญญัติไว้ในข้อบทการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน.....	169
3.2.3 การบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นทั่วไป.....	177
บทที่ 4 แนวทางของประเทศไทยในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการ	

หรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ.....	181
1. ข้อพิจารณาในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ .....	183
1.1 บริบทของประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี.....	183
1.1.1 ปัจจัยในการพิจารณาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	184
1.1.2 แนวโน้มในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก .....	188
1.2 บริบทของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี ..	191
2. แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ .....	194
2.1 แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ.....	195
2.1.1 บทวิเคราะห์พัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD .....	196
2.1.2 แนวทางในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ.....	198
2.2 แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ .....	205

2.2.1	บทวิเคราะห์พัฒนาการข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนใน ความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD.....	207
2.2.2	แนวทางในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อ นำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจาก ต่างประเทศ.....	209
บทที่ 5 ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ .....		1
1.	ข้อสรุป .....	2
1.1	ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครอง จากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	3
1.1.1	ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลง ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน.....	3
1.1.2	ข้อบทและปัญหาในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนใน ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน.....	7
1.2	แนวทางในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการ โอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD เพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการ ควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน.....	9
1.2.1	แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการ ลงทุนในข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม.....	11
1.2.2	แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการ ลงทุนในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน .....	13
1.3	แนวทางของประเทศไทยในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบ ทวิภาคีในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครอง จากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้ สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ .....	16

1.3.1 การปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ..... 17

1.3.2 การปฏิรูปข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ..... 20

2. ข้อเสนอแนะ ..... 24

บรรณานุกรม..... 29

ประวัติผู้เขียน..... 37



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันนานาชาติประเทศได้เล็งเห็นถึงความสำคัญต่อการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีบทบาทที่สำคัญและเป็นกลไกในการขับเคลื่อน พื้นฟูระบบเศรษฐกิจของโลก โดยในหลายๆ ประเทศได้มีการออกมาตรการและนโยบายทั้งในระดับชาติและต่างประเทศ ในการให้การส่งเสริมและการคุ้มครองแก่การลงทุนและนักลงทุนเพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้ในการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาทำการลงทุนในประเทศของตน จากการศึกษาที่รัฐต่างๆ ได้ออกมาตรการหรือนโยบายด้านการลงทุนที่เปิดกว้างหรือให้เสรีมากขึ้นเพื่อดึงดูดการลงทุนที่มีประสิทธิภาพและสร้างผลประโยชน์ให้แก่รัฐไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคมหรือสิ่งแวดล้อม ย่อมแสดงให้เห็นว่าการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาประเทศ ไม่เฉพาะแต่ประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้นที่ต้องการดึงดูดการลงทุนระหว่างประเทศแต่ประเทศพัฒนาแล้วก็ยังคงเล็งเห็นถึงความสำคัญของการลงทุนระหว่างประเทศเช่นกัน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า การลงทุนระหว่างประเทศนั้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในหลายด้านๆ ทั้งในด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคม ด้านสิ่งแวดล้อม หรือด้านเทคโนโลยี โดยผลประโยชน์เหล่านี้้น ก่อให้เกิดขึ้นได้ทั้งในมิติของประเทศที่ส่งออกการลงทุน (Home State) และประเทศที่รับการลงทุน (Host State) แต่เมื่อพิจารณาในมุมมองของประเทศที่รับการลงทุนแล้ว ผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นมีความสำคัญและมองเห็นเป็นรูปธรรมในหลายๆด้าน โดยประเทศที่รับการลงทุนนั้นมักเกิดความคาดหวังในผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุนระหว่างประเทศที่จะก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากนักลงทุน การจ้างงาน การสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีแก่ธุรกิจที่แข่งขันได้ การส่งออกที่เพิ่มขึ้นและการก่อให้เกิดรายได้แก่ประเทศเพิ่มขึ้น ซึ่งจะส่งผลให้ผลผลิตมวลรวมและรายได้ประชาชาติเพิ่มขึ้นตามไปด้วย และอาจจะเป็นปัจจัยในการยกระดับความเป็นอยู่ของประชาชนและระบบสาธารณูปโภคที่ดีขึ้นซึ่งจะเห็นได้ชัดในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในมุมมองของประเทศที่ส่งออกการลงทุนแล้วนั้น สิ่งที่จะเห็นได้ชัดคือข้อเสียเปรียบที่เกิดขึ้นจากการที่นักลงทุนของตนได้ทำการลงทุนไปยังประเทศอื่นซึ่งอาจจะก่อให้เกิดการรั่วไหลของเทคโนโลยี ความรู้และเชี่ยวชาญในด้านนั้นๆ หรือแม้แต่อาจจะส่งผลให้เกิดการเสียผลประโยชน์

ทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ อาจจะทำให้เกิดการไหลออกของเงินทุน หรือทำให้สูญเสียรายได้จากการค้าในสินค้านั้นๆ โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นแล้ว ประเทศที่ส่งออกการลงทุนยังได้รับผลประโยชน์จากการที่ตนได้ให้การส่งเสริมให้นักลงทุนในประเทศตนได้ไปลงทุนยังต่างประเทศ เช่น การได้เข้าถึงแหล่งทรัพยากรหรือแหล่งวัตถุดิบที่หาได้ยากหรือไม่มีในประเทศของตน หรือเป็นการให้ได้มาซึ่งทรัพยากรหรือวัตถุดิบในราคาต่ำกว่า การจ้างงานในค่าแรงที่ต่ำกว่า รวมถึงกรณีการได้มาซึ่งความรู้ที่ตนไม่มีความถนัดหรือเชี่ยวชาญ (Know-how) จากประเทศที่ได้เข้าไปลงทุน จากที่ได้กล่าวไปแสดงให้เห็นว่าทั้งประเทศที่รับการลงทุนและประเทศที่ส่งออกการลงทุนนั้นต่างได้เล็งเห็นถึงประโยชน์และความสำคัญของการลงทุนระหว่างประเทศที่ตนจะได้รับ แต่อย่างไรก็ตาม การก่อให้เกิดหรือรับการลงทุนที่มีประสิทธิภาพได้นั้นจำเป็นต้องมีกรอบของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเข้ามากำหนดหลักเกณฑ์ ขอบเขตหรือมาตรการต่างๆ ที่จะออกมาเพื่อเป็นเกณฑ์ในการกำหนดหน้าที่หรือคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่จะเป็นกรอบในการกำหนดข้อบทหรือมาตรฐานซึ่งรัฐต่างๆ ได้ใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและดึงดูดนักลงทุน จากเอกสารของที่ประชุมแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD) พบว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1960 และมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ โดยพบว่าในช่วงปี ค.ศ. 1990 เป็นช่วงที่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นจำนวนมาก โดยเป็นช่วงที่มีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมากกว่า 2,300 ฉบับ<sup>1</sup> จากเอกสารดังกล่าวจะเห็นได้ว่า นานาประเทศนั้นต่างเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการที่จะต้องมี การจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและอาจจะเป็นผลสะท้อนให้เห็นว่าการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีความสำคัญต่อนานาประเทศเช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น พบว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในปัจจุบันมีจำนวนมากถึง 3,332 ฉบับ โดยรูปแบบของความตกลงที่เป็นที่นิยมของนานาประเทศคือ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties - BITs) ซึ่งมีจำนวนมากถึง 2,952 ฉบับ<sup>2</sup> โดยที่ความตกลงดังกล่าว นั้นเป็นความตกลงที่ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนจากรัฐหนึ่งในอาณาเขตของ อีกรัฐหนึ่ง

<sup>1</sup> UNCTAD, International Investment Agreements: Key Issue (United Nations 2004). p.18

<sup>2</sup> UNCTAD, "International Investment Agreement Navigator," [Online] Accessed: 9 September 2018. Available from: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

การที่นานาประเทศนิยมที่จะทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีนั้น เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่าความตกลงแบบทวิภาคีเป็นการตกลงกันสองฝ่าย กล่าวคือระหว่างประเทศหนึ่งกับอีกประเทศหนึ่งเท่านั้น ซึ่งทำให้การมีผลใช้บังคับในข้อบทต่างๆ ไม่ได้มีความยุ่งยากมากนักเนื่องจากรัฐภาคีทั้งสองต่างก็ยอมที่จะหาข้อยุติได้ด้วยกันทั้งสองฝ่ายจึงได้ทำความตกลงดังกล่าวขึ้นมาจึงทำให้การมีผลใช้บังคับของข้อบทต่างๆ นั้นมีประสิทธิภาพ ในมิติของรัฐที่รับการลงทุนนั้นมองว่า ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีนั้นเป็นเครื่องมือที่จะดึงดูดให้นักลงทุนของอีกรัฐหนึ่งได้เข้ามาทำการลงทุนในอาณาเขตรัฐตน เนื่องจากในความตกลงดังกล่าวมักจะมีข้อบทที่กำหนดเกี่ยวกับการส่งเสริมและการคุ้มครองนักลงทุน เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ซึ่งเป็นหลักที่เป็นการรับประกันว่ารัฐที่รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับนักลงทุนในชาติ หรือในกรณีหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and equitable treatment) แต่เมื่อมองในมิติของประเทศที่ส่งออกการลงทุนแล้วนั้น การทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีเป็นการทำให้เกิดความสามารถที่จะเข้าถึงตลาด เข้าถึงทรัพยากรและวัตถุดิบได้ง่ายขึ้น รวมถึงกรณีที่นักลงทุนที่ตนส่งออกไปนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติจากรัฐที่รับการลงทุนด้วย สำหรับประเทศไทยนั้นได้มีการทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีกับประเทศต่างๆ ด้วยกันทั้งหมด 36 ฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้ว<sup>3</sup> แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยก็เล็งเห็นถึงความสำคัญของการลงทุนระหว่างประเทศและต้องการที่จะดึงดูดนักลงทุนจากต่างประเทศให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย

ในปี 2015 ที่ประชุมแห่งสหประชาชาติได้มีการออกกรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Investment Policy Framework for Sustainable Development - IPFSD) เพื่อเป็นกรอบหรือแนวทางแก่รัฐต่างๆ ในการออกนโยบายด้านการลงทุนหรือการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงและดุลยภาพในการลงทุน ซึ่งในกรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD ได้เสนอแนวทางในการกำหนดหรือปฏิรูปนโยบาย ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งรวมถึงข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ทั้งนี้ เพื่อที่จะนำไปสู่การพัฒนา

<sup>3</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 9 กันยายน 2560. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation.html>



อย่างยั่งยืนอันจะก่อให้เกิดความมั่นคงและดุลยภาพระหว่างการลงทุนของนักลงทุนและการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐที่รับการลงทุน

แม้ว่าภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นจะได้กำหนดขอบทในการให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติจากรัฐที่รับการลงทุนแล้ว หากข้อบทต่างๆ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งรวมไปถึงข้อบทเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติต่อนักลงทุนมีการบัญญัติข้อบทกว้างเกินไปหรือแคบเกินไปอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้และตีความในทางปฏิบัติขึ้นได้ซึ่งอาจจะกระทบต่อการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุม (Right to regulate) การลงทุนจากต่างประเทศภายในอาณาเขตของตนได้ ยิ่งไปกว่านั้น อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐที่รับการลงทุนได้อันมีมูลเหตุมาจากการละเมิดข้อบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เมื่อพิจารณาในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีและแบบพหุภาคีของไทยได้กำหนดขอบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้แล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าได้มีแนวคำตัดสินและประเด็นข้อพิพาทที่อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบเกี่ยวกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนขึ้นอันเป็นบทเรียนให้กับประเทศไทยในการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าน่าจะมีการศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย เพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD หากสามารถทำได้ภายใต้กรอบนโยบายดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์และความเหมาะสมกับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศผู้รับการลงทุนมากที่สุด โดยที่ประเทศไทยยังสามารถใช้อำนาจในการเข้าควบคุมการดำเนินการลงทุนพร้อมกับการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนได้ และเพื่อให้เกิดความมั่นคง ดุลยภาพในการลงทุนของนักลงทุน จึงควรพิจารณาถึงปัจจัยและบริบทต่างๆ ทั้งในแง่ของประเทศไทย (รัฐผู้รับการลงทุน) และนักลงทุนต่างชาติด้วย ดังนั้น วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงจะศึกษาถึงพัฒนาการของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย และบทเรียนที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยจากแนวคำตัดสินและประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนอกจากนั้นจะพิจารณาจากแนวนโยบาย บริบท ของประเทศไทย รวมไปถึงกระแสนิยมในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน เพื่อมาพิจารณาหาแนวทางในการปฏิรูปความตกลงว่า

ด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบ ทวิภาคีภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ที่เหมาะสมกับประเทศไทย

## 2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- (1) เพื่อศึกษาความสำคัญของหลักการพัฒนาย่างยั่งยืนต่อการลงทุนระหว่างประเทศ
- (2) เพื่อศึกษาปัญหาจากแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการและกรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD ในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน
- (3) เพื่อศึกษาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทยในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน
- (4) เพื่อศึกษาแนวทางของ UNCTAD ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเกี่ยวกับประเด็นการปฏิรูปข้อบทในเรื่องดังกล่าวเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อบทที่กำหนดไว้ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยที่มีอยู่เดิมและในอนาคต

## 3. สมมติฐาน

ประเทศไทยได้ทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (BITs) ซึ่งได้กำหนดให้รัฐต้องให้การคุ้มครองนักลงทุนโดยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน แต่ทั้งนี้ในทางปฏิบัติได้มีการตีความข้อบทในเรื่องดังกล่าวอย่างกว้างขวางทำให้มีผลกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุม (Right to regulate) การลงทุนจากต่างประเทศที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนจึงควรมีการปฏิรูปข้อบทในเรื่องดังกล่าวตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD โดยการกำหนดขอบเขตในการใช้บังคับของบทบัญญัติให้มีความชัดเจน

## 4. ขอบเขตการวิจัย

เป็นการศึกษารอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD ในข้อบทต่างๆ ที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่า UNCTAD ได้เสนอแนวทางในเรื่องการกำหนดข้อบทในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติและการคุ้มครองการลงทุนใน

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนอันจะก่อให้เกิดความมั่นคงและคุณภาพในการลงทุน และศึกษาการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Agreements - BITs) จำนวน 36 ฉบับที่มีผลใช้บังคับ และความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศฉบับมาตรฐานของไทยที่กำลังจะมีผล นอกจากนั้น จะศึกษาวิธีการและผลในการนำแนวทางหรือข้อเสนอของ UNCTAD ในประเด็นการกำหนดข้อบท การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ในการความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนมาปรับใช้กับ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยทั้งที่ทำได้แล้วและจะทำขึ้น ในอนาคต รวมถึงการนำไปปรับใช้กับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฉบับ มาตรฐานของไทยต่อไป

## 5. วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษา รวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์ จากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐและเอกชน รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์และกรอบแนวทางขององค์การระหว่างประเทศ การสัมภาษณ์จากหน่วยงานราชการและ ภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง โดยนำข้อมูลดังกล่าวมาวิเคราะห์และหาข้อสรุป

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) เพื่อทราบถึงความสัมพันธ์และความสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุน ระหว่างประเทศ

(2) เพื่อทราบถึงปัญหาจากแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนที่กำหนดไว้ใน ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

(3) เพื่อทราบถึงแนวทางในการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบท การคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อ นำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนตามกรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD หรือ IPFSD

(4) เพื่อทราบถึงแนวทางในการปฏิรูปข้อบทในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนที่กำหนดไว้ในความตกลงเพื่อการส่งเสริม

และคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยทั้งที่มีอยู่เดิมและที่จะทำขึ้นในอนาคต รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของไทยฉบับมาตรฐานภายใต้กรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD หรือ IPFSD



## บทที่ 2

### ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นนับว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศด้วยข้อบทมาตรฐานการให้การปฏิบัติและการคุ้มครองการลงทุนจากรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งในประเด็นดังกล่าวเป็นปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งนักลงทุนหรือการลงทุนจากต่างประเทศได้พิจารณาถึงในการที่จะเข้ามาลงทุนภายในรัฐที่รับการลงทุน จากความล้มเหลวในการทำความเข้าใจความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศแบบพหุภาคี (Multilateral Treaties) ซึ่งเป็นความตกลงที่ต้องการความร่วมมือหลายฝ่ายไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ไม่ว่าจะเป็เพราะเหตุผลเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ การแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรและนโยบายด้านเศรษฐกิจภายในรัฐ ดังนั้น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements - IIAs) จึงได้รับความสนใจจากรัฐในสังคมนานาชาติ ด้วยเหตุผลที่ว่าความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีนั้นเป็นความตกลงที่มีรัฐคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายเท่านั้นจึงเป็นการง่ายต่อการเจรจาและตกลงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องผลประโยชน์ของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย โดยในปัจจุบันมีความตกลงรูปแบบดังกล่าวที่มีผลใช้บังคับอยู่มีจำนวน 2,358 ฉบับ จากความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนทั้งหมดทุกรูปแบบจำนวน 2,668 ฉบับ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีจำนวนของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีมีจำนวนมากกว่าความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศรูปแบบอื่นๆ โดยในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีนั้นมีประเด็นหลักคือ การให้การปฏิบัติและคุ้มครองการลงทุนซึ่งเป็นการเอื้อและส่งเสริมการลงทุนทางตรง ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ทำให้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญและมีบทบาทอย่างยิ่งในการลงทุนระหว่างประเทศไม่ว่าจะต่อนักลงทุน รัฐผู้รับการลงทุนหรือแม้แต่รัฐผู้ส่งออกการลงทุนเองก็ตาม

การที่นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติหรือการคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนย่อมจะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขในเบื้องต้นที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการให้สิทธิประโยชน์ดังกล่าว โดยเป็นการป้องกันของ

รัฐที่รับการลงทุนในเบื้องต้นจากการกระทำบางประการของนักลงทุนหรือการลงทุนที่เข้ามาลงทุนภายในประเทศซึ่งอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบในด้านต่างๆ ภายในรัฐผู้รับการลงทุน โดยเงื่อนไขเบื้องต้นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะกำหนดค่านิยมของคำว่า “นักลงทุน” และ “การลงทุน” ที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้ความตกลงฉบับนั้นๆ ไว้ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดเงื่อนไขด้านเวลาที่นักลงทุนหรือการลงทุนจะได้รับการปฏิบัติหรือการคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอีกด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว เงื่อนไขดังกล่าวที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้ในการพิจารณาเพื่อให้สิทธิประโยชน์นั้นถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในเบื้องต้นแล้ว แต่ทั้งนี้ แม้ว่านักลงทุนหรือการลงทุนดังกล่าวนั้นจะเป็นไปตามเงื่อนไขของค่านิยมหรือเงื่อนไขด้านเวลาซึ่งควรที่จะได้รับสิทธิประโยชน์จากข้อบทต่างๆ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนั้นๆ แต่ในข้อบทซึ่งให้การคุ้มครองหรือการปฏิบัติแก่นักลงทุนนั้นยังมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขบางประการที่กำหนดไว้อีกด้วยอันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงอำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นได้กำหนดข้อบทต่างๆไว้อย่างมากมาย

โดยในบทนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึงความเป็นมา วัตถุประสงค์และความหมายของข้อบทที่มีความสำคัญต่อนักลงทุนคือ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงรูปแบบในการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบและแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการปรับใช้ข้อบทในรูปแบบต่างๆที่บัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจากแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงบทเรียนจากการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบ นอกจากนี้ ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางในการบัญญัติหรือปฏิรูปข้อบทในเรื่องดังกล่าวแก่รัฐหรือบุคคลในทางระหว่างประเทศซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการและบทเรียนของประเทศไทยในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีทั้ง 36 ฉบับของประเทศไทย ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนจะได้เสนอบทเรียนของประเทศไทยในฐานะผู้รับการลงทุนจากแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการกรณีรัฐบาลไทยละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (Legitimate expectation) กรณีดอนเมืองโทลเวย์ และกรณีการออกคำสั่งของรัฐบาลไทยในการแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ซึ่งเป็นบทเรียนที่สำคัญของประเทศไทยในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนอันแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจของรัฐบางประการเพื่อเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจการของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

## 1. ข้อบทและปัญหาการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงข้อบทในเรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment - FET) และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน (Expropriation) โดยผู้เขียนจะอธิบายในประเด็นเกี่ยวกับความเป็นมาและความหมายของข้อบทนั้นๆ และจะแสดงให้เห็นถึงรูปแบบในการบัญญัติข้อบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนว่ามีการบัญญัติในรูปแบบใดบ้าง นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการตีความและการปรับใช้ข้อบทในแต่ละรูปแบบโดยสะท้อนจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อจะสะท้อนให้เห็นว่าการลงทุนของนักลงทุนนั้น แม้จะมีข้อบทซึ่งกำหนดการปฏิบัติหรือการคุ้มครองไว้ก็อาจจะถูกระทบจากการตีความหรือการปรับใช้ข้อบทได้ หรือแม้กระทั่งสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนเองก็ตาม ก็อาจจะถูกจำกัดจากการตีความหรือการปรับใช้ข้อบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

### 1.1 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นหลักการที่มีความสำคัญหลักการหนึ่งที่จะต้องบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยในช่วงที่ผ่านมา หลักการดังกล่าวได้ใช้เป็นฐานในการเรียกร้องสิทธิต่างๆ ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากการใช้อำนาจบางประการของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ การเลือกปฏิบัติ หรือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งข้อพิจารณาเหล่านี้เป็นการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนอย่างมีนัยยะสำคัญภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่ทั้งนี้ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในเรื่องดังกล่าวนี้ หากมีการบัญญัติไว้อย่างคลุมเครือหรือกว้างขวางเกินไปก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความหรือการใช้อย่างคับแคบได้<sup>4</sup>

โดยในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึงความเป็นมา วัตถุประสงค์และความหมายของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงรูปแบบในการบัญญัติ

<sup>4</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements li (United Nations, 2012). p.1-3

ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและผู้เขียนจะสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของข้อบทดังกล่าวในแต่ละรูปแบบของการบัญญัติข้อบทจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

### 1.1.1 ความเป็นมา ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

แนวคิดของหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นใหม่และได้ปรากฏอยู่ในเอกสารในทางระหว่างประเทศ (International Documents) ซึ่งเอกสารดังกล่าวก็ไม่ได้มีได้มีผลผูกพันแต่อย่างใด<sup>5</sup> แต่เป็นหลักการในการให้การปฏิบัติและคุ้มครองนักลงทุนโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยเป็นหลักการที่เป็นแนวทางปฏิบัติก่อนที่จะมีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยในช่วงแรกเริ่มนั้น องค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (The Organization for Economic Cooperation and Development - OECD) ได้มีการจัดทำร่างอนุสัญญาในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินต่างชาติ (Draft Convention on the Protection of Foreign Property 1967 – the Draft OECD Convention) โดยในข้อ 1 มีการบัญญัติข้อบทที่มีนัยยะเดียวกันกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม แต่เอกสารดังกล่าวก็ยังไม่ได้ระบุโดยชัดว่าอย่างไรที่เป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>6</sup> (Fair and Equitable) แต่ภายหลังก็ได้มีการแก้ไขและกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยกำหนดขอบเขตของข้อบทให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2 ed. (United Kingdom: Oxford University Press, 2012). p.130

<sup>6</sup> "Draft Convention on the Protection of Foreign Property ", (1967).

Article 1

“ the standard required conforms to the ‘minimum standard’ which form part of customary international law”

<sup>7</sup> *ibid.*

Article 1(a)

“Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any State are accorded treatment more favourable than that provided for in this



ต่อมาหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นได้มีการบัญญัติไว้ทั้งในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty - BIT) และในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนประเภทอื่นๆ โดยในช่วงแรกปรากฏในความตกลงเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (International Economic Agreements) เช่น กฎบัตรฮาวานา (The Havana Charter for an International Trade Organization 1948) ได้วางหลักไว้ว่า “ การปฏิบัติที่เป็นธรรม (Just) และเท่าเทียม (Equitable)<sup>8</sup> หรือในความตกลงโบโกต้า (The Agreement of Bogota 1948) และในสนธิสัญญาสัมพันธไมตรี การค้า และการเดินเรือ (The United States Friendship, Commerce and Navigation (FCN) treaties) ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศเยอรมนีได้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมแก่คนชาติหรือบริษัทของอีกรัฐภาคีหนึ่ง และรวมไปถึงบรรดาทรัพย์สิน กิจการและผลประโยชน์อื่นๆด้วย<sup>9</sup>

ทั้งนี้ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นได้มีการปรับใช้ในฐานะที่เป็นข้อบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนครั้งแรกในความตกลง Hermann Abs and Lord Shawcross in 1959 โดยเมื่อพิจารณาแล้ว ข้อบทดังกล่าวนี้เป็นไปตาม The Draft Convention on Investment Abroad ซึ่งใน Hermann Abs and Lord Shawcross in 1959 ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐภาคีต้องให้หลักประกันว่าจะปฏิบัติต่อทรัพย์สินของรัฐภาคีชาติอื่น ๆ อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งทรัพย์สินเหล่านั้นจะได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงภายในอาณาเขตของรัฐภาคีนั้นๆ การจัดการ การใช้ หรือการกระทำอื่นใดเกี่ยวกับทรัพย์สินจะไม่ถูกขัดขวางจากมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผลหรือเลือกปฏิบัติ”<sup>10</sup>

Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter.”

<sup>8</sup> "The Havana Charter for an International Trade Organization ", (1948).

Article 11(2)

“a just and equitable treatment”

<sup>9</sup> "The United States Friendship, Commerce and Navigation (Fcn) Treaties between Geramny and United Sates," (1954).

Article 1 Section 1

“ Each Party shall at all times accord fair and equitable treatment to the nationals and companies of the other Party and to their property, enterprises and other interests.”

<sup>10</sup> "Hermann Abs and Lord Shawcross ", (1959).

นอกจากนี้ หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นยังปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบทวิภาคีและพหุภาคีที่สำคัญ เช่น

The North American Free Trade Agreement of 1992 ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐภาคีต้องปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของอีกรัฐภาคีโดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งต้องปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและต้องให้ความคุ้มครองและความมั่นคงด้วย”<sup>11</sup>

The Energy Charter of 1994 ได้วางหลักไว้ว่า

“... รัฐภาคีต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนและนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม... โดยการปฏิบัติเช่นว่านั้นต้องไม่น้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศและพันธกรณีในสนธิสัญญากำหนดไว้”<sup>12</sup>

---

Article 1

“Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories of the other Parties and the management, use and enjoyment thereof shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures”

<sup>11</sup> "The North American Free Trade Agreement ", (1992).

Article 1105 paragraph 1 : Minimum standard of Treatment

“ 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

<sup>12</sup> "The Energy Charter ", (1994).

Article 10(1) PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS

“ ( 1 ) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include **a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment.** Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory

### ASEAN Comprehensive Investment Agreement ได้วางหลักไว้ว่า

“ รัฐสมาชิกต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่การลงทุนของนักลงทุนจาก รัฐสมาชิกอื่นๆ... โดยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น รัฐสมาชิกต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นการกระบวนทางกฎหมายหรือกระบวนทางปกครองอันเป็นไปตามหลัก ศุภนิติกระบวน...”<sup>13</sup>

### Germany-Thailand BIT (2002) ได้วางหลักไว้ว่า

“(3) รัฐคู่สัญญาต้องให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมต่อการลงทุนของนักลงทุนจาก รัฐคู่สัญญาอีกฝ่าย...

(4) รัฐคู่สัญญาจะมีมาตรการใดๆอันเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติซึ่งมี ผลกระทบต่อการจัดการ การรักษา การใช้ การดำเนินการใดๆของการลงทุนซึ่งดำเนินการโดย นักลงทุนของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายในอาณาเขตรัฐคู่สัญญานั้นมิได้”<sup>14</sup>

---

measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. **In no case shall such investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations.** Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

<sup>13</sup> "Asean Comprehensive Investment Agreement ", (2009).

#### Article 11 Treatment of Investment

“ 1. Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process...”

<sup>14</sup> "Bilateral Investment Treaty between Thailand and Germany," (2002).

#### Article 2(3)(4)

“ (3) Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment and full protection.

จากตัวอย่างข้างต้น ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยมที่ได้บัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งผู้เขียนได้ยกตัวอย่างไปนั้นจะเห็นได้ชัดเจนว่า ในความตกลงแต่ละฉบับนั้นมีการบัญญัติข้อบทไว้ในหลายรูปแบบที่แตกต่างกัน โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในข้อ 1.1.2 และ 1.1.3 ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเท่าที่ผู้เขียนจะพอรวบรวมได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาของการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาจากคำตัดสินที่มีประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนที่ต้องการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ อันเป็นประเด็นที่ผู้เขียนต้องการนำเสนอในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเที่ยมนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของมาตรฐานในการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนข้ออื่นๆ เพื่อที่จะให้การคุ้มครองและการปฏิบัติได้อย่างครอบคลุม นอกจากนี้ เพื่อเป็นการรักษาระดับในการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้สนธิสัญญา<sup>15</sup> นั่นก็คือ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาคำว่า “Fair and Equitable” ในเบื้องต้นนั้นพบว่ามีคำ 2 คำที่มารวมอยู่ในหลักการเดียวกัน คือคำว่า “Fair” และคำว่า “Equitable” โดยคำว่า “Fair” ตาม Black Law Dictionary หมายความว่า ลักษณะของความเที่ยงธรรม ยุติธรรมเป็นธรรมและเป็นกลาง<sup>16</sup> ส่วนคำว่า “Equitable” ตาม Black Law Dictionary หมายความว่า ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของความยุติธรรม ความถูกต้องและความเท่าเทียม<sup>17</sup> ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามความหมายของคำทั้งสองดังกล่าวแล้วพบว่า ไม่ได้มีความหมายที่แตกต่างกันมากนัก โดยมีความหมายหรือนิยามไปในทำนองเดียวกันคือ เป็นธรรมอย่างเท่าเทียม อย่างยุติธรรม ดังนั้น ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าคำทั้งสองดังกล่าวนี้เป็นคำซึ่งมีความหมายอย่างเดียวกันหรือไปในทำนองเดียวกันเพียงแต่บัญญัติให้เกิดประโยชน์และประสิทธิผลไม่ว่าจะเป็นในแง่ของการตีความหรือการบังคับใช้ข้อบทดังกล่าวในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

---

(4) Neither Contracting Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party.”

<sup>15</sup> Schreuer, R. D. a. C., Principles of International Investment Law. p.132

<sup>16</sup> Bryan A. Garner, "Black Law Dictionary,"(Thomson West, 2014).

<sup>17</sup> *ibid.*

แม้ว่าในหลักการคำทั้งสองดังกล่าวจะมีค่าที่มีความคล้ายคลึงกันแต่ก็มีนัยยะสำคัญที่แตกต่างกัน แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ได้มีหลักฐานในทางปฏิบัติที่พิจารณาในประเด็นดังกล่าวนั้นโดยตรงซึ่งจากข้อสันนิษฐานคำว่า “Fair and equitable” นั้น ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นคำเดียวกันหรือเป็นมาตรฐานที่แยกจากกันไม่ได้ (represent a single, unified standard)<sup>18</sup> โดยจะสามารถสังเกตจากข้อบทที่บัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้อย่างชัดเจนว่าจะมีการบัญญัติในข้อความที่ว่า “Fair and equitable treatment”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นมาตรฐานการปฏิบัติและคุ้มครองนักลงทุนที่มีไว้ครอบคลุม (Overarching) หลักการหรือมาตรฐานอื่น ๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนโดยเฉพาะในส่วนของข้อบทที่เกี่ยวกับการปฏิบัติและการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นหลักการที่มีความเป็นเอกเทศจากมาตรฐานอื่น ๆ แต่อาจจะมีบางประเด็นหรือข้อพิจารณาบางประการที่มีความทับซ้อน (overlap) หรือใช้เป็นประเด็นในการพิจารณาร่วมกับมาตรฐานการปฏิบัติอื่น ๆ

### 1.1.2 ความตกลงที่มีการกำหนดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและปัญหาในการตีความ

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเกือบทุกฉบับนั้นได้ให้ความสำคัญกับข้อบทมาตรฐานการปฏิบัติและการคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ (Standard of treatment and protection) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจากข้อบทดังกล่าวเป็นข้อบทที่ครอบคลุมมาตรฐานการให้การปฏิบัติและการคุ้มครองนักลงทุนที่ไม่เข้าเงื่อนไขข้อบทความคุ้มครองอื่นๆ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่าเป็นข้อบทที่เข้ามาอุดช่องว่างข้อบทต่างๆ ที่ให้การปฏิบัติและการคุ้มครองนักลงทุน แต่ทั้งนี้ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็ได้มีการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างแตกต่างกัน ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอรูปแบบในการบัญญัติข้อบทดังกล่าวพร้อมทั้งเสนอปัญหาและบทเรียนจากคำพิพากษาหรือคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเพื่อจะแสดงให้เห็นว่ารูปแบบข้อบทใดก่อให้เกิดการตีความหรือการปรับใช้ที่เป็นปัญหากับสิทธิในการควบคุมของรัฐ (Right to regulate) อันเป็นอุปสรรคที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทต่อไป

<sup>18</sup> Schreuer, R. D. a. C., Principles of International Investment Law. p.133

### 1.1.2.1 ความตกลงที่ให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับได้มีการกำหนดรูปแบบข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบดังกล่าวไว้โดยไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการให้ได้รับการปฏิบัติและการคุ้มครองรวมถึงพันธกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะต้องมีต่อนักลงทุนภายใต้ข้อบทดังกล่าว โดยผู้เขียนขอตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่ให้ข้อผูกพันไว้แบบไม่มีเงื่อนไขในการพิจารณาการให้การปฏิบัติและการคุ้มครอง ดังนี้

Belgium-Luxembourg Economic Union (BLEU) - Tajikistan BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนซึ่งดำเนินการโดยนักลงทุนของรัฐภาคีหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีหนึ่งนั้นจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม”<sup>19</sup>

United Kingdom-Uzbekistan BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลของรัฐภาคีหนึ่งในอาณาเขตของรัฐภาคีหนึ่งนั้นจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ตลอดระยะเวลาที่ทำการลงทุน”<sup>20</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>19</sup> "Bilateral Investment Treaty between Belgium-Luxembourg Economic Union (Bleu) - Tajikistan ", (2009).

Article 3

“ All investments made by investors of one Contracting Party shall enjoy a fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.”

<sup>20</sup> "Bilateral Investment Treaty between United Kingdom-Uzbekistan ", (1993).

Article 2(2)

“ Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.”

### Costa Rica-Switzerland BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนและผลกำไรของนักลงทุนของแต่ละรัฐภาคีจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ตลอดระยะเวลาที่ทำการลงทุนภายในอาณาเขตของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง”<sup>21</sup>

### Indonesia Model BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนของนักลงทุนของแต่ละรัฐภาคีจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเพียงพอตลอดระยะเวลาที่ทำการลงทุนในอาณาเขตของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง”<sup>22</sup>

จากตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งผู้เขียนได้ยกตัวอย่างไปในข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า บางความตกลงได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมร่วมกันกับข้อบทการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ด้วย นอกจากนี้ หากว่าความตกลงนั้นได้มีการทำเป็นภาษาอื่นๆ นอกจากภาษาอังกฤษโดยเฉพาะอย่างยิ่งภาษาสเปนและภาษาฝรั่งเศสในข้อบทดังกล่าว นั้นมักจะปรากฏการบัญญัติว่า “Just and equitable treatment” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็ได้ไม่ได้มีความหมายแตกต่างจากการบัญญัติว่า “Fair and equitable treatment” แต่อย่างใด<sup>23</sup> ซึ่งการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนี้ แม้จะมีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ทั้งนี้ การบัญญัติในรูปแบบดังกล่าว

<sup>21</sup> "Bilateral Investment Treaty between Costa Rica - Switzerland ", (2000).

Article 4(1)

“Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all the times be accorded fair and equitable treatment.. in the territory of the other Contracting Party....”

<sup>22</sup> Indonesia Model BIT

Article 2(2)

“Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy adequate protection and security in the territory of the other Contracting Party.”

<sup>23</sup> UNCTAD, Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II (United Nations 2012). p.20

ก็เป็นการบัญญัติข้อบทย่างกว้าง โดยข้อบทดังกล่าวนั้นอาจจะถูกตีความในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้น ก็ส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความเนื้อหาข้อบทในรูปแบบดังกล่าวโดยอ้างอิงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และพิจารณาตามนัยยะความหมายของคำว่า“เป็นธรรม” และ “เท่าเทียม”<sup>24</sup>

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความข้อบทย่างกว้างขวางหรือในบางกรณีอาจจะแคบจนเกินไป โดยปัญหาดังกล่าวนั้นอาจจะเกิดจากการไม่มีขอบเขตของข้อบทในการเป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากเกิดข้อพิพาทขึ้นนั้นอาจจะมีการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบไม่ว่าจะทั้งในฝ่ายของนักลงทุนหรือรัฐภาคีเองก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้น ปัญหาดังกล่าวนั้นก็ยังอาจจะมีผลกระทบต่ออำนาจในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนโดยอาจจะมีผลกระทบต่อการที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนภายในรัฐผู้รับการลงทุนได้ในท้ายที่สุด

จากการศึกษาของผู้เขียนมีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่ได้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบดังกล่าว ซึ่งจากแนวคำตัดสินคณะอนุญาโตตุลาการได้สะท้อนให้เห็นถึงประเด็นที่อาจจะกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนได้ดังต่อไปนี้

#### (1) ประเด็นความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ในการได้รับสิทธิตามสัญญาสัมปทานและศุภนิติกระบวนของนักลงทุนต่างชาติ

ประเด็นการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมในการได้รับสิทธิตามสัญญาสัมปทานและศุภนิติกระบวนของนักลงทุนต่างชาติได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่บัญญัติให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจากการศึกษาในคดี Oxus Gold v Uzbekistan นั้น เป็นคดีระหว่างบริษัท Oxus Gold (โฆทก์) กับ

<sup>24</sup> ibid. p.21-22



สาธารณรัฐอุซเบกิสถาน (จำเลย)<sup>25</sup> โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเพื่อการสำรวจ แสวงหา พัฒนาโลหะมีค่า เช่น ทอง เงินหรือทองคำขาว ซึ่งดำเนินการในแถบประเทศเอเชียกลาง<sup>26</sup> โจทก์มีบริษัทลูก (Subsidiaries) ในการดำเนินกิจการจำนวน 5 บริษัทและผู้ถือหุ้นในกิจการเป็นจำนวนมาก ซึ่งบริษัทลูกแต่ละบริษัทนั้นจะดำเนินงานร่วมกันภายใต้การควบคุมดูแลของโจทก์ซึ่งเป็นบริษัทแม่ โดยคดีนี้อยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน (United Kingdom-Uzbekistan BIT)

โจทก์เป็นนิติบุคคลซึ่งดำเนินกิจการเกี่ยวกับการทำเหมืองแร่ในสาธารณรัฐ อุซเบกิสถานตั้งปี ค.ศ. 1997 โดยดำเนินการผ่านบริษัทลูก 2 บริษัทคือ Oxus Resources Corporation (ORC) และ Marakand Minerals Limited (Marakand)<sup>27</sup> โดยบริษัททั้งสองได้ดำเนินงานในโครงการ Khandiza (Khandiza Project) ซึ่งเป็นโครงการสำรวจแร่<sup>28</sup> และโครงการ AGF (AGF Project) ซึ่งเป็นโครงการในการสำรวจ จัดการและดำเนินงานเหมืองทอง<sup>29</sup> โดยทั้งสองโครงการดำเนินการอยู่ในสาธารณรัฐอุซเบกิสถานเพียงแต่อยู่คนละภูมิภาคกัน

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในโครงการ Khandiza ซึ่งเป็นโครงการสำรวจแหล่งแร่ดังกล่าวนี้ รัฐบาลของสาธารณรัฐอุซเบกิสถานได้มีการอนุญาตให้มีการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อดำเนินการกับแหล่งแร่ดังกล่าวได้ ปรากฏว่าบริษัท ORC ได้มีการสำรวจและศึกษาความเป็นไปได้ของพื้นที่ดังกล่าวเพื่อที่จะดำเนินการลงทุนในแหล่งแร่ นั้น โดยบริษัท ORC ได้มีการทำความตกลงในการสำรวจเบื้องต้น (Primary Exploration Agreement – PEA) กับคณะกรรมการธรณีวิทยาของสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน (Goskomgeology) โดยความตกลงดังกล่าวนี้มีเนื้อหาเพื่อการขุดเจาะและสำรวจในทางธรณีวิทยาในพื้นที่โดยรอบ<sup>30</sup> และในโครงการ AGF บริษัทได้รับอนุญาตให้มีสิทธิในการสำรวจและการพัฒนาเหมืองทอง Amantaytau นอกจากนั้น ยังได้รับสิทธิประโยชน์

<sup>25</sup> "Oxus Gold Plc V. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology & Mineral Resources, and Navoi Mining & Metallurgical Kombinat," (Paris Court, 2015). Para. 21.

<sup>26</sup> Ibid. Para. 3.

<sup>27</sup> Ibid. Para. 24.

<sup>28</sup> Ibid. Para. 26.

<sup>29</sup> Ibid. Para. 27.

<sup>30</sup> Ibid. Para. 35.

ในทางบัญชีและภาษีบางประการตามข้อกำหนดในพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 447 โดยมีนายรัฐมนตรีและรองนายกรัฐมนตรีทำหน้าที่ในการตรวจสอบการดำเนินการและการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา<sup>31</sup>

ในคดีนี้โจทก์กล่าวอ้างว่า จำเลยได้ละเมิดพันธกรณีข้อ 2<sup>32</sup> ในเรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม จากการที่จำเลยได้อนุญาตให้โจทก์ได้รับสิทธิตามสัญญาสัมปทาน แต่ภายหลังได้ยกเลิกสัญญาสัมปทานแล้วเปลี่ยนเป็นสัญญาร่วมลงทุนในภายหลัง ดังนั้น จำเลยได้ละเมิดต่อมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งกำหนดให้จำเลยมีพันธกรณีที่จะต้องให้การปฏิบัติอย่างซัดจั้งและโปร่งใสเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบต่อความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน นอกจากนี้ เป็นการป้องกันการกระทำตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งยังเป็นกรอบการดำเนินการให้รัฐผู้รับการลงทุนกระทำไปด้วยความสุจริต ซึ่งการกระทำของจำเลยถือได้ว่าเป็นการละเมิดความความหวังอันชอบธรรมของโจทก์ในการดำเนินการการลงทุนในการได้รับสิทธิตามสัญญาสัมปทานและศุภนิติกะบวน ทั้งโจทก์ก็ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่าจำเลยจะมีการเปลี่ยนแปลงประเภทสัญญาดังกล่าว นอกจากนี้โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยได้มีการใช้มาตรการอันเป็นการกระทำตามอำเภอใจและไม่สมเหตุสมผลอีกด้วย<sup>33</sup>

อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า การกระทำดังกล่าวของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดต่อข้อ 2(2) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างระหว่างสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐอุซเบกิสถาน (United Kingdom-Uzbekistan BIT) ในการพิจารณาอนุญาโตตุลาการไม่ได้พิจารณาถึงขอบเขตทั่วไปในการใช้บังคับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม แต่ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาและยอมรับว่าประเด็นเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอันใช้ในการพิจารณาข้อบท การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ทั้งเมื่อพิจารณาข้อ 2(2) ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้มีการให้คำนิยามหรือการขยายความเอาไว้แต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและ

<sup>31</sup> *ibid.* Para. 39.

<sup>32</sup> "Bilateral Investment Treaty between United Kingdom-Uzbekistan ".  
Article 2(2)

"(2) Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment..."

<sup>33</sup> "Oxus Gold Plc V. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology & Mineral Resources, and Navoi Mining & Metallurgical Kombinat." Paras. 306 - 307.

เท่าเทียมนั้นเป็นการประกันความยุติธรรมและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่พึงจะได้รับจากรัฐผู้รับการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติ

## (2) ประเด็นความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ในการได้รับผลกำไรจากการลงทุนของนักลงทุน

ประเด็นการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมในการได้รับผลกำไรจากการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่บัญญัติให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจากการศึกษาในคดี *Walter Bau v Thailand* นั้น เป็นคดีระหว่าง *Walter Bau* ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นสัญชาติเยอรมนีในบริษัทซึ่งเข้าร่วมลงทุนในการสร้างและดำเนินการทางด่วนจากกรุงเทพมหานครไปยังท่าอากาศยานนานาชาติดอนเมืองซึ่งดำเนินการในชื่อบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด (โจทก์) กับประเทศไทย (จำเลย)<sup>34</sup> โดยคดีนี้อยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศไทย (Germany-Thailand BIT)

โดยในคดีนี้โจทก์อ้างว่า จำเลยปฏิเสธที่จะอนุมัติในการปรับขึ้นค่าทางด่วนอันทำให้มีผลกระทบต่อผลกำไรที่ผู้ถือหุ้นควรจะได้รับอันเป็นความคาดหวังอันชอบธรรมของโจทก์ที่จะได้รับจากการลงทุน นอกจากนี้ จำเลยยังได้ปรับปรุงทางหลวงซึ่งไม่มีค่าผ่านทางในเส้นทางเดียวกันกับทางด่วนดอนเมือง (กิจการที่โจทก์ถือหุ้น) อันเป็นการละเมิดสัญญาสัมปทานซึ่งจำเลยได้ทำไว้กับโจทก์ อันถือได้ว่าจำเลยละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในประเด็นความคาดหวังของจำเลยที่จะได้รับผลกำไรอย่างชอบธรรมจากการร่วมลงทุนในกิจการดังกล่าว<sup>35</sup>

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า โจทก์ได้คาดหวังที่จะได้รับผลกำไรจากการลงทุน คือผลกำไรจากการที่โจทก์ได้ขายหุ้นในการลงทุนดังกล่าว โดยโจทก์คาดหวังผลกำไรดังกล่าวนั้นนับแต่ได้ทำการลงทุนและทำความเข้าใจกับจำเลย<sup>36</sup> โดยความคาดหวังที่โจทก์กล่าวอ้างนั้นเป็นไปตามหลักความสมเหตุสมผลของผลกำไรที่พึงจะได้รับจากการลงทุน (Principle of Reasonable

<sup>34</sup> "Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand," (UNCITRAL, 2009). Para. 1.6 - 1.8.

<sup>35</sup> *ibid.* Para. 11.3 - 11.4.

<sup>36</sup> *ibid.* Para. 11.3.

Return on Investment) ทั้งนี้ หลักความหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (The legitimate expectations doctrine) นั้น ได้ถูกนำไปใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุนในทางสารบัญญัติจากกรณีที่มีการทำสัญญาระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกอ้างมาใช้ตัดสินในคดีอื่นด้วย ไม่ว่าจะเป็นในคดี Eureka v Poland หรือในคดี CMS v Argentina<sup>37</sup>

คดีนี้อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า จำเลยได้ละเมิดพันธกรณีข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศไทย ค.ศ. 2002 ด้วยเหตุผลที่ว่า จำเลยปฏิเสธการขึ้นค่าทางด่วนให้กับโจทก์ ตามที่ได้มีการบริหารจัดการจราจรทางถนน และการปิดท่าอากาศยานตอนเมืองในช่วงระยะเวลาหนึ่ง<sup>38</sup> ในกรณีการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของโจทก์นั้น อนุญาโตตุลาการระบุว่า โจทก์ย่อมมีความคาดหวังจากการได้รับผลกำไรจากการลงทุนอันเป็นความชอบธรรมตามกฎหมายที่โจทก์ควรจะได้รับ แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าโจทก์จะได้รับอัตราผลกำไรในอัตราเท่าใด<sup>39</sup> นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาแล้วค่าผ่านทางดังกล่าวนั้นก็เพียงพอที่จะทำให้โจทก์ได้ผลกำไรจากการลงทุน ทั้งกิจการดังกล่าวนี้เป็นกิจการอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งมีการควบคุมของรัฐบาลไทยเข้าแทรกแซงในการลงทุนของจำเลย ซึ่งก็อาจจะทำให้นักลงทุนก็ไม่อาจที่จะคาดหวังว่าจะได้รับผลกำไรในระยะยาวจึงเป็นผลให้นักลงทุนชอบที่จะคาดหวังว่าในเบื้องต้นตนจะต้องได้รับผลกำไรจากการเพิ่มค่าผ่านทางในการลงทุนดังกล่าว

### (3) ประเด็นการพิจารณาช่วงระยะเวลาที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) แก่นักลงทุนที่ทำให้นักลงทุนสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้

ประเด็นการพิจารณาช่วงระยะเวลาของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่บัญญัติให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจากการศึกษาคดี Cervin and Rhone v Costa Rica นั้น เป็นคดีระหว่าง Cervin and Rhone (โจทก์) กับสาธารณรัฐคอสตาริกา (จำเลย) โจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลสัญชาติสวิตเซอร์แลนด์เป็นเจ้าของธุรกิจเกี่ยวกับก๊าซที่ชื่อว่า Gas National Zeta (GNZ) ซึ่งประกอบกิจการอยู่ในสาธารณรัฐคอสตาริกา โดยคดีนี้อยู่

<sup>37</sup> ibid. Para. 11.11.

<sup>38</sup> ibid. Para. 12.44.

<sup>39</sup> ibid. Para. 12.3.

ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างสาธารณรัฐ คอสตาริกาและสมาพันธรัฐสวิส (Costa Rica - Switzerland BIT) โดยกิจการดังกล่าวขึ้นอยู่กับสัญญาสัมปทานซึ่งได้รับอนุญาตให้ผลิตและจำหน่ายก๊าซแอลพีจี [liquefied petroleum gas (LPG)] ปรากฏต่อมาโจทก์อ้างว่าจำเลยไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม จากการเปลี่ยนแปลงในเรื่องอัตราภาษีศุลกากรเกี่ยวกับก๊าซแอลพีจี<sup>40</sup>

คดีนี้อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า จำเลยไม่ได้ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของโจทก์ จากการที่มีการเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีศุลกากร เนื่องข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ในความตกลงนั้นคุ้มครองเพียงความคาดหวังอันชอบธรรมที่นักลงทุนพึงมีในช่วงระยะเวลา ที่ทำการลงทุนเท่านั้น แต่ปรากฏว่ากฎระเบียบเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีศุลกากรดังกล่าว นั้นได้มีการกำหนดกรอบไว้ก่อนหลายปีก่อนที่โจทก์เข้ามาลงทุน ดังนั้น ในประเด็นที่โจทก์กล่าวอ้าง มานี้ไม่ได้ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมแก่โจทก์ในการที่จะได้รับความคุ้มครองได้ นอกจากนั้น กฎระเบียบเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีศุลกากรนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจ ของจำเลย เนื่องจากว่ากฎระเบียบดังกล่าวได้มีการออกกรอบแนวทาง และมีกระบวนการ ในทางปกครองโดยมีการทบทวนและตรวจสอบได้ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ผู้ที่ได้รับผลกระทบ จากการกฎระเบียบดังกล่าวนั้นสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ นอกจากนี้โจทก์ไม่สามารถ แสดงให้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า โจทก์ได้รับความเสียหายอย่างไร และเพียงใดจากการ เปลี่ยนแปลงอัตราภาษีศุลกากรดังกล่าวอันจะถือได้ว่าจำเลยผิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงฉบับ ดังกล่าว อนุญาโตตุลาการเห็นว่าคดีดังกล่าวไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่โจทก์อย่างไร<sup>41</sup>

จากคดีซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปในข้างต้นนั้นเป็นตัวอย่างคดีซึ่งอนุญาโตตุลาการตัดสินภายใต้ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนซึ่งกำหนดรูปแบบของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียมไว้อย่างไม่มีเงื่อนไขแต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่า ทั้งสามคดีรัฐผู้รับการลงทุนได้ใช้สิทธิใน การควบคุมการลงทุน แต่ทั้งนี้การใช้สิทธิดังกล่าวนี้ไปกระทบต่อการดำเนินการลงทุนของนักลงทุน ต่างชาติทั้งสิ้นอันทำให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทขึ้นโดยเฉพาะในประเด็นความคาดหวังอันชอบธรรม ของนักลงทุนที่อาจจะถูกพิจารณาได้ไม่ว่าจะกำหนดรูปแบบข้อบทในรูปแบบใด

<sup>40</sup> "Icsid Tribunal Rules in Favour of Costa Rica in Fet Dispute (Cervin Investissements V Costa Rica)," [Online] Accessed: 28 October 2019. Available from: <http://www.bakerbotts.com/~media/files/news/2017/icsid-tribunal-rules-in-favour-of-costa-rica-in-fet-dispute-cervin-investissements-v-costa-rica.pdf>

<sup>41</sup> *ibid.*

โดยในประเด็นความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้มีการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อกำหนดนิยามหรือขอบเขตให้มีความชัดเจน<sup>42</sup> ว่า **ความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation)** เป็นกรณีที่นักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะกระทำการใดๆ ในลักษณะที่สอดคล้องกัน ปราศจากความคลุมเครือ และมีความโปร่งใสต่อนักลงทุนต่างชาติ เพื่อที่ว่านักลงทุนจะได้ทราบล่วงหน้าถึงกฎหรือข้อบังคับใดๆ ที่จะมีผลต่อการลงทุน ทั้งนี้ รวมไปถึงเป้าประสงค์ของนโยบายที่เกี่ยวข้องและการปฏิบัติหรือแนวทางการบริหารเพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถวางแผนการลงทุนและปฏิบัติตามกฎระเบียบดังกล่าวได้ นอกจากนี้ นักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะดำเนินการอย่างต่อเนื่อง กล่าวคือ จะดำเนินการการลงทุนได้โดยไม่ยกเลิกการตัดสินใจหรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกโดยรัฐตามอำเภอใจที่ผู้มีอำนาจได้ให้ไว้แก่นักลงทุนเพื่อปฏิบัติตามข้อผูกพัน รวมถึงการวางแผนและดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ<sup>43</sup> ซึ่งจากการตีความดังกล่าว นั้นเป็นการตีความที่กว้างเกินไปซึ่งอาจจะมีผลกระทบในทางปฏิบัติได้ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดที่มากเกินไปในการกระทำของรัฐ หรือการใช้สิทธิเรียกร้องของนักลงทุนที่มากเกินไป จึงได้มีการพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของความคาดหวังอันชอบธรรม ตัวอย่างเช่น กรณีจะต้องเป็นการกระทำของรัฐที่สมเหตุสมผลและสามารถอธิบายได้ โดยทำให้นักลงทุนเชื่อถือและยอมรับซึ่งหากมีการละเมิดจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุน<sup>44</sup> หรือการไม่มีข้อสัญญาที่ประกันความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายหรือไม่มีคำรับรองที่ให้ไว้โดยเฉพาะ<sup>45</sup> นอกจากนี้ก็ได้มีการกำหนดขอบเขตของการกล่าวอ้างโดยพิจารณาระยะเวลาในการยกขึ้นกล่าวอ้างซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในคดี *Cervin and Rhone v Costa Rica* ข้างต้น ยิ่งไปกว่านั้น ได้มีการพิจารณาถึงรูปแบบหรือฐานในการกล่าวอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>46</sup>ไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุน เช่น ในคดี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>42</sup> โชติกา วิทยาวรากุล, "การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 45 ฉบับที่ 1(2559). หน้า 124.

<sup>43</sup> "Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. V. Mexico," (ICSID, 2003). para. 154.

<sup>44</sup> "International Thunderbird Gaming Corporation V. The United Mexican States," (UNCITRAL, 2006). paras. 147 - 148.

<sup>45</sup> "Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. And S.C. Multipack S.R.L. V. Romania," (ICSID, 2013). para. 666.

<sup>46</sup> โปตรุรายละเอียดยเพิ่มเติม โชติกา วิทยาวรากุล, "การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 45 ฉบับที่ 1(2559). หน้า 126-135.

Walter Bau v Thailand<sup>47</sup> การให้คำมั่นหรือการแสดงฝ่ายเดียว เช่น ในคดี Metalclad v Mexico<sup>48</sup> และกรอบทางกฎหมาย เช่น ในคดี CMS v Argentina<sup>49</sup> โดยทั้งสามกรณีที่ใช้เป็นฐานในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมนั้นก็จะมีการพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ร่วมด้วย เช่น ข้อบ่งชี้ใดๆ ในความตกลงฯ ที่มีความเกี่ยวข้อง แนวนโยบายหรือกฎหมายภายในของรัฐ หลักกฎหมายทั่วไป แต่ทั้งนี้ ในความเป็นจริงกรอบทางกฎหมายมีความชัดเจนแต่อาจสร้างความคาดหวังแก่นักลงทุนได้น้อยกว่าคำมั่นเพราะไม่ได้ให้แก่นักลงทุนคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง<sup>50</sup>

ดังนั้น การบัญญัติข้อบ่งชี้ในรูปแบบการให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไขอาจก่อให้เกิดการตีความเกินไปกว่าที่กำหนดไว้ในข้อกฎหมาย และอาจจะทำให้ให้นักลงทุนเกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐให้ความคุ้มครองการลงทุนหรือนักลงทุนแบบไม่มีเงื่อนไขหรือไม่มีขอบเขต นอกจากนี้ การกำหนดข้อบ่งชี้ในรูปแบบไม่มีเงื่อนไขใดๆ อาจทำให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่ทราบถึงขอบเขตในการที่จะให้ความคุ้มครองหรือการปฏิบัติแก่การลงทุนหรือนักลงทุนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่ออำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนหรือนักลงทุนได้ โดยรัฐอาจจะใช้อำนาจในการควบคุมมากเกินไปหรือใช้อำนาจโดยชอบแล้วแต่เป็นการละเมิดข้อบ่งชี้ดังกล่าว ซึ่งอาจจะเป็นปัจจัยหรืออุปสรรคที่จะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนได้ยากมากยิ่งขึ้น ซึ่งในประเด็นปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

### 1.1.2.2 ความตกลงที่ข้อบ่งชี้การอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับได้มีการกำหนดรูปแบบข้อบ่งชี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบดังกล่าวไว้โดยมีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในข้อบ่งชี้ในการให้ได้รับการปฏิบัติและการคุ้มครอง โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการกำหนดข้อบ่งชี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

<sup>47</sup> โปรดดู บทที่ 2 ข้อ 1.1.2.1 ความตกลงที่ให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข

<sup>48</sup> โปรดดู บทที่ 2 ข้อ 1.1.2.3 ความตกลงที่มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

<sup>49</sup> โปรดดู บทที่ 2 ข้อ 1.1.2.2 ความตกลงที่มีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>50</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม โชติกา วิทยาวรากุล, "การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 1(2559). หน้า 128.

ในรูปแบบที่มีการอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ดังนี้

Croatia-Oman BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนหรือผลกำไรของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งดำเนินการในอาณาเขตของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและข้อบทของความตกลงฉบับนี้”<sup>51</sup>

Bahrain-United States BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐภาคีแต่ละฝ่ายต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่แก่การลงทุน ทั้งนี้ ต้องปฏิบัติไม่ให้อด้อยไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>52</sup>

จากตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งผู้เขียนได้ยกตัวอย่างในข้างต้นจะเห็นว่าข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีการบัญญัติอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ

- (1) การให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- (2) การให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นต้องปฏิบัติไม่ให้อด้อยไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>51</sup> "Bilateral Investment Treaties between Croatia and Oman," (2004).

Article 3(2)

“ Investments or returns of investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment **in accordance with international law** and provisions of this Agreement.”

<sup>52</sup> "Bilateral Investment Treaty between Bahrain and United States," (1999).

Article 2(3)(a)

“ Each Party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and **shall in no case accord treatment less favorable than that required by international law.**”/.



โดยการบัญญัติที่มีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือได้ว่าเป็นการจำกัดขอบเขตของการตีความและการปรับใช้ข้อบทดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นทั้งต่อรัฐผู้รับการลงทุนที่ต้องปฏิบัติตามการลงทุนของนักลงทุนหรือในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ข้อบทดังกล่าวในการตัดสิน<sup>53</sup> แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนี้ดูเหมือนกับว่าจะมีขอบเขตในการตีความหรือปรับใช้ นอกจากนั้น การที่กำหนดให้รัฐที่รับการลงทุนนั้นต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยกำหนดให้ปฏิบัติไม่ให้อด้อยไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นรูปแบบที่ไม่ได้เป็นการผูกมัดว่าให้รัฐมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ รัฐอาจจะปฏิบัติในขั้นที่ดีกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ก็ได้ เพียงแต่ว่าในการปฏิบัตินั้นต้องไม่ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ซึ่งในรูปแบบดังกล่าวนี้อาจจะส่งผลให้เกิดการตีความหรือการตัดสินที่เกินไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ นั่นเอง ซึ่งการกำหนดในรูปแบบดังกล่าวนี้อาจจะดูเหมือนกับว่าเป็นการกำหนดข้อบทแบบไม่มีเงื่อนไขแต่ต่างกันตรงส่วนที่ว่าข้อบทในรูปแบบดังกล่าวมีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนไว้

แต่ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้ว การอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการอ้างอิงที่ยังคงกว้างขวาง กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็ย่อมต้องมองย้อนไปถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปอีกด้วย ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ก็ยังคงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการปรับใช้ของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าวจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมมาที่จะกล่าวต่อไป

จากการศึกษาของผู้เขียน มีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบดังกล่าว ซึ่งจากแนวคำตัดสินคณะอนุญาโตตุลาการได้สะท้อนให้เห็นถึงประเด็นที่อาจจะกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนได้ดังต่อไปนี้

<sup>53</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.22

(1) ประเด็นการพิจารณาถ้อยคำ “ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ( according to the principles of international law )”

ประเด็นการพิจารณาการพิจารณาถ้อยคำ “ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ” ได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาคดี Vivendi v Argentina นั้นเป็นคดีระหว่าง Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. บริษัทสัญชาติฝรั่งเศสซึ่งดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับระบบจัดหาน้ำสะอาดและกำจัดสิ่งปฏิกูล โดยประกอบธุรกิจทั้งในประเทศฝรั่งเศสและต่างประเทศ (โฆทก์) กับสาธารณรัฐอาร์เจนตินา (จำเลย)<sup>54</sup> โดยคดีพิพาทอยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1991

ตามข้อเท็จจริง โฆทก์เป็นบริษัทสัญชาติฝรั่งเศสและมีบริษัทลูกสัญชาติอาร์เจนตินาในการดำเนินการประกอบธุรกิจ ซึ่งบริษัทลูกของโฆทก์ได้เข้าทำสัญญาสัมปทานกับรัฐบาลอาร์เจนตินาในการลงทุนระบบจัดหาน้ำสะอาดและกำจัดสิ่งปฏิกูลในเมือง Tucuman ประเทศอาร์เจนตินา<sup>55</sup> ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติของจำเลยได้ออกกฎหมายเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับอัตราภาษีเพื่อให้มีการต่อรองในเรื่องอัตราภาษีใหม่อีกครั้งระหว่างโฆทก์และจำเลย<sup>56</sup> นอกจากนั้น จำเลยได้ออกแถลงการณ์ว่า ระบบการจัดการน้ำของโฆทก์นั้นมีข้อบกพร่อง น้ำสะอาดซึ่งโฆทก์ผลิตนั้นอาจจะเป็นต้นเหตุให้เกิดอหิวาตกโรค โรคไทรอยด์ และไวรัสตับอักเสบและเตือนให้ประชาชนไม่ควรบริโภคน้ำซึ่งโฆทก์ผลิต นอกจากนั้น จำเลยได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับอัตราภาษีดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น และมีการแก้ไขสัญญาสัมปทานที่ได้ทำไว้กับโฆทก์ฝ่ายเดียว ท้ายที่สุดส่งผลให้โฆทก์ต้องบอกเลิกสัญญาสัมปทานที่โฆทก์ได้รับ จากการกระทำดังกล่าวของจำเลยทำให้โฆทก์ซึ่งเป็นนักลงทุนได้รับความเสียหาย โดยโฆทก์กล่าวอ้างว่า จำเลยได้ทำการละเมิดข้อ 3<sup>57</sup> ซึ่งเป็นข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติที่

<sup>54</sup> "Compañía De Aguas Del Aconquija S.A. And Vivendi Universal S.A. V. Argentine Republic," (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Washington, D.C., 2007). Paras. 1.2.1 - 1.2.4.

<sup>55</sup> ibid. Para. 1.1.1.

<sup>56</sup> ibid. Para. 3.2.1.

<sup>57</sup> "Bilateral Investment Treaty between Argentina and France," (1991).

Article 3

เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1991 จึงนำคดีฟ้องร้องต่อศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID)<sup>58</sup> จำเลยได้กล่าวอ้างคดี Neer v Mexico (1926) ซึ่งได้มีแนวการพิจารณาข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ว่า การละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต้องมีการกระทำของรัฐที่รุนแรง ไม่สุจริต การจงใจละเลยต่อหน้าที่ หรือการกระทำใดๆ ของรัฐที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในทางระหว่างประเทศอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม<sup>59</sup>

อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า เมื่อข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกำหนดว่า “ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ” อนุญาโตตุลาการจึงจะต้องตีความข้อบทดังกล่าวตามข้อ 31<sup>60</sup> แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติด้วยความสุจริตสอดคล้องกับความหมายทั่วไปของข้อบท และจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเป้าหมายในการบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวด้วย เช่น การพิจารณาตามอารัมภบทของสนธิสัญญา หรือความตกลงฉบับนั้นๆ หรือการพิจารณาตามภาคผนวกของกฎหมายฉบับนั้นๆ<sup>61</sup> โดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า ตามข้อ 3 นั้นกำหนดให้มีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีได้กำหนดว่าให้ปฏิบัติสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการจึงมิได้พิจารณามาตรฐานในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

---

“ Each of the Contracting Parties undertakes to grant, within its territory and its maritime area, fair and equitable treatment according to the principles of international law to investments made by investors of the other Party, and to do it in such a way that the exercise of the right thus recognized is not obstructed de jure or de facto.”

<sup>58</sup> "Compañía De Aguas Del Aconquija S.A. And Vivendi Universal S.A. V. Argentine Republic." Para. 3.2.3.

<sup>59</sup> ibid. Para. 6.6.3.

<sup>60</sup> "Vienna Convention on the Law of Treaties," (1969).

Article 31 General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes ...”

<sup>61</sup> "Compañía De Aguas Del Aconquija S.A. And Vivendi Universal S.A. V. Argentine Republic." Paras. 7.4.1 - 7.4.3.

สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุน<sup>62</sup> โดยประเด็นที่อนุญาโตตุลาการได้ทำการพิจารณามีดังนี้

ประการแรก คือ การระบุว่าให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก่อให้เกิดการตีความอย่างกว้าง ทั้งทำให้เกิดการตีความในแง่ที่กว้างกว่า ข้อบทที่ระบุว่าการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุน (Minimum standard of treatment)

ประการที่สอง คือ การระบุว่าข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น สามารถที่จะกำหนดออกเป็นข้อกำหนดอันเป็นมาตรฐานหรือขอบเขตเขตแดนของหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้

ประการสุดท้าย คือ กฎหมายระหว่างประเทศมีการพัฒนา เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นการบัญญัติข้อบทให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอาจจะเป็นการไม่แน่นอนอนในการบังคับใช้<sup>63</sup>

นอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่า ข้อพิจารณาเรื่อง การปฏิเสธความยุติธรรม (Denial of Justice) ที่ว่า การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่จะถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องเป็นการกระทำที่มีความรุนแรง ไม่สุจริต ละเลยต่อหน้าที่หรือการกระทำของรัฐบาลที่ไม่เพียงพอต่อระดับที่ยอมรับได้ในทางระหว่างประเทศตามคดี *Neer v Mexico* (1926) ที่จำเลยกล่าวอ้างนั้นมีข้อจำกัดในการพิจารณาและเป็นหลักในการพิจารณาที่มีความล่าสมัยแล้ว<sup>64</sup>

<sup>62</sup> *ibid.* Paras. 7.4.6 - 7.4.7.

<sup>63</sup> *ibid.* Para. 7.4.7.

<sup>64</sup> *ibid.* Paras. 7.4.5-7.4.9, 7.4.46.

ข้อสังเกต ประเด็นการปฏิเสธความยุติธรรม (Denial of Justice) นอกจากในคดี *Neer v Mexico* (1926) แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการได้มีความเพื่อกำหนดนิยามของการปฏิเสธความยุติธรรมโดยได้มีการตีความว่า “คนต่างชาติต้องได้รับอิสระที่จะปรากฏต่อหน้าอนุญาโตตุลาการเพื่อปกป้องหรือป้องกันสิทธิของตนเองที่ได้มาตามกฎหมาย รวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอนุญาโตตุลาการโดยตั้งอยู่บนหลักความเสมอภาคกับคนชาติ” (โปรดดู *Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (1956)) นอกจากนั้น “การปฏิเสธความยุติธรรมอาจจะถูกเรียกร้องได้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับปฏิเสธคำร้องขอ หรือดำเนินการด้วยความล่าช้า หรือระบบการจัดการกระบวนการยุติธรรมไม่เพียงพออย่างจริงจัง หรือการปรับใช้กฎหมายที่ผิดพลาดจนก่อให้เกิดอันตรายอย่างชัดแจ้ง” (โปรดดู *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award (1 November 1999)) ทั้งได้มีการขยายความรวมถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (โปรดดู *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award

อนุญาโตตุลาการพิจารณาตีความข้อบทไปอีกว่า มาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมรวมถึง การกระทำใดๆ ของรัฐที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายด้วย (a do no harm standard) ซึ่งหมายถึง การเปลี่ยนแปลงหรือลดค่าผลประโยชน์ที่จะได้รับตามสัญญาสัมปทานอย่างเหมาะสมเพื่อก่อให้เกิดการ ยกเลิกสัญญาหรือการเจรจาทำสัญญาใหม่<sup>65</sup> ดังนั้น จากกรณีที่หน่วยงานซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา ของจำเลยแก้ไขข้อสัญญาสัมปทานระหว่างโจทก์กับจำเลย รวมไปถึงการแก้ไขกฎหมายและถ้อยคำ แถลงการณ์ของจำเลยไม่มีความได้สัดส่วน ไม่เหมาะสมและปราศจากความรับผิดชอบจึงเป็นการ ทำลายความคาดหวังอันชอบธรรมตามสัญญาของโจทก์ อนุญาโตตุลาการจึงได้มีคำตัดสินว่า หน่วยงานของรัฐบาลอาร์เจนตินาหรือจำเลยนั้นได้กระทำการละเมิดพันธกรณีตามข้อ 3 ภายใต้ความ ตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและฝรั่งเศส ซึ่งได้ กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่นักลงทุนหรือการลงทุนภายใต้ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงถือได้ว่ามาตรการของจำเลยไม่ได้เป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียม<sup>66</sup>

**(2) ประเด็นการพิจารณาถ้อยคำ “ การปฏิบัติต้องไม่ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่าง ประเทศกำหนด ( no case be accorded treatment less than that required by international law )”**

ประเด็นการพิจารณาการพิจารณาถ้อยคำ “ การปฏิบัติต้องไม่ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่าง ประเทศกำหนด” ได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติ ที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาในคดี CMS v USA เป็นคดีระหว่าง บริษัท CMS Gas Transmission – CMS ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้น ภายใต้กฎหมายของมลรัฐมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกา (โจทก์)<sup>67</sup> กับสาธารณรัฐอาร์เจนตินา (จำเลย)<sup>68</sup> ซึ่งคดีนี้อยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่าง อาร์เจนตินากับสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1991 ( Treaty between the United States of America

---

(26 July 2007)) และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองด้วย (โปรดดู Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000))

<sup>65</sup> Ibid. Para. 7.4.39.

<sup>66</sup> Ibid. Paras. 7.4.18, 7.4.45.-7.4.46, 11.1.

<sup>67</sup> "Cms Gas Transmission Company and the Argentina Republic," (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2005). Para. 1.

<sup>68</sup> Ibid. Para. 2.

and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment 1991) ซึ่งโจทก์เป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่เข้ามาซื้อหุ้นในกิจการขนส่งก๊าซเส้นทางสายเหนือที่เรียกว่า Transportadora de as Del Norte (TGN) โดยโจทก์ถือหุ้นในกิจการของบริษัท TGN ในร้อยละ 29.42 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของกิจการขนส่งก๊าซในปี ค.ศ. 1995<sup>69</sup>

จำเลยได้เริ่มดำเนินการปฏิรูปทางเศรษฐกิจตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 เนื่องจากประสบปัญหาทางเศรษฐกิจและมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในอุตสาหกรรมที่สำคัญและกิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคซึ่งรวมถึงกิจการการลงทุนต่างชาติในอุตสาหกรรมดังกล่าวด้วย โดยอุตสาหกรรมขนส่งก๊าซของบริษัท TGN ซึ่งโจทก์ถือหุ้นอยู่นั้นก็เป็นหนึ่งในกิจการซึ่งจำเลยจะแปรรูปเป็นรัฐวิสาหกิจ โดยจำเลยได้ออกกฎหมายที่เรียกว่า No. 23.696 on the Reform of the State of 1989, No. 23.928 และ 2128/91 (Currency Convertibility) เพื่อเปลี่ยนแปลงค่าเงินเปโซอาร์เจนตินาที่ตรึงไว้กับค่าเงินดอลลาร์สหรัฐฯ และควบคุมกิจการเกี่ยวกับพลังงานทั้งหมด<sup>70</sup>

นอกจากนั้น จำเลยได้ออกกฎหมายหลายฉบับในการควบคุมกิจการซึ่งเป็นอุตสาหกรรมหลักของประเทศซึ่งรวมถึงกิจการขนส่งและแจกจ่ายก๊าซ โดยผลของกฎหมายดังกล่าวของจำเลยส่งผลให้มีการแบ่งอุตสาหกรรมเกี่ยวกับก๊าซออกเป็นบริษัทเกี่ยวกับการขนส่งก๊าซจำนวน 2 บริษัท และบริษัทเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายก๊าซจำนวน 8 บริษัท โดยบริษัท TGN ซึ่งโจทก์เข้าไปถือหุ้นนั้นเป็น 1 ใน 2 บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตเกี่ยวกับการขนส่งก๊าซ<sup>71</sup>

ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1999 จำเลยได้เรียกตัวแทนของบริษัทก๊าซทั้งหมดมาหารือในเรื่องที่จำเลยจะทำการหยุดใช้พิกัดอัตราภาษีที่เป็นสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐฯเป็นการชั่วคราว โดยบริษัทต่างๆ มีมติเห็นชอบกับการหารือดังกล่าวโดยให้มีผลเป็นระยะเวลา 6 เดือน ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ถึง 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ซึ่งภายหลังจากวันที่ 30 มิถุนายน 2000 จำเลยก็ไม่ประกาศยกเลิกมาตรการดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>72</sup> นอกจากนั้นจำเลยได้มีการประกาศให้ค่าเงินสกุลเปโซอาร์เจนตินามีค่าต่อเงินดอลลาร์สหรัฐฯในอัตรา 1:1 ซึ่งจากมาตรการดังกล่าวนี้ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายซึ่งสามารถคิดเป็นมูลค่าเงินจำนวนหลายล้านดอลลาร์สหรัฐฯ<sup>73</sup>

<sup>69</sup> ibid. Para. 58.

<sup>70</sup> ibid. Paras. 53 - 54.

<sup>71</sup> ibid. Paras. 54 - 55.

<sup>72</sup> ibid. Para. 60.

<sup>73</sup> ibid. Para. 65.

ในคดีนี้โจทก์กล่าวอ้างว่า การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมตามข้อ 2 (2)(a)<sup>74</sup> ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินากับสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1991 ซึ่งเป็นข้อบทที่กำหนดให้มีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ให้อด้อยไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยโจทก์อ้างว่าเหตุของการผิดข้อบทดังกล่าวนี้เกิดจากการที่มีความผันผวนในเสถียรภาพและการคาดการณ์ในสภาพแวดล้อมทางการลงทุน และปัจจัยสำคัญในการตัดสินใจเข้ามาลงทุน<sup>75</sup> แต่จำเลยกล่าวอ้างว่า การกระทำดังกล่าวของตนนั้นมิได้เป็นการละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจาก การกระทำของจำเลยเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในทางนิติบัญญัติ ซึ่งจะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ไม่เป็นเช่นนั้นตลอดไป (Frozen in the time) และเป็นกระทำในภาวะหรือสถานการณ์ฉุกเฉินแห่งชาติ (National Emergency) จากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ โดยจำเลยเห็นว่า ความมีเสถียรภาพนั้นมิใช่การตรึงตราไม่เปลี่ยนแปลง โดยการเข้ามาตราดังกล่าวของจำเลยนั้นเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและความยากจน<sup>76</sup> โดยเหตุผลดังกล่าวนี้จำเลยเห็นว่า ตนไม่มีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญา

การตีความของอนุญาโตตุลาการในประเด็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการได้มีการพิจารณาถึงอารัมภบทของความตกลงฉบับดังกล่าวที่ระบุว่า “การอ้างซึ่งเสถียรภาพในการลงทุนและการใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจให้มีประสิทธิภาพสูงสุด”<sup>77</sup> ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าข้อความในอารัมภบทดังกล่าว คือ ความมั่นคงในทางกฎหมายและ

<sup>74</sup> "Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment ", (1991).

Article 2 (2)(a)

“a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.”

<sup>75</sup> "Cms Gas Transmission Company and the Argentina Republic." Para. 267.

<sup>76</sup> *ibid.* Para. 272.

<sup>77</sup> "Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment ".

Preamble

“...to maintain a stable framework for investments and maximum effective use of economic resources. ...”

สภาพแวดล้อมในการลงทุนถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>78</sup> นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า วัตถุประสงค์ของข้อบทดังกล่าวนั้นไม่ได้มุ่งพิจารณาว่า มาตรการของจำเลยนั้นได้กระทำไปโดยมีเจตนาโดยจงใจหรือไม่สุจริตหรือไม่ โดยเจตนาและความไม่สุจริตดังกล่าวนี้เป็นปัจจัยที่ทำให้บรรยากาศในการดำเนินการลงทุนเลวร้าย แต่มิใช่ข้อพิจารณาที่สำคัญของมาตรฐานในการให้การปฏิบัติต่อนักลงทุน<sup>79</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า จำเลยละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมตาม มาตรา 2(2)(a) ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่าง อาร์เจนตินากับสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1991<sup>80</sup>

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการยังพิจารณาอีกแง่มุมจากการกล่าวอ้างของคู่กรณีว่า มาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นได้แยกออกจากหรือตีความขยายกว่าในฐานะที่เป็น หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการได้ตีความว่า ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและสหรัฐอเมริกานั้นได้ กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ให้อดไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ โดยอนุญาโตตุลาการได้อ้างถึงบันทึกของคณะกรรมการการค้าเสรีอเมริกาเหนือ NAFTA (the NAFTA Free Trade Commission) ซึ่งได้มีการตีความในประเด็น หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้<sup>81</sup> โดย อนุญาโตตุลาการกล่าวว่า หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ออกโดยอาศัยฐานทางกฎหมาย หรือสัญญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมีเสถียรภาพหรือการคาดการณ์เกี่ยวกับสภาพแวดล้อมในการลงทุนนั้นไม่ได้มีความแตกต่างจากมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้พัฒนาการของ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>82</sup>

จากคดีพิพาททั้งสองคดีซึ่งผู้เขียนได้ยกมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีข้อผูกพันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการตีความข้อบทดังกล่าวซึ่งมีข้อผูกพันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>78</sup> "Cms Gas Transmission Company and the Argentina Republic." Para. 274.

<sup>79</sup> *ibid.* Para. 280.

<sup>80</sup> *ibid.* Para. 281.

<sup>81</sup> *ibid.* Paras. 282 - 283.

<sup>82</sup> *ibid.* Para. 284.



ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา หรือแม้กระทั่งการตีความตามหลักทั่วไปภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นอกจากนั้นข้อบทที่ผูกพันกับกฎหมายระหว่างประเทศอาจจะถูกพิจารณาไปเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาอื่นๆ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ด้วยเหตุผลที่ว่าเรื่องดังกล่าวเหล่านั้นเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งตามข้อบทกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ปฏิบัติตามที่กำหนดหรือไม่ให้ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ จึงเห็นได้ว่า การบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวนั้นก็อาจจะก่อให้เกิดการตีความอย่างหลากหลายซึ่งอาจจะกระทบต่ออำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุนอันอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศได้ยิ่งไปกว่านั้นก็ยังส่งผลต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนอีกด้วยซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป

### 1.1.2.3 ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว (Minimum Standard of treatment of aliens - MST) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในปัจจุบัน<sup>83</sup> ในประเด็นดังกล่าวเห็นได้ว่ารัฐภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนพยายามที่จะจำกัดขอบเขตในการปรับใช้และการตีความข้อบทโดยพยายามกำหนดเงื่อนไขหรือขอบเขต ซึ่งในรูปแบบดังกล่าวนี้ เป็นการนำหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาอ้างอิงกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยแนวคิดดังกล่าวนี้ The OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property of 1967<sup>84</sup> และรัฐสภาแห่งสหภาพยุโรป (European Parliament)<sup>85</sup> ได้สนับสนุนแนวคิดดังกล่าวว่าข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นข้อบทที่จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

<sup>83</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.23

<sup>84</sup> Schreuer, R. D. a. C., *Principles of International Investment Law*. p.135

<sup>85</sup> "European Parliament Resolution on the Future European International Investment Policy," (2011). para.19

แต่ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นก็ยังคงมีความกว้างขวาง แม้ตามความตกลงนั้นได้กำหนดว่าการปฏิบัตินั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีก็ตาม นอกจากนั้นได้มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว (MST) ก็ยังคงไม่มีความชัดเจนหรือความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับข้อบทที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการลงทุน<sup>86</sup> ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป จากการวิเคราะห์บทเรียนจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้ให้เหตุผลในประเด็นดังกล่าวไว้ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบการใช้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน รวมไปถึงการดำเนินการกิจการของนักลงทุนต่างประเทศในรัฐผู้รับการลงทุน

โดยผู้เขียนขอตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังนี้

North America Free Trade Agreement ได้วางหลักไว้ว่า

“ 1. รัฐภาคีแต่ละฝ่ายต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของนักลงทุนของแต่ละรัฐภาคีโดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุน

2. ภายใต้ความในวรรคนี้ รัฐภาคีแต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง หรือการลงทุนของนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง โดยการไม่เลือกปฏิบัติในมาตรการที่เกี่ยวกับการบังคับใช้หรือการเยียวยาความเสียหายอันเกิดแก่การลงทุนจากสงครามกลางเมืองหรือการจลาจล”<sup>87</sup>

<sup>86</sup> F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments," *British Yearbook of International Law* 52, 1 (1982). p.241-254

<sup>87</sup> "The North American Free Trade Agreement ".

Article 1105 Minimum Standard of Treatment

“ 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment **in accordance with international law**, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife. ...”

Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐภาคีแต่ละฝ่ายต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม...โดยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น รัฐภาคีนั้นต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการใดๆทางกฎหมายและทางปกครอง นอกจากนี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ...”<sup>88</sup>

Rwanda-United States BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐภาคีแต่ละฝ่ายต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่การลงทุน โดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นว่านั้นคือมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว นอกจากนี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมดังกล่าวนี้ต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ...”<sup>89</sup>

<sup>88</sup> "Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area ", (2009).

Chapter 11, Article 6

1. Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) fair and equitable treatment requires each Party not to deny justice in any legal or administrative proceedings;

(b) full protection and security requires each Party to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security of the covered investment; and

(c) the concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” **do not require treatment in addition to or beyond that which is required under customary international law**, and do not create additional substantive rights.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

<sup>89</sup> "Bilateral Investment Treaty between Rwanda and United States," (2008).

Article 5: Minimum Standard of Treatment

ตามตัวอย่างข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ผู้เขียนได้กล่าวไปข้างต้น แสดงให้เห็นว่าข้อบทได้พยายามจำกัดขอบเขตในการปรับใช้และตีความ โดยอาจจะกำหนดว่า การให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศหรือต้องไม่เป็นการเพิ่มเติมหรือเกินไปกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ นอกจากนี้ก็ยังพบในบางความตกลงที่กำหนดเงื่อนไขหรือพันธกรณีเพิ่มเติมในการ พิจารณาว่าการกระทำแบบใดนั้นเป็นการละเมิดต่อข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เช่น การปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการทางกฎหมายหรือทางปกครอง แต่ทั้งนี้ ก็ยังคงจะต้อง พิจารณาถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักใหญ่ใจความของข้อบทในความตกลง ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับดังกล่าว และยิ่งไปกว่านั้นบางความตกลงนั้นได้มีคำอธิบาย คำว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” ที่อ้างไว้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่า เทียมไว้ในภาคผนวกท้ายความตกลงอีกด้วย เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างประเทศรวันดากับสหรัฐอเมริกาที่กำหนดว่ากฎหมายจารีตประเพณีที่อ้างถึงในข้อ 5 ของ ความตกลงซึ่งเป็นข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นต้องเป็นแนวปฏิบัติโดยทั่วไป และสอดคล้องกันของรัฐภาคี และรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายยอมรับว่าเป็นพันธกรณีทางกฎหมายที่ต้อง ปฏิบัติตาม<sup>90</sup>

---

“ 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world;....”

<sup>90</sup> ibid.

Annex A Customary International Law

“ The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 5 and Annex B results from a general and

จากการศึกษาของผู้เขียนมีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการตัดสินข้อพิพาท โดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ได้มีการบัญญัติข้อบทในการให้การปฏิบัติ และเป็นธรรมเนียมในรูปแบบดังกล่าว ซึ่งจากแนวคำตัดสินคณะอนุญาโตตุลาการได้สะท้อนให้เห็นถึง ประเด็นที่อาจจะกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน ได้ ดังต่อไปนี้

### (1) ประเด็นความไม่โปร่งใสเกี่ยวกับการดำเนินการตามศุภนิติกระบวนของรัฐผู้รับการลงทุน

ประเด็นความไม่โปร่งใสเกี่ยวกับการดำเนินการตามศุภนิติกระบวนของรัฐผู้รับการลงทุน ได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมเนียมและ เท้าเทียมในรูปแบบที่มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาในคดี Metalclad v Mexico เป็นคดีระหว่าง Metalclad ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกา (โจทก์) โดย Metalclad ได้ซื้อกิจการสัญชาติเม็กซิโกที่ชื่อว่า Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V (CONTERIN) ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสิทธิในการพัฒนา และดำเนินการขนย้ายขยะอันตรายและหลุมฝังกลบขยะอันตรายจากรัฐบาล เม็กซิโกในพื้นที่ La Pedrera, Guadalcazar กับ สหรัฐเม็กซิโก (United Mexican States) (จำเลย)<sup>91</sup> ซึ่งคดีนี้อยู่ภายใต้ข้อ 1105<sup>92</sup> ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.”

<sup>91</sup> "Metalclad Corporation and the United Mexican States," (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2000). Paras. 2 - 5.

<sup>92</sup> "The North American Free Trade Agreement ".

Article 1105 Minimum Standard of Treatment

“1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-

ในปี ค.ศ. 1990 รัฐบาลเม็กซิโก (the Mexican federal government) ได้อนุญาตให้บริษัท COTERIN บริษัทสัญชาติเม็กซิโกกำจัดขยะอันตรายในพื้นที่ La Perdrea<sup>93</sup> และในเดือนมกราคม ค.ศ. 1993 บริษัท COTERIN ได้รับอนุญาตให้ขยายพื้นที่กำจัดขยะอันตรายโดยการฝังกลบ<sup>94</sup> ต่อมาในเดือนเมษายน ค.ศ. 1993 Metalclad ได้เข้าซื้อกิจการการกำจัดขยะของบริษัท COTERIN<sup>95</sup> โดยในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1993 The State government ได้มีประกาศพื้นที่ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้เป็นพื้นที่ในการใช้เป็นที่ฝังกลบขยะอันตรายซึ่งปรากฏว่าไม่มีพื้นที่ที่ Metalclad ดำเนินการอยู่<sup>96</sup> ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1993 Metalclad ได้เข้าพบผู้บริหารของ The State government เพื่อหารือเกี่ยวกับพื้นที่ในการดำเนินการฝังกลบขยะอันตรายดังกล่าว<sup>97</sup> และเมื่อวันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 1993 Metalclad ถูกเรียกเก็บภาษีจากการเข้าซื้อกิจการของ COTERIN ซึ่งน่าจะเป็นที่ชัดเจนว่าโครงการดังกล่าวของ Metalclad ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลกลางและเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลท้องถิ่น<sup>98</sup> แต่หลังจากนั้นไม่นาน Metalclad ได้ถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลท้องถิ่นสั่งห้ามดำเนินการเป็นการชั่วคราวเนื่องจากไม่ได้รับอนุญาตในการดำเนินการดังกล่าว<sup>99</sup> ภายหลังจากนั้น ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1995 รัฐบาลกลางได้มีการตกลงกับบริษัท Metalclad เกี่ยวกับการดำเนินการของโรงงานฝังกลบขยะอันตรายและขั้นตอนต่างๆเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดยในการนี้ The state government ไม่ได้เข้าร่วมในการตกลงและไม่เห็นด้วยกับข้อตกลงดังกล่าวของรัฐบาลกลาง<sup>100</sup> และในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1995 บริษัท Metalclad ได้ถูกรัฐบาลท้องถิ่นปฏิเสธเกี่ยวกับการได้รับอนุญาตในการดำเนินการฝังกลบขยะอันตราย<sup>101</sup> และในเดือนมกราคม ค.ศ. 1996 รัฐบาลท้องถิ่นได้ดำเนินการตามกฎหมายโดยได้ยื่นฟ้อง

discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.”

<sup>93</sup> "Metalclad Corporation and the United Mexican States." Para. 28.

<sup>94</sup> *ibid.* Para. 29.

<sup>95</sup> *ibid.* Para. 30.

<sup>96</sup> *ibid.* Para. 31.

<sup>97</sup> *ibid.* Para. 32.

<sup>98</sup> *ibid.* Paras. 35 - 36.

<sup>99</sup> *ibid.* Para. 40.

<sup>100</sup> *ibid.* Paras. 47 - 48.

<sup>101</sup> *ibid.* Para. 55.

ต่ออนุญาโตตุลาการเม็กซิโกในประเด็นเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกลางและ Metalclad ที่ให้ Metalclad ดำเนินการเกี่ยวกับการฝังกลบขยะอันตราย<sup>102</sup>

จากข้อเท็จจริงข้างต้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า บริษัท Metalclad ได้รับผลกระทบจากการออกมาตรการของรัฐบาลเม็กซิโก โดยมาตรการประการแรกคือ การปฏิเสธของรัฐบาลท้องถิ่นไม่ให้ดำเนินการเกี่ยวกับการกำจัดขยะอันตรายในพื้นที่หมู่บ้าน La Pedrera, Guadalupe, San Luis Potosi และมาตรการประการที่สองคือ การถูกแทรกแซงโดยรัฐบาลจากการที่กำหนดให้พื้นที่ในการดำเนินการของ Metalclad เป็นเขตพื้นที่สงวน

อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาในประเด็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมว่า ตามข้อ 1105 ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือกำหนดว่า “รัฐภาคีแต่ละฝ่ายต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่การลงทุนและนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ” เมื่อพิจารณาแล้ว อนุญาโตตุลาการเห็นว่า โจทก์ไม่ได้รับการปฏิบัติจากจำเลยให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จำเลยจึงละเมิดข้อบทดังกล่าว<sup>103</sup> นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการยังได้พิจารณาถึงข้อ 102(1) ซึ่งได้กำหนดวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือที่สนับสนุนและเพิ่มโอกาสในการลงทุนข้ามพรมแดนและประกันความสำเร็จในการดำเนินการลงทุนที่คาดหวังไว้ตั้งแต่เริ่มต้น<sup>104</sup> นอกจากนี้ในข้อ 102(1) ได้ระบุหลักความโปร่งใสเป็นวัตถุประสงค์ของความตกลงฉบับดังกล่าว<sup>105</sup> อนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า กฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการลงทุนอันมีผลกระทบต่อนักลงทุนควรที่จะมีความชัดเจนไม่มีความคลุมเครือ ดังนั้น เจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐบาลกลางควรทำให้กฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ ไร้ซึ่งความคลุมเครือหรือความเข้าใจที่ผิดพลาดเพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนว่าได้ดำเนินการตามกฎหมายและข้อบังคับใดๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว<sup>106</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการที่ว่า

<sup>102</sup> *ibid.* Para. 56.

<sup>103</sup> *ibid.* Para. 74.

<sup>104</sup> *ibid.* Para. 75.

<sup>105</sup> "The North American Free Trade Agreement".

Article 102: Objectives

"1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, ... and transparency..."

<sup>106</sup> "Metalclad Corporation and the United Mexican States." Para. 76.

รัฐบาลกลางควรสร้างความชัดเจนในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอันเป็นการสะท้อนให้เห็นความโปร่งใสในการดำเนินการทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน

ดังนั้น จากการที่รัฐบาลซึ่งเป็นหน่วยงานท้องถิ่นที่เทศบาลไม่รับฟังและพิจารณาใบอนุญาตที่รัฐบาลกลางออกให้แก่โจทก์นั้นถือได้ว่าเป็นการดำเนินการที่ขาดความเหมาะสมในกระบวนการทางกฎหมาย และล้มเหลวที่จะรับฟังเหตุผลของนักลงทุนอันเป็นการปิดกั้นในการให้นักลงทุนได้มีโอกาสในการแสดงเหตุผล จึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาล (หน่วยงานท้องถิ่นที่เทศบาล) เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (Denial Of Justice) หรือไม่เป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of Law) นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาประเด็นเรื่องความโปร่งใสในการพิจารณาออกใบอนุญาต โดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าในคดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ The Federal Government of Mexico และ The Local government มีปัญหาเรื่องการออกใบอนุญาตในการก่อสร้างและดำเนินการพื้นที่การกำจัดขยะ โดยปรากฏว่า นักลงทุนได้รับใบอนุญาตในการดำเนินการจากรัฐบาลกลาง แต่รัฐบาลท้องถิ่นปฏิเสธใบอนุญาตดังกล่าว กรณีปัญหาเรื่องการปฏิเสธใบอนุญาตดังกล่าวที่ออกมาจากรัฐบาลกลางนั้น โจทก์ได้กล่าวอ้างต่ออนุญาโตตุลาการว่า เป็นการกระทำที่ขาดซึ่งความโปร่งใสในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการจึงได้พิจารณาตามข้อ 1105 ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาในประเด็นดังกล่าวว่า นักลงทุนได้รับสิทธิในการดำเนินการจากการแสดงออกของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง (The federal officials) จากการออกใบอนุญาตในการดำเนินการให้แก่ นักลงทุน แต่รัฐบาลท้องถิ่นที่เทศบาล (the state and the municipality) ได้มีการปฏิเสธใบอนุญาตดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการละเมิดหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ข้อ 1105 of the NAFTA ซึ่งอนุญาโตตุลาการมองว่าประเทศเม็กซิโกล้มเหลวในการให้หลักประกันความโปร่งใส<sup>107</sup>ในกระบวนการต่างๆ เกี่ยวกับใบอนุญาต<sup>108</sup>เช่นกัน

**(2) ประเด็นการพิจารณาถ้อยคำ “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ (Minimum Standard of Treatment)” และประเด็นการกระทำอันเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ**

<sup>107</sup> โปรดดู The United Mexican States v. Metalclad Corporation and Attorney General of Canada and la procureure generale du quebec on behalf of the Province of Quebec, 2 May 2001, Supreme Court of British Columbia L002904. “โดยศาลภายในประเทศแคนาดาได้มีการตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความโปร่งใสกับการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่ธรรมและเท่าเทียม ซึ่งได้มีการพิจารณาว่าหลักความโปร่งใสไม่ได้เป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ทั้งไม่มีการอ้างหรือหลักฐานที่ว่าหลักความโปร่งใสเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”

<sup>108</sup> "Metalclad Corporation and the United Mexican States." Paras. 99 - 101.



ประเด็นการพิจารณาถ้อยคำ “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ (Minimum Standard of Treatment)” และประเด็นการกระทำอันเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาในคดี SD. Myers v Canada เป็นคดีระหว่าง บริษัท S.D. Myers ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกัน (โจทก์) กับรัฐบาลแคนาดา (จำเลย) ซึ่งคดีนี้อยู่ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North-America Free Trade Agreement- NAFTA)<sup>109</sup> โดยในคดีนี้ โจทก์ได้กล่าวอ้างว่า จำเลยได้ละเมิดข้อบทภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือซึ่งทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์เป็นนิติบุคคลประกอบกิจการเกี่ยวกับการจัดการในการลำเลียง การแปรรูปและการกำจัดขยะสารเคมีที่ชื่อว่า “Polychlorinated Biphenyl (PCB)” ในพื้นที่รัฐโอไฮโอ โดยโจทก์มีบริษัทลูก (Subsidiary) ที่ชื่อว่า S.D. Myers (Canada) ซึ่งตั้งอยู่และประกอบกิจการในประเทศแคนาดา โดยบริษัทลูกดังกล่าวของโจทก์นั้นจะดำเนินการนำขยะสารเคมีประเภทดังกล่าวส่งออกจากประเทศแคนาดาไปยังโจทก์ โดยสารเคมี PCB นั้น เป็นสารเคมีสังเคราะห์ที่ใช้ในอุปกรณ์ไฟฟ้าโดยย่อยสลายในทางชีวภาพได้ซึ่งการกำจัดสารเคมีดังกล่าวจะต้องใช้กระบวนการทางเคมีที่ใช้อุณหภูมิสูงหรือใช้วิธีการฝังกลบในวัตถุที่ปลอดภัยและไม่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม<sup>110</sup>

ในช่วงต้นปี ค.ศ. 1970 สารเคมี PCB ได้ถูกยอมรับว่าเป็นสารพิษที่มีอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพของมนุษย์และสัตว์ซึ่งนับแต่นั้นมาทั้งในประเทศแคนาดาและในทางระหว่างประเทศได้มีการออกระเบียบเกี่ยวกับสารเคมี PCB ที่มีความเคร่งครัดมากขึ้น<sup>111</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 ประเทศแคนาดาได้กำหนดให้สารเคมี PCB เป็นสารพิษในพระราชบัญญัติการปนเปื้อนสิ่งแวดล้อม กำหนดห้ามมิให้ใช้สารเคมี PCB ในสินค้าที่ผลิตขึ้นใหม่หรือนำเข้ามาในประเทศแคนาดาและต่อมาในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการบัญญัติ Canadian Environmental Protection Act 1995 (CEPA) ขึ้นมา โดยประเทศแคนาดาห้ามมิให้ส่งออกขยะสารเคมี PCB ไปยังต่างประเทศ เว้นแต่ จะได้ส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้ความยินยอมของ The U.S. Environmental Protection Agency (EPA)<sup>112</sup>

<sup>109</sup> "S.D. Myers, Inc. And Government of Canada," (2000). Paras. 1 - 4.

<sup>110</sup> ibid. Para. 94.

<sup>111</sup> ibid. Para. 98.

<sup>112</sup> ibid. Para. 100.

ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1995 EPA ได้ประกาศยกเลิกนโยบายการปิดพรมแดนเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออกสารเคมี PCB รวมไปถึงการกำจัดสารเคมี PCB หลังจากที่เมื่อช่วงปี ค.ศ. 1980 สหรัฐอเมริกาได้มีประกาศปิดพรมแดนในการนำเข้า ส่งออกและกำจัดสารเคมี PCB<sup>113</sup> และประกาศว่าจะอนุญาตให้นำเข้าขยะสารเคมีดังกล่าวได้โดยยกเว้นการพิจารณาภายใต้ Toxic Substances Control Act และต่อมาในปี ค.ศ. 1997 ได้มีการแก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับการส่งออกขยะ PCB เพื่อเปิดพรมแดนอีกครั้ง แต่ท้ายที่สุดอนุญาโตตุลาการอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินให้ปิดพรมแดนในเรื่องสารเคมี PCB และขยะ PCB<sup>114</sup>

โจทก์เห็นว่า การห้ามการส่งออกของจำเลยในระหว่างปี ค.ศ. 1995 และ ค.ศ. 1997 เป็นการทำลายความสามารถในการดำเนินธุรกิจของโจทก์ในประเทศแคนาดา โดยโจทก์อ้างว่า แรงจูงใจของจำเลยที่ห้ามส่งออกขยะ PCB ซึ่งจำเลยอ้างว่ากระทำไปเพื่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมไม่เป็นความจริง แต่แท้ที่จริงแล้วจำเลยได้กระทำไปเพื่อปกป้องธุรกิจของจำเลยที่ดำเนินการในรูปแบบเดียวกับโจทก์ซึ่งไม่สามารถดำเนินการแข่งขันกับการดำเนินการของโจทก์ได้<sup>115</sup> โจทก์จึงเห็นว่ามาตรการดังกล่าวของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำซึ่งจำเลยมีอยู่ตามข้อ 1105 (1) ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติและมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและละเมิดหลักความสุจริตภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>116</sup>

อนุญาโตตุลาการพิจารณาการกระทำของจำเลยแล้วเห็นว่า ตามความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ข้อ 1105 มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ ได้มีการกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>117</sup> เมื่อพิจารณาจากข้อ 1105 ได้

<sup>113</sup> *ibid.* Para. 101.

<sup>114</sup> *ibid.* Paras. 127 - 128.

<sup>115</sup> Global Affairs Canada, "S.D. Myers Inc. V. Government of Canada," [Online] Accessed: 27 October 2019. Available from: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/SDM.aspx?lang=eng>

<sup>116</sup> "S.D. Myers, Inc. And Government of Canada." Paras. 135 - 136.

<sup>117</sup> "The North American Free Trade Agreement ".

Article 1105 (1) Minimum Standard of Treatment

กำหนดว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับประเด็น “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ” โดยพิจารณาว่า การดำเนินการใดๆ ของรัฐจึงมีความจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงสิ่งที่จะก่อให้เกิดช่องว่างหรือความแตกต่างในการปฏิบัติ แต่ทั้งนี้ รัฐอาจจะดำเนินการโดยใช้มาตรการที่มีความรุนแรง ก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่การกระทำดังกล่าวเหล่านั้นรัฐต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนในประเทศซึ่งเป็นคนชาติของตนด้วยเช่นเดียวกันกับที่ปฏิบัติกับนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น คำว่า “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ” จึงเป็นมาตรฐานที่ว่า “รัฐจะไม่ปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติให้ด้อยไปกว่าหรือต่ำกว่าที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนในประเทศ (คนชาติของตน)”<sup>118</sup>

โดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า การที่จะเป็นการละเมิดข้อบท 1105 ได้นั้นจะต้องมีการแสดงให้เห็นว่า นักลงทุนได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการกระทำตามอำเภอใจซึ่งเป็นการปฏิบัติในระดับที่มุมมองทางระหว่างประเทศไม่สามารถยอมรับการกระทำดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ ก็จะต้องพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายในประเทศด้วย นอกจากนี้ การพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็จะต้องพิจารณาเฉพาะหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งพอที่จะนำมาใช้กับคดีได้<sup>119</sup> ในบางคดีนั้นรัฐได้ถูกตัดสินว่าละเมิด ข้อ 1105 ทั้งที่ตามข้อเท็จจริง นักลงทุนได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม แต่รัฐได้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองนักลงทุน<sup>120</sup> เมื่อพิจารณาแล้ว ตามข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวไปในข้างต้นว่า มาตรการของจำเลยที่ห้ามมิให้ส่งออกขยะสารเคมี PCB นั้น เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติต่อโจทก์ และการกระทำของจำเลยเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อกิจการของจำเลยเอง ทั้งเมื่อพิจารณาแล้ว มาตรการของจำเลยมีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงคือ ต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ของอุตสาหกรรมของจำเลยเอง

CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

<sup>118</sup> "S.D. Myers, Inc. And Government of Canada." Para. 259.

แต่ใน Part IV, Chapter C, of the Final Award (3 August 2005) คดี Methanex Corp. v. United States of America, UNCITRAL ได้พิจารณาในประเด็นการเลือกปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนที่ปฏิบัติระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนภายในประเทศนั้น ไม่เป็นการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

<sup>119</sup> ibid. Para. 263.

<sup>120</sup> ibid. Para. 264.

เท่านั้น มิได้เป็นไปตามที่จำเลยอ้างว่าเพื่อเป็นการป้องกันสุขอนามัยของประชาชนและสิ่งแวดล้อม<sup>121</sup> ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นการละเมิดข้อบท 1105<sup>122</sup>

จากคดีพิพาททั้งสองคดีซึ่งผู้เขียนได้ยกมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ในรูปแบบที่มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการตีความข้อบทที่มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างกว้าง เนื่องจากข้อบทไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น อาจจะทำให้เกิดการตีความที่กว้างมากเกินไปซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการลงทุน ที่จะเข้ามาในรัฐผู้รับการลงทุนได้ และอาจจะส่งผลต่อการใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุนได้ เพราะ อาจจะไปขัดกับมาตรฐานขั้นต่ำที่จะต้องปฏิบัติต่อคนต่างด้าวอันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวนี้ อาจจะมีปัญหาเช่นเดียวกับการบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจจะก่อให้เกิดตีความของอนุญาโตตุลาการได้ เพราะ หากเกิดความเสียหายแก่นักลงทุนซึ่งเกิดจากการให้อำนาจของรัฐในการควบคุมก็อาจจะถูกตีความได้ว่าการกระทำดังกล่าวละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้ ดังนั้น ความไม่ชัดเจนในการบัญญัติข้อบทและการเปิดช่องให้มีการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการจึงอาจจะเป็นปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนที่จะเกิดขึ้นในการลงทุนได้

#### 1.1.2.4 ความตกลงที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ได้มีการกำหนดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบดังกล่าวนี้นี้จะมีการกำหนดรายละเอียดไว้ในข้อบทอย่างชัดเจนซึ่งสามารถทำให้นักลงทุนสามารถคาดการณ์ได้ว่าการกระทำใดของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะถือว่าเป็นการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงฉบับดังกล่าว<sup>123</sup> นอกจากนี้การที่มีข้อบทระบุขอบเขตอย่างชัดเจนนั้นก็ย่อมเป็นประโยชน์ในการปรับใช้และการตีความอย่างยิ่ง ทั้งยังสามารถทำให้รัฐใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนได้อย่างถูกต้องและ

<sup>121</sup> Canada, G. A., "S.D. Myers Inc. V. Government of Canada."

<sup>122</sup> "S.D. Myers, Inc. And Government of Canada." Para. 268.

<sup>123</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements li. p.29

มีขอบเขตในการใช้อำนาจที่จะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐที่รับการลงทุนเองหรือนักลงทุนต่างชาติ โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ พร้อมทั้งนำเสนอพันธกรณีที่รัฐภาคีมักจะระบุไว้ในข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ดังนี้<sup>124</sup>

### (1) การห้ามปฏิเสธความยุติธรรม (Prohibition of denial justice)

ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะกำหนดว่ารัฐภาคีแต่ละฝ่ายในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนนั้นจะต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรมทั้งในกระบวนการทางกฎหมายและทางปกครอง โดยในบางความตกลงนั้นได้อ้างอิงถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวซึ่งเป็นการอ้างอิงที่สามารถก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้ เนื่องจากไม่มีรายละเอียดที่ชัดเจน หรือมีการระบุอย่างชัดเจนว่า การกระทำแบบใดที่ถือว่าการปฏิเสธความยุติธรรม เช่น การกระทำตามอำเภอใจของรัฐ การเลือกปฏิบัติของรัฐ ซึ่งในกรณีนี้เป็นการระบุอย่างชัดเจนว่า กรณีใดบ้างที่จะสามารถถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมของรัฐอันเป็นการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งมีตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น

ASEAN Comprehensive Investment Agreement ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐสมาชิกแต่ละฝ่ายนั้นต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่การลงทุนของนักลงทุนรัฐสมาชิกหนึ่งที่ทำเนิกรในอาณาเขตของอีกรัฐสมาชิกหนึ่ง ทั้งนี้ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นกำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในการกระบวนพิจารณาใดๆ ทางกฎหมายหรือทางปกครองโดยจะต้องสอดคล้องกับหลักศุภนิติกระบวนการ”<sup>125</sup>

<sup>124</sup> ibid.

<sup>125</sup> "Asean Comprehensive Investment Agreement ".

Article 11

“ 1. Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty:

(2) การห้ามมีมาตรการที่เป็นการกระทำตามอำเภอใจ ไม่สมเหตุสมผลและเลือกปฏิบัติ  
(Prohibition of arbitrary, unreasonable or discriminatory measure)

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับนั้นได้กำหนดรายละเอียดของการกระทำบางประการไว้นอกเหนือจากการกำหนดว่ารัฐมีพันธกรณีที่จะต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยการกำหนดรายละเอียดดังกล่าวนั้นก็ยังไม่ถือว่าเป็นการอธิบายถึงขอบเขตหรือคำนิยามของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพียงแต่สามารถใช้เป็นข้อพิจารณาหรือตัวชี้วัดในเบื้องต้นเท่านั้นว่าเป็นการละเมิดต่อข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>126</sup> แต่ทั้งนี้ ก็มีข้อพิจารณาจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการว่า การกระทำอื่นๆ นอกเหนือจากการมีมาตรการที่เป็นการกระทำตามอำเภอใจไม่สมเหตุสมผลและเลือกปฏิบัติที่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและในทางกลับกัน มาตรการบางอย่างที่เป็นการกระทำที่สมเหตุสมผลหรือไม่เลือกปฏิบัติก็อาจจะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้เช่นเดียวกัน โดยผู้เขียนจะกล่าวต่อไป โดยตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวโดยมีการระบุข้อห้ามมีมาตรการที่เป็นการกระทำตามอำเภอใจ ไม่สมเหตุสมผลและเลือกปฏิบัติมีดังต่อไปนี้ เช่น

Netherlands-Oman BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐภาคีแต่ละฝ่ายประกันว่าต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อการลงทุนหรือนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง โดยจะไม่ออกมาตรการใดๆ อันไม่สมเหตุสมผลหรือเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่การดำเนินการ การจัดการ การรักษา การใช้ การเข้าร่วมและการเลิกการลงทุนของนักลงทุน”<sup>127</sup>

---

(a) fair and equitable treatment requires each Member State **not to deny justice in any legal or administrative proceedings** in accordance with the principle of due process;...”

<sup>126</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements. li. p.31

<sup>127</sup> "Agreement on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Sultanate of Oman," (2009).

Romania-United States BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม...โดยการปฏิบัติเช่นว่านั้นต้องไม่ด้อยไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐภาคีต้องไม่ออกมาตรการใดๆอันเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัติอันอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินการ การบริหาร การใช้สิทธิของการลงทุน”<sup>128</sup>

(3) การละเมิดข้อบทอื่น ๆ หรือความความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ไม่ถือเป็นการละเมิดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Irrelevance of a breach of a different treaty norm)

ตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้นว่าข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นข้อบทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของมาตรฐานในการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนได้อย่างครอบคลุมและเพื่อเป็นการรักษาระดับในการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้สนธิสัญญา<sup>129</sup> ดังนั้นเพื่อเป็นการกำหนดขอบเขตของข้อบทเพื่อไม่ให้เกิดการปรับใช้และตีความรวมไปถึงการก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนต่อนักลงทุน จึงได้มีการระบุในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในประเด็นที่ว่า การกระทำใดๆ

---

“ 2. Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments or nationals or persons of the other Contracting Party and shall not impair, by unjustified or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals or persons.”

<sup>128</sup> "Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment", (1994).

Article II

2. (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

(b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments.

<sup>129</sup> Schreuer, R. D. a. C., Principles of International Investment Law. p.132

ที่เป็นการละเมิดต่อข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงนั้นหรือเป็นการละเมิดต่อความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ นั้น ไม่ถือว่าเป็นมูลเหตุที่จะทำให้เป็นการละเมิดข้อการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม นอกจากนั้น ในกรณีที่ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนอันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะถือได้หรือไม่ว่าการละเมิดข้อบทดังกล่าวนี้ภายใต้ความตกลงจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>130</sup>

โดยตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวโดยมีการระบุว่าการละเมิดข้อบทอื่น ๆ หรือความความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ไม่ถือเป็นการละเมิดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เช่น

Mexico-Singapore ได้วางหลักไว้ว่า

“กรณีที่มีการละเมิดข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงฉบับนี้ หรือมีการละเมิดตามความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น ๆ นั้น ไม่ถือเป็นการละเมิดข้อบทนี้ (การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม)”<sup>131</sup>

**(4) ข้อพิจารณาเรื่องระดับความสามารถหรือการพัฒนาภายในประเทศผู้รับการลงทุน (The level of development)**

ในประเด็นดังกล่าวนี้ การพิจารณาถึงการละเมิดของบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมจะต้องพิจารณาไปถึงระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย ซึ่งการกำหนดข้อพิจารณาดังกล่าวนี้อาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการตีความข้อบทขึ้นได้ เนื่องจากจะต้องพิจารณาถึงความสามารถหรือระดับการพัฒนาภายในประเทศผู้รับการลงทุนมาเป็นตัวชี้วัดในการ

<sup>130</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.33

<sup>131</sup> "Bilateral Investment Treaty between Mexico and Singapore," (2009).

Article 4(3)

“A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this article”



พิจารณาความรับผิดชอบของรัฐ<sup>132</sup> ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะก่อให้เกิดประเด็นความไม่โปร่งใสหรืออาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักลงทุนจากการอ้างระดับในการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะไม่ให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่นักลงทุนได้ แต่ทั้งนี้ หากรัฐผู้รับการลงทุนเป็นผู้ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมแก่นักลงทุน (Legitimate Expectations) ในการดึงดูดให้เข้ามาลงทุนหรือทำการลงทุน เช่น ผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคตที่จะได้รับ ความคาดหวังดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นไปตามมาตรการหรือการรับรองที่ชักนำให้มาลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน โดยรัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถกล่าวอ้างเรื่องระดับในการพัฒนาทางเศรษฐกิจของตนได้<sup>133</sup>

โดยตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวที่มีการระบุถึงข้อพิจารณาเรื่องระดับในการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุนในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เช่น

Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area  
ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐสมาชิกต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่นักลงทุนและการลงทุนของรัฐสมาชิกอื่นๆ โดยการปฏิบัติต้องสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งก็คือมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว นอกจากนี้รัฐสมาชิกต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการทางอาญา ทางแพ่งและทางปกครองซึ่งต้องเป็นไปตามหลักศุภนิติกะบวน แต่ทั้งนี้รัฐสมาชิกมีความเข้าใจร่วมกันว่าแต่ละรัฐสมาชิกมีระบบทางนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการที่แตกต่างกัน รวมไปถึงความแตกต่างในระดับการพัฒนาภายในประเทศที่รับการลงทุน ดังนั้น รายละเอียดที่ได้กล่าวมาข้างต้นไม่ได้เป็นการสร้างมาตรฐานระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวที่จะต้องเป็นแบบเดียวกันในทุกๆรัฐสมาชิก”<sup>134</sup>

<sup>132</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.34

<sup>133</sup> *ibid.*

<sup>134</sup> "Investment Agreement for the Comesa Common Investment Area," (2007).

Article 14 Fair and Equitable Treatment

“1. Member States **shall accord fair and equitable treatment** to COMESA investors and their investments, **in accordance with customary international law.** Fair and equitable treatment **includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative**

จากการศึกษาของผู้เขียนมีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาท โดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทในการให้การปฏิบัติและเป็นธรรมในรูปแบบดังกล่าวนี้พบว่า ส่วนใหญ่ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีจะบัญญัติข้อบทที่กำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะไทยจะบัญญัติข้อบทในทำนองที่ว่า จะไม่กระทำการใดๆ (พันธกรณีโดยเฉพาะ เช่น ตามอำเภอใจ ไร้เหตุผล) ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ มาตรฐานขั้นต่ำที่จะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุน เช่น ข้อ 14 ของ Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area ที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้น หรือในคดี Metalclad v Mexico หรือคดี SD. Myers v Canada ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปก่อนหน้านี้ จะเห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินให้รัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีอันเกิดจากประเด็นที่ว่าข้อบทได้กำหนดให้ผูกพันกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหลักการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุนอันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

### 1.1.3 ความตกลงที่ไม่มีข้อกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและปัญหาในการตีความ

ในกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้บัญญัติถึงข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีก้นำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปปรับใช้ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนั้น โดยเป็นการกล่าวอ้างจากความตกลงฯ ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับรัฐผู้ส่งออกการลงทุน ผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation - MFN) เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียและสิงคโปร์ ปี ค.ศ. 2003 หรือใน the New Zealand-Thailand Closer Economic

---

adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world.

2. Paragraph 1 of this Article prescribes **the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment** to be afforded to covered investments and **does not require treatment in addition to or beyond what is required by that standard.**

3. For greater certainty, Member States understand that **different Member States have different forms of administrative, legislative and judicial systems** and that Member States at **different levels of development may not achieve the same standards at the same time.** Paragraphs 1 and 2 of this Article do not establish a single international standard in this context.”

Partnership Agreement (EPA) 2005 หรือใน BIT Croatia-Ukraine ปี ค.ศ. 1997 ซึ่งมีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงฯ ที่ไม่ได้บัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม แต่คณะอนุญาโตตุลาการได้นำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่บัญญัติไว้ในความตกลงฯ ฉบับอื่นๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนที่ได้ทำไว้กับรัฐที่สาม มาปรับใช้ผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับรัฐผู้ส่งออกการลงทุน

จากการศึกษาของผู้เขียน มีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้ตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ไม่ได้มีการบัญญัติข้อบทในการให้การปฏิบัติและเป็นธรรมแต่คณะอนุญาโตตุลาการได้นำข้อบท FET มาปรับใช้ผ่านข้อบท MFN ที่รัฐผู้รับการลงทุนได้จัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น ในคดี *The Bayindir v. Pakistan* เป็นคดีระหว่างบริษัท *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş.* (“Bayindir”) ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศตุรกีและมีสัญชาติตุรกี (โจทก์)<sup>135</sup> กับสาธารณรัฐอิสลามปากีสถาน (จำเลย)<sup>136</sup> โดยคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศตุรกีและประเทศปากีสถาน โดยโจทก์เป็นบริษัทในกลุ่ม *Bayindir* ดำเนินการเกี่ยวกับการก่อสร้างทางด่วนและโครงการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ในประเทศตุรกีและในต่างประเทศ<sup>137</sup> โดยมีองค์กรของจำเลยผู้รับผิดชอบคือ *The National Highway Authority* (“NHA”) ซึ่ง NHA มีหน้าที่ความรับผิดชอบในการวางแผน พัฒนา ดำเนินการและบำรุงรักษาถนนในประเทศปากีสถาน โดย NHA มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีความสามารถในการฟ้องและถูกฟ้องร้องภายใต้ชื่อ NHA<sup>138</sup>

ในปี ค.ศ. 1993 โจทก์และ NHA ได้เข้าทำสัญญาในการดำเนินการโครงการก่อสร้างมอเตอร์เวย์ในโครงการ M-1 และเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาใหม่ทั้งฉบับโดยรวมข้อตกลงเดิมทั้งหมดที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาปี ค.ศ. 1993<sup>139</sup> โดยกำหนดสัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศปากีสถาน<sup>140</sup> ในการดำเนินการในโครงการ

<sup>135</sup> "Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. V. Islamic Republic of Pakistan," (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2009). Para. 2.

<sup>136</sup> *ibid.* Para. 6.

<sup>137</sup> *ibid.* Para. 3.

<sup>138</sup> *ibid.* Paras. 9 - 10.

<sup>139</sup> *ibid.* Para. 13.

<sup>140</sup> *ibid.* Para. 15.

M-1 กำหนดให้วิศวกรของจำเลยเป็นผู้ควบคุมและมีอำนาจในการมอบอำนาจในการทำการใดๆ แทนจำเลย<sup>141</sup> ปรากฏว่าในช่วงปี ค.ศ. 1999 - ค.ศ. 2001 โจทก์ได้เรียกร้องให้จำเลยชำระหนี้หลายครั้ง และเรียกให้จำเลยขยายระยะเวลาในการดำเนินการตามสัญญาอันเนื่องมาจากความล่าช้าในการส่งมอบพื้นที่ในการก่อสร้างมอเตอร์เวย์ ซึ่งปรากฏว่า จำเลยได้มีการขยายระยะเวลาให้แก่โจทก์ตามคำขอที่ 1 และ 2<sup>142</sup> ส่วนคำขอในการขยายระยะเวลาที่เหลือนั้นไม่ได้รับการขยายระยะเวลาตามคำขอด้วยเหตุบางประการ ประธาน NHA (จำเลย) จึงได้เสนอเรื่องดังกล่าวต่อนายพล (ทหาร) ของประเทศปากีสถานเกี่ยวกับโครงการ M-1<sup>143</sup>

ภายหลังปรากฏว่า NHA ได้ประกาศยกเลิกสัญญาที่ทำไว้กับโจทก์และกำหนดให้โจทก์ส่งมอบพื้นที่โครงการ M-1 โดยกองทัพปากีสถานได้เข้ายึดพื้นที่โครงการทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับด้านวิศวกรรม และให้เจ้าหน้าที่ของโจทก์ออกจากพื้นที่โครงการ<sup>144</sup> โจทก์จึงยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (the International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID)<sup>145</sup> โดยกล่าวอ้างว่า จำเลยได้ละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และกล่าวอ้างว่า แม้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศตุรกีและประเทศปากีสถาน ไม่ได้มีบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ แต่ตามอารัมภบทในวรรค 4<sup>146</sup> ซึ่งกำหนดว่า การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาเพื่อรักษากรอบการดำเนินการที่มั่นคงสำหรับการลงทุนและการใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และตามข้อ 2 (2)<sup>147</sup> ได้บัญญัติข้อบทการปฏิบัติ

<sup>141</sup> ibid. Paras. 18 - 20.

<sup>142</sup> ibid. Para. 24.

<sup>143</sup> ibid. Para. 34.

<sup>144</sup> ibid. Para. 38.

<sup>145</sup> ibid. Para. 47.

<sup>146</sup> "Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments ", (1995).

Preamble

“ ...agreeing that fair and equitable treatment of investments is desirable in order to maintain a stable framework for investment and will contribute to maximizing effective utilization of economic resources and improve living standards; and ...”

<sup>147</sup> ibid.

เยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favour Nation – MFN) ไว้ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงพันธกรณีในเรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมด้วย

ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า อารัมภพของความตกลงดังกล่าวนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐภาคีในเรื่อง การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม แต่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่า อารัมภพดังกล่าวใช้ในการตีความข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งตามหลักการตีความสนธิสัญญาในข้อ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา<sup>148</sup> นอกจากนี้ ความตกลงไม่ได้มีการตั้งห้ามอย่างชัดเจนในการนำข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งไปใช้ในการกล่าวอ้างกับมาตรฐานการปฏิบัติและการคุ้มครอง ในความตกลงอื่นๆ ของประเทศปากีสถาน (จำเลย) ที่ทำไว้กับรัฐฝ่ายที่สาม<sup>149</sup> โดยโจทก์ได้กล่าวอ้างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศปากีสถานและสหราชอาณาจักร ข้อ 2 (2)<sup>150</sup> ซึ่งกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมมาใช้ในการกล่าวอ้าง นอกจากนี้ ยังมี ความตกลงที่จำเลยได้ทำกับไว้รัฐฝ่ายที่สามอีกหลายประเทศที่มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ เช่น ฝรั่งเศส เดนมาร์ก และออสเตรเลีย<sup>151</sup> อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่า ใน

---

Article 2(2)

“... Each party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situation to investment of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable. ...”

<sup>148</sup> "Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. V. Islamic Republic of Pakistan." Para. 155.

<sup>149</sup> *ibid.* Para. 157.

<sup>150</sup> "Bilateral Investment Treaty between Pakistan and United Kingdom".

Article 2(2)

“...Investment of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times **be accorded fair and equitable treatment** and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory ...”

<sup>151</sup> "Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. V. Islamic Republic of Pakistan." Para. 161.

คดีนี้สามารถนำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมมาปรับใช้โดยอาศัยข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งมาใช้บังคับได้<sup>152</sup>

จากคดีซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ว่าในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเอาไว้อย่างชัดเจน แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็นำข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งเข้ามาเพื่อใช้เป็นข้อบทที่จะนำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงอื่นๆ ซึ่งรัฐภาคีได้ทำไว้กับรัฐฝ่ายที่สาม นอกจากนั้นยังได้มีการพิจารณาถึงอาร์มภทของความตกลงนั้นๆ ว่ามีวัตถุประสงค์หรือเป้าประสงค์ในการดำเนินการอย่างไร เพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุน ให้ได้รับความเป็นธรรมหรือเท่าเทียม เช่นนี้ ก็สามารถตีความหรือเป็นนัยยะสำคัญได้ว่าความตกลงฉบับดังกล่าวนั้นมุ่งที่จะให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่นักลงทุนหรือการลงทุน แต่อย่างไรก็ตาม ตามความเห็นของผู้เขียน การกล่าวอ้างข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมตามอาร์มภทอาจจะไม่น่าหนักไม่เพียงพอในการยกขึ้นกล่าวอ้าง เพื่อให้รัฐผู้รับการลงทุนมีความรับผิดชอบ แต่อาจจะต้องมีการกล่าวอ้างข้อบทอื่นๆ อาทิ ข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งมาเป็นข้อบทที่ใช้ในการเพื่อกกล่าวอ้างข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามที่ผู้เขียนได้แสดงถึงรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน พร้อมทั้งแสดงปัญหาจากการยกกรณีตัวอย่างจากคำพิพากษาหรือแนวคำตัดสินเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นอันอาจจะมีความผลกระทบต่อการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศอันอาจจะทำให้รัฐได้รับความเสียหายได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่จะต้องส่งผลกระทบต่อพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนได้ ทั้งนี้ รูปแบบและปัญหาดังกล่าวนั้นผู้เขียนจะขอเข้าไปวิเคราะห์ในบทที่ 4 ว่าการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบใดมีความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยมากที่สุดและจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

## 1.2 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนนั้นนับว่าเป็นข้อบทที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งจะเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศ

<sup>152</sup> ibid. Paras.167 - 168.

ว่าด้วยการลงทุนในหลายๆ ฉบับได้มีการกำหนดไว้ในหัวข้อการให้การปฏิบัติและความคุ้มครองแก่การลงทุน โดยหลักการเวนคืนนั้นเป็นหลักการที่ให้รัฐสามารถใช้อำนาจในการกระทำต่อทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศที่เข้ามาดำเนินกิจการภายในอาณาเขตของรัฐ ทั้งนี้ ในช่วงแรกการเวนคืนทรัพย์สินไม่ได้มีขอบเขตกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการดำเนินการในช่วงแรกนั้นเกิดจากการการใช้อำนาจและความโลภของผู้นำของรัฐเท่านั้น โดยการกระทำดังกล่าวอาจจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นย่อมเป็นการส่งผลเสียอย่างแน่นอนต่อการดำเนินกิจการของนักลงทุนต่างประเทศในรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อ การเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนเองด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลให้รัฐสมัยใหม่ (Modern State) ได้มีการปฏิรูปแนวทางในการดำเนินการเวนคืนทรัพย์สินหรือกิจการโดยให้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง หรือตั้งอยู่บนพื้นฐานทางนโยบายของรัฐนั้นๆ โดยทำให้การดำเนินการเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินนั้นเป็นการกระทำที่ชอบกฎหมายภายใต้เงื่อนไขหรือข้อยกเว้นบางประการ<sup>153</sup> โดยการกำหนดขอบเขตไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในความตกลงต่างๆ แต่ทั้งนี้ ในการกำหนดขอบเขตก็ไม่ได้มีการกำหนดรูปแบบที่ชัดเจนไว้เป็นบรรทัดฐานจึงก่อให้เกิดรูปแบบในการบัญญัติขอบเขตต่างๆ จนในบางกรณีก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการปรับใช้ขอบเขตจากปัญหาการกำหนดที่กว้างเกินไปหรือการกำหนดขอบเขตที่แคบเกินไป

โดยในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึงความเป็นมา วัตถุประสงค์และความหมายของขอบเขตการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงรูปแบบในการบัญญัติขอบเขตในการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของขอบเขตในแต่ละรูปแบบจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

### 1.2.1 ความเป็นมา วัตถุประสงค์และความหมายของหลักการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

หลักการเวนคืน (Expropriation/Nationalization) เกิดขึ้นครั้งแรกในช่วงศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นช่วงการปฏิวัติรัสเซียและเม็กซิโก และหลังจากนั้นได้เกิดอีกครั้งในยุคล่าอาณานิคมภายหลังเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยในช่วงนั้นได้เกิดข้อโต้เถียงเกี่ยวกับประเด็นสิทธิของรัฐในการกำหนด

<sup>153</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3 ed. (United Kingdom: Cambridge University Press, 2014). p.207-208

เจตจำนงในทางเศรษฐกิจของตนเอง (Right to economic self-determination) สิทธิในการเวนคืน โดยปราศจากการชดเชยอย่างเต็มที่ (Full compensation) แต่เป็นการได้รับค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate compensation) ต่อมาได้มีพัฒนาการเกิดแนวคิดหลักการเวนคืนทางอ้อม (Indirect expropriation) ซึ่งเป็นการขยายสิทธิของรัฐให้มีการความกว้างขวางมากขึ้นในการดำเนินการกับทรัพย์สินต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่เคยมีมาก่อน โดยในประเด็นดังกล่าวนี้เป็นที่ถกเถียงกันเป็นอย่างมากเพราะด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐพยายามที่ใช้เหตุผลต่างๆ ในการใช้สิทธิการเวนคืนซึ่งนอกจากเหตุผลทางเศรษฐกิจแล้ว รัฐยังอ้างไปถึงเหตุผลทางในการปกป้องสิ่งแวดล้อม สังคม ความปลอดภัย การเงินและสาธารณสุขโลก<sup>154</sup> แต่ทั้งนี้ ในปัจจุบันนี้ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้มีการกำหนดขอบเขตในการใช้สิทธิในการเวนคืนทางอ้อม เช่น การกำหนดรูปแบบของการดำเนินการที่สามารถพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม การกำหนดช้อยกเว้นที่ให้สิทธิรัฐในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ การระบุนิติกรรมในการประเมินค่าชดเชย

ตามที่ทราบดีว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีสิทธิอธิปไตย (Sovereign right) ในการดำเนินการกับทรัพย์สินภายในอาณาเขตของตนที่ถือครองโดยคนชาติหรือคนต่างด้าวผ่านการเวนคืนทรัพย์สินภายใต้เหตุผลทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและเหตุอื่นๆ ทั้งนี้ การเวนคืนดังกล่าวนี้จะเป็นการชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดดังต่อไปนี้<sup>155</sup>

- (1) การกระทำการเวนคืนต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public purpose)
- (2) การดำเนินการต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination)
- (3) การดำเนินการต้องเป็นไปตามหลักนิติกระบวนการ (Due process of law)
- (4) การดำเนินการต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย (Compensation)

โดยเงื่อนไขดังกล่าวที่ได้กล่าวไปมักจะถูกกำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน แม้ว่าสิทธิในการเวนคืนทรัพย์สินนั้นได้ถูกยอมรับว่าเป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่งของรัฐ<sup>156</sup> แต่ทั้งนี้ ในทางปฏิบัตินั้นได้มีการโต้เถียงกันอย่างหลากหลายในการใช้สิทธิของรัฐในการเวนคืนทรัพย์สินดังกล่าวซึ่งจะเห็นได้จากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้มีการตีความในการปรับใช้ข้อบทดังกล่าว

<sup>154</sup> UNCTAD, *Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.1-2

<sup>155</sup> *ibid.*

<sup>156</sup> *ibid.*



ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้น รัฐต้องประกันสิทธิแก่นักลงทุนว่าจะไม่ถูกเวนคืนการลงทุนโดยปราศจากค่าชดเชย ซึ่งจากคำกล่าวดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นว่าหากรัฐมีการชดเชยให้แก่การลงทุนรัฐก็จะได้รับสิทธิในการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนอันเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่งของรัฐที่จะใช้สิทธิอธิปไตยภายในอาณาเขตของตนที่ตนมีอยู่<sup>157</sup> โดยในปัจจุบัน ความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนิยมทำกันมากที่สุดคือ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (BITs) โดยความตกลงรูปแบบดังกล่าวส่วนใหญ่ได้ระบุข้อบทเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืนไว้ นอกจากนี้ ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีบางฉบับได้มีการอ้างอิงถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในข้อบทสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืนอีกด้วย<sup>158</sup> ข้อบทการเวนคืนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศนั้นได้มีการบัญญัติชื่อของข้อบทไว้อย่างหลากหลาย เช่น Expropriation, Taking, Nationalization, Deprivation และ Dispossession ทั้งนี้ การบัญญัติดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับธรรมเนียมทางกฎหมาย (Legal Tradition) และการแปลความ แต่ทั้งนี้ส่วนใหญ่แล้วมักจะพบคำว่า “Nationalization” กับคำว่า “Expropriation” โดยทั้งสองคำนี้มีความหมายดังต่อไปนี้

คำว่า “Nationalization” หมายถึง การดำเนินการใดๆ ต่อทรัพย์สินของเอกชนในภาคธุรกิจหรืออุตสาหกรรม หรือที่ได้มีการกำหนดภาคส่วนใดไว้โดยเฉพาะในการเวนคืนทรัพย์สินนั้น โดยการเวนคืนทรัพย์สินในความหมายของคำดังกล่าวนี้จะมีการกระทำอย่างเป็นรูปธรรม กล่าวคือ มีการกระทำต่อตัวทรัพย์สินของเอกชนอย่างชัดเจน นอกจากนี้ การเวนคืนทรัพย์สินดังกล่าวมีผลกระทบเป็นวงกว้าง ทั้งนี้ การเวนคืนมักจะเกิดผลกระทบต่อการลงทุนในภาคอุตสาหกรรมโดยจะเกิดขึ้นเมื่อภาครัฐต้องการจัดระบบในการบริหารงานหรือต้องการที่จะผูกขาดอำนาจในภาคอุตสาหกรรม ซึ่งการเวนคืนในกิจการของภาคเอกชนดังกล่าวส่งผลให้ทรัพย์สินของเอกชนในภาคอุตสาหกรรมกลายเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ<sup>159</sup> นอกจากนี้ ตาม Black Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “Nationalization” ไว้ว่า การกระทำใดๆของรัฐส่งผลให้ภาคอุตสาหกรรมอยู่ภายใต้การควบคุมของภาครัฐหรือตกเป็นกรรมสิทธิ์ของภาครัฐ<sup>160</sup>

<sup>157</sup> ibid. p.5

<sup>158</sup> ibid.

<sup>159</sup> ibid.

<sup>160</sup> Garner, B. A., "Black Law Dictionary."

ส่วนคำว่า “Expropriation” หมายถึง การเวนคืนทรัพย์สินหรือกิจการบางประเภทที่กำหนดไว้โดยเฉพาะซึ่งสิทธิในทรัพย์สินหรือกิจการจะถูกโอนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการดังกล่าว โดยการเวนคืนอาจจะกระทำต่อประเภทกิจการที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในวงกว้างก็ได้ ทั้งนี้ การเวนคืนมีวัตถุประสงค์เพื่อการปฏิรูปกิจการเหล่านั้น หรือเป็นการเวนคืนกิจการบางประเภทของนักลงทุนต่างประเทศและเฉพาะพื้นที่ตามที่กำหนดไว้ หรือเป็นการเวนคืนเฉพาะพื้นที่เพื่อการทำกิจการหรือสาธารณประโยชน์อื่นๆของรัฐ เช่น การสร้างทางยกระดับการสร้างรถไฟ<sup>161</sup> นอกจากนี้ตาม Black Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “Expropriation” ไว้ว่า การดำเนินการใดๆ หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิในการถือครองทรัพย์สินของภาคเอกชนมาเป็นของภาครัฐ

ดังนั้น จากความหมายที่ผู้เขียนได้อธิบายไปในข้างต้นจะเห็นได้ว่าคำว่า “Nationalization” จะมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “Expropriation” กล่าวคือ ลักษณะของการดำเนินการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินจะมีผลกระทบในวงกว้างมากกว่าและไม่มีความเฉพาะเจาะจงเท่ากับการดำเนินการในแง่ของความหมายของคำว่า Expropriation ทั้งการดำเนินการในแง่ความหมายของคำว่า Nationalization จะมีความเป็นรูปธรรมมากกว่า คือ มีการดำเนินการต่อตัวกิจการหรือทรัพย์สินของภาคเอกชน แต่ในทางกลับกัน Expropriation มักจะเป็นการดำเนินการต่อสิทธิของภาคเอกชน

ทั้งนี้ ตามความคิดเห็นของผู้เขียนนั้นผู้เขียนว่า คำทั้งสองดังกล่าวนี้ไม่มีความแตกต่างกันด้วยเหตุผลที่ว่าในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นในหลายๆ ฉบับ ไม่ได้มีบรรทัดฐานที่ชัดเจนว่า คำใดเป็นการดำเนินการเวนคืนที่มีผลกระทบในวงกว้างหรือโดยกิจการเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นต่างได้มีการบัญญัติคำที่แตกต่างกันซึ่งในทางปฏิบัตินั้นก็ได้มีการปรับใช้คำทั้งสองดังกล่าวในรูปแบบเดียวกันโดยมีเงื่อนไขในการเวนคืนเดียวกันที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้น อีกทั้งในบางความตกลงก็ได้มีการใช้คำอื่นๆที่นัยยะเดียวกันกับคำทั้งสองดังกล่าว เช่น Taking a property, deprivation หรือ dispossession และในประการสุดท้ายคือ การดำเนินการเวนคืนของรัฐนั้นก็ให้ได้ว่าซึ่งอำนาจในการควบคุมหรือกรรมสิทธิ์ในกิจการหรือทรัพย์สินของภาคเอกชน

<sup>161</sup> UNCTAD, *Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.5-6

เช่นเดียวกันจึงเป็นเหตุผลที่ทำให้ผู้เขียนเห็นว่าคำทั้งสองนั้นไม่น่าจะมีความแตกต่างกันมากนัก จึงสามารถใช้แทนกันได้

### 1.2.2 ความตกลงที่มีการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน และปัญหาในการตีความ

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในหลายฉบับนั้นได้ให้ความสำคัญกับขอบเขตมาตรฐานการปฏิบัติและการคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอบเขตการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน เนื่องจากเป็นขอบเขตที่แสดงให้เห็นว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตย (Sovereign right) ในการที่จะดำเนินการกับทรัพย์สินภายในอาณาเขตของตนที่ถือครองโดยคนชาติหรือคนต่างด้าวผ่านการเวนคืนทรัพย์สินดังกล่าวเหล่านั้นภายใต้เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม และเหตุผลอื่นๆ แต่ทั้งนี้ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็ได้มีการบัญญัติขอบเขตการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้แตกต่างกัน ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอรูปแบบในการบัญญัติขอบเขตดังกล่าวพร้อมทั้งเสนอบทเรียนจากคำพิพากษาหรือคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อจะแสดงให้เห็นว่ารูปแบบขอบเขตใดก่อให้เกิดการตีความหรือการปรับใช้ที่อาจจะก่อให้เกิดปัญหากับสิทธิในการควบคุมของรัฐ (Right to regulate) อันเป็นอุปสรรคที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทต่อไป

#### 1.2.2.1 ขอบเขตการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยไม่มีการบัญญัติการเวนคืนทางอ้อม

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้บัญญัติถึงสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการที่จะเวนคืนกิจการของนักลงทุนเมื่อได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้เงื่อนไข 4 ประการที่ได้กล่าวไปข้างต้นโดยที่เงื่อนไขดังกล่าวทั้ง 4 ประการนั้นได้ถูกมองว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>162</sup> แต่ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวไปว่าการเวนคืนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีทั้งการเวนคืนทางตรงและการเวนคืนทางอ้อม ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในบางฉบับก็ไม่ได้มีการบัญญัติถึงการเวนคืนทางอ้อม (Indirect expropriation) ไว้อย่างชัดเจน แต่บัญญัติให้สิทธิรัฐผู้รับการลงทุนในการที่จะเวนคืนกิจการ (Expropriation /

<sup>162</sup> Schreuer, R. D. a. C., *Principles of International Investment Law*. p.99

Nationalization) เท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนี้ อาจจะก่อให้เกิดการตีความอย่างหลากหลายได้ เนื่องจาก ไม่ได้มีการระบุหรือมีการขยายคำดังกล่าวเพิ่มเติมว่าการเวนคืนที่รัฐมีสิทธินั้นเป็นการเวนคืนทางตรงหรือการเวนคืนทางอ้อม ด้วยเหตุผลดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดการพิจารณาหรือตีความได้ว่า การบัญญัติข้อบทรูปแบบดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อมด้วย<sup>163</sup>

ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวหากเกิดข้อพิพาทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวอาจจะถูกพิจารณาเป็นการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อมได้ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าการบัญญัติข้อบทให้มีความชัดเจนหรือไม่มีความชัดเจนว่า รวมถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วยก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด เพียงแต่อาจจะเกิดประเด็นที่ว่า นักลงทุนสามารถอ้างได้หรือไม่ว่าการที่รัฐไม่ได้บัญญัติข้อบทให้ชัดเจนถึงการลงทุนทางอ้อมนั้นทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมที่จะไม่ถูกเวนคืนทางอ้อมจากรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งจะได้ศึกษาต่อในส่วนที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์บทเรียนจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ

โดยตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยไม่มี การระบุการเวนคืนทางอ้อม เช่น

Lebanon - Malaysia BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐคู่สัญญาต้องไม่ใช้มาตรการใดๆ ที่เป็นการเวนคืนหรือการยึดการลงทุนของนักลงทุนเป็นของรัฐ เว้นแต่จะได้กระทำไปตามเงื่อนไข...”<sup>164</sup>

<sup>163</sup> UNCTAD, *Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p.8

<sup>164</sup> "Agreement between the Government of the Lebanese Republic and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments," (2002).

#### Article 5

“ Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization against the investments of an investor of the other Contracting Party except under the following conditions...”

Austria - Croatia BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนของนักลงทุนของรัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องไม่ถูกเวนคืนในอาณาเขตของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่าย เว้นแต่ การเวนคืนนั้นจะได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นไปตามหลักคุณนิติกระบวนและมีการชดเชยค่าเสียหาย”<sup>165</sup>

จากตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในข้างต้นที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างไปนั้น จะสังเกตได้ว่า เนื้อความในข้อบทไม่ได้ระบุชัดเจนว่าการเวนคืนเป็นการลงทุนประเภทใด ทั้งเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ เช่น มาตรการใดๆ ที่เป็นการเวนคืน ซึ่งในนัยยะของวลีดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วอาจทำให้เกิดการตีความได้ ซึ่งจากที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นว่า การบัญญัติข้อบทเช่นนั้นเป็นการบัญญัติที่ครอบคลุมถึงการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อม

ผู้เขียนได้ศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยไม่มี การบัญญัติถึงการเวนคืนทางอ้อมซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการพิจารณาข้อบทไปถึงการเวนคืนทางอ้อม และเกิดการยกข้อบทกล่าวอ้างถึงการเวนคืนทางอ้อม เช่น ในคดี Georg Gavrilović and Gavrilović D.O.O. v. Republic of Croatia โดยโจทก์ในคดีนี้คือ นาย Georg Gavrilović บุคคลธรรมดาชาวออสเตรียและ Gavrilović D.O.O. ซึ่งเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายประเทศโครเอเชีย<sup>166</sup> กับสาธารณรัฐโครเอเชีย (จำเลย)<sup>167</sup> โดยคดีนี้อยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรียและสาธารณรัฐโครเอเชีย ปี ค.ศ. 1999<sup>168</sup>

<sup>165</sup> "Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and Protection of Investments," (1999).

#### Article 4 (1)

“(1) Investments of investors of either Contracting Party **shall not be expropriated in the territory of the other Contracting** Party except for a public purpose by due process of law and against compensation.”

<sup>166</sup> "Georg Gavrilović and Gavrilović D.O.O. And Republic of Croatia," (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2018). Para. 2.

<sup>167</sup> *ibid.* Para. 3.

<sup>168</sup> *ibid.* Para. 1.

โดยโจทก์ได้ทำการลงทุนในอุตสาหกรรมด้านอาหารในสาธารณรัฐโครเอเชีย<sup>169</sup> โดยโจทก์อ้างว่า จำเลยได้กระทำการเวนคืนทางตรงและไม่ชอบด้วยกฎหมายในทรัพย์สินของโจทก์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้ อันเป็นการละเมิดข้อ 4(1)<sup>170</sup> ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐออสเตรเลียและสาธารณรัฐโครเอเชีย ปี ค.ศ. 1999 โดยแปลงที่ดินซึ่งได้รับการจดทะเบียนจากจำเลยตามข้อ 362(3) ของพระราชบัญญัติความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ (the Ownership Act) กำหนดให้จำเลยเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินและทรัพย์สินภายใต้การถือกรรมสิทธิ์ทางสังคม โดยตามกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสันนิษฐานไว้ว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดๆ ที่ยังมีได้มีการจดทะเบียน หากผู้ใดอ้างความเป็นเจ้าของจะต้องมีการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของ<sup>171</sup> เช่น การร้องขอต่อศาลภายในประเทศ และยิ่งไปกว่านั้นโจทก์ได้กล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลย 3 ประการดังต่อไปนี้ถือว่าการกระทำเวนคืนทางอ้อม<sup>172</sup>

ประการที่หนึ่ง ความล้มเหลวในการอำนวยความสะดวกในการจดทะเบียนทรัพย์สิน

ประการที่สอง การแทรกแซงในการจดทะเบียนทรัพย์สินของโจทก์ และ

ประการที่สาม ความล้มเหลวในการเจรจากับโจทก์ด้วยความสุจริตเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของและการจดทะเบียนในทรัพย์สิน

อนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทตามที่โจทก์กล่าวอ้างว่า **ประการที่หนึ่ง** ความล้มเหลวของจำเลยในการอำนวยความสะดวกในการจดทะเบียนทรัพย์สินนั้นไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมตามที่โจทก์กล่าวอ้าง เนื่องจาก การกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นผลกระทบต่อสิทธิใดๆ ในทรัพย์สินของโจทก์แต่อย่างใด ทั้งไม่มีหลักกฎหมายรับรองสิทธิแก่นักลงทุนในการร้องขอต่อรัฐเพื่อยืนยันสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนโดยที่นักลงทุนยังมิได้มีการร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการ<sup>173</sup> **ประการที่สอง** กรณีการแทรกแซงในการจดทะเบียนทรัพย์สินของโจทก์นั้น อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็น

<sup>169</sup> ibid. Para. 5.

<sup>170</sup> "Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and Protection of Investments."

#### Article 4 Compensation

"... (1) Investments of investors of either Contracting Party **shall not be expropriated** in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose by due process of law and against compensation. ..."

<sup>171</sup> "Georg Gavrilović and Gavrilović D.O.O. And Republic of Croatia." Para. 149.

<sup>172</sup> ibid. Para. 939.

<sup>173</sup> ibid. Para. 942.

ว่า ไม่มีการกระทำใดๆ ของจำเลยที่เป็นการแทรกแซงการดำเนินการร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการของโจทก์เพื่อให้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น<sup>174</sup> **ประการที่สาม** ในประเด็นความล้มเหลวในการเจรจากับโจทก์ด้วยความสุจริตเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของและการจดทะเบียนทรัพย์สินนั้น อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า อนุญาโตตุลาการไม่พบว่าจำเลยได้ทำการเจรจากับโจทก์ด้วยความไม่สุจริต<sup>175</sup> ดังนั้น โดยสรุปแล้ว อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วพบว่า จำเลยไม่ได้กระทำการใดๆ อันเป็นการเวนคืนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่เป็นกรณีที่โจทก์ไม่เคยพยายามที่จะจดทะเบียนในทรัพย์สินดังที่โจทก์กล่าวอ้าง ดังนั้น การกล่าวอ้างของโจทก์ที่ว่า จำเลยไม่ได้รับความสะดวกในการจดทะเบียนทรัพย์สิน และถูกจำเลยแทรกแซงในการดำเนินการจดทะเบียนทรัพย์สินมีน้ำหนักในการรับฟังไม่เพียงพอ<sup>176</sup>

จากคดีดังกล่าวอาจจะสะท้อนให้เห็นได้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการพิจารณาถึงความชอบทการเวนคืนที่ไม่มี การบัญญัติถึงการเวนคืนทางอ้อม โดยพิจารณาไปถึงการเวนคืนทางอ้อมในข้อพิพาทซึ่งโจทก์กล่าวอ้าง และมีการยกขึ้นกล่าวอ้างของนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้รัฐผู้รับการลงทุนเกิดความรับผิด ซึ่งอาจจะทำให้เห็นได้ว่า การบัญญัติถ้อยคำเพียงว่า “การเวนคืน” ดังกล่าวอาจจะหมายถึงรวมถึงการเวนคืนในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการเวนคืนทางตรงหรือการเวนคืนทางอ้อมด้วย และอาจจะสะท้อนให้เห็นถึงการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาตีความข้อบทตามข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ

#### 1.2.2.2 ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยมีการบัญญัติการเวนคืนทางอ้อม

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในหลายๆ ฉบับได้มีการกำหนดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน โดยความตกลงดังกล่าวนี้ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการเวนคืนทางตรงและทางอ้อม อีกทั้งอาจจะมีการบัญญัติ เช่น มาตรการใดๆ อันมีผลกระทบต่อ การลงทุนของนักลงทุนเทียบเท่ากับการเวนคืน (equivalent to, tantamount to)<sup>177</sup> ซึ่งการบัญญัติ

<sup>174</sup> ibid. Para. 943.

<sup>175</sup> ibid. Para. 944.

<sup>176</sup> KIRRIN HOUGH, "Icsid Tribunal Finds Croatia in Breach of Expropriation Obligations under Austria–Croatia Bit," [Online]. Available from: <https://www.iisd.org/itn/2018/10/17/icsid-tribunal-finds-croatia-in-breach-of-expropriation-obligations-under-austria-croatia-bit-kirrin-hough/>

<sup>177</sup> UNCTAD, Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements li. p.8

ข้อบทในลักษณะดังกล่าวอาจจะเป็นผลดีแก่นักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากนักลงทุนสามารถทราบล่วงหน้าได้ว่า รัฐผู้รับการลงทุนนั้นอาจจะดำเนินการใช้มาตรการใดๆ อันอาจจะเป็นการเวนคืนกิจการของตนได้ไม่ว่าจะเป็นการเวนคืนทั้งทางตรงหรือทางอ้อมหรือในกรณีที่รัฐออกมาตรการใดๆ อันมีผลกระทบต่อการลงทุนเทียบเท่ากับการเวนคืน ทั้งนี้ การเวนคืนดังกล่าวนั้นต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนั้นๆ นอกจากนี้ การบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนี้ยังเป็นผลดีแก่รัฐผู้รับการลงทุนอีกด้วยที่สามารถกระทำการเวนคืนได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม หากว่ารัฐต้องการที่จะใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนนั้นภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงซึ่งไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาทด้านการลงทุนที่รัฐอาจจะมีควมรับผิดชอบเกิดขึ้นได้

โดยตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทการเวนคืนโดยมีการบัญญัติข้อบทรวมถึงการเวนคืนทางอ้อมอย่างชัดเจน เช่น

Indonesia Model BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“รัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องไม่ใช้มาตรการใดๆ อันเป็นการเวนคืนหรือมีผลกระทบเทียบเท่ากับการเวนคืนต่อการลงทุนของนักลงทุนรัฐคู่สัญญาอีกฝ่าย เว้นแต่จะได้กระทำตามเงื่อนไข...”<sup>178</sup>

Egypt-Germany BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนโดยนักลงทุนของรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องไม่ถูกเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อมรวมถึงมาตรการใดๆ อันมีผลกระทบเทียบเท่ากับการเวนคืนภายในอาณาเขตของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่าย เว้นแต่ จะได้เป็นไปตามเงื่อนไข...”<sup>179</sup>

<sup>178</sup> "Indonesia Model Bilateral Investment Treaties."

#### Article IV Expropriation

“Each Contracting Party **shall not take any measures of expropriation**, nationalization or any other dispossession, **having effect equivalent to nationalization or expropriation** against the investments of an investor of the other Contracting Party except under the following conditions...”

<sup>179</sup> "Agreement between the Arab Republic of Egypt and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments ", (2005).

#### Article 4(2)



### North America Free Trade Agreement ได้วางหลักไว้ว่า

“ห้ามมิให้รัฐภาคีฝ่ายใดกระทำการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อมรวมไปถึงการใช้มาตรการใดๆ อันมีผลกระทบเทียบเท่ากับการเวนคืนต่อการลงทุนของนักลงทุนในอาณาเขตของรัฐภาคีอีกฝ่าย เว้นแต่ จะได้กระทำตามเงื่อนไข...”<sup>180</sup>

### Mexico-United Kingdom BIT ได้วางหลักไว้ว่า

“การลงทุนโดยนักลงทุนของรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องไม่ถูกเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อมรวมไปถึงมาตรการใดๆอันมีผลกระทบเทียบเท่ากับการเวนคืนภายในอาณาเขตของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่าย เว้นแต่ จะได้เป็นไปตามเงื่อนไข...”<sup>181</sup>

จากการศึกษาของผู้เขียนมีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจากแนวคำตัดสินคณะอนุญาโตตุลาการได้สะท้อน

---

“Investments by investors of either Contracting State **shall not directly or indirectly be expropriated**, nationalized or **subjected to any other measures the effects of which would be tantamount to expropriation** or nationalization in the territory of the other Contracting State except...”

<sup>180</sup> "The North American Free Trade Agreement".

#### Article 1110

“1. 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:...”

<sup>181</sup> "Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments," (2006).

#### Article 7

“ Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalized or expropriated, either directly or indirectly through measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (“expropriation”) in the territory of the other Contracting Party except...”

ให้เห็นถึงประเด็นที่อาจจะกระทบต่อการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐได้ดังต่อไปนี้

**(1) ประเด็นการเพิกถอนกฎหมายที่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการดำเนินการลงทุน โดยการกล่าวอ้างเหตุเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่ที่ดำเนินการลงทุน**

ประเด็นการเพิกถอนกฎหมายที่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการดำเนินการลงทุน โดยการกล่าวอ้างเหตุเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่ที่ดำเนินการลงทุนได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในรูปแบบที่มีการบัญญัติการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจากการศึกษาในคดี Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru เป็นคดีระหว่าง บริษัท Bear Creek Mining Corporation (“Bear Creek”) ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติแคนาดา (โจทก์) กับสาธารณรัฐเปรู (จำเลย) โดยคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศแคนาดาและสาธารณรัฐเปรู (Canada-Peru Free Trade Agreement)<sup>182</sup>

ในปี ค.ศ. 2003 โจทก์ได้รับสิทธิใน Peru Exploration Ventures LLP ซึ่งเป็นกิจการที่ได้รับสิทธิในการสำรวจ การพัฒนาและการขายแร่ในประเทศเปรู<sup>183</sup> โจทก์ได้ลงทุนในการพัฒนาแหล่งแร่เงิน Santa Ana ซึ่งตั้งอยู่ในบริเวณเมือง Puno ซึ่งอยู่ใกล้กับประเทศโบลิเวีย โดย Peruvian Constitution ระบุว่า แหล่งเหมืองแร่ตั้งอยู่บริเวณเขตแดนกิโลเมตรที่ 50 ซึ่งเป็นเขตที่จะต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายบริหารของจำเลยในการประกอบกิจการเหมืองแร่ โดยในช่วงแรก สิทธิในการทำเหมืองในพื้นที่ดังกล่าวเป็นสิทธิโดยแท้ของชาวเปรู แต่ภายหลังโจทก์เป็นผู้ได้รับสิทธิในการทำเหมืองในพื้นที่ดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว<sup>184</sup>

ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2007 นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ได้ออก Supreme Decree ที่ 083-2007 ระบุว่า โครงการเหมืองแร่ Santa Ana นั้นเป็นโครงการที่มีความจำเป็นต่อสาธารณะ (Public necessity) และภายใต้กฎหมายฉบับนี้ทำให้โจทก์ได้รับอนุญาตตามสัญญา

<sup>182</sup> "Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú," (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2017). paras. 2-3.

<sup>183</sup> ibid. para. 120.

<sup>184</sup> Stefanie Schacherer, "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s," (2018). p. 6.

สัมปทานให้ใช้สิทธิถือครองและดำเนินการ ในกิจการเหมืองแร่<sup>185</sup> นับจากปี ค.ศ. 2007 โจทก์ได้รับสิทธิในการทำเหมืองแร่ โจทก์ได้ดำเนินการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและด้านสังคมที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของโจทก์ โดยในปี ค.ศ. 2011 กระทรวงพลังงานและกิจการเหมือง (Ministerio de Energía y Minas - MINEM) ซึ่งเป็นหน่วยงานของจำเลยได้เห็นชอบแผนการมีส่วนร่วมของชุมชน (The Community Participation Plan - CPP) และผลการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและด้านสังคมที่โจทก์ได้จัดทำขึ้น ทั้งได้ให้คำแนะนำแก่โจทก์ในการประเมินผลกระทบดังกล่าวว่า ให้ดำเนินการประเมินโดยให้ชุมชนในบริเวณที่ประกอบกิจการเหมืองแร่เข้ามามีส่วนร่วมในการประเมินผลกระทบด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินกิจการและการพัฒนาเหมืองแร่ The Santa Ana ได้มีการคัดค้านจากชุมชนในพื้นที่ในช่วงเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2011 เนื่องจาก ชุมชนมีความกังวลว่าการทำเหมืองแร่จะส่งผลกระทบในด้านลบต่อชุมชน ไม่ว่าจะเป็นต่อพื้นที่ในการทำเกษตรกรรมและการดำเนินชีวิตของประชาชน จากการคัดค้านดังกล่าวนำไปสู่การประท้วงที่มีความรุนแรงในพื้นที่ จนกระทั่งในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2011 รัฐบาลคณะใหม่ต้องการที่จะแก้ปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยในพื้นที่เมือง Puno ซึ่งเป็นพื้นที่ดำเนินกิจการเหมืองแร่<sup>186</sup> รัฐบาลคณะใหม่จึงได้ออก Supreme Decree ที่ 032-2011 เพิกถอน Supreme Decree ที่ 083-2007<sup>187</sup> (กฎหมายที่ให้สิทธิโจทก์ตามสัญญาสัมปทานให้ถือครองและดำเนินการในกิจการเหมืองแร่) ซึ่งจากการออก Supreme Decree ที่ 032-2011 ของรัฐบาลคณะใหม่ ทำให้โจทก์ไม่สามารถดำเนินกิจการเหมืองแร่ตามสัญญาสัมปทานได้อีกต่อไป

ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2014 โจทก์ได้ยื่นฟ้องเป็นจำเลยภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศแคนาดา กับสาธารณรัฐเปรู โดยอ้างว่าจำเลยได้ละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนกิจการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากการออก Decree 032 ซึ่งโจทก์เห็นว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation)<sup>188</sup> ประเด็นข้อพิพาทของคดี

<sup>185</sup> "Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú." para. 149.

<sup>186</sup> *ibid.* p. 6; Schacherer, S., "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s."

<sup>187</sup> "Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú." para. 202.

<sup>188</sup> Schacherer, S., "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s." p. 6.

ดังกล่าวเกี่ยวกับข้อบทการเวนคืนจึงจะต้องพิจารณาตามข้อ 812.1<sup>189</sup> ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศแคนาดากับสาธารณรัฐเปรู ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ข้อบทได้กำหนดรูปแบบของการเวนคืนไว้อย่างชัดเจน ห้ามรัฐภาคีกระทำการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือมาตรการใดๆที่มีผลกระทบเท่ากับการเวนคืน ซึ่งก็มีข้อยกเว้นให้ทำการเวนคืนได้หากว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นไปตามหลักศุนีติกระบวน โดยการกระทำนั้นไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติและมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทันทีที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้จะต้องพิจารณาภาคผนวกท้ายความตกลงที่ 812.1<sup>190</sup> ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อมไว้ โดยภาคผนวกดังกล่าวได้กำหนด 3 ปัจจัยที่สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่า มาตรการซึ่งรัฐกระทำนั้นเป็นมาตรการที่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ **ปัจจัยประการแรกคือ** ผลกระทบในทางเศรษฐกิจของนักลงทุน กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวส่งผลให้

---

<sup>189</sup> "Canada-Peru Free Trade Agreement."

#### **Article 812 Expropriation**

"1. Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except for a public purpose, in accordance with due process of law, in a nondiscriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation...."

<sup>190</sup> *ibid.*

#### **Annex 812.1 Indirect Expropriation มหาวิทยาลัย**

The Parties confirm their shared understanding that:

(a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;

(b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitutes 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 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; ..."

มูลค่าในการลงทุนลดลงอย่างมีนัยยะสำคัญหรือไม่ **ปัจจัยประการที่สอง**คือ การละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน **ปัจจัยประการที่สาม**คือ ลักษณะอื่นๆ ของการกระทำ

ในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าการที่จำเลยได้มีการออก Supreme Decree ที่ 032-2011 เพิกถอน Supreme Decree ที่ 083-2007 เป็นการเวนคืนกิจการของจำเลยในทางอ้อมตามข้อ 812 และนอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการยังพิจารณาตามภาคผนวกที่ 812.1 โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผล 4 ประการ ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** Supreme Decree ที่ 032-2011 ส่งผลกระทบต่อในการด้านเศรษฐกิจในการดำเนินกิจการเหมืองแร่ของโจทก์ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อโจทก์ ซึ่งไม่สามารถกระทำการใดๆ หรือใช้สิทธิใดๆ ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในกิจการเหมือง Santa Ana<sup>191</sup> ทั้งยังทำให้มูลค่าในการลงทุนต้องลดลงอย่างมีนัยยะสำคัญ

**ประการที่สอง** Supreme Decree ที่ 032-2011 เป็นกฎหมายซึ่งเพิกถอนกฎหมาย (Supreme Decree ที่ 083-2007) ซึ่งให้สิทธิแก่โจทก์ในการดำเนินกิจการเหมืองแร่ตามสัญญาสัมปทานโดยโจทก์อาจจะคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลในการพัฒนาและดำเนินการเหมืองแร่ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐบาลได้อนุญาตอย่างชัดแจ้งให้ดำเนินกิจการดังกล่าวได้<sup>192</sup> แต่การออก Supreme Decree ที่ 032-2011 เป็นการทำลายความคาดหวังของนักลงทุนในการลงทุน

**ประการที่สาม** ลักษณะของมาตรการที่จำเลยใช้ เมื่ออนุญาโตตุลาการพิจารณา Supreme Decree ที่ 032-2011 แล้วนั้นพบว่า การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการให้โจทก์เข้าร่วมหรือข้องเกี่ยวกับการออกกฎหมายดังกล่าว และเป็นกฎหมายที่ออกโดยไม่ได้มีการประเมินในการเพิกถอน Supreme Decree ที่ 083-2007 อย่างความสมเหตุสมผล<sup>193</sup> และกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นออกโดยไม่ได้ให้สิทธิแก่โจทก์ตามศุภนิติกระบวนและอนุญาโตตุลาการยังพบว่า Supreme Decree ที่ 032-2011 นั้น ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่แก่นักลงทุนเอาไว้<sup>194</sup>

<sup>191</sup> "Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú." para. 375.

<sup>192</sup> ibid. para. 376.

<sup>193</sup> Schacherer, S., "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s." p. 8.

<sup>194</sup> "Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú." paras. 447-448.

**ประการที่สี่** จากกรณีที่จำเลยกล่าวอ้างว่าการเพิกถอนสิทธิในการดำเนินกิจการเหมืองแร่ของโจทก์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่ อนุญาโตตุลาการเห็นพ้องด้วยกับข้อกล่าวอ้างของจำเลยดังกล่าว แต่อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า การดำเนินการของโจทก์นั้นสามารถที่จะดำเนินการต่อไปได้ หากว่าการประกอบกิจการเหมืองของโจทก์ได้รับความไว้วางใจจากชุมชนในท้องถิ่นที่ดำเนินกิจการเหมืองแร่ ทั้งนี้ ตามกฎหมายได้มีข้อกำหนดในการดำเนินการกิจการเหมืองแร่ไว้อย่างถูกต้องแล้วแต่รัฐบาลคณะใหม่ได้ดำเนินการเพิกถอนกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้เพิกถอนกฎหมายฉบับดังกล่าว<sup>195</sup>

ดังนั้น ด้วยเหตุผลทั้งสี่ประการข้างต้น อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยที่ได้มีการออก Supreme Decree ที่ 032-2011 เพื่อยกเลิก Supreme Decree ที่ 083-2007 ซึ่งกระทบต่อสิทธิของโจทก์ในการทำกิจการเหมืองแร่ภายใต้สัญญาสัมปทานเป็นการเวนคืนทางอ้อมอันเป็นการละเมิดข้อ 812.1 ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศแคนาดา กับสาธารณรัฐเปรู<sup>196</sup>

## (2) ประเด็นการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย (Police power) เพื่อคุ้มครองสุขภาพประชาชน

ประเด็นการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย (Police power) เพื่อคุ้มครองสุขภาพประชาชน ได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในรูปแบบที่มีการบัญญัติการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อมซึ่งจากการศึกษาในคดี Phillip Morris v. Oriental Republic of Uruguay เป็นคดีระหว่าง Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) (“PMB”), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) (“PMP”) ซึ่ง PMB และ PMP เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยทั้งสองเป็นผู้ร่วมค้าในนาม Phillip Morris and Abal Hermanos S.A. (“Abal”) เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายประเทศอุรุกวัย โดย Abal นั้น มี PMB เป็นเจ้าของ 100 เปอร์เซ็นต์<sup>197</sup>

<sup>195</sup> Schacherer, S., "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s." p. 8.

<sup>196</sup> "Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú." para. 449.

<sup>197</sup> "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay," (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 2016). Paras. 2 - 5.

(โจทก์) กับ สาธารณรัฐบุรพาอูรุกวัย (จำเลย)<sup>198</sup> โดยคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้ Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 1991<sup>199</sup>

ประเทศอูรุกวัยมีอัตราการสูญบุหรีที่สูงที่สุดในแถบประเทศละตินอเมริกา การบริโภคน้ำมันดังกล่าวนั้นมีผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนและเศรษฐกิจในภาพรวมของประเทศอูรุกวัย<sup>200</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ประเทศอูรุกวัยจึงได้มีมาตรการที่สำคัญในการต่อต้านการสูญบุหรีและการเลือกใช้กฎหมายที่สำคัญ 2 ฉบับ ดังนี้

**ฉบับที่หนึ่ง** คือ The 2008 Single Presentation Requirement regulation เป็นกฎหมายที่ควบคุมผู้ผลิตบุหรีไม่ให้มีเครื่องหมายการค้าของบุหรีในหลายประเภท และกำหนดให้ข้างซองบุหรีจะต้องมีคำเตือนถึงอันตรายต่อสุขภาพของผู้บริโภคขนาด 50 เพอร์เซ็นต์ของพื้นที่ของบุหรี<sup>201</sup>

**ฉบับที่สอง** คือ 80/80 Regulation เป็นกฎหมายเกณฑ์ที่ออกภายใต้คำสั่งของประธานาธิบดี กำหนดให้มีคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพของผู้สูบบุหรีในพื้นที่ 80 เพอร์เซ็นต์ของบรรจุภัณฑ์ ซึ่งหมายความว่าเหลือพื้นที่เพียง 20 เพอร์เซ็นต์สำหรับเครื่องหมายทางการค้าของเจ้าของแบรนด์และข้อมูลอื่นๆ<sup>202</sup>

โจทก์กล่าวอ้างว่า การออกกฎหมายดังกล่าวทั้งสองฉบับของจำเลยเป็นการละเมิดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ข้อ 5(1)<sup>203</sup> ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและ

<sup>198</sup>ibid. Para. 7.

<sup>199</sup> ibid. Para. 1.

<sup>200</sup> ibid. Para. 75 - 76.

<sup>201</sup> ibid. Paras. 108 - 109.

<sup>202</sup> ibid. Paras. 121 - 122.

<sup>203</sup> "Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments ", (1991).

#### Article 5 Dispossession, Compensation

"... ( 1 ) Neither of the Contracting Parties shall take, **either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measure having the same nature or the same effect** against investments belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for the public benefit as established by law, on a non-discriminatory basis, and under due process of law, and provided that provisions be made for effective and

คุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศสวิตเซอร์แลนด์กับประเทศอูรุกวัย โดยเฉพาะการออกข้อห้ามต่างๆ ที่มีผลต่อสินค้าของโจทก์ถึง 7 ชนิดใน 13 ชนิด และการลดมูลค่าของสินค้าโจทก์อย่างมีนัยยะสำคัญอันถือว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิทางปัญญา (ทรัพย์สินทางปัญญา) และค่าแห่งสิทธิ (ค่าแห่งกิวติวัลล์) ในสินค้าของโจทก์แต่ละชนิด ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงเป็นการละเมิดข้อบทว่าด้วยการเวนคืนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสวิตเซอร์แลนด์และประเทศอูรุกวัย<sup>204</sup>

จำเลยโต้แย้งว่า กฎหมายทั้งสองฉบับนั้นเป็นการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย (Police power) ของจำเลยในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ดังนั้น ไม่อาจจะถือได้ว่าการออกกฎหมายดังกล่าวที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของโจทก์เป็นการเวนคืนกิจการของโจทก์ นอกจากนี้จำเลยได้ระบุว่า การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้มีได้มีผลกระทบในทางเศรษฐกิจต่อธุรกิจโจทก์โดยสิทธิของผู้จดทะเบียนสิทธิในเครื่องหมายการค้าจะได้รับผลกระทบต่อเมื่อมีผู้อื่นละเมิดสิทธิในเครื่องหมายทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ในการใช้เครื่องหมายทางการค้าเท่านั้น นอกจากนี้ จำเลยกล่าวอ้างว่าโจทก์ไม่ได้รับสิทธิโดยสมบูรณ์ในการถือสิทธิเครื่องหมายการค้าเนื่องจาก โจทก์ไม่สามารถระบุลักษณะเฉพาะของสินค้าแต่ละชนิดของตนเองได้<sup>205</sup>

อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาตามข้อ 5(1) ของความตกลงดังกล่าวซึ่งได้บัญญัติว่า “การเวนคืนรวมถึงมาตรการใดๆ ที่มีลักษณะหรือผลกระทบอันเป็นการเวนคืนหรือการยึดกิจการ” ดังนั้นการเวนคืนทางอ้อมภายใต้ความตกลงฉบับดังกล่าวนี้ได้กำหนดไว้อย่างแตกต่างและชัดเจนกว่าความตกลงฉบับอื่นๆ กล่าวคือ การที่จะพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ต้องพิจารณาว่ามาตรการนั้นๆ จะต้องมีผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการลงทุนของนักลงทุน เช่น การเข้ายึดกิจการในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกิจการ การเข้าควบคุมในการดำเนินการของการลงทุน ซึ่งจากการกระทำดังกล่าวต้องส่งผลกระทบต่อนักลงทุน<sup>206</sup> เมื่อพิจารณาแล้ว อนุญาโตตุลาการเห็นว่า กฎหมายทั้งสองฉบับนั้นเป็นต้นเหตุในการเรียกร้องว่าจำเลยละเมิดข้อ 5(1) อันเกิดการจากการใช้อำนาจใน

---

adequate compensation. The amount of compensation, interest included, shall be settled in the currency of the country of origin of the investment and paid without delay to the person entitled thereto. ...”

<sup>204</sup> "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay." Para. 180.

<sup>205</sup> *ibid.* Para. 181.

<sup>206</sup> *ibid.* Para. 192.



การรักษาความสงบเรียบร้อยของจำเลย (Police power)<sup>207</sup> โดยเมื่อพิจารณาแล้ว การใช้อำนาจของจำเลยเป็นการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนอันเป็นหลักการที่สำคัญในการใช้อำนาจเด็ดขาดของรัฐ ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาข้อ 2(1)<sup>208</sup> กำหนดให้รัฐภาคีมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่อนุญาตให้ทำการลงทุนในกรณีที่ว่าการลงทุนนั้นๆ จะส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของสาธารณชน สุขภาพของสาธารณชน หรือศีลธรรม<sup>209</sup> โดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายทั้งสองฉบับซึ่งจำเลยออกมาใช้บังคับนั้นมีวัตถุประสงค์ออกมาเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศของจำเลยในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน<sup>210</sup> นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการยังได้พิจารณาว่า กฎหมายดังกล่าวนี้ที่อ้างว่าเป็นการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ เป็นไปตามเงื่อนไขบางประการหรือไม่ กล่าวคือ มาตรการที่ออกมานั้นจะต้องกระทำด้วยความสุจริต อันกระทำไปเพื่อการคุ้มครองสวัสดิภาพของสาธารณชน ทั้งจะต้องไม่เลือกปฏิบัติและได้สัดส่วน โดยอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามาตรการดังกล่าวหรือกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว<sup>211</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าข้อ 5(1) ของ Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 1991 ไม่ได้มีการบัญญัติหรืออ้างถึงการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐหรือที่เรียกว่า The Police Power เอาไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาแล้วเห็นว่าข้อบทดังกล่าวควรจะตีความตามข้อ 31 (3)(c) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งกำหนดให้ตีความข้อบทในแง่ “หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของรัฐคู่ภาคีทั้งสองฝ่าย” ประเด็นดังกล่าวนี้ เป็นประเด็นที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า

<sup>207</sup> *ibid.* Para. 287.

<sup>208</sup> "Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments ".

#### Article 2 Promotion, admission

“(1) Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its law. The Contracting Parties **recognize each other's right not to allow economic activities for reasons of public security and order, public health or morality**, as well as activities which by law are reserved to their own investors. ...”

<sup>209</sup> "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay." Para. 291.

<sup>210</sup> *ibid.* Para. 302.

<sup>211</sup> *ibid.* Para. 305.

ควรพิจารณาถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันรวมไปถึงการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐด้วย<sup>212</sup> ท้ายที่สุด อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่า การใช้อำนาจของจำเลยที่อ้างว่ากระทำไปเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนนั้นไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนการลงทุนของโจทก์ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของโจทก์ที่ว่าจำเลยได้ละเมิดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน<sup>213</sup>

จากคดีทั้งสองคดีซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะได้มีการบัญญัติข้อบทไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐมีสิทธิที่จะทำการเวนคืนโดยการเวนคืนทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือมีมาตรการใดๆ หรือผลกระทบที่เท่ากับหรือเทียบเท่าหรือเป็นการเวนคืนหรือการยึดกิจการด้วย แต่ก็ยังก่อให้เกิดปัญหาในการตีความข้อบทได้ว่า มาตรการหรือผลกระทบใดบ้างที่ถือได้ว่าเป็นการเวนคืน โดยความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศบางฉบับก็ได้กำหนดข้อพิจารณาเบื้องต้นไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาข้อบทแล้วก็อาจจะสร้างความชัดเจนให้แก่นักลงทุนในการดำเนินการว่ารัฐอาจจะทำการเวนคืนกิจการได้ทั้งทางตรงและทางอ้อมภายใต้เงื่อนไขใดๆ ซึ่งนักลงทุนอาจใช้สิทธิเรียกร้องได้ และในทางกลับกันก็เป็นการสร้างความชัดเจนให้แก่รัฐในการดำเนินการหรือออกมาตรการใดๆ ที่จะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน ทั้งนี้ แม้ว่าจะได้มีการบัญญัติข้อบทอย่างชัดเจนว่ารวมถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย แต่ก็อาจจะมีกรกล่าวอ้างข้อยกเว้นในการคุ้มครองการใช้อำนาจของรัฐซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้ ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อาทิ หลักการใช้อำนาจของรัฐเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยรัฐอาจจะยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นมิให้ถือว่าการกระทำใดๆ ของรัฐ หรือมาตรการใดๆ หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการเวนคืนทางอ้อมซึ่งเป็นการส่งเสริมก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้ และกำหนดข้อยกเว้นให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในกรณีศึกษาข้างต้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หากมีการบัญญัติข้อบทอย่างชัดเจนว่ารวมถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วยเป็นการสร้างความชัดเจนให้แก่ นักลงทุนและรัฐ ทั้งอาจจะเป็นผลดีต่อการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนต่างชาติของรัฐอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>212</sup> ibid. Para. 290.

<sup>213</sup> ibid. Para. 307.

### 1.2.3 ความตกลงที่ไม่มีกำหนดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับนั้นอาจจะไม่มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้ แต่ทั้งนี้ แมว่ารัฐภาคีจะไม่ได้ตกลงบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวไว้ นักลงทุนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือมาตรการใดๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนยังสามารถอ้างสิทธิในการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>214</sup> หรืออาจจะเป็นการกล่าวอ้างผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation - MFN) จากความตกลงฯ ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับรัฐผู้ส่งออกการลงทุนมาใช้เป็นฐานในการเรียกร้องสิทธิของนักลงทุน<sup>215</sup> ซึ่งในรูปแบบดังกล่าวนี้ ผู้เขียนพยายามค้นคว้าแนวคำตัดสินหรือข้อพิพาทแต่ยังไม่มีแนวคำตัดสินหรือประเด็นข้อพิพาทเกิดขึ้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามผู้เขียนได้แสดงถึงรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน พร้อมทั้งแสดงปัญหาจากการยกกรณีตัวอย่างจากคำพิพากษาเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้นอันจะมีผลกระทบต่ออำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุนอันอาจทำให้รัฐได้รับความเสียหายได้ซึ่งเป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนได้ ทั้งนี้ รูปแบบและปัญหาดังกล่าวที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้น ผู้เขียนจะขอเข้าไปวิเคราะห์ในบทที่ 4 ว่าการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในรูปแบบใดมีความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยมากที่สุดและจะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนได้

## 2. พัฒนาการและบทเรียนของประเทศไทยในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขออธิบายให้เห็นถึงพัฒนาการของความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยซึ่งได้จัดทำขึ้นกับต่างประเทศ โดยผู้เขียนจะเรียงลำดับพัฒนาการของความตกลง

<sup>214</sup> UNCTAD, *Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p. 27.

<sup>215</sup> *ibid.*

จากปี ค.ศ. ที่จัดทำความตกลงนั้นๆ กล่าวคือ ผู้เขียนจะใช้เกณฑ์ด้านระยะเวลาในการจัดทำความตกลงเพื่อแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย ทั้งนี้ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่าผู้เขียนนั้นจะมุ่งเน้นไปในเฉพาะหัวข้อของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการพิจารณาถึงพัฒนาการของข้อบทซึ่งบัญญัติไว้ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีนั้นจะสะท้อนให้เห็นถึงการบัญญัติรูปแบบของข้อบทว่าเป็นไปในแนวทางใดอันจะทำให้ทราบถึงแนวทางในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยที่จะได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 อันจะทำให้นำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้แล้วนั้น ผู้เขียนจะอธิบายบทเรียนของประเทศไทยจากคำตัดสินและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันจะสะท้อนให้เห็นถึงข้อพิจารณาและแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือการตีความข้อบทในความตกลงฉบับนั้นๆ

## 2.1 พัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนมาซึ่งบัญญัติไว้ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยจำนวน 36 ฉบับ ซึ่งมีผลใช้บังคับแล้ว มาพิจารณาเพื่อจะแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของการบัญญัติข้อบทดังกล่าวอันจะนำไปสู่การวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการปฏิรูปความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ โดยในการวิเคราะห์พัฒนาการของความตกลงฯ ทั้ง 36 ฉบับ ผู้เขียนจะจำแนกเป็นตารางออกเป็น 2 หัวข้อ คือ

- (1) ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม
- (2) ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

โดยผู้เขียนจะพิจารณาพัฒนาการของการบัญญัติข้อบทตามรูปแบบที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อที่ 1.1 และ 1.2 ของบทที่ 2 ทั้งนี้ เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าการบัญญัติข้อบทของประเทศไทยกับรัฐภาคนั้นจะก่อให้เกิดการตีความหรือความไม่ชัดเจนของข้อบทอันอาจจะส่งผลกระทบต่อสิทธิในการควบคุมการลงทุนของประเทศไทยได้ และผู้เขียนจะนำบทวิเคราะห์พัฒนาดังกล่าวนี้ไปพิจารณากับกรอบ IPFSD และข้อมูลจากการสัมภาษณ์เพื่อหาแนวทางในการบัญญัติข้อบท

การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยและเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

### 2.1.1 พัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยการจำแนกรูปแบบของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น โดยผู้เขียนจะระบุหมายเลขของรูปแบบข้อบทไว้ในตารางตามลำดับปีที่จัดทำความตกลงฯ ระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีเพื่อแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทได้ชัดเจนมากที่สุด ซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาตามรูปแบบที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ข้อ 1.1 ดังต่อไปนี้

**รูปแบบที่ 1** ความตกลงที่ให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข

**รูปแบบที่ 2** ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ

**รูปแบบที่ 3** ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

**รูปแบบที่ 4** ความตกลงที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ ดังต่อไปนี้

(1) การห้ามปฏิเสธความยุติธรรม

(2) การห้ามมีมาตรการที่เป็นการกระทำตามอำเภอใจ ไม่สมเหตุสมผลและเลือกปฏิบัติ

(3) การละเมิดข้อบทอื่นๆหรือความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆไม่ถือเป็นการละเมิดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

(4) ข้อพิจารณาในเรื่องระดับในการพัฒนาทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน

**รูปแบบที่ 5** ความตกลงที่ไม่มีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

ตารางพัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย  
ก่อนปี ค.ศ. 2000

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
1	Netherlands	1972	<b>Article 7</b> 1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments, goods, rights and interests of nationals of the other Contracting Party...	1
2	United Kingdom	1978	<b>Article 5(1)(a)</b> Investments of nationals or companies of one Contracting Party in the territory of- the other Contracting Party, as also the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
3	China	1985	<b>Article 4(1)(a)</b> Investments of nationals and companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and also the returns therefrom, shall receive treatment which is equitable...	1
4	Republic of Korea	1989	<b>Article 4(1)(a)</b> Investments of nationals or companies of one Party in the territory of the other Contracting Party, as also the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
5	Lao People's Democratic Republic	1990	<b>Article 4(1)(b)</b> each Contracting Party shall in its territory accord to nationals or companies of the other Contracting Party as regards the management, use, enjoyment treatment or disposal of which is fair their and	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
6	Hungary	1991	investments equitable in conformity with the principle of international Law... <b>Article 4</b> 1. Investments and returns therefrom of nationals or companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party. shall receive treatment which is fair and equitable...	1
7	Vietnam	1991	<b>Article 4</b> (1) (a) Investments of nationals or companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
8	Peru	1991	<b>Article 4</b> 1. (a) Investments of nationals or companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
9	Poland	1992	<b>Article 3</b> 1. Investments of nationals or companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
10	Romania	1993	<b>Article 3</b> 1. (a) Investments of nationals or companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
11	Czech Republic	1994	<b>Article 4</b>	1

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
12	Finland	1994	<p>1. (a) Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...</p> <p><b>Article 4</b></p> <p>2) Each Contracting Party shall in its territory accord to nationals or companies of the other Contracting Party as regards the management, use, enjoyment or disposal of their investments, treatment which is fair and equitable...</p>	1
13	Cambodia	1995	<p><b>Article 4</b></p> <p>1. (a) Investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and also the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable</p>	1
14	Philippines	1995	<p><b>Article 4</b></p> <p>2. Each Contracting Party shall in its territory accord to nationals or companies of the other Contracting Party .... treatment which is fair and equitable...</p>	1
15	Sri Lanka	1996	<p><b>Article 3</b></p> <p>(2) Investments of nationals or companies of either contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment...</p>	1
16	Taiwan Province of China	1996	<p><b>Article 4</b></p> <p>1. Each Contracting Party shall seek and obtain approval from the authorities of its relevant place to</p>	1



ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
			the effect that investments by investors of the other relevant place and the returns therefrom shall receive treatment which is fair and equitable...	
17	Canada	1997	<b>Article 2</b> (2) Each Contracting Party shall accord investments or returns of investors of the other Contracting Party (a) fair and equitable treatment in accordance with principles of international law	2
18	Switzerland	1997	<b>Article 4</b> (1) Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accord fair and equitable treatment...	1
19	Indonesia	1998	<b>Article 4</b> 1. Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investment, treatment which is fair and equitable...	1

สรุปข้อมูลจากราง มีความตกลงจัดทำขึ้นจำนวน 19 ฉบับ โดยแยกเป็นรูปแบบในการบัญญัติข้อบทได้ดังนี้

(1) รูปแบบที่ 1 ความตกลงที่ให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข จำนวน 16 ฉบับ

(2) รูปแบบที่ 2 ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ จำนวน 2 ฉบับ

ตารางพัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย นับแต่ปี ค.ศ. 2000

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
1	Argentina	2000	<b>Article 4</b> 1. (a) Investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and also the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...	1
2	Croatia	2000	<b>Article 3</b> 2. Investments or returns of investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall 'be accorded fair and equitable treatment in accordance with international law and provisions of this Agreement.	2
3	Egypt	2000	<b>Article 4</b> 1. Investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party and also the returns therefrom shall receive treatment which is fair and equitable...	1
4	Israel	2000	<b>Article 2</b> 2. Investments made by investors of each Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment...	1
5	Slovenia	2000	<b>Article 2</b> 2. Each Contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment...	1
6	Sweden	2000	<b>Article 3</b>	1

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
			4. Investments and returns of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment...	
7	Rep. of Dem. People's Korea	2002	<b>Article 3</b> (2) Investments of investors of either Contracting Party shall at all time be accorded fair and equitable treatment...	1
8	Bahrain	2002	<b>Article 4</b> 1. (b) Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, treatment which is fair and equitable...	1
9	Bangladesh	2002	<b>Article 2</b> 2. Investments or investors or either Contracting Party shall at all time be accorded fair and equitable treatment...	1
10	BLEU (Belgium- Luxembourg Economic Union)	2002	<b>Article 4</b> 1. (a) Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and also the returns therefrom, <b>shall receive treatment which is fair and equitable;</b> (b) Investments or investors or either Contracting Party <b>shall at all time be accorded fair and</b>	4

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
11	Germany	2002	<p><b>equitable treatment...</b> Neither Contracting Party shall in anyway impair in law or in practice by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party.</p> <p><b>Article 2</b> (3) Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment...</p>	1
12	Bulgaria	2003	<p><b>Article 2</b> (1) Each Contracting Party shall promote and protect in its territory investments of investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its laws and regulations and accord them fair and equitable treatment...</p>	1
13	Turkey	2005	<p><b>Article 3</b> 2. Investments of Investors of each party shall at all times be accorded fair and equitable treatment... Neither party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures ...</p>	4
14	Hong Kong, China SAR	2005	<p><b>Article 3</b> (1) Investments of investors of one Contracting Party in the area of the other Contracting Party, and also the returns therefrom, shall receive treatment which is fair and equitable...</p>	1
15	Jordan	2005	<p><b>Article 3</b></p>	4

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม	รูปแบบ ข้อบท
16	Myanmar	2008	<p>2. Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment ... Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party.</p> <p><b>Article 3</b></p> <p>2. Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment ... Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party.</p>	4
17	United Arab Emirates BIT	2015	<p><b>Article 4</b></p> <p>1. Investments by investors: of either Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment...</p>	1

สรุปข้อมูลจากตาราง มีความตกลงจัดทำขึ้นจำนวน 17 ฉบับ โดยแยกเป็นรูปแบบในการบัญญัติข้อบทได้ดังนี้

- (1) รูปแบบที่ 1 ความตกลงที่ให้ข้อมูลพื้นฐานแบบไม่มีเงื่อนไข จำนวน 12 ฉบับ
- (2) รูปแบบที่ 2 ความตกลงที่ข้อบทมีการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ จำนวน 1 ฉบับ
- (3) รูปแบบที่ 4 ความตกลงที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ จำนวน 4 ฉบับ มีการกำหนดพันธกรณี

- (3.1) การห้ามปฏิเสธความยุติธรรม จำนวน 1 ฉบับ
- (3.2) การห้ามมีมาตรการที่เป็นการทำตามอำเภอใจ ไม่สมเหตุผลและเลือกปฏิบัติ จำนวน 3 ฉบับ



ตามตารางซึ่งผู้เขียนได้แสดงไปในข้างต้นนั้นจะทำให้เห็นถึงพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งประเทศไทยได้ทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีไว้กับต่างประเทศ ซึ่งตามที่คุณเขียนได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่าผู้เขียนได้นำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยจำนวน 36 ฉบับซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มาจำแนกพิจารณาให้เห็นถึงพัฒนาการโดยใช้เกณฑ์ด้านระยะเวลาในการจัดทำความตกลงนั้นๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของรูปแบบในการบัญญัติข้อบทในเรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

โดยเมื่อพิจารณาแล้วปรากฏว่าพัฒนาการของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยได้จัดทำขึ้นกับต่างประเทศนั้นได้มีการบัญญัติรูปแบบข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้ผลการพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) ความตกลงฯ จำนวน 28 ฉบับ ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ (**รูปแบบที่ 1**) แยกเป็นก่อนปี ค.ศ. 2000 จำนวน 16 ฉบับ และหลังปี ค.ศ. 2000 จำนวน 12 ฉบับ

(2) ความตกลงฯ จำนวน 3 ฉบับ ได้มีการบัญญัติให้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศ (**รูปแบบที่ 2**) แยกเป็นก่อนปี ค.ศ. 2000 จำนวน 2 ฉบับ และหลังปี ค.ศ. 2000 จำนวน 1 ฉบับ

(3) ความตกลงฯ จำนวน 5 ฉบับ ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยมีกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ โดยในรูปแบบดังกล่าวนี้รวมไปถึงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยฉบับมาตรฐานด้วย (**รูปแบบที่ 4**)

ซึ่งเมื่อผู้เขียนพิจารณาแล้วเป็นที่น่าสนใจว่า ความตกลงฯ จำนวน 5 ฉบับและความตกลงฯ ฉบับมาตรฐานของประเทศไทยนั้นได้จัดทำหรือร่างขึ้นภายหลังปี ค.ศ. 2000 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศเกิดขึ้นจำนวนมาก ทั้งมีกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นจำนวนมากซึ่งอาจจะเป็นประเด็นที่สะท้อนให้แก่วิธีการมีความจริงจังมากขึ้นในการจัดทำความตกลงฯ หรือการบัญญัติข้อบทในความตกลงฯ

เมื่อผู้เขียนได้ผลวิเคราะห์ดังกล่าวแล้วว่า พัฒนาการในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย ทั้ง 36 ฉบับและความตกลงฯ ฉบับมาตรฐานนั้นเป็นไปในทิศทางใดแล้ว ผู้เขียนจะนำผลในการพิจารณาดังกล่าวนี้ไปเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD

เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศไทยในบทที่ 4 ต่อไป

### 2.1.2 พัฒนาการข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน โดยการจำแนกรูปแบบของข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนนั้น โดยผู้เขียนจะระบุหมายเลขของรูปแบบข้อบทไว้ในตารางตามลำดับปีที่จัดทำความตกลงฯ ระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคี เพื่อแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทได้ชัดเจนมากที่สุด ซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาตามรูปแบบที่ได้อธิบายไว้ในข้างต้น คือ

**รูปแบบที่ 1** ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยไม่ได้บัญญัติรวมถึงการเวนคืนทางอ้อม

**รูปแบบที่ 2** ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยรวมถึงการเวนคืนทางอ้อม

**รูปแบบที่ 3** ความตกลงที่ไม่มีการกำหนดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน



ตารางพัฒนาการข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
1	Netherlands	1972	<p><b>Article 9</b> Neither Contracting Party shall take any measures depriving, <b>directly or indirectly</b>, nationals of the other Contracting Party of their investments, goods, rights or interests, unless the following conditions ....</p>	2
2	United Kingdom	1978	<p><b>Article 6</b> (1) (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subjected, <b>directly or indirectly</b>, to any measure of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, shall be effectively realisable, shall be made without delay and shall be freely transferable.</p>	2
3	China	1985	<p><b>Article 5</b> (1) (a) Only for the public interest and against compensations may either Contracting Party expropriate, nationalize or <b>take similar measures</b> against investments of nationals or companies of the other Contracting Party in its territory. Such Compensation shall be equivalent to the appropriate</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา	รูปแบบ ข้อบท
			<p>ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน</p> <p>value of the expropriated investments shall be effectively realisable, shall be made without undue delay and shall, subject to the provisions of paragraph (2) of Article 6, be freely transferable.</p>	
4	Republic of Korea	1989	<p><b>Article 5</b></p> <p>(1) Investment of nationals or companies of either Contracting Party shall not be subjected, <b>directly or indirectly to any measures</b> of nationalization or expropriation in the territory of the other Contracting Party except for public purpose related to the internal needs of that Party and against adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment nationalized or expropriated on the day the measure was taken and shall be made without delay and be effectively realizable.</p>	2
5	Lao People's Democratic Republic	1990	<p><b>Article 6</b></p> <p>(1) (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subjected, <b>directly or indirectly</b>, to any measure of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, shall be effectively realisable, shall be made without delay and shall be freely transferable.</p>	2
6	Hungary	1991	<p><b>Article 6</b></p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
7	Viet Nam	1991	<p>1. (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly, to any measure</b> of expropriation or nationalization the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment which is not less favourable than that accorded to the nationals and companies of any third State in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes, under due process of law and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, shall be effectively realizable, shall be made without undue delay and shall be freely transferable.</p> <p><b>Article 6</b></p> <p>1. (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. such compensation shall be adequate, shall be effectively realizable, shall be freely transferable and shall be made without delay....</p>	2
8	Peru	1991	<p><b>Article 6</b></p> <p>1. (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject,</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
9	Poland	1992	<p><b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, effectively realisable, made without delay and freely transferable in freely convertible currencies.</p> <p><b>Article 6</b></p> <p>1. In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, effectively realisable, made without delay and freely transferable in freely convertible currencies.</p>	2
10	Romania	1993	<p><b>Article 4</b></p> <p>(a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
11	Czech Republic	1994	<p>compensation. Such compensation shall be adequate, effectively realisable, made without delay and freely transferable in freely convertible currencies.</p> <p><b>Article 6</b></p> <p>1. In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, effectively realisable, made without delay and freely transferable in freely convertible currencies.</p>	2
12	Finland	1994	<p><b>Article 6</b></p> <p>Neither Contracting Party shall take any measures of expropriation or nationalization or <b>any other measures having effect equivalent</b> to nationalization or expropriation against investments of nationals or companies of the other Contracting Party except under the following conditions:...</p>	2
13	Cambodia	1995	<p><b>Article 6</b></p> <p>1. (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
14	Philippines	1995	<p>such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, effectively realisable, made without delay and freely transferable in freely convertible currencies.</p> <p><b>Article 7</b></p> <p>1. a) in any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subjected, <b>directly or indirectly, to any measure</b> of expropriation, or nationalization or any measure equivalent thereto, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment on a non-discriminatory basis in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investments affected, immediate before the measure became public knowledge and it shall be made without delay and freely transferable in free~ usable currency from the host country.</p>	2
15	Sri Lanka	1996	<p><b>Article 6</b></p> <p>(1) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be subjected, <b>directly or indirectly</b>, to any measure of nationalization or expropriation in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Contracting Party and against adequate and effective compensation. The market value of Such compensation shall</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
16	Taiwan Province of China	1996	<p>amount to the investment nationalized or expropriated on the day the measure was taken and shall be made without delay and be effectively realizable.</p> <p><b>Article 6</b></p> <p>1. (a) In any case where investments of a national or company of one Contracting Party are subject, <b>directly or indirectly to any measure</b> of expropriation, the national or company concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure. No such measure shall be taken except for public purposes and against payment of compensation. Such compensation shall be adequate, effectively realisable, made without delay and freely transferable in freely convertible currencies.</p>	2
17	Canada	1997	<p><b>Article 8</b></p> <p>(1) Investments or returns of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures, including taxation measures, <b>having an effect equivalent to nationalization or expropriation</b> (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party, except for a public purpose, under due process of law, in a non-discriminatory manner and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall be based on the fair market value of the investment or returns expropriated immediately before the expropriation or at the time the proposed expropriation became public knowledge, whichever is the</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
18	Switzerland	1997	<p>earlier</p> <p><b>Article 5</b>            (1) In any case where investments of an investor of one Contracting Party are subjected in the territory of the other Contracting Party to measures of expropriation or nationalization, including measures having effect equivalent to expropriation or nationalization, the investor concerned shall be treated on a non-discriminatory basis. No such measure shall be taken except for a public purpose and provided that provisions be made for effective and adequate compensation. The amount of compensation shall be paid without delay in a freely convertible currency and be freely transferable. The legality of any measure of expropriation or nationalization as well as the amount and method of payment of compensation shall be subject to review by due process of law.</p>	2
19	Indonesia	1998	<p><b>Article 6</b>            1. Each Contracting Party shall not take any measures of expropriation, nationalization or any other dispossession, <b>having effect equivalent</b> to nationalization or expropriation against the investments of an investor of the other Contracting Party except under the following conditions...</p>	2
20	Argentina - Thailand BIT	2000	<p><b>Article 6</b>            1. Neither of the Contracting Parties shall take <b>directly or indirectly</b> and measure of nationalization or expropriation or <b>any other measure having the same effect</b> against investments in its territory</p>	2



ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
21	Croatia - Thailand BIT	2000	<p>belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for public purpose, on a non-discriminatory basis and under due process of law. The measures are accompanied by provisions for the payment of prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the market value of the investment affected by any or such measures, shall be paid without delay and shall be effectively realizable and freely transferable.</p> <p><b>Article 5</b></p> <p>1. A Contracting Party shall not expropriate or nationalise <b>directly or indirectly</b> an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or <b>take any measure or measures having equivalent effect</b> (hereinafter referred to as "expropriation") except:</p>	2
22	Egypt	2000	<p><b>Article 5</b></p> <p>(b) Investments of investors of either Contracting Party or any of its natural or juridical persons shall not be <b>directly or indirectly nationalized, expropriated, or subjected to measures having effect equivalent</b> to nationalization or expropriation...</p>	2
23	Israel	2000	<p><b>Article 5</b></p> <p>Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or <b>subjected to measures having effect equivalent</b> to nationalization or expropriation (hereinafter: "expropriation") in the territory of the other Contracting Part X, except for a public purpose</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา	รูปแบบ ข้อบท
			<p>ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน</p> <p>related to the internal needs of that Contracting Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation.</p>	
24	Slovenia	2000	<p><b>Article 4</b></p> <p>1. Investments made by investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or subject to <b>any other measure having effect equivalent</b> to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as "expropriation") except for a public interest, on a non-discriminatory basis, under due process of law and against prompt, adequate and effective compensation.</p>	2
25	Sweden	2000	<p><b>Article 5</b></p> <p>1. Neither Contracting Party shall subject the investments of an investor of the other Contracting Party to any measure of expropriation or nationalization or any other <b>measure having equivalent effect</b> unless the following conditions...</p>	2
26	Rep. of Dem. People's Korea	2002	<p><b>Article 6</b></p> <p>(1) Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or <b>subjected to measures having effect equivalent</b> to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for public purposes, under due process of law, on a nondiscriminatory basis and against prompt, adequate and effective</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
27	Bahrain	2002	<p>compensation....</p> <p><b>Article 6</b></p> <p>1. (a) In any case where investments of a investor of one Contracting Party <b>are subjected, directly or indirectly</b>, to any measure of expropriation, the investor concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure.</p>	2
28	Bangladesh T	2002	<p><b>Article 4</b></p> <p>1. A Contracting Party shall not expropriate or nationalize <b>directly or indirectly an investment</b> or an investor of the other Contracting Party or take any measures having equivalent effect hereinafter referred to as "expropriation" ...</p>	2
29	BLEU (Belgium- Luxembourg Economic Union)	2002	<p><b>Article 5</b></p> <p>1. In any case where investments of an investor of one Contracting Party are <b>subjected, directly or indirectly</b>, to any measure of expropriation or nationalization, the investor concerned shall be accorded in the territory of the other Contracting Party fair and equitable treatment in relation to any such measure....</p>	2
30	Germany	2002	<p><b>Article 4</b></p> <p>(2) Investments by investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or <b>subjected directly or indirectly to any other measure the effects of which would be tantamount</b></p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา	รูปแบบ ข้อบท
			ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	
			to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting Party except for the public benefit and against compensation.	
31	Bulgaria	2003	<p><b>Article 5</b></p> <p>1. Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalised or <b>subjected to measures having effect equivalent</b> to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party unless by due process of law, for public purpose, on a non-discriminatory basis and against prompt and adequate compensation</p>	2
32	Turkey	2005	<p><b>Article 5</b></p> <p>1. Investment shall not be expropriated, nationalize or subject, <b>directly or indirectly, to measures of similar effects</b> (hereinafter referred to as “expropriation” ....</p>	2
33	Hong Kong, China SAR	2005	<p><b>Article 5</b></p> <p>(1) Investors of either Contracting Party shall not be deprived of their investments or subjected to <b>measures having effect equivalent</b> to such deprivation in the area of the other Contracting Party except lawfully, for a public purpose related to the internal needs of that Contracting Party, and against compensation.....</p>	2
34	Jordan	2005	<p><b>Article 6</b></p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน	รูปแบบ ข้อบท
35	Myanmar	2008	<p>1. Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalised or <b>subjected to measures having effect equivalent</b> to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party except for public purposes, under due process of law, on a non-discriminatory basis and against prompt, effective and adequate compensation.</p> <p><b>Article 6</b></p> <p>1. Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalised or <b>subjected to measures having effect equivalent</b> to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party except for public purposes, under due process of law, on a non-discriminatory basis and against prompt, effective and adequate compensation.</p>	2
36	United Arab Emirates	2015	<p><b>Article 7</b></p> <p>1. Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated, or <b>subject to direct or indirect measures having effect equivalent</b> to nationalization, expropriation (hereinafter collectively referred to as “expropriation”) by the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Contracting Party and against prompt, adequate and effective compensation and on</p>	2

ลำดับ	รัฐภาคี	ปีที่จัดทำ ความตกลง	เนื้อหา	รูปแบบ ข้อบท
			<p data-bbox="352 647 392 1256">ข้อบทการคุ้มครองจากการเอนกกิจการหรือการเวนคืน</p> <p data-bbox="419 286 507 1619">condition that such measures are taken on a non-discriminatory basis and in accordance with the procedures established under law .</p>	



ตามตารางซึ่งผู้เขียนได้แสดงไปในข้างต้นนั้นจะทำให้เห็นถึงพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนซึ่งประเทศไทยได้จัดทำไว้กับต่างประเทศ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่า ผู้เขียนได้นำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยจำนวน 36 ฉบับซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มาจำแนกพิจารณาให้เห็นถึงพัฒนาการโดยใช้เกณฑ์ด้านระยะเวลาในการจัดทำความตกลงนั้นๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

โดยเมื่อพิจารณาแล้วปรากฏว่า พัฒนาการของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยได้จัดทำขึ้นกับต่างประเทศนั้นได้มีการบัญญัติรูปแบบข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ผลการพิจารณาปรากฏว่าความตกลงฯ ซึ่งประเทศไทยได้จัดทำขึ้นกับต่างประเทศนั้น ความตกลงฯ ทุกฉบับนั้นจะบัญญัติข้อบทไปในแนวทางที่กำหนดให้พิจารณาถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วยซึ่งในความตกลงฯ โดยแต่ละฉบับนั้นก็จะมีการบัญญัติถ้อยที่แตกต่างกันออกไป แต่ทั้งนี้ก็มีความหมายหรือนัยยะสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน คือ มาตรการหรือการกระทำใดที่มีผลเหมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง

เมื่อผู้เขียนได้ผลวิเคราะห์ดังกล่าวแล้วว่า พัฒนาการในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยทั้ง 36 ฉบับเป็นไปในทิศทางใดแล้ว ผู้เขียนจะนำผลในการพิจารณาดังกล่าวนี้ไปเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายในบทที่ 3 ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศไทยในบทที่ 4 ต่อไป

## 2.2 บทเรียนของประเทศไทยในฐานะผู้รับการลงทุน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงบทเรียนของประเทศไทยจากแนวคำตัดสินและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ทั้งนี้ เพื่อสะท้อนให้เห็นว่านอกจากรูปแบบของข้อบทและคดีที่เกิดขึ้นซึ่งผู้เขียนอธิบายไปในข้างต้นอาจจะสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางในการปฏิรูปความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีได้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรนำแนวคำตัดสินและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยมาพิจารณาร่วมด้วยเพื่อให้เกิดแนวทางที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์กับประเทศไทยมากที่สุด

## 2.2.1 แนวคำตัดสินเกี่ยวกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้นเกี่ยวกับกรณีรัฐบาลไทยละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (Legitimate expectation) กรณีดอนเมืองโทลเวย์ในหัวข้อ 1.1.1.1 ในรูปแบบข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ให้นักลงทุนโดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งข้อเท็จจริงใน คดีนี้เป็นคดีระหว่าง Walter Bau ซึ่งผู้ถือหุ้นสัญชาติเยอรมนีในบริษัทซึ่งเข้าร่วมลงทุนในการสร้างและดำเนินการทางด่วนจากกรุงเทพมหานครไปยังท่าอากาศยานนานาชาติดอนเมืองซึ่งดำเนินการในชื่อ บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด (โจทก์) กับประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน (จำเลย)<sup>216</sup> โดยคดีนี้อยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศไทย (Germany-Thailand BIT)

โจทก์กล่าวอ้างว่า จำเลยปฏิเสธที่จะอนุมัติในการปรับขึ้นค่าทางด่วนอันทำให้มีผลกระทบต่อผลกำไรที่ผู้ถือหุ้นควรจะได้รับซึ่งถือว่าเป็นความคาดหวังอันชอบธรรมของโจทก์ที่มีนับแต่ดำเนินการลงทุน นอกจากนี้จำเลยยังได้มีการปรับปรุงทางหลวงซึ่งไม่มีค่าธรรมเนียมในเส้นทางเดียวกันกับทางด่วนดอนเมือง (กิจการที่โจทก์ถือหุ้น) อันเป็นการผิดสัญญาสัมปทานซึ่งจำเลยได้ทำไว้กับโจทก์ อันถือได้ว่าจำเลยละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในประเด็นความคาดหวังของจำเลยที่จะได้รับผลกำไรอย่างชอบธรรมจากการร่วมลงทุนในกิจการดังกล่าว<sup>217</sup>

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า โจทก์ได้คาดหวังที่จะได้รับผลกำไรจากการลงทุน คือ ผลกำไรจากการที่โจทก์ได้ขายหุ้นในการลงทุนดังกล่าว โดยโจทก์คาดหวังผลกำไรดังกล่าวนี้ นับแต่ได้ทำการลงทุนและทำความเข้าใจความตกลงกับจำเลย<sup>218</sup> โดยความคาดหวังที่โจทก์กล่าวอ้างนั้นเป็นไปตามหลักความสมเหตุสมผลของผลกำไรที่พึงจะได้รับจากการลงทุน (Principle of Reasonable Return on Investment) ซึ่งโจทก์ได้ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการลงทุนซึ่งก่อให้เกิดความคาดหวังแก่โจทก์ในเรื่องที่เกี่ยวกับสถานที่ที่ตั้งซึ่งโจทก์ดำเนินการลงทุน ความข้องเกี่ยวกับทางหลวงวิภาวดี-รังสิตกับดอนเมืองโทลเวย์ และการเชื่อมต่อกับถนนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องโดยรอบ

<sup>216</sup> "Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand." Para. 1.6 - 1.8.

<sup>217</sup> ibid. Para. 11.3 - 11.4.

<sup>218</sup> ibid. Para. 11.3.



ซึ่งจากการศึกษาความเป็นไปได้ดังกล่าวเป็นกรอบในการสร้างความคาดหวังในการลงทุน ให้แก่โจทก์<sup>219</sup>

หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเป็นองค์ประกอบเฉพาะ (Specific component) ของหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยความคาดหวังดังกล่าวนั้นจะต้องมีความสมเหตุสมผลและมีความชอบธรรม ทั้งจะต้องเกิดขึ้นจากการลงทุนของนักลงทุน นอกจากนั้น ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมยังมีองค์ประกอบเฉพาะนอกเหนือจากหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอีก ได้แก่ หลักความสุจริตอันเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็น หลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐภาคีจะต้องกระทำด้วยความสุจริตและหลักความโปร่งใส กล่าวคือ รัฐจะต้องกระทำด้วยความโปร่งใส ตรวจสอบได้และไม่มี การเลือกปฏิบัติ นอกจากนั้น จะต้องไม่กระทำตามอำเภอใจตน<sup>220</sup> ทั้งนี้ หลักความหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (The legitimate expectations doctrine) นั้น ได้ถูกนำไปใช้เพื่อ คุ้มครอง นักลงทุน ในทางสารบัญญัติจากกรณีที่มีการทำสัญญาระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกอ้าง มาใช้ตัดสินในคดีอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นใน คดี Eureko v Poland หรือในคดี CMS v Argentina<sup>221</sup>

โดยในคดีนี้อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า จำเลยได้ละเมิดพันธกรณีข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศ เยอรมนีและประเทศไทย ค.ศ. 2002 ข้อ 2(3)<sup>222</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อบทแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นข้อบทที่กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นรัฐภาคีให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแบบไม่มีเงื่อนไข กล่าวคือ ให้เป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจในการตีความข้อบทดังกล่าว โดย ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายไปในข้อ 1.1.2.1 จะเห็นได้ว่า ข้อบทซึ่งบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวมีการตีความ ในรูปแบบที่หลากหลายไม่ว่าการตีความตามข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา หรือพิจารณาว่าข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นหลักกฎหมายระหว่าง

<sup>219</sup> ibid. Para. 11.4.

<sup>220</sup> ibid. Para. 11.5.

<sup>221</sup> ibid. Para. 11.11.

<sup>222</sup> "Bilateral Investment Treaty between Thailand and Germany."

#### Article 2 Admission, Protection and Treatment of Investments

"... (3) Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns **fair and equitable treatment** and full protection. ..."

เทศซึ่งก็คือหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือพิจารณาว่าหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียมเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ดังนั้น ในคดีนี้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าประเทศไทยซึ่งเป็นจำเลย กระทำการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ด้วยเหตุผลที่ว่าประเทศไทยปฏิเสธ ในการขึ้นค่าทางด่วนให้กับโจทก์ตามหลักการบริหารจัดการจราจรทางถนน และการปิด ท่าอากาศยานดอนเมืองในช่วงระยะเวลาหนึ่ง<sup>223</sup> ในกรณีการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรม ของโจทก์นั้น อนุญาโตตุลาการระบุว่าโจทก์ย่อมมีความคาดหวังจากการได้รับผลกำไรจากการลงทุน อันเป็นความชอบธรรมตามกฎหมายที่โจทก์ควรจะได้รับ แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ระบุอย่างชัดแจ้งว่า โจทก์จะได้รับอัตราผลกำไรในอัตราเท่าใด<sup>224</sup> นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าค่าผ่านทาง หรือค่าธรรมเนียมในการใช้บริการดังกล่าวนั้นก็เพียงพอที่จะทำให้โจทก์ได้ผลกำไร จากการลงทุน ทั้งกิจการดังกล่าวนี้เป็นกิจการอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งมีการควบคุมของ รัฐบาลไทยเข้าแทรกแซงในการลงทุนของจำเลย ซึ่งก็อาจจะทำให้นักลงทุนก็ไม่อาจที่จะคาดหวังว่าจะ ได้รับผลกำไรในระยะยาวได้จึงเป็นผลให้นักลงทุนชอบที่จะคาดหวังว่าในเบื้องต้นตนจะต้องได้รับผล กำไรจากการเพิ่มค่าผ่านทางในการลงทุนดังกล่าว

## 2.2.2 ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

ตามที่พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้ออกคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 79/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบ กิจการเหมืองแร่ทองคำเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2559 ซึ่งประกาศดังกล่าวได้อาศัยอำนาจตามความ ในมาตรา 44<sup>225</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

<sup>223</sup> "Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand." Para. 12.44.

<sup>224</sup> ibid. Para. 12.3.

<sup>225</sup> "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557."

มาตรา 44

“ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริม ความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความ สงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอก ราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือ

โดยคำสั่งฉบับดังกล่าวนั้นออกมาเนื่องจากการร้องเรียนและคัดค้านการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ด้วยเหตุที่ว่า การประกอบกิจการดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน โดยเฉพาะปัญหาความขัดแย้งของประชาชนในพื้นที่โครงการทำเหมืองแร่ทองคำหลายแห่งซึ่งยังต้องรอการตรวจสอบ วิเคราะห์ และวินิจฉัยในข้อเท็จจริงและปัญหา รัฐบาลจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันและระงับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของชุมชนรวมทั้งกำหนดมาตรการในการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยรวมทั้งส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ<sup>226</sup> โดยเมื่อพิจารณาในเนื้อหาของประกาศดังกล่าว ดังนี้

[...]

“ข้อ 2 ให้ผู้มีอำนาจในการออกอาชญาบัตร ประทานบัตร และใบอนุญาตประกอบโลหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยแร่ ระงับการอนุญาตให้สำรวจและทำเหมืองแร่ทองคำ รวมถึงการต่ออายุประทานบัตรเหมืองแร่ทองคำและการต่ออายุใบอนุญาต ประกอบโลหกรรมแร่ทองคำไว้จนกว่าคณะกรรมการจะมีมติเป็นอย่างอื่น<sup>227</sup>

ข้อ 3 ให้ผู้ประกอบการที่ได้รับประทานบัตรและใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ระงับการประกอบกิจการไว้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2560 เป็นต้นไป จนกว่าคณะกรรมการจะมีมติเป็นอย่างอื่น แต่ทั้งนี้ ผู้ประกอบการดังกล่าวยังคงมีหน้าที่ในการฟื้นฟูพื้นที่ตามมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่กำหนดไว้ในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ไม่ว่าพื้นที่ประทานบัตรจะอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานใดก็ตาม”

[...]

เมื่อพิจารณาจากประกาศคำสั่งฉบับดังกล่าวแล้วนั้นจะเห็นได้ว่า รัฐบาลได้คำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนที่อยู่ในพื้นที่ของการประกอบกิจการเหมืองทองคำเป็นที่ตั้ง ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องสุขอนามัย หรือผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่จะเกิดขึ้นในพื้นที่ชุมชน แต่หากว่าพิจารณา

---

การกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่ง หรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ขัดด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

<sup>226</sup> "คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ," (2559).

<sup>227</sup> *ibid.*

ในมุมมองด้านกฎหมายแล้ว กรณีของการสั่งปิดเหมืองแร่ทองคำนั้นอาจจะเป็นการละเมิดข้อบทเกี่ยวกับการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นกับประเทศอื่นๆได้

ในกรณีของบริษัทคิงส์เกต คอนโซลิเต็ด จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติออสเตรเลียซึ่งเข้ามาประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำในประเทศไทยนั้น อาจเรียกร้องค่าเสียหายที่ตนได้รับผลกระทบจากการออกประกาศคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวได้ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศออสเตรเลีย ซึ่งก็คือ สนธิสัญญาเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement)

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ หากว่านักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนมีข้อพิพาทระหว่างกัน ข้อพิพาทดังกล่าวก็จะเข้าสู่กระบวนการตามที่บัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยทั่วไปแล้วความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะมีข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐรวมอยู่ด้วย อย่างเช่นในกรณีของบริษัทคิงส์เกตฯ นั้น ในสนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยและออสเตรเลียจะกำหนดไว้ในข้อ 917(2)(b)<sup>228</sup> ระบุว่า “ ในกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งและนักลงทุนของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่ง ไม่สามารถระงับด้วยวิธีการปรึกษาหารือ หรือการเจรจา ข้อพิพาทดังกล่าวอาจได้รับการตัดสิน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การเลือกของนักลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งไม่มีสังกัดอันตั้งขึ้นตามระเบียบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ...” โดยเมื่อพิจารณาข้อบทดังกล่าวแล้วเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement Clause - ISDS) ดังนั้น บริษัท คิงส์เกต ฯ สามารถอ้างข้อบทดังกล่าวมาเป็นฐานทางกฎหมายในการนำข้อพิพาทดังกล่าวฟ้องประเทศไทยเข้าสู่กระบวนการของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

<sup>228</sup> "Thailand-Australia Free Trade Agreement," (2004).

Article 917(2)(b)

Settlement of Disputes between a Party and an Investor of the other Party

“ 2. If the dispute in question cannot be resolved through consultations and negotiations, the dispute may, at the choice of the investor, be:

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

เหมืองแร่ทองคำชาติตั้งอยู่บริเวณภาคกลางตอนบนของประเทศไทยในพื้นที่เขตจังหวัด พิษณุโลก จังหวัดเพชรบูรณ์ และจังหวัดพิษณุโลก โดยบริษัทคิงส์เกตฯ รายงานว่า การประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำดังกล่าวนั้นเป็นทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดรายได้ที่สำคัญให้กับบริษัทในช่วงปี พ.ศ. 2558<sup>229</sup> ในการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำในประเทศไทยนั้น บริษัทคิงส์เกตฯ ได้ดำเนินการโดยบริษัทอัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) ซึ่งบริษัทอัคราฯ มีฐานะเป็นบริษัทลูกของบริษัทคิงส์เกตฯ โดยบริษัทอัคราฯ ได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นที่ประเทศไทยได้รับใบอนุญาตประทานบัตรให้ดำเนินการกิจการเหมืองแร่ทองคำชาติตอนใต้ตั้งแต่วันที่เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2544 และเหมืองแร่ทองคำชาติตอนเหนือตั้งแต่วันที่เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2551<sup>230</sup> โดยในพื้นที่ที่บริษัทอัคราฯ ประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำก็ได้เกิดกรณีที่มีการกระทบกระทั่งกับประชาชนที่อยู่ในบริเวณพื้นที่ที่ประกอบกิจการอยู่เป็นระยะ ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องปัญหาทางด้านสุขภาพ วิถีชีวิตของประชาชน ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และความสมบูรณ์ของทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณดังกล่าว ประชาชนในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบได้มีการร้องเรียน ร้องทุกข์เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวทั้งต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ รัฐบาล มีการชุมนุมคัดค้าน รวมถึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองด้วยแต่ก็ยังไม่ได้รับความสนใจจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด<sup>231</sup>

จากการออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับดังกล่าวนี้ หากพิจารณาตามเนื้อหาสาระแล้วนั้นเป็นการคุ้มครองประชาชนในพื้นที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเด็ดขาด แต่หากว่าคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวอาจจะเป็นจุดเริ่มต้นของการที่รัฐใช้อำนาจแทรกแซงการลงทุนของนักลงทุน โดยภายหลังที่มีการประกาศใช้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 บริษัทคิงส์เกตฯ ได้มีการประสานมายังรัฐบาลไทยเพื่อพยายามหาทางออกให้กับการดำเนินการกิจการของตนเป็นระยะ ๆ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2560 บริษัทคิงส์เกตฯ ได้แถลงการณ์ว่าจะหามาตรการในการเยียวยาและเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการออกคำสั่งฉบับดังกล่าวของรัฐบาลไทยภายใต้กรอบสนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีไทยและออสเตรเลีย ทั้งนี้ บริษัทคิงส์เกตฯ จะทำการเจรจา ปรีกษาหารือเพื่อระงับข้อพิพาทกับประเทศไทยก่อนที่จะทำการ

<sup>229</sup> Kingsgate Consolidated Limited, "Chatree Operations: Overview," [Online] Accessed: 20 August 2019. Available from: <http://www.kingsgate.com.au/chatree-operations/>

<sup>230</sup> บริษัท อัครารีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน), "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 สิงหาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://www.akararesources.com/upload/20140909-akara-factsheet.pdf>

<sup>231</sup> แม้นวาด กุญชร ณ อยุธยา, "เหมืองแร่ทองคำ สองทศวรรษไม่เคยมีประชาชนในสายตา," [Online] Accessed: 21 สิงหาคม 2562. Available from: <https://prachatai.com/journal/2015/02/57911>

เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>232</sup> ผลปรากฏว่า บริษัทคิงส์เกตฯ ได้มีการเจรจาปรึกษาหารือกับประเทศไทยหลายครั้งแต่ก็ไม่ผลสำเร็จ บริษัทคิงส์เกตฯ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องยื่นข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ<sup>233</sup> ซึ่ง ณ ปัจจุบัน (พฤษภาคม 2563) ข้อพิพาทดังกล่าวนี้อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำสั่งให้กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวเป็นแบบลับ ทำให้ประชาชนทั่วไปนั้นไม่สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลใดๆในกระบวนการพิจารณาได้ แต่พบว่าเจตนาของฝ่ายของบริษัทคิงส์เกตฯ ที่มีการเผยแพร่ในระบุว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะมีการนั่งพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวในวันที่ 18 – 29 พฤศจิกายน 2562 ทั้งนี้ กำหนดเวลาดังกล่าวนั้นอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงได้ หากว่ามีเหตุที่ทำให้ต้องขยายระยะเวลาการดำเนินการในบางขั้นตอนออกไป<sup>234</sup> (ในปัจจุบันยังไม่มีคำตัดสิน มิถุนายน 2563)

เมื่อวันที่ 18 มีนาคม 2562 บริษัทคิงส์เกตฯ ได้มีการเผยแพร่เอกสารชี้แจงว่า บริษัทคิงส์เกตฯ สามารถตกลงประนีประนอมยอมความข้อพิพาทจากการที่บริษัทคิงส์เกตฯ ได้ทำสัญญาประกันภัยจากการลงทุนในประเทศไทยไว้ โดยบริษัทผู้รับประกันภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทคิงส์เกตฯ ภายใต้สัญญาประกันภัยจากการที่บริษัทคิงส์เกตฯ ได้รับความเสี่ยงภัยทางการเมือง (Political Risk Insurance) เป็นเงินจำนวน 58.5 ล้านเหรียญสหรัฐ<sup>235</sup> จากถ้อยแถลงการณ์ในเอกสารฉบับดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า บริษัทผู้รับประกันภัยได้มีการประเมินแล้วว่าบริษัทคิงส์เกตฯ ซึ่งเป็นผู้เอาประกันภัยได้เผชิญต่อการแทรกแซงจากการใช้อำนาจของรัฐบาลไทยต่อการลงทุนของบริษัทคิงส์เกตฯ บริษัทผู้รับประกันภัยจึงได้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นให้แก่บริษัทคิงส์เกตฯ

หากพิจารณาจากคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 7/2559 แล้วนั้น อาจจะได้ถือว่า การกระทำของรัฐบาลไทยเป็นการเวนคืนกิจการของนักลงทุนในทางอ้อม (Indirect

<sup>232</sup> Greg Foulis, "Kingsgate Commences Claim Against Thailand," [Online]. Available from: <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/04/1661248.pdf>

<sup>233</sup> Ross Smyth-Kirk, "Commencement of Arbitration Against Thailand," [Online] Accessed: 21 August 2019. Available from: [http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/11/KCN\\_Arbitration\\_2Nov17.pdf](http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/11/KCN_Arbitration_2Nov17.pdf)

<sup>234</sup> Ross Smyth-Kirk, "Pri and Tafta Claim Update," [Online] Accessed: 21 August 2019. Available from: [http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2018/03/PRI\\_TAFTA\\_ClaimUpdate\\_27Mar18\\_1785879.pdf](http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2018/03/PRI_TAFTA_ClaimUpdate_27Mar18_1785879.pdf).

<sup>235</sup> Ross Smyth-Kirk, "Kingsgate Settles Political Risk Insurance Proceeding for More Than a\$82million," [Online] Accessed: 22 August 2019. Available from: <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2019/03/1911046.pdf>

Expropriation) ซึ่งหากพิจารณาตามฐานของกฎหมาย คือ สนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียใน ข้อ 912(1)<sup>236</sup> ซึ่งเป็นข้อบ่งชี้ว่าด้วยการเวนคืน ระบุว่า

“1. รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายต้องไม่ทำการเวนคืน หรือดำเนินมาตรการใดๆ อันมีผลกระทบเสมือนการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนอีกรัฐภาคีหนึ่ง เว้นแต่ การเวนคืนจะได้ดำเนินการภายใต้เงื่อนไขดังนี้

(ก) การเวนคืนได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งได้กระทำไปตามศุภนิติกระบวนการ

(ข) การเวนคืนไม่ได้กระทำโดยการเลือกปฏิบัติ

(ค) ในการเวนคืนได้มีการดำเนินการจ่ายค่าสินไหมทดแทนได้อย่างทันท่วงที เพียงพอและมีประสิทธิภาพ ...”

โดยเมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลไทยอาจจะเป็นการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติโดยวิธีการออกคำสั่งให้นักลงทุนยุติการดำเนินการอันถือได้ว่าเป็นการเวนคืนกิจการในทางอ้อม ซึ่งรัฐไม่ต้องดำเนินการเวนคืนกิจการของนักลงทุนในทางกายภาพ หรือการเวนคืนไม่ได้ส่งผลโดยตรงต่อกรรมสิทธิ์ในการลงทุนหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องของนักลงทุนโดยตรงก็ตาม แต่ส่งผลให้การลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายหรือผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญ<sup>237</sup> แม้ว่าในคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวนั้นได้ระบุว่า การออกคำสั่งได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับด้านสุขภาพของประชาชน ความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรธรรมชาติ วิถีชีวิตความเป็นอยู่ และผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมก็ตาม ทั้งคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวก็มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ ใช้บังคับกับกิจการเหมืองแร่

<sup>236</sup> "Thailand-Australia Free Trade Agreement."

#### ARTICLE 912

##### Expropriation

1. Neither Party shall nationalize, expropriate or subject to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) the investments of investors of the other Party unless the following conditions are complied with:

(a) the expropriation is for a public purpose related to the internal needs of that Party and under due process of law;

(b) the expropriation is non-discriminatory; and

(c) the expropriation is accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

...”

<sup>237</sup> "Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. V. Oriental Republic of Uruguay," (ICSID, 2016). para. 192.

ทองคำทุกกิจการที่ดำเนินการอยู่ในประเทศไทยอันถือได้ว่ารัฐบาลไทยไม่ได้กระทำการเวนคืน โดยการเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุน แต่อย่างไร ทั้งนี้ ข้อบทภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียยังได้ระบุอีกว่า รัฐผู้กระทำการเวนคืนนั้นจะต้องทำการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่นักลงทุนอย่างทันทีทันใด เพียงพอและมีประสิทธิภาพด้วย แต่ทั้งนี้ ตามที่ปรากฏบริษัทคิงส์เกตฯ ได้มีการเจรจาและปรึกษารัฐบาลไทยเพื่อหาทางออกให้กับปัญหาดังกล่าว ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถหาทางออกให้กับปัญหาดังกล่าวได้ บริษัทคิงส์เกตฯ จึงต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ<sup>238</sup> ทั้งนี้ หากพิจารณาตามข้อบทว่าด้วยการเวนคืนภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียแล้ว รัฐบาลไทยก็ยังไม่ได้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนจากการออกคำสั่งฯ ซึ่งมีผลกระทบต่อการลงทุนของบริษัทคิงส์เกตฯ

ตามที่ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นว่า การออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับดังกล่าวนี้ อาจจะเป็นการละเมิดข้อบทว่าด้วยการเวนคืนภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีแล้ว การกระทำดังกล่าวนี้ อาจจะเป็นการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมด้วย เนื่องจากการกระทำของรัฐบาลไทยจากการที่ออกคำสั่งให้ยุติการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำนั้นเป็นการคว่ำบาตรมากเกินไป นอกจากนี้ รัฐบาลก็ยังไม่ได้พิสูจน์ตามที่กล่าวอ้าง คือ เป็นการกระทำไปเพื่อป้องกันการเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนแต่อย่างใดและยังไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจน<sup>239</sup> โดยหากพิจารณาตามสนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียในข้อ 902(2)<sup>240</sup> ซึ่งเป็นข้อบทว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยข้อบทระบุว่า

“ รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายต้องประกันว่าการลงทุนจะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม...”

เมื่อพิจารณาข้อบทดังกล่าวแล้วนั้น ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวนี้ เป็นการบัญญัติข้อบทที่กว้างๆ ไม่ได้กำหนดนิยามหรือรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและปัญหา

<sup>238</sup> Smyth-Kirk, R., "Commencement of Arbitration Against Thailand."

<sup>239</sup> บริษัทอัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน), "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 สิงหาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://akararesources.com/th/open/post/1241/attachment>

<sup>240</sup> "Thailand-Australia Free Trade Agreement."

#### ARTICLE 909 Promotion and Protection of Investments

2. Each Party shall ensure fair and equitable treatment in its own territory of investments. ...”



ในการใช้บังคับอย่างไรขอเขต โดยในคดี Waste Management v. Mexico คณะอนุญาโตตุลาการ ได้มีการตีความหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปไว้ว่า การกระทำที่ถือว่าเป็นปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นการกระทำตามอำเภอใจ ไม่เป็นธรรมอย่างมาก ไม่ยุติธรรม เลือกปฏิบัติ และไม่เป็นไปตามศุภนิติกระบวน<sup>241</sup> นอกจากนี้ ก็ยังได้มีการตีความในอีกหลายๆ คดีซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นคือ ความไม่โปร่งใสและการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ซึ่งการลงทุนในกิจการเหมืองแร่ทองคำนั้นบริษัทคิงส์เกตฯ ย่อมมีความคาดหวังว่าการดำเนินการของบริษัทอัคราฯ จะสร้างผลการดำเนินการให้กับบริษัทคิงส์เกตฯ ทั้งการกระทำของรัฐบาลไทยนั้นอาจจะเป็นการกระทำที่ไม่ได้เป็นไปตามศุภนิติกระบวนหรือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมอย่างมาก ในการพิจารณาข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวนี้ เพื่อความชัดเจนและเป็นไปตามกระบวนการตามกฎหมายอาจจะต้องรอกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการว่า จะพิจารณาวินิจฉัยออกมาในทิศทางใด ประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนจะละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบัน (กรกฎาคม 2563) ยังไม่ได้มีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการออกมาแต่อย่างใด

โดยสรุปแล้วในบทนี้ ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการเวนคืนจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ทั้งยกตัวอย่างกรณีข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติข้อบทในรูปแบบนั้นๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบนั้นก่อให้เกิดปัญหาในการตีความซึ่งอาจจะกระทบต่อการใช้อำนาจในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนได้ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศและประเด็นที่สำคัญคืออาจจะทำให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้ยากมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทยจำนวน 36 ฉบับ

โดยในบทต่อไป ผู้เขียนจะได้อธิบายนัยยะสำคัญของสิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และความสัมพันธ์กับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนว่ามีนัยยะสำคัญและความสัมพันธ์กันอย่างไร โดยในประเด็นดังกล่าวอาจจะเป็น

<sup>241</sup> "Waste Management V. United Mexican States," (ICSID, 2004). para. 98.

แนวทางและบทเรียนให้กับประเทศไทยหากว่าประเทศไทยต้องการปฏิรูปข้อบกพร่องจะเป็นไปในทิศทางใดที่จะทำให้ประเทศไทยสามารถใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนได้โดยที่ไม่ได้เป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศได้และทำให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ รวมถึงแนวทางในการปฏิรูปข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบกพร่องคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้ตราสารระหว่างประเทศเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนโดยผู้เขียนจะเน้นการอธิบายไปที่แนวทางของ UNCTAD ซึ่งได้กำหนดแนวทางในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไว้ในกรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (IPFSD) นอกจากนี้ผู้เขียนจะนำแนวทางอื่นๆ ในตราสารต่างประเทศมาเป็นแนวทางเพิ่มเติมอีกด้วย



### บทที่ 3

## แนวทางในการปฏิรูปข้อบกพร่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้ตราสารระหว่างประเทศเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน

ในบทก่อนนี้ผู้เขียนได้อธิบายถึงรูปแบบของข้อบกพร่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบกพร่องการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนพร้อมกับสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในการปรับใช้ในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยได้ยกตัวอย่างแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการมาเป็นตัวอย่างให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้เขียนได้นำข้อบกพร่องในเรื่องดังกล่าวภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยมาแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในการบัญญัติข้อบกพร่องนอกจากนี้ยังได้วิเคราะห์ถึงบทเรียนของประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนจากกรณีการเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างประเทศไทยกับนักลงทุนต่างประเทศ ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวนี้ทำให้ผู้เขียนเห็นว่าข้อพิพาทส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ใช้อำนาจบางประการโดยเฉพาะอำนาจในการควบคุมการลงทุน (Right to regulate) โดยอ้างถึงประโยชน์สาธารณะ สิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจหรือความมั่นคงภายในรัฐ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ โดยเมื่อพิจารณาแล้วเหตุผลดังกล่าวที่รัฐอ้างเพื่อควบคุมการลงทุนล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งเป็นประเด็นที่สังคมระหว่างประเทศได้ให้ความสนใจเป็นอย่างมาก

การพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นแนวคิดที่มีการพัฒนาและค่อยๆ ปรากฏขึ้นในสังคมโลกตามเอกสารของคณะกรรมการบรันท์แลนด์ หรือคณะกรรมการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา The Brundtland Report (World Commission on Environment and Development, 1987) ที่ได้ทำเสนอต่อองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้จัดทำข้อเสนอแนะการพัฒนารูปแบบใหม่ที่มุ่งลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมไว้ในเอกสารรายงานชื่อว่า “อนาคตของเรา (Our Common Future)” ซึ่งมีความคิดในเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยคณะกรรมการดังกล่าวได้ให้นิยามของคำว่า การพัฒนาอย่างยั่งยืน ไว้ในรายงานฉบับดังกล่าวว่า “เป็นการพัฒนาที่สอดคล้องกับความต้องการของ

คนในปัจจุบัน แต่การพัฒนาดังกล่าวนั้นต้องไม่กระทบต่อความสามารถของคนในอนาคตที่จะตอบสนองความต้องการของตนเอง”<sup>242</sup>

ในปี 1992 มีการประชุมที่ชื่อว่า United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) หรือที่เรียกว่าการประชุม Rio ซึ่งมีบทบาทที่สำคัญในการกำหนดแนวคิดของการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ปี 1992 (The Rio Declaration on Environment and Development 1992) ได้มีการนำเอาแนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนไปบัญญัติไว้ในปฏิญญาดังกล่าว โดยใน Principle 7 ของปฏิญญาได้กำหนดสนับสนุนการพัฒนาอย่างยั่งยืนและความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของประชาชน โดยที่รัฐจะต้องลดหรือกำจัดความไม่ยั่งยืนในการผลิตหรือการบริโภคและสนับสนุนนโยบายที่เหมาะสมกับประชากรในรัฐตน และใน Agenda 21 ของการประชุม Rio ได้กำหนดให้เรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นประเด็นสำคัญในการประชุมของประชาคมระหว่างประเทศ ต่อมาในการประชุม Rio+10 ปี 2002 ได้มีการประชุมเพื่อพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวผ่านแผนการดำเนินการของ The World Summit on Sustainable Development และในการประชุม Rio+20 ปี 2012 ตามเอกสาร “อนาคตที่เราต้องการ (The Future We Want)”<sup>243</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น องค์การสหประชาชาติก็ได้มีการจัดทำเอกสารที่มีชื่อว่า “Transforming Our World: The 2030 Agenda for sustainable development” ซึ่งเป็นเอกสารที่ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญการพัฒนาอย่างยั่งยืนโดยตามอารัมภบทของเอกสารดังกล่าวนี้กำหนดว่าการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นแผนงานหรือโครงการที่เกี่ยวกับมนุษย์ โลกและความรุ่งเรือง นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงการเสริมสร้างความสงบสุข และยังสามารถกล่าวถึงการตระหนักในประเด็นเกี่ยวกับการลดความยากจนในทุกรูปแบบและทุกมิติอันเป็นความท้าทายในระดับโลกและข้อกำหนดซึ่งขาดไม่ได้ในประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน<sup>244</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วประเด็นที่ได้กล่าวมานั้นล้วนมีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศทั้งสิ้น ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวต่อไป โดยหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญทั้งในระดับโลกและระดับประเทศด้วยเหตุผลที่ว่าเรื่องดังกล่าวนี้

<sup>242</sup> M. Gehring and A. Newcombe, "An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law," in *Sustainable Development in World Investment Law*, ed. M.-C. C. Segger and M. W. Gehring and A. Newcombe (United States of America: Aspen Publishers, Inc., 2011).p.3-6

<sup>243</sup> *ibid.*p. 3-6

<sup>244</sup> United Nations, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development* (2015). p.3

เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตของประชากร การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นประเด็นที่ประชาคมโลกกำลังให้ความสนใจและให้การรณรงค์มากขึ้นในปัจจุบันนอกเหนือจากเรื่องการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงิน ดังนั้นการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) หมายถึงการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการในปัจจุบันโดยจะต้องไม่มีผลกระทบต่อความสามารถของคนในอนาคต (Future Generations) ที่จะตอบสนองความต้องการของตนเอง โดยการพัฒนาดังกล่าวนั้น พยายามที่จะสร้างความยั่งยืนและความยืดหยุ่นในอนาคตสำหรับผู้คนและโลก<sup>245</sup> ซึ่งก็ต้องยอมรับว่า การลงทุนก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการตอบสนองต่อความต้องการของประชากรทั้งในด้านการเป็นผู้ผลิตหรือผู้บริโภค

หากพิจารณาผลทางกฎหมายของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนแล้ว เป้าหมายในการพัฒนาอย่างยั่งยืนไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย (no legally binding) แต่อย่างไรก็ตาม แม้เป้าหมายในการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นไม่ได้มีผลในทางกฎหมาย องค์การสหประชาชาติก็คาดหวังว่ารัฐสมาชิกจะดำเนินการจัดทำกรอบนโยบายของชาติเพื่อให้บรรลุ 17 เป้าหมายเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยที่การดำเนินงานและความสำเร็จขึ้นอยู่กับนโยบายและแผนงานเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนของรัฐนั้นๆ ในขั้นแรกนั้นองค์การสหประชาชาติคาดหวังว่ารัฐต้องมีความรับผิดชอบในการติดตามและทบทวนไม่ว่าจะเป็นในระดับชาติ ระดับภูมิภาคหรือระดับโลกเกี่ยวกับความก้าวหน้าในการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกนโยบายในระดับชาติต้องมีการติดตามความก้าวหน้าของการเก็บรวบรวมข้อมูลซึ่งจะต้องมีคุณภาพ สามารถเข้าถึงได้และได้ทันที่<sup>246</sup>

นอกจากนั้น สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติก็ได้มีมติที่ 70/1 (A/RES/70/1) ซึ่งระบุให้มีการพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืน และในปี ค.ศ. 2015 UNCTAD หรือ United Nations Conference on Trade and Development ซึ่งเป็นองค์การในองค์การสหประชาชาติได้ออกกรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Investment Policy Framework for Sustainable Development - IPFSD) ซึ่งเป็นกรอบแนวทางในประเด็น

<sup>245</sup> United Nations Department of Public Information, "The Sustainable Development Agenda: Frequently Asked Questions," [Online] Accessed: 12 September 2018. Available from: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda>

<sup>246</sup> ibid.

ด้านการลงทุนระหว่างประเทศและมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกรอบแนวทางในการที่รัฐจะนำไปเป็นต้นแบบในการออกนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนหรือนำไปพัฒนา รวมทั้งเป็นแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงความตกลงว่าด้วยด้วยการลงทุนทั้งในรูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี เพื่อให้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับแนวนโยบายด้านการลงทุนขององค์การสหประชาชาติที่ส่งเสริมให้มีการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยมีการแสดงถึงทางเลือกแก่รัฐในการบัญญัติข้อบทต่างๆ ที่สามารถนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการใช้ในการควบคุมการลงทุนของรัฐ

ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาเกี่ยวกับความสำคัญและความสัมพันธ์ของประเด็นหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน การใช้สิทธิในการควบคุม (Right to regulate) การลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน และข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งเป็นเป้าหมายในวิถยานิพนธ์เล่มนี้ นอกจากนี้ ผู้เขียนจะศึกษากรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (IPFSD) อันเป็นกรอบนโยบายซึ่ง UNCTAD ได้ออกมาเพื่อเป็นกรอบแนวทางแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการออกนโยบายด้านการลงทุนเพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศอันยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ อีกทั้งยังได้ให้แนวทางในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน และผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางในการบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติมจากกรอบนโยบายเพื่อการลงทุนของ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่นๆ เพิ่มเติมที่อาจจะแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนอย่างชัดเจน เพื่อจะได้เป็นข้อเสนอแนะเพิ่มเติมจากการวิเคราะห์ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD

## 1. หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญทั้งในระดับโลกและระดับประเทศ ด้วยเหตุผลที่ว่าเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตของประชากร การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นประเด็นที่ประชาคมโลกกำลังให้ความสนใจและให้การรณรงค์มากขึ้นในปัจจุบัน ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะศึกษาว่า หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนโดยเฉพาะในเรื่องการใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐมีความเกี่ยวข้องและมีความสำคัญ

กับการลงทุนระหว่างประเทศอย่างไร โดยเฉพาะในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

### 1.1 ความสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนกับการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่าการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) เป็นหลักการที่จะสร้างความเป็นอยู่ที่ดีแก่มนุษย์โดยที่จะคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด แต่ทั้งนี้ การที่จะไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้นั้นจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้คือ “การลงทุน” และจะต้องเป็นการลงทุนที่มาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะในรูปแบบการลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment) และไม่ได้มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจใดที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนแก่ประเทศได้ดีกว่าการลงทุน<sup>247</sup> โดยลักษณะที่สำคัญของการลงทุนที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนจะต้องเป็นการลงทุนที่เกิดในลักษณะการลงทุนในระยะยาว (Long-term Character) ด้วยเหตุที่ว่า นโยบายที่ส่งเสริมการพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศเป็นนโยบายที่นำมาใช้ในระยะยาว ดังนั้น การลงทุนที่เข้าในรัฐจึงต้องเป็นการลงทุนที่มีระยะเวลาในการดำเนินการสอดคล้องกับนโยบายและกรอบระยะเวลาของนโยบายที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศนั้นด้วย<sup>248</sup> โดยในหลายประเทศที่มีระดับการพัฒนาที่สูงขึ้นได้เริ่มหันมาให้ความสนใจกับคุณภาพของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และประเด็นอื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนมากขึ้น เช่น การให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบต่อสังคมของธุรกิจเอกชน (Corporate Social Responsibility) การเติบโตแบบมีส่วนร่วม (Inclusive Growth) การลงทุนสีเขียว (Green investment) และสังคมคาร์บอนต่ำ (Low-carbon Society)<sup>249</sup>

ทั้งนี้ การพัฒนาอย่างยั่งยืนและการลงทุนระหว่างประเทศจะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ได้นั้นจะต้องพิจารณาถึงหลักการที่สำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยหลักการที่สำคัญที่จะนำไปสู่

<sup>247</sup> International Institute for Sustainable Development, Investment and Sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements (Canada: International Institute for Sustainable Development, 2004). p.1

<sup>248</sup> ibid.

<sup>249</sup> สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา (องค์การมหาชน), การประเมินนโยบายการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนตามกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สหมิตรพรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560).

การพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นประกอบไปด้วยปัจจัยที่มีความสำคัญในการที่จะสะท้อนให้เห็นถึงการพัฒนาที่ยั่งยืนด้วยกัน 3 มิติที่สำคัญ (The Three Dimensions of Sustainable Development)<sup>250</sup> เพื่อที่ได้นำไปใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาว่าอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนนั้นสะท้อนอย่างไรต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งจะได้อธิบายต่อไป โดยปัจจัยที่มีความสำคัญในการที่จะสะท้อนให้เห็นถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืน 3 มิติที่สำคัญมีดังนี้

### มิติที่ 1 ด้านสังคม

การรวมตัวทางสังคม หมายถึง การสร้างศักดิ์ศรีให้แก่คนทุกคนในสังคมโดยจะต้องไม่มองข้ามกลุ่มคนบางกลุ่ม โดยควรมีการประกันมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทางสังคม และการรักษาสิ่งแวดล้อม รวมไปถึงการกำหนดมาตรฐานขั้นพื้นฐานในเรื่องความเป็นอยู่ประชาชน ทั้งนี้ในทุกประเทศจะต้องพยายามที่จะขจัดความยากจน ความไม่มั่นคง การถูกมองข้ามกลุ่มคนบางกลุ่มที่เกิดขึ้นในประเทศ ในประเด็นเรื่องความยากจนนั้นจำเป็นต้องพิจารณาในหลากหลายมิติ (multi-dimensional) เช่น ในเรื่องมาตรฐานในการครองชีพขั้นต่ำ การประกันในการคุ้มครองทางสังคม การคุ้มครองทรัพย์สินที่ถือครอง การได้อยู่อาศัยในสภาพแวดล้อมที่ดีและถูกสุขลักษณะ รวมไปถึงในเรื่องการเข้าถึงบริการขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ อาทิ การบริการที่ใช้พลังงานสะอาดโดยไม่เป็นมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม<sup>251</sup>

### มิติที่ 2 ด้านสิ่งแวดล้อม

ในการดำรงชีวิตของประชากรโลกและการสร้างความเจริญรุ่งเรืองทางด้านเศรษฐกิจให้เพิ่มขึ้นและดีขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปโดยคำนึงถึงความสามารถทางสังคมและสภาพแวดล้อม โดยจะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องและสนับสนุนการดำรงอยู่ของโลก (The Earth's life support system) ความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษย์ การมีสภาพสังคมที่ดีและการดำเนินการทางเศรษฐกิจทำที่สุสุดแล้วนั้นขึ้นอยู่กับ การจัดการระบบทรัพยากร<sup>252</sup> การเจริญเติบโตไม่ว่าในทางเศรษฐกิจและสังคมนั้นสามารถทำได้โดยไม่ต้องเพิ่มการใช้วัสดุหรือทรัพยากรที่เป็นการทำลายหรือลดลงอันทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

<sup>250</sup> Department of Public Information, U. N., "The Sustainable Development Agenda: Frequently Asked Questions."

<sup>251</sup> United Nations, "The Three Dimensions of Sustainable Development Is an Integrated Approach Beyond Our Reach? ," [Online] Accessed: 31 October 2018. Available from: <http://web.unep.org/ourplanet/march-2015/unep-work/three-dimensions-sustainable-development>.

<sup>252</sup> ibid.



และสังคมอันเป็นการก่อให้เกิดความไม่ยั่งยืนในการบริโภคและการผลิต แต่จะต้องเปลี่ยนไปสู่การเจริญเติบโตที่มีความยั่งยืนและเป็นเศรษฐกิจสีเขียว (Green Economy) ที่มีความเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมอย่างเต็มรูปแบบ โดยในช่วงที่ผ่านมาการริเริ่มในการอนุรักษ์และการรักษาสิ่งแวดล้อมได้แสดงให้เห็นผลลัพธ์ที่ดีขึ้นหลายอย่าง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการปกป้องสิ่งแวดล้อมให้มากขึ้นเรื่อยๆ เช่น การลดการใช้วัสดุหรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นสามารถก่อให้เกิดมลพิษหรือขยะ การอุดหนุนหรือให้การดึงดูดกิจการที่เป็นการทำลายหรือก่อให้เกิดอันตรายต่อสภาพแวดล้อม ทั้งนี้ จะต้องมีความรับผิดชอบในการดูแลและจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด การสร้างการบริโภคที่ดีขึ้นและปลอดภัย การกระตุ้นให้เกิดนวัตกรรมใหม่ๆ ที่สนับสนุนการพัฒนาอย่างยั่งยืน การขจัดพฤติกรรมที่ไม่ให้ความสนใจการบริโภคหรือ พฤติกรรมในการบริโภคที่มากเกินไปหรือน้อยเกินไปในทุกรูปแบบอันส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม<sup>253</sup>

### มิติที่ 3 ด้านเศรษฐกิจ

การเติบโตทางเศรษฐกิจนั้นไม่ใช่เพียงการได้รับผลกำไรจากการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังเป็นเรื่องการลงทุนทางสิ่งแวดล้อม สังคมและเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและการสร้างความมั่นคงในชีวิตของคนในรุ่นอนาคตด้วย โดยการที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในเรื่องการรวมตัวทางสังคมและการปกป้องสิ่งแวดล้อมได้ประเทศนั้นจะต้องมีฐานทางทรัพยากรที่สมบูรณ์ นอกจากนั้น ทรัพยากรดังกล่าวนี้จะต้องคำนึงถึงคนในรุ่นอนาคตด้วย และประกันว่าทรัพยากรดังกล่าวยังมีเพียงพอและไม่กระทบต่อความต้องการของคนในรุ่นอนาคต<sup>254</sup> ในปัจจุบันการลงทุนถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นซึ่งเป็นปัจจัยที่จะทำให้บรรลุถึงเป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ โดยเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ได้ทั้งในปัจจุบันและแก่คนในรุ่นอนาคต นอกจากนั้นยังเป็นสิ่งที่สร้างความยืดหยุ่นในการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและสิ่งแวดล้อมหรือการเปลี่ยนแปลงในเรื่องอื่นๆ โดยการลงทุนที่กล่าวมานี้จะต้องเป็นการลงทุนที่จะต้องสร้างทุนทั้งในทางธรรมชาติโดยผ่านวิธีการฟื้นฟูระบบนิเวศและการรักษาสิ่งแวดล้อม ทุนทางสังคมโดยผ่านการสร้างความรู้และทักษะให้แก่คนในสังคม และทุนทางเศรษฐกิจโดยผ่านการสร้างโครงสร้างขั้นพื้นฐานที่มีความยั่งยืน การสร้างสภาพแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพและสินทรัพย์ทางเศรษฐกิจที่ยาวนาน<sup>255</sup>

<sup>253</sup> ibid.

<sup>254</sup> ibid.

<sup>255</sup> ibid.

โดยหลักการที่สำคัญเหล่านี้จะก่อให้เกิดความเป็นอยู่ที่ดีแก่ประชาชนและสังคมในแต่ละประเทศ นอกจากนี้การพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นหลักการพัฒนาที่ต้องการจะจัดความยากจนที่เกิดขึ้นในทุกรูปแบบด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการส่งเสริมความยั่งยืน เท่าเทียมและการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ การสร้างโอกาสและลดความเหลื่อมล้ำทางสังคม การส่งเสริมให้มีการยกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดี การส่งเสริมให้มีการพัฒนาและรวมตัวกันทางสังคม และการส่งเสริมการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและระบบนิเวศอย่างยั่งยืน<sup>256</sup> ดังนั้น รัฐซึ่งเป็นตัวกระทำที่สำคัญในสังคมระหว่างประเทศที่สามารถทำให้บรรลุถึงเป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืนได้ไม่ว่าจะเป็นด้านสังคม สิ่งแวดล้อมและเศรษฐกิจ โดยเฉพาะในทางด้านเศรษฐกิจซึ่งมีกลไกด้านเศรษฐกิจที่สำคัญอันจะเป็นตัวขับเคลื่อนให้ไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนได้คือ การลงทุน รัฐจึงมีความเป็นที่จะต้องใช้อำนาจหรือสิทธิบางประการเพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้โดยสิทธิของรัฐดังกล่าวนี้คือ **สิทธิในการควบคุม (Right to regulate)**

**สิทธิในการควบคุม (Right to regulate)** เป็นสิทธิอธิปไตย (Sovereign right) ของรัฐในการใช้เพื่อปกป้องหรือคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยอาจจะอยู่ในรูปแบบของการออกนโยบายของรัฐ<sup>257</sup> หรืออาจจะอยู่ในรูปแบบของกฎหมายทั่วไป กรอบการดำเนินงานในทางปกครองหรืออยู่ในรูปแบบของข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะในกิจกรรมนั้นๆ<sup>258</sup> ดังนั้นอาจจะสรุปได้ว่า สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศเป็นสิทธิอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะใช้เพื่อปกป้องหรือคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ รัฐผู้รับการลงทุนอาจจะออกเป็นกฎหมายหรือแนวนโยบายของรัฐในการใช้บังคับ

เมื่อการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิของรัฐ ประเด็นที่จะต้องพิจารณามีต่อไปว่า การใช้สิทธิอธิปไตยดังกล่าวนี้จะเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ได้

<sup>256</sup> Department of Public Information, United Nations, **The Sustainable Development Agenda: Frequently Asked Questions** [online], 2018, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda>.

<sup>257</sup> FABIO MOROSINI, "Making the Right to Regulate in Investment Law and Policy Work for Development: Reflections from the South African and Brazilian Experiences," [Online] Accessed: 2 February 2020. Available from: <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>

<sup>258</sup> UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (2015). p. 33.

จัดทำขึ้นระหว่างรัฐภาคีหรือไม่ เห็นว่า โดยหลักหากพิจารณาตามข้อบทก็อาจจะเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่หากว่าการใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐนั้นเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ความมั่นคงของประเทศ สุขอนามัยของประชาชน<sup>259</sup> การใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐอาจจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศได้ในฐานะที่สิทธิในการควบคุมดังกล่าวของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นเป็นการใช้สิทธิภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป<sup>260</sup> ทั้งนี้ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่า การใช้สิทธิของรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่มีความชัดเจนเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย ทั้งได้กระทำไปอย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนด้วย โดยผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปว่าภายใต้ข้อบทในการให้การส่งเสริมและการคุ้มครองแก่นักลงทุนควรจะมีบัญญัติในรูปแบบใดที่จะทำให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศได้ เมื่อพิจารณาแล้วอาจจะเห็นได้ว่า หากว่ารัฐภาคีทั้งสองฝ่ายตกลงกันบัญญัติสิทธิดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจะก่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้บังคับและมีผลในทางปฏิบัติมากกว่าการใช้สิทธิดังกล่าวในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนขึ้นได้ เช่น ในกรณีเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นการปรับใช้สิทธิดังกล่าวในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปอาจจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการได้ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วในบทที่ 2

ในทางกลับกัน หากว่ารัฐไม่สามารถที่จะใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศได้ อาจจะก่อให้เกิดการใช้สิทธิเกินส่วนของนักลงทุนซึ่งจะส่งผลกระทบต่ออย่างที่เป็นรูปธรรมต่อรัฐผู้รับการลงทุนไม่ว่าในด้านเศรษฐกิจที่จะถูกแทรกแซงจากต่างประเทศหรือการลงทุนของคนชาติที่ไม่สามารถแข่งขันได้ ด้านสังคมที่จะก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมจากการตกงานหรือการดึงดูดบุคลากรที่มีความสามารถ ด้านทรัพยากรที่จะก่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรหรือการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้หมดไปอย่างรวดเร็วหรือการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติภายในรัฐนั้นๆ ที่อาจจะก่อให้เกิดมูลค่ากับนักลงทุนต่างชาติ จะเห็นได้ว่าหากรัฐผู้รับการลงทุนไร้ซึ่งสิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศแล้ว ผลกระทบในด้านลบย่อมที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า การลงทุนระหว่างประเทศนอกจากจะเป็นปัจจัยที่สำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนแล้ว แต่เมื่อพิจารณาอีกแง่มุมหนึ่งการลงทุนย่อมส่งผล

<sup>259</sup> Ph.D. Howard Mann, "The Right of States to Regulate and International Investment Law." p. 5.

<sup>260</sup> Charalampos Giannakopoulos, "The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach," (2017). p. 9-10.

กระทบต่อประเทศผู้รับการลงทุน ไม่ว่าจะในด้านเศรษฐกิจที่อาจจะเข้ามาเป็นคู่แข่งกับนักลงทุนภายในประเทศ ด้านสังคมที่อาจจะเข้ามาแทรกแซงหรือทำให้วิถีชีวิตของคนในรัฐเปลี่ยนแปลงไปหรือการตั้งทรัพยากรบุคคลที่มีความรู้ความสามารถไป ด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการประกอบกิจการที่เป็นรูปธรรมอันส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุนหรือจากการใช้ทรัพยากรบางประเภทไม่ว่าจะถูกต้องหรือไม่ตามกฎหมายก็ย่อมส่งผลกระทบโดยตรงต่อรัฐผู้รับการลงทุน<sup>261</sup> ซึ่งปัจจัยทั้ง 3 ด้านเป็นปัจจัยที่สำคัญในการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ดังนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนในฐานะที่เป็นรัฐอันมีอำนาจอธิปไตยในการบริหารจัดการกิจกรรมทุกประเภทที่ดำเนินการภายในประเทศ ประเทศผู้รับการลงทุนจึงควรใช้อำนาจหรือสิทธิในการควบคุมการลงทุนระหว่างประเทศเท่าที่เหมาะสมและพอควรไม่ว่าจะเป็นการควบคุมก่อนเข้ามาลงทุนหรือการควบคุมภายหลังการเข้ามาลงทุน ทั้งนี้ การใช้อำนาจในการควบคุมดังกล่าวควรมีความชัดเจน สมเหตุสมผล ได้สัดส่วน และเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย<sup>262</sup> เพื่อไม่ให้กระทบต่อการดำเนินการของนักลงทุนอันอาจจะส่งผลกระทบต่อประเทศผู้รับการลงทุนเอง ทั้งยังจะเป็นกลไกที่สำคัญอย่างหนึ่งในการส่งเสริมการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

## 1.2 ความสัมพันธ์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการลงทุนระหว่างประเทศกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นมีความเกี่ยวข้องกันโดยตรง กล่าวคือ การลงทุนระหว่างประเทศซึ่งเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญอย่างหนึ่งนั้นเป็นกลไกที่สำคัญในการก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนภายในรัฐที่รับการลงทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาซึ่งต้องการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศและต้องการที่จะรักษาไว้ซึ่งอำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุนด้วย การไหลเข้าของการลงทุนจากต่างประเทศเพียงอย่างเดียวนั้นไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนขึ้นในรัฐที่รับการลงทุนได้แต่จะต้องพิจารณาถึงเป้าหมายในการพัฒนาของแต่ละรัฐด้วย (State Development goals)<sup>263</sup>

<sup>261</sup> Howard Mann, P. D., "The Right of States to Regulate and International Investment Law." p.3.

<sup>262</sup> UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development.

<sup>263</sup> P. Simons and G. Mayeda J. A. VanDuzer, Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries (London: International

โดยทั่วไปแล้วความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศถือเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุน โดยความตกลงในช่วงผ่านนั้นเป็นความตกลงที่บัญญัติข้อบทที่เป็นการให้การปฏิบัติและการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนตามนิยามที่กำหนดไว้ในความตกลงเท่านั้น แต่ความตกลงในรูปแบบดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงหรือมีนัยยะต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนแต่อย่างใด<sup>264</sup> ยิ่งไปกว่านั้น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศบางฉบับยังได้กำหนดข้อจำกัดของรัฐผู้รับการลงทุนในการเลือกนโยบายที่ตอบสนองต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน เช่น ข้อจำกัดของรัฐในการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนหรือนักลงทุน<sup>265</sup> เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วการที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนจะเป็นไปได้ยากมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศนั้นเป็นกลไกหรือเครื่องมือที่สำคัญในการที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นประเด็นที่สำคัญอันควรมีการบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แม้ว่าสิทธิดังกล่าวจะเป็นสิทธิอธิปไตยของรัฐโดยแท้หรือจะเป็นการใช้สิทธิตามหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม<sup>266</sup> ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐผู้รับการลงทุนและเพื่อสร้างความเข้าใจและการยอมรับจากนักลงทุนต่างชาติในการตัดสินใจเข้ามาลงทุนตั้งแต่แรกเริ่มที่จะเข้ามาทำการลงทุน ซึ่งแนวทางในการที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นนั้น อาจจะต้องพิจารณาถึงข้อบทในเรื่องการให้การคุ้มครองนักลงทุนที่สะท้อนให้เห็นอำนาจของรัฐที่อาจจะให้สิทธิในการควบคุมการลงทุนซึ่งในที่นี้ผู้เขียนจะมุ่งศึกษาใน 2 ข้อบทตามที่ได้กล่าวไปคือ (1) ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และ (2) ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน โดยในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะแสดงให้เห็นว่า ข้อบททั้งสองมีความสัมพันธ์กันอย่างไรกับประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนอันจะนำไปสู่การวิเคราะห์แนวทางในการปฏิรูปความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยในบทที่ 4

---

Trade and Regional Co-operation Section, Economic Affair Division, Commonwealth Secretariat 2012). p.24

<sup>264</sup> *ibid.*

<sup>265</sup> *ibid.* p. 25

<sup>266</sup> Giannakopoulos, C., "The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach." p. 9.

### 1.2.1 ความสัมพันธ์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหากมองโดยผิวเผินนั้นเป็นข้อบทที่ให้ความคุ้มครองกับการลงทุนของนักลงทุนอย่างครอบคลุมอันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่มีวัตถุประสงค์เป็นข้อบทในการอุดช่องว่างของมาตรฐานในการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนให้มีความครอบคลุม ทั้งยังเป็นการรักษามาตรฐานในการให้การคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กรอบของสนธิสัญญา<sup>267</sup> โดยเมื่อพิจารณารูปแบบของข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงการใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนได้อย่างชัดเจน โดยจะเห็นได้จากการบัญญัติข้อบทในรูปแบบที่ความตกลงมีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะและไม่มีข้อผูกมัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลที่ว่า เมื่อความตกลงได้กำหนดพันธกรณีต่างๆ ไว้โดยเฉพาะแล้วไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองหรือการปฏิบัติและพันธกรณีของรัฐผู้รับการลงทุน รวมไปถึงข้อยกเว้นต่างๆ ที่รัฐจะกระทำการใดๆ อันอาจจะกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้แล้วนั้น นักลงทุนก็จะสามารถคาดการณ์ได้ว่า การกระทำใดบ้างของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะถือว่าเป็นการละเมิดข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>268</sup> นอกจากนี้ ก็ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากสามารถยกข้ออ้างหรือข้อเถียงที่เป็นลายลักษณ์อักษรโต้แย้งได้ ทั้งไม่ก่อให้เกิดความตีความที่ออกไปจากขอบของความตกลงได้ โดยหากว่าในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้กำหนดข้อบทที่ให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้หรือมีการกำหนดไว้อย่างไม่ชัดเจนก็อาจจะเป็นการเพิ่มความเสี่ยงที่การใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนถูกจำกัดมากขึ้น<sup>269</sup> อันอาจจะทำให้รัฐไม่สามารถที่ปกป้องประโยชน์สาธารณะได้หรือหากว่ารัฐได้กระทำการใดไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เป็นการฝ่าฝืนต่อพันธกรณีก็อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศได้

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปในตอนต้นว่า การพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นการสร้างความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นให้แก่ประชาชนโดยเฉพาะกลุ่มของผู้ยากจน โดยการ

<sup>267</sup> Schreuer, R. D. a. C., *Principles of International Investment Law*. p. 132.

<sup>268</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p. 29.

<sup>269</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. p. 97.

พัฒนานั้นจะต้องสอดคล้องกับทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด ซึ่งหากพิจารณาโดยผิวเผินแล้วดูเหมือนว่า ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกับหลักการพัฒนาการที่ยั่งยืนไม่น่าจะมีความเกี่ยวข้องกัน แต่หากพิจารณาถึงเป้าหมายหลักของการพัฒนาอย่างยั่งยืนแล้วที่มุ่งต้องการที่จะสร้างความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นให้แก่ประชาชนโดยมีการแบ่งปันในการใช้ทรัพยากรกัน “อย่างเท่าเทียม” “อย่างเป็นธรรม” ในระหว่างประชาชนด้วยกันซึ่งจะต้องคำนึงคนในรุ่นอนาคตด้วย โดยสะท้อนให้เห็นหลักการในเรื่อง “ความเท่าเทียม” เป็นหลักการสำคัญที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้<sup>270</sup> ซึ่งเมื่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้คำนึงถึงหลักความเท่าเทียมเป็นหลักการที่สำคัญอย่างหนึ่ง ทั้งได้พิจารณาถึงการใช้ทรัพยากรของคนในรุ่นปัจจุบันว่าจะต้องคำนึงถึงคนในรุ่นอนาคตด้วย เมื่อพิจารณาหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนก็อาจจะสะท้อนให้เห็นถึงหลักการที่สำคัญ 3 ประการที่สามารถทำให้บรรลุผลของการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้<sup>271</sup> ซึ่งอาจจะทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ดังนี้

**หลักที่สำคัญประการแรก คือ หลักอำนาจอธิปไตย** หลักอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเต็มของรัฐที่จะบริหารจัดการทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดภายในอาณาเขตของตนได้ไม่ว่าจะผ่านทางกฎหมายหรือทางนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหรือการพัฒนาในด้านต่างๆ<sup>272</sup> เมื่อพิจารณาตามหลักอำนาจอธิปไตยแล้วจะเห็นว่า การใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการสิทธิอธิปไตยของรัฐดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปข้างต้น ทั้งเมื่อพิจารณาถึงข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนในการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการลงทุนหรือความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมขึ้นได้ แต่การใช้อำนาจในการควบคุมดังกล่าวก็เป็นการใช้สิทธิอธิปไตยอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐที่สามารถกระทำได้ แต่ทั้งนี้ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปว่าการใช้สิทธิของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการหรืออาจจะมีแนวทางการช่วยเหลือหรือการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่นักลงทุนผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนด้วย

<sup>270</sup> Newcombe, M. G. a. A., "An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law," in *Sustainable Development in World Investment Law*. p. 250.

<sup>271</sup> *ibid.*

<sup>272</sup> *ibid.* p. 250.

**หลักที่สำคัญประการที่สอง คือ หลักธรรมาภิบาลและหลักความโปร่งใส** โดยทั้งสองหลักการเป็นการที่ประกันการเข้าถึงข้อมูลต่างๆ ของนักลงทุนต่างชาติได้อย่างเพียงพอและทันท่วงที นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวเป็นการประกันว่ากระบวนการยุติธรรมและกระบวนการทางปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการและหลักนิติรัฐ<sup>273</sup> เมื่อพิจารณาตามหลักธรรมาภิบาลและหลักความโปร่งใสแล้วนั้น นอกจากการใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุน อันเป็นไปตามหลักอำนาจอธิปไตยแล้วนั้น การใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นควรที่จะเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลหรือการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักความโปร่งใสด้วย ทั้งนี้ เพื่อที่ว่า การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐเป็นไปอย่างชัดเจนสามารถที่จะตรวจสอบได้ และมีกระบวนการขั้นตอนชัดเจน นอกจากนี้ ยังเป็นประโยชน์แก่นักลงทุนที่สามารถเข้าถึงกฎหมายและนโยบาย รวมถึงเหตุผลต่างๆ ในการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งอาจจะกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้

**หลักที่สำคัญประการที่สาม คือ หลักการบูรณาการ** โดยหลักการบูรณาการนี้สามารถสะท้อนให้เห็นถึงการร่วมมือในการดำเนินการแก้ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากสังคม เศรษฐกิจและสิทธิมนุษยชน<sup>274</sup> เมื่อพิจารณาตามหลักบูรณาการแล้วเป็นกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติต้องร่วมมือกันแก้ปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอาจจะอยู่ในกระบวนการแก้ปัญหาก่อนการเกิดข้อพิพาทซึ่งอาจจะเป็นการร่วมกันหาทางออกของปัญหาหรือการเจรจาในขั้นต้น หรือเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาทแล้วต่อมาได้มีการประนีประนอมหรือการไกล่เกลี่ยเพื่อรับฟังปัญหาและร่วมกันหาทางออกที่สมประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่น่าสนใจซึ่งอาจจะเป็นแนวทางที่ทำให้เกิดข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนน้อยลง

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า หลักการที่สำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนทั้งสามประการข้างต้นมีความสัมพันธ์กับข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการอำนาจอธิปไตย หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักความโปร่งใสที่มีนัยยะสำคัญกับประเด็นเรื่องการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น อาจจะได้เห็นว่าหากรัฐผู้รับการลงทุนได้ดำเนินการหรือกระทำใดๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน แต่ทั้งนี้การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปตามหลักที่สำคัญดังกล่าวแล้วก็ทำให้รัฐนั้นอาจจะไม่มีความรับผิดชอบเกิดขึ้น และที่สำคัญคือก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ในการลงทุนระหว่างประเทศ

<sup>273</sup> ibid.

<sup>274</sup> ibid.



โดยมีการนำประเด็นในเรื่องของสังคมและสิ่งแวดล้อมเข้าไปพิจารณาร่วมด้วย<sup>275</sup> กล่าวคือ นักลงทุนก็ยังคงได้รับการปฏิบัติและการคุ้มครองอย่างเต็มที่ และรัฐก็สามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อย่างเต็มที่เช่นกัน ดังนั้น ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้โดยเฉพาะในประเด็นการที่ให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนได้คือการกำหนดข้อบทให้รัฐมีพันธกรณีตามหลักธรรมาภิบาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกระบวนการที่ยุติธรรม การไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ความโปร่งใสและความได้สัดส่วน แต่ทั้งนี้ ก็จะต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ในการคุ้มครองนักลงทุนกับการพัฒนาสังคมและการรักษาสิ่งแวดล้อมอันเป็นเป้าหมายหลักของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้วย<sup>276</sup>

### 1.2.2 ความสัมพันธ์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนกับข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเป็นข้อบทที่แสดงถึงสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนได้อย่างชัดเจนว่า รัฐผู้รับการลงทุนสามารถทำการเวนคืนการลงทุนได้ทั้งในทางตรงและทางอ้อม ทั้งนี้ การกระทำเวนคืนของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ<sup>277</sup> ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวจะทำให้เห็นว่า รัฐใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้ภายใต้เงื่อนไขที่สมเหตุสมผล มีการเยียวยาความเสียหาย และนักลงทุนก็ยังคงได้รับความคุ้มครอง การปฏิบัติจากการกระทำดังกล่าวของรัฐ ดังนั้น เมื่อนักลงทุนได้รับค่าชดเชยเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนทำการเวนคืน และรัฐผู้รับการลงทุนสามารถที่จะใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อย่างสมเหตุสมผล และมีความชัดเจนภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในความตกลงที่ย่อมเป็นไปได้ที่ว่าการพัฒนาอย่างยั่งยืนจะไม่เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศ

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่า เป้าหมายหลักของการพัฒนาอย่างยั่งยืนต้องการสร้างความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นให้แก่ประชาชนโดยเฉพาะกลุ่มของผู้ยากจน โดยการพัฒนาที่นั่นจะต้องสอดคล้อง

<sup>275</sup> *ibid.* p. 251.

<sup>276</sup> *ibid.* p. 259.

<sup>277</sup> UNCTAD, *Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements* li. p. 1-2.

กับทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด นอกจากนั้น การพัฒนาดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับมิติด้านเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อมไปด้วยกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วรัฐจึงจำเป็นต้องมีกลไกหรือเครื่องมือในการควบคุมการดำเนินการในกิจกรรมต่างๆ ซึ่งเมื่อพิจารณากิจกรรมด้านเศรษฐกิจแล้วนั้น รัฐอาจจะกระทำการบางอย่างเพื่อควบคุมหรือมีผลกระทบไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจ อาทิ การใช้สิทธิในการเวนคืนพื้นที่บางพื้นที่เพื่อการดำเนินการกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่า การกระทำดังกล่าวของรัฐนั้นจะไม่กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน ดังนั้น ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนจึงอาจจะสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์กับการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนได้อย่างชัดเจน

โดยเมื่อพิจารณาแล้วอาจเห็นได้ว่า ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเป็นข้อบทที่ให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนกระทำการอันกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้ ดังนั้น ประเด็นการพัฒนาที่ยั่งยืนในข้อบทดังกล่าวจะเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุนและสิทธิในการควบคุม (การกระทำหรือมาตรการในการเวนคืน) การลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>278</sup> โดยการใช้สิทธิของรัฐผู้รับการลงทุน และสิทธิที่จะได้รับในกรณีที่นักลงทุนได้รับผลกระทบไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต้องมีความชัดเจน สามารถคาดการณ์ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักการที่สำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนทั้งสามประการซึ่งได้กล่าวไปแล้วในข้อ 2.1 ข้างต้น ไม่ว่าจะเป็น (1) **หลักการอำนาจอธิปไตยของรัฐ**ที่กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการเวนคืนพื้นที่หรือกระทำการใดที่ถือว่าเป็นการเวนคืนภายในอาณาเขตตน (2) **หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักความโปร่งใส**ที่จะต้องมีความชัดเจน เข้าถึงและตรวจสอบได้ในการดำเนินการ และ (3) **หลักบูรณาการ**ซึ่งเป็นหลักประการสำคัญที่รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต้องร่วมกันหาแนวทางเพื่อให้สมประโยชน์กับทั้งสองฝ่าย ซึ่งเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ใช้สิทธิในการเวนคืนโดยเป็นไปตามเงื่อนไขไม่จะเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การไม่เลือกปฏิบัติหรือได้มีการชดเชยแก่นักลงทุนแล้วก็จะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดที่จะถือว่าเป็นการละเมิดข้อบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>279</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนนั้น โดยหลักแล้วเป็นข้อบทที่รัฐจะต้องให้การคุ้มครองและการปฏิบัติ

<sup>278</sup> Newcombe, M. G. a. A., "An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law," in *Sustainable Development in World Investment Law*. p. 304.

<sup>279</sup> *ibid.* p. 320 - 322.

ต่อนักลงทุนต่างชาติภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนั้นๆ แต่ทั้งนี้ ข้อบททั้งสองเรื่องดังกล่าวนั้นก็สะท้อนให้เห็นถึงการที่รัฐสามารถใช้สิทธิบางประการในการเข้าแทรกแซงหรือควบคุมการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยเหตุผลบางประการ ซึ่งการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนดังกล่าวนี้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคมหรือด้านสิ่งแวดล้อมอันเป็นมิติที่สำคัญอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ดังนั้น ข้อบทดังกล่าวจึงมีความสัมพันธ์กับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน

## 2. การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD ของ UNCTAD

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกรอบทางกฎหมายในการควบคุมการดำเนินการการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่การลงทุนระหว่างประเทศถือว่าเป็นปัจจัยหรือกลไกในการขับเคลื่อนที่มีความจำเป็นในการพัฒนาประเทศด้านเศรษฐกิจ<sup>280</sup> แม้ว่าในการดำเนินการการลงทุนภายในรัฐผู้รับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจะอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีข้อบทที่ให้การส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนแล้วก็ตาม นักลงทุนก็ยังพิจารณาถึงประเด็นเงื่อนไขต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่จะต้องมีความชัดเจนและคาดหมายได้ด้วย<sup>281</sup> อันสะท้อนให้เห็นว่าในแง่ของนักลงทุนก็ย่อมต้องการความชัดเจนในทางด้านกฎหมาย นโยบายหรือเงื่อนไขต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อนักลงทุนในทุกแง่มุม โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งถือว่าเป็นประเด็นที่อาจจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน เนื่องจาก การใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐอาจจะเป็นการกระทบต่อกิจการของนักลงทุนได้โดยตรง เช่น การรื้อถอนสถานประกอบการ การเวนคืนพื้นที่ในการลงทุน การสั่งปิดกิจการถาวร หรืออาจจะเป็นการส่งผลกระทบต่อนักลงทุนในทางอ้อม เช่น การสั่งปิดกิจการของนักลงทุนชั่วคราว การเข้าควบคุมในกิจการของนักลงทุนโดยรัฐในบางส่วน ซึ่งอาจจะส่งผลต่อ

<sup>280</sup> Manjiao Chi, "Sustainable Development Provisions in Investment Treaties," (2018). p.13.

<sup>281</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. p. 33.

ผลประโยชน์ของนักลงทุนทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน หรือความคล่องในการดำเนินธุรกิจ หรือความคาดหวังบางประการจากการลงทุน

ในปัจจุบันประเด็นสิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนนับได้ว่าเป็นประเด็นที่สำคัญที่มีความเกี่ยวพันกันกับการพัฒนากฎหมายและนโยบายการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>282</sup> เนื่องจากได้มีการพัฒนาการที่เริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นจากแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในการตีความข้อบ่งชี้ต่างๆ ภายในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อบ่งชี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบ่งชี้การคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ซึ่งต่อมาได้มีตราสารในทางระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 2015 UNCTAD ได้ออกกรอบ IPFSD ซึ่งเป็นกรอบนโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยกรอบ IPFSD เป็นการให้แนวทางในการออกหรือปฏิรูประบอบนโยบายด้านการลงทุนของรัฐเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน และยังได้มีการให้ทางเลือกแก่รัฐในการบัญญัติข้อบ่งชี้ต่างๆ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและแสดงให้เห็นถึงนัยยะสำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐด้วยซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในข้อ 3 ของบทเดียวกันนี้ นอกจากนี้ ความตกลงระหว่างประเทศที่ได้จัดทำขึ้นในช่วงหลังปี ค.ศ. 2000 ได้ให้ความสำคัญในเรื่องประเด็นดังกล่าวด้วย เนื่องจาก การใช้สิทธิในการควบคุมดังกล่าวนี้เป็นกลไกหรือปัจจัยอย่างหนึ่งที่ทำให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในข้อ 1 ข้างต้น โดยตราสารในทางระหว่างประเทศได้ออกแนวทางให้แก่อะไรก็ตาม นำประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนไปปรับใช้กับการออกแนวนโยบายของรัฐหรือการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รัฐภาคีอาจจะร่วมกันตกลงกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมได้โดยไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศ รวมไปถึงความมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ โดยอาจจะกำหนดอยู่ในรูปแบบดังต่อไปนี้

1. กำหนดไว้ในอารัมภบทของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>283</sup>

<sup>282</sup> Howard Mann, P. D., "The Right of States to Regulate and International Investment Law." p. 2.

<sup>283</sup> Giannakopoulos, C., "The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach." p. 11.

2. กำหนดไว้ในข้อบทในการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน เช่น ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน<sup>284</sup>

3. กำหนดไว้เป็นข้อบทหรือข้อยกเว้นโดยเฉพาะในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น ข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public policy exceptions)<sup>285</sup>

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกรอบทางกฎหมายในการควบคุมการดำเนินการการลงทุนระหว่างประเทศและเป็นสิ่งจูงใจนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนภายในประเทศประกอบกับนักลงทุนต้องการความชัดเจนและการคาดหมายได้ในกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ดังนั้น ในการใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนจึงควรมีการบัญญัติอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยอาจจะบัญญัติเป็นข้อยกเว้นภายใต้หลักการปฏิบัติหรือหลักการคุ้มครองนักลงทุน หรือบัญญัติเป็นข้อสงวนไว้ที่รัฐสามารถระทำการใดอันอาจจะกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงจะมุ่งเน้นแสดงให้เห็นถึงการนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยจะพิจารณาจะแสดงให้เห็นถึงในช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD ว่า ในสังคมนระหว่างประเทศได้มีการปรับใช้และกระแสดูแลความสนใจในประเด็นดังกล่าวไปในทิศทางใด โดยผู้เขียนจะสะท้อนให้เห็นประเด็นการนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนผ่านคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 2 และผ่านตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่นๆ ที่ได้ออกมาเพื่อเป็นแนวทางแก่รัฐในการนำไปปรับใช้

**2.1 การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD**

<sup>284</sup> ibid.

<sup>285</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, p. 103.

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่า ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้หลายรูปแบบ ซึ่งการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบได้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจากปัญหาในการตีความดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงผลกระทบที่มีต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะยกตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศทั้งที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีและมีได้เป็นรัฐภาคีซึ่งได้จัดทำขึ้นก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD เพื่อแสดงให้เห็นถึงการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมว่าเป็นไปในรูปแบบใด และรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับประเด็นหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการนำไปเป็นแนวทางในการหาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย

การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในช่วงก่อนการมีกรอบ IPFSD ของ UNCTAD นั้น จะเห็นได้ชัดว่า ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 2000 ภาคีสัญญาส่วนใหญ่จะมีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบไม่มีเงื่อนไขในการให้การปฏิบัติและคุ้มครอง หรือมีการบัญญัติเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ข้อ 2(2) ของ United Kingdom-Uzbekistan BIT ปี ค.ศ.1993<sup>286</sup> หรือข้อ 1105 ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ปี ค.ศ.1992 ก็ได้บัญญัติข้อบทไปในทำนองเดียวกัน ทั้งนี้ ก็มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในบางฉบับได้มีการกำหนดพันธกรณีบางประการเอาไว้ อาทิ ห้ามใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือกระทำตามอำเภอใจ แต่ก็มีข้อยกเว้นที่บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมผูกพันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ข้อ 2 ของ the United States of America and the Government of Romania BIT ปี ค.ศ. 1994<sup>287</sup> โดย ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความข้อบทในรูปแบบดังกล่าวที่

<sup>286</sup> "Bilateral Investment Treaty between United Kingdom-Uzbekistan ".

Article 2(2)

“Investments of nationals or companies of each Contracting Party **shall at all times be accorded fair and equitable treatment** and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.”

<sup>287</sup> "Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment ".

ไม่มีความชัดเจนหรือมีข้อผูกพันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นปัญหาต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐได้อันอาจจะกระทบต่อการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ไว้แล้วในบทที่ 2

ในช่วงหลังปี ค.ศ. 2000 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้มีพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยมีการกำหนดข้อพิจารณาหรือพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ เช่น ข้อ 11 ของ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) ปี ค.ศ.2009<sup>288</sup> นอกจากนี้ จะเห็นได้จากตารางพัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยที่ได้จัดทำขึ้นหลัง ปี ค.ศ.2000 จำนวน 5 ฉบับ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 โดยได้มีการกำหนดพันธกรณีหรือข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม อันสะท้อนให้เห็นว่า รัฐภาคีอาจจะเล็งเห็นถึงความสำคัญในการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศมากขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีการบัญญัติให้สิทธิไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ทั้งนี้ ในความตกลงบางฉบับก็ยังคงบัญญัติข้อบทในรูปแบบไม่มีเงื่อนไขในการให้การปฏิบัติและคุ้มครอง หรือมีการบัญญัติเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Thailand-United Arab Emirates BIT ปี ค.ศ.2015 Belgium-Luxembourg Economic Union (Bleu) -Tajikistan BIT ปี ค.ศ. 2009 หรือไม่มีการบัญญัติข้อบท

Article 2.

“ (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in **no case be accorded treatment less than that required by international law.**

(b) Neither Party **shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures** the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments.”

<sup>288</sup> "Asean Comprehensive Investment Agreement ".

Article 11

“ 1. Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) **fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process;...**”

การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียและสิงคโปร์ ปี ค.ศ. 2003

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐหรือองค์การระหว่างประเทศได้เริ่มให้ความสำคัญกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศผ่านการบัญญัติข้อบท การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้มีความชัดเจนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติข้อบทให้มี รายละเอียดหรือกำหนดขอบเขตในการปรับใช้ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความข้อบทที่อาจจะทำให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน อย่างไรก็ตาม การ บัญญัติข้อบทดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับอำนาจในการต่อรองหรือการเจรจาระหว่างรัฐภาคีซึ่งอาจจะเป็น ปัจจัยที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

## 2.2 การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจาก ต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลง ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ว่า ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนหลายรูปแบบ ซึ่งการบัญญัติข้อบท ในแต่ละรูปแบบได้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจากปัญหาใน การตีความดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงผลกระทบที่มีต่อการใช้สิทธิในการควบคุม การลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะยกตัวอย่างความตกลงระหว่างประเทศทั้งที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีและมีได้เป็นรัฐภาคีซึ่งได้จัดทำขึ้นก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD เพื่อแสดงให้เห็นถึง การบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนว่าเป็นไปในรูปแบบใด และรัฐหรือ องค์การระหว่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับประเด็นหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิ ในการควบคุมการลงทุนมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการนำไปเป็นแนวทางในการหา แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทย

การนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ ไปปรับใช้ในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ ว่าด้วยการลงทุนทั้งในช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD ของ UNCTAD จะเห็นได้ว่า ในช่วงแรกก็ มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับก็บัญญัติข้อบทโดยไม่ได้มีการบัญญัติถึงการ



เวนคืนทางอ้อมไว้อย่างชัดเจน เช่น ข้อ 4(1) ของ Austria - Croatia BIT ปี ค.ศ. 1999<sup>289</sup> หรือข้อ 5 ของ Lebanon - Malaysia BIT ปี ค.ศ. 2002 ก็ได้บัญญัติไปในทำนองเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความข้อบทว่าการเวนคืนดังกล่าวนั้น รวมถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วยหรือไม่ ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 2 แต่ทั้งนี้ ในช่วงหลัง รัฐภาคีคู่สัญญาส่วนใหญ่จะมีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนให้รวมถึงกรณีการเวนคืนทางอ้อมด้วย โดยจะมีการบัญญัติข้อบทไว้อย่างชัดเจนว่า “ห้ามรัฐภาคีทำการเวนคืนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม” หรือ “ห้ามรัฐภาคีมีมาตรการใดๆ ที่ส่งผลเทียบเท่าหรือเหมือนกับการเวนคืน” เช่น ข้อ 4(2) ของ Egypt-Germany BIT ปี ค.ศ. 2005<sup>290</sup> หรือข้อ 7 ของ Mexico-United Kingdom BIT ปี ค.ศ. 2006 หรือข้อ 10 ของ Australia-Hongkong BIT ปี ค.ศ. 2019 ได้บัญญัติข้อบทไปในทำนองเดียวกัน

สำหรับกรณีของประเทศไทยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีทุกฉบับจะบัญญัติข้อบทไปในแนวทางที่กำหนดให้พิจารณาถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วยซึ่งในความตกลงฯ แต่ละฉบับนั้นก็จะมีการบัญญัติถ้อยที่แตกต่างกันออกไป แต่ทั้งนี้ก็มีความหมายหรือนัยยะสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน คือ มาตรการหรือการกระทำใดที่มีผลเหมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้บัญญัติข้อบทโดยรวมถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้อย่างชัดเจนด้วยแล้วก็ยังคงมีปัญหาว่า ขอบเขตของการพิจารณาว่าการเวนคืนทางอ้อมเป็นอย่างไรก็ยังคงเป็นปัญหาดังจะเห็นได้จากที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับปัญหาในการตีความโดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในบางฉบับก็ได้มีการกำหนดข้อพิจารณาหรือรายละเอียดในการพิจารณาเกี่ยวกับการเวนคืนไว้ท้ายความตกลง เช่น ภาคผนวก 2 ของ

<sup>289</sup> "Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and Protection of Investments."

#### Article 4 (1)

“(1) Investments of investors of either Contracting Party **shall not be expropriated in the territory of the other Contracting** Party except for a public purpose by due process of law and against compensation.”

<sup>290</sup> "Agreement between the Arab Republic of Egypt and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments ".

#### Article 4(2)

“Investments by investors of either Contracting State **shall not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measures the effects of which would be tantamount to expropriation** or nationalization in the territory other other Contracting State except....”

AUSTRALIA HONG KONG BIT ปี ค.ศ. 2019<sup>291</sup> หรือในภาคผนวก 4 ของ INVESTMENT PROTECTION AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND ITS MEMBER STATES, AND THE SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM ปี ค.ศ. 2019 (ยังไม่มีผลใช้บังคับ) หรือในภาคผนวก 2 ของ Myanmar - Singapore BIT ปี ค.ศ.2019 (ยังไม่มีผลใช้บังคับ) ก็ได้กำหนดรายละเอียดหรือขอบเขตในการปรับใช้ไว้ในทำนองเดียวกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศได้เริ่มมีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้มีการบัญญัติข้อบทให้

---

<sup>291</sup> "Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China," (2019).

Annex II Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

“ 1. 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.

2. Article 10.1 (Expropriation and Compensation) addresses two situations. The first is direct expropriation, in which an investment is directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

3. The second situation addressed by Article 10.1 (Expropriation and Compensation) is indirect expropriation, in which an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or a 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 a 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<sup>42</sup>; and

(iii) the character of the government action.

**(b) 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.**

ครอบคลุมถึงการเวนคืนทางอ้อมอย่างชัดเจนแล้ว ก็ได้มีการบัญญัติข้อพิจารณา รายละเอียดรวมไป ข้อยกเว้นที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินการได้อันไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้ ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความข้อบทที่อาจจะ ทำให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน อย่างไรก็ตาม การบัญญัติข้อบทดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับอำนาจในการต่อรองหรือเจรจาระหว่างรัฐภาคีซึ่งอาจจะเป็น ปัจจัยที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า รัฐและองค์การระหว่างประเทศเริ่มเล็งเห็นถึงความสำคัญในการใช้สิทธิ ในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศโดยการใช้ฐานอำนาจของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่ง มีความชัดเจนมากขึ้น แม้ว่าการใช้สิทธิดังกล่าวจะเป็นสิทธิของรัฐโดยแท้อยู่แล้วก็ตาม ตามที่ผู้เขียน ได้อธิบายไปข้างต้นการปรับใช้หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนเริ่ม ปรากฏให้เห็นได้มากขึ้นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในช่วงหลังปี ค.ศ. 2000 ข้อ บทต่างๆ ภายใต้อาณัติโดยเฉพาะข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเริ่มมีการบัญญัติไว้ ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อป้องกันการตีความที่กว้างเกินไปอันอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่าง ประเทศแก่รัฐได้ ดังนั้น ในการหาแนวทางในการปฏิรูปความตกลงจะต้องมีกรอบตราสารในทาง ระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางให้รัฐในการนำไปปรับใช้กับการปฏิรูปได้ ดังนั้น ในหัวข้อต่อไป ผู้เขียนจะได้อธิบายแนวทางในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีภายใต้ตราสาร ระหว่างประเทศโดยเฉพาอย่างยิ่งกรอบกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของ UNCTAD ที่ผู้เขียนจะนำมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ในงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**3. แนวทางในการปฏิรูปข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครอง จากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD เพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุน ของรัฐผู้รับการลงทุน**

การลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นกระแสในการพัฒนาแนวใหม่ที่ส่งผลต่อวิวัฒนาการ ของนโยบายการพัฒนาและการลงทุนของประเทศต่างๆในระยะต่อไป และที่ประชุมสหประชาชาติ ว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ได้ดำเนินการพัฒนาและจัดทำรายงานเกี่ยวกับกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนา ที่ยั่งยืน อันเป็นการสะท้อนถึงการให้ความสำคัญและผลักดันแนวทางดังกล่าวกับอารยประเทศ

เป็นการนำร่องไว้ในเบื้องต้นแล้ว<sup>292</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ในแต่ละประเทศก็มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษา ปัจจัยต่างๆ ภายในประเทศของตน เช่น สภาพแวดล้อมการลงทุน นโยบายในการบริหารและพัฒนา ประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์กับกรอบนโยบายดังกล่าวของ UNCTAD ไปประยุกต์ใช้เพื่อให้เกิด ประสิทธิภาพและนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน รวมไปถึง ความมั่นคงและความเข้มแข็งในการลงทุน ต่อไป

กรอบนโยบายด้านการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (IPFSD) ของ UNCTAD นั้น ได้กำหนดแนวทางหรือกรอบนโยบายที่จะสร้างการพัฒนาอย่างยั่งยืนให้กับทุกประเทศซึ่งเรียกว่า “นโยบายด้านการลงทุนแนวใหม่ (A new generation of Investment policies)” เป็นนโยบาย ที่พัฒนาเพื่อไม่ให้เกิดความทับซ้อนและซับซ้อนมากยิ่งขึ้นในนโยบายหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การลงทุนอันส่งผลต่อการดำเนินการการลงทุนและอำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุน นอกจากนั้น กรอบนโยบายดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่ให้แนวทางในการสร้างและการรักษา สภาพแวดล้อมที่ดีของการลงทุนโดยทั่วไป ทั้งนี้ นโยบายการลงทุนยุคใหม่นั้นพยายามที่จะดึงดูดการ ลงทุนโดยที่ให้ผู้รับการลงทุนได้รับประโยชน์จากการลงทุนด้วย แต่เนื่องจากในแต่ละประเทศหรือ แต่ละภูมิภาคก็ย่อมมีนโยบายด้านการลงทุนที่มีความหลากหลายและแตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นด้วย เหตุปัจจัยทางสังคม สภาพแวดล้อม หรือเศรษฐกิจ ดังนั้น การกำหนดกรอบนโยบายหรือแนวทาง ต่างๆ ก็ย่อมมีความท้าทายต่อนโยบายด้านการลงทุนทั้งในระดับชาติ (National Level) และในระดับ ระหว่างประเทศ (International Level)

ความท้าทายของกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD ต่อนโยบายการลงทุนในระดับชาติ คือ การผสมผสานนโยบายด้านการลงทุนเข้ากับโครงสร้างในการพัฒนา ประเทศ การผสมผสานวัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในนโยบายการลงทุนและการประกัน ความสำคัญและควมมีประสิทธิภาพของนโยบายด้านการลงทุน นอกจากความท้าทายต่อนโยบาย ด้านการลงทุนในระดับชาติแล้วก็ยังมีความท้าทายต่อนโยบายในระดับระหว่างประเทศ คือ การ เสริมสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreements) การสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐกับนักลงทุน และ การจัดการความซับซ้อนของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

<sup>292</sup> สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา(องค์การมหาชน), การประเมินนโยบายการลงทุน ของประเทศสมาชิกอาเซียนตามกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน. หน้า XVII

นอกจากความท้าทายต่อนโยบายด้านการลงทุนทั้งในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศแล้ว นโยบายด้านการลงทุนยุคใหม่ได้มีการเพิ่มนวัตกรรมในการส่งเสริมการลงทุนและกลไกในการอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนไม่ว่าจะเป็นในระดับชาติหรือระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตและความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ รวมถึงสิ่งสาธารณูปโภค การนำพลังงานกลับมาใช้ใหม่ สุขอนามัย ความมั่นคงทางด้านอาหาร สุขภาพและการศึกษา ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนแต่เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายในการก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ที่ประชุมแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) ได้วางโครงสร้างกรอบนโยบายการลงทุนซึ่งประกอบด้วยหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการกำหนดนโยบายการลงทุนซึ่งเป็นเกณฑ์ในการวางโครงสร้างหรือรูปแบบ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากระแสนโยบายหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนแนวใหม่นั้นได้ให้ความสำคัญกับทั้งด้านของรัฐผู้รับการลงทุนในการดำเนินการเพื่อคุ้มครองสภาพเศรษฐกิจภายในรัฐ สภาพสังคมและสิ่งแวดล้อม แต่ก็ยังคงให้การคุ้มครองและดึงดูดการลงทุนอันอาจจะเรียกได้ว่าเป็นการสร้างดุลยภาพในการลงทุน ทั้งนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนได้ แต่ก็จะต้องพิจารณาปัจจัยหรือข้อพิจารณาอื่นๆ ร่วมด้วย ดังนั้น ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจึงจะอธิบายข้อพิจารณาและแนวทางของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ว่ามีประเด็นใดบ้างที่รัฐผู้รับการลงทุนควรพิจารณาและคำนึงถึงในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ก็เพื่อนำไปใช้เป็นแนวทางในการปฏิรูปความตกลงอันรวมไปถึงข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนอันเป็นเป้าหมายหลักของวิธานิพนธ์ของผู้เขียน

### **3.1 แนวทางการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน**

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายแนวทางการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งตามที่คุณเขียนได้กล่าวไปว่า ก่อนที่จะปฏิรูปข้อบทในความตกลงนั้น รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ที่มีความข้องเกี่ยวหรืออาจจะได้รับ

ผลกระทบจากการปฏิรูปกฎหมายหรือแนวนโยบายยุคใหม่ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพนโยบายด้านการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนที่อาจจะส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนในปัจจุบันว่ามีแนวโน้มอย่างไร ซึ่งประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่รัฐผู้รับการลงทุนควรที่จะพิจารณาและคำนึงถึง นอกจากนี้ ผู้เขียนจะอธิบายเกี่ยวข้องกับหลักการที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ เพื่อนำประเด็นดังกล่าวไปวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการปฏิรูปความตกลงที่เหมาะสมกับประเทศไทยในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.1.1 การเปลี่ยนแปลงของสถานะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุน

นโยบายทางด้านการลงทุนเป็นนโยบายที่มีความเกี่ยวข้องกับบริบททางการเมืองและเศรษฐกิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การผันแปรในเรื่องของการออกนโยบายด้านการลงทุนจึงขึ้นอยู่กับบริบททางการเมืองและปัญหาทางด้านเศรษฐกิจในขณะนั้น โดยในช่วงศตวรรษที่ผ่านมาได้เกิดวิกฤตการณ์ต่างๆ ขึ้น ไม่ว่าจะเป็นวิกฤตการณ์ทางการเงิน ความมั่นคงทางด้านอาหาร และปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ ยังมีปัญหาความไม่สมดุลของเศรษฐกิจโลก (Global imbalance) และความท้าทายของปัญหาทางด้านสังคม (Social Challenges) โดยเฉพาะปัญหาที่เกี่ยวกับการหาแนวทางในการขจัดความยากจน โดยวิกฤตการณ์และความท้าทายเหล่านี้มีผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญต่อนโยบายด้านการลงทุนในระดับโลก (The global level)<sup>293</sup> ดังนั้น การปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อให้รัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิในการควบคุมการลงทุนอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้นั้นจึงต้องคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของสถานะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุนด้วย ดังนั้น ในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจึงมีประเด็นที่รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของสถานะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุน<sup>294</sup> ดังนี้

#### (1) บทบาทของประเทศกำลังพัฒนาที่เพิ่มขึ้น

การเปลี่ยนแปลงหรือเคลื่อนย้ายทางด้านเศรษฐกิจที่กำลังมุ่งไปยังประเทศกำลังพัฒนาแทนที่ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งในปี ค.ศ. 2010 พบว่า ประมาณร้อยละ 55 จุดหมายปลายทางหลักของ

<sup>293</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. p. 13.

<sup>294</sup> *ibid.*

นักลงทุนที่จะเข้าไปทำการลงทุนคือ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา โดยเมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมมีความท้าทายเกิดขึ้นไม่ว่าจะในเรื่องความมั่นคงทางด้านอาหารและการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศอันเป็นปัจจัยที่สำคัญสำหรับประเทศกำลังพัฒนา แต่ทั้งนี้ก็เป็นกรเพิ่มโอกาสในการพัฒนาในด้านต่างๆ ให้กับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาด้วย<sup>295</sup>

## (2) วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ

มูลค่าของการลงทุนนับว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญในการดำเนินการลงทุนของนักลงทุน ซึ่งหากว่าภายในรัฐผู้รับการลงทุนหรือแม้แต่ภายในรัฐผู้ส่งออกการลงทุนเองก็ตามได้เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจขึ้นก็ย่อมส่งผลกระทบต่อไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมต่อการลงทุนของนักลงทุน ดังนั้นการเกิดวิกฤตการณ์ดังกล่าวนี้อาจจะเป็นการเพิ่มบทบาทของรัฐบาลในทางด้านเศรษฐกิจซึ่งอาจจะเกี่ยวข้องกับการลงทุน ซึ่งบทบาทดังกล่าวของรัฐนั้นอาจจะเป็นการสะท้อนให้เห็นซึ่งนัยยะสำคัญของสิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบที่จะตามมาภายหลังการเกิดวิกฤตการณ์ภายในหลังและความรับผิดชอบที่อาจจะก่อให้เกิดขึ้นกับรัฐเอง<sup>296</sup>

## (3) การร่วมมือในทางระหว่างประเทศ

ในปัจจุบันต้องยอมรับว่า ประเทศแต่ละประเทศย่อมต้องดำเนินการหรือกระทำกิจกรรมต่างๆ ซึ่งอาจจะเผชิญต่อปัญหาหรืออุปสรรคต่างๆ ในการดำเนินการไม่ว่าจะเป็นปัญหาทางด้านเศรษฐกิจหรือทางด้านการเงิน การได้รับความร่วมมือในการดำเนินการจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศย่อมเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้การดำเนินการหรือกิจกรรมนั้นบรรลุเป้าประสงค์<sup>297</sup> โดยเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นก็เป็นสิ่งหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงการร่วมมือในทางระหว่างประเทศในทางด้านการลงทุนในปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นมีจำนวนมากขึ้น 3,291 ฉบับ<sup>298</sup>

## (4) บริบททางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ

ตามที่มีผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นว่า นโยบายด้านการลงทุนทั้งในระดับสากลและระดับประเทศนั้นมีตัวแปรที่สำคัญในการเปลี่ยนแปลงคือ บริบททางการเมืองและบริบท

<sup>295</sup> ibid.

<sup>296</sup> ibid. p. 13 - 14.

<sup>297</sup> ibid. p. 13 and 16.

<sup>298</sup> UNCTAD, "Global Policy Data," [Online] Accessed: 24 February 2020. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/>

ด้านเศรษฐกิจ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ก็สะท้อนให้เห็นว่า รัฐอาจจะใช้อำนาจผ่านทางบริษัทด้านการเมืองในการออกนโยบายต่างๆ ซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อการค้าเงินและการลงทุนได้<sup>299</sup> ดังนั้นการออกนโยบายหรือการจัดทำความตกลงใดๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนจึงอาจจะต้องพิจารณารัฐบาลในขณะนั้นว่าได้ให้ความสำคัญกับเรื่องใดที่อาจจะมีผลได้เสียต่อรัฐ ไม่ว่าจะเป็นด้านสิ่งแวดล้อม ด้านเศรษฐกิจหรือด้านสังคมอันเป็นประเด็นที่สามารถนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ทั้งสิ้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงของสถานะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุนในปัจจุบันนั้นเกิดการเปลี่ยนแปลงในหลายๆ เรื่อง ไม่ว่าจะเป็นกระแสการเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา การเกิดวิกฤตการณ์ด้านการเงินและเศรษฐกิจ การเพิ่มขึ้นของความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ และบริบททางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเด็นดังกล่าวเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นปัจจัยที่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนทั้งสิ้น ทั้งยังเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนอย่างมีนัยยะสำคัญดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไป ประเด็นดังกล่าวเหล่านี้จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศควรพิจารณาและคำนึงถึงในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน

### 3.1.2 หลักการที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน

กรอบนโยบายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของ UNCTAD ได้กำหนดหลักการที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ 10 ประการ โดยในประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ โดยทั่วไปแล้วจะเห็นว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนทุกฉบับจะมีการกำหนดวัตถุประสงค์ของความตกลงฉบับนั้นๆ ผ่านอารัมภบทอันเป็นการสะท้อนให้เห็นหลักการที่ครอบคลุม (Overarching Principle ) โดยเป็นการกำหนดไว้เพื่อให้รัฐภาคีตระหนักถึงความจำเป็นในการส่งเสริมการลงทุนไปพร้อมกับการเติบโตทางเศรษฐกิจ การได้รับผลกำไร และการแก้ไขปัญหาความยากจน โดยหลักการดังกล่าวจะเป็นหลักการที่มีความสำคัญต่อบริบทหรือนโยบายต่างๆ ของรัฐภาคี

<sup>299</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. p. 13 - 14.



ในการส่งเสริมการลงทุนอันเป็นหลักการที่ประสานร่วมกับหลักการอื่นๆ ที่มาแก้ไขปัญหาในภาคการลงทุนของภาคเอกชนที่มีความเสี่ยงหรืออาจจะได้รับผลกระทบในการลงทุน<sup>300</sup> ดังนั้น หลักการครอบคลุมที่จะเข้ามาเป็นข้อพิจารณาในการส่งเสริมการลงทุน รวมถึงการทำให้เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยหลักการครอบคลุมดังกล่าวมีนัยยะสำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนไม่ว่าจะเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างอัตราผลตอบแทนอันเกิดจากความเสี่ยงในการลงทุนกับความต้องการในการเข้าถึงบริการที่เกิดจากการลงทุน ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการที่ครอบคลุมจะเป็นเงื่อนไขหรือกลไกการสร้างหน้าที่ให้ภาคเอกชนต้องปฏิบัติหรือการได้รับความคุ้มครองในการลงทุนอย่างชัดเจน<sup>301</sup> นอกจากนี้ ยังแสดงให้เห็นถึงหน้าที่และสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างมีนัยยะด้วยซึ่งจะสะท้อนให้เห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นปัจจัยที่ส่งเสริมให้เกิดดุลยภาพระหว่างสิทธิและหน้าที่ระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนอกจากจะต้องมีหลักการที่สำคัญอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ภายใต้แนวทางของกรอบ IPFSD ทั้ง 10 ประการ<sup>302</sup> ดังต่อไปนี้

### หลักการที่ 1 การสอดประสานกันของนโยบาย

นโยบายด้านการลงทุนเป็นพื้นฐานสำหรับกลไกหรือเครื่องมือที่สำคัญในการพัฒนาประเทศ โดยเป็นสิ่งที่แสดงออกได้ถึงความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุนและผลประโยชน์ที่รัฐผู้รับการลงทุนจะได้รับจากการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่เพียงแต่กลไกที่เป็นนโยบายการลงทุนที่อยู่ในรูปแบบของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดและการจัดตั้งธุรกิจหรือการดูแลและปกป้องผู้ลงทุนเท่านั้น แต่นโยบายด้านการลงทุนที่จะประสบความสำเร็จได้นั้นจะต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องและความเป็นเอกภาพกับนโยบายในด้านอื่นๆ เช่น นโยบายด้านภาษี นโยบายด้านการค้า นโยบายด้านสิ่งแวดล้อม และนโยบายด้านตลาดแรงงาน ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนและการประสบความสำเร็จอย่างรอบด้านของรัฐผู้รับการลงทุน โดยที่มีความสัมพันธ์ในนโยบายด้านการลงทุนทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ<sup>303</sup>

### หลักการที่ 2 ธรรมาภิบาลของภาครัฐและองค์กร

<sup>300</sup> ibid. p.31

<sup>301</sup> ibid.

<sup>302</sup> ibid. p.28

<sup>303</sup> ibid. p.31-32

หลักธรรมาภิบาลหรือหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เป็นหลักการหรือแนวทางในการดำเนินการของภาครัฐ โดยหลักธรรมาภิบาลของภาครัฐนั้นถือว่าเป็นตัวบ่งชี้ที่แสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการบริการของภาครัฐไม่ว่าจะเป็นในด้านความรับผิดชอบในการดำเนินการ ความสามารถในการคาดการณ์ได้ ความชัดเจน ความโปร่งใส ความยุติธรรมไม่ว่าจะในกฎระเบียบ ข้อบังคับ กฎหมาย นอกจากนั้นยังรวมถึงการส่งเสริมให้ไม่มีการทุจริตในระบบการดำเนินงานในภาครัฐ ดังนั้น หลักธรรมาภิบาลของภาครัฐและองค์กรถือว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ขับเคลื่อนการส่งเสริม สนับสนุนและดึงดูดการลงทุนได้<sup>304</sup>

### หลักการที่ 3 การจัดทำนโยบายเชิงพลวัต

การจัดทำนโยบายเชิงพลวัต หมายถึง การจัดทำนโยบายด้านการลงทุนที่ควรมีการพิจารณานโยบายการลงทุนทั้งในระดับประเทศและในระดับระหว่างประเทศให้มีประสิทธิภาพและความเกี่ยวเนื่องและมีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและพัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ เนื่องจากสภาพแวดล้อมต่างๆ เปลี่ยนแปลงไปหรือนโยบายที่แตกต่างกันในแต่ละช่วงเวลาย่อมนำมาซึ่งผลของการพัฒนาในด้านต่างๆ ที่แตกต่างกัน ซึ่งปัจจัยที่อาจจะกระทบต่อนโยบายด้านการลงทุนภายในประเทศประกอบด้วย การเปลี่ยนแปลงของรัฐบาล แรงกดดันของสังคมหรือความเสื่อมโทรมของสภาพคุณภาพสิ่งแวดล้อม และสำหรับความเป็นพลวัตในทางระหว่างประเทศก็สามารถมีผลกระทบต่อนโยบายการลงทุนภายในประเทศได้ไม่ว่าจะเป็นการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาค หรือการแข่งขันระหว่างประเทศจากการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ<sup>305</sup> ซึ่งความเป็นพลวัตในทางระหว่างประเทศนั้นอาจจะเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งส่งผลไม่ว่าจะเป็นทางบวกหรือทางลบได้ต่อนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนต่อรัฐนั้นๆ ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการที่ได้กล่าวมาข้างต้น เป็นหลักการมีขอบเขตทั่วไปนั้นเป็นหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการนำไปปรับใช้ในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากว่าบททั่วไปของความตกลงได้มีการคำนึงถึงนโยบายในด้านอื่นๆ ร่วมด้วยการตระหนักในการดำเนินการของรัฐหรือหน่วยงานภายใต้หลักธรรมาภิบาลอันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนและรัฐก็สามารถใช้สิทธิต่างๆ ได้ภายใต้กฎหมายหรือนโยบายที่มีความชัดเจนภายใต้หลักการดังกล่าว และการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนโยบายด้านการลงทุนที่ควรให้ทันต่อ

<sup>304</sup> ibid. p.32

<sup>305</sup> ibid.

สถานการณ์และสภาวะแวดล้อมด้านการลงทุนที่เปลี่ยนแปลงไป ก็จะสามารถนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

#### หลักการที่ 4 การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่

นโยบายด้านการลงทุนควรมีการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่รับการลงทุนและนักลงทุน โดยคำนึงถึงประโยชน์ในการพัฒนาของทั้งรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนซึ่งเป็นภาคเอกชนอันทำให้ทั้งสองฝ่ายได้รับประโยชน์ด้วยกัน ดังนั้น นโยบายด้านการลงทุนจึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งเสริมทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนที่มีความไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือด้านที่หนึ่ง ควรมีการสร้างสภาวะของการดึงดูดนักลงทุนจากต่างประเทศด้วยนโยบายด้านการลงทุนที่เน้นการเปิดเสรี การคุ้มครอง การส่งเสริม และการอำนวยความสะดวกในการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติ และในอีกด้านหนึ่งคือ การกำหนดกรอบนโยบายในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน ควรทำให้เกิดผลกระทบในเชิงลบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากการลงทุนน้อยที่สุด<sup>306</sup>

#### หลักการที่ 5 สิทธิในการควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุน

ในประเด็นดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญยิ่งในงานวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในบทที่ 2 ข้อ 2.1 แล้วว่า สิทธิในการควบคุมเป็นสิทธิอธิปไตย (Sovereign right) ของรัฐในการใช้เพื่อปกป้องหรือคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยอาจจะอยู่ในรูปแบบของการออกนโยบายของรัฐ<sup>307</sup>หรืออาจจะอยู่ในรูปแบบของกฎหมายทั่วไป กรอบการดำเนินงานในทางปกครองหรืออยู่ในรูปแบบของข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะในกิจกรรมนั้นๆ<sup>308</sup> ซึ่งจากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิโดยแท้ของรัฐอยู่แล้ว ซึ่งเมื่อพิจารณาในมุมมองด้านการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแล้ว สิทธิดังกล่าวอาจจะอยู่ในรูปแบบข้อขทการให้การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือข้อบทที่เป็นข้อยกเว้น

ตามกรอบ IPFSD ได้กำหนดให้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นหลักการหนึ่งที่มีความสำคัญในการปฏิรูปนโยบายการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน

<sup>306</sup> ibid. p.33

<sup>307</sup> MOROSINI, F., "Making the Right to Regulate in Investment Law and Policy Work for Development: Reflections from the South African and Brazilian Experiences."

<sup>308</sup> UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development. p. 33.

โดยในแต่ละประเทศรัฐผู้รับการลงทุนย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาหรือดำเนินการลงทุนจากต่างประเทศได้ภายใต้พันธกรณีในทางระหว่างประเทศ โดยสิทธิในการเข้าควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นแสดงให้เห็นถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐในด้านบริหารและนิติบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อที่จะรักษาผลประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุนและลดผลกระทบในเชิงลบที่อาจจะเกิดในรัฐที่รับการลงทุนได้<sup>309</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากรอบ IPFSD ได้อธิบายไว้ก็เป็นไปตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 2 ข้อที่ 2.1 แล้วว่าสิทธิในการควบคุมดังกล่าวมีความสำคัญอย่างไรและเน้นย้ำว่าสิทธิดังกล่าวเป็นปัจจัยหนึ่งในด้านนโยบายด้านการลงทุนที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

### หลักการที่ 6 การเปิดรับการลงทุน

นโยบายด้านการลงทุนของแต่ละประเทศควรมีการเปิดกว้าง มีเสถียรภาพและมีเงื่อนไขสำหรับการเข้าลงทุนที่ทำให้นักลงทุนสามารถที่จะคาดการณ์ได้ และมีความสอดคล้องกับกลยุทธ์ในการพัฒนาประเทศของรัฐที่รับการลงทุนและดำเนินการไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน<sup>310</sup>

### หลักการที่ 7 การให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติต่อนักลงทุน

นโยบายด้านการลงทุนควรมีข้อบทที่ปกป้องนักลงทุนอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ โดยให้มีการคุ้มครองและปฏิบัติต่อนักลงทุนในลักษณะที่ไม่มีการเลือกปฏิบัติการแบ่งแยก ซึ่งการให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติต่อนักลงทุนนั้นก็เป็นอีกเครื่องมือที่ช่วยรัฐที่รับการลงทุนในการดึงดูดการลงทุนได้และมีความสอดคล้องกับการส่งเสริมและการอำนวยความสะดวกในการลงทุน<sup>311</sup>

### หลักการที่ 8 การส่งเสริมและการอำนวยความสะดวกแก่การลงทุน

นโยบายในการส่งเสริมและอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนควรเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับเป้าหมายในการพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศ และควรออกแบบเพื่อให้เกิดความเสี่ยงหรือผลเสียจากการแข่งขันเพื่อแย่งชิงการลงทุนน้อยที่สุด ซึ่งการส่งเสริมและอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนนั้นประกอบด้วย 2 ส่วนที่สำคัญคือ ประการแรก เป็นการกำหนดความพยายามในการแก้ปัญหาวิกฤตที่

<sup>309</sup> ibid.

<sup>310</sup> ibid. p.34

<sup>311</sup> ibid.

เกี่ยวข้องกับการลงทุน และประการที่สองคือเป็นการพิจารณาความเสี่ยงของการแข่งขันที่รุนแรงจากการเพิ่มขึ้นของการลงทุน<sup>312</sup>

### หลักการที่ 9 ธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบทางสังคมของภาคเอกชน

นโยบายด้านการลงทุนควรส่งเสริมและเอื้อให้ภาคเอกชนนำหลักการปฏิบัติแบบสากลที่ดีที่สุด (Best International Practice) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคเอกชนที่มีต่อสังคม (สังคมของรัฐที่รับการลงทุนอันเป็นพื้นที่ที่เข้าไปลงทุน) และธรรมาภิบาลมาใช้บังคับในรัฐที่รับการลงทุน อันเป็นการยกระดับนโยบายด้านการลงทุนทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ ให้มีความลึกซึ้งมากขึ้นในเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคม<sup>313</sup>

### หลักการที่ 10 การดำเนินการในระดับระหว่างประเทศ

หลักการประการสุดท้ายในการออกนโยบายเพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนซึ่งปฏิเสธเลยไม่ได้ว่าความร่วมมือในทางระหว่างประเทศก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงินขึ้นหลายๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นการแลกเปลี่ยนความรู้ การพัฒนาในระบบสาธารณสุขภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นเป้าหมายหลักของนักลงทุนในปัจจุบัน ทั้งยังเป็นกระแสการลงทุนยุคใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่การเข้ามาลงทุนนั้นย่อมต้องมีกลไกหรือเครื่องมือในการควบคุมหรือดำเนินการด้วยเนื่องจากอาจจะกระทบต่อประเทศเหล่านั้นได้ ซึ่งการดำเนินการในระดับระหว่างประเทศหรือความร่วมมือระหว่างประเทศย่อมเป็นสิ่งหนึ่งซึ่งเป็นเครื่องมือหรือกลไกในเรื่องดังกล่าวได้

ประเด็นในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศ (International Cooperation) เป็นประเด็นที่หลายๆ ประเทศควรตระหนักถึงความท้าทายด้านนโยบายการลงทุนว่ามีปัจจัยใดบ้างที่เป็นอุปสรรคหรือเป็นการเสริมสร้างให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน ดังนั้น จึงต้องมีการร่วมมือกันระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาควรมีความพยายามอย่างต่อเนื่องในการหลีกเลี่ยงการป้องกันการลงทุน กล่าวคือ ควรที่จะมีการเปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการลงทุน ซึ่งการร่วมมือระหว่างประเทศนี้อาจจะส่งผลให้เกิดการพัฒนาขึ้นบางประเทศและในทางระหว่างประเทศด้วย<sup>314</sup> แต่ทั้งนี้ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปใน

<sup>312</sup> ibid.

<sup>313</sup> ibid. p.35

<sup>314</sup> ibid.

ข้างต้นแล้วว่าอำนาจหรือสิทธิของรัฐอาจจะถูกแทรกแซงจากการเข้ามาลงทุนได้โดยอาจจะทำให้รัฐไม่สามารถใช้สิทธิในการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะได้อันเป็นความล้มเหลวที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ดังนั้น จึงควรมีการร่วมมือในทางระหว่างประเทศกำหนดแนวนโยบายหรือความตกลงขึ้นเพื่อเข้ามาควบคุมและให้ประโยชน์กับการลงทุนดังกล่าวด้วย

กล่าวโดยสรุป ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นว่า การที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนได้ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของแนวนโยบายหรือกฎหมายนั้น ย่อมจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นร่วมด้วยมิใช่แต่เพียงพิจารณาแต่ปัจจัยในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเท่านั้นซึ่งจะต้องพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายของรัฐผู้รับการลงทุนหรือนักลงทุนด้วยก็ตาม และจะต้องพิจารณาถึงสถานะแวดล้อม แนวนโยบายในด้านอื่นๆ ร่วมด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนก็เป็นปัจจัยหรือหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวอาจจะอยู่ในรูปแบบของการบัญญัติไว้ในอารัมภบท การบัญญัติไว้อย่างมีนัยยะในข้อบทการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือการบัญญัติไว้เป็นข้อบทยกเว้นไว้โดยเฉพาะ ในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจึงจะได้อธิบายแนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

### 3.2 แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศโดยการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติและคุ้มครองนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งรัฐนั้นๆ ได้จัดทำขึ้นซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้นการที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนระหว่างประเทศก็ย่อมถูกจำกัดด้วยข้อบทกฎหมายดังกล่าวภายใต้ความตกลง<sup>315</sup> ดังนั้น เมื่อสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะเข้ามาควบคุมการลงทุนถูกจำกัดก็ย่อมส่งผลให้เกิดผลกระทบไม่ว่าทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อมภายในรัฐผู้รับการลงทุนอย่างแน่นอนตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้ว ท้ายที่สุดการพัฒนาอย่างยั่งยืนก็ย่อมไม่เกิดขึ้น ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่า ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศประกอบไปด้วยข้อบทในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อบทในการกำหนดค่านิยาม ข้อบทที่กำหนดขอบเขตในการรับการลงทุนข้อบท

<sup>315</sup> ibid. p. 78.

ในการปฏิบัติและคุ้มครองการลงทุน และข้อบทในการระงับข้อพิพาท<sup>316</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วข้อบทในทุกส่วนของความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศนั้นล้วนแต่มีความสำคัญในการนำมาปรับใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้ ข้อบทในเรื่องการปฏิบัติและคุ้มครองนั้นมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าข้อบทในเรื่องอื่นๆ ซึ่งกำหนดไว้ในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศเนื่องจากในกระบวนการเปิดเสรีด้านนโยบายและกฎหมายการลงทุนทางตรง (The process of liberalization of FDI laws and policies) การปรับใช้มาตรฐานในการปฏิบัติและคุ้มครองการลงทุนในเชิงรุกเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติที่มีต่อนักลงทุนต่างชาติเป็นองค์ประกอบหลักข้อหนึ่งที่จะก่อให้เกิดการลงทุนทางตรงอย่างเสรีไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหลักปฏิบัติอย่างเป็นทางการและเท่าเทียม การโอนเงิน ความโปร่งใส และการใช้วิธีการในทางระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนที่เกิดขึ้น<sup>317</sup>

ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (IPFSD) ได้มีการออกแนวทางในการบัญญัติข้อบทต่างๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เป็นการเสริมสร้างการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนได้ โดยผู้เขียนขอจำแนกการบัญญัติออกเป็น 3 ประเด็น คือ การบัญญัติไว้ในอารัมภบท การบัญญัติไว้ในข้อบทการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และการบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นทั่วไป ทั้งนี้ ผู้เขียนจะมุ่งเน้นอธิบายในกรณีที่บัญญัติไว้ในข้อบทการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นหลักโดยเฉพาะในข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน เนื่องจากเป็นประเด็นในการค้นคว้าและวิเคราะห์ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็น

<sup>316</sup> Lisa Sachs. [ออนไลน์]. 2019. แหล่งที่มา: <http://ccsi.columbia.edu/2019/10/17/isds-reform-at-uncitral-two-guiding-principles/> [เข้าถึงเมื่อ 29 July 2020]

ตัวอย่างข้อบทการระงับข้อพิพาท “ข้อบทการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (ISDS) อาจเป็นช่องทางที่เอื้อให้นักลงทุนเรียกร้องให้รัฐผู้รับการลงทุนรับผิดชอบจากการใช้มาตรการหรือสิทธิในการควบคุมการลงทุนซึ่งกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ซึ่ง UNCITRAL ได้ให้ข้อสังเกตว่า หากการพัฒนาอย่างยั่งยืนจะเกิดขึ้นได้โดยที่รัฐยังคงใช้ ISDS ในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน ความตกลงฉบับนั้นจะต้องประกันว่าผลลัพธ์ต้องสอดคล้องและส่งเสริมกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน สิทธิมนุษยชน ทั้งคำนึงถึงความไม่เท่าเทียมด้านกฎหมาย ด้านการเมือง และด้านเศรษฐกิจ และที่สำคัญคือการคำนึงถึงความต้องการและความสามารถของรัฐในการใช้สิทธิในการควบคุมเพื่อประโยชน์สาธารณะ” จากตัวอย่างดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ข้อบทการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ได้มีการประกันในเรื่องสิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐไว้ก็อาจจะนำไปสู่การก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนขึ้นได้ นอกเหนือจากการบัญญัติไว้ในข้อบทการให้การปฏิบัติและคุ้มครองนักลงทุน

<sup>317</sup> UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issue*. p.24

เห็นถึงข้อเสนอของ UNCTAD ตามกรอบ IPFSD ซึ่งได้ให้แนวทางในการการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญที่มีต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นระดับ (Level) ว่าการบัญญัติรูปแบบใดจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป ทั้งนี้ ในการบัญญัติข้อบทตามแนวทางของกรอบ IPFSD ที่ UNCTAD ได้เสนอไว้ นั้นจะต้องคำนึงถึงบริบทของประเทศผู้รับการลงทุนด้วยว่าในขณะนั้นสภาพแวดล้อมด้านการลงทุน รวมไปถึงความพร้อมของประเทศในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น เศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อมอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในข้างต้น

### 3.2.1 การบัญญัติไว้ในอารัมภบท

ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ นั้น อารัมภบทถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงที่มีสำคัญยิ่งเนื่องจากเป็นการบัญญัติให้เห็นถึงหลักการพื้นฐาน วัตถุประสงค์ และเป้าประสงค์ของการทำความตกลงซึ่งในส่วนของอารัมภบทอาจจะมีการบัญญัติถึงมิติต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง<sup>318</sup> อันอาจจะรวมถึงเรื่องประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ด้วย นอกจากนี้ อารัมภบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเป็นเครื่องมือหนึ่งที่สามารถใช้ในการตีความความตกลงอันเป็นสนธิสัญญาได้เมื่อเกิดปัญหาในการปรับใช้ความตกลงต่างๆ โดยการตีความเป็นกระบวนการในการหาความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำและตัวบทของสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ความชัดเจนในการปรับใช้ความตกลงนั้นๆ ดังที่ปรากฏตามข้อ 31(2)<sup>319</sup> ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

<sup>318</sup> UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*. (Switzerland: United Nations, 2004). p. 59.

<sup>319</sup> "Vienna Convention on the Law of Treaties."

Article 31 General rule of interpretation

"... 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. ..."



กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ที่ว่าด้วยหลักการทั่วไปในการตีความ โดยข้อ 31(2) แสดงให้เห็นว่า อารัมภบทเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ใช้ในการตีความความตกลงนั้นๆ ด้วย ดังนั้น หากว่ามีการบัญญัติหรือ กำหนดประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนไว้ในอารัมภบท ก็อาจจะเป็นแนวทางหนึ่งที่ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิในการควบคุมการลงทุนอันจะนำไปสู่ การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้กำหนดรูปแบบหรือทางเลือกในการบัญญัติอารัมภบท ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งเป็นทางเลือกให้แก่รัฐในการทำความตกลงระหว่าง ประเทศว่าด้วยการลงทุน ทั้งนี้ให้นัยยะที่สำคัญบางประการไว้ว่า การบัญญัติในรูปแบบใด ที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ซึ่งกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้เสนอแนวทางในการบัญญัติ อารัมภบทไว้<sup>320</sup> ดังต่อไปนี้

**รูปแบบที่ 1** อารัมภบทมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการสร้างและรักษาสภาพแวดล้อม ที่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนและเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐภาคี

**รูปแบบที่ 2** อารัมภบทมีการกำหนดว่ารัฐภาคีได้จัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

- (1) เป็นการดึงดูดและส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศทั้งในแง่การส่งออกและ นำเข้าการลงทุนโดยเอื้อต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน
- (2) เป็นการสนับสนุนหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี
- (3) เป็นการก่อให้เกิดการสร้างงาน
- (4) เป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีและความรู้ใหม่

**รูปแบบที่ 3** อารัมภบทมีการกำหนดอย่างชัดแจ้งว่า วัตถุประสงค์ในการพัฒนารัฐและสิทธิใน การควบคุมของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะและนโยบายที่สำคัญ เช่น การพัฒนาอย่างยั่งยืน การ ค้ำครองสิทธิมนุษยชน การรักษามาตรฐานด้านสุขอนามัย แรงงานและสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบ ต่อสังคมและการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีอยู่เหนือวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองนักลงทุน

**รูปแบบที่ 4** อารัมภบทมีการกำหนดว่า พันธกรณีในการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน ของรัฐภาคีให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีเกี่ยวกับสิทธิ มนุษยชน สิทธิแรงงานและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

<sup>320</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, p. 92.

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่า อารัมภบทนั้นมีบทบาทที่สำคัญอย่างมากเมื่อเกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทขึ้นภายใต้สนธิสัญญาที่จะมาใช้ในการตีความถ้อยคำหรือข้อความในข้อบทว่ามีวัตถุประสงค์และเป้าประสงค์อย่างไรในการใช้บังคับ ซึ่งกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการที่สะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติอารัมภบทไว้ คือหากว่าอารัมภบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีการบัญญัติข้อความในทิศทางที่เป็นการสร้างความมั่นคงในการลงทุนหรือเป็นเงื่อนไขที่เอื้อต่อการลงทุนซึ่งเมื่อเกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทขึ้นอนุญาโตตุลาการก็อาจจะตีความข้อบทภายใต้ความตกลงดังกล่าวไปในทิศทางที่เป็นการคุ้มครองนักลงทุน แต่หากว่าอารัมภบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้มีการบัญญัติถึงวัตถุประสงค์อื่นๆ นอกจากการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุน เช่น การพัฒนาอย่างยั่งยืน การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐภาคี ปัจจัยดังกล่าวเหล่านี้อาจจะนำไปสู่การตีความที่ก่อให้เกิดดุลยภาพมากขึ้นระหว่างสิทธิของนักลงทุนและสิทธิของรัฐภาคี<sup>321</sup>

ดังนั้น หากพิจารณาตามข้อเสนอภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD แล้ว ตามความคิดเห็นของผู้เขียน การบัญญัติอารัมภบทใน รูปแบบที่ 3 ที่กำหนดให้อารัมภบทมีการกำหนดอย่างชัดเจนว่า วัตถุประสงค์ในการพัฒนารัฐและสิทธิในการควบคุมของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะและนโยบายที่สำคัญ เช่น การพัฒนาอย่างยั่งยืน การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การรักษามาตรฐานด้านสุขอนามัยแรงงานและสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบต่อสังคมและการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีอยู่เหนือวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองนักลงทุน เป็นทางเลือกที่อาจจะทำให้การตีความเป็นไปในทิศทางคุ้มครองการใช้สิทธิของรัฐภาคีในการควบคุมการลงทุนอันจะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้มากที่สุด แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาว่า การบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนี้อาจจะทำให้เป็นปัจจัยที่ทำลายบรรยากาศหรือสภาพแวดล้อมในการลงทุนหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอในบทที่ 5 ข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

### 3.2.2 การบัญญัติไว้ในข้อบทการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายทางเลือกในการบัญญัติข้อบทการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD โดยจะหยิบยกมาเพียง 2 ข้อบทซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญในงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้คือ ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นว่าตามกรอบ

<sup>321</sup> ibid.

IPFSD ดังกล่าวนั้นได้เสนอให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติข้อบทการให้ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนใน รูปแบบใดที่สะท้อนให้เห็นถึงหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการใช้สิทธิใน การควบคุมการลงทุนของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อที่ผู้เขียนจะได้นำไปปรับใช้เป็นแนวทางให้การวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

### (1) ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่า เทียมว่า เป็นหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็น การอุดช่องว่างของมาตรฐานในการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนได้อย่างครอบคลุม นอกจากนั้น เพื่อเป็นการรักษาระดับในการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้ สนธิสัญญา<sup>322</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นมีความสำคัญ เป็นอย่างมากในการให้การคุ้มครองต่อนักลงทุนและมีนัยยะสำคัญต่อการใช้สิทธิในการควบคุม การลงทุนของรัฐได้ โดยกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้กำหนดทางเลือกสำหรับรัฐภาคีในการบัญญัติ ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้<sup>323</sup> ดังนี้

**รูปแบบที่ 1** ข้อบทบัญญัติให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไขที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุน อย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน” หรือจะปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

**รูปแบบที่ 2** ข้อบทบัญญัติหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีการกล่าวอ้างถึง มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อผู้ลงทุนการลงทุนของต่างชาติภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศ (Minimum standard of treatment/ Customary International law)

**รูปแบบที่ 3** ข้อบทบัญญัติโดยสร้างความชัดเจนให้กับหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่า เทียมด้วยการระบุนายการหรือเงื่อนไขต่าง ๆ แบบปลายปิด กล่าวคือ พันธกรณีจะเป็นไปตามที่ระบุไว้ โดยไม่มีพันธกรณีอื่นอีกแล้ว (Exhaustive List) โดยพันธกรณีของรัฐมีดังต่อไปนี้

- (1) รัฐภาคีจะไม่ปฏิเสธการให้ความยุติธรรมหรือกระบวนการพิจารณาทางกฎหมาย
- (2) รัฐภาคีจะไม่ปฏิบัติต่อผู้ลงทุนโดยพลการอย่างชัดแจ้ง
- (3) รัฐภาคีจะไม่ละเมิดศุภนิติกระบวนการ (due process) อย่างโจ่งแจ้ง

<sup>322</sup> Schreuer, R. D. a. C., *Principles of International Investment Law*. p. 132.

<sup>323</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. p. 97 - 98.

(4) รัฐภาคีจะไม่มีส่วนร่วมในการปฏิบัติที่มีขอบอย่างชัดเจนที่เกี่ยวข้องกับการบีบบังคับหรือการข่มขู่ที่ไม่สมเหตุผล และอย่างต่อเนื่อง ต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

(5) รัฐภาคีจะไม่ละเมิด “ความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ลงทุนที่มีต่อผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคตที่จะได้รับ (Legitimate Expectations)” ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรการหรือการรับรองที่ชักนำให้มาลงทุน

โดยอาจมีการกำหนดว่าภาคีต้องทบทวนเนื้อหาของพันธกรณี FET อย่างสม่ำเสมอหรือตามการร้องขอของภาคีประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยหากรัฐมีการฝ่าฝืนกรณีตาม (1) – (5) ข้อใดข้อหนึ่งก็ถือได้ว่าเป็นการละเมิดหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

**รูปแบบที่ 4** ข้อบทบัญญัติโดยการสร้างความชัดเจนเพื่อเป็นแนวทางในการตีความของอนุญาโตตุลาการว่าพันธกรณีตามข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น รวมไปถึงพันธกรณีในการไม่ปฏิเสธการให้ความยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง หรือกระบวนการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ จะมีการจำกัดว่าในกรณีที่มีการละเมิดบทบัญญัติอื่นของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนี้หรือความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศฉบับอื่นไม่ถือว่าเป็นข้อที่จะยกมากล่าวอ้างว่ามีการละเมิดบทบัญญัติการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ยิ่งไปกว่านั้น มีการระบุอย่างชัดเจนว่า ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่กำหนดไว้จะไม่เป็นการขัดขวางรัฐในการใช้กฎหมายหรือมาตรการอื่นใดโดยสุจริตซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนโยบายที่ชอบด้วยกฎหมาย

**รูปแบบที่ 5** บัญญัติข้อการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้เป็นเพียงความมุ่งมั่นทางการเมือง (Political commitment)<sup>324</sup> แทนการใช้ฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมาย

**รูปแบบที่ 6** ไม่มีการบัญญัติหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ในความตกลง

<sup>324</sup> Duncan B. Hollis, "“Political” Commitments & the Constitution" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 June 2020. แหล่งที่มา: <http://opiniojuris.org/2009/04/15/political-commitments-the-constitution/>

BMJ Glob Health, "What drives political commitment for nutrition? A review and framework synthesis to inform the United Nations Decade of Action on Nutrition" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 June 2020. แหล่งที่มา: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5841521/>

**ความมุ่งมั่นทางการเมือง (Political commitment)** หมายถึง เจตจำนงหรือความมุ่งมั่นของผู้นำหรือผู้แทนรัฐ (ผู้ใช้อำนาจทางบริหาร) ในการผลักดันหรือขับเคลื่อนนโยบายเพื่อให้เกิดผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรมโดยอาจจะไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมาย

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการที่สะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม คือ หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ เช่น การปฏิเสธความยุติธรรม การปฏิบัติโดยพลการและไม่ถูกต้อง โดยหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นมาตรฐานสำคัญที่แสดงถึงความใส่ใจในเรื่องคุณธรรมซึ่งเป็นการดึงดูดผู้ลงทุนและสนับสนุนธรรมมาภิบาล ของรัฐผู้รับการลงทุน ข้อเรียกร้องต่างๆ ของผู้ลงทุนต่อรัฐต่างๆ ดังนั้น การที่รัฐบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติและเท่าเทียมอย่างไม่มีเงื่อนไขว่า จะปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียม” (รูปแบบที่ 1) ถือว่าเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนอย่างสูงสุด<sup>325</sup> ซึ่งหากเป็นการบัญญัติในทำนองนี้อาจจะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาได้อีกทางหนึ่ง แต่ทั้งนี้ การบัญญัติไว้ในรูปแบบดังกล่าวอาจจะทำให้มีความเสี่ยงในการจำกัดอำนาจหรือสิทธิของรัฐในการกำหนดนโยบายหรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ ความเสี่ยงเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเรียกร้องของนักลงทุนซึ่งอาจจะไม่มีข้อจำกัด รวมทั้งส่งผลต่อความรับผิดชอบทางการเงินของรัฐด้วยเมื่อเกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทขึ้น<sup>326</sup>

ในการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแบบไม่มีเงื่อนไขใดๆ นั้น มีอยู่หลายรูปแบบ ซึ่งตามที่คุณเขียนได้กล่าวไปข้างต้นคือ การบัญญัติให้รัฐให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่นักลงทุน ทั้งนี้ การบัญญัติดังกล่าวนั้นก็ยังมีทั้งข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไปในแต่ละรูปแบบ โดยหากว่าข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นมีการอ้างอิงถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น (รูปแบบที่ 2) อาจจะเป็นการตั้งเพดานความรับผิดชอบในอันที่จะเกิดแก่รัฐได้ นอกจากนั้น ยังช่วยธำรงไว้ซึ่งความสามารถของรัฐในการดำเนินการใดๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่ การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการโดยพลการอย่างชัดแจ้ง แต่ก็เป็นที่ทราบกันดีว่า มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นยังคงมีความไม่ชัดเจนมากเท่าที่ควร ซึ่งทำให้รัฐภาคนั้นจะต้องมีการพิสูจน์ว่าการดำเนินการของตนนั้นไม่ได้เป็นการกระทำโดยการใช้ความรุนแรง ไม่สุจริต หรือเป็นละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการไม่เป็นไปตามมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ<sup>327</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ว่าการกำหนดให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐได้และเป็นการให้สิทธิในการควบคุม

<sup>325</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. p. 97.

<sup>326</sup> *ibid.*

<sup>327</sup> *ibid.* p. 98.

ของรัฐ แต่ทั้งนี้ ก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการใช้สิทธิและอาจจะให้เกิดการตีความได้ ทั้งรัฐก็จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ในการสิทธิดังกล่าวของรัฐอีกด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นต่าง ๆ ของข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นเป็นผลมาจากเรื่องความไม่แน่นอนหรือความไม่ชัดเจนของความหมายของคำว่า “เป็นธรรมและเท่าเทียม” ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายและยกตัวอย่างคดีไปในบทที่ 2 เนื่องจากคำว่า “เท่าเทียม” และ “เป็นธรรม” นั้นไม่สามารถที่จะกำหนดคำอธิบายขตามกฎหมายได้อย่างแท้จริง จึงต้องอาศัยการตีความเป็นกรณี ๆ ไป ดังนั้น การตีความในนิยามดังกล่าวจึงอาจจะเป็นปัญหาสำคัญของการใช้ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การใช้หรือการอ้างข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อคุ้มครองนักลงทุนตาม “ความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ลงทุนที่มีผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคตที่จะได้รับ (Legitimate Expectations)” ของนักลงทุนซึ่งอาจเป็นการจำกัดความสามารถหรือสิทธิของรัฐต่างๆ ที่จะดำเนินการเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือออกนโยบายใหม่ได้อันอาจจะส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติได้

ดังนั้น การระบุให้ชัดเจนว่า รัฐจะให้การปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียม” หรือจะปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อผู้ลงทุนอย่างไร (รูปแบบที่ 4) หรือระบุพันธกรณีที่จะไม่ให้รัฐภาคีกระทำไว้ให้ชัดเจน (รูปแบบที่ 3) เพื่อให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือออกนโยบายใหม่ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติได้ การระบุเช่นนี้จะช่วยลดความเสี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิดหรือตีความตีความที่กว้างเกินไปของอนุญาโตตุลาการได้ แต่ก็ควรมีกลไกโดยการระบุให้มีการทบทวนพันธกรณีหรือเงื่อนไขกรณีต่าง ๆ ที่ระบุไว้เป็นระยะ ๆ ด้วย สำหรับในกรณีที่มีการนำหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปรวมไว้ในความมุ่งมั่นทางการเมือง (รูปแบบที่ 5) เช่น ระบุไว้ในอารัมภบทหรือบทนำ ซึ่งก็จะส่งผลคล้ายกับการละเว้นไม่ระบุข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปรวมไว้ในความตกลง เนื่องจาก การกำหนดไว้ให้เป็นเพียงความมุ่งมั่นทางการเมืองนั้นไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้ หากการบัญญัติไว้ในอารัมภบทก็ยังคงใช้เป็นแนวทางในการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องได้ แต่อีกทางเลือกคืออาจใช้วิธีละเว้นไม่ระบุข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ (รูปแบบที่ 6) ซึ่งจะเป็นการลดข้อเรียกร้อง ข้อโต้แย้ง ข้อพิพาทต่างๆ ของนักลงทุน แต่ขณะเดียวกันก็จะเป็นการลดการคุ้มครองแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของต่างชาติตามสนธิสัญญาาลงด้วยเช่นกัน<sup>328</sup>

<sup>328</sup> ibid.

ดังนั้น หากพิจารณาตามข้อเสนอภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD แล้ว การละเว้นการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (รูปแบบที่ 6) หรือการบัญญัติให้เป็นเพียงความมุ่งมั่นทางการเมือง (รูปแบบที่ 5) อาจจะเป็นการส่งเสริมหรือก่อให้เกิดการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐได้มากที่สุด แต่ทั้งนี้ ตามความคิดเห็นของผู้เขียน เห็นว่า หากมองในมุมมองของนักลงทุนจะเห็นได้ว่า นักลงทุนย่อมเป็นฝ่ายเสียสิทธิ ในการได้รับการคุ้มครองการลงทุนในบางประการซึ่งอาจจะทำให้เป็นปัจจัยหนึ่งแม้ว่าอาจจะไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญมาก แต่หากมองว่าในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทขึ้นตนอาจจะใช้ข้อบทดังกล่าวยกขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างสิทธิของนักลงทุนและสิทธิของรัฐอันจะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ผู้เขียนเห็นว่า รัฐควรจะบัญญัติข้อบทโดยการระบุพันธกรณีไว้ว่า ห้ามกระทำการอย่างใดบ้าง และอาจจะมีข้อกำหนดข้อยกเว้นบางประการได้โดยจะต้องกระทำให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ (รูปแบบที่ 3 และรูปแบบที่ 4) ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอในบทที่ 5

#### (2) ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนว่า หากรัฐมีการชดเชยให้แก่นักลงทุนนั้นรัฐก็จะได้รับสิทธิในการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนอันเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่งของรัฐที่จะใช้สิทธิอธิปไตยภายในอาณาเขตของตนที่ตนมีอยู่<sup>329</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเป็นข้อบทที่มีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้วว่ารัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้โดยการเวนคืนแต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ โดยตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้กำหนดทางเลือกสำหรับรัฐในการบัญญัติข้อบทในเรื่องการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน<sup>330</sup> ไว้ดังนี้

#### รูปแบบที่ 1 ข้อบทบัญญัติให้การเวนคืนต้องปฏิบัติตามหรือเป็นไปตามเงื่อนไข 4 ประการ

- (1) การเวนคืนจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ
- (2) การเวนคืนจะต้องไม่เลือกไม่ปฏิบัติ
- (3) การเวนคืนจะต้องดำเนินการตามหลักสุกนิตีกระบวน
- (4) การเวนคืนจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชย

<sup>329</sup> UNCTAD, Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements li. p. 5.

<sup>330</sup> UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development. p. 99.

**รูปแบบที่ 2** ข้อบทบัญญัติจำกัดการคุ้มครองกรณีเวนคืนโดยอ้อม (การเวนคืนโดยใช้กฎระเบียบ) โดยมีการกำหนดขอบเขตต่อไปนี้

(1) มีการกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม เช่น ในกรณีที่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐ เช่น การเพิกถอนสิทธิอย่างถาวรหรืออย่างสมบูรณ์หรือเกือบสมบูรณ์หรือมีการกำหนดขอบเขตของการแทรกแซงของรัฐบาลอย่างชัดเจนหรือมีการพิจารณาถึงความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ลงทุนที่มีต่อผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคตที่จะได้รับซึ่งเป็นการคาดหวังที่สมเหตุสมผลจากการลงทุน หรือการกระทำของรัฐบาล เช่น เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ หรือการกระทำของรัฐนั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ถูกล่ามโซ่หรือไม่ หรือผลจากการกระทำของรัฐบาลได้ส่งผลให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรงต่อรัฐหรือไม่ หรือ

(2) มีการนิยามว่า มาตรการใดบ้างที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนโดยอ้อม เช่น กฎหมายที่ออกมาโดยสุจริตและไม่เลือกปฏิบัติ หรือที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุข ความปลอดภัยและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ

(3) มีการสร้างความชัดเจนว่า มาตรการใดบ้างที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนโดยอ้อม เช่น การบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก

**รูปแบบที่ 3** ข้อบทที่ละเว้นการอ้างถึงการเวนคืนโดยอ้อม หรือระบุไว้ชัดเจนว่าการคุ้มครองไม่รวมถึงกรณีการเวนคืนโดยอ้อม

**รูปแบบที่ 4** ข้อบทบัญญัติให้จ่ายค่าชดเชยดังนี้ ในกรณีที่เป็นการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) การจ่ายค่าชดเชยจะต้องเป็นค่าชดเชยที่เหมาะสม ชอบธรรม หรือเป็นธรรม เช่น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมดุลที่เท่าเทียมกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน ในขณะที่ มูลค่าตลาดที่เป็นธรรมของการลงทุนจะเป็นเพียงปัจจัยเดียวที่จะนำมาพิจารณา

(2) เป็นการจ่ายค่าชดเชยอย่างทันทีทันใด เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ เช่น เป็นการจ่ายตามมูลค่าตลาดเต็มจำนวนลงทุน (Hull formula)

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการที่สะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน คือ การเวนคืน (Expropriation) เป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติในกรณีที่ถูกยึดทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการลงทุนโดยประเทศผู้รับการลงทุน บทบัญญัติการเวนคืนถือเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศโดยเฉพาะประเด็นเรื่องความใส่ใจเรื่องคุณธรรม ดังนั้น การที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีบทบัญญัติเรื่องการเวนคืน (**รูปแบบที่ 1**) มิได้หมายความว่า เป็นการให้สิทธิรัฐในการควบคุมการลงทุนโดยการเวนคืนทรัพย์สินต่างๆ เท่านั้น แต่ยังเป็น



การคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่มีการเวนคืนตามอำเภอใจหรือการเวนคืนที่ปราศจากการชดเชยค่าเสียหาย<sup>331</sup>

โดยทั่วไปแล้วความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศจะบัญญัติข้อบทในเรื่องการเวนคืนครอบคลุมถึงการเวนคืนโดยอ้อม (Indirect) หรือการเวนคืนโดยใช้กฎระเบียบ (Regulatory Takings) หรือการยึดกิจการโดยอ้อม (Creeping Expropriation) และการดำเนินการใด ๆ ที่ “เท่าเทียมกัน” (Tantamount to) หรือ “เทียบเท่ากับ” (Equivalent to) การเวนคืนอยู่แล้ว (รูปแบบที่ 2) โดยบทบัญญัตินี้ได้ถูกนำมาใช้พิจารณาในการกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปกับผลกระทบทางลบต่อประโยชน์ของการลงทุนอันเป็นความท้าทายอย่างหนึ่งซึ่งอาจทำให้เกิดคำถามว่า แนวทางใดที่เหมาะสมในการดำเนินการการเวนคืนของรัฐและการกำหนดนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะอันชอบธรรม ไม่ว่าจะเป็นในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และสุขภาพ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดที่ไม่เหมาะสมต่อรัฐในเรื่องเอกสิทธิ์ต่าง ๆ ที่จะบัญญัติกฎเกณฑ์ที่เป็นประโยชน์สาธารณะ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศอาจกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐที่อาจจะ (หรืออาจจะไม่) เป็นการเวนคืนโดยอ้อมที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้ลงทุนและผลประโยชน์ของรัฐ แต่การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ก็มีได้เป็นการขจัดซึ่งความเสี่ยงในเรื่องความรับผิดชอบต่าง ๆ ของรัฐแต่อย่างใด โดยมาตรฐานของค่าชดเชย (Compensation) สำหรับการเวนคืนตามกฎหมายเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่สำคัญซึ่งการใช้ถ้อยคำว่า “เหมาะสม” (Appropriate) “ชอบธรรม” (Just) หรือ “เป็นธรรม” (Fair) ต่อการจ่ายค่าชดเชยหรือค่าเสียหาย จะทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการคำนวณค่าชดเชย โดยรัฐต่าง ๆ อาจเห็นว่าการกำหนดเช่นนี้จะ เป็นประโยชน์ต่อการให้แนวทางแก่นุญญาโตตุลาการในการคำนวณค่าชดเชย และกำหนดให้ชัดเจนถึงปัจจัยที่ควรจะนำมาคำนวณก็ได้<sup>332</sup>

ทางเลือกอีกทางหนึ่งคือ การละเว้นการกล่าวถึงการเวนคืนโดยอ้อมในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศหรือยกเว้นความคุ้มครองในเรื่องนี้จากสนธิสัญญาอย่างชัดเจน (รูปแบบที่ 3) ซึ่งก็จะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ที่คาดหวังจากการลงทุนเพราะนักลงทุนจะไม่ได้รับการคุ้มครองอันอาจจะทำให้มองได้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับดังกล่าวนั้นถูกลดค่าลงได้<sup>333</sup> ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ ตามความคิดเห็นของผู้เขียนนั้นอาจจะมองได้สองมุมมองคือ เมื่อไม่มีข้อบทกำหนด

<sup>331</sup> ibid.

<sup>332</sup> ibid.

<sup>333</sup> ibid.

ไว้รัฐก็อาจจะกระทำตามอำเภอใจโดยกระทำการเวนคืนกิจการของนักลงทุนได้โดยไร้ซึ่งเงื่อนไขใดๆ อันเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิในการควบคุมการลงทุนอย่างชัดเจนและเต็มที่ แต่หากมองในอีกแง่มุมหนึ่งอาจจะทำให้เห็นว่า เมื่อไม่มีข้อบทให้รัฐกระทำการเวนคืนได้รัฐก็ไม่สามารถที่จะกระทำการเวนคืนได้ซึ่งเมื่อเป็นเช่นในมุมมองดังกล่าวนี้ก็เป็นการจำกัดซึ่งอำนาจในการใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐได้

ดังนั้น หากพิจารณาตามข้อเสนอภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD แล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อบทบัญญัติให้การเวนคืนต้องปฏิบัติตามหรือเป็นไปตามเงื่อนไข 4 ประการ ในรูปแบบที่ 1 นั้น ก่อให้เกิดการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐได้กว้างกว่าในรูปแบบที่ 2 และรูปแบบที่ 3 เนื่องจากเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ว่าให้รัฐกระทำการเวนคืนได้ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการ แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็อาจจะทำให้ก่อกำเนิดการตีความได้ว่า การกระทำนั้นๆ ของรัฐจะเป็นการเวนคืนหรือไม่ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐและนักลงทุน ความความคิดเห็นของผู้เขียนแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการบัญญัติให้อำนาจในการใช้สิทธิในการเวนคืนโดยอ้อมลงไปด้วยจะเป็นการชัดเจนในการใช้สิทธิของรัฐได้มากกว่า ทั้งยังจะทำให้เกิดความชัดเจนให้กับนักลงทุนด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอในบทที่ 4

### 3.2.3 การบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นทั่วไป

นอกการบัญญัติประเด็นการพัฒนาที่ยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนผ่านอารัมภบทของความตกลง หรือผ่านทางข้อบทในการให้การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยเฉพาะข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนแล้ว หากว่ารัฐภาคีได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนเป็นข้อยกเว้นทั่วไปภายใต้ความตกลงในการให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้ ซึ่งตามกรอบ IPFSD

ของ UNCTAD ได้กำหนดทางเลือกสำหรับรัฐในการบัญญัติข้อยกเว้นทั่วไปภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไว้<sup>334</sup> ดังนี้

**รูปแบบที่ 1** ไม่มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ

**รูปแบบที่ 2** มีการบัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับการออกมาตรการภายในรัฐที่มีวัตถุประสงค์หรือเป็นนโยบายที่เกี่ยวข้องประโยชน์สาธารณะอันชอบธรรม เช่น การปกป้องสิทธิมนุษยชน การปกป้อง

<sup>334</sup> ibid. p. 103-104.

สุขภาพของประชาชน การรักษาสิ่งแวดล้อม การปกป้องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรม การดำเนินการตามกฎหมายและกฎระเบียบ การดำเนินการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ

**รูปแบบที่ 3** มีการบัญญัติเกี่ยวกับความเหมาะสมกับการออกนโยบายของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น นโยบายของรัฐที่ออกมานั้นจะต้องมี “ความจำเป็น” เพื่อให้บรรลุถึงประโยชน์สาธารณะ หรือ นโยบายของรัฐดังกล่าวนั้น “เกี่ยวข้อง” กับประโยชน์สาธารณะ

**รูปแบบที่ 4** มีการบัญญัติข้อยกเว้นที่ไม่นำข้อบทยกเว้นทั่วไปไปใช้บังคับในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนออกนโยบายหรือมาตรการใดๆ ที่เป็นการกระทำไปตามอำเภอใจ ไม่สมเหตุสมผลหรือเลือกปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุน หรือเป็นการจำกัดการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ

**รูปแบบที่ 5** มีการบัญญัติแนวทางในการตีความข้อยกเว้น เช่น ในกรณีที่รัฐผู้ถูกฟ้องกล่าวอ้างเกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าวเป็นนโยบายสาธารณะ จะต้องให้รัฐภาคีอีกฝ่ายร่วมพิจารณาว่านโยบายดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อยกเว้นดังกล่าวหรือไม่

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการที่สะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติในข้อบทยกเว้นทั่วไปในการให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการออกนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ คือ ในปัจจุบันนี้แม้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจำนวนน้อยที่จะมีการบัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับการออกนโยบายสาธารณะเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ทั้งนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ที่เพิ่งออกมานั้น จะมีการบัญญัติสิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐเป็นข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) ซึ่งการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนี้เป็นกรณีของการพัฒนาอย่างยั่งยืนอย่างยิ่งอันเป็นเชื่อมโยงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกับนโยบายสาธารณะเข้าด้วยกัน ทั้งเป็นการลดข้อเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นกับรัฐระหว่างการขัดกันของการคุ้มครองนักลงทุนและการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันชอบธรรม นอกจากนั้น ข้อยกเว้นบางประเภทมีการระบุว่ามีมาตรการใดที่รัฐสามารถกระทำได้ โดยจะต้องอยู่ภายใต้สภาวะการณบางอย่างซึ่งอาจจะเป็นการสร้างความยืดหยุ่นในการปรับใช้ความตกลงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนข้อบทที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองนักลงทุน (**รูปแบบที่ 2**) แต่ทั้งนี้ หากมีการบัญญัติข้อยกเว้นโดยมีการกำหนดขอบเขตในการพิจารณาโดยพิจารณาถึง “ความจำเป็น” หรือจะต้องเป็นมาตรการที่มี “ความเกี่ยวข้อง” นโยบายสาธารณะอาจจะเป็นการลดการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนโดยการใช้สิทธิผ่านข้อยกเว้นได้ (**รูปแบบที่ 3**) นอกจากนั้น การบัญญัติข้อยกเว้นที่กำหนดให้มีความชัดเจนว่า ข้อยกเว้นโดยทั่วไปนั้นไม่นำไปใช้บังคับกับในกรณีที่มีการดำเนินการใดๆ หรือการออกนโยบายใดๆ ของรัฐมีลักษณะเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือเป็นการอำพรางการคุ้มครองการลงทุน (**รูปแบบที่ 4**) เป็นการป้องกันการใช้ข้อบท

ที่เป็นข้อยกเว้นโดยทั่วไปไปในทางที่มีขอบด้วยกฎหมาย และรูปแบบสุดท้ายคือ การบัญญัติข้อบทที่เป็นข้อยกเว้นทั่วไปโดยให้มีการร่วมกันของรัฐภาคีในการพิจารณาว่าการดำเนินการหรือนโยบายนั้นๆ ที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนเป็นการดำเนินการหรือนโยบายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ (รูปแบบที่ 5)<sup>335</sup>

ดังนั้น หากพิจารณาตามข้อเสนอภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD แล้ว จะเห็นได้ว่าการบัญญัติข้อบทที่เป็นข้อยกเว้นทั่วไปในรูปแบบที่ 2 ที่มีการบัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับการออกมาตรการภายในรัฐที่มีวัตถุประสงค์หรือเป็นนโยบายที่เกี่ยวข้องประโยชน์สาธารณะอันชอบธรรม โดยการระบุวัตถุประสงค์ของการดำเนินการหรือการออกนโยบายอย่างชัดเจนในข้อบทซึ่งทำให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อย่างชัดเจนและได้อย่างเต็มที่ภายใต้ข้อบทที่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้ ตามความคิดเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะเกิดการพัฒนอย่งยั่งยืนในการใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐได้นั้นจะต้องมีการกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจไว้ด้วยซึ่งเป็นไปตามรูปแบบที่ 3 และอาจจะให้รัฐผู้ส่งออกการลงทุน (Home state) เข้ามาร่วมในการพิจารณาถึงมาตรการหรือการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนด้วยซึ่งเป็นไปตามรูปแบบที่ 5 อันอาจจะทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการใช้บังคับ รวมทั้งอาจจะสร้างบรรยากาศที่ดีในการลงทุนด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำไปเสนอในบทที่ 5 ข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นกลไกอย่างหนึ่งส่งเสริมให้เกิดการพัฒนอย่งยั่งยืนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศผ่านข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนที่มีการบัญญัติข้อบทไว้อย่างชัดเจนเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ก็ได้ให้แนวทางที่สำคัญในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อันจะนำไปสู่การพัฒนอย่งยั่งยืนได้ ซึ่งในประเด็นแนวทางการบัญญัติข้อบทภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ผู้เขียนจะได้นำไปวิเคราะห์กับบริบทของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นแนวนโยบาย บริบทของประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนและบริบทของนักลงทุนต่างชาติ รวมถึงบทวิเคราะห์พัฒนาการของประเทศไทยการบัญญัติข้อบทข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD

<sup>335</sup> ibid. p. 103.

และแนวโน้มในการบัญญัติข้อบทดังกล่าวในปัจจุบันของประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปความตกลงของไทยในบทที่ 4 ต่อไป



## บทที่ 4

### แนวทางของประเทศไทยในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แบบทวิภาคีในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการ คุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของ การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

ในบทที่ 3 ผู้เขียนได้อธิบายถึงความสำคัญและความสัมพันธ์ระหว่างหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อแสดงให้เห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกันอย่างไร ทั้งแสดงให้เห็นถึงการนำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปปรับใช้ในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของสังคมระหว่างประเทศช่วงก่อนและหลังการมีกรอบ IPFSD ว่ามีทิศทางหรือแนวโน้มอย่างไร และผู้เขียนได้อธิบายถึงแนวทางในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ในการนำมาปรับใช้และการวิเคราะห์ในการปฏิรูปความตกลงฯ ของประเทศไทยซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในบทนี้

#### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนกับประเทศไทยจะเห็นได้ชัดเจนจากยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2561 – พ.ศ. 2580) ที่เป็นเป้าหมายในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกัน อันจะก่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว โดยมีเป้าหมาย 6 ด้านที่สำคัญคือ (1) ด้านความมั่นคง (2) ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน (3) ด้านการพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ (4) ด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม (5) ด้านการสร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม และ (6) ด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบการบริหารจัดการภาครัฐ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปีในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับด้านการลงทุนระหว่างประเทศพบว่า ในวิสัยทัศน์ด้านความมั่นคงกำหนดให้ประเทศไทยมีการขยายตัวของเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องและมีความยั่งยืนเป็นจุดสำคัญของการเชื่อมโยงในภูมิภาคในด้านการลงทุนและการทำธุรกิจเพื่อให้เป็นพลังในการพัฒนา โดยให้มีการสร้างและพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ

การเพิ่มพื้นที่และเมืองเศรษฐกิจและสร้างภาวะแวดล้อมที่เอื้อต่อการลงทุนและการดำเนินธุรกิจ ยิ่งไปกว่านั้น ได้มีการกำหนดพัฒนาเศรษฐกิจบนพื้นฐานผู้ประกอบการยุคใหม่เพื่อสังคมโดยสามารถขยายการค้าและการลงทุนไปต่างประเทศได้ ในประเด็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน แผนยุทธศาสตร์ชาติได้กำหนดให้มีการเสริมสร้างและธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของภูมิภาค เพื่อให้ประเทศในภูมิภาคร่วมมือกันเพื่อการพัฒนาให้เป็นที่ไปตามเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยส่งเสริมความเป็นปึกแผ่นของประชาคมอาเซียน และความเป็นแกนกลางของอาเซียนอย่างจริงจังและต่อเนื่อง โดยสร้างความสัมพันธ์ที่ดีในระหว่างประชาชนในทุกมิติและทุกระดับ ทำการแลกเปลี่ยนและส่งเสริมความร่วมมือระหว่างกันอย่างแน่นแฟ้นในทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม การเมืองและความมั่นคง วิทยาศาสตร์เทคโนโลยี รวมถึงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมกับมิตรประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศสมาชิกอาเซียน ประเทศสำคัญในภูมิภาค และนานาประเทศทั่วโลก รวมทั้งกรอบความร่วมมือด้านความมั่นคงระดับภูมิภาคอื่นๆ ที่จะช่วยสร้างเสริมเสถียรภาพในภูมิภาค อันจะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนร่วมกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561 - พ.ศ. 2580) ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการลงทุนระหว่างประเทศและหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ ประเทศไทยได้มีการปรับบทบาทที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุนไปเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุน แต่ทั้งนี้ ก็ยังมีการส่งเสริมการลงทุนในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุนด้วย ซึ่งกลไกหรือเครื่องมือหนึ่งที่สำคัญที่จะทำให้ประเทศสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่วางไว้ในแผนยุทธศาสตร์ชาติดังกล่าวนี้ได้คือ ความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นในระดับทวิภาคีหรือระดับพหุภาคี ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป

ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้แสดงให้เห็นถึงข้อพิจารณาในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยพิจารณาจากบริบทของประเทศไทยในฐานะรัฐที่รับการลงทุนและบริบทของ นักลงทุนต่างชาติเพื่อนำมาเป็นข้อพิจารณาในการปฏิรูปข้อบทดังกล่าวซึ่งผู้เขียนได้เข้าสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญด้านการลงทุน กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ และบริบทของนักลงทุนต่างชาติและที่ปรึกษาด้านการลงทุนซึ่งเป็นภาคเอกชน ทั้งนี้ เพื่อนำข้อพิจารณาดังกล่าวมาเพื่อวิเคราะห์ถึงแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการ

เวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

### 1. ข้อพิจารณาในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

ในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนนั้นจะต้องมีประเด็นหรือปัจจัยที่จะต้องพิจารณาเพื่อให้มีความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคมและด้านสิ่งแวดล้อมอันเป็นเป้าหมายของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยผู้เขียนจะพิจารณาถึงบริบทของประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนและบริบทนักลงทุนต่างชาติต่อข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี โดยจะต้องพิจารณาว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีแนวโน้มนโยบายไปในทิศทางใด มีปัจจัยหรือประเด็นใดบ้างที่ใช้ในการพิจารณาในการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และแนวโน้มในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยนอกจากความตกลงแบบทวิภาคีนั้น ในปัจจุบันมีแนวโน้มไปในทิศทางใดและสามารถแสดงนัยยะสำคัญอย่างไรต่อการปฏิรูปความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้หรือไม่อย่างไร ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงเป็นหัวข้อที่สำคัญอันเป็นประเด็นที่จะนำไปใช้ในการหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยให้มากที่สุด ทั้งนี้ เพื่อการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนได้

#### 1.1 บริบทของประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายให้เห็นถึงบริบทของประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นบริบทในการเป็นตัวแทนรัฐในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน



รวมไปถึงแนวนโยบายในปัจจุบันและแนวโน้มในการบัญญัติข้อการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในความตกลงระดับภูมิภาคซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีสมาชิก นอกจากนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงบริบทของนักลงทุนว่า นักลงทุนมีปัจจัยหรือข้อพิจารณาใดในการเข้ามาลงทุนภายในประเทศไทย รวมถึงมีความคาดหวังอย่างไรกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยเฉพาะความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ทั้งนี้ ในหัวข้อดังกล่าวนี้ นอกจากการศึกษาจากเอกสารที่เกี่ยวข้องแล้วไม่ว่าจะเป็นแนวนโยบายของประเทศไทยในปัจจุบัน ทิศทางของประเทศไทยภายใต้รายงานการลงทุนโลก (World Investment Report 2019) ปี ค.ศ. 2019 ของ UNCTAD และการเข้าสัมภาษณ์หน่วยงานผู้รับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ และนักลงทุนในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศในงานวิจัยที่เกี่ยวข้องแล้ว ผู้เขียนยังได้มีโอกาสไปสัมภาษณ์เพื่อขอข้อมูลในการวิเคราะห์ในหัวข้อดังกล่าวเพื่อความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นจากผู้เชี่ยวชาญของรัฐด้านกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจากกองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในประเทศที่เกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนโดยตรง นอกจากนี้ ผู้เขียนได้มีโอกาสสัมภาษณ์นักลงทุนจำนวน 2 ท่าน ซึ่งเป็นนักลงทุนในด้านการเงินการธนาคาร และด้านการศึกษา โดยจะได้รับทราบทั้งในแง่ของการลงทุนภายในประเทศไทยและการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ นอกจากนี้ นักลงทุนทั้งสองท่านเป็นผู้เชี่ยวชาญและที่ปรึกษาให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศอีกด้วย โดยประเด็นที่จะต้องพิจารณาที่สำคัญคือ (1) ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (2) นโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทยในปัจจุบัน และ (3) แนวโน้มในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศของประเทศไทย

### 1.1.1 ปัจจัยในการพิจารณาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีนี้นั้นดังที่ทราบกันอยู่แล้วว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศสองฝ่ายระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์กรระหว่างประเทศ ดังนั้น ในการจัดทำหรือการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวก็ย่อมจะต้องมีการเจรจาหรือการต่อรองของทั้งสองฝ่าย ซึ่งในการค้นหาข้อมูลของผู้เขียนในทางเอกสารวิชาการไม่ว่าจะเป็นการศึกษาพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครอง

จากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยทั้ง 36 ฉบับ บทเรียนของประเทศไทยจากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นจริง แนวนโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทย รวมไปถึงแนวทางในการบัญญัติข้อบทหรือการปฏิรูปข้อบทภายใต้ตราสารระหว่างประเทศนั้นอาจจะยังไม่เป็นการเพียงพอ ผู้เขียนจึงมีโอกาสได้ไปทำการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2563 ณ กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ จำนวน 2 ท่าน เพื่อที่ผู้เขียนจะได้ทราบว่าในทางปฏิบัติแล้วนั้นในการเจรจาหรือการต่อรอง การทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีปัจจัย ประเด็นหรือข้อพิจารณาใดบ้างที่คู่ภาคี ทั้งสองฝ่ายคำนึงหรือพิจารณาถึง โดยผู้เขียนจะขอก้าวในกรณีของประเทศไทยเป็นการเฉพาะ โดยผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศได้ให้ข้อพิจารณาในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไว้ดังต่อไปนี้ ซึ่งผู้เขียนจะขอนำข้อมูลทางเอกสารวิชาการที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ผู้เชี่ยวชาญได้ให้ไว้มาเพิ่มเติม นอกจากนี้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการทำให้ข้อมูลมีความชัดเจนมากขึ้นอันจะนำไปสู่การวิเคราะห์แนวทางในการปฏิรูปในหัวข้อต่อไป โดยปัจจัยในการพิจารณาจัดทำความตกลงของประเทศไทย ดังนี้

**ประการแรกคือ สภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ อัตราการลงทุนและกระแสตอบรับจากการลงทุน** ผู้เชี่ยวชาญด้านความตกลงระหว่างประเทศให้ข้อมูลว่า ประเด็นที่มีความสำคัญมาก คือ สภาพแวดล้อมในทางด้านเศรษฐกิจของประเทศคู่เจรจาและประเทศไทย โดยจะพิจารณาว่าในปัจจุบันประเทศคู่เจรจาและประเทศไทยมีสถานะแวดล้อมทางเศรษฐกิจเป็นอย่างไร หากนักลงทุนทั้งสองประเทศเข้าไปดำเนินการลงทุนจะเอื้อหรือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการลงทุนของนักลงทุนหรือไม่ และพิจารณาว่า ประเทศคู่เจรจามีอัตราการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมาน้อยเพียงใดและลงทุนในอุตสาหกรรมใดเป็นสำคัญ ทั้งยังพิจารณาถึงกระแสตอบรับจากการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย ในทางกลับกันก็พิจารณาถึงกระแสตอบรับของนักลงทุนไทยที่เข้าไปลงทุนยังประเทศคู่เจรจาเช่นเดียวกัน<sup>336</sup> โดยประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุน กลุ่มธนาคารโลก (The World Bank group) ได้มีการจัดทำดัชนีความง่ายในการดำเนินการธุรกิจ ปี ค.ศ.2019 (Ease of doing business index 2019) โดยได้รวบรวมข้อมูลของประเทศจำนวน 190 ประเทศโดยพิจารณาจากข้อกำหนดต่างๆ ของรัฐ โดยพิจารณาว่าข้อกำหนดเหล่านั้นเอื้อต่อการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีต่อการลงทุนหรือไม่ นอกจากนี้ยังได้พิจารณาถึงประเด็นของการดำเนินกิจการ

<sup>336</sup> สัมภาษณ์ ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ, (25 กุมภาพันธ์ 2563).

ของธุรกิจท้องถิ่น (Local Business) อีกด้วย โดยจากการประเมินดังกล่าวปรากฏว่า ประเทศไทยอยู่ในอันดับที่ 21 จาก 190 ประเทศ และเป็นอันดับที่ 5 ในกลุ่มประเทศเอเชียแปซิฟิก<sup>337</sup>

**ประการที่สอง คือ นโยบายและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง** โดยจะพิจารณาว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของแต่ละประเทศว่ามีระบบกฎหมายอย่างไร มีกฎหมายภายในฉบับใดที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศบ้าง และหากว่าทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างกันกฎหมายฉบับใดเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุน และกฎหมายฉบับใดจะเป็นอุปสรรคหรือขัดต่อความตกลงระหว่างประเทศซึ่งรัฐภาคีจะต้องทำการเจรจาเพื่อผ่อนปรน หรือถือปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศที่จะจัดทำขึ้น ทั้งนี้ รวมไปถึงกรณีการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในกรณีที่เกิดข้อพิพาทกับรัฐ ระบบกฎหมายภายในให้สิทธิอย่างไรแก่นักลงทุนที่จะใช้สิทธิเรียกร้องได้บ้าง<sup>338</sup> ในส่วนของประเทศไทยดังที่ได้กล่าวไปในหัวข้อนโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทยข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่ามีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่เห็นได้ชัดเจนคือ (1) พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นกฎหมายภายในที่เป็นหลักสำคัญในการให้การส่งเสริมการลงทุน และหลักประกันในการคุ้มครองการลงทุน โดยเมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ไม่ได้เน้นการคุ้มครองผู้ลงทุนมากนักแต่จะให้ความสำคัญในการส่งเสริมการลงทุนมากกว่า โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้การดูแลของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI)<sup>339</sup> (2) การเปิดเสรีการลงทุน (Globalization) ซึ่งเป็นประเด็นทางนโยบายมีกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์เป็นผู้รับผิดชอบ ทั้งนี้การดำเนินการดังกล่าวอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542<sup>340</sup> ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันการประกอบธุรกิจทั้งในและต่างประเทศซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยโดยส่วนรวม และ

<sup>337</sup> The World Bank group, "Ease of Doing Business Rankings," [Online] Accessed: 11 March 2020. Available from: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings?region=east-asia-and-pacific>

<sup>338</sup> ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ.

<sup>339</sup> รัฐศรัณย์ ธนกิจไพศาล, "หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย: ศึกษากรณีกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์" (สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560).

<sup>340</sup> *ibid.*

(3) การคุ้มครองการลงทุน (Investment Promotion) ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้รับผิดชอบ แต่ยังไม่มีความหมายภายในฉบับใดบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ<sup>341</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในการดำเนินการเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมีหลายหน่วยงาน และมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งยังคงขาดการบูรณาการในการดำเนินการ<sup>342</sup> แต่ทั้งนี้ ผู้เชี่ยวชาญกล่าวว่าในประเด็นดังกล่าวนี้ ได้มีคณะกรรมการด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่จากหลายหน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยมีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศและข้อพิพาทด้านการลงทุน เพื่อให้การให้ความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความต่อเนื่อง ตลอดจนเกิดการบูรณาการงานด้านการลงทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้มีความสอดคล้องกับผลประโยชน์ของประเทศ<sup>343</sup>

**ประการที่สาม คือ การเจรจาต่อรอง** ในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน การเจรจาต่อรองระหว่างรัฐบาลถึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ โดยรัฐบาลคู่เจรจาอาจจะมีการต่อรองเพื่อขอแลกเปลี่ยนกับข้อตกลงบางอย่าง ทั้งนี้ก็เป็นดุลพินิจของรัฐบาลคู่เจรจาว่าจะยินยอมหรือไม่ โดยในทางปฏิบัติรัฐบาลก็จะยื่นข้อเสนอของตนเพื่อให้รัฐบาลคู่เจรจาพิจารณาซึ่งหากทั้งสองฝ่ายตกลงตามข้อเสนอก็สามารถจะจัดทำความตกลงฉบับนั้นๆ ได้<sup>344</sup>

**ประการที่สี่ คือ บริบทที่เปลี่ยนแปลงไปของประเทศไทย** ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศกล่าวว่า ในปัจจุบันบริบทของประเทศไทยได้เปลี่ยนไป นักลงทุนของประเทศไทยเริ่มให้ความสนใจไปทำการลงทุนยังต่างประเทศมากขึ้น<sup>345</sup> ตามรายงานการลงทุนโลก ปี ค.ศ.2019 (World Investment Report 2019 - WIR) ประเทศไทยมีมูลค่าการส่งออกการลงทุนในต่างประเทศเพิ่มขึ้น

<sup>341</sup> ibid.

<sup>342</sup> สัมภาษณ์ ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ.

<sup>343</sup> "ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ พ.ศ. 2562," (2562).

<sup>344</sup> สัมภาษณ์ ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ.

<sup>345</sup> ibid.

เป็นอันดับ 2 ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้รองจากประเทศสิงคโปร์<sup>346</sup> และติด 20 อันดับในประเทศทั่วโลกที่มีการส่งออกการลงทุนมากที่สุด<sup>347</sup>

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า สภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ อัตราการลงทุนและกระแสตอบรับจากการลงทุน กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง การเจรจาต่อรองและบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปของประเทศไทย เป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน อันสามารถนำมาเป็นข้อพิจารณาในการวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมให้กับประเทศไทยในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนแล้ว แนวโน้มในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกก็อาจจะเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณา ร่วมกัน เนื่องจาก จะเป็นประเด็นที่ทำให้เห็นว่าในปัจจุบันประเทศไทยได้มีแนวโน้มในการบัญญัติข้อบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในระดับพหุภาคีเป็นไปในทิศทางใด

### 1.1.2 แนวโน้มในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก

นอกจากการพิจารณาตามสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ อัตราการลงทุนและกระแสตอบรับจากการลงทุน กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ การเจรจาต่อรองระหว่างรัฐบาล และบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปของประเทศไทยแล้ว ผู้ให้สัมภาษณ์แนะนำกับผู้เขียนว่าควรจะทำการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบพหุภาคีซึ่งไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกด้วย เนื่องจาก ความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบดังกล่าวจะมีบทบาทในการใช้บังคับมากกว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบพหุภาคีที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกที่น่าสนใจ

<sup>346</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2019: Special Economic Zones* (2019). p. 213 - 214.

<sup>347</sup> *ibid.* p. 7.

(1) ความตกลงฉบับดังกล่าวเป็นตกลงระหว่างเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกับรัฐสมาชิกอาเซียน (AGREEMENT ON INVESTMENT AMONG THE GOVERNMENTS OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE MEMBER STATES OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS)

โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้จัดทำขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2017 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2019 โดยเมื่อพิจารณาข้อบทในความตกลงฉบับดังกล่าวนี้พบว่า ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้มีการระบุพันธกรณีในการห้ามปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการทางกฎหมายและทางปกครองซึ่งจะต้องเป็นไปตามศุภนิติกระบวนการ ทั้งกำหนดว่าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติเพิ่มเติมหรือให้เกินไปกว่าที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดไว้และจะต้องไม่ทำการสร้างสิทธิในทางสภารัตถะบางประการให้เกิดขึ้นกับนักลงทุน นอกจากนี้ยังได้มีการจำกัดความรับผิดชอบของรัฐอีกว่าการละเมิดข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงฉบับนี้หรือฉบับอื่นๆ ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อบทนี้<sup>348</sup> ในส่วนของข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนความตกลงฉบับดังกล่าวได้มีการบัญญัติรวมถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้ด้วย โดยได้กำหนดเงื่อนไขในการเวนคืนไว้ 4 ประการตามหลักกฎหมายระหว่างเทศ<sup>349</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความตกลงฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดพันธกรณีไว้อย่างชัดเจนว่า

<sup>348</sup> "Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations," (2017).

**Article 5 Treatment of Investment**

1. Each Party shall accord to covered investments **fair and equitable treatment** and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) "fair and equitable treatment" requires each Party **not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process of law...**

(c) the concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" **do not require treatment in addition to or beyond that which is required under customary international law, and do not create additional substantive rights.**

2. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article."

<sup>349</sup> *ibid.*

**Article 10 Expropriation and Compensation**

"1. A Party shall not expropriate covered investments of an investor of any other Party, either directly or through measures equivalent to expropriation ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) in accordance with due process of law;

(c) on a non-discriminatory basis; and

นักลงทุนได้รับความคุ้มครองในการลงทุนอย่างไร และรัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการให้ความคุ้มครองนักลงทุนอย่างไรซึ่งแสดงออกได้ถึงนัยยะที่รัฐสามารถดำเนินการใดๆ เพื่อควบคุมการลงทุนได้หากว่าอยู่ภายใต้ข้อบทดังกล่าว

## (2) ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT (ACIA)

ความตกลงฉบับดังกล่าวเป็นตกลงระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียน โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้จัดทำขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2009 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2012 โดยเมื่อพิจารณาข้อบทในความตกลงฉบับดังกล่าวนี้พบว่า ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกมีพันธกรณีในการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยจะต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการทางกฎหมายและทางปกครองซึ่งจะต้องดำเนินการไปตามศุภนิติกระบวนการและกำหนดว่าการละเมิดพันธกรณีข้ออื่นๆในความตกลงฉบับนี้หรือฉบับอื่นๆ ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อบทดังกล่าว<sup>350</sup> และในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้มีการบัญญัติรวมถึงการเวนคืนทางอ้อมและจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากรัฐภาคีจะทำการเวนคืนจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข 4 ประการ<sup>351</sup> นอกจากนี้ ความตกลงยังได้มีการขยายความเกี่ยวกับการเวนคืนไว้ด้วยในภาคผนวก B ท้ายความตกลงฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นประโยชน์ในการบังคับใช้และการตีความความตกลง

(d) upon payment of compensation in accordance with the requirements of this Article.”

<sup>350</sup>“Asean Comprehensive Investment Agreement ”.

### Article 11 Treatment of Investment

“1. Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, **fair and equitable treatment** and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) fair and equitable treatment requires each Member State **not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process**; and

3. A determination that there has been a **breach of another provision** of this Agreement, or of a separate international agreement, **does not establish that there has been a breach of this Article**”

<sup>351</sup> *ibid.*

### Article 14 Expropriation and Compensation

“1. A Member State shall not expropriate or nationalise a covered investment either directly or through measures 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...”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบพหุภาคีซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีสมาชิกมีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้มีการบัญญัติพันธกรณีของรัฐและสิทธิของนักลงทุนไว้อย่างชัดเจน ทั้งมีการขยายความไว้ในภาคผนวกท้ายความตกลงเพื่อประโยชน์ในการใช้บังคับความตกลงให้มีประสิทธิภาพ มีความโปร่งใส ชัดเจน และเป็นกำหนดขอบเขตในการตีความหรือดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการด้วย นอกจากนี้ ยังมีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่น่าสนใจซึ่งปัจจุบันซึ่งอยู่ระหว่างการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลง<sup>352</sup>โดยมีความความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปกับประเทศไทย (EU-Thailand Free Trade Agreement) และ ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership - RCEP)<sup>353</sup> ซึ่งหากการเจรจาประสบผลสำเร็จก็จะได้ทราบว่าการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนจะเป็นไปในรูปแบบใด

## 1.2 บริบทของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบพหุภาคี

ในการพิจารณาบริบทของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบพหุภาคีในฐานะที่ประเทศไทยเป็นผู้รับการลงทุนนั้น ผู้เขียนได้เข้าสัมภาษณ์นักลงทุนซึ่งเข้ามาลงทุนในประเทศไทยในธุรกิจด้านการศึกษา (ขอสงวนนาม) และที่ปรึกษานักลงทุนต่างชาติในธุรกิจเกี่ยวกับการเงินและหลักทรัพย์ (ขอสงวนนาม) นอกจากนี้ผู้เขียนได้เข้าสัมภาษณ์นักลงทุนไทยซึ่งได้เข้ามาลงทุนในประเทศอินโดนีเซียในธุรกิจด้านการเงินและการธนาคาร (ขอสงวนนาม) นอกจากนี้ผู้เขียนจะขอนำข้อมูลจากการสัมภาษณ์นักลงทุนไทยซึ่งได้เข้ามาลงทุนในประเทศเมียนมาร์ในธุรกิจเกี่ยวกับการแพทย์และสุขภาพ (ขอสงวนนาม) ในงานวิจัยมาประกอบเพิ่มเติม<sup>354</sup> จากการที่ผู้เขียนได้เข้าสัมภาษณ์นักลงทุนต่างชาติเกี่ยวกับประเด็นการเข้ามาทำการลงทุนในประเทศไทยหรือนักลงทุนไทยที่ไปทำการลงทุนยังต่างประเทศนั้น ผู้เขียนสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้<sup>355</sup>

<sup>352</sup> UNCTAD, "International Investment Agreements Navigator: Thailand," [Online] Accessed: 14 March 2020. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/207/thailand>

<sup>353</sup> Parties : 1. ASEAN (Association of South-East Asian Nations), 2. Australia, 3. China, 4. India, 5. Japan, 6. Korea, Republic of and, 7. New Zealand

<sup>354</sup> ธนกิจไพศาล, ร., "หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย: ศึกษากรณีกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์."

<sup>355</sup> สัมภาษณ์ นักลงทุนต่างชาติ (ภาคเอกชน), (กุมภาพันธ์ 2563).



**ประการแรก คือ ประเด็นทางด้านการเมือง** ในการดำเนินการลงทุนนอกจากผลกำไรเป็นสิ่งสำคัญแล้ว ความมั่นคงทางด้านการเมืองคือปัจจัยหลักที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง เนื่องจากการดำเนินการใดๆ ในทางการเมืองนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อทั้งในแง่บวกและแง่ลบต่อการลงทุน โดยผลกระทบที่เกิดจากการเมืองจะกระทบต่อการลงทุนอย่างรวดเร็วทันทีทันใด ดังนั้น หากว่าการเมืองมีความมั่นคงและมีเสถียรภาพย่อมเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีต่อการลงทุน

**ประการที่สอง คือ ประเด็นทางด้านเศรษฐกิจ** ในการดำเนินการลงทุนจะมีการทำวิจัยเกี่ยวกับตลาด ความต้องการ และกระแสของประชาชนในปัจจุบันว่ามีความต้องการในด้านใด ซึ่งทางภาคธุรกิจก็จะทำการปรับตัวเพื่อให้เข้ากับบริบทหรือความต้องการของผู้บริโภคมากที่สุด นอกจากนี้ จะพิจารณาว่า ณ ขณะนั้นสภาพเศรษฐกิจประเทศที่จะเข้าไปทำการลงทุนเป็นอย่างไร มีอัตราการแข่งขันสูงหรือไม่ สามารถเข้าไปทำตลาดได้หรือไม่ ประชาชนสามารถเข้าถึงกิจการของนักลงทุนที่จะเข้าไปดำเนินการลงทุนหรือไม่ นอกจากนี้ การเข้าไปลงทุนในตลาดของแต่ละประเทศ ประเทศใดสามารถทำกำไรให้กับองค์กรได้มากกว่า สำหรับนักลงทุนไทยที่เข้าไปลงทุนยังต่างประเทศ มีการศึกษาจุดเด่น จุดด้อยในภาคธุรกิจที่ดำเนินการอยู่แล้วเพื่อที่ว่า การเข้าไปลงทุนจะได้เข้าไปส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพและดึงดูดกลุ่มลูกค้าได้มากยิ่งขึ้น ซึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นข้อมูลเชิงลึกในทางภาคธุรกิจที่จะจัดทำขึ้นเมื่อมีการดำเนินธุรกิจ โดยประเด็นดังกล่าวเหล่านี้สอดคล้องกับการสัมภาษณ์นักลงทุนไทยด้านการแพทย์และสุขภาพในประเทศเมียนมาร์ในงานวิจัยที่ผู้เขียนอ้างอิงไปแล้ว แต่มีประเด็นที่น่าสนใจว่า นักลงทุนท่านดังกล่าวนี้ได้ศึกษาถึงดัชนีความง่ายในการเข้าไปทำธุรกิจด้วย (Ease of Doing Business Index)

**ประการที่สาม คือ ประเด็นทางด้านกฎหมาย** นักลงทุนให้ข้อมูลว่า อัตราการลดหย่อนภาษีในประเทศไทยเอื้อต่อการเข้ามาลงทุนและมีความชัดเจนในการดำเนินการ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน นักลงทุนท่านหนึ่งไม่ทราบว่าจะมีความตกลงที่ให้การคุ้มครองการลงทุนของตน ส่วนนักลงทุนอีกท่านกล่าวว่า ความตกลงระหว่างประเทศอาจจะเข้ามามีบทบาทในกรณีนี้นักลงทุนเกิดปัญหาหรือได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุน โดยหากเกิดกรณีพิพาทจะเข้าปรึกษากับรัฐผู้ส่งออกการลงทุนก่อน สำหรับนักลงทุนไทยที่เข้าไปลงทุนยังต่างประเทศ ได้พิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการลงทุนและกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์กับภาคธุรกิจของนักลงทุน ซึ่งหากว่านักลงทุนประสบปัญหาในการเข้าไปดำเนินธุรกิจก็จะขอความช่วยเหลือในการดำเนินการหรือการเจรจาจากรัฐบาลไทย ในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน นักลงทุนท่านให้ความเห็นว่า ณ ขณะเข้าไปลงทุนไม่ได้พิจารณาถึง

ส่วนนักลงทุนไทยที่เข้าไปทำการลงทุนในประเทศเมียนมาร์ได้ให้ข้อมูลว่า กฎหมายการลงทุนซึ่งเป็นกฎหมายภายในนั้นไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญในการเข้าไปขยายธุรกิจหรือทำการลงทุนในต่างประเทศ เนื่องด้วย ภาคธุรกิจจะมีเป้าหมายในการดำเนินธุรกิจหรือกลุ่มเป้าหมายของลูกค้าที่ชัดเจนว่าเป็นกลุ่มลูกค้ากลุ่มใด แม้ว่ากฎหมายการลงทุนซึ่งเป็นกฎหมายภายในให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนในประเทศมากกว่า แต่นักลงทุนท่านดังกล่าวไม่ได้มองว่าเป็นการเสียเปรียบหรือเป็นปัจจัยที่ทำให้ไม่เข้าไปดำเนินการลงทุนยังต่างประเทศดังเหตุผลที่ได้กล่าวไป

**ประการที่สี่ คือ ประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน** ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนได้สอบถามไปยังนักลงทุนว่า หากว่ารัฐผู้รับการลงทุน (ประเทศไทย) ใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน เช่น การเวนคืนพื้นที่ การสั่งปิดกิจการ นักลงทุนมีความคิดเห็นอย่างไร นักลงทุนทั้งสองท่านให้ข้อมูลว่า สิ่งที่นักลงทุนหรือภาคเอกชนคำนึงเป็นหลักคือผลกำไรอันเป็นเหตุผลทางธุรกิจ ดังนั้น นักลงทุนไม่ได้พิจารณาว่ารัฐจะมีอำนาจในการใช้สิทธิดังกล่าวตามกฎหมายมากน้อยเพียงใด แต่หากว่ารัฐจะใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนแม้ว่าจะเป็นการดำเนินการตามกฎหมายก็ตาม นักลงทุนต้องการให้รัฐเข้าทำการเจรจากับนักลงทุนก่อนถึงแนวทางในการแก้ไขหรือเยียวยาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับนักลงทุน ซึ่งนักลงทุนกล่าวว่าไม่ขอยกมีข้อพิพาทกับรัฐแต่อย่างใด เนื่องจาก มีขั้นตอนที่ยูกยากจึงต้องการเจรจากับรัฐ หรือใช้รูปแบบการเจรจาระหว่างรัฐผู้ส่งออกการลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน ส่วนนักลงทุนไทยที่ไปทำการลงทุนยังต่างประเทศให้ความเห็นว่าอยากให้มีความชัดเจนว่ารัฐจะมีสิทธิอย่างไรบ้างที่จะกระทำอันอาจจะกระทบต่อการลงทุน เนื่องจากภาคธุรกิจจะได้พิจารณาดำเนินการออกมาตรการภายในภาคธุรกิจไม่ว่าจะเป็นมาตรการระยะสั้น หรือมาตรการระยะยาว นอกจากนี้กฎหมายควรมีการบังคับใช้ที่ชัดเจนในประเด็นแนวทางหรือวิธีการเยียวยา ส่วนนักลงทุนไทยที่เข้าไปทำการลงทุนในประเทศเมียนมาร์ได้ให้ข้อมูลว่า มีผลน้อยมากต่อการตัดสินใจในการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ โดยนักลงทุนท่านดังกล่าวเห็นว่า หากว่าบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ชัดเจนมากจนเกินไปนั้น รัฐเองที่จะเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการที่นักลงทุนจะฟ้องร้อง แต่ทั้งนี้ ประเด็นดังกล่าวนี้นักลงทุนท่านดังกล่าวเห็นว่า เป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อนักลงทุนในภาคธุรกิจหรืออุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ เนื่องจากอาจจะมีความหมายเข้ามาควบคุมในนักลงทุนโดยตรง เช่น การปรับขึ้นหรือลดราคา

โดยสรุปแล้วในหัวข้อนี้ ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นถึงข้อพิจารณาในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลง

ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็น บริบทของประเทศไทยในฐานะผู้รับการลงทุนว่าในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศมีประเด็นหรือปัจจัยใดบ้างในการพิจารณาจัดทำความตกลงนโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทยเพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่านโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้นยังคงเป็นการเปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศเป็นหลัก แต่ก็มี การส่งเสริมและสนับสนุนให้นักลงทุนไทยเข้าไปลงทุนยังต่างประเทศด้วย นอกจากนี้ ได้นำเสนอให้เห็นถึงบริบทของนักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างชาติในการตัดสินใจเข้ามาทำการลงทุนในประเทศไทยและต่างประเทศ และมุมมองที่มีต่อความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อจะได้นำผลจากการวิเคราะห์ ข้อมูลในเชิงนโยบาย และบริบทของทั้งรัฐและนักลงทุนไปพิจารณาในหัวข้อต่อไป เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทดังกล่าว

## 2. แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย เพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

ตามที่ได้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้หลายรูปแบบ ซึ่งการบัญญัติในแต่ละรูปแบบนั้นก็สะท้อนให้เห็นถึงแนวนโยบายต่างๆ ของรัฐภาคีในการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังสามารถสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับการให้สิทธิแก่รัฐในการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งตามกรอบ IPFSD ได้ให้ข้อสังเกตในการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบว่ามีการส่งเสริมการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนมากน้อยเพียงใด

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้นำพัฒนาการของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยซึ่งผู้เขียนได้แสดงไว้เป็นตารางไว้แล้วในบทที่ 2 มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 เพื่อจะสะท้อนให้เห็นว่า ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่า

เทียมและข้อบกพร่องคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยได้สะท้อนให้เห็นถึงสิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศหรือไม่ ตามที่ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการพิจารณาไว้ภายใต้กรอบ IPFSD ซึ่งเมื่อได้ผลการวิเคราะห์นัยยะสำคัญดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนจะนำผลการวิเคราะห์ดังกล่าวมาพิจารณาร่วมกับบริบทของประเทศไทยในฐานะรัฐที่รับการลงทุนและบริบทนักลงทุนต่อข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและข้อบกพร่องคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 1 อันเป็นไปตามแนวทางในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD อันจะทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมบริบทของประเทศไทยในการบัญญัติข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบกพร่องคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนของประเทศไทยในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐได้

## 2.1 แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อ นำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้นำเสนอบทวิเคราะห์พัฒนาการของข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งผู้เขียนได้จำแนกไว้เป็นตารางในบทที่ 2 โดยผู้เขียนจะนำมาพิจารณาภายใต้กรอบ IPFSD ซึ่งได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางเลือกในการบัญญัติข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในแต่ละรูปแบบซึ่งได้มีการแสดงถึงนัยยะสำคัญในการบัญญัติข้อบกพร่องในแต่ละรูปแบบต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมไว้ ทั้งนี้ ก็เพื่อจะแสดงให้เห็นว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยในปัจจุบันนั้นได้สะท้อนให้เห็นหรือจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้หรือไม่ภายใต้กรอบ IPFSD ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนจะเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการบัญญัติข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างให้เข้ากับบริบทของประเทศไทยมากที่สุด โดยจะพิจารณาตามข้อพิจารณาซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1 ข้างต้นและผลจากการวิเคราะห์พัฒนาการความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของไทยภายใต้กรอบ IPFSD อันจะนำไปสู่การปฏิรูปข้อบกพร่องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมตามแนวทางของกรอบ IPFSD

### 2.1.1 บทวิเคราะห์พัฒนาการข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD

ตามที่คุณเขียนได้พิจารณาไปแล้วว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยกับรัฐภาคี **จำนวน 29 ฉบับ** ความตกลงฯ ได้บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD แล้วตรงกับ**รูปแบบที่ 1** ที่ว่า ข้อบทบัญญัติให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนอย่างเป็นทางการและเท่าเทียม ซึ่งกรอบ IPFSD ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่าเป็นการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนและการลงทุนอย่างสูงสุด แม้ว่าการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนั้นอาจจะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาทำการลงทุนได้อีกทางหนึ่ง แต่ทั้งนี้ การบัญญัติไว้ในรูปแบบดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหรือสิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบายหรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ยังเป็นการเพิ่มความเสี่ยงเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเรียกร้องจากนักลงทุนอย่างไม่มีข้อจำกัด

นอกจากนี้ ความตกลงฯ **จำนวน 3 ฉบับ** ได้มีการบัญญัติให้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD แล้วตรงกับ**รูปแบบที่ 2** ที่ว่า ข้อบทบัญญัติให้มาตรฐานของหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยมีการกล่าวอ้างถึงมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อผู้ลงทุนการลงทุนของต่างชาติภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Minimum standard of treatment/ Customary International law) ซึ่งกรอบ IPFSD ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่าเป็นการตั้งเพดานหรือขอบเขตในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้และเป็นการช่วยรักษาไว้ซึ่งความสามารถของรัฐในการดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่ การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการโดยพลการอย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้ เมื่อมีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศในข้อบทดังกล่าวก็อาจจะเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการใช้สิทธิหรืออำนาจต่างๆ ของรัฐ ทั้งนี้อาจจะก่อให้เกิดการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการได้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น

แต่ทั้งนี้ ความตกลงฯ จำนวน 5 ฉบับ ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ โดยในรูปแบบดังกล่าวนี้รวมไปถึงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยฉบับมาตรฐานด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD ของ UNCATD แล้วตรงกับรูปแบบที่ 3 ที่ว่า ข้อบทบัญญัติโดยสร้างความชัดให้กับหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมด้วยการระบุรายการหรือเงื่อนไขต่าง ๆ แบบปลายปิด กล่าวคือ พันธกรณีมีตามที่ระบุไว้ไม่มีรายการอื่นอีกแล้ว (Exhaustive List) ซึ่งกรอบ IPFSD ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่าเป็นการบัญญัติที่ทำให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือออกนโยบายอันอาจจะส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้ ภายใต้การไม่ละเมิดพันธกรณีที่ระบุไว้ นอกจากนี้ช่วยหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิดหรือการตีความที่กว้างเกินไปของคณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยส่วนใหญ่แล้วบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแบบไม่มีเงื่อนไขซึ่งอาจจะก่อให้เกิดการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อพิพาทได้ ทั้งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐได้ นอกจากนี้ อาจจะส่งผลต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐที่ไม่มีความชัดเจนซึ่งแม้ว่ารัฐจะกล่าวอ้างว่าเป็นสิทธิโดยแท้ที่รัฐมีอยู่ แต่ตามที่ผู้เขียนกล่าวไปว่า เมื่อไม่ได้บัญญัติไว้ในข้อบทอย่างชัดเจนอาจจะก่อให้เกิดการตีความไปในทิศทางที่ก่อให้เกิดความรับผิดกับรัฐได้ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ การพัฒนาอย่างยั่งยืนก็ไม้อาจจะเกิดขึ้นได้ ซึ่งในกรณีอันจะเห็นได้ชัดจากกรณีคดี *Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand* ซึ่งเป็นบทเรียนให้กับประเทศไทยซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายรายละเอียดในประเด็นแห่งคดีไปแล้วในบทที่ 2 ข้างต้น

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า ตามพัฒนาการของความตกลงฯ ที่ได้จัดทำในช่วงยุคหลังปี ค.ศ.2000 ความตกลงฯ ของประเทศไทยกับรัฐภาคี ได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ประเทศไทยรวมไปถึงรัฐภาคีได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของสิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุน ทั้งเป็นการกำหนดขอบเขตของสิทธิของนักลงทุนที่ยังคงมีอยู่ในการเรียกร้องต่อรัฐหรือเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้ ยังเป็นการสร้างความชัดเจนความโปร่งใสในการใช้สิทธิในการ

ควบคุมการลงทุนของรัฐที่นักลงทุนสามารถคาดการณ์หรือคาดหมายได้ว่า หากมีสถานการณ์หรือสภาวะการณ์บางอย่าง รัฐอาจจะใช้สิทธิในการควบคุมอันอาจจะเกิดผลกระทบได้ ซึ่งก็เป็นการก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนขึ้นได้ไม่มากนัก

### 2.1.2 แนวทางในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

ตามที่คุณเขียนไว้วิเคราะห์ไปในข้อ 2.2.1 ข้างต้นแล้วว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยจำนวน 36 ฉบับ ของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD โดยความตกลงส่วนใหญ่นั้นได้บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งกรอบ IPFSD ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่าเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนอย่างสูงสุด แม้ว่าการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวนั้นอาจจะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาทำการลงทุนได้อีกทางหนึ่ง แต่ทั้งนี้ การบัญญัติไว้ในรูปแบบดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหรือสิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบายหรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนั้นยังเป็นการเพิ่มความเสี่ยงเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเรียกร้องจากนักลงทุนอย่างไม่มีข้อจำกัด ยิ่งไปกว่านั้น หากเกิดข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการก็อาจจะใช้ดุลพินิจในการตีความข้อบทได้ซึ่งอาจจะเป็นการก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐอันเกิดมาจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐได้

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางในการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 2.1.1 บทที่ 3 จะเห็นได้ว่าการปฏิรูปความตกลงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของสภาวะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุนไม่ว่าจะเป็นระดับประเทศหรือระดับระหว่างประเทศซึ่งอาจจะคำนึงกระแสการเข้าไปทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา วิฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ และบริบททางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ การดำเนินการงาน

ของหน่วยงานผู้รับผิดชอบภายใน นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงสถานะแวดล้อม แนวนโยบาย ในทางด้านอื่นๆ ร่วมด้วย

โดยเมื่อพิจารณาถึงนโยบายในทางด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทย พบว่า ประเทศไทยมีแนวนโยบายเปิดการรับการลงทุนจากต่างประเทศให้สิทธิและประโยชน์แก่การลงทุน ไม่ว่าจะเป็สิทธิและประโยชน์ทางด้านกฎหมายภาษี กฎหมายคนเข้าเมือง กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดิน โดยไม่ได้มีการพิจารณาถึงประเด็นอำนาจหรือสิทธิในการควบคุมการลงทุนแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงบริบทของประเทศไทยในปัจจุบันได้เปลี่ยนสถานะจากการเป็นรัฐผู้รับการลงทุนเป็นรัฐผู้ส่งออกการลงทุนและมีแนวนโยบายในการส่งเสริมให้นักลงทุนไปลงทุนยังต่างประเทศมากขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น จากการสัมภาษณ์นักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างชาติจะเห็นได้ว่า นักลงทุนไม่ได้ให้ความสำคัญกับข้อบ่งชี้กล่าวหาภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมากเท่าที่ควรหรือจะให้ความสำคัญเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นเท่านั้น โดยมิได้เป็นปัจจัยในการดึงดูดให้เข้ามาลงทุนเท่ากับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิและประโยชน์

หากพิจารณาตามเหตุผลดังกล่าวเหล่านี้แล้ว หากว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยได้บัญญัติข้อบ่งชี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปในทิศทางที่บัญญัติข้อบ่งชี้โดยการกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนก็อาจจะไม่เป็นการสอดคล้องกับแนวนโยบายที่ต้องการเปิดรับและส่งเสริมการลงทุน การแปรเปลี่ยนของบริบทหรือสถานะของประเทศไทยที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนสู่การเป็นรัฐผู้ส่งออกการลงทุนอันอาจจะส่งผลต่อกระทบไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต่อนักลงทุนไทยที่ไปทำการลงทุนยังต่างประเทศได้ ดังนั้น หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการบัญญัติข้อบ่งชี้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบที่ไม่มีเงื่อนไขดังที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยจำนวน 29 ฉบับได้บัญญัติไว้ในรูปแบบดังกล่าว น่าจะเป็นการสอดคล้องกับเหตุผลดังกล่าว โดยอาจจะบัญญัติข้อบ่งชี้ไว้ในทำนองที่ว่า

“ Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment”



ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD การบัญญัติในรูปแบบดังกล่าว เป็นการบัญญัติข้อบทที่ให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศอย่างสูงสุด ซึ่งเป็นผลดีต่อนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย และในทางกลับกันก็เป็นผลดีต่อนักลงทุนไทยที่เข้าไปลงทุนยังต่างประเทศ อีกทั้งเป็นการสอดคล้องกับแนวนโยบายของประเทศไทยที่ยังคงเปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศและส่งเสริมให้นักลงทุนไทยไปทำการลงทุนยังต่างประเทศด้วย แต่ทั้งนี้ การบัญญัติข้อบทในรูปแบบที่ไม่มีเงื่อนไขอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหรือสิทธิของรัฐในการเข้าควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนได้ ไม่ว่าจะการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นการออกนโยบายหรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะก็อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดได้หากว่ากฎหมายหรือนโยบายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน ซึ่งท้ายที่สุดก็ต้องพิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะตีความข้อบทไปในทิศทางใด นอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความจากความไม่ชัดเจนแล้ว การบัญญัติข้อบทแบบไม่มีเงื่อนไขก็ยังคงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเรียกร้องจากนักลงทุนอย่างไม่มีขอบเขตอีกด้วย โดยการบัญญัติข้อบทในรูปแบบไม่มีเงื่อนไขจะเห็นได้จากบทเรียนของประเทศไทยในกรณีของคดี *Walter Bau v Thailand* หรือคดี *Oxus Gold v Uzbekistan* ที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 1.1.2.1 ซึ่งทั้งสองคดีประเทศผู้รับการลงทุนเป็นฝ่ายแพ้คดีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการบัญญัติข้อบทในรูปแบบที่ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไม่มีเงื่อนไขใดๆ

ดังนั้น อาจจะต้องพิจารณาต่อไปว่า การบัญญัติข้อบทในรูปแบบที่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไข ซึ่งสอดคล้องกับแนวนโยบายและบริบทของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น ควรจะมีแนวทางหรือการบัญญัติข้อบทใดๆ เข้ามาเพื่อเสริมหรือกำหนดกรอบในการใช้ข้อบทดังกล่าวหรือไม่ หรือจะต้องมีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้มีความชัดเจนภายใต้เงื่อนไขบางประการ เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบหรือก่อให้เกิดความรับผิดจากการใช้สิทธิหรืออำนาจในการที่จะเข้าควบคุมการดำเนินการลงทุนของรัฐได้ ทั้งจะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนขึ้นได้ในการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทย

ตามความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้มีความชัดเจนอาจจะเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของนักลงทุนในการเรียกร้องต่อประเทศผู้รับการลงทุน และประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของประเทศ

ผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนให้มีความชัดเจน ทั้งไม่ก่อให้เกิดการตีความโดยการใช้ดุลพินิจเกินไปกว่าข้อบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นปัจจัยที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้ โดยอาจจะมีแนวทางในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ดังนี้

“ 1. Each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment in accordance with fair and equitable treatment

2. The obligation to provide "fair and equitable treatment" as described below does not require treatment in addition to or beyond that which is required by this standard, and does not create additional substantive rights.

(a) The obligation to provide "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article

4. The Fair and Equitable clause does not preclude the contracting Party from adopting good faith regulatory or other measures that pursue legitimate policy objectives.”

จากแนวทางในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งผู้เขียนได้เสนอไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมมีการกำหนดพันธกรณีของประเทศผู้รับการลงทุนไว้โดยเฉพาะ โดยข้อบทมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ประเทศผู้รับการลงทุนมีพันธกรณีใดบ้างที่ต้องกระทำและหากกระทำการใดๆ อาจจะทำให้เกิดความรับผิดชอบได้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ นอกจากนั้น ข้อบทได้มีการกำหนดให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้ไว้อย่างชัดเจน โดยจะเห็นได้จากข้อความของข้อบทใน (4) ที่ว่า

“ 4. ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ไม่รวมถึงการใช้มาตรการหรือแนวนโยบายใดๆ ของรัฐคู่สัญญาที่เป็นไปด้วยความสุจริตหรือมีความชอบธรรม แม้ว่ามาตรการหรือแนวนโยบายดังกล่าวนั้นอาจจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน ”

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อความดังกล่าวอาจจะสะท้อนให้เห็นได้ว่า เมื่อข้อบทมีความชัดเจนว่าการใช้มาตรการหรือแนวนโยบายของประเทศผู้รับการลงทุนที่เป็นไปด้วยความสุจริต หรือมีความชอบธรรม แม้จะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิด ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ดังนั้น ปัญหาในการตีความโดยการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาข้อบทของคณะอนุญาโตตุลาการที่อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนต่างประเทศผ่านมาตรการหรือนโยบายต่างๆ ของประเทศผู้รับการลงทุนจะเกิดขึ้นน้อยลง เนื่องจาก ข้อบทได้มีการบัญญัติรายละเอียดหรือกำหนดขอบเขตให้มีความชัดเจนมากขึ้น แต่ทั้งนี้ การพิจารณาว่ามาตรการหรือแนวนโยบายที่จะต้องเป็นไปด้วยความสุจริตหรือชอบธรรมอาจจะต้องมีการพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่นๆ เช่น อารัมภบทของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

นอกจากข้อบทมีการกำหนดพันธกรณีต่างๆ และกำหนดประเด็นเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนผ่านการใช้มาตรการใดๆ ของรัฐที่จะต้องสุจริตหรือมีความชอบธรรมให้มีความชัดเจนมากขึ้นแล้ว ข้อบทยังได้มีการบัญญัติจำกัดสิทธิในการยกข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมขึ้นกล่าวอ้างของนักลงทุนเพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนรับผิดชอบได้ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งจะเห็นได้จากข้อความใน (3) ที่กำหนดไว้ว่า “ หากการกระทำใดๆ ที่เป็นความผิดตามข้อบทอื่นๆ ในความตกลงฉบับนี้หรือความตกลงฉบับอื่นๆ แล้ว จะไม่เป็นการละเมิดต่อข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงฉบับนี้ ” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการบัญญัติข้อบทในลักษณะดังกล่าวเป็นการจำกัดความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นได้และเป็นการช่วยลดความซ้ำซ้อนในการยกข้อบทขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้รัฐรับผิด โดยความตกลงฯ ที่มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในทำนองดังกล่าว เช่น Japan - Morocco BIT ปีค.ศ. 2020 หรือใน EU - Viet Nam Investment

Protection Agreement ปี ค.ศ. 2019 หรือใน Korea, Republic of - Myanmar BIT ปี ค.ศ. 2014 หรือใน Morocco - Viet Nam BIT ปี ค.ศ. 2012

หากนำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งผู้เขียนได้เสนอในข้างต้นมาพิจารณากับบทเรียนที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยคือ กรณีรัฐบาลไทยละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (Legitimate expectation) กรณีดอนเมืองโทลเวย์ ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปอย่างละเอียดแล้วในบทที่ 2 โดยในคดีดังกล่าวอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาตัดสินว่า ประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนละเมิดพันธกรณีข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศไทย ค.ศ. 2002 ข้อ 2(3)<sup>356</sup> จากกรณีที่ประเทศไทยปฏิเสธการขึ้นค่าทางด่วนให้กับโจทก์ตามหลักการบริหารจัดการจราจรทางถนน และการปิดท่าอากาศยานดอนเมืองในช่วงระยะเวลาหนึ่งทำให้โจทก์ไม่ได้รับผลกำไรตามที่โจทก์คาดหวังไว้ โดยโจทก์ย่อมมีความคาดหวังจากการได้รับผลกำไรจากการลงทุนซึ่งถือว่าเป็นความชอบธรรมตามกฎหมายที่โจทก์ควรจะได้รับแม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ระบุอย่างชัดแจ้งว่าโจทก์จะได้รับอัตราผลกำไรในอัตราเท่าใด ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า รูปแบบในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมตามข้อ 2 (3) ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศไทย ค.ศ. 2002 เป็นการบัญญัติไว้โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ

ตามที่ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นแล้วว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยที่ได้จัดทำขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นการบัญญัติในรูปแบบดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ก็ได้สะท้อนให้เห็นว่า การบัญญัติในรูปแบบดังกล่าวเป็นการบัญญัติข้อบทที่ให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศอย่างสูงสุดอันเป็นผลดีต่อนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยในการได้รับความคุ้มครองอย่างไม่มีขอบเขต และ

<sup>356</sup> "Bilateral Investment Treaty between Thailand and Germany."

#### Article 2 Admission, Protection and Treatment of Investments

"... (3) Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns **fair and equitable treatment** and full protection. ..."

ในทางกลับกันก็เป็นผลดีต่อนักลงทุนไทยที่เข้าไปลงทุนยังต่างประเทศ แต่ทั้งนี้ การบัญญัติข้อบทในรูปแบบที่ไม่มีเงื่อนไขอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหรือสิทธิของรัฐในการเข้าควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า จากคำตัดสินอนุญาโตตุลาการได้มีการตีความข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยพิจารณาไปถึงประเด็นความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่ควรจะได้รับจากการเข้ามาทำการลงทุนภายในประเทศไทย ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับได้ว่า หลักประกันความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่ควรจะได้รับจากการเข้ามาลงทุนเป็นหลักการที่มีการนำไปปรับใช้กันเป็นการทั่วไปในหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ทั้งนี้ หากว่าข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมได้มีการบัญญัติข้อจำกัดในการยกข้อบทขึ้นกล่าวอ้างในการให้ประเทศผู้รับการลงทุนรับผิดชอบภายใต้ข้อบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

โดยข้อจำกัดในการยกข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนรับผิดชอบนั้น ดังที่ผู้เขียนได้เสนอไปในข้างต้น คือ “ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ไม่รวมถึงการใช้มาตรการหรือแนวนโยบายใดๆ ของรัฐคู่สัญญา ซึ่งมาตรการหรือแนวนโยบายดังกล่าวนั้นอาจจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน แต่ทั้งนี้ มาตรการหรือแนวนโยบายต้องเป็นไปด้วยความสุจริตหรือมีความชอบธรรม ” เห็นได้ว่า แมว่ว่านักลงทุนจะยกข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนรับผิดชอบได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะการกระทำใดๆ ของประเทศผู้รับการลงทุนมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน แต่ทั้งนี้ ข้อบทได้มีการกำหนดเสมือนเป็นการให้โอกาสประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อพิสูจน์ให้ไม่ต้องรับผิดชอบจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนผ่านการใช้มาตรการใดๆ หรือแนวนโยบายต่างๆ ภายในประเทศที่เป็นไปด้วยความสุจริตหรือมีความชอบธรรม เมื่อพิจารณาจากกรณีบทเรียนที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยแล้วนั้น แม้ว่าการใช้มาตรการของประเทศไทยในช่วงเวลาดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนอันเป็นการละเมิดความคาดหวังที่จะได้รับผลกำไรอันชอบธรรมของนักลงทุนก็ตาม หากว่าประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนพิสูจน์ได้ว่าการกระทำใดๆ ของตนผ่านการใช้มาตรการต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนนั้น ได้กระทำไปด้วยความสุจริตหรือความชอบธรรม ประเทศไทยก็อาจจะไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับดังกล่าว

ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การบัญญัติข้อบทในแนวทางที่ให้สิทธิประเทศผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนอย่างชัดเจนเกินไปผ่านข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมจะมีความเหมาะสมกับสถานะของประเทศไทยในปัจจุบันหรือไม่ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่า ปัจจุบันประเทศไทยมีแนวนโยบายในการส่งเสริมให้นักลงทุนไปทำการลงทุนยังต่างประเทศมากขึ้น ดังนั้น การบัญญัติข้อบทที่ให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นรัฐภาคีสัญญาในการควบคุมการลงทุนของนักลงทุนไทยให้มีความชัดเจนอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักลงทุนไทยที่เข้าไปทำการลงทุนก็เป็นไป แต่หากพิจารณาแล้ว การบัญญัติข้อบทให้มีความชัดเจนก็อาจจะจะเป็นปัจจัยที่สำคัญกับนักลงทุนในการตัดสินใจเข้าไปทำการลงทุนในประเทศนั้นๆ ได้ เนื่องจาก นักลงทุนสามารถที่จะคาดการณ์ได้ว่า แนวนโยบายหรือการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนแต่ละประเทศนั้นเป็นอย่างไร

ในหัวข้อต่อไป ผู้เขียนจะได้อธิบายแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยจะวิเคราะห์พัฒนาการข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี ของประเทศไทยซึ่งผู้เขียนได้แสดงให้เห็นไปแล้วในบทที่ 2 มาวิเคราะห์ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD เพื่อแสดงให้เห็นว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของไทยในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนนั้นให้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศแก่ประเทศไทยมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้นำผลวิเคราะห์ดังกล่าวมาหาแนวทางในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยจะพิจารณาร่วมกับแนวทางของกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ที่ได้ให้แนวทางไว้อันจะต้องพิจารณาร่วมกับสภาพทางนโยบายทั้งในระดับในประเทศและระหว่างประเทศ รวมไปถึงบริบทของประเทศไทยและบริบทของนักลงทุนร่วมด้วย

**2.2 แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ**

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้นำเสนอบทวิเคราะห์พัฒนาการของข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนซึ่งผู้เขียนได้จำแนกไว้เป็นตารางในบทที่ 2 โดยผู้เขียนจะนำมาพิจารณาภายใต้กรอบ IPFSD ซึ่งได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางเลือกในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในแต่ละรูปแบบซึ่งได้มีการแสดงถึงนัยยะสำคัญในการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมไว้ ทั้งนี้ ก็เพื่อจะแสดงให้เห็นว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยในปัจจุบันได้สะท้อนให้เห็น หรือมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้หรือไม่ ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนจะเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศให้เข้ากับแนวนโยบายและบริบทของประเทศไทยมากที่สุด โดยในการหาแนวทางที่เหมาะสมดังกล่าว ผู้เขียนจะพิจารณาตามข้อพิจารณาซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1 ข้างต้น และผลจากการวิเคราะห์พัฒนาการความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของไทยภายใต้ข้อพิจารณาที่สะท้อนให้เห็นถึงประเด็นการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD

เมื่อพิจารณาถึง “การเวนคืนกิจการ” เห็นได้ชัดว่า เป็นการกระทำใดๆ ของประเทศผู้รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการทางนโยบายหรือการดำเนินการในทางปฏิบัติซึ่งมีผลกระทบไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต่อการลงทุนของนักลงทุนซึ่งจะเห็นผลกระทบที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจน ดังนั้น ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ย่อมเป็นข้อบทที่สามารถแสดงให้เห็นถึงสิทธิในการที่ประเทศผู้รับการลงทุนจะเข้าควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้อย่างเห็นภาพมากที่สุด เนื่องจาก ตามที่ทราบกันดีว่า ภายในอาณาเขตของรัฐ รัฐก็ย่อมมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการดำเนินการหรือกระทำการใดๆ ได้อย่างเด็ดขาด ดังนั้น การดำเนินการเวนคืนกิจการของประเทศผู้รับการลงทุนที่กระทำต่อการลงทุนต่างประเทศก็ย่อมเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของรัฐที่จะกระทำได้ภายในอาณาเขตของตน แต่หากเป็นเช่นนั้นอาจจะไม่เป็นการส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาทำการลงทุนได้ เนื่องจาก การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนย่อมมีผลกระทบต่อการลงทุนอยู่แล้ว ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างบรรยากาศที่ดีอันเป็นการเอื้อต่อการส่งเสริมการลงทุนและดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนไปพร้อมกับการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน (การใช้สิทธิในการเวนคืนกิจการ) ประเทศผู้รับการลงทุนจึงควรมีการสร้าง ความชัดเจนเกี่ยวกับ

หลักการในการใช้อำนาจการเวนคืนดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่จะมีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้ โดยกำหนดให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนทำการเวนคืนภายใต้เงื่อนไขบางประการ

ทั้งนี้ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็ได้มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้หลายรูปแบบซึ่งแต่ละรูปแบบจะสะท้อนให้เห็นถึงความชัดเจนในการใช้สิทธิในการทำการเวนคืนของประเทศผู้รับการลงทุน โดยในกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้นัยยะสำคัญบางประการในการพิจารณาข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในแต่ละรูปแบบไว้ว่าสะท้อนให้เห็นการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ในระดับใด ดังนั้น ผู้เขียนจะได้นำพัฒนาการของข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีมาวิเคราะห์ภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นว่า ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงของไทยมุ่งสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การส่งเสริมให้รัฐใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนอยู่ในระดับใดและควรมีการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการลงทุนของไทยที่ทำขึ้นแล้วหรือที่จะจัดทำขึ้นในอนาคตหรือไม่อย่างไร

### 2.2.1 บทวิเคราะห์พัฒนาการข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD

ตามที่คุณเขียนได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยซึ่งได้ทำกับต่างประเทศนั้นได้มีพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทต่างๆ ภายในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้มีการบัญญัติไว้ในความตกลงว่าด้วยการลงทุนในทุกฉบับ โดยจากการพิจารณาปรากฏว่า ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยได้จัดทำขึ้นกับต่างประเทศ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนทุกฉบับได้มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไปในรูปแบบเดียวกัน คือ รูปแบบของข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยรวมถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย และมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขหลักๆ 4 ประการ คือ (1) กระทบไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (2)



กระทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ (3) กระทำไปตามหลักศุนนิติกระบวน และ (4) มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถกระทำการเวนคืน หรือกระทำการหรือออกมาตรการใดๆ ที่มีผลเสมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนนอกจากนั้น ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในบางฉบับยังได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยกรณีที่มีการเวนคืนด้วย ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีแต่ละฉบับก็จะมีการบัญญัติถ้อยที่แตกต่างกันออกไป แต่ทั้งนี้ ถ้อยคำในการบัญญัติก็มีความหมายหรือนัยยะสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน คือ มาตรการหรือการกระทำใดที่มีผลเหมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนได้อธิบายไปอย่างละเอียดแล้วในบทที่ 2

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความ ตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยตามกรอบ IPFSD ของ UNCATD แล้วพบว่าการบัญญัติข้อบทมีความสอดคล้องกับรูปแบบที่ 1 คือ ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนบัญญัติให้การเวนคืนต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขบางประการ และในรูปแบบที่ 2 ที่ว่า ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้บัญญัติกรณีการเวนคืนโดยรวมถึงกรณีการเวนคืนทางอ้อมไว้อย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้ ในข้อบทที่มีการบัญญัติรวมถึงกรณีการเวนคืนทางอ้อมไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตอย่างชัดเจนในการพิจารณาการกระทำหรือมาตรการใดบ้างที่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนวทางในการนำประเด็นดังกล่าวมาปรับใช้ต่อไป นอกจากนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของไทย ในรูปแบบที่ 4 ในประเด็นของการพิจารณาในเรื่องการจ่ายค่าชดเชยในกรณีที่ประเทศผู้ทำการเวนคืน

โดยเมื่อพิจารณาตามข้อสังเกตที่กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ เห็นได้ว่าการบัญญัติข้อบทให้สิทธิรัฐในการกระทำการเวนคืนโดยจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์บางประการนั้น มิได้หมายความว่า เป็นการให้สิทธิรัฐในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยการเวนคืนทรัพย์สินต่างๆ ของนักลงทุนเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่เป็นการบัญญัติข้อบทที่ยังเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ข้อบทได้มีการคุ้มครองนักลงทุนจากการกระทำการเวนคืนตามอำเภอใจเลือกปฏิบัติ ไม่เป็นไปตามหลักศุนนิติกระบวนหรือการเวนคืนที่ปราศจากการชดเชยค่าเสียหายด้วย

ซึ่งจะเห็นได้ชัดว่า ในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ประเทศผู้รับการลงทุนได้นั้นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขบางประการเท่านั้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยทุกฉบับ ได้กำหนดให้สิทธิแก่รัฐในการกระทำการเวนคืนหรือออกมาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบเสมือนหรือเทียบเท่าการเวนคืนได้ โดยที่การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ พร้อมทั้งได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชย อันสะท้อนให้เห็นว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยกับรัฐภาคีมุ่งเน้นสร้างความชัดเจนในประเด็นเรื่องดังกล่าวมาตั้งแต่ต้น ซึ่งเป็นการส่งเสริมการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนโดยการเวนคืนภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ ทั้งเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนซึ่งสิทธิของนักลงทุนที่ได้รับผลกระทบในอันที่จะได้รับการเยียวยาเป็นค่าชดเชยจากรัฐผู้กระทำการเวนคืนด้วย โดยจะเห็นได้ว่า ในประเด็นดังกล่าวนี้ ไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาให้กับประเทศไทยหรือรัฐภาคี แต่ล่าสุดได้มีกรณีเกิดขึ้นจากการออกคำสั่งของรัฐบาลไทยในการแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำโดยได้มีการปิดการดำเนินการดังกล่าวของผู้ลงทุนซึ่งปัจจุบันยังไม่มีได้มีคำตัดสินออกมา แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในหัวข้อต่อไป ทั้งจะเสนอแนะการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนให้มีความละเอียดมากยิ่งขึ้นในบทที่ 5 ต่อไป เพื่อที่ว่าก่อให้เกิดความชัดเจนไม่ก่อให้เกิดการตีความที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐให้ได้มากที่สุดซึ่งเป้าหมายสุดท้ายก็เพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน

## 2.2.2 แนวทางในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

ตามที่คุณเขียนได้วิเคราะห์ไปในข้อ 1 ของบทนี้แล้วว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยจำนวน 36 ฉบับของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD โดยความตกลงว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยทุกฉบับนั้นจะบัญญัติข้อบทไปในแนวทางที่กำหนดให้พิจารณาถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย และมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการกระทำการเวนคืนหรือออกมาตรการใดๆ ที่มีผลเสมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืน นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยกรณีที่มีการเวนคืน ซึ่งในความ

ตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีแต่ละฉบับก็จะมี การบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป แต่ทั้งนี้ ถ้อยคำดังกล่าวเหล่านั้นก็มีความหมายหรือนัยยะสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน คือ มาตรการหรือการกระทำใดที่มีผลเหมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง

เมื่อพิจารณาการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD สามารถสะท้อนให้เห็นว่า การที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยทุกฉบับได้มีการบัญญัติให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนกระทำการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการก็ได้หมายความว่า ประเทศไทยและประเทศภาคีสัญญาต้องการบัญญัติเพื่อให้สิทธิรัฐในการควบคุมการลงทุนต่างประเทศโดยการเวนคืนทรัพย์สินต่างๆ เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ประเทศไทยและประเทศภาคีสัญญาได้มีการให้ความสำคัญในการที่จะต้องการคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่มีการเวนคืนตามอำเภอใจหรือการเวนคืนที่ปราศจากการชดเชยค่าเสียหายด้วย แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยได้จัดทำขึ้นจะได้มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยมีการบัญญัติรวมถึงกรณีการเวนคืนทางอ้อมไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตหรือรายละเอียดอย่างชัดเจนที่ใช้ในการพิจารณาว่า “การกระทำหรือมาตรการใดๆ ที่ถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม” โดยในประเด็นดังกล่าวนี้อาจจะก่อให้เกิดการตีความขึ้นในอนาคตหากว่า ประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนได้ใช้สิทธิเพื่อควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไปในการทำงานที่อาจจะถูกคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตีความการกระทำหรือมาตรการใดๆ เป็นการเวนคืนได้ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศให้แก่ประเทศไทยได้

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงแนวทางในการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 2.1.1 บทที่ 3 จะเห็นได้ว่า การปฏิรูปความตกลงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของสภาวะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุนไม่ว่าจะเป็นระดับประเทศหรือระดับระหว่างประเทศซึ่งอาจจะมีกระแสการเข้าไปทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น ความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ และบริบททางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ

การดำเนินการงานของหน่วยงานผู้รับผิดชอบภายใน นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงสถานะแวดล้อม  
 แนวนโยบายในทางด้านอื่นๆ ร่วมด้วย โดยเมื่อพิจารณาถึงนโยบายในทางการลงทุนระหว่าง  
 ประเทศของประเทศไทยนั้นซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไปในหัวข้อ 1.1.2 ของบทนี้ ประเทศไทยมีแนวนโยบาย  
 เปิดการรับการลงทุนจากต่างประเทศให้สิทธิและประโยชน์แก่การลงทุนไม่ว่าจะเป็นสิทธิและ  
 ประโยชน์ทางด้านกฎหมายภาษี กฎหมายคนเข้าเมือง กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดิน โดยไม่ได้มี  
 การพิจารณาถึงประเด็นอำนาจหรือสิทธิในการควบคุมการลงทุนแต่อย่างใด

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงบริบทของประเทศไทยในปัจจุบันได้เปลี่ยนสถานะจากการเป็น  
 รัฐผู้รับการลงทุนเป็นรัฐผู้ส่งออกการลงทุนและมีแนวนโยบายในการส่งเสริมให้นักลงทุนไปลงทุนยัง  
 ต่างประเทศมากขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น จากการสัมภาษณ์นักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างชาติจะเห็นได้ว่า  
 นักลงทุนไม่ได้ให้ความสำคัญกับข้อบ่งชี้ดังกล่าวภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน  
 มากเท่าที่ควร หรือจะให้ความสำคัญเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นเท่านั้น โดยมีได้เป็นปัจจัยในการดึงดูดให้เข้า  
 มาลงทุนเท่ากับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิและประโยชน์

โดยในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยได้จัดทำขึ้น  
 แล้ว หรือที่กำลังจะจัดทำขึ้นในอนาคต อาจจะมีการปฏิรูปข้อบ่งชี้หรือการบัญญัติข้อบ่งชี้คุ้มครอง  
 จากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้รูปแบบของภาคผนวกของข้อบ่งชี้ซึ่งเป็นการขยายความของข้อ  
 บ่งชี้อันอาจจะใช้เป็นแนวทางในการตีความข้อบ่งชี้คุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนของ  
 คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังนี้

#### “Annex ..... Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

“ 1 .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.

2. Article ..... (Expropriation and Compensation) addresses two situations. The first is direct expropriation, in which an investment is directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

3. The second situation addressed by Article ..... (Expropriation and Compensation) is indirect expropriation, in which an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or a 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 a 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.

(b) 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.”

จากตัวอย่างภาคผนวกที่ผู้เขียนได้เสนอเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิรูปข้อบทในความตกลงที่มีอยู่เดิมหรือการบัญญัติข้อบทในความตกลงที่จะจัดทำขึ้นในอนาคตจะเห็นได้ว่า ภาคผนวกในส่วนของประเด็นการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้มีการอธิบายคำว่า “การเวนคืน” ไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดว่า “การกระทำใดๆ ของรัฐภาคีจะถือว่าเป็นการเวนคืนต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวนี้มีผลกระทบต่อสิทธิในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุน” นอกจากนี้ ข้อบทได้มีการแสดงให้เห็นถึงความชัดเจนระหว่างการเวนทางตรงหรือ

การเวนคืนทางอ้อม ซึ่งตามข้อ 2 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเวนคืนทางตรงว่า “การเวนคืนทางตรงเป็นกรณีที่มีการลงทุนถูกเวนคืนหรือถูกยึดอย่างเป็นทางการจะลักษณะหรืออย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม” และในข้อ 3 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อมว่า “การเวนคืนทางอ้อมเป็นกรณีการกระทำใดๆ ที่มีผลเทียบเท่าการเวนคืนทางตรง แต่ทั้งนี้ การลงทุนจะไม่ถูกเวนคืนหรือถูกยึดอย่างเป็นทางการจะลักษณะหรืออย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม” ดังนั้น ในประเด็นจะเห็นได้ว่า ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้มีการบัญญัติภาคผนวกขยายความข้อบทไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำใดๆ ของรัฐอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจะถูกพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางตรง แต่การกระทำใดๆ ที่มีได้กระทำอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมแต่มีผลเทียบเท่าการเวนคืนทางตรงจะถูกพิจารณาว่า เป็นการเวนคืนทางอ้อม

ในประเด็นการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมนั้น นอกจากจะมีการบัญญัติข้อพิจารณาว่าการกระทำใดๆ ที่มีได้กระทำอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมแต่มีผลเทียบเท่าการเวนคืนทางตรงแล้ว ก็ยังมีการบัญญัติปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาไว้อย่างชัดเจนโดยในข้อ 3 (a) ได้มีการบัญญัติว่า

“การพิจารณาว่าการกระทำใดๆ ของรัฐภาคีที่เกิดขึ้นอันอาจจะเป็นการเวนคืนทางอ้อมนั้น ให้พิจารณาเป็นรายกรณีไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับปัจจัย ดังนี้

- (1) การกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนก่อให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจในวงกว้าง และ
- (2) การกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นการละเมิดต่อความคาดหวังในการเข้ามาทำการลงทุนที่มีความชัดเจนและความสมเหตุสมผล และ
- (3) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาล”

เมื่อพิจารณาแล้ว หากว่าได้มีการกำหนดรายละเอียดในการพิจารณาว่า การกระทำใดบ้างที่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมเป็นประโยชน์ต่อการตีความและปรับใช้ของ คณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนในการที่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่ามาตรการหรือการกระทำใดบ้างของประเทศผู้รับการลงทุนที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมอันทำให้นักลงทุนสามารถเรียกร้องให้ประเทศผู้รับการลงทุนรับผิดชอบได้ นอกจากนี้ ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อประเทศผู้รับการลงทุนในการป้องกันการกระทำหรือการใช้มาตรการต่างๆ ที่อาจจะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความรับผิดชอบได้

สำหรับในประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนจะเห็นได้ชัดเจนในข้อ 3 (b) ที่อาจจะถือได้ว่าเป็นการบัญญัติให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งข้อ 3 (b) ได้บัญญัติว่า “เว้นแต่ ในสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นได้ยาก หรือการดำเนินการตามกฎหมายที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยรัฐภาคีที่ถูกกำหนดและถูกปรับใช้เพื่อคุ้มครองวัตถุประสงค์อันชอบธรรมในด้านสาธารณสุข โภค เช่น สุขอนามัย ความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อม การดำเนินการดังกล่าวนี้ไม่ถือได้ว่าเป็นการเวนคืน” ดังนั้น จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าในข้อ 3 (b) ได้บัญญัติในประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนอย่างชัดเจน โดยเป็นการกำหนดเพื่อเป็นการป้องกันการก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุน แม้ว่ามาตรการหรือการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนที่เกิดขึ้นจะมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจ ละเมิดความคาดหวังของนักลงทุนและเป็นการกระทำโดยรัฐบาลอันอาจจะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ นอกจากนี้ การบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวก็ยังเป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้อีกด้วยตามเป้าประสงค์ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม

ดังนั้น หากพิจารณาตามเหตุผลดังกล่าวเหล่านี้แล้วจะเห็นได้ว่า ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยทุกฉบับได้มีกำหนดให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนในฐานะรัฐภาคีสามารถทำการเวนคืนได้หรือออกมาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบเสมือนหรือเทียบเท่าการเวนคืนได้อันถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม โดยที่การกระทำดังกล่าวนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ พร้อมทั้งได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชย อันสะท้อนให้เห็นว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยกับรัฐภาคีมุ่งเน้นสร้างความชัดเจนในประเด็นการใช้สิทธิแก่รัฐภาคีในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศโดยการเวนคืนกิจการภายใต้เงื่อนไขบางประการมาตั้งแต่ต้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการส่งเสริมการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนโดยการเวนคืนภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ ทั้งเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนซึ่งสิทธิของนักลงทุนที่ได้รับผลกระทบในอันที่จะได้รับการเยียวยาเป็นค่าชดเชยจากรัฐผู้ทำการเวนคืนด้วย

หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในรูปแบบดังกล่าวไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาให้กับประเทศไทยหรือรัฐภาคีตามที่ได้เขียนได้กล่าวไปแล้วในข้อ 1 ของบทนี้ ท้ายที่สุด การบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีของประเทศไทยของประเทศไทยย่อมเป็นการสอดคล้องต่อแนวนโยบายบริบทของประเทศไทยทั้งในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ส่งออกการลงทุน และบริบทของนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนไทยแล้ว ทั้งจะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อันจะเห็นได้จากในคดี Phillip Morris v. Oriental Republic of Uruguay ที่อนุญาโตตุลาการได้ตีความข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยรวมถึงการเวนคืนทางอ้อมไว้ ด้วยการตีความข้อบทขยายไปถึงประเด็นการใช้อำนาจของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ (Police power) อันเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 2 ข้อ 1.2.2.2

ทั้งนี้ แม้ว่าการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศทุกฉบับได้ให้สิทธิรัฐภาคีในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิทำการเวนคืนกิจการได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม แต่ก็จะต้องดำเนินการภายใต้เงื่อนไขบางประการที่กำหนดไว้ อันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หากพิจารณาถึงประเด็นการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลเกี่ยวกับสุขอนามัย หรือสิ่งแวดล้อม ที่ถือได้ว่าเป็นอำนาจโดยแท้ของรัฐในการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการหรือออกมาตรการใดๆ อันอาจจะกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทขึ้นอาจจะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการเวนคืนอันอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดแก่รัฐได้ เนื่องจาก ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไม่ได้กำหนดในประเด็นเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งหากประเทศผู้รับการลงทุนในฐานะที่เป็นรัฐภาคีของความตกลงมีความจำเป็นจะต้องดำเนินการหรือออกมาตรการใดๆ ก็จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงฉบับนั้นๆ จึงจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศหรือท้ายที่สุดรัฐอาจจะไม่มีความรับผิดจากการตีความของ คณะอนุญาโตตุลาการตามที่ได้เขียนได้ยกตัวอย่างไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากเป็นเช่นนั้นแล้วจะไม่มีความแน่นอนทั้งในเรื่องการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐได้อันเป็นการยากหรือเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งในการที่ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประเทศผู้รับการ



ลงทุนในฐานะรัฐภาคีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้โดยปราศจากความรับผิดและเงื่อนไขต่างๆ อันเป็นภาระให้แก่ประเทศผู้รับการลงทุน จึงควรมีการบัญญัติข้อบทหรือกำหนดเป็นภาคผนวกตามที่ผู้เขียนได้เสนอไปในข้อ 3 (b) ที่ระบุชัดเจนว่า ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน

สำหรับในกรณีประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของประเทศไทย จากการที่พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 79/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2559 เนื่องจาก มีการร้องเรียนและคัดค้านการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ด้วยเหตุที่ว่า การประกอบกิจการดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน โดยเฉพาะปัญหาความขัดแย้งของประชาชนในพื้นที่โครงการทำเหมืองแร่ทองคำหลายแห่งซึ่งยังต้องรอการตรวจสอบ วิเคราะห์ และวินิจฉัยในข้อเท็จจริงและปัญหา รัฐบาลจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันและระงับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของชุมชนรวมทั้งกำหนดมาตรการในการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยรวมทั้งส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ ซึ่งจากคำสั่งดังกล่าวนี้ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองของบริษัทคิงส์เกต คอนโซลิเต็ด จำกัด บริษัทสัญชาติออสเตรเลีย และปัจจุบันอยู่ในระหว่างกระบวนการการระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการ

หากพิจารณาตามข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว การกระทำของรัฐบาลไทยก็อาจจะเป็นการละเมิดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้สนธิสัญญาเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement) ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 นอกจากนั้น แม้ว่าในคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวนี้ได้ระบุว่าการออกคำสั่งได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่ได้กระทำการเวนคืนโดยการเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนแต่อย่างใด ทั้งนี้ ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียยังได้ระบุอีกว่า รัฐผู้กระทำการเวนคืนนั้นจะต้องทำการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่นักลงทุนอย่างทันท่วงที เพียงพอและมีประสิทธิภาพด้วย แต่ทั้งนี้ ตามที่ปรากฏ

บริษัทคิงส์เกตฯ ได้มีการเจรจาและปรึกษาหารือกับรัฐบาลไทยเพื่อหาทางออกให้กับปัญหาดังกล่าว แต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถหาทางออกให้กับปัญหาดังกล่าวได้ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะพิจารณาได้ว่า ประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนละเมิดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้ หรือหากเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวของรัฐบาลไทยเป็นการใช้ Police power อันทำให้ประเทศไทยไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจในการตีความข้อบทของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่มีความแน่นอนและชัดเจน ดังนั้น หากว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับดังกล่าวซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีได้มีการบัญญัติข้อบทหรือมีการกำหนดในภาคผนวกของความตกลงตามข้อ 3 (b) ที่ผู้เขียนได้เสนอไปแล้วนั้น ประกอบกับการพิสูจน์ยืนยันตามพยานหลักฐานว่า การดำเนินกิจการเหมืองแร่ทองคำก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณสุขจริง ไม่ว่าจะในทางสุขอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม ก็อาจจะเป็นการชัดเจนยิ่งขึ้นว่า มาตรการดังกล่าวของประเทศไทยที่เป็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนและไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่ประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนได้

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า แนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปหรือการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศไทย อาจจะเป็นการบัญญัติข้อบทให้ความมีความชัดเจนตามแนวทางที่ผู้เขียนได้เสนอไปข้างต้น แม้ว่าบริบทของประเทศไทยรวมถึงนโยบายของประเทศไทยที่ส่งเสริมให้นักลงทุนไทยไปทำการลงทุนยังต่างประเทศก็ตาม แต่ประเทศไทยก็ยังคงเป็นประเทศผู้รับการลงทุนเป็นหลัก ดังนั้น ในประเด็นเรื่องการปกป้องหรือป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการเข้ามาดำเนินการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคมหรือสิ่งแวดล้อมจึงควรมีความชัดเจน นอกจากนี้ ยังเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาทำการลงทุนในประเทศไทยด้วย หรือแม้กระทั่งในกรณีของนักลงทุนไทยที่ไปทำการลงทุนยังต่างประเทศ เนื่องจาก นักลงทุนก็สามารถที่จะคาดการณ์ได้ว่าการลงทุนของตนอาจจะได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือการใช้มาตรการใดๆ ของรัฐในการควบคุมการลงทุน ประเด็นที่สำคัญท้ายที่สุด คือ การปฏิรูปหรือการบัญญัติข้อบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนดังกล่าวนั้นจะเป็นผลสำเร็จได้ปัจจัยที่สำคัญที่สุดคือ การเจรจาต่อรองระหว่างรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายว่าจะมีนโยบายไปในทิศทางใด

## บทที่ 5

### ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้ผู้เขียนจะสรุปเนื้อหาทั้งหมดของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยผู้เขียนจะสรุปให้เห็นถึงรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และปัญหาในข้อบทดังกล่าว อันเกิดจากการปรับใช้หรือการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการทั้งในกรณีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ และในประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อจะแสดงให้เห็นว่าการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบมีปัญหาในการปรับใช้หรือการตีความเกิดขึ้นหรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปรับใช้หรือการตีความข้อบทที่ไม่มี ความชัดเจนซึ่งอาจจะกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนได้และ อาจจะเป็นอุปสรรคที่ไม่สามารถทำให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

เมื่อทราบถึงปัญหาของข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครอง จากการโอนกิจการหรือการเวนคืนแล้ว ผู้เขียนจะสรุปประเด็นเกี่ยวกับความสำคัญและความสัมพันธ์ ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนกับข้อบทการปฏิบัติ ที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่า หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุน และข้อบทการปฏิบัติที่เป็น ธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนมีความสำคัญและ ความสัมพันธ์กันอย่างไร นอกจากนี้ ผู้เขียนจะได้สรุปให้เห็นถึงแนวทางในการปฏิรูปข้อบทการ ปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนภายใต้ตราสาร ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรอบ IPFSD ของ UNCTAD ที่ได้ให้แนวทางไว้แก่รัฐในการ ปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งผู้เขียนได้นำมา เป็นกรอบแนวทางในการปฏิรูปข้อบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่ง ประเทศไทยเป็นรัฐภาคี

ท้ายที่สุดผู้เขียนจะสรุปให้เห็นถึงการนำแนวทางที่ได้ให้ไว้ในกรอบ IPFSD ของ UNCTAD มาปรับใช้กับบริบทของประเทศไทย โดยผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงบทวิเคราะห์จากแนวนโยบายด้าน การลงทุนของประเทศไทย ข้อมูลจากเอกสารและการสัมภาษณ์บุคคลที่มีบทบาทภายใต้ความตกลง ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของไทย ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือภาคเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุน

รวมถึงแนวโน้มในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนของไทยในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงการตอบโจทย์ของสมมติฐานที่ผู้เขียนได้แสดงไว้ว่า ประเทศไทยได้ทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี (BITs) ซึ่งได้กำหนดให้รัฐต้องให้การคุ้มครองนักลงทุนโดยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน แต่ทั้งนี้ในทางปฏิบัติได้มีการตีความข้อบทในเรื่องดังกล่าวอย่างกว้างขวางทำให้มีผลกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุม (Right to regulate) การลงทุนภายในประเทศที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนจึงควรมีการปฏิรูปข้อบทในเรื่องดังกล่าวตามกรอบ IPFSD ของ UNCTAD โดยการกำหนดขอบเขตในการใช้บังคับของบทบัญญัติให้มีความชัดเจน นอกจากนี้ ผู้เขียนได้จัดทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับข้อสังเกตบางประการในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนตามแนวทางที่เหมาะสม รวมถึงแนวทางอื่นๆ ในการปฏิรูปข้อบทดังกล่าวเพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาต่อไป

## 1. ข้อเสนอ

แม้ว่าภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะได้มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนแล้วก็ตาม แต่หากมีการบัญญัติข้อบทกว้างเกินไปหรือแคบเกินไปอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้และตีความในทางปฏิบัติขึ้นได้ซึ่งอาจจะกระทบต่อการใช้สิทธิของรัฐในการควบคุม (Right to regulate) การลงทุนจากต่างประเทศภายในอาณาเขตของตนได้ ยิ่งไปกว่านั้น อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐที่รับการลงทุนได้อันมีมูลเหตุมาจากการละเมิดข้อบทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและเมื่อพิจารณาในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีและแบบพหุภาคีของไทยก็ได้มีการบัญญัติข้อบทดังกล่าวไว้ในหลายรูปแบบ โดยการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบได้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในการปรับใช้หรือการตีความจากแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ผู้เขียนจึงศึกษาปัญหาดังกล่าวเพื่อนำมาเป็นข้อพิจารณาร่วมกับแนวทางที่กำหนดไว้ในกรอบ IPFSD ของ UNCTAD เพื่อมาวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการปฏิรูปความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยเพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐ หากสามารถทำได้ภายใต้กรอบนโยบายดังกล่าว

## 1.1 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้หลายรูปแบบซึ่งในแต่ละรูปแบบได้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในการปรับใช้หรือการตีความจากแนวคำตัดสินหรือคำพิพากษาของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยการปรับใช้หรือการตีความข้อบทในแต่ละรูปแบบอาจจะมีผลกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนได้ โดยผู้เขียนได้สรุปรูปแบบในการบัญญัติข้อบทดังกล่าวในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวีภาคีซึ่งไทยเป็นรัฐภาคีจำนวน 36 ฉบับของไทยด้วยพร้อมทั้งแนวคำตัดสินและประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยอันเกี่ยวกับข้อบทดังกล่าว ก็เพื่อนำข้อมูลดังกล่าวไปวิเคราะห์ภายใต้แนวทางที่กำหนดไว้ในกรอบ IPFSD ของ UNCTAD โดยมีประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

### 1.1.1 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นข้อบทที่ใช้เป็นฐานในการเรียกร้องสิทธิต่างๆ ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยเป็นข้อบทที่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนจากการใช้อำนาจบางประการของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ การเลือกปฏิบัติ หรือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมมีการบัญญัติไว้อย่างคลุมเครือหรือกว้างขวางเกินไปก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความหรือการใช้งบบังคับได้ โดยภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและปัญหาในการปรับใช้หรือการตีความข้อบท ดังนี้

#### รูปแบบที่ 1 ความตกลงที่ให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไข

ในรูปแบบที่ 1 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในทำนองที่ว่า “All investments made by investors of one Contracting Party shall enjoy a fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party” ซึ่งความตกลงฯ ที่ได้มีการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าว อาทิ Belgium-Luxembourg Economic Union (BLEU) - Tajikistan BIT, Indonesia Model BIT, United Kingdom-Uzbekistan BIT โดยการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความ

อย่างกว้างขวางหรือในบางกรณีอาจจะแคบจนเกินไปซึ่งอาจจะเกิดจากการไม่มีขอบเขตของข้อบทที่จะใช้เป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้อย่างชัดเจน ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Oxus Gold v Uzbekistan ที่ได้มีการพิจารณาตีความข้อบทไปถึงประเด็นความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนต่างชาติในการได้รับสิทธิตามสัญญาสัมปทานและศุนนิตีกระบวน หรือความคาดหวังที่จะได้รับผลกำไรจากการลงทุนในคดี Walter Bau v Thailand ซึ่งได้มีการพิจารณาตีความไปในทางที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ได้มีการพิจารณาตีความข้อบทในประเด็นช่วงระยะเวลาที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) แก่นักลงทุนที่ให้นักลงทุนสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างให้รัฐผู้รับการลงทุนรับผิดชอบได้ในคดี Cervin and Rhone v Costa Rica

### รูปแบบที่ 2 ความตกลงที่ข้อมติการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ

ในรูปแบบที่ 2 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่บัญญัติข้อมติการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในทำนองที่ว่า “ Each Party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment, and **shall in no case accord treatment less favorable than that required by international law.**” ซึ่งความตกลงฯ ที่ได้มีการบัญญัติข้อมติในรูปแบบดังกล่าว อาทิ Croatia-Oman BIT, Bahrain-United States BIT โดยการบัญญัติข้อมติในรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความและปรับใช้ข้อบทที่อาจจะมีผลต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Vivendi v Argentina ที่ได้มีการพิจารณาถ้อยคำคำว่า “ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ( according to the principles of international law )” หรือถ้อยคำ “การปฏิบัติต้องไม่ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด ( no case be accorded treatment less than that required by international law )” ในคดี CMS v USA โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความข้อบทที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐจากความไม่ชัดเจนของข้อบทไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา หรือแม้กระทั่งการตีความตามหลักกฎหมายทั่วไปภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือการพิจารณาไปเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาอื่นๆ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ที่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ

### รูปแบบที่ 3 ความตกลงที่ข้อมติการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในรูปแบบที่ 3 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่บัญญัติข้อมติการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในทำนองที่ว่า

“ 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments..”

ความตกลงฯ ที่บัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าว อาทิ North America Free Trade Agreement, Rwanda-United States BIT โดยการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความและปรับใช้ข้อบทที่อาจจะมีผลต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Metalclad v Mexico ที่ได้มีการตีความข้อบทในประเด็นความไม่โปร่งใสเกี่ยวกับการดำเนินการตามศุนนติกระบวนของรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนั้น ยังได้มีการพิจารณาตีความถ้อยคำ “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ (Minimum Standard of Treatment)” และประเด็นการกระทำอันเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศในคดี SD. Myers v Canada ซึ่งล้วนแล้วแต่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่รัฐผู้รับการลงทุน

#### **รูปแบบที่ 4 ความตกลงที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ**

ในรูปแบบที่ 4 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในทำนองที่ว่า

“ 1. Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process;...” หรือ

“ Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments or nationals or persons of the other Contracting Party and shall not impair, by unjustified or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals or persons.”

ความตกลงฯ ที่บัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าว อาทิ ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Netherlands-Oman BIT, Mexico-Singapore BIT โดยผู้เขียนพยายามค้นหาแนวคำตัดสินที่ใช้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนที่ข้อบทมีการกำหนดพันธกรณีไว้

โดยเฉพาะโดยไม่มีการอ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่พบแนวคำตัดสินแต่อย่างใด แต่หากเป็นข้อบทที่มีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ และมีการอ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วยการปรับใช้หรือการตีความข้อบทก็จะเป็นไปในทิศทางเดียวกับการบัญญัติข้อบทในรูปแบบที่ 2 หรือรูปแบบที่ 3 เช่นในคดี ในคดี Metalclad v Mexico หรือคดี SD. Myers v Canada ซึ่งได้กล่าวไปแล้วในรูปแบบที่ 2 และ 3

### รูปแบบที่ 5 ความตกลงที่ไม่มีการกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้

ในกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้บัญญัติถึงข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างเป็นทางการเลย แต่มีการนำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปปรับใช้ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนั้น โดยเป็นการกล่าวอ้างจากความตกลงฯ ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับรัฐผู้ส่งออกการลงทุน ผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation - MFN) เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียและสิงคโปร์ ปี ค.ศ. 2003 หรือใน the New Zealand-Thailand Closer Economic Partnership Agreement (EPA) 2005 หรือใน BIT Croatia-Ukraine ปี ค.ศ. 1997 ซึ่งมีคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความตกลงฯ ที่ไม่ได้บัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม แต่คณะอนุญาโตตุลาการได้นำข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่บัญญัติไว้ในความตกลงฯ ฉบับอื่นๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนที่ได้ทำไว้กับรัฐที่สาม มาปรับใช้ผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับรัฐผู้ส่งออกการลงทุน เช่น ในคดี The Bayindir v. Pakistan โดยคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างประเทศตุรกีและประเทศปากีสถาน

โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีจำนวน 36 ฉบับของไทยได้บัญญัติรูปแบบข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ได้ผลการพิจารณาดังนี้

- ความตกลงฯ จำนวน 28 ฉบับ บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ (รูปแบบที่ 1) แยกเป็นก่อนปี ค.ศ. 2000 จำนวน 16 ฉบับ และหลังปี ค.ศ. 2000 จำนวน 12 ฉบับ

- ความตกลงฯ จำนวน 3 ฉบับ บัญญัติให้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศ (รูปแบบที่ 2) แยกเป็นก่อนปี ค.ศ. 2000 จำนวน 2 ฉบับ และหลังปี ค.ศ. 2000 จำนวน 1 ฉบับ



- ความตกลงฯ จำนวน 5 ฉบับ บัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ (รูปแบบที่ 4) โดยความตกลงฯ ทั้ง 5 ฉบับ ได้จัดทำหรือยกร่างขึ้นภายหลังปี ค.ศ. 2000 ซึ่งเป็นช่วงที่รัฐต่างๆ รวมถึงประเทศไทยอาจจะได้บทเรียนจากช่วงก่อนปี ค.ศ. 2000 ที่เกิดข้อพิพาทและมีแนวคำตัดสินเกี่ยวกับข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่บัญญัติไว้อย่างไม่ชัดเจนหรือมีการอ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ปรับใช้หรือตีความข้อบทไปในทิศทางที่อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดแก่รัฐผู้รับการลงทุนและไม่มีความแน่นอนการปรับใช้หรือตีความ ดังนั้น รัฐต่างๆ และประเทศไทยจึงได้เห็นความสำคัญในการบัญญัติข้อบทให้มีความชัดเจนโดยการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ

### 1.1.2 ข้อบทและปัญหาในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีสิทธิอธิปไตย (Sovereign right) ในการดำเนินการกับทรัพย์สินภายในอาณาเขตของตนที่ถือครองโดยคนชาติหรือคนต่างด้าวผ่านการเวนคืนทรัพย์สิน ภายใต้เหตุผลทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและเหตุอื่นๆ ทั้งนี้ การเวนคืนดังกล่าวนี้จะต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดดังต่อไปนี้

- (1) การเวนคืนต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public purpose)
- (2) การดำเนินการต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination)
- (3) การดำเนินการต้องเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law)
- (4) การดำเนินการต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย (Compensation)

โดยภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีรูปแบบในการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนและปัญหาในการปรับใช้หรือการตีความข้อบท ดังนี้

#### รูปแบบที่ 1 ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนที่ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อม

ในรูปแบบที่ 1 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้บัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในทำนองที่ว่า “ Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose by due process of law and against compensation.” ซึ่งความตกลงฯ ที่ได้มีการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าว อาทิ Lebanon - Malaysia BIT, Austria - Croatia BIT

โดยการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความและปรับใช้ข้อบทที่อาจจะมีผลต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Georg Gavrilović and Gavrilović D.O.O. v. Republic of Croatia ที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาตีความข้อบทการเวนคืนที่ไม่มีการบัญญัติถึงการเวนคืนทางอ้อมโดยพิจารณาไปถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย

### **รูปแบบที่ 2 ข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยมีการบัญญัติเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อม**

ในรูปแบบที่ 2 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้บัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในทำนองที่ว่า “ Investments by investors of either Contracting State shall not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measures the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory other other Contracting State except....” ซึ่งความตกลงฯ ที่ได้บัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าว อาทิ Indonesia Model BIT, North America Free Trade Agreement โดยการบัญญัติข้อบทในรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการตีความและปรับใช้ข้อบทที่อาจจะมีผลต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru ที่มีการพิจารณาประเด็นการเพิกถอนกฎหมายที่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการดำเนินการลงทุนโดยการกล่าวอ้างเหตุเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่ที่ดำเนินการลงทุนซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาตัดสินให้ฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายแพ้คดีแม้รัฐจะอ้างว่ากระทำไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ แต่ในคดี Phillip Morris v. Oriental Republic of Uruguay ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาประเด็นการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย (Police power) เพื่อคุ้มครองสุขภาพประชาชนด้วยซึ่งปรากฏว่าในคดีดังกล่าวนี้ อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินให้นักลงทุนเป็นฝ่ายแพ้คดี

### **รูปแบบที่ 3 ความตกลงที่ไม่มีกำหนดข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน**

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับนั้นอาจจะไม่มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไว้ แต่ทั้งนี้ แม้ว่ารัฐภาคีจะไม่ได้ตกลงบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวไว้ นักลงทุนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือมาตรการใดๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนยังสามารถอ้างสิทธิในการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรืออาจจะเป็นการกล่าวอ้างผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation - MFN) จากความตกลงฯ ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับ

รัฐผู้ส่งออกการลงทุนมาใช้เป็นฐานในการเรียกร้องสิทธิของนักลงทุน ซึ่งในรูปแบบดังกล่าวนี้ ผู้เขียนพยายามค้นคว้าแนวคำตัดสินหรือข้อพิพาทแต่ยังไม่มีแนวคำตัดสินหรือประเด็นข้อพิพาทเกิดขึ้น

โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีจำนวน 36 ฉบับ ของไทยได้บัญญัติรูปแบบข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนไปในแนวทางที่กำหนดให้พิจารณาถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย (รูปแบบที่ 2) ซึ่งในความตกลงฯ แต่ละฉบับนั้นก็จะมีการบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป แต่ทั้งนี้ก็มีความหมายหรือนัยยะสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน คือ หมายถึงมาตรการหรือการกระทำใดที่มีผลเหมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า การบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะโดยไม่มีการอ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในข้อบท และการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนโดยมีการบัญญัติการเวนคืนทางอ้อมไว้ด้วยอาจจะเป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การส่งเสริมให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้โดยไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะได้ให้แนวทางและข้อเสนอไว้ในข้อ 1.3 และข้อ 2 ต่อไป

**1.2 แนวทางในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD เพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน**

หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) เป็นหลักการที่จะสร้างความ เป็นอยู่ที่ดีแก่มนุษย์โดยหลักการดังกล่าวจะคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับทรัพยากร ที่มีอยู่อย่างจำกัด แต่ทั้งนี้ การที่จะไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้นั้นจะต้องมีการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างทางเศรษฐกิจซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้คือ “การลงทุน” และจะต้องเป็นการลงทุนที่มาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะในรูปแบบการลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment) นอกจากนี้ ในมิติด้านเศรษฐกิจไม่ได้มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนแก่ประเทศได้ดีกว่าการลงทุน โดยลักษณะที่สำคัญของการลงทุน ที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นจะต้องเป็นการลงทุนที่เกิด ในลักษณะการลงทุนในระยะยาว (Long-term Character) ด้วยเหตุที่ว่านโยบายที่ส่งเสริมการพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศเป็น

นโยบายที่นำมาใช้ในระยะเวลา ยาว ดังนั้น การลงทุนที่เข้าในรัฐนั้นจึงต้องเป็นการลงทุนที่มีระยะเวลา ในการดำเนินการสอดคล้องกับนโยบายและกรอบระยะเวลาของนโยบายที่จะนำไปสู่การพัฒนา อย่างยั่งยืนของประเทศนั้นด้วย โดยทั่วไปแล้ว ในการลงทุนระหว่างประเทศนั้นจะมีความตกลงว่าด้วย การลงทุนระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนของ นักลงทุน ดังนั้น ความตกลงฯ จึงสามารถเป็นกลไกหรือเครื่องมือที่สำคัญในการที่จะก่อให้เกิด การพัฒนาอย่างยั่งยืน ในประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนระหว่างประเทศของรัฐได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอน กิจการหรือการเวนคืนซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่อาจจะสะท้อนให้เห็นนัยยะของการใช้สิทธิในการ ควบคุมการลงทุน โดยสามารถเห็นได้จากการเกิดข้อพิพาทต่างๆ ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนัก ลงทุนต่างชาติซึ่งในการพิจารณาข้อพิพาทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้เกิด การตีความและการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ ของรัฐจากการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนของรัฐ เมื่อเป็นเช่นนั้น การพัฒนาอย่างยั่งยืนก็อาจจะไม่ เกิดขึ้นในการลงทุนระหว่างประเทศได้ ดังนั้น ในการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบย่อมสามารถ สะท้อนให้เห็นถึงหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้

กรอบนโยบายด้านการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (IPFSD) ของ UNCTAD ได้กำหนด แนวทางหรือกรอบนโยบายที่จะสร้างการพัฒนาอย่างยั่งยืนให้กับทุกประเทศซึ่งเรียกว่า “นโยบายด้าน การลงทุนแนวใหม่ (A new generation of Investment policies)” ซึ่งเป็นนโยบายที่พัฒนาขึ้นมา เพื่อไม่ให้เกิดความทับซ้อนและซับซ้อนมากยิ่งขึ้นในนโยบายหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอัน ส่งผลต่อการดำเนินการการลงทุนและอำนาจของรัฐในการควบคุมการลงทุน และให้แนวทางในการ สร้างและการรักษาสภาพแวดล้อมที่ดีของการลงทุนโดยทั่วไป ดังนั้น การกำหนดกรอบนโยบายหรือ แนวทางต่างๆ ก็ย่อมมีความท้าทายต่อนโยบายด้านการลงทุนทั้งในระดับชาติ (National Level) และ ในระดับระหว่างประเทศ (International Level) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่าง ยั่งยืน (IPFSD) ได้มีการออกแนวทางในการบัญญัติข้อบทต่างๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย การลงทุนที่เป็นการเสริมสร้างการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการ ควบคุมการลงทุนได้ โดยผู้เขียนขอจำแนกการบัญญัติออกเป็น 3 ประเด็น<sup>357</sup> คือ การบัญญัติไว้ใน อารัมภบท การบัญญัติไว้ในข้อบทการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และการบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น ทั่วไป ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้สรุปเฉพาะในกรณีบัญญัติไว้ในข้อบทการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็น

<sup>357</sup> โปรดดู บทที่ 3 ข้อ 3.2 แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุม การลงทุนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

หลักโดยเฉพาะในข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ซึ่งเป็นสาระสำคัญของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

### 1.2.1 แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้กำหนดทางเลือกสำหรับรัฐภาคีในการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ ดังนี้

**รูปแบบที่ 1** ข้อบทบัญญัติให้ข้อผูกพันแบบไม่มีเงื่อนไขที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน” หรือจะปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

**รูปแบบที่ 2** ข้อบทบัญญัติหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีการกล่าวอ้างถึงมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อผู้ลงทุนการลงทุนของต่างชาติภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Minimum standard of treatment/ Customary International law)

**รูปแบบที่ 3** ข้อบทบัญญัติโดยสร้างความชัดเจนให้กับหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมด้วยการระบุรายการหรือเงื่อนไขต่าง ๆ แบบปลายปิด กล่าวคือ พันธกรณีจะเป็นไปตามที่ระบุไว้โดยไม่มีพันธกรณีอื่นอีกแล้ว (Exhaustive List) โดยพันธกรณีของรัฐมีดังต่อไปนี้

- (1) รัฐภาคีจะไม่ปฏิเสธการให้ความยุติธรรมหรือกระบวนการพิจารณาทางกฎหมาย
- (2) รัฐภาคีจะไม่ปฏิบัติต่อผู้ลงทุนโดยพลการอย่างชัดแจ้ง
- (3) รัฐภาคีจะไม่ละเมิดศุภนิติกระบวนการ (due process) อย่างโจ่งแจ้ง
- (4) รัฐภาคีจะไม่มีส่วนร่วมในการปฏิบัติที่มีขอบอย่างชัดแจ้งที่เกี่ยวข้องกับการบีบบังคับหรือการข่มขู่ที่ไม่สมเหตุผล และอย่างต่อเนื่อง ต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ
- (5) รัฐภาคีจะไม่ละเมิด “ความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ลงทุนที่มีต่อผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคตที่จะได้รับ (Legitimate Expectations)” ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรการหรือการรับรองที่ชักนำให้มาลงทุน

โดยอาจมีการกำหนดว่าภาคีต้องทบทวนเนื้อหาของพันธกรณี FET อย่างสม่ำเสมอหรือตามการร้องขอของภาคีประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยหากรัฐมีการฝ่าฝืนกรณีตาม (1) – (5) ข้อใดข้อหนึ่งก็ถือได้ว่าเป็นการละเมิดหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

**รูปแบบที่ 4** ข้อบทบัญญัติโดยการสร้างความชัดเจนเพื่อเป็นแนวทางในการตีความของอนุญาโตตุลาการว่าพันธกรณีตามข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น รวมไปถึงพันธกรณีในการไม่ปฏิเสธการให้ความยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง หรือกระบวนการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ จะมีการจำกัดว่าในกรณีที่มีการละเมิดบทบัญญัติอื่นของความตกลง

ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับนี้หรือความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศฉบับอื่น ไม่ถือว่าเป็นข้อที่จะยกมากล่าวอ้างว่ามีการละเมิดบทบัญญัติการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ยิ่งไปกว่านั้น มีการระบุอย่างชัดเจนว่า ข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ที่กำหนดไว้จะไม่เป็นการขัดขวางรัฐในการใช้กฎเกณฑ์หรือมาตรการอื่นใดโดยสุจริตซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนโยบายที่ขอบด้วยกฎหมาย

**รูปแบบที่ 5** บัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมให้เป็นเพียงความมุ่งมั่นทางการเมืองแทนการใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมาย

**รูปแบบที่ 6** ไม่มีการบัญญัติหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ในความตกลง

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการสะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ คือ การที่รัฐบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติและเท่าเทียมอย่างไม่มีเงื่อนไขว่า จะปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียม” (**รูปแบบที่ 1**) ถือว่าเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนอย่างสูงสุดซึ่งหากเป็นการบัญญัติในทำนองนี้อาจจะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาได้อีกทางหนึ่ง แต่ทั้งนี้ ก็อาจจะทำให้มีความเสี่ยงในการจำกัดอำนาจหรือสิทธิของรัฐในการกำหนดนโยบายหรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ ความเสี่ยงเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเรียกร้องของนักลงทุนซึ่งอาจจะมีข้อจำกัดรวมทั้งส่งผลต่อความรับผิดชอบทางการเงินของรัฐด้วยเมื่อเกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทขึ้น และหากเป็นข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่มีการอ้างอิงถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น (**รูปแบบที่ 2**) อาจจะเป็นการตั้งเป้านความรับผิดชอบในอันที่จะเกิดแก่รัฐได้ ซึ่งช่วยดำรงไว้ซึ่งความสามารถของรัฐในการดำเนินการใดๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ เว้นแต่ การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการโดยพลการอย่างชัดแจ้ง แต่ก็เป็นที่ทราบกันดีว่า มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นยังคงมีความไม่ชัดเจนมากเท่าที่ควร ซึ่งทำให้รัฐภาคนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าการดำเนินการของตนนั้นไม่ได้เป็นการกระทำโดยการใช้ความรุนแรง ไม่สุจริต หรือเป็นการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการไม่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ว่าการกำหนดให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐและเป็นการให้สิทธิในการควบคุมของรัฐ แต่ทั้งนี้ ก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการใช้สิทธิและอาจจะให้เกิดการตีความได้ ทั้งรัฐก็จำเป็นต้องพิสูจน์ในการใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐอีกด้วย

การระบุให้ชัดเจนว่า รัฐต้องให้การปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียม” หรือจะปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อนักลงทุน

อย่างไร (รูปแบบที่ 4) หรือระบุพันธกรณีที่ห้ามมิให้รัฐผู้รับการลงทุนกระทำการใดๆ ไว้อย่างชัดเจน (รูปแบบที่ 3) เพื่อให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือออกนโยบายใหม่ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติได้ การระบุเช่นนี้จะช่วยหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิดหรือการตีความที่กว้างเกินไปของคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่ก็ควรมีกลไกโดยการระบุให้มีการทบทวนพันธกรณีหรือเงื่อนไขกรณีต่าง ๆ ที่ระบุไว้เป็นระยะ ๆ ด้วย สำหรับในกรณีที่มีการนำหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปรวมไว้ในความมุ่งมั่นทางการเมือง (รูปแบบที่ 5) เช่น ระบุไว้ในอารัมภบทหรือบทนำ ซึ่งจะส่งผลคล้ายกับการละเว้นไม่ระบุข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปรวมไว้ในความตกลง เนื่องจากการกำหนดไว้ให้เป็นเพียงความมุ่งมั่นทางการเมืองนั้นไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้ หากการบัญญัติไว้ในอารัมภบทก็ยังคงใช้เป็นแนวทางในการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องได้ แต่อีกทางเลือกคืออาจใช้วิธีละเว้นไม่ระบุข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ (รูปแบบที่ 6) ซึ่งจะเป็นการลดข้อเรียกร้อง ข้อโต้แย้ง ข้อพิพาทต่างๆ ของนักลงทุน แต่ขณะเดียวกันก็จะเป็นการลดการคุ้มครองแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของต่างชาติตามสนธิสัญญาลงทุนด้วยเช่นกัน

### 1.2.2 แนวทางการปรับใช้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่การใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้กำหนดทางเลือกสำหรับรัฐในการบัญญัติข้อบทในเรื่องการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ไว้ดังนี้

**รูปแบบที่ 1** ข้อบทบัญญัติให้การเวนคืนต้องปฏิบัติตามหรือเป็นไปตามเงื่อนไข 4 ประการ

- (1) การเวนคืนจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ
- (2) การเวนคืนจะต้องไม่เลือกไม่ปฏิบัติ
- (3) การเวนคืนจะต้องดำเนินการตามหลักศุนีติกระบวน
- (4) การเวนคืนจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชย

**รูปแบบที่ 2** ข้อบทบัญญัติจำกัดการคุ้มครองกรณีเวนคืนโดยอ้อม (การเวนคืนโดยใช้กฎระเบียบ) โดยมีการกำหนดข้อบทดังต่อไปนี้

(1) มีการกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม เช่น ในกรณีที่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐ เช่น การเพิกถอนสิทธิอย่างถาวรหรืออย่างสมบูรณ์หรือเกือบสมบูรณ์หรือมีการกำหนดขอบเขตของการแทรกแซงของรัฐบาลอย่างชัดแจ้งหรือมีการพิจารณาถึงความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ลงทุนที่มีต่อผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคตที่จะได้รับซึ่งเป็นการคาดหวังที่สมเหตุสมผลจากการลงทุน หรือการกระทำของรัฐบาล เช่น เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

หรือการกระทำของรัฐนั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ หรือผลจากการกระทำของรัฐบาลได้ส่งผลให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยตรงต่อรัฐหรือไม่ หรือ

(2) มีการนิยามว่า มาตรการใดบ้างที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนโดยอ้อม เช่น กฎหมายที่ออกมาโดยสุจริตและไม่เลือกปฏิบัติ หรือที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุข ความปลอดภัยและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ

(3) มีการสร้างความชัดเจนว่า มาตรการใดบ้างที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนโดยอ้อม เช่น การบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก

**รูปแบบที่ 3** ข้อบทที่ละเว้นการอ้างถึงการเวนคืนโดยอ้อม หรือระบุไว้ชัดเจนว่าการคุ้มครองไม่รวมถึงกรณีการเวนคืนโดยอ้อม

**รูปแบบที่ 4** ข้อบทบัญญัติให้จ่ายค่าชดเชยดังนี้ ในกรณีที่เป็นการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) การจ่ายค่าชดเชยจะต้องเป็นค่าชดเชยที่เหมาะสม ชอบธรรม หรือเป็นธรรม เช่น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมดุลที่เท่าเทียมกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน ในขณะที่ มูลค่าตลาดที่เป็นธรรมของการลงทุนจะเป็นเพียงปัจจัยเดียวที่จะนำมาพิจารณา

(2) เป็นการจ่ายค่าชดเชยอย่างทันท่วงที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ เช่น เป็นการจ่ายตามมูลค่าตลาดเต็มจำนวนลงทุน (Hull formula)

กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ได้ให้แนวทางในการสะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการบัญญัติในข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน คือ การที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีบทบัญญัติเรื่องการเวนคืน (**รูปแบบที่ 1**) มิได้หมายความว่าเป็นการให้สิทธิรัฐในการควบคุมการลงทุนโดยการเวนคืนทรัพย์สินต่างๆ เท่านั้น แต่ยังเป็นการคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่มีการเวนคืนตามอำเภอใจหรือการเวนคืนที่ปราศจากการชดเชยค่าเสียหาย

โดยทั่วไปแล้วความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศจะบัญญัติข้อบทในเรื่องการเวนคืนครอบคลุมถึงการเวนคืนโดยอ้อม (Indirect) หรือการเวนคืนโดยใช้กฎระเบียบ (Regulatory Takings) หรือการยึดกิจการโดยอ้อม (Creeping Expropriation) และการดำเนินการใดๆ ที่ “เท่าเทียมกัน” (Tantamount to) หรือ “เทียบเท่ากับ” (Equivalent to) การเวนคืนอยู่แล้ว (**รูปแบบที่ 2**) โดยบทบัญญัตินี้ได้ถูกนำมาใช้พิจารณาในการกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปกับผลกระทบทางลบต่อประโยชน์ของการลงทุนอันเป็นความท้าทายอย่างหนึ่งซึ่งอาจจะทำให้เกิดคำถามว่า แนวทางใดที่เหมาะสมในการดำเนินการการเวนคืนของรัฐและการกำหนดนโยบายเพื่อประโยชน์



สาธารณะอันชอบธรรม ไม่ว่าจะเป็นในประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และสุขภาพ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดที่ไม่เหมาะสมต่อรัฐในเรื่องเอกสิทธิ์ต่าง ๆ ที่จะบัญญัติกฎหมายที่เป็นประโยชน์สาธารณะ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศอาจกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐที่อาจจะ (หรืออาจจะไม่) เป็นการเวนคืนโดยอ้อมที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของนักลงทุนและผลประโยชน์ของรัฐ แต่การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ก็ได้เป็นการขจัดซึ่งความเสี่ยงในเรื่องความรับผิดชอบต่าง ๆ ของรัฐแต่อย่างใด โดยมาตรฐานของค่าชดเชย (Compensation) สำหรับการเวนคืนตามกฎหมายเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่สำคัญซึ่งการใช้ถ้อยคำว่า “เหมาะสม” (Appropriate) “ชอบธรรม” (Just) หรือ “เป็นธรรม” (Fair) ต่อการจ่ายค่าชดเชยหรือค่าเสียหาย จะทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการคำนวณค่าชดเชย โดยรัฐต่าง ๆ อาจเห็นว่า การกำหนดเช่นนี้จะเป็ประโยชน์ต่อการให้แนวทางแก่นักอนุญาโตตุลาการในการคำนวณค่าชดเชย และเป็นการกำหนดปัจจัยที่ควรจะนำมาคำนวณให้ชัดเจน

ทางเลือกอีกทางหนึ่งคือ การละเว้นการกล่าวถึงการเวนคืนโดยอ้อมในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศหรือยกเว้นความคุ้มครองในเรื่องนี้จากสนธิสัญญาอย่างชัดเจน (รูปแบบที่ 3) ซึ่งก็จะส่งผลต่อประโยชน์ที่คาดหวังจากการลงทุนเพราะนักลงทุนจะไม่ได้รับการคุ้มครองอันอาจจะทำให้มองได้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับดังกล่าวนั้นถูกลดค่าลงได้ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ตามความคิดเห็นของผู้เขียนนั้นอาจจะมองได้สองมุมมองคือ เมื่อไม่มีข้อบทกำหนดไว้ รัฐก็อาจจะกระทำตามอำเภอใจโดยกระทำการเวนคืนกิจการของนักลงทุนได้โดยไร้ซึ่งเงื่อนไขใดๆ อันเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิในการควบคุมการลงทุนอย่างชัดเจนและเต็มที่ แต่หากมองในอีกแง่มุมหนึ่งอาจจะทำให้เห็นว่า เมื่อไม่มีข้อบทให้รัฐกระทำการเวนคืนได้ รัฐก็ไม่สามารถที่จะกระทำการเวนคืนได้ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นในมุมมองดังกล่าวนี้ก็เป็นการจำกัดซึ่งอำนาจในการใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนของรัฐได้

ในการนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศผ่านความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนโดยมีการให้ความสำคัญกับสิทธิในการควบคุมการลงทุนแก่รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายทางข้อบทการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนแล้วนั้น ย่อมจะต้องมีองค์ประกอบหรือหลักการอื่นๆ ในการขับเคลื่อนหรือเป็นกลไกร่วมกับการส่งเสริมให้รัฐมีสิทธิในการควบคุมการลงทุนด้วย ซึ่งมีดังต่อไปนี้<sup>358</sup>

<sup>358</sup> โปรตดู บทที่ 3 ข้อ 3.1.2 หลักการที่สำคัญในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน

(1) การสอดประสานกัน (Policy Coherence) ของนโยบายด้านอื่นๆ กับนโยบายด้านการลงทุนภายในรัฐ เช่น นโยบายด้านภาษี นโยบายเกี่ยวกับกฎหมายคนเข้าเมือง

(2) การดำเนินการของภาครัฐจะต้องเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล (Public governance and institutions)

(3) การจัดทำนโยบายเชิงพลวัต (Dynamic policymaking)

(4) การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ (Balanced rights and obligations)

(5) การเปิดรับการลงทุน (Openness to investment)

(6) การให้ความคุ้มครองและการปฏิบัติต่อนักลงทุน (Investment protection and treatment)

(7) การส่งเสริมและการอำนวยความสะดวกแก่การลงทุน (Investment Promotion and Facilitation)

(8) ธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อสังคมของภาคเอกชน (Corporate governance and responsibility)

(9) ความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ (International Cooperation)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะส่งเสริมให้รัฐมีสิทธิในการควบคุมการลงทุนอย่างชัดเจนตามแนวทางของกรอบ IPFSD แต่ก็ยากที่จะเกิดการพัฒนาย่างยั่งยืนได้ หากไร้ซึ่งการส่งเสริมหรือการดำเนินการในด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นซึ่งจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาในเรื่องดังกล่าวต่อไป

**1.3 แนวทางของประเทศไทยในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีในประเด็นข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนเพื่อนำไปสู่การพัฒนาย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ**

ในการปฏิรูปความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทย ผู้เขียนได้นำกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (IPFSD) ของ UNCTAD มาเป็นแนวทางในการปฏิรูป เนื่องจาก กรอบ IPFSD ได้กำหนดทางเลือกให้กับรัฐในการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน พร้อมทั้งได้แสดงให้เห็นถึงนัยยะที่สำคัญในการบัญญัติข้อบทในแต่ละรูปแบบต่อหลักการพัฒนาย่างยั่งยืน นอกจากนี้ กรอบ IPFSD ได้กำหนดปัจจัยอื่นๆ ที่ใช้ในการพิจารณาการปฏิรูปความตกลงฯ เพื่อนำไปสู่การพัฒนาย่างยั่งยืนได้ โดยจากการศึกษาข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อ

บทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยจำนวน 36 ฉบับของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD ที่สะท้อนให้เห็นถึงประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐซึ่งจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน ผู้เขียนสรุปแนวทางในการปฏิรูปได้ดังต่อไปนี้

### 1.3.1 การปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD

จากการศึกษา ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยกับรัฐภาคี จำนวน 29 ฉบับ พบว่า ความตกลงฯ เหล่านี้ได้บัญญัติข้อบทโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD จะเห็นได้ว่า ความตกลงฯ เหล่านี้ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่า เป็นการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนและการลงทุนอย่างสูงสุด แต่ทั้งนี้อาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหรือสิทธิของรัฐในการควบคุมการลงทุนได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบายหรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และยังเป็นการเพิ่มความเสี่ยงเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเรียกร้องจากนักลงทุนอย่างไม่มีข้อจำกัด นอกจากนี้ ความตกลงฯ จำนวน 3 ฉบับได้มีการบัญญัติให้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต้องพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD จะเห็นได้ว่า ความตกลงฯ 3 ฉบับนี้ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่าเป็นการตั้งเพดานหรือขอบเขตในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐและเป็นการช่วยรักษาไว้ซึ่งความสามารถของรัฐในการดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่ การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการโดยพลการอย่างชัดแจ้ง แต่ทั้งนี้ เมื่อมีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศในข้อบทดังกล่าวก็อาจจะเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการใช้สิทธิหรืออำนาจต่างๆ ของรัฐ ทั้งนี้อาจจะก่อให้เกิดการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการได้เมื่อเกิดข้อพิพาท และมีความตกลงฯ จำนวน 5 ฉบับ ที่มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีการกำหนดพันธกรณีไว้โดยเฉพาะ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD จะเห็นได้ว่า ความตกลงฯ ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่าเป็นการบัญญัติที่ทำให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือออกนโยบายอันอาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนได้ภายใต้การกระทำที่ไม่ละเมิดพันธกรณีที่ระบุไว้และเป็นการช่วยหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิดหรือการตีความที่กว้างเกินไปของคณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของไทยส่วนใหญ่แล้วบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแบบไม่มีเงื่อนไขซึ่งอาจก่อให้เกิดการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการเมื่อ

เกิดข้อพิพาทได้ ทั้งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐได้ นอกจากนี้ อาจจะส่งผลต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐที่ไม่มีความชัดเจน

หากว่าพิจารณาในประเด็นสิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐอันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งเป็นประเด็นสำคัญแล้วนั้น ตามกรอบ IPFSD ได้แนะนำให้รัฐบัญญัติข้อบทโดยกำหนดพันธกรณีไว้เป็นการเฉพาะซึ่งทำให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของนักลงทุนภายใต้พันธกรณีที่ระบุไว้ได้ และเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตในการตีความ แต่ในการปฏิรูปความตกลงฯ จำเป็นต้องพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของสถานะแวดล้อมของนโยบายด้านการลงทุน วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น ความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ และบริบททางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ การดำเนินการของหน่วยงานผู้รับผิดชอบภายใน นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงสถานะแวดล้อม แนวนโยบายในด้านอื่นๆ ร่วมด้วย โดยเมื่อพิจารณาถึงนโยบายด้านการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้นมีแนวนโยบายเปิดการรับการลงทุนจากต่างประเทศโดยให้สิทธิและประโยชน์แก่การลงทุนไม่ว่าจะเป็นสิทธิและประโยชน์ทางกฎหมายภาษี กฎหมายคนเข้าเมือง กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดิน โดยไม่ได้พิจารณาถึงประเด็นอำนาจหรือสิทธิในการควบคุมการลงทุนแต่อย่างใด ทั้งบริบทของประเทศไทยในปัจจุบันได้เปลี่ยนสถานะจากการเป็นรัฐผู้รับการลงทุนเป็นรัฐผู้ส่งออกการลงทุนและมีแนวนโยบายในการส่งเสริมให้นักลงทุนไปลงทุนยังต่างประเทศมากขึ้น

ดังนั้น หากว่าการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไปในทิศทางที่บัญญัติข้อบทโดยการกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนก็อาจจะทำให้ประเทศไทยมีสิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน และอาจจะเป็นการไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อประเทศไทยอันเกิดจากการใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุน แต่ทั้งนี้ ก็อาจจะไม่เป็นการสอดคล้องกับแนวนโยบายของประเทศไทยที่ต้องการเปิดรับและส่งเสริมการลงทุน การแปรเปลี่ยนของบริบทหรือสถานะของประเทศไทยที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนสู่การเป็นรัฐผู้ส่งออกการลงทุนมากเท่าที่ควร เพราะอาจจะส่งผลกระทบต่อไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต่อนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนยังต่างประเทศได้ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็ยังคงต้องพึ่งพาหรือดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศอยู่ ดังนั้น ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมอาจจะบัญญัติข้อบทไว้ดังนี้

“ 1 . Each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment in accordance with fair and equitable treatment

2. The obligation to provide "fair and equitable treatment" as described below does not require treatment in addition to or beyond that which is required by this standard, and does not create additional substantive rights.

(a) The obligation to provide "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article

**4. The Fair and Equitable clause does not include the contracting Party from adopting good faith regulatory or other measures that pursue legitimate policy objectives.”**

ในข้อ 4 ข้างต้น บัญญัติว่า “ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ไม่รวมถึงการใช้มาตรการหรือแนวนโยบายใดๆ ของรัฐคู่สัญญา ซึ่งมาตรการหรือแนวนโยบายดังกล่าวนั้นอาจจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน แต่ทั้งนี้ มาตรการหรือแนวนโยบายต้องเป็นไปด้วยความสุจริตหรือมีความชอบธรรม ” ซึ่งเห็นได้ว่า ข้อบทได้กำหนดเสมือนเป็นการให้โอกาสประเทศผู้รับการลงทุนสามารถนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดจากการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนผ่านการใช้มาตรการใดๆ หรือแนวนโยบายต่างๆ ภายในประเทศที่เป็นไปด้วยความสุจริตหรือมีความชอบธรรมได้ ทั้งจะเห็นได้ว่าข้อบทไม่ได้มีความเคร่งครัดถึงขนาดที่ว่าระบุว่า มาตรการใดบ้างที่จะถือได้ว่าไม่เป็นการละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งก็ดูเหมือนว่าเป็นการเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการตีความข้อบท แต่ทั้งนี้หากพิจารณาแล้วก็เป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้กรอบแนวทางที่มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นอันเป็นการเน้นย้ำให้พิจารณาสีทธิของรัฐโดยแท้ในการที่จะใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นก็อาจจะเป็นนัยยะให้แก่นักลงทุนในการสร้างคาดหวังในการเข้ามาลงทุนได้อีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากกรณีบทเรียนที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย (Walter Bau v. Thailand) แล้วนั้น แม้ว่าการใช้มาตรการของประเทศไทย (ไม่ปรับขึ้นอัตราค่าธรรมเนียมการใช้บริการทางด่วน) จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนอันเป็นการละเมิดความคาดหวังที่จะได้รับผลกำไรอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้ฐานทางสัญญาก็ตาม แต่หากประเทศไทยพิสูจน์ได้ว่า การใช้

มาตรการต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนนั้น ได้กระทำไปด้วยความสุจริตหรือความชอบธรรม คณะอนุญาโตตุลาการก็อาจจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาภายใต้กรอบทางกฎหมายที่ให้สิทธิแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมกิจการการลงทุน โดนประเทศไทยก็อาจจะไม่มีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ โดยความตกลงฯ ที่มีการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในทำนองดังกล่าว เช่น Japan - Morocco BIT ปีค.ศ. 2020 หรือใน EU - Viet Nam Investment Protection Agreement ปี ค.ศ. 2019 หรือใน Korea, Republic of - Myanmar BIT ปี ค.ศ. 2014 หรือใน Morocco - Viet Nam BIT ปี ค.ศ. 2012

### 1.3.2 การปฏิรูปข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD

จากการศึกษา ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยกับรัฐภาคี ทุกฉบับ พบว่าบัญญัติข้อบทไปในแนวทางที่กำหนดให้พิจารณาถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย และกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการกระทำการเวนคืนหรือออกมาตรการใดๆ ที่มีผลเสมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนและยังได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยกรณีที่มีการเวนคืนซึ่งในความตกลงฯ แต่ละฉบับนั้นมีการบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป แต่ทั้งนี้ มีความหมายหรือนัยยะสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน คือ มาตรการหรือการกระทำใดที่มีผลเหมือนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกรอบ IPFSD จะเห็นได้ว่า ความตกลงฯ เหล่านี้ได้สะท้อนนัยยะที่สำคัญต่อหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่า แม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติให้สิทธิรัฐในการเวนคืนกิจการได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ แต่ก็มิได้หมายความว่าเป็นการให้สิทธิรัฐในการควบคุมการลงทุน เพียงอย่างเดียว แต่ก็มีการบัญญัติเพื่อคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่มีการเวนคืนทั้งในกรณีที่มีการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยความตกลงฯ จะบัญญัติไว้ดังนี้

“ Investments of investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalised or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as expropriation”) in the territory of the other Contracting Party except for public purposes, under due process of law, on a non-discriminatory basis and against prompt, effective and adequate compensation.”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยกับรัฐภาคี มุ่งเน้นสร้างความชัดเจนในประเด็นเรื่องดังกล่าวมาตั้งแต่ต้น ซึ่งเป็นการส่งเสริมการใช้สิทธิของรัฐ ในการควบคุมการลงทุนโดยการเวนคืนภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ ทั้งเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจน ซึ่งสิทธิของนักลงทุนที่ได้รับผลกระทบในอันที่จะได้รับการเยียวยาเป็นค่าชดเชยจากรัฐผู้กระทำการเวนคืนด้วย โดยจะเห็นได้ว่า ในประเด็นดังกล่าวนี้ไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาให้กับประเทศไทยหรือ รัฐภาคีเนื่องจากข้อบทได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว และยังเป็นการสอดคล้องกับแนวนโยบาย และบริบทของประเทศไทย นอกจากนี้ ยังเป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อีกด้วย แต่ทั้งนี้ เพื่อเป็นการก่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้หรือตีความข้อบทและส่งเสริมให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในความตกลงฯ อาจจะมีบัญญัติรายละเอียดเพิ่มเติมในข้อบท หรือในภาคผนวก ท้ายความตกลงฯ ไว้ในทำนองนี้

#### “Article/Annex ..... Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

“ 1 . 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.

2 . Article ..... (Expropriation and Compensation) addresses two situations. The first is direct expropriation, in which an investment is directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

3 . The second situation addressed by Article ..... (Expropriation and Compensation) is indirect expropriation, in which an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or a 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 a 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.

**(b) 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.**"

ประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนจะเห็นได้ชัดเจนในข้อ 3 (b) ที่อาจจะถือได้ว่าเป็นการบัญญัติให้สิทธิแก่ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้อำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นการป้องกันการก่อให้เกิดความรำคาญในทางระหว่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุน แม้ว่ามาตรการหรือการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนที่เกิดขึ้นจะมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจ ละเมิดความคาดหวังของนักลงทุนและเป็นการกระทำโดยรัฐบาลอันอาจจะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้นอกจากนี้ ยังเป็นการส่งเสริมก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศตามเป้าประสงค์ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตในการกล่าวอ้างของรัฐจึงควรมีการพิจารณาว่า มาตรการที่เป็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่ถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมซึ่งไม่ต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (non-compensable) นั้น ต้องเป็นมาตรการที่กระทำด้วยความสุจริต (Good faith) โดยกระทำภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบธรรม (a legitimate public policy objectives) ทั้งจะต้องเป็นมาตรการที่ไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติและเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม<sup>359</sup> นอกจากนี้ อาจจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบอันตราย (Injurious effect) ที่เกิดขึ้นต่อรัฐจากการลงทุนที่ถูกเวนคืนร่วมกับข้อพิจารณาที่กล่าวไปข้างต้นด้วย<sup>360</sup>

สำหรับในกรณีประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของประเทศไทย จากการที่พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 79/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำซึ่งมีผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ นั้น หากว่า

<sup>359</sup> โปรตดู UNCTAD. Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations 2012. P. 144.

<sup>360</sup> โปรตดู Suzy H. Nikiéma. Best Practices Indirect Expropriation. (2012): p. 18.



ความตกลงฯ ได้มีการบัญญัติข้อบทหรือมีการกำหนดในภาคผนวกของความตกลงตามข้อ 3 (b) ที่ผู้เขียนได้เสนอไปข้างต้นประกอบกับการพิสูจน์ยืนยันตามพยานหลักฐานว่า การดำเนินกิจการเหมืองแร่ทองคำก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณสุขจริง ไม่ว่าในทางสุขอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม ก็อาจจะเป็นการชัดเจนยิ่งขึ้นว่า มาตรการดังกล่าวของประเทศไทยที่เป็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนและไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่ประเทศไทย โดยความตกลงฯ ที่มีการบัญญัติข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในทำนองดังกล่าว เช่น Brazil - India BIT ปี ค.ศ. 2020 หรือใน ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT (ACIA) ปี ค.ศ. 2009 หรือใน Korea, Republic of - Uzbekistan BIT ปี ค.ศ. 2019 หรือใน Korea, Republic of - Myanmar BIT ปี ค.ศ. 2014

โดยสรุปแล้ว แม้ว่าองค์การระหว่างประเทศหรือสังคมระหว่างประเทศพยายามจะหาแนวทางหรือข้อเสนอแนะต่างๆ ให้แก่รัฐ เพื่อให้รัฐนำไปปรับใช้เพื่อให้เกิดเป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศ ดังที่ผู้เขียนกล่าวไปแล้วว่า แม้ว่ารัฐต่างๆ พยายามที่จะส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศโดยการยอมลดอำนาจหรือการใช้สิทธิต่างๆ ของรัฐลง แต่ทั้งนี้ ประเด็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะภายในประเทศก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ว่าจะที่อาจจะที่ละระดับจนเกิดความเสียหายภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุนได้ ดังนั้น ในการปฏิรูปข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยภายใต้กรอบ IPFSD ของ UNCTAD นั้น ก็ย่อมจะต้องพิจารณาบริบทในหลายๆ ด้านดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไป แต่ปัจจัยสำคัญซึ่งผู้เขียนไม่สามารถที่จะกำหนดกรอบหรือแนวทางได้อย่างชัดเจน คือ **“อำนาจในการเจรจาต่อรองระหว่างรัฐ”** ซึ่งปัจจัยดังกล่าวถือว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี ซึ่งหากว่ารัฐภาคีทั้งสองฝ่ายเห็นชอบไปในแนวทางเดียวกันที่ยอมให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้ โดยการบัญญัติข้อบทให้มีความชัดเจน หรือมีการบัญญัติพันธกรณีหรือข้อบทเฉพาะขึ้นมาก็เป็นการง่ายที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ แต่ทั้งนี้ รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายก็ย่อมที่จะต้องพิจารณาถึงนโยบาย กฎหมายและบริบทของตนเอง เนื่องจาก การบัญญัติข้อบทหรือการปฏิรูปข้อบทนั้นก็ย่อมมีผลในแง่สองด้านทั้งในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนที่จะต้องให้การปฏิบัติและการคุ้มครองตามความตกลง และในฐานะประเทศผู้ส่งออกการลงทุนที่นักลงทุนของตนจะต้องได้รับการปฏิบัติและการคุ้มครองตามความตกลง

หากพิจารณาแล้วการบัญญัติข้อบทหรือการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบทให้มีความชัดเจนมากขึ้นไป อาจส่งผลในการที่รัฐจะออกมาตรการใดๆ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เนื่องจาก ไม่สามารถที่จะคาดการณ์เป็นที่แน่นอนได้ว่ารัฐจะออกมาตรการใดบ้างในอนาคต ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าจะควรมีการบัญญัติข้อบทให้มีความชัดเจน แต่เป็นความชัดเจนที่กำหนดไว้เป็นประเด็นใหญ่ๆ ไม่เฉพาะเจาะจง แต่มีการกำหนดกรอบแนวทางในการพิจารณาหรือวิธีการในการพิจารณาตีความหรือปรับใช้ข้อบทที่ให้สิทธิรัฐในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศโดยที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบไว้ด้วย โดยผู้เขียนเห็นว่า การให้รัฐภาคีเข้ามาร่วมในการพิจารณาตีความหรือปรับใช้ข้อบท (Jointly interpreting treaty provisions) นั้นๆ ภายใต้ความตกลงฯ อาจจะเป็นแนวทางหรือกลไกที่มีความเป็นไปได้และก่อให้เกิดประโยชน์อันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้มากที่สุด มากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบท (Amending treaty provisions) หรือยกเลิกความตกลงเดิมที่ทำกันไว้เดิมและจัดทำจัดทำความตกลงฯ ขึ้นมาใหม่ (Terminating existing old Treaties and Replacing “outdated” treaties) ซึ่งขั้นตอนมีความยุ่งยาก ซับซ้อนและใช้เวลานานในการดำเนินการซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวไว้ในข้อเสนอแนะ

## 2. ข้อเสนอแนะ

แม้ว่าภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยของประเทศไทยในข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนจะมีพัฒนาการในการบัญญัติข้อบทไปในทิศทางที่เป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนแล้วตามกรอบ IPFSD ซึ่งไม่เพียงแต่ในประเด็นการให้ความสำคัญกับสิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้นที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคมและด้านสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อประโยชน์สูงสุดของรัฐและเป็นการแสดงออกในการให้ความสำคัญกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนควรมีการบัญญัติข้อบทการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้เป็นการเฉพาะ นอกจากการกำหนดไว้ในอารัมภบทของความตกลงฉบับนั้นๆ ทั้งนี้อาจจะเป็นกลไกทางกฎหมายในการกำหนดขอบเขตในการตีความหรือการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาโดยให้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอันเกิดจากการใช้สิทธิในการควบคุมของรัฐ

นอกจากการจัดทำความตกลงฯ ขึ้นใหม่โดยบัญญัติข้อบทตามแนวทางที่ผู้เขียนเสนอไป หรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อบทในความตกลงฯ ที่มีผลใช้บังคับแล้วนั้น ตาม UNCTAD’s REFORM PACKAGE FOR THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME ใน PHASE 2 OF IIA REFORM:

MODERNIZING THE EXISTING STOCK OF IIAs ได้ให้แนวทางในการปฏิรูปความตกลงฯ ไว้<sup>361</sup> โดยผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบการร่วมกันตีความข้อบทในความตกลงฯ ของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย (Jointly interpreting treaty provisions) นั้น เป็นรูปแบบที่อาจจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐภาคีทั้งสองฝ่าย และง่ายที่จะเกิดขึ้นได้ เนื่องจาก การร่วมกันตีความข้อบทในความตกลงฯ ของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย สามารถสร้างความชัดเจนให้กับข้อบทในความตกลงฯ โดยไม่ต้องมีการแก้ไขหรือเจรจาใหม่ โดยจะมีประสิทธิภาพมากขึ้นหากว่าในความตกลงฯ ได้มีการระบุให้รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมกันตีความและหากรัฐภาคีตกลงกันได้อาจจะช่วยลดการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้ การร่วมกันตีความดังกล่าวสามารถที่จะกระทำได้นับแต่การเลือกใช้ข้อบทหรือช่วงที่ข้อพิพาทที่อยู่ระหว่างพิจารณา ทั้งมีความน่าเชื่อถือด้วยเหตุที่ว่า เป็นเรื่องที่เกิดจากเจตนาของรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายที่มีฐานมาจากความตกลงฯ ที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยการร่วมกันตีความข้อบทของรัฐภาคีคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นการทำให้เนื้อความหรือเนื้อหาในข้อบทที่กำหนดไว้ภายใต้ความตกลงฯ ฉบับนั้นๆ มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นและเป็นการกำหนดขอบเขตหรือเนื้อหาของข้อบทให้แคบลงที่จะใช้ในการตีความของอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อพิพาท ทั้งช่วยลดความไม่แน่นอนและเป็นการสร้างความคาดหวังให้นักลงทุนที่มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

โดยแนวทางในการร่วมกันตีความข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงฯ นั้น เมื่อพิจารณาภายใต้กรอบ IPFSD แล้ว รัฐภาคีอาจจะมีการร่วมกันตีความไปในแนวทางที่ว่า รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติอย่าง “เป็นธรรมและเท่าเทียม” หรือรัฐผู้รับการลงทุนมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อนักลงทุนอย่างไร โดยหากใช้แนวทางดังกล่าวนี้ก็จะช่วยหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิดหรือการตีความที่กว้างเกินไปของคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่ทั้งนี้ ก็ควรมีกลไกโดยการระบุให้มีการทบทวนพันธกรณีหรือเงื่อนไขกรณีต่าง ๆ ที่ได้มีการตีความร่วมกันไว้เป็นระยะ ๆ ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการของรัฐที่จะต้องใช้ในการควบคุมการลงทุนหรือคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะการณ์ในขณะนั้น ทั้งนี้ รัฐภาคีอาจจะมีการร่วมกันตีความข้อบทดังกล่าวไปถึงกรณีการใช้สิทธิหรือมาตรการในการควบคุมของรัฐภาคีที่ต้องเป็นไปด้วยความสุจริตหรือตามความชอบธรรมแห่งวัตถุประสงค์ของนโยบายของรัฐ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ตระหนักถึงการใช้

<sup>361</sup> โปรดดู UNCTAD, UNCTAD's REFORM PACKAGE FOR THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME : PHASE 2 OF IIA REFORM: MODERNIZING THE EXISTING STOCK OF IIAs, Ten options for modernizing treaties, 2018. P. 77 – 92.

สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐภาคีให้เป็นไปด้วยความชอบธรรมซึ่งเป็นปัจจัยที่จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้

สำหรับแนวทางในการร่วมกันตีความข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนในความตกลงฯ นั้น เมื่อพิจารณาภายใต้กรอบ IPFSD แล้ว รัฐภาคีอาจจะมีการร่วมกันตีความไปในแนวทางที่ว่า การเวนคืนต้องปฏิบัติตามหรือเป็นไปตามเงื่อนไข 4 ประการซึ่งความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศไทยเป็นไปตามรูปแบบดังกล่าว แต่ทั้งนี้อาจจะต้องมีการร่วมกันตีความกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาว่า การกระทำใดบ้างเป็นการเวนคืนทางอ้อม หรือมีการนิยามว่า มาตรการใดบ้างที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนโดยอ้อม เช่น มาตรการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุข ความปลอดภัยและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะทำให้เห็นได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่า มาตรการใดที่รัฐได้กระทำไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนโดยรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายอาจจะมีการร่วมกันตั้งข้อสังเกตในข้อบทว่า มาตรการที่จะถือเป็นการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมซึ่งไม่ต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (non-compensable) นั้น ต้องเป็นมาตรการที่กระทำด้วยความสุจริต (good faith) โดยกระทำภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบธรรม (a legitimate public policy objectives) ทั้งต้องเป็นมาตรการที่ไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติและเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม นอกจากนั้น อาจจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบอันตราย (Injurious effect) ที่เกิดขึ้นต่อรัฐจากการลงทุนที่ถูกเวนคืนร่วมกับข้อพิจารณาที่กล่าวไปข้างต้นด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตที่ใช้ในการพิจารณาถึงมาตรการที่อ้างว่ากระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ทั้งนี้มีความหวังว่า การสร้างความชัดเจนในเรื่องการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนแก่รัฐผู้รับการลงทุนในข้อบทที่มากเกินไปก็อาจจะมีความเสี่ยงเกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะมีแนวคิดหรือแนวทางในการให้สิทธิในการควบคุมของรัฐให้มีความชัดเจนมากเพียงใด หากว่ารัฐภาคีทั้งสองฝ่ายไม่ยอมรับก็เป็นอันยากที่จะเกิดการให้สิทธิดังกล่าวอย่างชอบธรรมขึ้นได้ หรือการกำหนดมาตรการไว้อย่างชัดเจนก็อาจจะเป็นการผูกมัดรัฐมากเกินไปที่ในการใช้มาตรการเพื่อควบคุมการลงทุนได้ เนื่องจากรัฐก็ไม่อาจที่จะสามารถคาดการณ์ถึงมาตรการในอนาคตที่จะใช้ในการควบคุมซึ่งอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะการณ์ นอกจากนั้น การเข้าร่วมกันตีความก็อาจจะไม่ประสบผลสำเร็จได้ในทุกเรื่อง เนื่องจาก ในบางประเด็นก็ยังคงเป็นอุปสรรคหรือข้อจำกัดของรัฐภาคีซึ่งรัฐภาคีไม่ยินยอมทั้งอาจจะถูกอนุญาโตตุลาการตัดสินดังกล่าวออกจากการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนั้น อาจจะเป็นการยากในการร่วมกันตีความข้อบทเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น เนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนอาจต้องการให้มีการตีความเพื่อให้ตนมีสิทธิในการควบคุมการลงทุนเพื่อไม่ต้อง

รับผิดชอบ และฝ่ายรัฐผู้ส่งออกการลงทุนก็ย่อมต้องตีความเพื่อที่จะคุ้มครองนักลงทุนของตน และท้ายที่สุดเมื่อพิจารณาแล้ว การตีความร่วมกันของรัฐภาคีอาจจะเหมือนหรือคล้ายกับการแก้ไขเพิ่มเติมความขัดกลาง เนื่องจาก มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อความข้อบท ทั้งมีการเจรจาเกี่ยวกับข้อบทที่ทั้งสองฝ่ายร่วมกันตีความ แต่อาจจะมิขึ้นตอนที่ง่ายและไม่ซับซ้อนเท่ากับการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบทในความตกลงฯ

การปฏิรูปข้อบทให้มีความชัดเจนขึ้นโดยการร่วมกันตีความของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย นอกจากเป็นการทำให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนได้อย่างชอบธรรมผ่านข้อบทการให้การปฏิบัติและคุ้มครองนักลงทุนแล้ว ยังเป็นการสร้างการสอดประสานกันของนโยบายด้านการลงทุนของรัฐภาคีและเป็นการส่งเสริมให้รัฐภาคีดำเนินการตามหลักธรรมาภิบาลที่ต้องดำเนินการอย่างโปร่งใสตามที่ได้มีการตีความร่วมกันไว้ อันเป็นการประกันได้ว่ารัฐจะใช้มาตรการได้ภายในขอบเขตตามที่ได้กำหนดไว้ นอกจากนั้น เป็นการจัดทำนโยบายเชิงพลวัตที่อาจมีการปรับปรุงเปลี่ยนนโยบายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากการเจรจาความร่วมมือของรัฐภาคี และเป็นการสร้างความร่วมมือในทางระหว่างประเทศของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย โดยประเด็นเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นปัจจัยที่สำคัญอันส่งเสริมให้รัฐไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในการลงทุนระหว่างประเทศได้ตามแนวทางของกรอบ IPFSD ของ UNCTAD

ดังนั้น การใช้สิทธิในการควบคุม (Right to regulate) โดยข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืน จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ กล่าวคือ รัฐผู้รับการลงทุนสามารถที่จะดำเนินการตามนโยบายของรัฐในด้านต่างๆ ได้ ดังนี้

- (1) นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมที่รัฐต้องให้การปกป้องทรัพยากรที่อาจจะถูกทำลายจากการดำเนินการลงทุน
- (2) นโยบายด้านสังคมที่รัฐต้องจัดหาและคุ้มครองประชาชนจากการได้รับผลกระทบจากการลงทุน เช่น การคุ้มครองทรัพย์สินที่ถือครอง การได้อยู่อาศัยในสภาพแวดล้อมที่ดีและถูกสุขอนามัย หรือการเข้าถึงบริการและสาธารณสุขขั้นพื้นฐานของรัฐ
- (3) นโยบายด้านเศรษฐกิจที่รัฐต้องมีการเสริมสร้าง เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันและคุ้มครองเศรษฐกิจภายในประเทศ เช่น มาตรการทางภาษีสำหรับการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขอนามัย มาตรการส่งเสริมการลงทุนที่เอื้อต่อสภาพแวดล้อมและชุมชน

ดังนั้น การไม่ได้บัญญัติข้อบทให้มีความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดการตีความอย่างกว้างขวางของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อการใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนของรัฐที่

จะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนในการดำเนินการตามนโยบายของรัฐที่ต้องการคุ้มครองเรื่องดังกล่าวข้างต้นได้

โดยสรุปแล้ว ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคี นอกจากการบัญญัติข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และข้อบทการคุ้มครองจากการโอนกิจการหรือการเวนคืนให้มีความชัดเจน โดยการกำหนดหรือการร่วมกันความถึงพันธกรณีให้มีความชัดเจนอาจจะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการส่งเสริมให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้และเป็นการป้องกันการตีความที่อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดแก่รัฐผู้รับการลงทุนได้แล้ว นอกจากนั้น การบัญญัติประเด็นของการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการให้สิทธิแก่รัฐในการควบคุมไว้อย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นในอารัมภบท คำนิยาม หรือการบัญญัติข้อบทในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะก็อาจจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่สอดคล้องกันและส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่ของการใช้สิทธิการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศได้ดีและมีประสิทธิภาพ แต่ในท้ายที่สุดนั้น การให้สิทธิในการควบคุมการลงทุนแก่รัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็ขึ้นอยู่กับ “อำนาจในการเจรจาต่อรอง” ระหว่างรัฐภาคีว่าจะกำหนดให้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแบบทวิภาคีเป็นไปในทิศทางใด ทั้งนี้ ประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนอาจจะใช้แนวทางในการเข้าร่วมตีความข้อบทพร้อมกันกับรัฐภาคีเพื่อให้ตนสามารถใช้สิทธิในการควบคุมการลงทุนผ่านข้อบทต่างๆ ให้มีความชัดเจนเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งก็ย่อมเป็นประโยชน์กับรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายด้วยเช่นกัน

## บรรณานุกรม

นักลงทุนต่างชาติ (ภาคเอกชน). กุมภาพันธ์ 2563.

บริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน). [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา : <http://www.akararesources.com/upload/20140909-akara-factsheet.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 20 สิงหาคม 2562]

บริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน). [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา : <http://akararesources.com/th/open/post/1241/attachment> [เข้าถึงเมื่อ 22 สิงหาคม 2562]

กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. [ออนไลน์]. 2560. แหล่งที่มา : <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation.html> [เข้าถึงเมื่อ 9 กันยายน 2560]

"คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ." 2559.

รัฐศรัณย์ ธนกิจไพศาล. หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย: ศึกษากรณีกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์. สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2560.

ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ. 25 กุมภาพันธ์ 2563.

"ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ พ.ศ. 2562." 2562.

"รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557."

โชติกา วิทยาวรากุล. การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 1 (2559).

สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา(องค์การมหาชน). การประเมินนโยบายการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนตามกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สหมิตรพรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560.

แม่น้ำวาด ฤกษ์ ฤ อุษยา. เหมืองแร่ทองคำ สองทศวรรษไม่เคยมีประชาชนในสายตา [Online]. Available from: <https://prachatai.com/journal/2015/02/57911> [21 สิงหาคม 2562].

## ภาษาอังกฤษ

"Agreement between the Arab Republic of Egypt and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments ". 2005.

"Agreement between the Government of the Lebanese Republic and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments." 2002.

"Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments ". 1995.

"Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments." 2006.

"Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Protection of Investments ". 1993.

"Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the Promotion and Protection of Investments." 1999.

"Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments ". 1991.

"Agreement Establishing the Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area ". 2009.

"Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations." 2017.

"Agreement on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Sultanate of Oman." 2009.

Asean Comprehensive Investment Agreement (2009).

"Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. V. Islamic Republic of Pakistan." International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2009.

"Bear Creek Mining Corporation V. Republic of Perú." INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2017.



- "Bilateral Investment Treaties between Croatia and Oman." 2004.
- "Bilateral Investment Treaty between Argentina and France." 1991.
- "Bilateral Investment Treaty between Bahrain and United States." 1999.
- "Bilateral Investment Treaty between Belgium-Luxembourg Economic Union (Bleu) - Tajikistan ". 2009.
- Bilateral Investment Treaty between Costa Rica - Switzerland (2000).
- "Bilateral Investment Treaty between Mexico and Singapore." 2009.
- "Bilateral Investment Treaty between Pakistan and United Kingdom ".
- "Bilateral Investment Treaty between Rwanda and United States." 2008.
- "Bilateral Investment Treaty between Thailand and Germany." 2002.
- Bilateral Investment Treaty between United Kingdom-Uzbekistan (1993).
- "Canada-Peru Free Trade Agreement."
- Global Affairs Canada. S.D. Myers Inc. V. Government of Canada [Online]. 2007.  
Available from: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/SDM.aspx?lang=eng> [27 October 2019].
- Manjiao Chi. Sustainable Development Provisions in Investment Treaties. (2018).
- "Cms Gas Transmission Company and the Argentina Republic." INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2005.
- "Compañía De Aguas Del Aconquija S.A. And Vivendi Universal S.A. V. Argentine Republic." INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES Washington, D.C., 2007.
- "Decree No. 477 'on the Formation of the Agf Joint Venture and on Matters Ensuring Its Effective Functioning'."
- United Nations Department of Public Information. The Sustainable Development Agenda: Frequently Asked Questions [Online]. Available from: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda> [12 September 2018].
- International Institute for Sustainable Development. Investment and Sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements. Canada: International Institute for Sustainable Development, 2004.
- "Draft Convention on the Protection of Foreign Property ". 1967.

The Energy Charter (1994).

"European Parliament Resolution on the Future European International Investment Policy." 2011.

Greg Foulis. Kingsgate Commences Claim Against Thailand [Online]. Available from: <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/upload/2017/04/1661248.pdf>

10 ed. Thomson West, 2014.

"Georg Gavrilović and Gavrilović D.O.O. And Republic of Croatia." INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2018.

Charalampos Giannakopoulos. The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach. (2017).

The World Bank group. Ease of Doing Business Rankings [Online]. 2019. Available from: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings?region=east-asia-and-pacific> [11 March 2020].

"The Havana Charter for an International Trade Organization ". 1948.

BMJ Glob Health. What drives political commitment for nutrition? A review and framework synthesis to inform the United Nations Decade of Action on Nutrition [ออนไลน์]. 2018. แหล่งที่มา : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5841521/> [เข้าถึงเมื่อ 25 June 2020]

"Hermann Abs and Lord Shawcross ". 1959.

Duncan B. Hollis. "Political" Commitments & the Constitution [ออนไลน์]. 2009. แหล่งที่มา : <http://opiniojuris.org/2009/04/15/political-commitments-the-constitution/> [เข้าถึงเมื่อ 25 June 2020]

KIRRIN HOUGH. Icsid Tribunal Finds Croatia in Breach of Expropriation Obligations under Austria–Croatia Bit [Online]. 2018. Available from: <https://www.iisd.org/itn/2018/10/17/icsid-tribunal-finds-croatia-in-breach-of-expropriation-obligations-under-austria-croatia-bit-kirrin-hough/>

Ph.D. Howard Mann. The Right of States to Regulate and International Investment Law. Icsid Tribunal Rules in Favour of Costa Rica in Fet Dispute (Cervin Investissements V Costa Rica). [Online]. 2017. Available from: [http://www.bakerbotts.com/~/\\_/media/files/news/2017/icsid-tribunal-rules-in-favour-of-costa-rica-in-fet-dispute-cervin-investissements-v-costa-rica.pdf](http://www.bakerbotts.com/~/_/media/files/news/2017/icsid-tribunal-rules-in-favour-of-costa-rica-in-fet-dispute-cervin-investissements-v-costa-rica.pdf) [28

October 2019.

"Indonesia Model Bilateral Investment Treaties."

"International Thunderbird Gaming Corporation V. The United Mexican States."  
UNCITRAL, 2006.

"Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China."  
2019.

"Investment Agreement for the Comesa Common Investment Area." 2007.

"Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. And S.C. Multipack S.R.L. V. Romania." ICSID, 2013.

P. Simons and G. Mayeda J. A. VanDuzer. Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries. London: International Trade and Regional Co-operation Section, Economic Affairs Division, Commonwealth Secretariat 2012.

Kingsgate Consolidated Limited. Chatree Operations: Overview [Online]. Available from: <http://www.kingsgate.com.au/chatree-operations/> [20 August 2019].

F. A. Mann. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. British Yearbook of International Law 52, 1 (1982): 241–254.

"Metalclad Corporation and the United Mexican States." INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2000.

FABIO MOROSINI. Making the Right to Regulate in Investment Law and Policy Work for Development: Reflections from the South African and Brazilian Experiences [Online]. 2018. Available from: <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/> [2 February 2020].

United Nations. The Three Dimensions of Sustainable Development Is an Integrated Approach Beyond Our Reach? [Online]. March 2015. Available from: <http://web.unep.org/ourplanet/march-2015/unep-work/three-dimensions-sustainable-development>. [31 October 2018].

United Nations. Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development.

2015.

M. Gehring and A. Newcombe. *An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law*. In Edited by Newcombe, M.-C. C. S. a. M. W. G. a. A., *Sustainable Development in World Investment Law*. United States of America: Aspen Publishers, Inc., 2011.

"The North American Free Trade Agreement ". 1992.

"Oxus Gold Plc V. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology & Mineral Resources, and Navoi Mining & Metallurgical Kombinat." Paris Court, 2015.

"Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. And Abal Hermanos S.A. V. Oriental Republic of Uruguay." International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 2016.

"Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. V. Oriental Republic of Uruguay." ICSID, 2016.

"S.D. Myers, Inc. And Government of Canada." 2000.

Stefanie Schacherer. *International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s*. (2018).

Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. 2 ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

Ross Smyth-Kirk. *Commencement of Arbitration Against Thailand* [Online]. Available from: [http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/11/KCN\\_Arbitration\\_2Nov17.pdf](http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2017/11/KCN_Arbitration_2Nov17.pdf) [21 August 2019].

Ross Smyth-Kirk. *Kingsgate Settles Political Risk Insurance Proceeding for More Than a\$82million* [Online]. Available from: <http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2019/03/1911046.pdf> [22 August 2019].

Ross Smyth-Kirk. *Pri and Tafta Claim Update* [Online]. Available from: [http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2018/03/PRI\\_TAFTA\\_ClaimUpdate\\_27Mar18\\_1785879.pdf](http://www.kingsgate.com.au/wp-content/uploads/2018/03/PRI_TAFTA_ClaimUpdate_27Mar18_1785879.pdf). [21 August 2019].

M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. 3 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2014.

"Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. V. Mexico." ICSID, 2003.

- Thailand-Australia Free Trade Agreement. (2004).
- Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1994).
- "Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment ". 1991.
- UNCTAD. Expropriation: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements li. United Nations 2012.
- UNCTAD. Fair and Equitable Treatment: Unctad Series on Issues in International Investment Agreements li. United Nations, 2012.
- UNCTAD. Global Policy Data [Online]. 2020. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/> [24 February 2020].
- UNCTAD. International Investment Agreement Navigator [Online]. Available from: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> [9 September 2018].
- UNCTAD. International Investment Agreements Navigator: Thailand [Online]. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/207/thailand> [14 March 2020].
- UNCTAD. International Investment Agreements: Key Issue United Nations 2004.
- UNCTAD. International Investment Agreements: Key Issues Switzerland: United Nations 2004.
- UNCTAD. Investment Policy Framework for Sustainable Development. 2015.
- UNCTAD. Unctad's Reform Package for the Investment Regime Internatio. 2018.
- UNCTAD. World Investment Report 2019: Special Economic Zones. 2019.
- "The United States Friendship, Commerce and Navigation (Fcn) Treaties between Germany and United States." 1954.
- "Vienna Convention on the Law of Treaties." 1969.
- "Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand." UNCITRAL, 2009.
- "Waste Management V. United Mexican States." ICSID, 2004.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นายภาคภูมิ อินเซ่ง
วัน เดือน ปี เกิด	23 มิถุนายน 2537
สถานที่เกิด	จังหวัดสงขลา
วุฒิการศึกษา	จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษา โรงเรียนหาดใหญ่วิทยาลัยสมบูรณ์กุลกันยา อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา และระดับปริญญาตรี หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต จากสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย เมื่อปี พ.ศ. 2559 และในปี พ.ศ. 2559 ได้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ หมวดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY