



คู่มือการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (Checklists) กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ

รายงานการศึกษาฉบับนี้ เป็นความร่วมมือระหว่าง
สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP)
และคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน
(Checklists) กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ

พิมพ์ครั้งที่ ๑	: จำนวนที่พิมพ์ ๕ เล่ม
ที่ปรึกษา	: ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร นายสมชาย หอมลออ
บรรณาธิการ	: ดร.ลัดดาวัลย์ ตันตวิทยาพิทักษ์ ,นางสาวศยามล ไกยูรวงศ์
กองบรรณาธิการ	: นางสาวลัคนา ลัษณศิริ ,นายชัยรินทร์ ธรรมอมรพงศ์ ,นายธีรพงศ์ เพ็ชรสุข ,นายอาทิตย์ หนูสิน
ผู้ศึกษาวิจัย	: รองศาสตราจารย์ ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์
ผู้จัดพิมพ์	: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เลขที่ ๙๙ อาคารซอฟต์แวร์ปาร์ค ชั้น ๑๕ ถนนแจ้งวัฒนะ อ.ปากเกร็ด จ.นนทบุรี ๑๑๑๒๐
โทรศัพท์	: ๐๒ ๕๐๒ ๖๐๐๐ ต่อ ๘๘๘๕
Website	: www.lrct.go.th
Facebook	: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.)
Email	: info@lrct.go.th

คำสงวนสิทธิ์

บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะเชิงนโยบายที่ปรากฏในหนังสือเล่มนี้ มิได้สะท้อนความคิดเห็นของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ คณะกรรมการบริหารองค์กรต่างๆ หรือประเทศสมาชิกต่างๆ ของสหประชาชาติ ข้อคิดเห็นที่ปรากฏในหนังสือเล่มนี้เป็นข้อคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียนและจัดพิมพ์ขึ้นโดยอิสระภายใต้โครงการความร่วมมือทางวิชาการ: การปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพลังสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (Law Reform and Legal Empowerment for Advancement of Human Rights-based Society) โดยความร่วมมือของสำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

คำนำ

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เป็นหน่วยงานที่เกิดขึ้นเพื่อสนับสนุนภารกิจของ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นให้ดำเนินการอย่างเป็นอิสระตามเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ โดยมีวิสัยทัศน์ของการเป็นองค์กรความรู้ ภายใต้ หลักการที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลางของการปฏิรูปกฎหมาย โดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน หลักความเป็นสากล หลักนิติธรรม และหลักธรรมาธิปไตย

เพื่อให้บรรลุตามวิสัยทัศน์ดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงดำเนินงานตาม แนวทางในการเป็นองค์กรความรู้เพื่อปรับปรุงและพัฒนากฎหมายทั้งระบบโดยมุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของ ประชาชน และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้ให้ ความสำคัญต่อการนำพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏอยู่ในกฎบัตร สหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติกาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศและในประเทศ ภูมิภาคอาเซียน มาจัดทำเป็นคู่มือ checklist เพื่อใช้เป็นแนวทาง (guideline) ของการปฏิรูปกฎหมาย ทั้งระบบที่มีกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และมุ่งสนับสนุนให้เกิดการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน อย่างเป็นธรรม

ในการนี้ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้จัดทำโครงการความร่วมมือระหว่าง สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายและโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างความรู้เกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเพื่อให้ เกิดการพัฒนากฎหมายให้มีความเหมาะสมรวมทั้งเป็นการรับประกันว่ากฎหมายภายในประเทศของไทย มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับหลักการตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ภายใต้ความร่วมมือของโครงการดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย และ UNDP ได้ดำเนินการศึกษาเพื่อการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับกฎบัตรของสหประชาชาติ อนุสัญญาระหว่างประเทศ กติกาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนั้นๆ ในมิติทาง เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม โดยได้จัดทำเป็นคู่มือเพื่อใช้ประโยชน์ในการตรวจสอบเปรียบเทียบให้ สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวจำนวน ๙ เรื่อง ดังนี้

๑. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมายแรงงาน)
๒. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมาย สิ่งแวดล้อม)
๓. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (สนธิสัญญาการ ลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) กรณีต่างประเทศ)
๔. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (การระงับข้อพิพาท ระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor -State Dispute Settlement : ISDS)

๕. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (ทรัพยากรป่าไม้และสัตว์ป่า)
๖. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้านยาและเมล็ดพันธุ์)
๗. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมายเกี่ยวกับการเกษตร)
๘. คู่มือการเข้าถึงความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
โดยเร็ว : คู่มือสำหรับผู้กำหนดนโยบายและผู้ปฏิบัติ
๙. คู่มือแนวปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสำหรับอาสาสมัครสิทธิมนุษยชน

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย หวังเป็นอย่างยิ่งว่าคู่มือในการปฏิรูปกฎหมายเหล่านี้จะเป็นเครื่องมือที่เป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อผู้ปฏิบัติงาน ผู้กำหนดนโยบายและผู้มีบทบาทในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมาย เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนในด้านการค้า การลงทุน การประกอบธุรกิจ การทำการเกษตรกรรม การจ้างงาน การอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่าไม้ และสัตว์ป่า ที่ประเทศไทยและประเทศในภูมิภาคอาเซียนต่างได้ประโยชน์อย่างเป็นธรรม และได้รับการปกป้องคุ้มครองในด้านสิทธิมนุษยชนและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ประการที่สำคัญคือผู้ด้อยโอกาสในอาเซียนต่างได้เข้าถึงความยุติธรรมอย่างแท้จริง

ดร.ลัดดาวัลย์ ตันติวิทยาพิทักษ์
เลขาธิการคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

ประเทศไทยได้เจรจาความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement) และความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaty) กับหลายประเทศ ซึ่งความตกลงการค้าเสรีดังกล่าวหลายฉบับได้กำหนดประเด็นการลงทุน (investment) ไว้เป็นหัวข้อหนึ่งของความตกลง เกิดเป็นพันธกรณีที่ส่งเสริมการเปิดเสรีที่ครอบคลุมการลงทุนระหว่างประเทศในทุกสาขาทุกประเด็น มีบทบัญญัติคุ้มครองการลงทุนที่เข้มงวด และมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement) มีลักษณะที่รัฐโอนอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้แก่อนุญาโตตุลาการที่คัดเลือกและแต่งตั้งโดยคู่กรณีพิพาทแห่งคดี โดยทั่วไปหากประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศผู้ส่งออกการลงทุนได้ทำความตกลงระหว่างกัน ซึ่งมีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทเอาไว้ นักลงทุนต่างชาติไม่จำเป็นต้องดำเนินคดีข้อพิพาทในศาลของประเทศผู้รับการลงทุนก่อน หากแต่สามารถเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีได้โดยทันที ในทางทฤษฎีรัฐที่ได้ทำสนธิสัญญาการลงทุนได้ยินยอมสละอำนาจอธิปไตยทางศาลของตน และตกลงยินยอมถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวให้แก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีแทนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะก่อให้เกิดพันธกรณีผูกพันทั้งในด้านกฎหมาย นโยบาย คำพิพากษาของศาล คำสั่งทางปกครอง และกฎระเบียบข้อบังคับต่างๆ ซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อชีวิต สุขอนามัย เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประชาชนในประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมิได้ห้ามรัฐทำการยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุนต่างชาติ เพียงแต่กำหนดว่าการกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขสามประการต่อไปนี้ การยึดหรือริบคืนต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การกระทำนั้นต้องปราศจากการเลือกปฏิบัติ และต้องมีการชดเชยให้แก่เอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน

การเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation) นั้นต่างจากการยึดกิจการเป็นของรัฐ (nationalisation) โดยการเวนคืน หมายถึง การที่รัฐเอาไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเพื่อใช้ในกิจการสาธารณประโยชน์ ในขณะที่การยึดกิจการของเอกชนเป็นการกระทำที่กว้างขวางกว่า โดยรัฐใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจนิติบัญญัติเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากสิทธิเอกชนไปเป็นสมบัติของรัฐ ทั้งการเวนคืนและการยึดทรัพย์สินโดยรัฐอาจเป็นการกระทำโดยตรง (direct) ในลักษณะที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินถูกทำให้เปลี่ยนมือมาเป็นของรัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐ) หรืออาจเป็นการกระทำโดยอ้อม (indirect) ก็ได้ ซึ่งกรณีหลัง หมายถึง การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงการดำเนินธุรกิจหรือแทรกแซงการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของเอกชนโดยไม่มีการถ่ายโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน ซึ่งโดยทั่วไปจะมีลักษณะเป็นการประกาศใช้กฎระเบียบของรัฐที่รบกวนการประกอบธุรกิจการลงทุน ซึ่งความตกลงทวิภาคีและความตกลงภูมิภาคนิยมหลายฉบับให้ถือว่าการยึดหรือริบคืนโดยอ้อมมีผลเป็นอย่างเดียวกันกับการยึดหรือริบคืนทรัพย์สินโดยตรง ซึ่งรัฐผู้กระทำการดังกล่าวจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด โดยเฉพาะจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนเอกชน

ในปัจจุบันมักมีการกำหนดคำนิยามอย่างกว้างไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนและความตกลงเอฟทีเอที่ประเทศที่พัฒนาแล้วทำกับประเทศคู่ค้าต่างๆ การกำหนดให้ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible property) เป็นการลงทุนประเภทหนึ่ง ได้ทำให้สิทธิทางกฎหมายต่างๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หุ้่น สิทธิในสัมปทาน สิทธิตามสัญญา ฯลฯ มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะการลงทุนด้วย ตัวอย่างเช่น ในความตกลงเอฟทีเอที่สหรัฐทำกับประเทศออสเตรเลีย ชิลี อเมริกากลาง โมร็อกโก และสิงคโปร์ ล้วนแต่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การลงทุนมีความหมายครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างด้วย

ถึงแม้ว่าสิทธิทางกฎหมายที่ไม่มีรูปร่างจะได้ถูกรวมว่าเป็นส่วนหนึ่งของการลงทุน แต่มีข้อควรสังเกตว่า สิทธิที่ได้รับการรับรองว่าเป็นสินทรัพย์การลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นสิทธิที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมพอสมควร กล่าวคือ จะต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายให้การรับรองอย่างชัดเจน สิทธิที่มีลักษณะคลุมเครือ ขาดความชัดเจน จะไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะการลงทุน อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความตกลงนาฟต้าได้เคยมีคำวินิจฉัยชี้ขาดไว้ในคดีสองคดี ได้แก่ คดี Pope & Talbot, Inc v Canada และคดี S.D. Myers, Inc. v Canada ว่า “การเข้าถึงตลาด” (market access) และ “ส่วนแบ่งตลาด” (market share) มิได้มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินการลงทุนที่อาจถูกยึดหรือริบโดยรัฐได้ อนุญาโตตุลาการในสองคดีดังกล่าวมีความเห็นว่า การออกนโยบายและการใช้มาตรการโดยรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงตลาดของนักลงทุน และที่ส่งผลให้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทผู้ลงทุนต้องลดลง หาได้เป็นการยึดหรือริบคืนกิจการมาเป็นของรัฐ อันเป็นเหตุให้นักลงทุนมีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยจากรัฐไม่

กฎหมายระหว่างประเทศด้านการลงทุนในปัจจุบันนิยมกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐให้อำนาจนักลงทุนเอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐได้โดยตรง อันถือเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เหตุผลที่กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงอิทธิพลทางการเมืองของประเทศผู้รับการลงทุน และเพื่อให้ปลอดจากอคติของตุลาการ ซึ่งเป็นคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนเอง นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการยังถูกมองว่าเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพที่สามารถดำเนินการได้รวดเร็วยิ่งกว่าการพิจารณาตัดสินศาล

ข้อวิพากษ์ของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐมีดังนี้

ประการแรก กลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนมักจะทำให้สิทธิที่เกินสมควรแก่นักลงทุนต่างชาติ ทั้งเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยการให้สิทธิดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (discriminatory) เพราะมักให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติ แต่เพียงฝ่ายเดียว คนชาติและนักลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนจะไม่ได้รับสิทธิพิเศษดังกล่าวด้วย

ประการที่สอง กฎเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมักมีลักษณะที่แปลกแยกจากระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายภายใน อนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนจะดำเนินการควบคู่ขนานกันไปกับกฎหมายภายใน และในบางกรณีการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการอาจบั่นทอนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายภายในลงด้วย นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการมีข้อบกพร่องอยู่

หลายประการ เช่น ปราศจากความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณาและการชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากไม่มีบทกำหนดให้มีการเปิดเผยการพิจารณาคดีต่อสาธารณะ ปิดกั้นโอกาสที่สาธารณชนจะเข้าถึงเอกสารสำนวนความต่างๆ ที่ใช้ในการพิจารณาคดี ฯลฯ นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการยังเป็นกลไกระงับข้อพิพาทที่ปราศจากความแน่นอน ในขณะที่ระบบศาลและกระบวนการยุติธรรมจะมีการสร้างบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล แต่คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะผูกพันเฉพาะคู่พิพาทในคดีเท่านั้น โดยไม่มีผลสร้างบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อมา ถึงแม้ว่าคดีที่เกิดขึ้นในภายหลังจะมีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันหรือคล้ายกัน อนุญาโตตุลาการในคดีหลังอาจมีคำวินิจฉัยชี้ขาดแตกต่างไปได้

ประการที่สาม วัตถุประสงค์หลักของระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุนคือ การพิจารณาชี้ขาดว่ารัฐจะต้องชดเชยให้แก่นักลงทุนหรือไม่ ประเด็นเรื่องการรักษาหรือการคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีระหว่างคู่กรณีหาได้เป็นสาระสำคัญของกลไกระงับข้อพิพาทลักษณะนี้ไม่ การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุนจึงไม่ช่วยสร้างหรือรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจในระยะยาวระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ อันเป็นปัจจัยสำคัญต่อการสร้างบรรยากาศการลงทุนและการส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ

ประการที่สี่ กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือข่มขู่รัฐมิให้ตรากฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชน ค่าชดเชยจำนวนมากที่รัฐจะต้องจ่ายให้แก่การลงทุนเอกชน หากรัฐถูกตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการให้แพ้คดี นับเป็นต้นทุนทางเศรษฐกิจโดยตรงที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องแบกรับ แต่ต้นทุนที่สูงกว่านั้นคือ ต้นทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนจะตัดสินใจไม่ตรากฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับดังกล่าว อันเนื่องจากถูกข่มขู่โดยนักลงทุนเอกชนว่าจะดำเนินคดีกับรัฐโดยอาศัยมาตรการระงับข้อพิพาทหากรัฐตัดสินใจดำเนินการดังกล่าว ซึ่งต้นทุนแอบแฝงเช่นนี้อาจจะเป็นต้นทุนทางเศรษฐกิจ เช่น ต้นทุนที่รัฐจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายด้านการสาธารณสุข หรือต้องเพิ่มงบประมาณด้านสาธารณสุขขึ้น อันเนื่องมาจากรัฐไม่ควบคุมการค้าบุหรี่ เป็นต้น ส่วนต้นทุนแอบแฝงนั้น หมายถึง ต้นทุนทางสังคม เช่น สุขภาพอนามัยที่เสื่อมถอยลงของประชาชน เนื่องจากการสูบบุหรี่หรือจากการดื่มสุรา เป็นต้น

หากไทยยอมรับพันธกรณีเรื่องกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน กรณีมีความเสี่ยงที่อาจทำให้รัฐถูกฟ้องร้องภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยไม่ผ่านกระบวนการศาลยุติธรรมของไทยได้ ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินนโยบายสาธารณะในด้านต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ เช่น ไม่อาจกำหนดมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัย มาตรการด้านคุ้มครองแรงงาน มาตรการเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ฯลฯ เนื่องจากการกำหนดมาตรการเหล่านั้นจะถูกมองว่าเป็นการริบหรือยึดคืนกิจการการลงทุนโดยอ้อม (indirect expropriation) โดยรัฐอาจถูกอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ต้องรับผิดชอบค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนทางอ้อมดังกล่าวให้แก่การลงทุนเอกชน

ความตกลงด้านการลงทุนจำเป็นต้องสร้างความสมดุลด้วยการกำหนดเงื่อนไขของนักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) กำหนดช้อยกเว้นหรือข้อสงวนเพื่อให้รัฐสามารถออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ รักษาสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยของประชาชน ซึ่งอาจเป็นตัวขับเคลื่อนสำหรับไทยในการส่งเสริมนโยบายการลงทุนเพื่อการ

อนุรักษ์ที่มีได้มุ่งเน้นเพียงการพัฒนาทางเศรษฐกิจ แต่ต้องเป็นการพัฒนาที่ต้องควบคู่ไปกับการพัฒนาทางสังคมอันเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement) มีลักษณะที่รัฐโอนอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้แก่อนุญาโตตุลาการที่คัดเลือกและแต่งตั้งโดยคู่กรณีพิพาทแห่งคดี โดยทั่วไปหากประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศผู้ส่งออกการลงทุนได้ทำความตกลงระหว่างกัน ซึ่งมีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทเอาไว้ นักลงทุนต่างชาติไม่จำเป็นต้องดำเนินคดีข้อพิพาทในศาลของประเทศผู้รับการลงทุนก่อน หากแต่สามารถเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีได้โดยทันที คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะก่อให้เกิดพันธกรณีผูกพันทั้งในด้านกฎหมาย นโยบาย คำพิพากษาของศาล คำสั่งทางปกครอง และกฎระเบียบข้อบังคับต่างๆ ซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อชีวิต สุขอนามัย เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประชาชนในประเทศ

หากไทยยอมรับพันธกรณีเรื่องกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน กรณีมีความเสี่ยงที่อาจทำให้รัฐถูกฟ้องร้องภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยไม่ผ่านกระบวนการศาลยุติธรรมของไทยได้ ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินนโยบายสาธารณะในด้านต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ เช่น ไม่อาจกำหนดมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัย มาตรการด้านคุ้มครองแรงงาน มาตรการเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ฯลฯ เนื่องจากการกำหนดมาตรการเหล่านั้นจะถูกมองว่าเป็นการริบหรือยึดคืนกิจการการลงทุนโดยอ้อม โดยรัฐอาจถูกอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ต้องรับผิดชอบค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนทางอ้อมดังกล่าวให้แก่แก่นักลงทุนเอกชน

Investment agreements entered by countries restrict discriminatory expropriation by the host government, as well as policy changes that are not for a public purpose. More importantly, the agreements provide for the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism allowing investors to by-pass obligations to seek a remedy under domestic courts. The rationale for the ISDS mechanism was traditionally linked to views about the potential impact on foreign investment of uncertainty caused by weak legal, judicial and political systems in host countries. The investment chapter under various Free Trade Agreements and Bilateral Investment Treaties, if adopted, might place Thailand's substantive ability to protect public interests at risk. The ISDS will make it harder for the Thai government to regulate the essential sectors, and will expose Thailand's legitimate public policy objectives, such as controls on the sale of hazardous goods, and protection of consumers, health and the environment to challenges by private arbitrators. Foreign companies will be able to exert an influence over the formation of public policy both directly and indirectly by allowing investors to bring compensation claims against the regulating State.

สารบัญ

หน้า

บทที่ ๑	บทนำ.....	๑
	๑. หลักการและเหตุผล.....	๑
	๒. วัตถุประสงค์ของโครงการ.....	๒
	๓. ขอบเขตการดำเนินงาน.....	๓
	๔. วิธีการดำเนินการวิจัย.....	๔
	๕. ระยะเวลาศึกษา.....	๔
บทที่ ๒	ลักษณะทั่วไปของความตกลงด้านการลงทุน.....	๕
	๑. แนวคิดเกี่ยวกับกฎระเบียบด้านการลงทุนข้ามชาติ.....	๕
	๑.๑ การสร้างความโปร่งใสของนักลงทุน.....	๕
	๑.๒ การกำหนดกฎระเบียบเพื่อกำกับควบคุมนักลงทุน.....	๖
	๒. ลักษณะทั่วไปของความตกลงด้านการลงทุน.....	๘
	๓. ความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน.....	๑๑
	๓.๑ ความตกลงนาฟต้า.....	๑๓
	๓.๒ ร่างความตกลงเอ็มเอไอ.....	๑๕
	๓.๓ ความตกลงทริมส์.....	๑๗
	๓.๔ ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS).....	๒๐
	๔. ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน.....	๒๓
บทที่ ๓	การคุ้มครองการลงทุน.....	๒๔
	๑. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุนโดยรัฐ.....	๒๔
	๒. ความหมายของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ.....	๓๐
	๓. อนุญาโตตุลาการและกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ.....	๓๐

บทที่ ๔	หลักการสำคัญเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ	๓๔
๑.	กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงด้านการลงทุน	๓๔
๒.	หลักการขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการปกป้อง เคารพ และเยียวยา การดำเนินธุรกิจและสิทธิมนุษยชน	๔๐
๓.	แนวปฏิบัติขององค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับ บริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises)	๔๑
๔.	แนวทางความรับผิดชอบขององค์กรธุรกิจต่อสังคมขององค์การระหว่างประเทศ ว่าด้วยการมาตรฐาน (International Organization for Standardization Guidelines for Social Responsibility [ISO 26000])	๔๒
๕.	หลักการโดยความสมัครใจในเรื่องความมั่นคงและสิทธิมนุษยชน (Voluntary Principles on Security and Human Rights)	๔๕
๖.	นโยบายและระเบียบปฏิบัติของภาคีรัฐบาล ธุรกิจ และสมาคมประชาชาติ แห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) เพื่อการปกป้องและส่งเสริม สิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอาเซียน	๔๕
บทที่ ๕	บทวิเคราะห์กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน	๔๗
๑.	ข้อวิพากษ์เกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน	๕๒
๒.	ประสบการณ์ของบางประเทศ	๕๖
๒.๑	ประเทศออสเตรเลีย	๕๖
๒.๒	ประเทศแคนาดา	๕๗
๒.๓	ประเทศสมาชิกนาฟต้า	๕๙
๒.๔	การฟ้องร้องคดีตามกฎหมายไทย	๖๑
บทที่ ๖	บทวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและข้อเสนอแนะ	๖๔
๑.	ผลกระทบต่อประเทศไทย	๖๔
๑.๑	พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒	๖๕
๑.๒	อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย	๖๘
๑.๓	พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐	๗๐

๒. ผลกระทบต่อประเทศไทยที่อาจเกิดจากกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน.....	๗๑
๒.๑ การใช้ระบบ Exhaustion of local remedies.....	๗๑
๒.๒ พัฒนานโยบายติดตามการไปสู่ความเป็นสถาบันระหว่างประเทศ.....	๗๒
๒.๓ สร้างความโปร่งใส.....	๗๒
๒.๔ การมีส่วนร่วมของสาธารณชนในกระบวนการพิจารณา.....	๗๒
๒.๕ หลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อน.....	๗๒
๒.๖ การอุทธรณ์คำวินิจฉัย.....	๗๓
บทที่ ๗ ตาราง Checklists.....	๗๔
บรรณานุกรม.....	๙๐

บทที่ ๑

บทนำ

๑. หลักการและเหตุผล

โครงการการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพลังสังคมด้านสิทธิมนุษยชน เป็นโครงการที่ตั้งขึ้นจากถ้อยแถลงเกี่ยวกับวิสัยทัศน์และพันธกิจของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย และความร่วมมือระหว่าง UN Partnership Framework กับรัฐบาลไทย สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program) และคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย จึงได้จัดทำโครงการการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพลังสังคมด้านสิทธิมนุษยชนขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะพัฒนาศักยภาพของเจ้าหน้าที่และองค์กร เสริมสร้างขีดความสามารถและศักยภาพของภาคประชาชนในการเรียกร้องและได้รับการเยียวยาอย่างเป็นธรรม และสนับสนุนการพัฒนาสู่สังคมด้านสิทธิมนุษยชน

ผลที่คาดหวังประการหนึ่งจากโครงการนี้คือ เพื่อให้สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายสามารถสนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายให้ตรงตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยเฉพาะการจัดทำโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายในการพัฒนาเครื่องมือสำหรับใช้พิจารณาทบทวนกฎหมาย ระเบียบ และนโยบายด้านกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ว่ามีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และสนธิสัญญาอนุสัญญา ข้อตกลง และพิธีสารระหว่างประเทศอย่างไร เพื่อเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาแก้ไขปรับปรุง พัฒนามาตรฐานกฎหมายให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

ประเทศไทยได้เจรจาความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement) หรือเอฟทีเอกับสหภาพยุโรป และแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมในความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก (Trans-Pacific Partnership Agreement) หรือ ทีพีพี (TPP) ที่อยู่ระหว่างการเจรจาจัดทำโดยประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ความตกลงการค้าเสรีทั้งสองกรอบนี้ได้กำหนดประเด็นการลงทุน (investment) ไว้เป็นหัวข้อหนึ่งของการเจรจา โดยบทการลงทุนในความตกลงทั้งสองฉบับดังกล่าว ได้กำหนดพันธกรณีที่ส่งเสริมการเปิดเสรีการลงทุนที่ครอบคลุมการลงทุนระหว่างประเทศในทุกสาขาทุกประเด็น มีบทบัญญัติคุ้มครองการลงทุนที่เข้มงวด และมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement) มีลักษณะที่รัฐโอนอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้แก่อนุญาโตตุลาการที่คัดเลือกและแต่งตั้งโดยคู่กรณีพิพาทแห่งคดี โดยทั่วไปหากประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศผู้ส่งออกการลงทุน ได้ทำความตกลงระหว่างกัน ซึ่งมีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทเอาไว้ นักลงทุนต่างชาติก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินคดีข้อพิพาทในศาลของประเทศผู้รับการลงทุนก่อน หากแต่สามารถเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีได้โดยทันที ในทางทฤษฎีรัฐที่ได้ทำสนธิสัญญาการลงทุน ได้ยินยอมสละอำนาจอธิปไตยทางศาลของตน และตกลงยินยอมถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวให้แก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีแทน คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะก่อให้เกิดพันธกรณี

ผูกพันทั้งในด้านกฎหมาย นโยบาย คำพิพากษาของศาล คำสั่งทางปกครอง และกฎระเบียบข้อบังคับต่างๆ ซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อชีวิต สุขอนามัย เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประชาชนในประเทศ

ในโอกาสที่ประเทศไทยต้องเตรียมความพร้อมในการรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศเรื่องการเปิดเสรีด้านการลงทุน จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ ดังเช่นที่เจรจากันในความตกลงเอฟทีเอไทย-สหภาพยุโรป ความตกลงทีพีพีและสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty: BITs) ที่ไทยได้ทำไปแล้วกับต่างประเทศ โดยวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการรับพันธกรณี ที่ยินยอมให้นักลงทุนเอกชนต่างชาติฟ้องร้องประเทศไทยภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว พร้อมทั้งจัดทำคู่มือ (Checklist) เปรียบเทียบความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ โดยวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของกลไกระงับข้อพิพาท และวิเคราะห์กฎหมายภายในประเทศว่าจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไข รวมทั้งมีข้อเสนอแนะที่จะเป็นประโยชน์และเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อคนในชาติ

๒. วัตถุประสงค์ของโครงการ

๑) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ลักษณะทั่วไปของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement) ความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดกลไกดังกล่าว ความรับผิดชอบของรัฐในการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม ความหมายของการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation) และปัญหาเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน และกรณีตัวอย่าง

๒) เพื่อจัดทำ Checklists หรือแผนภูมิเปรียบเทียบพันธกรณีของประเทศไทยที่เกี่ยวกับหลักการระหว่างประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนและการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน เช่น แนวปฏิบัติขององค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับบริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) แนวทางความรับผิดชอบขององค์กรธุรกิจต่อสังคมขององค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (International Organization for Standardization Guidelines for Social Responsibility [ISO 26000]) และหลักการโดยความสมัครใจในเรื่องความปลอดภัยและสิทธิมนุษยชน (Voluntary Principles on Security and Human Rights) เป็นต้น วิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองการลงทุนในไทย และกลไกกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นประโยชน์ต่อคนในรัฐชาติและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนไทย

๓. ขอบเขตการดำเนินงาน

๑) ศึกษาวิเคราะห์หลักการพื้นฐานของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

- ลักษณะทั่วไปของกลไก ISDS
- ความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดกลไก ISDS
- ความรับผิดชอบของรัฐในการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม

- ความหมายของการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation)
- ปัญหาเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน และกรณีตัวอย่าง

๒) ศึกษาวิเคราะห์พันธกรณีของประเทศไทยว่าด้วยการลงทุน ได้แก่ ความตกลงทริมส์ (TRIMS) ขององค์การการค้าโลก ร่างความตกลงทีพีพี ร่างความตกลงเอฟทีเอไทย-สหภาพยุโรป และความตกลงเอฟทีเอและความตกลงด้านการลงทุนที่ประเทศไทยผูกพัน โดยให้พิจารณาหลักการระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจการลงทุน และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้แก่

- หลักการของสหประชาชาติว่าด้วยการปกป้อง เคารพ และเยียวยาการดำเนินธุรกิจ และสิทธิมนุษยชน
- แนวปฏิบัติขององค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับบริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises)
- แนวทางความรับผิดชอบขององค์กรธุรกิจต่อสังคมขององค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (International Organization for Standardization Guidelines for Social Responsibility [ISO 26000])
- หลักการโดยความสมัครใจในเรื่องความปลอดภัยและสิทธิมนุษยชน (Voluntary Principles on Security and Human Rights)
- นโยบาย และระเบียบปฏิบัติของรัฐบาล ภาคธุรกิจ และสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (อาเซียน) เพื่อการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอาเซียน เป็นต้น

๓) จัดทำคู่มือ (Checklist) เปรียบเทียบพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามข้อ ๒) ข้างต้น เปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของไทย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นต้น ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

- ปัญหาการคุ้มครองการลงทุนในไทย
- การคัดเลือกอนุญาโตตุลาการ
- การบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ
- ระบบอนุญาโตตุลาการภายใต้กลไก ISDS เปรียบเทียบกับระบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนของไทยในปัจจุบัน
- กลไกระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ
- กลไก ISDS ภายใต้ความตกลงทีพีพี ความตกลงเอฟทีเอไทย-สหภาพยุโรป และความตกลงด้านการลงทุนที่ประเทศไทยผูกพัน
- แนวทางและข้อเสนอแนะต่อการปรับปรุงกฎหมายไทยในการดำเนินการเปิดเสรีการลงทุน และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

๔. วิธีการดำเนินการวิจัย

วิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษารวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลในรูปเอกสาร

๕. ระยะเวลาศึกษา

๒๑๐ วัน นับแต่วันลงนามในสัญญาจ้าง

บทที่ ๒

ลักษณะทั่วไปของความตกลงด้านการลงทุน

๑. แนวคิดเกี่ยวกับกฎระเบียบด้านการลงทุนข้ามชาติ

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำกับการลงทุนข้ามชาติอาจจำแนกได้ดังนี้

๑.๑ การสร้างความโปร่งใสของนักลงทุน

แนวทางหนึ่งในการลดผลกระทบของการลงทุนข้ามชาติต่อสังคม คือ การสร้างความโปร่งใสของบรรษัทนักลงทุน (Corporate transparency) แต่ปัญหาสำคัญประการหนึ่งคือการสร้างความโปร่งใสของนักลงทุนไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยง่าย คือ ประเทศผู้รับการลงทุนเองก็ขาดความโปร่งใส โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาทุจริตคอร์รัปชันในระบบราชการ นอกจากนี้ การที่ประเทศต่างๆ ให้ความสำคัญกับการดึงดูดการลงทุนมากกว่าการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและความรับผิดชอบของนักลงทุน ทำให้ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ไม่ใส่ใจให้ความสำคัญกับประเด็นความโปร่งใสของการลงทุน

สาระสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุน คือ ความตกลงเหล่านั้นมิได้กำหนดหน้าที่ที่จะสร้างความโปร่งใสอย่างเท่าเทียมกันทั้งในส่วนของประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุน ความตกลงเหล่านั้นล้วนแต่กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนมีความโปร่งใสต่อนักลงทุน เช่น ไม่เลือกปฏิบัติหรือกระทำการกีดกันนักลงทุนต่างชาติให้การคุ้มครองข้อมูลความลับทางการค้าของนักลงทุน ฯลฯ ความตกลงดังกล่าวกลับมิได้กำหนดภาระหน้าที่และสร้างความโปร่งใสในส่วน of นักลงทุนไว้เลย หากสังคมได้รับประโยชน์จากสิทธิเป็นการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐ (Freedom of Information) อย่างไร สังคมก็จะได้รับประโยชน์จากสิทธิของสาธารณะในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของนักลงทุนอย่างเดียวกัน

ความโปร่งใสของนักลงทุนจะช่วยทำให้การลงทุนข้ามชาติก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งความโปร่งใสของนักลงทุนจะเกิดขึ้นได้หากสาธารณชนมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับนักลงทุน ซึ่งการรับรองสิทธิของสาธารณชนดังกล่าวอาจทำได้ ๒ แนวทาง คือ

แนวทางแรก ด้วยการออกกฎหมายรับรองสิทธิในการรับรู้ของประชาชน เช่น ด้วยการกำหนดให้บรรษัทผู้ลงทุนต้องเสนอรายงานประจำปีเกี่ยวกับผลด้านสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐ และหน่วยงานของรัฐจะทำหน้าที่เผยแพร่รายงานดังกล่าวต่อสาธารณชนต่อไป^๑

แนวทางที่สอง การจัดทำรายงานด้านสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนโดยสมัครใจ (Voluntary corporate environment and human rights reporting) โดยบรรษัทผู้ลงทุนจะต้องสมัครใจรายงาน

^๑ แนวความคิดนี้มีมาจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “The Emergency Planning and Community Right - to - Know Act of 1986” ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกในโลกที่รับรองสิทธิของสาธารณชนในอันที่จะรับรู้ข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม และการดำเนินการของบริษัท ซึ่งแนวความคิดในกฎหมายนี้นำไปสู่การยกร่างความตกลงระหว่างประเทศโดย UNECE (United Nations Commission for Europe) ที่เรียกว่า “Convention on Access to Information, Public Participation in Decision - Making and Access to Justice in Environmental Matters 1998” หรือที่เรียกกันว่า “อนุสัญญาอาarhus” (Aarhus Convention)

ผลดำเนินการของตนในด้านสิ่งแวดล้อมและในด้านผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนต่อสาธารณชน โดยไม่ต้องการออกกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับใดๆ รายงานนี้จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมในการรับรู้ผลดำเนินการของบริษัท และเป็นประโยชน์ต่อบริษัทเองในการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีต่อสาธารณชน และเป็นดัชนีชี้วัดการดำเนินการของบริษัทเพื่อการปรับปรุงการดำเนินการให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน ควรส่งเสริมการสร้างความปลอดภัยของนักลงทุนและส่งเสริมให้มีการเปิดเผยหรือให้สาธารณชนมีโอกาสดูเข้าถึงข้อมูลด้านดังกล่าวของบริษัทผู้ลงทุน ผู้คัดค้านแนวความคิดดังกล่าวมักจะให้เหตุผลว่า กรอบกติกาเช่นนี้สร้างภาระแก่นักลงทุน และส่งผลเป็นการทำลายบรรยากาศการลงทุน ข้อกล่าวอ้างนี้ผิดพลาดและไม่ถูกต้อง เนื่องจากประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และสิทธิมนุษยชนนั้น โดยทั่วไปจะมีอิทธิพลน้อยมากต่อการตัดสินใจเข้าไปลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากการที่นักลงทุนและบริษัทข้ามชาติจำนวนมากได้โยกย้ายกิจการและเข้าไปลงทุนในประเทศที่พัฒนาแล้ว ทั้งๆ ที่ประเทศเหล่านั้นมีมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนที่สูง ดังรายงานของสถาบัน Economist Intelligent Unit^๒ ที่ระบุว่า ปัจจัยสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการเข้าไปลงทุนในประเทศต่างๆ คือ ขนาดของตลาด อัตราค่าแรงงาน และการปฏิรูปและโครงสร้างทางเศรษฐกิจ มีข้อสังเกตว่าการกำหนดให้บริษัทผู้ลงทุนต้องเปิดเผยข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม ด้านสังคม และสิทธิมนุษยชน มิได้ทำให้บริษัทข้ามชาติต้องเสียประโยชน์แต่อย่างใด เพราะในความเป็นจริงบริษัทที่เข้าไปในประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทลูก (subsidiary company) ของกลุ่มบริษัทข้ามชาติ ซึ่งบริษัทเหล่านี้ถูกบังคับให้ต้องเปิดเผยผลประกอบการในด้านต่างๆ ในประเทศผู้ส่งออกการลงทุนอยู่แล้ว (home country) ซึ่งรวมถึงการถูกกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อมด้วย

โดยสรุป การสร้างความปลอดภัยของนักลงทุนและหลักการเข้าใจข้อมูลข่าวสารของบริษัท ควรจะได้รับการรับรองและถูกนำมาใช้ และควรจะถูกขยายไปใช้กับนักลงทุนและบริษัทในประเทศด้วย เพื่อที่จะส่งเสริมให้ธุรกิจการค้าการลงทุนมีลักษณะที่เกื้อหนุนต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนและตอบสนองต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรของประเทศ

๑.๒ การกำหนดกฎระเบียบเพื่อกำกับควบคุมนักลงทุน

ประเทศผู้รับการลงทุนมักใช้ระเบียบข้อบังคับและกฎหมายภายใน เพื่อกำกับควบคุมผู้ลงทุนต่างชาติ กฎระเบียบว่าด้วยการลงทุนตามกฎหมายของประเทศต่างๆ อาจจำแนกออกได้เป็น ๓ ลักษณะใหญ่ๆ คือ

- กฎระเบียบสำหรับการเข้ามาลงทุนในประเทศ
- กฎระเบียบสำหรับการลงทุนได้ที่เข้ามาในประเทศแล้ว
- กฎระเบียบเพื่อจูงใจการลงทุน

รายละเอียดของกฎระเบียบการลงทุนทั้งสามลักษณะมีดังนี้

^๒

Economist Intelligent Unit, World Investment Prospects: Comparing Business Environment across the World, London, 2001.

๑.๒.๑ กฎระเบียบสำหรับการเข้ามาลงทุนในประเทศ (pre-establishment)

อาจกล่าวได้ว่าไม่มีประเทศใดในโลกที่เปิดให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศโดยเสรีอย่างไม่มีขีดจำกัด ประเทศต่างๆ ได้ออกกฎหมายและข้อบังคับกีดกันมิให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนโดยเสรีในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใด

กฎระเบียบควบคุมการเข้ามาลงทุนนั้นมีหลากหลายรูปแบบ นับตั้งแต่ที่เข้มงวดที่สุด คือ การจำกัดหรือห้ามการลงทุนจากต่างชาติในบางกิจการอย่างเด็ดขาด (เช่น บางประเทศห้ามผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในกิจการธนาคาร ประกันภัย โทรคมนาคม ฯลฯ) ไปจนถึงการอนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน แต่ออกระเบียบควบคุมในเรื่องอื่นๆ ไม่ว่าจะด้วยการจำกัดจำนวนการลงทุนของต่างชาติ (เช่น จำกัดสัดส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท หรือห้ามคนต่างชาติเป็นผู้บริหารกิจการ ฯลฯ) เป็นต้น เหตุผลของการจำกัดเช่นนี้เพื่อสงวนอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเชื่อว่าการเปิดให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนครอบงำกิจการที่มีความสำคัญเป็นความเสี่ยงต่อความมั่นคงแห่งรัฐและต่อผลประโยชน์ของสาธารณชน

แม้แต่สหรัฐอเมริกาซึ่งประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจที่เสรีและเปิดกว้างที่สุด ยังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการที่ต่างชาติจะเข้ามาลงทุนในกิจการบางสาขา อาทิ กฎหมายสหรัฐยังจำกัดการที่ต่างชาติจะเข้ามาลงทุนในกิจการสื่อสารมวลชน สิ่งพิมพ์ และภาพยนตร์ ซึ่งเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของสหรัฐ^๓

๑.๒.๒ กฎระเบียบสำหรับการลงทุนที่ได้เข้ามาในประเทศแล้ว (post-establishment)

แม้ผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาลงทุนในประเทศแล้วก็ตาม ประเทศผู้รับการลงทุนยังต้องการกำกับควบคุมการดำเนินธุรกิจ และการประกอบกิจการของผู้ลงทุนต่างชาติ แต่ความจำเป็นของการใช้กฎระเบียบลักษณะนี้มักเกิดจากความต้องการของประเทศผู้รับการลงทุนที่จะปกป้องผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ มากกว่าที่จะเป็นเหตุผลด้านอธิปไตยของรัฐดังเช่นกฎระเบียบประเภทที่กล่าวมาก่อนหน้านี้

กฎระเบียบลักษณะนี้มีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ รวมทั้งการบังคับให้การลงทุนอยู่ในรูปของกิจการร่วมค้า (Joint ventures) และที่พบเห็นเสมอๆ คือ การบังคับให้ผู้ลงทุนดำเนินการบางอย่าง (Performance requirements) เช่น บังคับใช้วัสดุการผลิตที่มีในประเทศ การบังคับจ้างบุคลากรในประเทศ การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลและให้ถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น

๑.๒.๓ กฎระเบียบเพื่อจูงใจการลงทุน (investment promotion)

กฎระเบียบประเภทนี้มักมีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษด้านการลงทุน ที่ช่วยลดต้นทุนและลดภาระทางการเงินของผู้ลงทุน เพื่อดึงดูดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ ตัวอย่างเช่น การลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคล การให้การสนับสนุนด้านการเงิน การค้ำประกันเงินกู้ และการให้สินเชื่อเพื่อส่งออก

^๓

Nance, D.S. and J. Wasserman “Regulation of Imports and Foreign Investment in the United States on National Security Grounds”, 11 Mich. J. Int'l L. 926 (1990).

๒. ลักษณะทั่วไปของความตกลงด้านการลงทุน

ในช่วง ๒๐ ปีที่ผ่านมา การลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ (Foreign Direct Investment) ได้เติบโตและขยายตัวอย่างมาก มูลค่าการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศทั่วโลกในปี พ.ศ. ๒๕๓๓ มีสัดส่วนที่สูงถึง ๒๐๒,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่มูลค่าการลงทุนในโลกได้เพิ่มขึ้นเป็น ๑,๒๓๐,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐในปี พ.ศ. ๒๕๔๓ จากจำนวนนี้ สหรัฐ ญี่ปุ่น และสหภาพยุโรปมีส่วนแบ่งการลงทุนรวมกันที่สูงถึงร้อยละ ๘๒ โดยประเทศกำลังพัฒนาทั้งหมดมีส่วนแบ่งการลงทุนระหว่างประเทศเพียงร้อยละ ๑๘ เท่านั้น^๔

แม้ในทางทฤษฎีการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศจะมีลักษณะที่ต่างกัน แต่ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะแยกธุรกรรมทั้งสองประเภทออกจากกันอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้เพราะการค้าระหว่างบริษัทที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน (Intra-firm trade) (ซึ่งหมายถึงการซื้อขายระหว่างบริษัทต่างๆ ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน หรือที่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทแม่บริษัทเดียวกัน โดยบริษัทเหล่านั้นอาจดำเนินกิจการหรือเข้าไปลงทุนในประเทศเดียวกันหรือต่างประเทศก็ได้) มีสัดส่วนที่สูงมาก โดยสัดส่วนการค้าระหว่างบริษัทในกลุ่มเดียวกันสูงถึง ๑ ใน ๓ ของการค้าระหว่างประเทศทั้งหมด^๕

ด้วยเหตุที่ประเทศอุตสาหกรรมมีฐานะเป็นผู้ส่งออกการลงทุน ประเทศเหล่านี้จึงพยายามผลักดันให้มีการจัดทำกฎเกณฑ์ที่เอื้อให้เกิดการลงทุนโดยเสรี แต่สำหรับประเทศกำลังพัฒนาการจัดทำ ความตกลงด้านการลงทุน โดยเฉพาะความตกลงที่มีเป้าหมายในการเปิดเสรีการลงทุน เพื่อคุ้มครองและ ระเบียบข้อพิพาทด้านการลงทุน ถือเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เนื่องจากความตกลงลักษณะนี้จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุนในอันที่จะกำกับ ควบคุมผู้ลงทุนต่างชาติ อีกทั้งความตกลงเช่นนี้ยังสร้างพันธกรณีให้ประเทศต่างๆ เปิดเสรีกิจการหลาย สาขาให้แก่ต่างชาติ ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งโดยส่วนใหญ่มีฐานะเป็นผู้รับการลงทุน จึงมีท่าทีคัดค้านไม่ เห็นด้วยกับการสร้างมาตรฐานพหุภาคีด้านการลงทุนมาโดยตลอด ดังจะเห็นได้ในการเจรจาการค้ำรอบ อูรุกวัย (ระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๒๙ - ๒๕๓๗) ที่ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากได้ร่วมกันคัดค้านข้อเสนอ ของสหรัฐที่ให้อำนาจความตกลงด้านการลงทุนแบบเบ็ดเสร็จที่ครอบคลุมการลงทุนระหว่างประเทศใน ทุกเรื่องทุกประเด็น

หากเปรียบเทียบความสำเร็จและความก้าวหน้าของการจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่าการจัดทำกฎเกณฑ์การลงทุนระหว่างประเทศเป็นไปด้วย ความยากลำบาก แตกต่างจากการลดอุปสรรคข้อกีดกันทางการค้า ซึ่งสามารถทำได้อย่างเป็นผลสำเร็จ^๖ โดยผ่านกฎเกณฑ์และการเจรจาการค้าของแกตต์

ข้อจำกัดและอุปสรรคด้านการลงทุนในประเทศต่างๆ ยังคงมีอยู่มากมาย ต่างไปจากอุปสรรคด้าน การค้าระหว่างประเทศ เช่น พิกัดภาษีศุลกากรและโควต้า ฯลฯ ซึ่งที่ผ่านมาได้ถูกยกเลิกและ

^๔ UNCTAD, World Investment Report 2001, Promoting Linkages, 2001, p.10.

^๕ WTO, Annual Report 1996, 1996, p.44.

^๖ ความสำเร็จและความก้าวหน้าที่แตกต่างกันในการพัฒนาระเบียบเศรษฐกิจด้านการค้าและการลงทุน นับเป็นปรากฏการณ์ที่ น่าสนใจยิ่ง เพราะการสร้างกฎเกณฑ์ทั้งในด้านการค้าและการลงทุนต่างก็มีเป้าหมายเดียวกัน นั่นคือ เพื่อลดอุปสรรคทางการค้า การลงทุนและเพื่อเปิดตลาดของต่างประเทศ

ลดอัตราลงอย่างมากอันเป็นผลจากการเจรจาของแกตต์และองค์การการค้าโลก ปัญหาของการเจรจาลดข้อกีดกันด้านการลงทุนเกิดจากการที่ประเทศต่างๆ ไม่ประสงค์จะเข้าร่วมในการเจรจาในเรื่องนี้ และโดยที่อุปสรรคด้านการลงทุนส่วนใหญ่ ถูกกำหนดขึ้นโดยเหตุผลด้านอธิปไตยและประโยชน์สาธารณะ การขจัดและยกเลิกอุปสรรคต่างๆ เหล่านี้ จึงไม่อาจกระทำได้ง่ายดังเช่นการยกเลิกอุปสรรคด้านการค้า เช่น โควต้าหรือภาษีศุลกากร ฯลฯ ซึ่งถูกกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องผู้ผลิตในประเทศ และเพื่อประโยชน์ด้านภาษีของรัฐ

แม้ประเทศอุตสาหกรรมจะพยายามผลักดันมาเป็นเวลานานให้มีการจัดทำกฎเกณฑ์การลงทุนระหว่างประเทศ แต่ความพยายามดังกล่าวประสบกับความล้มเหลวมาโดยตลอด การกำหนดกฎเกณฑ์การลงทุนระหว่างประเทศที่ผ่านมาโดยส่วนใหญ่ จึงทำได้แต่เพียงในลักษณะของความตกลงแบบทวิภาคี (Bilateral agreement) และความตกลงระดับภูมิภาค (Regional agreement) ที่ทำกันเป็นรายประเทศเท่านั้น

ความพยายามครั้งแรกในการจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๙๑ เมื่อมีการจัดทำ “กฎบัตรว่าด้วยองค์การการค้าระหว่างประเทศ” (Charter for International Trade Organization) หรือที่เรียกกันย่อๆ ว่า “กฎบัตรฮาวานา” (Havana Charter) โดยมีการยกร่างกฎบัตร และนำเสนอต่อที่ประชุมของ ๕๖ ประเทศที่เข้าร่วมเจรจา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้องค์การการค้าระหว่างประเทศทำหน้าที่เป็นองค์การเศรษฐกิจระหว่างประเทศองค์การที่สาม ต่อจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศและธนาคารโลก

แม้จะถูกคัดค้านอย่างหนักจากประเทศกำลังพัฒนา สหรัฐอเมริกาได้ผนวกบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศเข้าไว้ในกฎบัตรฮาวานา เพื่อให้องค์การการค้าระหว่างประเทศที่จะจัดตั้งขึ้นทำหน้าที่กำกับดูแลกฎเกณฑ์ด้านการลงทุนควบคู่ไปกับการค้าระหว่างประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาคัดค้านการกำหนดกฎเกณฑ์การลงทุนแบบมิติเดียวที่ให้และปกป้องสิทธิของผู้ลงทุนเท่านั้น ประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้มีกฎเกณฑ์ที่กำกับควบคุมการลงทุนระหว่างประเทศด้วย จึงได้เสนอให้ผนวกหลักการว่าด้วยการต่อต้านวิธีปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti-competitive practices) เอาไว้ในร่างกฎบัตรฮาวานาด้วย ซึ่งสร้างความไม่พอใจให้กับวิสาหกิจเอกชนในสหรัฐเป็นอย่างมาก อันนำไปสู่การต่อต้านกฎบัตรฮาวานาอย่างรุนแรงในสหรัฐ และเป็นเหตุให้รัฐบาลสหรัฐตัดสินใจไม่เสนอร่างกฎบัตรฮาวานาต่อสภาองเกรสเพื่อให้สัตยาบัน การที่สหรัฐปฏิเสธกฎบัตรฮาวานาเช่นนี้ ได้ส่งผลให้การจัดทำกฎบัตรฮาวานาและการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศต้องประสบความล้มเหลวในที่สุด

เมื่อกฎบัตรฮาวานาไม่มีผลใช้บังคับนานาประเทศจึงได้ผลักดันให้นำความตกลงแกตต์ (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎบัตรฮาวานา) มาใช้เป็นกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศเป็นการชั่วคราวไปพลางก่อน จนกว่าจะมีการจัดทำองค์การการค้าระหว่างประเทศขึ้น ความตกลงแกตต์นั้นเป็นระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศว่าด้วยการค้า ไม่มีบทบัญญัติใดในแกตต์ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ และว่าไปแล้วไม่ปรากฏว่ามีความตกลงระหว่างประเทศใดที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไว้เลย กฎเกณฑ์การลงทุนต่างๆ จึงปรากฏอยู่ในรูปของความตกลงทวิภาคีที่ทำกันระหว่างประเทศต่อประเทศเท่านั้น ซึ่งความตกลงส่วนใหญ่ที่มีการจัดทำขึ้นมักจะครอบคลุมปัญหา

การลงทุนเฉพาะในบางเรื่องบางประเด็นเท่านั้น เช่น ให้การคุ้มครองการลงทุน หรือให้มีการให้ค่าชดเชยจากการยึดหรือริบกิจการโดยรัฐ เป็นต้น เท่าที่ผ่านมายังไม่ปรากฏว่ามีการจัดทำความตกลงด้านการลงทุนที่ครอบคลุมปัญหาการลงทุนในทุกเรื่องทุกประเด็น

ต่อมาบรรยากาศและสถานการณ์โลกเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่ปัญหาส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการยึดหรือริบกิจการโดยรัฐ (expropriation or nationalisation) โดยประเทศผู้รับการลงทุนคือประเทศกำลังพัฒนาได้ใช้อำนาจรัฐยึดหรือริบกิจการลงทุนของต่างชาติ แต่ในตอนปลายของทศวรรษที่ ๗๐ ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากต้องประสบปัญหานี้เงินกู้ ประเทศเหล่านั้นจึงเปลี่ยนท่าทีและนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ แทนที่จะมองว่าบรรษัทข้ามชาติ จะเข้ามาดักดวงผลประโยชน์ผลกำไร และทรัพยากรธรรมชาติอย่างเคย ประเทศกำลังพัฒนากลับมองผู้ลงทุนต่างประเทศด้วยทัศนคติเชิงบวก โดยมองการลงทุนจากต่างชาติเป็นแหล่งทุน ซึ่งจำเป็นต้องมีการดึงดูดชักจูงใจให้เข้ามาลงทุนในประเทศ ยิ่งในช่วงวิกฤติเศรษฐกิจในประเทศต่างๆ ในเอเชียเมื่อไม่กี่ปีมานี้ ประเทศกำลังพัฒนาต่างก็เปลี่ยนท่าทีโดยมองการลงทุนอย่างเป็นมิตรมากขึ้น โดยเห็นว่าเป็นแหล่งเงินได้ที่ยั่งยืน และก่อให้เกิดประโยชน์ระยะยาวต่อประเทศผู้รับการลงทุน และให้ความสำคัญกับการลงทุนโดยตรงยิ่งกว่าการลงทุนระยะสั้นในตลาดทุน

สหรัฐได้ผลักดันหัวข้อการลงทุนระหว่างประเทศในการเจรจาของแกตต์รอบโตเกียว (Tokyo Round) ระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๑๖ - ๒๕๒๒ แต่ต้องประสบความล้มเหลวเนื่องจากถูกคัดค้านจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เมื่อสหรัฐทำความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือหรือความตกลงนาฟต้า (NAFTA) กับแคนาดาและเม็กซิโก ในช่วงต้นของทศวรรษที่ ๙๐ สหรัฐได้ผลักดันระเบียบการลงทุนระหว่างประเทศไว้ในบทที่ ๑๑ (Chapter 11) ของความตกลงนาฟต้า ซึ่งสามารถกระทำได้ง่ายกว่าเนื่องจากการทำความตกลงเอฟทีเอกับเพียงบางประเทศ

ในเดือนมีนาคม ๒๕๒๙ สหรัฐได้ผลักดันประเด็นการลงทุนเข้าในการเจรจาพหุภาคีของแกตต์รอบบูร์กัว โดยเสนอให้จัดทำความตกลงพหุภาคีที่ครอบคลุมการลงทุนระหว่างประเทศในทุกสาขาทุกประเด็น ซึ่งข้อเสนอนี้ได้รับการคัดค้านและต่อต้านอย่างรุนแรงจากประเทศกำลังพัฒนา จนในที่สุดสมาชิกแกตต์ได้มีมติเชิงประนีประนอมด้วยการบรรจุหัวข้อเจรจาการค้าเรื่อง “มาตรการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า” (Trade-Related Investment Measures) แทนที่จะเป็นการเจรจาเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ประเทศกำลังพัฒนายังได้คัดค้านข้อเสนอของสหรัฐที่เสนอให้เจรจา “การค้าบริการ” ภายใต้กรอบการลงทุนระหว่างประเทศ ด้วยเห็นว่าการเปิดเสรีการค้าบริการก็คือการเปิดเสรีการลงทุนนั่นเอง ด้วยกระแสต่อต้านดังกล่าว แกตต์จึงต้องแยกหัวข้อการค้าบริการออกจากหัวข้อการลงทุนระหว่างประเทศ

การเจรจารอบบูร์กัวสิ้นสุดลงในปี พ.ศ. ๒๕๓๗ นำไปสู่การจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน ๒ ฉบับ ได้แก่

- ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Investment Measures) หรือความตกลงทริมส์ (TRIMS)
- ความตกลงแกตส์ (General Agreement on Trade in Services)

แม้ความตกลงสองฉบับนี้จะเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ไม่อาจกล่าวได้ว่าความตกลงทั้งสองฉบับได้กำหนดหลักเกณฑ์การลงทุนที่ครอบคลุมครบถ้วนในทุกประเด็น ทั้งความตกลงทริมส์และแกตส์ ต่างก็กำหนดหลักเกณฑ์การลงทุนเพียงเฉพาะในบางเรื่องบางประเด็นเท่านั้น โดยความตกลงทริมส์นั้นสร้างกฎเกณฑ์เรื่องการบังคับให้กระทำการบางอย่างภายหลังที่ผู้ลงทุนได้เข้าไปลงทุนในประเทศแล้ว (Post establishment) ความตกลงทริมส์กำหนดพันธกรณีเพียงว่าประเทศสมาชิกไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ที่ขัดแย้งกับข้อกำหนดของความตกลงแกตส์ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๔ เช่น ห้ามใช้อัตราภาษีแบบเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นต้น ส่วนความตกลงแกตส์เพียงแต่กำหนดกฎการเข้าไปลงทุนค่าบริการของบริษัทต่างชาติ ในรูปของ “Commercial presence” เท่านั้น

โดยสรุป การจัดทำความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน ยังคงเป็นสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้โดยง่าย ทั้งๆ ที่ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ต่างมีทัศนคติต่อการลงทุนระหว่างประเทศในทางที่ดีมากขึ้น แม้จะเล็งเห็นถึงความสำคัญของทุนต่างชาติและต้องการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ประเทศกำลังพัฒนา ยังคงไม่ยินยอมเข้าร่วมจัดทำความตกลงการลงทุนแบบพหุภาคี เนื่องจากเกรงว่าจะมีผลกระทบอย่างสำคัญต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศ ต่อความสามารถในการกำกับควบคุม (Regulation) ผู้ลงทุนและบริษัทต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการในเขตดินแดนของตน

๓. ความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน

เนื่องจากการจัดทำความตกลงว่าด้วยการลงทุนในองค์การการค้าโลกไม่อาจกระทำได้อันเป็นผลมาจากความขัดแย้งระหว่างประเทศสมาชิก ประเทศที่ผลักดันประเด็นการลงทุนระหว่างประเทศ จึงได้เล็งไปจัดทำความตกลงภายใต้กรอบทวิภาคีและภายใต้ความตกลงแบบภูมิภาคนิยามแทนที่สำคัญได้แก่ ความตกลงนาฟต้าและร่างความตกลงเอ็มเอไอ

ตารางที่ ๒-๑ : ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนที่เกี่ยวกับประเทศไทย

ชื่อความตกลง	ประเภทความตกลง	พันธกรณี	กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุน-รัฐ	สภาพบังคับ	ปีที่มีผลบังคับ
กฎบัตรว่าด้วยองค์การการค้าระหว่างประเทศ (Havana Charter)	พหุภาคี	เปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุน	ไม่มี	ไม่มีสภาพบังคับ	—
สนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจไทย-สหรัฐ	ทวิภาคี	เปิดเสรีการลงทุนและให้สิทธิคนชาติสหรัฐในบางเรื่อง	ไม่มี	มีสภาพบังคับ	๒๙ พฤษภาคม ๒๕๑๑ (ค.ศ. ๑๙๖๘)

ชื่อความตกลง	ประเภทความตกลง	พันธกรณี	กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุน-รัฐ	สภาพบังคับ	ปีที่มีผลบังคับ
ความตกลงนาฟต้า	ภูมิภาคนิยม	เปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุนอย่างครบถ้วน	มี	มีสภาพบังคับ	มกราคม ๑๙๙๔
ความตกลงทริมส์ (TRIMS)	พหุภาคี	มาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า อาทิ local content requirements, export restrictions และอื่นๆ	ไม่มี	มีสภาพบังคับ	มกราคม ๑๙๙๕
ความตกลงแกตส์ (GATS)	พหุภาคี	เปิดเสรีการค้าบริการใน ๔ รูปแบบ (Modes)	ไม่มี	มีสภาพบังคับ	มกราคม ๑๙๙๕
ร่างความตกลงเอ็มเอไอ	พหุภาคี	เปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุนอย่างครบถ้วน	มี	ไม่มีสภาพบังคับ	—
ความตกลงเอฟทีเอสระหว่างรัฐกับประเทศต่างๆ	ทวิภาคี	เปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุนอย่างครบถ้วน	มี	มีสภาพบังคับ	แตกต่างกันไป
ร่างความตกลงเอฟทีเอส ไทย-สหภาพยุโรป	ทวิภาคี	เปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุนอย่างครบถ้วน	มี	ไม่มีสภาพบังคับ	—
ร่างความตกลงทีพีพี	ภูมิภาคนิยม	เปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุนอย่างครบถ้วน	มี	ไม่มีสภาพบังคับ	—

๓.๑ ความตกลงนาฟต้า

หลักเกณฑ์เรื่องการลงทุนระหว่างประเทศถูกกำหนดไว้ในบทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า สหรัฐผลักดันให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศไว้ ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐทำกับแคนาดาและเม็กซิโก

ความตกลงนาฟต้ามีความสำคัญต่อการลงทุนระหว่างประเทศ ๓ ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เป็นความตกลงที่กำหนดหลักการเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ ที่กว้างขวางและครอบคลุมมากที่สุด ยิ่งกว่าความตกลงระหว่างประเทศใดที่เคยมีการทำกันมา

ประการที่สอง สหรัฐได้ใช้หลักการในความตกลงนาฟต้าเป็นแม่แบบในการทำความตกลงการลงทุนกับประเทศต่างๆ อาทิ การทำความตกลงเอ็มเอไอ การทำความตกลงเอฟทีเอกับสิงคโปร์และชิลี และประเทศอื่นๆ และคาดได้ว่าหลักการนี้สหรัฐจะนำมาใช้ในการทำความตกลงเอฟทีเอกับประเทศไทยด้วย

ประการที่สาม สหรัฐมีเป้าหมายสุดท้ายในการผนวกหลักการที่กำหนดไว้ในความตกลงนาฟต้า เข้าในความตกลงทริมส์ขององค์การการค้าโลก อันจะมีผลผูกพันประเทศต่างๆ อย่างกว้างขวาง อย่างเดียวกับที่สหรัฐเคยประสบความสำเร็จในการทำความตกลงพหุภาคีอื่นมาแล้ว เช่น ความตกลงทริปส์ เป็นต้น

ภายใต้บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า หลักการสำคัญเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ มีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น ๔ หมวดใหญ่ๆ ได้แก่ (๑) ขอบเขตการบังคับใช้ (๒) การเปิดเสรีการลงทุน (๓) การคุ้มครองการลงทุน และ (๔) การระงับข้อพิพาท มีรายละเอียดดังนี้

บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้าให้คำนิยามของ “การลงทุน” (investments) ไว้อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมทั้งการลงทุนโดยตรง และการลงทุนระยะสั้นลักษณะต่างๆ เช่น การลงทุนในตลาดทุน ตลาดเงิน การซื้อขายพันธบัตรและตราสารหนี้ ฯลฯ ซึ่งจากวิฤตการณ์การเงินในประเทศไทยและประเทศอื่นๆ เมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา ได้สะท้อนให้เห็นถึงผลกระทบของการเปิดเสรีด้านการลงทุนระยะสั้นได้เป็นอย่างดี

บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต่ายังได้กำหนดให้ประเทศคู่สัญญาเปิดเสรีการลงทุนโดยไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discriminatory) ภายใต้หลัก “การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ” (National Treatment) และหลัก “การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง” (Most-favoured-nation Treatment) บทที่ ๑๑ กำหนดให้การใช้บังคับกฎระเบียบด้านการลงทุนทุกลักษณะต้องอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าว อีกทั้งยังกำหนดให้มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันสำหรับการลงทุนทุกสาขาทุกกิจการ^๗

^๗ มีข้อสังเกตว่า ความตกลงเปิดเสรีการลงทุนเต็มรูปแบบที่สหรัฐผลักดันในกรอบความตกลงภูมิภาคนิยมและทวิภาคีนิยมดังเช่น ความตกลงนาฟต่านี้ แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับพันธกรณีที่ประเทศต่างๆ มีต่อกันภายใต้องค์การการค้าโลก ตัวอย่างเช่น ความตกลงการค้าบริการหรือแอกต์ขององค์การการค้าโลก กำหนดพันธกรณีแบบแนวตั้ง (Bottom-up approach) กล่าวคือ ประเทศสมาชิกมีสิทธิเลือกที่จะเปิดเสรีในสาขาที่ตนมีความพร้อม หรือจะเปิดเสรีในทุกสาขาบริการก็ได้ ซึ่งเฉพาะแต่สาขาบริการที่ประเทศสมาชิกแสดงความจำนงเท่านั้น ประเทศสมาชิกล้วนๆ จะต้องเปิดเสรี ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติทั้งสองหลักการดังกล่าว

บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า ยังห้ามมิให้ประเทศคู่สัญญาบังคับใช้กฎระเบียบเพื่อบังคับให้ดำเนินการ (performance requirements) เช่น บังคับใช้วัตถุดิบในประเทศ หรือบังคับให้ถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งข้อห้ามเหล่านี้มิได้ปรากฏอยู่ในความตกลงทริมส์และความตกลงแกตส์

ในเรื่องการคุ้มครองการลงทุน บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า กำหนดกฎเกณฑ์ให้มีการปกป้องคุ้มครองการลงทุนข้ามชาติของประเทศคู่สัญญา การคุ้มครองการลงทุนที่อ้างนี้หมายถึง การปกป้องผู้ลงทุนจากการยึดหรือริบคืนกิจการโดยรัฐ มาตรา ๑๑๑๐ ของบทที่ ๑๑ ห้ามมิให้รัฐคู่สัญญายึดหรือริบคืนกิจการการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการยึดหรือริบคืนโดยตรงหรือโดยอ้อม ยกเว้นจะเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอาศัยเหตุผลด้านผลประโยชน์สาธารณะ โดยต้องกระทำโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งต้องเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process of law) และจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และโดยไม่ชักช้า ให้แก่ผู้ลงทุน

ปัญหาสำคัญที่สุดในหลักการที่สหรัฐผลักดันเพื่อคุ้มครองการลงทุนคือ การห้ามยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (Indirect expropriation) ซึ่งเป็นข้อความที่คลุมเครือและขาดความชัดเจนอย่างมาก ซึ่งภายหลังจากทำความตกลง หลักการนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหามากมายต่อประเทศเม็กซิโกและแคนาดาที่ทำสัญญาเขตการค้าเสรีกับสหรัฐ

การที่ความตกลงระหว่างประเทศห้ามมิให้รัฐผู้รับการลงทุน ยึดหรือริบคืนกิจการของผู้ลงทุน ได้รับการตีความและถือปฏิบัติมาโดยตลอดว่า รัฐผู้รับการลงทุนยังคงสามารถออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับเพื่อกำกับควบคุมการลงทุนของต่างชาติได้ และไม่ถือว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยรัฐ ซึ่งนับตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ ๘๐ มาจนถึงปัจจุบัน การยึดหรือริบคืนกิจการโดยตรงเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นน้อยมาก ด้วยเหตุผลด้านเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาที่กำลังก้าวขึ้น ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเกี่ยวข้องกับการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อมเสียเป็นส่วนใหญ่ ภายใต้ความตกลงนาฟต้า การยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อมได้ถูกตีความอย่างกว้างมาก ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐและรีดลอนอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐเป็นอย่างมาก เปิดโอกาสให้ผู้ลงทุนต่างชาติอาศัยบทบัญญัติมาตรา ๑๑๑๐ ในบทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายชดเชยจากรัฐ ภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ ดังจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

หากมีข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุน บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า เปิดโอกาสให้ผู้ลงทุนต่างชาติดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับประเทศผู้รับการลงทุน โดยมีให้มีการชี้ขาดระงับข้อพิพาทโดยศาลของประเทศผู้รับการลงทุน เหตุผลที่ถูกอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทนอกศาลคือ *ประการแรก* ระบบศาลของประเทศผู้รับการลงทุนล้าสมัย ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่น่าเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศกำลังพัฒนา *ประการที่สอง* ระบบอนุญาโตตุลาการจะช่วยให้ผู้ลงทุนต่างชาติหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ หรือการตัดสินความที่มีอคติโดยศาลหรือตุลาการของประเทศผู้รับการลงทุน

^๔ โปรดดู มติชนรายวัน “อเมริกันชน อ้างไทยมีการใช้เล่ห์อำนาจอรัฐ ปล้นนักธุรกิจสหรัฐ ร้องยูเอสทีอาร์ - ให้นำเรื่องการบังคับใช้กฎหมายมาเจรจา ‘เอฟทีเอ’ ด้วย สภาหอการค้าฯ ด้านคนละเรื่องเดียวกัน กระบวนยุติธรรมไม่เกี่ยวกับการความตกลงเขตการค้าเสรี” ๓๐ มีนาคม ๒๕๔๗ หน้า ๑๗

ข้อมูลของศูนย์อิกซิด หรือ International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) ได้แสดงให้เห็นถึงจำนวนคดีชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีจำนวนที่สูงขึ้นทุกปี เช่น ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ จากคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของ ICSID จำนวน ๑๒ คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ๕ คดี ในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ จากจำนวน ๑๔ คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ๑๒ คดี ในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ จากจำนวน ๑๙ คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ๑๕ คดี และในปี ค.ศ. ๒๐๐๓ จากจำนวนคดี ๕๙ คดี ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ขึ้นสู่การพิจารณาของ ICSID เป็นจำนวน ๕๑ คดี^๙

ในคดีต่างๆ เหล่านี้จำนวนมากเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ และหลายคดีก็เกี่ยวข้องกับการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญในการอนุรักษ์ฐานทรัพยากรแก่อนุชนรุ่นต่อไป คดีต่างๆ เหล่านี้เกี่ยวข้องกับเสรีภาพและอำนาจอธิปไตยของรัฐในอันที่กำกับควบคุมนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะในสาขากิจการที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะมีผลอย่างสำคัญต่อการที่รัฐจะกำหนดนโยบายที่เหมาะสมต่อการปกป้องอนุรักษ์ฐานทรัพยากรของตน รวมทั้งทรัพยากรที่ดิน น้ำ ป่า และสิ่งแวดล้อม

การรับรองกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนดังที่ปรากฏในความตกลงนาฟต้า เปิดโอกาสให้เอกชนต่างชาติสามารถฟ้องร้องรัฐ จำกัดอำนาจรัฐที่จะปกป้องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนี้ เป็นไปโดยกฎเกณฑ์ที่จัดทำขึ้นที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดของการคุ้มครองผลประโยชน์ของนักลงทุน ตามทฤษฎีเศรษฐศาสตร์แบบนีโอคลาสสิก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการทำงานของฐานทรัพยากรของประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งในการยอมรับกฎเกณฑ์กติกาตามความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนนี้ รัฐบาลของประเทศไทยควรคำนึงถึงผลกระทบของความตกลงเหล่านั้น โดยพิจารณาจากประสบการณ์ของประเทศอื่น ดังเช่นประเทศแคนาดาและเม็กซิโกที่ได้ผูกพันตามความตกลงนาฟต้า และหากเป็นไปได้ควรปฏิเสธการยอมรับกลไกระงับข้อพิพาทแบบนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement)

๓.๒ ร่างความตกลงเอ็มเอไอ

ในปี พ.ศ. ๒๕๓๘ หลังจากไม่ประสบความสำเร็จในการผลักดันประเด็นการลงทุนในองค์การการค้าโลก สหรัฐได้เปลี่ยนมาผลักดันเรื่องดังกล่าวในองค์การโออีซีดี (OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development) แทน โดยสหรัฐคาดว่า การเจรจาในโออีซีดีซึ่งสมาชิกทั้งหมดเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว (like-minded countries) จะทำได้ง่ายกว่าในองค์การการค้าโลกที่สมาชิกส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา เป้าหมายของสหรัฐในการจัดทำความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนหรือความตกลงเอ็มเอไอ (MAI: Multilateral Agreement on Investment) ในโออีซีดี ได้แก่

^๙ Paterson, L. "Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Threats to Sustainable Development" in Schalatek, L. (ed.), *Allies or Antagonists?: Investment, Sustainable Development and the WTO*, Heinrich Boll Foundation North America, Washington D.C., 2003.

การจัดทำความตกลงด้านการลงทุนที่ครอบคลุมทั้งในด้านการเปิดเสรีการลงทุน การคุ้มครองการลงทุน และการระงับข้อพิพาทที่มีขั้นตอนและวิธีการที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ^{๑๐}

การเจรจาจัดทำความตกลงเอ็มเอไอซึ่งแต่แรกคาดว่าจะสำเร็จลุล่วงไปได้โดยง่ายและรวดเร็ว กลับต้องประสบปัญหาและอุปสรรคมากมาย รวมทั้งปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างสหรัฐกับแคนาดาและสหภาพยุโรป โดยเฉพาะความไม่พอใจของสหรัฐต่อข้อเรียกร้องของฝรั่งเศสและแคนาดาที่ให้อยกเว้นการเปิดเสรีการลงทุนในสาขาที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม และข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อเสนอของสหภาพยุโรป ที่ให้อยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) สำหรับกลุ่มเศรษฐกิจแบบภูมิภาคนิยม นอกจากนี้ การจัดทำความตกลงเอ็มเอไอ ยังถูกคัดค้านต่อต้านอย่างหนักจากองค์กรพัฒนาเอกชน โดยเฉพาะในประเด็นที่มีการนำบทบัญญัติในบทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้าที่กำหนดไว้ในร่างความตกลงเอ็มเอไอ^{๑๑}

ด้วยข้อขัดแย้งและกระแสต่อต้านดังกล่าว ประกอบกับการเกิดวิกฤติการณ์ทางการเงินในทวีปเอเชียในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ความตกลงเอ็มเอไอจึงไม่สามารถถูกจัดทำขึ้นจนเป็นผลสำเร็จ จุดเปลี่ยนสำคัญที่ทำให้ร่างความตกลงเอ็มเอไอไม่ได้รับการรับรองโดยที่ประชุมรัฐมนตรีของโออีซีดี คือ การประกาศเมื่อวันที่ ๑๔ ตุลาคม ๒๕๔๑ ของรัฐบาลฝรั่งเศส ขอถอนตัวออกจากการเจรจาจัดทำความตกลงดังกล่าว

ในการจัดทำความตกลงเอ็มเอไอนั้น สหรัฐซึ่งเป็นแกนนำในการร่างความตกลง ได้ผลักดันให้นำหลักการสำคัญในของบทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า มาบัญญัติไว้ในร่างความตกลง โดยเริ่มต้นด้วยการกำหนดค่านิยมของ “การลงทุน” อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมทั้งการลงทุนโดยตรงและการลงทุนระยะสั้นในรูปแบบต่างๆ ซึ่งการกำหนดค่านิยมและขอบเขตการเปิดเสรีการลงทุนที่กว้างขวาง เช่นนี้ เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การจัดทำร่างความตกลงเอ็มเอไอต้องล้มเหลวลง โดยเฉพาะการนำเอาการลงทุนระยะสั้นมารวมไว้ในร่างความตกลง (ทั้งการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์และตลาดเงิน) ได้ทำให้ประเทศต่างๆ เกิดความไม่มั่นใจที่จะเปิดเสรีการลงทุน โดยเฉพาะการเกิดวิกฤติการณ์ทางการเงินของหลายประเทศในเอเชียในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประเทศเหล่านั้นนิยมเปิดเสรีภาพทางการเงิน โดยไม่มีมาตรการที่รัดกุมรองรับ

เช่นเดียวกับความตกลงนาฟต้า ร่างความตกลงเอ็มเอไอห้ามการเลือกปฏิบัติกีดกันผู้ลงทุนต่างชาติ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ เพื่อใช้บังคับกับกฎหมายและระเบียบข้อบังคับด้านการลงทุนของประเทศสมาชิก

และเช่นเดียวกับความตกลงนาฟต้า ร่างความตกลงเอ็มเอไอกำหนดให้มีการเปิดเสรีการลงทุนในทุกสาขา โดยไม่ให้ประเทศสมาชิกมีโอกาที่จะเลือกเปิดเสรีโดยสมัครใจดังเช่นความตกลงแกตส์ นอกจากนี้ ยังได้ห้ามกำหนดเงื่อนไขบังคับให้ดำเนินการบางอย่าง (Performance requirements) ซึ่ง

^{๑๐} โปรดดู OECD, A Multilateral Agreement on Investment: Report by the Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME) and the Committee on Capital Movements and Invisible Transactions (CMIT), DAFE/CMIT/CIME (95)13/FINAL (1995).

^{๑๑} Kobrin, S. “The MAI and the Clash of Globalizations”, 112 Foreign Policy 97, 97 (1998).

เป็นการจำกัดโอกาสของประเทศผู้รับการลงทุน ที่จะใช้กฎเกณฑ์และข้อบังคับเรียกร้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากผู้ลงทุนต่างชาติ^{๑๒}

ในเรื่องการคุ้มครองการลงทุน ร่างความตกลงเอ็มเอไอกำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ลงทุนหากมีการยึดหรือริบคืนกิจการ ทั้งที่เป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยตรงและโดยอ้อม โดยร่างความตกลงได้อธิบายความหมายของการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อมว่ารวมถึงมาตรการใดๆ ของรัฐบาลที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดหรือริบคืนกิจการโดยตรง (Measures having equivalent effect) โดยบันทึกการประชุมจัดทำความตกลงเอ็มเอไอได้ยกตัวอย่างการยึดหรือริบกิจการโดยอ้อมไว้ว่าหมายถึง “การเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบ ที่มีผลให้เกิดอุปสรรค และมีผลกระทบต่อมูลค่าการลงทุน”^{๑๓} ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายที่กว้างมาก การกระทำเกือบทุกอย่างของรัฐที่มีผลกระทบต่อการลงทุน จะถูกถือว่าเป็นการยึดหรือทรัพย์สินโดยอ้อมทั้งสิ้น

เช่นเดียวกับความตกลงนาฟต้า ร่างความตกลงเอ็มเอไอกำหนดกลไกระงับข้อพิพาททั้งแบบ “รัฐต่อรัฐ” (state-to-state) และผู้ลงทุนต่อรัฐ (investor-to-state) ซึ่งบทบัญญัติระงับข้อพิพาทแบบผู้ลงทุนต่อรัฐนี้ ได้สร้างความวิตกกังวลต่อประเทศที่เข้าร่วมเจรจาเป็นอย่างมาก เพราะจะเปิดโอกาสให้ผู้ลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐผู้รับการลงทุน และการฟ้องร้องก็ได้กระทำให้ภายใต้ระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศผู้รับการลงทุน หากแต่โดยผ่านอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณี

๓.๓ ความตกลงทริมส์

ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Investment Measures) หรือความตกลงทริมส์ (TRIMS) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๕ มีสถานภาพเป็นความตกลงพหุภาคีต่อท้ายความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศต้องผูกพันปฏิบัติตาม ความตกลงทริมส์ถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์การการค้าโลกด้วยการเรียกร้องผลักดันของประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่ประสงค์จะให้ความตกลงพหุภาคีที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ และที่ส่งเสริมให้มีการเปิดเสรีและลดอุปสรรคด้านการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก

โดยหลักการ ความตกลงทริมส์ใช้กับมาตรการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (trade-related investment measures) แต่ความตกลงดังกล่าวมิได้ให้คำอธิบายว่ามาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับ

^{๑๒} ประเทศที่พัฒนาแล้วเรียกร้องให้มีการห้ามกำหนดให้นักลงทุนกระทำการบางอย่างมาโดยตลอด โดยเหตุผลว่ากลไกนี้เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนระหว่างประเทศ และจำกัดการขยายตัวของการลงทุนและการเติบโตทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ก็ดี ประสพการณ์ของหลายประเทศได้แสดงว่า ข้อบังคับให้นักลงทุนกระทำการบางอย่าง เช่น บังคับใช้วัตถุดิบในประเทศ และบังคับถ่ายทอดเทคโนโลยี มีส่วนช่วยในการพัฒนาอุตสาหกรรมต้นน้ำและปลายน้ำ (Upstream and downstream industries) ของประเทศผู้รับการลงทุน และช่วยให้เกิดการสร้างอุตสาหกรรมต่อเนื่องกับสาขาการลงทุนนั้น นำไปสู่การเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน

หากไม่มีการบังคับให้นักลงทุนกระทำการ เช่น ไม่กำหนดให้ใช้วัตถุดิบในประเทศ บริษัทต่างชาติผู้ลงทุนก็จะใช้วัตถุดิบจากแหล่งผลิตต่างประเทศ ซึ่งอาจมีราคาถูกมากกว่า แต่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดต่อประเทศผู้รับการลงทุน ในทางตรงกันข้าม กลับเป็นช่องทางเอื้อให้บริษัทใช้วิธีการหลบเลี่ยงภาษีด้วยการตั้งราคาโอน (Transfer pricing) ก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน และไม่ช่วยให้เกิดการพัฒนาอุตสาหกรรมเกี่ยวเนื่องเพื่อการผลิตวัตถุดิบขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ขาดกลไกในการตรวจสอบและป้องกันการกำหนดราคา การกำหนดให้ใช้วัตถุดิบในประเทศ จึงเป็นวิธีการหนึ่งที่ช่วยป้องกันปัญหาดังกล่าว

^{๑๓} OECD, The MAI Negotiating Text, Final Version, Apr. 24, 1998, DAF/MAI (98)7/REV1, p.128.

การค้ามีลักษณะอย่างไร เพียงแต่กำหนดบัญชีตัวอย่างมาตรการด้านการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ เช่น มาตรการที่กำหนดให้ใช้วัตถุดิบในประเทศและมาตรการเพื่อรักษาดุลการค้า (รักษาดุลการนำเข้าและส่งออก) เป็นต้น ความตกลงทริมส์กำหนดห้ามประเทศสมาชิกใช้มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการค้าที่มีผลกระทบต่อสิทธิของนักลงทุน เช่น ห้ามกำหนดบังคับให้ใช้วัตถุดิบในประเทศ ห้ามใช้ข้อจำกัดการส่งออก มาตรการรักษาดุลการค้า และข้อจำกัดว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงเงินตรา เป็นต้น

ความตกลงทริมส์กำหนดให้นำกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงแอกต์ ได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Article III) และข้อห้ามจำกัดปริมาณสินค้านำเข้า (Article XI) มาใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศตามความตกลงทริมส์ด้วย นอกจากนี้ ความตกลงทริมส์ยังกำหนดให้นำหลัก “Stand Still” และ “Rollback” มาใช้กับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการบังคับใช้วัตถุดิบในประเทศ ความตกลงทริมส์มิได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับให้นักลงทุนกระทำการบางอย่าง (Performance requirement) ตลอดจนมิได้กำหนดหลักการว่าด้วยการใช้มาตรการจูงใจการลงทุน โดยปล่อยให้ปฏิบัติตามนโยบายและกฎเกณฑ์ของแต่ละประเทศ

ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องรายงานไปยังองค์การการค้าโลกภายใน ๙๐ วัน เกี่ยวกับมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้าที่ประเทศตนใช้บังคับอยู่ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกได้รับการผ่อนผันในการที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงทริมส์ โดยกำหนดเวลาผ่อนผัน (Transitional period) ดังกล่าว ให้เป็นไปตามระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิก กล่าวคือ ประเทศที่พัฒนาแล้วจะต้องยกเลิกมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้าให้หมดไปภายใน ๒ ปี ประเทศกำลังพัฒนา ๕ ปี และประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ๗ ปี อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริมส์ยังยินยอมให้ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ขอขยายระยะเวลาผ่อนผันออกไปได้อีกจากที่กำหนดไว้ หากมีเหตุผลอันสมควร (TRIMS, Article ๕.๓) นอกจากนี้ ความตกลงทริมส์ยังมีบทบัญญัติที่ยืดหยุ่นสำหรับประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด โดยให้คงเว้นการปฏิบัติตามความตกลงเป็นการชั่วคราวได้ หากปรากฏว่าประเทศเหล่านั้นประสบปัญหาดุลการชำระเงิน ในเรื่องการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงทริมส์ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO Dispute Settlement Understanding)

ว่าไปแล้วความตกลงทริมส์กำหนดพันธกรณีการเปิดเสรีการลงทุนในระดับที่ต่ำมาก ขณะนี้ความตกลงทริมส์อยู่ในระหว่างการเจรจาทบทวน ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการและสาระสำคัญของความตกลงจะเป็นไปในทิศทางใดขึ้นอยู่กับผลการเจรจาต่อรองของประเทศสมาชิก

องค์การการค้าโลกกำหนดให้มีการเจรจาเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ โดยผ่านคณะทำงานว่าด้วยการค้าและการลงทุน (Working Group on Trade and Investment) ซึ่งมีหน้าที่เสนอรายงานต่อ General Council คณะทำงานชุดดังกล่าวถูกจัดตั้งขึ้นโดยมติของที่ประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก ในการประชุมครั้งที่หนึ่งในปี ค.ศ. ๑๙๙๖ ที่ประเทศสิงคโปร์

ย่อหน้าที่ ๒๐ ถึง ๒๒ ของปฏิญญาโดฮา (Doha Ministerial Declaration) ได้กำหนดแนวทางการเจรจาในประเด็นการลงทุนไว้ดังนี้

“รับรองความสำคัญของการกำหนดกรอบพหุภาคีที่นำไปสู่ความโปร่งใสที่มั่นคง และเงื่อนไขที่มีความแน่นอนอนาคตหมายได้ สำหรับการลงทุนข้ามพรมแดนรัฐในระยะยาว โดยเฉพาะการลงทุนโดยตรงข้ามชาติ”

จนกว่าการเจรจารอบที่ห้า คณะทำงานว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและการลงทุน จะต้องทำความเข้าใจในประเด็นต่อไปนี้ ขอบเขตและคำจำกัดความ ความโปร่งใส การไม่เลือกปฏิบัติ แนวทางว่าด้วยพันธกรณีก่อนเข้าไปดำเนินการตามพื้นฐานของความตกลงแกตต์ แนวทางบัญชีเชิงบวก บทบัญญัติว่าด้วยการพัฒนา ข้อยกเว้นและมาตรการปกป้องดุลการชำระเงิน การหารือและการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิก”

ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกที่สนับสนุนและคัดค้านการเจรจาประเด็นนี้ ต่างมีความเห็นเกี่ยวกับพันธกรณีตามปฏิญญาโดฮาแตกต่างกันไป โดยประเทศที่สนับสนุนประเด็นการลงทุน อันประกอบไปด้วยสหภาพยุโรป ญี่ปุ่น เกาหลี แคนาดา และอื่นๆ เห็นว่า คณะทำงานว่าด้วยการค้าและการลงทุน มีหน้าที่เจรจากำหนดกรอบพหุภาคีด้านการลงทุนให้แล้วเสร็จไปก่อน อย่างไรก็ตาม กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่คัดค้านการเจรจาประเด็นนี้ได้แย้งว่า การเริ่มเจรจาต้องจัดทำกรอบความตกลงพหุภาคีใดๆ จะต้องทำโดยมีฉันทามติที่ชัดเจน (explicit consensus) ซึ่งที่ผ่านมาไม่มีการลงมติเอกฉันท์ในเรื่องนี้แต่ประการใด การเจรจาเรื่องกรอบพหุภาคีด้านการลงทุนจึงไม่อาจกระทำได้ โดยกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาได้อ้างถึงบันทึกการประชุมที่ประกอบการประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกได้บันทึกไว้ว่า การเริ่มต้นเจรจาในสี่ประเด็นหลักที่เรียกว่า “Singapore issues” จะต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของประเทศสมาชิก ซึ่งในการประชุมครั้งที่ห้าที่เมืองแคนคูน ประเทศเม็กซิโก ที่ประชุมรัฐมนตรีไม่อาจหามติเอกฉันท์ในเรื่องนี้ได้ ดังนั้นการเจรจาในสี่เรื่องดังกล่าว ซึ่งรวมถึงประเด็นการลงทุน จึงไม่อาจเริ่มต้นได้

มีข้อสังเกตว่า กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาให้ความสำคัญต่อการใช้นโยบายการลงทุนเพื่อตอบสนองต่อการพัฒนา โดยเห็นว่าประเทศสมาชิกควรจะสามารถใช้มาตรการบางอย่างเพื่อกำกับควบคุมการลงทุน และเพื่อส่งเสริมชักจูงให้การลงทุนเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของประเทศ รวมทั้งต้องสามารถใช้มาตรการเพื่อกำกับควบคุมพฤติกรรมของนักลงทุนต่างชาติได้ อาจกล่าวได้ว่า การเจรจาประเด็นการค้าและการลงทุนในองค์การการค้าโลกเป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งและยากที่จะหาข้อสรุปมากที่สุดประเด็นหนึ่ง เหตุผลสำคัญที่ประเทศกำลังพัฒนาคัดค้านการประเด็นนี้ รวมทั้งคัดค้านการจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุนก็ด้วยเช่นกัน พันธกรณีระหว่างประเทศที่จะเกิดขึ้นจะเป็นอุปสรรคขัดขวางการพัฒนา และจะส่งผลกระทบยาวต่อผลประโยชน์ของตน

ในเรื่องขอบเขตการเจรจาตามย่อหน้าที่ห้าของปฏิญญาโดฮา กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา มีความเห็นพ้องต้องกันว่า ประเด็นและขอบเขตการเจรจาที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างที่ไม่เป็นเป็นที่ยึดเท่านั้น ซึ่งปฏิญญาโดฮากำหนดให้คณะทำงานสร้างความชัดเจนในประเด็นเหล่านี้ แต่ไม่ได้หมายความว่าขอบเขตการเจรจาเรื่องการค้าและการลงทุนจะต้องจำกัดอยู่เฉพาะประเด็นที่ระบุไว้เท่านั้น ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่ายังมีประเด็นอื่นๆ ที่มีความสำคัญสมควรจะหยิบยกขึ้นพิจารณาด้วย กล่าวคือ ประเด็นเรื่องภาระหน้าที่ของนักลงทุนและประเทศผู้ส่งออกการลงทุน

ประเด็นเรื่องการกระทำที่เป็นการจำกัดในทางการค้า (restrictive business practices) และประเด็นการบังคับให้นักลงทุนดำเนินการบางอย่าง (performance requirements)

ส่วนที่สำคัญที่สุดของปฏิญญาโดฮาในเรื่องการค้าและการลงทุนนั้น อยู่ที่ตอนท้ายของย่อหน้าที่ ๒๒ ซึ่งบัญญัติว่า “กรอบความตกลงใดๆ จะต้องกำหนดขึ้นอย่างสมดุล โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ส่งออกและผู้รับการลงทุน และใส่ใจต่อนโยบายและวัตถุประสงค์ด้านการพัฒนาของประเทศผู้รับการลงทุน รวมทั้งสิทธิของประเทศเหล่านั้นในอันที่จะกำกับควบคุมการลงทุนเพื่อสาธารณะประโยชน์”

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนมากวิตกกังวลกับการสูญเสียสิทธิในการกำกับควบคุมการลงทุนข้ามชาติ โดยเฉพาะในสาขาที่มีความสำคัญ เช่น การสาธารณสุข สิ่งแวดล้อม และอื่นๆ ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนจะต้องให้ความสำคัญ และส่งเสริมนโยบายด้านการพัฒนาของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งแน่นอนว่าประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุน ย่อมไม่เห็นพ้องกับความเห็นดังกล่าว และต้องการจำกัดสิทธิของประเทศผู้รับการลงทุนในอันที่จะกำกับควบคุมการลงทุนข้ามชาติให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

๓.๔ ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

ความแตกต่างระหว่างลักษณะของสินค้าและบริการ ได้แก่ สินค้าเป็นวัตถุที่สามารถจับต้องได้ มีลักษณะคงทน สามารถเก็บรักษาได้และโอนย้ายกันได้ แต่บริการจะจับต้องไม่ได้ การใช้บริการจึงไม่อาจโอนย้ายได้ ลักษณะดังกล่าวจึงทำให้การให้บริการเกิดขึ้นพร้อมๆ กับการผลิตหรือการให้บริการ

ในการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้องค์การการค้าโลก มิได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่าบริการไว้ เพียงแต่กำหนดว่า การเจรจาต้องครอบคลุมบริการทุกประเภท ยกเว้นบริการที่รัฐเป็นผู้ให้ตามอำนาจหน้าที่ดังปรากฏในความตกลงแกตส์ในภาค I ข้อ ๑๔ ทวิ อาทิ การป้องกันประเทศ การดูแลรักษาความสงบภายใน

สำหรับการจัดแบ่งประเภทของบริการนั้น องค์การสหประชาชาติได้มีการรวบรวมจัดทำเอกสารประเภทของสินค้าและบริการที่มีการซื้อขายกันระหว่างประเทศ เรียกว่า ซีพีซี (Central Product Classification) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีกรอบสำหรับเปรียบเทียบสถิติการค้าและการบริการระหว่างประเทศ โดยกลุ่มเจรจาด้านการค้าบริการ (Group of Negotiation on Services) ที่จัดตั้งตามปฏิญญารัฐมนตรีของการเจรจาอุรุกวัย (Ministerial Declaration on the Uruguay Round) เพื่อดำเนินการเจรจาจัดทำตามความตกลงแกตส์ ได้รวบรวมบริการประเภทต่างๆ ที่องค์การสหประชาชาติรวบรวมไว้ในเอกสาร CPC มาใช้เป็นพื้นฐานของการเจรจาการค้าบริการระหว่างประเทศ ซึ่งได้มีการจำแนกประเภทบริการไว้เป็น ๑๒ สาขา

๑. บริการด้านธุรกิจ (Business Services) ภายใต้สาขานี้จะครอบคลุมบริการวิชาชีพ คอมพิวเตอร์ โฆษณา คำนวณวิจัย และอื่นๆ
๒. บริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Services) ภายใต้สาขานี้จะครอบคลุมบริการไปรษณีย์ พستุดุณท์ โทรคมนาคม และสื่อบันทึก
๓. บริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services) ครอบคลุมทั้งการก่อสร้างและงานติดตั้ง

๔. บริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services) ครอบคลุมบริการค้าส่งค้าปลีก ตัวแทนจำหน่าย และธุรกิจแฟรนไชส์
๕. บริการด้านการศึกษา (Education Services) ครอบคลุมตั้งแต่การศึกษาระดับอนุบาล ประถม อาชีวะ มัธยม จนถึงมหาวิทยาลัย การศึกษาผู้ใหญ่ รวมทั้งหลักสูตรระยะสั้น
๖. บริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) ครอบคลุมบริการกำจัดมลภาวะ ประเภทต่างๆ รวมทั้งด้านสุขาภิบาล
๗. บริการด้านการเงิน (Financial Services) ครอบคลุมบริการด้านประกันภัย การธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และการเงินอื่นๆ
๘. บริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการทางสังคม (Health Related and Social Services) ครอบคลุมโรงพยาบาล และธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของมนุษย์
๙. บริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางเนื่องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services) ครอบคลุมโรงแรม ภัตตาคาร บริษัทตัวแทน มัคคุเทศก์
๑๐. บริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting Services) ครอบคลุมธุรกิจบันเทิง ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์
๑๑. บริการด้านการขนส่ง (Transport Services) ครอบคลุมด้านการขนส่งทางบก ทางเรือ ทางอากาศ ทางท่อ
๑๒. บริการด้านอื่นๆ (Other Services not Included Elsewhere) เช่น เสริมสวย จัดงานศพ ฯลฯ

การค้าบริการระหว่างประเทศ (Mode of Supply) ขององค์การการค้าโลก อาจแบ่งออกเป็น ๔ รูปแบบ กล่าวคือ

- รูปแบบ ๑** (Mode ๑) Cross Border Supply หมายถึง การให้บริการข้ามพรมแดนโดยที่ผู้ให้บริการ และผู้รับบริการต่างอยู่ประเทศของตน แต่ตัวบริการเคลื่อนย้ายไปยังผู้รับบริการ โดยอาศัยโทรศัพท์ โทรสาร หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น การให้คำปรึกษาผ่านสื่อ การส่งข้อมูลออนไลน์ การบริการโทรคมนาคม เป็นต้น
- รูปแบบ ๒** (Mode ๒) Consumption Abroad หมายถึง ผู้รับบริการเคลื่อนย้ายไปยังประเทศให้บริการ เช่น การเดินทางไปท่องเที่ยว หรือรักษาพยาบาลในต่างประเทศ เป็นต้น
- รูปแบบ ๓** (Mode ๓) Commercial Presence หมายถึง การจัดตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อให้บริการในต่างประเทศ เช่น บริษัทต่างชาติเข้ามาเปิดสาขาสำนักงานในประเทศไทย หรือบริษัทไทยไปเปิดสาขาสำนักงานในต่างประเทศ เป็นต้น
- รูปแบบ ๔** (Mode ๔) Presence of Natural Person หมายถึง การที่บุคคลธรรมดาของประเทศหนึ่งเดินทางเข้าไปทำงานในอีกประเทศหนึ่ง เช่น วิศวกรต่างชาติเข้ามาทำงานในประเทศไทย คนไทยเดินทางไปประกอบอาชีพแพทย์ในสหรัฐ เป็นต้น

ในช่วงกว่าสองทศวรรษที่ผ่านมา การค้าบริการระหว่างประเทศมีการเจริญเติบโตมากขึ้นและขยายตัวสูงขึ้นกว่าการค้าสินค้า ในระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๘๐ - ๒๐๐๓ มูลค่าการค้าบริการของโลกขยายตัว

ปีละประมาณร้อยละ ๘ ในขณะที่การค้าสินค้าขยายตัวประมาณร้อยละ ๖ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดของประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศเหล่านี้จึงพยายามผลักดันให้มีการสร้างกฎเกณฑ์กติกาสำหรับการค้าบริการระหว่างประเทศขึ้น และเป็นผลสำเร็จในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยภายใต้กรอบของ GATT (ระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๒๙ - ๒๕๓๗) ปฏิญญารัฐมนตรี (Ministerial Declaration) ซึ่งประกาศ ณ เมืองปุนตา เด เลสเต้ ประเทศอุรุกวัย ได้กำหนดให้เรื่องนี้เป็นหัวข้อหนึ่งที่จะมีการเจรจาเปิดเสรี และได้จัดตั้งกลุ่มเจรจาขึ้น ซึ่งต่อมาผู้แทนประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมกลุ่มเจรจาได้จัดทำความตกลงทั่วไปด้วยการค้าบริการขึ้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นความตกลงระดับพหุภาคีว่าด้วยการค้าบริการระหว่างประเทศฉบับแรกของโลกที่ได้มีการจัดทำขึ้น

ความตกลงแกตส์ครอบคลุมมาตรการที่กระทบต่อการค้าบริการต่างๆ ที่สำคัญคือ ครอบคลุมถึงการค้าที่ดำเนินการโดยบริษัทต่างชาติ ที่เข้ามาตั้งสำนักงานดำเนินการทางธุรกิจในประเทศหนึ่ง (commercial presence) การซื้อบริการโดยคนต่างชาติที่เดินทางเข้ามายังดินแดนในประเทศของผู้ให้บริการ (consumption abroad) และการขายบริการโดยบุคคลใดๆ ที่เดินทางไปให้บริการยังประเทศผู้รับซื้อนั้นๆ (presence of natural person)

การเจรจาการค้าบริการมีความมุ่งหมายที่จะเปิดตลาดให้มากขึ้น โดยจัดอุปสรรคการค้าบริการที่สำคัญ เช่น

- อุปสรรคหรือใบรับรองข้อจำกัดด้านรูปแบบของหน่วยธุรกิจให้บริการ โดยขอให้ยกเลิกเงื่อนไข อาทิ ข้อจำกัดทางด้านสัญชาติ (Citizenship/Nationality) และข้อจำกัดในการตั้งถิ่นที่อยู่อาศัย (Residency) สำหรับการออกใบอนุญาตหรือใบรับรองข้อจำกัดด้านรูปแบบของหน่วยธุรกิจ (entity) ที่ต่างชาติจะเข้ามาจัดตั้ง ข้อจำกัดเกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติและเงื่อนไขการร่วมหุ้น ข้อจำกัดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายผู้บริหารและลูกจ้างซึ่งเชื่อมโยงกับการจัดตั้งธุรกิจ การอำนวยความสะดวกต่อการเข้าเมืองเพื่อให้บริการบุคลากรต่างชาติที่มีทักษะ
- อุปสรรคอันเนื่องจากการใช้กฎระเบียบในประเทศ โดยขอให้สมาชิกแต่ละประเทศคำนึงว่าการเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบด้านอสังหาริมทรัพย์ต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ กฎระเบียบต้องมีความโปร่งใส เงื่อนไขด้านคุณสมบัติ มาตรฐานทางเทคนิค และการออกใบอนุญาตต้องสมเหตุสมผล

ประเทศไทยได้ผูกพันการเปิดตลาดบริการไว้ ๑๐ สาขา กว่า ๑๖๐ กิจกรรม โดยมีเงื่อนไขในการเปิดตลาด คือ *ประการแรก* การเข้ามาจัดตั้งหน่วยธุรกิจ (legal entity) เพื่อให้บริการในไทย จะต้องกระทำการจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดในไทยและต้องร่วมหุ้นคนไทย โดยต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ ๔๙ และ*ประการที่สอง* การเข้ามาของบุคลากรต่างชาติ สามารถเข้ามาได้เป็นการชั่วคราว เฉพาะการโอนย้ายพนักงานภายในบริษัท ระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ และผู้เชี่ยวชาญ ยกเว้นวิชาชีพสงวนที่ไทยยังไม่ผูกพันการเข้ามาให้บริการของต่างชาติ

๔. ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน

ประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนกับต่างประเทศเป็นจำนวนหลายฉบับ แต่ที่มีกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ISDS) รวมทั้งสิ้น ๓๗ ฉบับ ได้แก่ ความตกลงที่ทำกับประเทศอาร์เจนตินา อิสราเอล ตุรกี ลาว บารเรน เปรู บังกลาเทศ โปแลนด์ สหภาพเศรษฐกิจเบลโกลักเซมเบิร์ก เกาหลีใต้ บัลแกเรีย โรมาเนีย กัมพูชา สโลวีเนีย แคนาดา จีน ศรีลังกา โครเอเชีย สวีเดน เช็ก สวิตเซอร์แลนด์ เกาหลีเหนือ อียิปต์ ไทเป ฟินแลนด์ เนเธอร์แลนด์ เยอรมนี ฟิลิปปินส์ อังกฤษ ฮองกง ฮังการี เวียดนาม อินเดีย จอร์แดน อินโดนีเซีย และเมียนมาร์ และยังอยู่ระหว่างการเจรจากับประเทศต่อไปนี้ ทาจิกิสถาน ซิมบับเว คูเวต อิหร่าน มองโกเลีย แทนซาเนีย และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) ยอมรับผลผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาดังกล่าว อีกทั้งยังได้ลงนามเข้าร่วมในอนุสัญญาอิกซิด (ICSID Convention) แต่ยังมีได้ให้สัตยาบันผูกพันตามอนุสัญญาดังกล่าว ที่ผ่านมาประเทศไทยเคยเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเพียงครั้งเดียว คือ กรณีพิพาทกับบริษัทวอลเตอร์ บาว (Walter Bau) ที่เรียกร้องค่าเสียหายจากไทยในกรณีทางด่วนดอนเมือง-โกลเวย์ ดังจะได้กล่าวถึงต่อไปโดยละเอียดในบทที่ ๕

เนื่องจากประเทศไทยได้ยอมรับพันธกรณีตามความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจำนวน ๓๗ ฉบับ ที่มีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนเอาไว้ ซึ่งความตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันประเทศไทย ทำให้ไทยต้องยอมรับกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างเอกชนกับรัฐที่จะมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อประเทศไทย เนื่องจากโครงการนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบของกลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาสาระสำคัญในความตกลงที่ประเทศไทยเข้าไปลงนาม ทั้งที่มีผลใช้บังคับแล้วและจะมีผลใช้บังคับมาทำการศึกษา นอกจากนี้ เนื่องจากความตกลงทวิภาคีต่างๆ เช่น ความตกลงเอฟทีเอ ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน ฯลฯ มักจะถูกใช้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการจัดทำความตกลงทวิภาคี การศึกษากรอบความตกลงที่ทำกันแบบทวิภาคีจึงเป็นประโยชน์ต่อการเตรียมความพร้อมของไทยในการเจรจาการค้าพหุภาคีในอนาคต

เนื่องจากปัญหาการยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุนต่างชาติที่ดำเนินการอย่างกว้างขวางโดยประเทศกำลังพัฒนาในช่วงต้นของคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ รัฐมนตรีต่างประเทศของสหรัฐ ชื่อ นายคอร์เดลล์ ฮัลล์ (Cordell Hull) ได้เสนอทฤษฎีเรียกว่า “สูตรฮัลล์” หรือ Hull Formula เพื่อตอบโต้การตัดสินใจของรัฐบาลเม็กซิโกที่ยึดคืนกิจการของบริษัทน้ำมันสหรัฐเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๗๙ ทฤษฎี “Hull Formula” กล่าวว่า ประเทศที่ทำการยึดทรัพย์สินเอกชนหรือริบกิจการนักลงทุน ต้องจ่ายค่าชดเชยในลักษณะ “โดยทันที อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ” (prompt, adequate and effective)

ในทางตรงกันข้ามประเทศกำลังพัฒนาได้สนับสนุนทฤษฎี “คาลโว” (Calvo Doctrine) ซึ่งมีการยกขึ้นกล่าวอ้างอย่างมาก ในช่วงทศวรรษที่ ๖๐ และ ๗๐ โดยเฉพาะในมติที่ประชุมใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ เช่น มติที่ ๑๘๐๓ (XVII) วันที่ ๑๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๖๒ ที่รับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งรวมถึงอำนาจที่จะริบเป็นของรัฐซึ่งทรัพย์สินของบุคคลต่างชาติ โดยรัฐจะต้องชดเชยค่าชดเชย “ที่เหมาะสม” (appropriate) เท่านั้น และในปี พ.ศ. ๒๕๑๗ ที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติได้ลงมติรับรองทฤษฎีคาลโว โดยปฏิเสธทฤษฎีฮัลล์ที่สนับสนุนโดยสหรัฐ และประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) โดยข้อ ๒ (ซี) ของกฎบัตรได้รับรองหลักการจ่ายค่าชดเชย “ที่เหมาะสม” (appropriate) รวมทั้งระบุว่า “ในกรณีที่มีปัญหาและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกำหนดค่าชดเชยให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าว ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่ทำการริบคืนกิจการ และภายใต้ข้อเรียกร้องข้อพิพาทของประเทศดังกล่าว”

ในช่วงทศวรรษที่ ๗๐ และ ๘๐ ได้เกิดเหตุการณ์ยึดและริบกิจการเป็นของรัฐ (direct expropriation) ซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุนเอกชนหลายกรณี โดยส่วนใหญ่เป็นการกระทำของรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนา แต่นับตั้งแต่ทศวรรษที่ ๙๐ เป็นต้นมา ข้อขัดแย้งลักษณะดังกล่าวได้เปลี่ยนมาเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation) แทน

การคุ้มครองนักลงทุนจากการยึดหรือริบคืนกิจการทั้งโดยตรงและโดยอ้อมของรัฐ มีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องสิทธิของนักลงทุนจากการกระทำอันไม่เป็นธรรมของรัฐ แต่ในอีกด้านหนึ่ง การคุ้มครองการลงทุนอาจมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ ในอันที่จะกำกับดูแลการดำเนินธุรกิจของเอกชน เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขภาพ และสวัสดิการในสังคม ปัญหาสำคัญคือ การตีเส้นแบ่งกันอย่างเหมาะสมระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชน และอำนาจของรัฐในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ โดยหากเป็นกรณีหลังรัฐไม่ควรจะต้องชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ และคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ การตีเส้นจำแนกแยกแยะความแตกต่างของทั้งสองกรณีดังกล่าว หาได้มีความชัดเจนไม่ หากแต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์เป็นรายกรณีไป

๑. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุนโดยรัฐ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมิได้ห้ามรัฐทำการยึด หรือริบคืนกิจการของนักลงทุนต่างชาติ เพียงแต่กำหนดว่าการกระทำนั้น จะต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขสามประการต่อไปนี้

- ๑) การยึดหรือริบคืนต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ
- ๒) การกระทำนั้นต้องปราศจากการเลือกปฏิบัติ
- ๓) ต้องมีการชดเชยให้แก่เอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน

การเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation) นั้นต่างจากการยึดกิจการเป็นของรัฐ (nationalisation) โดยการเวนคืน หมายถึง การที่รัฐเอาไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเพื่อใช้ในกิจการสาธารณประโยชน์ ในขณะที่การยึดกิจการของเอกชนเป็นการกระทำที่กว้างขวางกว่า โดยรัฐใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจนิติบัญญัติเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จากสิทธิเอกชนไปเป็นสมบัติของรัฐ ทั้งการเวนคืนและการยึดทรัพย์สินโดยรัฐ อาจเป็นการกระทำโดยตรง (direct) ในลักษณะที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ถูกทำให้เปลี่ยนมือมาเป็นของรัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐ) หรืออาจเป็นการกระทำโดยอ้อม (indirect) ก็ได้ ซึ่งกรณีหลัง หมายถึง การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงการดำเนินธุรกิจ หรือแทรกแซงการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของเอกชน โดยไม่มีการถ่ายโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน ซึ่งโดยทั่วไปจะมีลักษณะเป็นการประกาศใช้กฎระเบียบของรัฐที่รบกวนการประกอบธุรกิจการลงทุน ซึ่งความตกลงทวิภาคีและความตกลงภูมิภาคนิยมหลายฉบับให้ถือว่า การยึดหรือริบคืนโดยอ้อมมีผลเป็นเช่นเดียวกับการการยึดหรือริบคืนทรัพย์สินโดยตรง ซึ่งรัฐผู้กระทำการดังกล่าวจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด โดยเฉพาะจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่การลงทุนเอกชน

ศาสตราจารย์ไอเยน บราวน์ลีย์ (Ian Brownlie) ให้ความเห็นว่า มาตรการที่กำหนดโดยรัฐ หาได้เป็นการยึดหรือริบคืนไปเสียทั้งหมดไม่ โดยทั่วไปการกำหนดมาตรการของรัฐ ถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยชอบ ถึงแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะกระทบต่อผลประโยชน์ของเอกชนก็หาได้ทำให้การใช้มาตรการโดยรัฐนั้น กลายเป็นการยึดหรือริบคืนทรัพย์สินของเอกชนไปไม่ กิจการและการดำเนินธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และระเบียบข้อบังคับที่ออกโดยรัฐผู้รับการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นมาตรการด้านภาษีอากร (taxation) การขออนุญาต (licences) หรือจำกัดปริมาณสินค้า (quotas) ยกเว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น มาตรการต่างๆ ที่รัฐกำหนดขึ้น เพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจเอกชน จะไม่มีผลให้รัฐต้องรับผิดชอบในฐานะยึดหรือริบคืนกิจการของเอกชน^{๑๔}

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ด้านเศรษฐกิจสังคม มิได้เป็นการยึดหรือริบคืนทรัพย์สินที่จะทำให้เอกชนมีสิทธิฟ้องร้องรัฐ ตัวอย่างของมาตรการต่างๆ เหล่านี้ เช่น การควบคุมราคาสินค้า คุ้มครองผู้บริโภค กำกับหลักทรัพย์ ปกป้องสิ่งแวดล้อม จัดสรรที่ดิน ฯลฯ ด้วยเหตุว่ามาตรการเหล่านี้มีความจำเป็นสำหรับการบริหารรัฐกิจของประเทศ^{๑๕}

^{๑๔} Ian Brownlie, Public International Law, Oxford University Press, 6th ed, 2003 at 509.

^{๑๕} Muthucumaraswamy Sornarajah, The International Law on Foreign Investment (3rd ed), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

ดังได้กล่าวแล้วว่า ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนที่ทำกันในช่วงระยะเวลาไม่นานมานี้ มักจะกำหนดบทบัญญัติคุ้มครองนักลงทุนจากการยึดหรือริบคืนโดยอ้อม (indirect expropriation) แม้ความตกลงเหล่านั้น จะมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกัน คือ เพื่อปกป้องนักลงทุนจากการใช้มาตรการของรัฐที่มีผลเป็นการยึดหรือริบคืนทรัพย์สิน แต่ถ้อยคำที่ใช้ในสนธิสัญญาต่างๆ ก็แตกต่างกันไป ซึ่งอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมาย หรือการแปลความหมาย มีขอบเขต รายละเอียด และสาระสำคัญที่แตกต่างกันไปด้วย ตัวอย่างเช่น ความตกลงที่ทำโดยประเทศฝรั่งเศสมักใช้คำว่า “มาตรการที่เป็นการเวนคืนและการยึดทรัพย์สินเป็นของรัฐ หรือมาตรการอื่นใดที่มีผลทำให้ขาดไป ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งการครอบครองทรัพย์สิน” (measures of expropriation or nationalisation or any other measures the effect of which would be direct or indirect dispossession) ส่วนสนธิสัญญาการลงทุนที่ทำโดยประเทศอังกฤษ มักใช้คำต่อไปนี้ “มาตรการที่มีผลเท่ากับการเวนคืนและการยึดทรัพย์สินเป็นของรัฐ” (measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation)

ร่างสนธิสัญญาการลงทุนแม่แบบของสหรัฐอเมริกา (United States Model Bilateral Investment Treaty) ใช้ถ้อยคำว่า “มาตรการเทียบได้กับการยึดทรัพย์สินเป็นของรัฐหรือการเวนคืน” (measures tantamount to expropriation or nationalisation) แต่ความตกลงเอฟทีเอที่สหรัฐทำกับประเทศต่างๆ ใช้ถ้อยคำที่เฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้นเมื่อกล่าวถึงการยึดหรือริบคืนโดยอ้อม เช่น ใช้คำว่า “มาตรการใดๆ หรือมาตรการต่างๆ ที่มีผลโดยตรงและโดยอ้อมเทียบได้กับการยึดทรัพย์สินเป็นของรัฐ (รวมทั้งการจับกุมภาษีอากร การบังคับขายทั้งหมดหรือบางส่วนของการลงทุน หรือการทำให้เสื่อมไป หรือลดทอนในด้านการจัดการหรือมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ...)” (any other measure or series of measures, direct or indirect, tantamount to expropriation (including the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of its management, control of economic value...))^{๑๖}

ข้อ ๑๑๑๐ บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟตา บัญญัติห้ามการยึดทรัพย์สินเป็นของรัฐโดยใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ห้ามประเทศสมาชิกกระทำการทั้งโดยตรงและโดยอ้อม เวนคืนหรือยึดเป็นของรัฐ ซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุนของภาคีอื่น ที่อยู่ในดินแดนของตนเอง หรือใช้มาตรการที่เทียบได้กับการเวนคืน หรือยึดเป็นของรัฐซึ่งทรัพย์สินการลงทุนชนวนั้น ยกเว้น

- (เอ) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ
- (บี) โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ
- (ซี) โดยสอดคล้องกับกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (ดี) โดยจ่ายค่าชดเชยโดยสอดคล้องกับ”^{๑๗}

๑๖

Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, “Bilateral Investment Treaties”, ICSID 1995 at 98.

๑๗

Article 1110: “1. No Party may directly or indirectly nationalise or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalisation or expropriation of such an investment, except:

(a) for a public purpose;

(b) on a non-discriminatory basis;

นอกจากการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันแล้ว สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนมักจะมีได้จำแนกความแตกต่างระหว่างการยึดหรือริบคืนทรัพย์สินที่ต้องมีการชดเชย (compensable expropriation) กับการกระทำของรัฐที่เป็นการกำกับดูแลที่ไม่ต้องมีการจ่ายค่าชดเชย (non-compensable regulatory actions)

มีเพียงร่างความตกลงเอ็มเอไอ (Multilateral Agreement on Investment) เท่านั้นที่กำหนดบทบัญญัติจำแนกความแตกต่างระหว่างการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation) กับการกำกับดูแล (regulation) เอาไว้อย่างค่อนข้างชัดเจน ร่างความตกลงเอ็มเอไอ มีเจตนารมณ์ที่จะห้ามการยึดหรือริบคืน และห้ามใช้มาตรการที่มีผลเป็นอย่างเดียวกัน แต่ไม่ได้มีความประสงค์ที่จะห้ามรัฐใช้กฎระเบียบ เพื่อการบริหารกิจการทั่วไปของรัฐ หรือเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ^{๑๘}

ตัวอย่างเช่น ข้อ ๓ ของร่างความตกลงเอ็มเอไอว่าด้วยสิทธิในการกำกับดูแล (Right to Regulate) บัญญัติว่า

“(เอ) ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดและบังคับใช้มาตรการใดๆ ตามที่เห็นสมควร เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมการลงทุนตอบสนองต่อการปกป้องสุขภาพ ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม ภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับความตกลงนี้”^{๑๙}

แม้ร่างความตกลงเอ็มเอไอจะมีบทบัญญัติที่จำแนกความแตกต่างระหว่างการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อมกับการกำกับดูแลเอาไว้อย่างค่อนข้างชัด แต่เนื่องจากการจัดทำความตกลงดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ บทบัญญัติข้อ ๓ ดังกล่าวจึงมิได้มีผลบังคับ อีกทั้งในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนและความตกลงเอฟทีเอที่ประเทศต่างๆ ทำกันในเวลาต่อมา ก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในทำนองเดียวกับข้อ ๓ ของร่างความตกลงเอ็มเอไอ ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำกับดูแลธุรกิจและการลงทุนจึงยังคงมีความคลุมเครือ และถูกโต้แย้งโดยบริษัทข้ามชาติและนักลงทุนเอกชนอยู่เสมอๆ โดยมักมีการอ้างว่ามาตรการและการกระทำต่างๆ ของรัฐ มีผลเทียบได้กับเป็นการยึดหรือริบคืนทรัพย์สิน ซึ่งรัฐต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่เอกชน

อย่างไรก็ดี อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention of Human Rights) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยประชาคมยุโรปในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ และมีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลบังคับเพียงฉบับเดียว ที่มีบทบัญญัติที่อาจแปลความได้ว่า การกำหนดมาตรการกำกับดูแลของรัฐ (state regulation) จะไม่ทำให้รัฐต้องมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชยให้แก่เอกชน

ข้อ ๑ ของอนุสัญญาดังกล่าวบัญญัติว่า

(c) in accordance with due process of law and Article 1105 (1)15 and

(d) on payment of compensation in accordance with ...”

^{๑๘} Rainer Geiger “Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment”, N.Y.U. Environmental Law Journal, 2002, Volume 11, Number 1, pp. 94-109 at p.104.

^{๑๙} Article 3 “Right to Regulate”

“[a] a Contracting Party may adopt, maintain, or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to healthy, safety or environmental concerns provided that such measures are consistent with this agreement”.

“บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ล้วนแต่มีสิทธิที่จะครอบครองโดยสงบซึ่งทรัพย์สิน สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินจะถูกถูกลิดรอนมิได้ เว้นแต่ในการสาธารณประโยชน์ และภายใต้เงื่อนไขแห่งกฎหมาย และหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติข้างต้นจะไม่จำกัดสิทธิของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่รัฐเห็นว่าจำเป็นต่อการควบคุมการใช้ทรัพย์สินที่สอดคล้องกับผลประโยชน์ทั่วไป เพื่อการเรียกเก็บภาษีอากร การชำระ หรือการกำหนดโทษอื่นๆ”^{๒๐}

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (legally binding) แต่เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวเป็นความตกลงพหุภาคีแบบภูมิภาคนิยมที่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ใช้กับประเทศอื่นที่มีได้เป็นภาคีด้วย เมื่อสหภาพยุโรปจัดทำสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน และความตกลงเอฟทีเอกับประเทศอื่น สหภาพยุโรปมักจะกำหนดบทบัญญัติข้อ ๑ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเอาไว้ในความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ทำให้ประเด็นเรื่องความแตกต่างระหว่างการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation) กับการกำกับดูแลกิจการ (regulation) ภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน และความตกลงเอฟทีเอที่สหภาพยุโรปทำกับประเทศอื่นยังคงคลุมเครือไม่ชัดเจนต่อไป ทั้งๆ ที่กฎหมายสหภาพยุโรปเองได้กำหนดหลักการที่จำแนกแยกแยะความแตกต่างในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้วก็ตาม

ในกรณีของสมาชิกรัฐประชาชาติ บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้ากำหนดกฎเกณฑ์ให้มีการปกป้องคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติ การคุ้มครองการลงทุนที่ว่านี้ หมายถึง การปกป้องนักลงทุนจากการยึดหรือริบคืนกิจการโดยรัฐ มาตรา ๑๑๑๐ ของบทที่ ๑๑ ห้ามมิให้รัฐคู่สัญญายึดหรือริบคืนกิจการการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการยึดหรือริบคืนโดยตรงหรือโดยอ้อม ยกเว้นจะเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอาศัยเหตุผลด้านผลประโยชน์สาธารณะ โดยต้องกระทำโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งต้องเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) และจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และโดยไม่ชักช้า ให้แก่นักลงทุน แต่ในทางปฏิบัติปรากฏว่า การห้ามยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อมในความตกลงนาฟต้าเป็นบทบัญญัติที่คลุมเครือขาดความชัดเจนเป็นอย่างมาก ก่อให้เกิดปัญหามากมายต่อประเทศเม็กซิโก และแคนาดา ที่ทำความตกลงการค้าเสรีกับสหรัฐ

การที่ความตกลงระหว่างประเทศกำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวด สำหรับการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะทำการยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุนต่างชาตินั้น มิได้หมายความว่า รัฐผู้รับการลงทุนไม่อาจออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับเพื่อกำกับดูแลการลงทุนของต่างชาติเสียเลย แต่ก็มีประเด็นทางนิติศาสตร์ที่น่าสนใจว่า การยึดหรือริบคืนกิจการนั้นมีความหมายที่แท้จริงเช่นไร การกำกับควบคุมกิจกรรมโดยรัฐที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจ จะถือเป็นการยึด

^{๒๐} ECHR, Article 1: “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of its possessions. No one should be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by the law and by the general principles of international law. The proceeding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

หรือริบกิจการโดยอ้อม ที่มีผลอย่างเดียวกับการยึดหรือริบกิจการโดยตรงหรือไม่ ในช่วงเวลาตั้งแต่ทศวรรษที่ ๘๐ เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน การยึดหรือริบคืนกิจการโดยตรงเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นน้อยมาก เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาต้องประสบปัญหาด้านหนี้สิน และปัญหาเศรษฐกิจถดถอยดังที่กล่าวแล้วข้างต้น ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นโดยส่วนใหญ่ จึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม เสียเป็นส่วนใหญ่

มีข้อสังเกตว่า สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนและความตกลงเอฟทีเอต่างๆ มักกำหนดคำนิยามของคำว่า “การลงทุน” (investment) ไว้อย่างกว้าง ตัวอย่างเช่น ข้อ ๑๑๓๙ ของความตกลงนาฟต้าให้คำนิยามว่า “การลงทุน” รวมถึงอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นทั้งที่มีรูปร่าง และไม่มีรูปร่าง ที่ได้มาเพื่อใช้ หรือเพื่อจะใช้ในวัตถุประสงค์ด้านประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือวัตถุประสงค์ทางธุรกิจอื่นๆ”^{๒๑}

ในปัจจุบันคำนิยามดังกล่าวได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก มักถูกนำไปกำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน และความตกลงเอฟทีเอ ที่ประเทศที่พัฒนาแล้วทำกับประเทศคู่ค้าต่างๆ ซึ่งการกำหนดให้ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible property) เป็นการลงทุนประเภทหนึ่งได้ทำให้สิทธิทางกฎหมายต่างๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หุ่น สิทธิในสัมปทาน สิทธิตามสัญญา ฯลฯ มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะการลงทุนด้วย ตัวอย่างเช่น ในความตกลงเอฟทีเอที่สหรัฐทำกับประเทศออสเตรเลีย ซิลี อเมริกากลาง โมร็อกโก และสิงคโปร์ ล้วนแต่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การลงทุน มีความหมายครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างด้วย ความตกลงเอฟทีเอที่สหรัฐทำกับประเทศต่างๆ ในช่วงเวลาไม่นานนี้ มักมีบทบัญญัติดังนี้

“การกระทำหรือบรรดาการกระทำต่างๆ ของสมาชิกจะไม่ถือว่าเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการเว้นเสียแต่ว่า การกระทำนั้นได้รบกวนขัดสิทธิในทรัพย์สิน ทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง หรือประโยชน์ในทรัพย์สินในการลงทุน”^{๒๒}

ในความเป็นจริง หลักการในบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีที่มาจากคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ ๘๐ ในข้อพิพาทสองคดีด้วยกัน คือ คดี *Starret Housing Corp. v Islamic Republic of Iran*^{๒๓} ซึ่งตัดสินในปี พ.ศ. ๒๕๒๖ และคดี *Amoco International Finance Corporation v Iran*^{๒๔} ตัดสินในปี พ.ศ. ๒๕๓๐ ทั้งสองคดีนี้ อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินไปในทำนองเดียวกันว่า ทรัพย์สินการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายระหว่างประเทศจากการยึดหรือริบโดยรัฐ หาได้จำกัดอยู่เฉพาะทรัพย์สินที่มีตัวตนจับต้องได้เท่านั้นไม่ หากแต่ยังรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ที่ไม่อาจจับต้องได้อีกด้วย เช่น สิทธิทางกฎหมายที่ผู้ถือหุ้นมีตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท (shareholder rights) และสิทธิที่คู่สัญญามีต่อกันตามสัญญา (contractual rights) เป็นต้น

^{๒๑} Article 1139, NAFTA: The definition of “investment” covers, among other things, “real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes.”

^{๒๒} US FTAs with Australia, Chile, Central America, Morocco and Singapore: “An action or 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.”

^{๒๓} 4, Iran-US Cl. Trib. Rep. 122, 156-57 (1983).

^{๒๔} Award No 310-56-3 (14 July 1987), 15 Iran-US C.T.R. 189-289.

ถึงแม้ว่าสิทธิทางกฎหมายที่ไม่มีรูปร่าง จะได้ถูกรวมว่าเป็นส่วนหนึ่งของการลงทุน แต่มีข้อควรสังเกตว่า สิทธิที่ได้รับการรับรองว่าเป็นสินทรัพย์การลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นสิทธิที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมพอสมควร กล่าวคือ จะต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายให้การรับรองอย่างชัดเจน สิทธิที่มีลักษณะคลุมเครือ ขาดความชัดเจน จะไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะการลงทุน อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความตกลงนาฟต้า ได้เคยมีคำวินิจฉัยชี้ขาดไว้ในคดีสองคดี ได้แก่ คดี Pope & Talbot, Inc v Canada^{๒๕} และคดี S.D. Myers, Inc. v Canada^{๒๖} ว่า “การเข้าถึงตลาด” (market access) และ “ส่วนแบ่งตลาด” (market share) มิได้มีสถานะภาพเป็นทรัพย์สินการลงทุน ที่อาจถูกยึดหรือริบโดยรัฐได้ อนุญาโตตุลาการในสองคดีดังกล่าวมีความเห็นว่า การออกนโยบายและการใช้มาตรการโดยรัฐผู้รับการลงทุน ที่ส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงตลาดของนักลงทุน และที่ส่งผลให้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทผู้ลงทุนต้องลดลง หาได้เป็นการยึดหรือริบคืนกิจการมาเป็นของรัฐ อันเป็นเหตุให้นักลงทุนมีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยจากรัฐไม่

๒. ความหมายของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ

มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนจากต่างประเทศ โดยการสร้างกลไกระงับข้อพิพาท (dispute settlement) ที่ให้อำนาจผู้ลงทุนที่เป็นบุคคล (private individual) หรือนิติบุคคล (juridical person) ตามนิยามผู้ลงทุนภายใต้ความตกลงสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐผู้รับการลงทุน (state) โดยตรงภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนับเป็นนวัตกรรมของพันธกรณีความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่แต่เดิมทีเป็นเพียงการใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐเท่านั้น

กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าระหว่างประเทศถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน (investor to state dispute settlement) ที่มีบทบาทสำคัญ และเป็นหัวใจของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นหลักประกันสำหรับนักลงทุนว่า ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการระงับข้อพิพาทจะมีความรวดเร็ว ตอบสนองต่อความต้องการของนักลงทุน โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ นอกจากนี้ (ในบางกรณี) เพื่อใช้ในการบังคับคำตัดสิน (award enforcement) การศึกษาพันธกรณีต่างๆ ภายใต้ความตกลงจึงจำเป็นต้องเป็นไปด้วยความระมัดระวังสำหรับรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากพันธกรณีภายใต้ความตกลงอาจส่งผลกระทบต่อการออกมาตรการที่จำเป็นภายในของรัฐ หากมาตรการนั้นๆ กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน รวมถึงบทบาทของศาลยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในประเทศ

๓. อนุญาโตตุลาการและกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ

ภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ นักลงทุนต่างชาติอาจฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุนต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อให้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งของคู่กรณี มีข้อสังเกตว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มิได้ให้สิทธิเอกชนที่จะดำเนินคดีเป็นข้อพิพาท

^{๒๕} Interim Award (June 26, 2000), paras. 96-98.

^{๒๖} Partial Award, 232 (November 13, 2000), International Legal Materials 408, para. 232.

กับรัฐ สนธิสัญญาการลงทุนแบบดั้งเดิมที่นิยมทำกันที่เรียกว่า สนธิสัญญาเอฟซีเอ็น (FCN) หรือ สนธิสัญญาพันธมิตร การพาณิชย์ และการเดินเรือ (Friendship, Commerce and Navigation Treaties) ซึ่งนิยมทำกันอย่างแพร่หลาย ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน

สนธิสัญญาเอฟซีเอ็นมักจะกำหนดกลไกระงับข้อพิพาท สำหรับการพิพาทกันระหว่างรัฐกับรัฐ เท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่า เฉพาะแต่รัฐ (states) เท่านั้น ที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ เฉพาะแต่รัฐเท่านั้นที่อาจฟ้องร้องให้รัฐอื่นรับผิดชอบได้ตามกฎหมาย ซึ่งกลไกระงับข้อพิพาทแบบรัฐต่อรัฐดังกล่าว ถูกวิจารณ์ว่าไม่เพียงพอสำหรับการคุ้มครองการลงทุนข้ามชาติ เพราะจำเป็นต้องอาศัยการแทรกแซงจากรัฐผู้ส่งออกการลงทุน (home state) ซึ่งการตัดสินใจของรัฐที่จะแทรกแซงดำเนินคดีกับอีกรัฐหนึ่งนั้น มักจะอยู่ภายใต้อิทธิพลและความกดดันทางการเมือง และมักจะอยู่ในกรอบพิธีการระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ จึงเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมสามารถปกป้องสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ^{๒๗}

กฎหมายระหว่างประเทศด้านการลงทุนในปัจจุบัน นิยมกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ให้อำนาจนักลงทุนเอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐได้โดยตรง อันถือเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เหตุผลที่กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงอิทธิพลทางการเมืองของประเทศผู้รับการลงทุน และเพื่อให้ปลอดจากอคติของตุลาการ ซึ่งเป็นคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนเอง นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการยังถูกมองว่าเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพที่สามารถดำเนินการได้รวดเร็วยิ่งกว่าการพิจารณาในศาล^{๒๘}

อนุญาโตตุลาการ (arbitration) คือ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมักกำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน เพื่อใช้สำหรับระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ มีนักวิชาการบางท่านให้คำจำกัดความของมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐว่าเป็นกฎหมายปกครองระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่กำหนดอำนาจทางปกครองของรัฐในทางระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐต่างๆ มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ มีลักษณะที่รัฐโอนอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้แก่ อนุญาโตตุลาการที่คัดเลือกและแต่งตั้งโดยคู่กรณีพิพาทแห่งคดี โดยทั่วไปหากประเทศผู้รับการลงทุน และประเทศผู้ส่งออกการลงทุน ได้ทำความตกลงระหว่างกัน ซึ่งมีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทเอาไว้ นักลงทุนต่างชาติก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินคดีข้อพิพาทในศาลของประเทศผู้รับการลงทุนก่อน หากแต่

^{๒๗} Jan Paulsson, Arbitration Without Privity, 10 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 232-257, at p.256 (1995).

^{๒๘} Ibrahim F.I. Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MTGA, 1 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 1, 4 (1986).

สามารถเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ เพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีได้โดยทันที^{๒๙} ในทางทฤษฎีรัฐที่ได้ทำสนธิสัญญาการลงทุน ได้ยินยอมสละอำนาจอธิปไตยทางศาลของตน และตกลงยินยอมถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวให้แก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีแทน

เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน มีสาระสำคัญและวิธีการที่เหมือนกันกับอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ทั่วไปเกือบทุกประการ ข้อพิจารณาวิจารณ์ที่มีต่อระบบอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ จึงอาจใช้กับอนุญาโตตุลาการการลงทุนด้วย ข้อวิจารณ์ที่มีอยู่มีดังนี้

(๑) วิธีการคัดเลือกและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยทั่วไปมักกระทำโดยเอกชนที่เป็นคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการนั้นควรจะทำหน้าที่อย่างเป็นอิสระ ปลอดจากการครอบงำของคู่กรณี และโดยปราศจากอคติ แต่ในความเป็นจริง การที่อนุญาโตตุลาการได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งจากคู่กรณี อนุญาโตตุลาการที่ถูกเลือกสรรจึงมักจะเป็นคนชาติเดียวกันกับคู่กรณี และมักจะมีปรัชญาทางการเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมทางกฎหมาย ที่สอดคล้องไปในทางเดียวกันกับคู่พิพาทที่เป็นผู้คัดเลือกอนุญาโตตุลาการรายนั้น ซึ่งคาดหมายได้ว่าอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะทำหน้าที่ในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อคู่พิพาทที่ได้คัดเลือกตน มากกว่าที่จะตัดสินข้อพิพาทโดยอิสระและโดยมีความเป็นกลางปราศจากอคติ

(๒) การรักษาความลับของข้อมูล (confidentiality) มีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติ การพิจารณาคดีมักทำกันเป็นความลับ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการมักจะถูกเก็บไว้เป็นความลับ ไม่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน และในบางกรณี แม้แต่ชื่อและรายละเอียดของคู่สัญญาก็มักจะไม่ถูกเปิดเผย ถึงแม้ว่าการรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับจะเหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางพาณิชย์ แต่เมื่อนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐแล้ว ระบบการรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับอาจเป็นปัญหา เนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับนโยบาย เป็นประเด็นสาธารณะที่อยู่ในความสนใจของสังคม ด้วยเหตุนี้ จึงมีความพยายามที่จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน มีความโปร่งใсыิ่งขึ้น ดังเช่น กรณีประเทศสมาชิกคู่สัญญาความตกลงนาฟต้า ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโก ตกลงที่จะเปิดเผยรายละเอียดกระบวนการพิจารณาคดี และคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะ ซึ่งรวมถึงการอนุญาตให้กลุ่มประชาสังคม นำเสนอคำอธิบายของพยานบุคคลภายนอก (amicus curiae briefs) ต่ออนุญาโตตุลาการได้และเช่นเดียวกัน ศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (ICSID) ได้แก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับระบบอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน ที่ตนเองดูแลอยู่ ให้มีกระบวนการพิจารณาคดีมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

(๓) ประการสุดท้ายและที่สำคัญที่สุด คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินมีลักษณะที่ขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุน โดยทั่วไปจะสามารถทำการบังคับคดีได้ในทันที เนื่องจากรัฐจำนวนมากได้รับรองให้สัตยาบันอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการรับรองและบังคับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (New York Convention on the Recognition and Enforcement of

๒๙

Clara Reiner and Christoph Schreuer, Human Rights and International Investment Arbitration, in Pierre-Marie Dupuy et al. (eds), Human Rights and International Investment Arbitration, Oxford University Press, 2009, p.94.

Foreign Arbitral Awards) และอนุสัญญาวอซิงตัน หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า อนุสัญญาอิกซิด (ICSID Convention) ซึ่งทำให้รัฐดังกล่าวผูกพันตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยจะกระทำได้โดยยากมาก และโดยทั่วไปไม่อาจจะทำการเปลี่ยนแปลงได้โดยกฎหมายในประเทศ เนื่องจากคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจะได้รับการยกเว้นจากอำนาจศาลของประเทศคู่พิพาท

หลักการสำคัญเกี่ยวกับกลไกระบบข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

การยกเลิกระบบเบรตตัน วูดส์ โดยหันไปใช้ระบบค่าแลกเปลี่ยนเงินตราแบบลอยตัว (Floating exchange rate) ในตอนต้นของทศวรรษที่ ๗๐ นั้น ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ระบบเศรษฐกิจโลกได้ก้าวเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจแนวใหม่ที่มีลักษณะเชื่อมโยงและก่อให้เกิดการพึ่งพากันระหว่างประเทศต่างๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งระบบเศรษฐกิจแนวใหม่นี้เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในนามของ “โลกาภิวัตน์” (Globalization) ความตกลงแกตต์ (GATT - General Agreement on Tariffs and Trade) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดกระแสโลกาภิวัตน์ มีบทบาทสำคัญต่อการส่งเสริมการขยายตัวของการค้าระหว่างรัฐ หลักการพื้นฐานของแกตต์ที่ว่า ทุกประเทศจะต้องให้สิทธิประโยชน์แก่กันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) นับว่าเป็นเครื่องจูงใจสำคัญที่ทำให้ประเทศต่างๆ ตระหนักถึงความสำคัญของการเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ ดังจะเห็นได้จากความพยายามอย่างต่อเนื่องของรัฐบาลจีน ในอันที่จะสมัครเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงแกตต์ หรือองค์การการค้าโลก (World Trade Organisation) ในปัจจุบัน

เมื่อการเจรจาอนุสัญญาลิ้นสุดลงในปี พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกขึ้น พร้อมๆ กับการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนสองฉบับ ได้แก่ (๑) ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Investment Measures) หรือความตกลงทริมส์ (TRIMS Agreement) และ (๒) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (Agreement on Trade in Services) หรือแกตส์ (GATS)

ในการประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกที่ประเทศสิงคโปร์ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้มีการจัดตั้งคณะทำงานว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการค้ากับการลงทุนขึ้น เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในประเด็นที่เกี่ยวกับการลงทุนข้ามชาติหลายประเด็น รวมทั้งประเด็นเรื่อง ค่าจำกัดความ และขอบเขตของการลงทุน ความโปร่งใส การไม่เลือกปฏิบัติ และการระงับข้อพิพาท^{๓๐} หลังจากนั้นหัวข้อเรื่องการลงทุนภายใต้องค์การการค้าโลก จึงได้ถูกเรียกขานว่า “ประเด็นสิงคโปร์” (Singapore Issues) ซึ่งนอกจากจะรวมหัวข้อการลงทุนแล้ว ประเด็นสิงคโปร์ยังครอบคลุมหัวข้ออื่นอีกสามประเด็น ได้แก่ นโยบายการแข่งขัน (Competition Policy) ความโปร่งใสของการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Transparency in Government Procurement) และการอำนวยความสะดวกทางการค้า (Trade Facilitation)

การจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุนยังคงเป็นหัวข้อสำคัญในการประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกครั้งต่อๆ มา โดยเฉพาะในการประชุมรัฐมนตรีครั้งที่ห้า ที่เมืองแคนคูน ประเทศเม็กซิโก เมื่อเดือนกันยายน ๒๕๔๖ ในการประชุมดังกล่าว สหภาพยุโรปเสนอให้มีการเจรจาความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน โดยให้ร่างความตกลงที่มีหลักการคล้ายกับหลักเกณฑ์การลงทุนในร่างความตกลงเอ็มเอไอ (MAI - Multilateral Agreement on Investment)^{๓๑} ที่เคยเสนอให้มีการจัดทำในกรอบองค์การโออีซีดี (OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development)

^{๓๐} Working Group on the Relationship between Trade and Investment, “Report (1997) to the General Council”, WTO Doc WT/WGTI/1/Rev.1, World Trade Organisation, 9 December 1997, Annex I.

^{๓๑} Global Policy Forum, The EU Offensive for WTO-Investment Negotiations, Global Policy Forum, July, 2003, <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43723.html>.

แต่ความพยายามของสหภาพยุโรปในการประชุมครั้งนั้นถูกต่อต้านอย่างหนักจากอินเดียและประเทศกำลังพัฒนาอื่น ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่า การจัดทำความตกลงการลงทุนแบบพหุภาคีไม่ควรจะมีเป้าหมายแต่เพียงการเปิดเสรีการลงทุนและคุ้มครองการลงทุน หากแต่ควรรวมประเด็นเรื่องพฤติกรรมที่มีขอบของบรรษัทข้ามชาติ และควรมีการกำหนดมาตรการกำกับดูแลพฤติกรรมเหล่านั้นด้วย รวมทั้งควรกำหนดแนวทางมิให้ประเทศต่างๆ แข่งขันกันส่งเสริมดึงดูดการลงทุนด้วยวิธีการที่ไร้ขอบเขต^{๓๒} ด้วยข้อขัดแย้งดังกล่าว ตลอดจนความไม่ลงรอยกันในเรื่องกฎเกณฑ์การลงทุนระหว่างผู้ส่งออกการลงทุนหลักสองกลุ่มใหญ่ ได้แก่ สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป มีผลทำให้การเจรจาจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุนในองค์การการค้าโลกต้องประสบความล้มเหลวลงอีกครั้งหนึ่ง

แม้ความตกลงทริมส์และความตกลงแกตส์ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลกจะเกี่ยวข้องกับการลงทุนข้ามชาติก็ตาม แต่ไม่อาจกล่าวได้ว่าความตกลงทั้งสองฉบับได้กำหนดหลักเกณฑ์การลงทุนที่ครอบคลุมครบถ้วนในทุกประเด็น ความตกลงทั้งสองต่างกำหนดหลักเกณฑ์การลงทุนแต่เพียงเฉพาะเรื่องเฉพาะบางประเด็นเท่านั้น ความตกลงทริมส์นั้นว่าด้วยการบังคับให้กระทำการบางอย่างภายหลังที่นักลงทุนเข้าไปลงทุนในประเทศแล้ว โดยกำหนดเป็นพันธกรณีเพียงว่า ประเทศสมาชิกไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ที่ขัดแย้งกับข้อกำหนดของความตกลงแกตส์ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๔ ได้ เช่น ห้ามใช้อัตราภาษีแบบเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นต้น และในทำนองเดียวกันความตกลงแกตส์เพียงแต่กำหนดกว่าด้วยการลงทุนในกิจการที่เป็นการค้าบริการ ในรูปแบบ “Commercial presence” เท่านั้น ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์การลงทุนที่มีลักษณะที่จำกัดมาก

กลไกระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ

บทบัญญัติในร่างความตกลงเอ็มเอไอมีที่มาจากความตกลงนาฟต้า แต่เนื่องจากความตกลงเอ็มเอไอ กำหนดบทบัญญัติที่มีมาตรฐานคุ้มครองการลงทุนที่สูงกว่ามาตรฐานของนาฟต้า และการที่บรรดาสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนที่จัดทำขึ้นในภายหลัง ต่างก็มีมาตรฐานที่สูงกว่านาฟต้าทั้งสิ้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สนธิสัญญาการลงทุนและบทว่าด้วยการลงทุนในความตกลงเอฟทีเอต่างๆ ล้วนแต่มีที่มาจากร่างความตกลงเอ็มเอไอ ซึ่งมีที่มาจากความตกลงนาฟต้าอีกทีหนึ่งทั้งสิ้น^{๓๓}

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเป็นบทบัญญัติใน Part V Section D ในร่างความตกลงเอ็มเอไอ ภายใต้หัวข้อ “วิธีการระงับข้อพิพาท” (Means of Settlement) โดยมีบทบัญญัติที่อาจแปลได้ดังนี้^{๓๔}

“ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐที่เป็นคู่สัญญา ควรจะถูกระงับไปด้วยวิธีการเจรจา หรือด้วยการปรึกษาหารือ หากไม่อาจระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว นักลงทุนอาจเลือกที่จะเสนอคดีเพื่อยุติข้อพิพาทดังนี้

^{๓๒} Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, p.238.

^{๓๓} Michael Gestrin and Alan M Rugman, 'The NAFTA Investment Provisions: Prototype for Multinational Investment Rules?' in Pierre Sauvé and Americo Beviglia Zampetti (eds), Market Access after the Uruguay Round: Investment, Competition and Technology Perspectives, Organisation for Economic Cooperation and Development, Paris, 1996, p.63.

^{๓๔} Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) OECD Doc DAFFE/MAI (98)7/REV 1 (1998), Part V, Art. D (2).

- (เอ) ต่อศาลที่มีอำนาจหรือตุลาการทางปกครองของประเทศคู่สัญญาที่มีข้อพิพาทกันนั้น
- (บี) ยินยอมเข้าสู่กระบวนการวิธีระงับข้อพิพาทตามที่ได้ตกลงกันไว้ก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทดังกล่าว
- (ซี) โดยอนุญาตตุลาการตามที่กำหนดในบทบัญญัตินี้ภายใต้
- (i) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (อนุสัญญา ICSID) ในกรณีที่อนุสัญญา ICSID ใช้บังคับได้
 - (ii) กฎอำนวยการความสะดวกเพิ่มเติมของศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (การอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID) ในกรณีที่อนุสัญญา ICSID ใช้บังคับได้
 - (iii) กฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) หรือ
 - (iv) กฎอนุญาโตตุลาการของการค้านานาชาติ (ICC)^{๓๕}

มีข้อสังเกตว่า ความตกลงเอฟทีเอที่ทำโดยประเทศที่พัฒนาแล้วนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๐ (พ.ศ. ๒๕๔๓) เป็นต้นมา มักได้รับอิทธิพลจากบทบัญญัติดังกล่าวในร่างความตกลงเอ็มเอไอแทบทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลียได้ทำความตกลงทวิภาคีกับประเทศต่างๆ รวมทั้งสิ้น ๖ ฉบับ จากจำนวนนี้มีความตกลง ๔ ฉบับ ที่กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ โดยบทบัญญัติเหล่านั้นล้วนแต่มีที่มาจากร่างความตกลงเอ็มเอไอทั้งสิ้น ได้แก่ (๑) ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับสิงคโปร์^{๓๖} (๒) ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับประเทศไทย^{๓๗} (๓) ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับชิลี^{๓๘} และ (๔) ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์-อาเซียน^{๓๙}

เช่นเดียวกันกับออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ก็ใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ที่มีร่างความตกลงเอ็มเอไอเป็นต้นแบบ) สำหรับการทำเอฟทีเอกับประเทศอื่นเช่นกัน ในความ

^{๓๕} บทบัญญัติภาษาอังกฤษมีดังนี้

“Dispute between an investor and a contracting party should be settled by negotiation or consultation. If it is not so settled, the investor may choose to submit it for resolution:

- a. to any competent courts or administrative tribunals of the Contracting Party to the dispute;
- b. in accordance with any dispute settlement procedure agreed upon prior to the dispute arising; or
- c. by arbitration in accordance with this Article under:
 - (i) the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (the “ICSID Convention”), if the ICSID Convention is available;
 - (ii) the Additional Facility Rules of the Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID Additional Facility”), if the ICSID Additional Facility is available;
 - (iii) the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”); or
 - (iv) the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (“ICC”).”

^{๓๖} Singapore-Australia FTA, signed 17 February 2003, [2003] ATS 16 (entered into force 28 July 2003) Ch 8, Art. 14.

^{๓๗} Australia-Thailand FTA, signed 5 July 2004, [2005] ATS 2 (entered into force 1 January 2005), Art. 917.

^{๓๘} Australia-Chile FTA, signed 30 July 2008, [2009] ATS 6, (entered into force 6 March 2009) Art. 10.16.

^{๓๙} Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand FTA, signed 27 February 2009, [2010] ATS 1 (entered into force 1 January 2010) Ch 11, Art. 21.

ตกลงเอฟทีเอที่นิวซีแลนด์ทำกับประเทศต่างๆ ในรอบ ๑๐ ปีที่ผ่านมา ซึ่งมีทั้งสิ้นรวม ๘ ฉบับ มีความตกลงถึง ๕ ฉบับ ที่กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวเอาไว้^{๔๐}

แต่มีข้อควรสังเกตว่า ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกาที่เป็นความตกลงการค้าที่สำคัญที่สุดของออสเตรเลีย ซึ่งทำขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๘ ได้กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้^{๔๑} และมีข้อที่ควรสังเกตด้วยว่า แม้ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์-อาเซียน จะกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ แต่กลไกระงับข้อพิพาทจะไม่ใช้บังคับในกรณีที่เป็นข้อขัดแย้งที่มีคนชาติหรือหน่วยงานรัฐของออสเตรเลียและนิวซีแลนด์เป็นคู่กรณี ทั้งนี้เป็นไปตามบันทึกช่วยจำที่ทำกันระหว่างรัฐมนตรีการค้าของทั้งสองประเทศ โดยรัฐบาลออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ตกลงกันว่า บทว่าด้วยการลงทุนในความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์-อาเซียน จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใดๆ ต่อกัน ระหว่างประเทศออสเตรเลียกับนิวซีแลนด์^{๔๒}

ความตกลงเอฟทีเอระหว่างสหรัฐกับออสเตรเลีย (AUSFTA) เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๘ ความตกลงดังกล่าวได้กำหนดบทว่าด้วยการลงทุน (Investment Chapter) เอาไว้ โดยมีมาตรการคุ้มครองการลงทุนหลายประการ แต่ความตกลงเอฟทีเอระหว่างสหรัฐกับออสเตรเลีย มีลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากความตกลงอื่นๆ ประการหนึ่ง คือ ความตกลงดังกล่าวมิได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนที่จะฟ้องร้องเอากรัฐได้โดยตรง กลไกระงับข้อพิพาทเพียงประการเดียวที่ความตกลงนี้กำหนดไว้คือ กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐ (state-to-state) ดังเช่นที่ใช้กันในความตกลงระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งการขาดมาตรการระงับข้อพิพาทแบบนักลงทุนกับรัฐได้ทำให้ความตกลงเอฟทีเอระหว่างสหรัฐกับออสเตรเลียถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะจากบริษัทข้ามชาติและนักลงทุนว่า บทว่าด้วยการลงทุนในความตกลงดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีคุณค่าและไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด เพราะแม้จะมีหลักการที่ดีแต่ขาดสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพ^{๔๓}

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๒ ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้ทำความตกลงเอฟทีเอระหว่างกัน (Protocol on Investment to the New Zealand–Australia Closer Economic Relations Trade Agreement)^{๔๔} และกับกลุ่มประเทศอาเซียน (Agreement Establishing the ASEAN–

^{๔๐} Trade Relationships and Agreement (20 June 2012) New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade

<http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/2-Trade-Relationships-and-Agreements/index.php>.

^{๔๑} Australia-US FTA, signed 18 May 2004, [2005] ATS 1 (entered into force 1 January 2005).

^{๔๒} ASEAN-Australia-New Zealand FTA, Department of Foreign Affairs and Trade, Australia <http://www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/index.html#FullText>; สำหรับบทวิเคราะห์ในประเด็นนี้โปรดดู Luke Nottage, “The Rise and Possible Fall of Investor-State Arbitration in Asia: A Skeptic’s View of Australia’s Gillard Government Trade Policy Statement”, Legal Studies Research Paper No 11/32 Sydney Law School, Social Science Research Network June 2011, p.5 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1860505.

^{๔๓} William S Dodge, ‘Investor State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia–United States Free Trade Agreement’ (2006) 39(1) Vand J Trans L 1, 26.

^{๔๔} Protocol on Investment to the New Zealand–Australia Closer Economic Relations Trade Agreement (signed 16 February 2011).

Australia–New Zealand Free Trade Area)^{๔๕} ซึ่งความตกลงดังกล่าวหาได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้แต่อย่างใดไม่ รัฐบาลพรรคแรงงานของออสเตรเลียได้แสดงท่าทีของรัฐบาลต่อสาธารณชนว่า ออสเตรเลียจะไม่ยอมรับกลไกระงับข้อพิพาทแบบเอกชนกับรัฐในความตกลงที่จะทำในอนาคต โดยนโยบายนี้ถูกกำหนดขึ้นเนื่องจากข้อเสนอแนะในรายงานของคณะกรรมการมาธิการคณะหนึ่งที่เรียกว่า “Australian Productivity Commission” ที่เสนอในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ คณะกรรมการมาธิการชุดดังกล่าวสรุปว่า มาตรการระงับข้อพิพาทแบบนักลงทุนกับรัฐจะทำให้เกิดความเสี่ยงด้านการเงินและนโยบายสำหรับออสเตรเลีย แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้ผลประโยชน์ตอบแทนเพียงเล็กน้อยแก่นักลงทุนออสเตรเลีย^{๔๖}

คณะกรรมการการเสนอให้นักลงทุนออสเตรเลียใช้มาตรการลักษณะอื่น เพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของตน แทนที่จะอาศัยกลไกทางกฎหมาย ตามมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ เช่น เสนอว่านักลงทุนอาจเลือกใช้วิธีการประกันภัย ซึ่งจะให้ผลตอบแทนที่คุ้มค่ากว่า เป็นต้น

เหตุผลที่ความตกลงเอฟทีเอสหรัฐ-ออสเตรเลีย^{๔๗} และความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์^{๔๘} ยกเว้นไม่กำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ ด้วยเห็นว่ากลไกดังกล่าวไม่มีความจำเป็น เพราะประเทศคู่ค้าต่างๆ ที่กล่าวมานี้ล้วนแต่มีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเป็นมาตรการที่ใช้กับประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้น กลไกดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทข้ามชาติและนักลงทุนจากระบบกฎหมายของประเทศกำลังพัฒนาที่ถูกมองว่าล้าสมัยและไร้ประสิทธิภาพ

คาดได้ว่ากลไกระงับข้อพิพาทคงจะถูกยกเลิกใช้ไปในที่สุด เมื่อระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้รับการพัฒนาปรับปรุงให้มีมาตรฐานที่ดีขึ้นแล้ว แต่ปัญหาสำคัญก็คือ ปัญหาในการกำหนดว่ากลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ควรจะใช้กับประเทศใดบ้าง กรณีใดสมควรจะมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐไว้ในความตกลงที่ประเทศต่างๆ ทำต่อกันซึ่งปัจจัยสำคัญ ได้แก่ ระบบกฎหมายภายในของประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งจะนำไปสู่ปัญหาอีกประการหนึ่งว่า การตัดสินใจว่าระบบกฎหมายของประเทศใด มีระดับการพัฒนาและมาตรฐานที่สูงเพียงพอหรือไม่ จะกระทำด้วยวิธีการใด

เหตุผลอีกประการที่สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ ไม่นำเอากลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมาใช้ระหว่างกัน คงเป็นเพราะประเทศเหล่านี้ต่างตระหนักถึงประสบการณ์ที่เกิดขึ้นกับประเทศสมาชิกนาฟต้า ที่อำนาจรัฐในการกำกับธุรกิจการลงทุนได้ถูกท้าทายอย่างมาก จากการที่รัฐถูกเอกชนฟ้องร้องภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว

^{๔๕} Agreement Establishing the ASEAN–Australia–New Zealand Free Trade Area (opened for signature 27 February 2009; entered into force 1 January 2010).

^{๔๖} Australian Productivity Commission, Research Report: Bilateral and Regional Trade Agreements [14.2] (November 2010).

^{๔๗} Australian Department of Foreign Affairs and Trade, “Fact Sheet on the Investment Chapter of AUSFTA” www.dfat.gov.au/fta/ausfta/outcomes/09_investment.html.

^{๔๘} New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, Protocol on Investment to the New Zealand–Australia Closer Economic Relations Trade Agreement: National Interest Analysis, 2011.

ในร่างความตกลงเอฟทีเอระหว่างไทยกับสหภาพยุโรปที่เริ่มเจรจาอย่างเป็นทางการมาตั้งแต่วันที่ ๖ มีนาคม ๒๕๕๖ ที่มีแนวทางเจรจาแบบครบถ้วน ทั้งเรื่องการค้าสินค้า การค้าบริการ การลงทุน และความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ในเรื่องการลงทุนร่างความตกลงเอฟทีเอระหว่างไทยกับสหภาพยุโรปกำหนดให้มีการคุ้มครองนักลงทุน โดยให้มีกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐไว้ ภายใต้หลักการต่อไปนี้ ให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้บังคับความตกลง โดยให้มีขั้นตอนและกลไกที่ชัดเจน โปร่งใส และเป็นธรรมแก่รัฐภาคีคู่พิพาท ให้เป็นไปตามหลักการและกลไกการระงับข้อพิพาทที่ยอมรับกันโดยสากล นอกจากนี้ ให้สิทธินักลงทุนในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุนที่มีประสิทธิภาพ ตามที่กำหนดในความตกลงให้ทางเลือกแก่นักลงทุนในการระงับข้อพิพาท นอกเหนือจากการดำเนินคดีภายใต้กระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม ร่างความตกลงเอฟทีเอระหว่างไทยกับสหภาพยุโรปยังกำหนดว่า รัฐผู้รับการลงทุนยังคงมีอำนาจเต็มในการกำหนดนโยบายที่เป็นสาธารณประโยชน์ (right to regulate) ทั้งนี้ การใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดในความตกลง และมีความเสียหายต่อการลงทุนของนักลงทุนอย่างแท้จริงเท่านั้น

การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทจะไม่มีผลให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องยกเลิกระเบียบหรือกฎหมายภายใน และการชดเชยความเสียหายจากกรณีพิพาทจะต้องไม่เกินความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง การคุ้มครองการลงทุนและกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐเป็นการสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของนักลงทุน รวมทั้งผลประโยชน์ที่รัฐได้รับจากการลงทุนของเอกชน และกำหนดขอบเขตในการดำเนินนโยบายพัฒนาประเทศที่เหมาะสม

๑. กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงด้านการลงทุน

กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน ทั้งที่ปรากฏในความตกลงพหุภาคี ทวิภาคี และภูมิภาคนิยม เช่น ร่างความตกลงเอ็มเอโอ ความตกลงนาฟต้า และความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนต่างๆ มีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน โดยมักจะเริ่มด้วยการให้มีการปรึกษาหารือ (consultation) ระหว่างคู่พิพาทในคดี เพื่อหาทางระงับข้อพิพาทกันก่อน แต่หากไม่อาจตกลงกันได้ คู่กรณีมีช่องทางที่จะหาทางระงับข้อพิพาทต่อไป ไม่ว่าจะด้วยการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ความตกลงด้านการลงทุนบางฉบับกำหนดให้คู่พิพาทต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางศาลก่อนที่จะนำคดีเข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (exhaustion of local remedies) แต่โดยส่วนใหญ่มักจะให้สิทธินักลงทุนเอกชนที่จะนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้โดยตรง แต่คู่พิพาทจะต้องเลือกที่จะนำคดีเข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทได้เพียงช่องทางเดียวเท่านั้น กล่าวคือ หากเลือกนำคดีขึ้นสู่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการแล้วต้องใช้กลไกระงับข้อพิพาทนั้นเท่านั้น จะเลือกใช้กลไกระงับข้อพิพาททั้งสองช่องในประเด็นข้อพิพาทเดียวกันไม่ เว้นแต่คู่พิพาททุกฝ่ายจะเห็นชอบร่วมกัน อันเป็นการป้องกันปัญหาการขัดกันซึ่งอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดคดีของศาลและอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องการแต่งตั้งผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ความตกลงด้านการลงทุนมักกำหนดให้มีการสรรหาคณะอนุญาโตตุลาการตามหลักการในข้อ ๓๗ ของอนุสัญญาอิกซิด (ICSID Convention)

หรือตามข้อ ๗ ของกฎอนุญาโตตุลาการการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Arbitration Rules) ซึ่งกำหนดไว้คล้ายกันว่า การสรรหาคณะอนุญาโตตุลาการจะเริ่มจากคู่พิพาทในคดีเสนอแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันแต่งตั้งบุคคลที่สามเป็นประธาน อนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการคนที่สามจะต้องไม่เป็นคนชาติ และไม่มีถิ่นพำนักโดยปกติใน ประเทศภาคี และมีได้ถูกว่าจ้างโดยประเทศภาคีในขณะนั้น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากประเทศ ภาคีทั้งสอง หากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับบุคคลที่สามที่จะทำหน้าที่เป็นประธานคณะ อนุญาโตตุลาการ เลขาธิการศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐ กับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) มีอำนาจพิจารณาแต่งตั้งกรรมการอนุญาโตตุลาการที่เหลือ แต่จะต้องไม่ เลือกจากรายชื่อประเทศที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับ

ในเรื่องการบังคับคดีตามคำวินิจฉัยชี้ขาด โดยทั่วไปการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายของอีกซิด และ UNCITRAL ต่างถือว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุด มีผลผูกพันคู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดย คู่พิพาทแห่งคดีมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่ประเทศของคู่พิพาทแห่งคดี เป็นภาคีอนุสัญญาอีกซิด หรือเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) ในกรณีที่เป็น อนุญาโตตุลาการการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ศาลของประเทศดังกล่าวจะต้องให้การ ยอมรับผลแห่งคดี และจะต้องมีคำพิพากษาตามเพื่อบังคับคดีตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ เว้น แต่จะเข้าข้อยกเว้นที่มีเหตุบางประการที่อาจขอให้ศาลทบทวนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว โดยข้อยกเว้นที่อนุสัญญาอีกซิดและอนุสัญญานิวยอร์กกำหนดไว้มีความแตกต่างกันในบางประการ ตัวอย่างของข้อยกเว้นตามอนุสัญญาอีกซิด เช่น กรณีที่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการกระทำไปโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย กรณีที่ปรากฏว่าคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเกินเลยขอบเขตอำนาจที่ อนุญาโตตุลาการมี กรณีที่ปรากฏว่ามีการทุจริตคอร์รัปชัน กรณีที่การวินิจฉัยชี้ขาดไม่เป็นไปตามกฎวิธี พิจารณาความ หรือกรณีที่คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการปราศจากเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย ในกรณี ของอนุสัญญานิวยอร์ก ตัวอย่างของข้อยกเว้นที่คู่พิพาทแห่งคดีอาจโต้แย้งการบังคับคดีตามคำวินิจฉัย ของอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีขาดนัดไม่เข้าร่วมพิจารณาคดี เพราะไม่ได้รับแจ้งเกี่ยวกับการพิจารณา กรณีที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดเกินขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบหมาย หรือกรณีที่คำตัดสินของ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศคู่พิพาท เป็นต้น

๒. หลักการขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการปกป้อง เคารพ และเยียวยาการดำเนิน ธุรกิจและสิทธิมนุษยชน

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้จัดทำแนวปฏิบัติเรื่อง “การคุ้มครอง การเคารพ และการเยียวยา” (Protect, Respect and Remedy) ขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยกำหนด ความรับผิดชอบสำคัญสามประการสำหรับรัฐ ได้แก่ (๑) หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองไม่ให้เกิดการ ละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยบุคคล ภายนอก รวมทั้งที่เป็นบรรษัทการค้า (๒) ความรับผิดชอบของบรรษัทที่ จะเคารพสิทธิมนุษยชน และ (๓) ความจำเป็นที่ผู้เสียหายจะสามารถเข้าถึงการเยียวยาอย่างเป็นผลทั้ง กระบวนการตุลาการและอย่างอื่น ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนได้รับรองหลัก ปฏิบัติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชนเพื่อปฏิบัติให้เป็นผลตามกรอบ “การคุ้มครอง การเคารพ และการ

เยียวยา” ดังกล่าว (Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework)

หลักปฏิบัติดังกล่าวกำหนดความรับผิดชอบของรัฐในการเคารพสิทธิมนุษยชนอันเป็นมาตรฐานสากล รัฐต้องปกป้องสิทธิมนุษยชนจากการถูกละเมิดโดยบุคคลทั่วไป (ซึ่งรวมถึงภาคธุรกิจ) ที่อาจเกิดขึ้นในดินแดนหรือเขตอำนาจของตน โดยจัดให้มีขั้นตอนการดำเนินการที่เหมาะสมเพื่อป้องกัน สืบสวน ลงโทษ และแก้ไขการละเมิดเหล่านั้นผ่านทางนโยบาย กฎหมาย ระเบียบ และกระบวนการ ยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งรัฐจะต้องมีนโยบายที่ชัดเจนให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ตั้งอยู่ในดินแดนหรือเขตอำนาจของตน ให้การเคารพสิทธิมนุษยชนในทุกขั้นตอนของการธุรกิจ โดยมีหลักการที่ชัดเจนที่ใช้กับบรรษัทข้ามชาติ โดยคาดหวังว่าหน่วยงานธุรกิจทุกแห่งจะปฏิบัติไม่ว่าจะดำเนินงานในที่ใดประเทศใด จะต้องรับผิดชอบตามหลักปฏิบัติดังกล่าว โดยมีหลักการพื้นฐาน ๓ ประการ ดังนี้ (๑) ให้การเคารพ ปกป้อง และทำให้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานบรรลุเป้าหมายที่ตั้ง (๒) ผู้ประกอบการทางธุรกิจเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่มีหน้าที่พิเศษที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และ (๓) ทั้งรัฐและผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องให้การเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมหากมีการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยรัฐต้องดำเนินการสร้างหลักประกัน ผ่านระบบตุลาการ บริหาร และนิติบัญญัติ ตลอดจนกำหนดมาตรการที่เหมาะสมอื่นๆ เพื่อให้ผู้ได้รับผลกระทบได้เข้าถึงการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ หากมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในเขตแดนและหรือเขตอำนาจของตน

๓. แนวปฏิบัติขององค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาสำหรับบรรษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multinational Enterprises)

แนวปฏิบัติสำหรับกลุ่มบรรษัทข้ามชาติของกลุ่มประเทศโออีซีดี (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) เป็นข้อเสนอแนะของรัฐบาลที่มีต่อบริษัทข้ามชาติที่เกี่ยวข้องกับการวางหลักการและมาตรฐานการประกอบธุรกิจที่รับผิดชอบต่อสังคมอันสอดคล้องกับกฎหมาย โดยมีเป้าหมายที่ต้องการให้การประกอบกิจการของบริษัทให้มีความรับผิดชอบต่อสังคม ภายใต้การสนับสนุนของรัฐบาลของประเทศต่างๆ อันจะนำไปสู่ประโยชน์สูงสุดของการลงทุนข้ามชาติที่บรรษัทเหล่านั้นเกี่ยวข้อง ทำให้บรรษัทข้ามชาติมีส่วนเสริมสร้างการพัฒนาที่ยั่งยืนในประเทศที่ตนเข้าไปลงทุน

แนวปฏิบัติสำหรับกลุ่มบรรษัทข้ามชาติของกลุ่มประเทศโออีซีดีเป็นมาตรฐานที่ตั้งอยู่บนความสมัครใจของบรรษัทข้ามชาติ ไม่ใช่ข้อบังคับที่มีผลบังคับทางกฎหมาย และจะต้องไม่ถูกใช้เป็นเครื่องมือกีดกันทางการค้า หลักการสำคัญของแนวปฏิบัติของโออีซีดีอาจสรุปได้ดังนี้

- ๑) บรรษัทข้ามชาติจะต้องปฏิบัติตามนโยบายของประเทศที่ตนเข้าไปดำเนินธุรกิจอย่างเคร่งครัด โดยควรที่จะเข้าไปส่งเสริมความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ในลักษณะการพัฒนาที่ยั่งยืน
- ๒) ให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน สอดคล้องกับพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศผู้รับการลงทุนผูกพันอยู่

- ๓) ละเว้นไม่แสวงหาหรือรับสิทธิพิเศษที่ไม่ใช้สิทธิอันชอบธรรม หรือที่ฝ่าฝืนต่อข้อบังคับด้านสิ่งแวดล้อม สุขภาพ ความปลอดภัย แรงงาน ภาษี แรงจูงใจทางการเงิน และอื่นๆ
- ๔) สนับสนุนและยึดถือหลักธรรมาภิบาลที่ดี และยึดหลักการเป็นแนวทางปฏิบัติ
- ๕) บริษัทข้ามชาติจะต้องเปิดเผยข้อมูลกิจกรรม โครงสร้าง สถานการณ์ทางการเงิน และผลประกอบการตามกำหนดเวลา โดยให้ข้อมูลที่น่าเชื่อถือ รวมทั้งข้อมูลด้านนโยบายของบริษัท รูปแบบ ขนาด และที่ตั้งของบริษัท
- ๖) ให้ความเคารพต่อสิทธิของลูกจ้าง มีการเจรจาต่อรองอย่างสมเหตุสมผลกับตัวลูกจ้างหรือสมาคมของลูกจ้าง เพื่อบรรลุข้อตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขในการจ้างงาน คัดค้านการใช้แรงงานเด็ก คัดค้านการบังคับใช้แรงงานทุกรูปแบบ ไม่กระทำการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างด้วยเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง และพื้นฐานสังคม
- ๗) ประกอบธุรกิจโดยคำนึงถึงการรักษาสภาพแวดล้อม ป้องป้องสุขภาพอนามัย และความปลอดภัย โดยมีเป้าหมายเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนภายใต้กรอบของกฎหมาย ข้อบังคับ และแนวปฏิบัติในประเทศที่เข้าไปประกอบธุรกิจ และสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ
- ๘) ไม่เสนอให้ ให้คำมั่นว่าจะให้ ให้ เรียก หรือรับสินบนหรือสิทธิพิเศษใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยเสนอผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐหรือพนักงานของภาคธุรกิจ สร้างความโปร่งใสในการประกอบ ต่อต้านการรับสินบนและข่มขู่ เปิดเผยแพร่ระบบการบริหารจัดการของบริษัทเพื่อยืนยันเจตจำนงดังกล่าว และสร้างความเข้าใจและแนวทางปฏิบัติในหมู่พนักงานของบริษัท
- ๙) ปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างเป็นธรรมทั้งในด้านการค้า การตลาด และการโฆษณา และมีมาตรการอย่างเหมาะสม เพื่อควบคุมความปลอดภัยและคุณภาพของสินค้าหรือบริการ
- ๑๐) ทำการแข่งขันภายใต้กรอบแห่งกฎหมายและข้อบังคับ โดยเกี่ยวข้องในการตกลงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน ประกอบธุรกิจโดยสอดคล้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า ให้ความร่วมมือกับหน่วยงานรัฐเมื่อมีการร้องขอเกี่ยวกับการกระทำที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า
- ๑๑) จะต้องชำระภาษีอย่างถูกต้องตรงเวลาที่กฎหมายกำหนด จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับด้านภาษีอากรของทุกๆ ประเทศที่บริษัทเข้าไปประกอบธุรกิจ รวมทั้งให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการประเมินภาษีได้อย่างถูกต้อง

๔. แนวทางความรับผิดชอบขององค์กรธุรกิจต่อสังคมขององค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (International Organization for Standardization Guidelines for Social Responsibility [ISO 26000])

สภาพที่เปิดกว้างในทางธุรกิจการค้าทำให้องค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ ซึ่งมีความพร้อมทั้งด้านทุน เทคโนโลยี และบุคลากร สามารถใช้ข้อได้เปรียบที่มีอยู่เข้าครอบงำตลาดของประเทศต่างๆ จำกัดโอกาสของธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลาง ทำให้ธุรกิจขนาดย่อมเหล่านั้นต้องออกจากการแข่งขันไปในที่สุด

สภาพการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดกระแสวิจารณ์ต่อระบบเศรษฐกิจ และต่อพฤติกรรมของบรรษัทอย่างกว้างขวางรุนแรง ประเด็นหลักของการวิจารณ์ คือ ระบบเศรษฐกิจที่เป็นอยู่ได้ทำลายความสำคัญและคุณค่าดั้งเดิมของมนุษย์ ได้แก่ ความเอื้ออาทร การช่วยเหลือเกื้อกูลกัน การเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคม สิ่งที่เป็นคุณค่าของมนุษย์ในเชิงนามธรรมเหล่านี้ได้ถูกบดบังและถูกแทนที่โดยเป้าหมายและปัจจัยทางเศรษฐกิจ ที่มุ่งสร้างคุณภาพชีวิตมนุษย์ในทางวัตถุและในการสร้างความเติบโตทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นการแข่งขัน การแสวงหาผลกำไร และการพึ่งพาเทคโนโลยี ฯลฯ

ในปัจจุบันได้มีความสนใจเรื่องศึกษาบทบาททางสังคมขององค์กรธุรกิจ ที่เรียกว่า “ความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท” (Social responsibility of company) โดยให้ความสำคัญต่อปัญหาด้านเศรษฐกิจสังคมที่บรรษัทขนาดใหญ่มีส่วนทำให้เกิดขึ้นใน ๓ กลุ่มใหญ่ๆ คือ

๑) *ปัญหาสิ่งแวดล้อม* ปัญหานี้เป็นผลโดยตรงจากกิจการของบรรษัท นโยบายพัฒนาเศรษฐกิจอย่างไม่สมดุลที่ใส่ใจเฉพาะตัวเลขรายได้และดัชนีการเติบโต ได้เปิดโอกาสให้บรรษัทตักตวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยไม่มีขีดจำกัด การใช้มาตรการทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวดูเหมือนจะไม่เพียงพอต่อการจัดการปัญหา เพราะกฎหมายมุ่งเยียวยาเมื่อมีปัญหาหรือความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว แนวทางที่ถูกต้องน่าจะเป็นการสร้างทัศนคติต่อบรรดาผู้บริหารองค์กรธุรกิจและผู้นำประเทศ เพื่อให้เกิดสำนึกว่าการพัฒนาที่ถูกต้องคือการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน ที่การดำเนินธุรกิจจะต้องไม่สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

๒) *ปัญหาการใช้เทคโนโลยี* บริษัทมักอยู่ในฐานะผู้ผลิตเทคโนโลยีเพื่อเป็นสินค้า หรือมีเช่นนั้นก็ในฐานะเป็นผู้ใช้เทคโนโลยีเพื่อผลิตและจำหน่ายสินค้า แม้เทคโนโลยีจะทำให้ผู้คนมีชีวิตความเป็นอยู่ที่สะดวกสบาย และช่วยให้การประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่เทคโนโลยีสมัยใหม่ก่อให้เกิดปัญหามากมาย ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการว่างงาน ปัญหาอาชญากรรม ปัญหาการค้ามนุษย์ ฯลฯ นอกจากนี้ เทคโนโลยีที่ใช้ อาจมีความบกพร่องไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดปัญหามลภาวะ เป็นอันตรายต่อระบบนิเวศน์ ชีวิต และสุขอนามัย ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมของพิษภัยจากเทคโนโลยีที่บริษัทได้ชักนำสู่สังคม เช่น ภัยจากสารเคมีและยาฆ่าแมลง การมอมเมาเยาวชนโดยเกมคอมพิวเตอร์ การสร้างกระแสค่านิยมฟุ้งเฟ้อในการใช้โทรศัพท์มือถือ โทษภัยจากอาหารและพืชตัดแปลงพันธุกรรม ฯลฯ

๓) *ปัญหาบริโภคนิยม* การล่มสลายของระบอบคอมมิวนิสต์และการเติบโตของระบบเศรษฐกิจแบบตลาด ทำให้ประเทศต่างๆ มีนโยบายที่จะพัฒนาประเทศไปสู่ความทันสมัย โดยเดินตามแนวทาง การพัฒนาของประเทศตะวันตก นโยบายนี้ก่อให้เกิดลัทธิบริโภคนิยมที่บรรษัทผู้ประกอบการใช้วิธีการต่างๆ เพื่อกระตุ้นให้ผู้คนมีความต้องการและหลงใหลในการบริโภค ประชาชนถูกมอมเมาให้บริโภค และถูกทำให้เชื่อว่าการบริโภคคือความสุข ทั้งที่ในความเป็นจริงการบริโภคให้ประโยชน์สูงสุดแก่บริษัท ยิ่งประชาชนบริโภคมากเท่าใด บริษัทและธุรกิจยิ่งมีกำไรและมีความร่ำรวยมากเท่านั้น ลัทธิบริโภคนิยมได้เปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตของผู้คนจากความเป็นอยู่ที่เรียบง่าย ไปสู่วิถีชีวิตแบบตะวันตก ที่ให้ความสำคัญกับการดำเนินชีวิตอย่างฉาบฉวย และเน้นในการบริโภคสินค้าที่ไม่มีความจำเป็น

จากการที่ประชาคมโลกกำลังเผชิญกับปัญหาจากการพัฒนาที่ขาดสมดุล ซึ่งเป็นผลพวงจากการมุ่งพัฒนาในเชิงเดียวที่ให้ความสำคัญต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นหลักแต่เพียงอย่างเดียว

โดยมุ่งหวังเพื่อให้ปัจจัยทางเศรษฐกิจเป็นแรงขับเคลื่อนให้เกิดการพัฒนาด้านอื่นๆ องค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (International Organization for Standardization: ISO) จึงได้กำหนดมาตรฐานว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสังคม (ISO 26000 Social Responsibility) ขึ้น เพื่อให้บริษัทองค์กร หน่วยงานต่างๆ รวมไปถึงผู้มีส่วนได้เสียขององค์กรได้เพิ่มความตระหนักและสร้างความเข้าใจในเรื่องของความรับผิดชอบต่อสังคม ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวจะเป็นในลักษณะของข้อเสนอแนะ หลักการ และวิธีการของความรับผิดชอบต่อสังคมที่องค์กรพึงนำไปประยุกต์ใช้ โดยปราศจากสภาพบังคับทางกฎหมาย

สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) ในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านงานมาตรฐาน ได้ประกาศใช้มาตรฐานว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสังคม (ISO 26000) อย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๓ มาตรฐานความรับผิดชอบต่อสังคม ISO 26000 นั้นจะใช้กับองค์กรทุกประเภท ทั้งในภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคเอกชน และองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร ที่ดำเนินการอยู่ทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนา

มาตรฐานว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสังคมกำหนดหลักการสำคัญ ๗ ประการ ดังนี้

- ๑) หลักความรับผิดชอบต่อสังคม (accountability) ซึ่งกำหนดให้มีการตรวจสอบการดำเนินงานขององค์กรต่างๆ จากภายนอก
- ๒) หลักความโปร่งใส (transparency) ที่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ขององค์กรต่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และผู้เกี่ยวข้องต่างๆ โดยชัดเจน
- ๓) หลักพฤติกรรมที่มีจริยธรรม (ethical behaviour) องค์กรจะต้องกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติงานอย่างมีจริยธรรม โดยคำนึงถึงความซื่อสัตย์ ความเท่าเทียม และความยุติธรรมเป็นสำคัญ
- ๔) หลักการเคารพต่อผู้ประโยชน์ได้เสีย (respect for stakeholder interests) องค์กรควรตระหนักถึงสิทธิของผู้มีประโยชน์ได้เสีย โดยเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นมีส่วนร่วม ด้วยการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ขององค์กร รวมทั้งนโยบาย ข้อเสนอแนะ และการตัดสินใจต่างๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อผู้มีประโยชน์ได้เสีย
- ๕) หลักการเคารพต่อหลักนิติธรรม (respect for the rule of law) องค์กรจะต้องดำเนินการโดยสอดคล้องกับกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับต่างๆ ของรัฐ
- ๖) หลักการเคารพต่อหลักพฤติกรรมที่ต้องด้วยบรรทัดฐานสากล (respect for international norms of behaviour) ดังที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศ สนธิสัญญา ปฏิญญา ประกาศ มติ และประมวลแนวปฏิบัติต่างๆ ซึ่งกำหนดหรือมีที่มาจากองค์การระหว่างประเทศ
- ๗) หลักการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน (respect of human rights) โดยจะต้องมีนโยบาย และดำเนินการโดยสอดคล้องกับ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ

๕. หลักการโดยความสมัครใจในเรื่องความมั่นคงและสิทธิมนุษยชน (Voluntary Principles on Security and Human Rights)

หลักการโดยความสมัครใจในเรื่องความมั่นคงและสิทธิมนุษยชน จัดทำขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นความริเริ่มร่วมกันของหลายภาคส่วน ทั้งรัฐบาลของประเทศต่างๆ บริษัทที่ประกอบธุรกิจสาขาที่เกี่ยวกับเหมืองแร่และพลังงาน และองค์กรพัฒนาเอกชน จัดทำหลักการที่พึงปฏิบัติสำหรับบริษัทที่ทำธุรกิจในอุตสาหกรรมน้ำมัน แก๊ส และเหมืองแร่ เพื่อให้สร้างระบบความมั่นคงจากการดำเนินธุรกิจของบริษัทเหล่านั้นในเรื่องสิทธิมนุษยชน หลักการโดยความสมัครใจนี้ได้กำหนดให้บริษัทข้ามชาติเหล่านั้นจัดทำการประเมินความเสี่ยงด้านสิทธิมนุษยชนในกิจกรรมลักษณะต่างๆ ของตน รวมทั้งจะต้องสร้างความเชื่อมั่นว่าสิทธิมนุษยชนจะได้รับการเคารพและได้รับการคุ้มครอง ในบริเวณอาณาเขตและส่วนที่เป็นสินทรัพย์ของบริษัท และ นอกจากนี้ บริษัทข้ามชาติเหล่านั้นยังมีหน้าที่สืบสวนและจัดทำรายงานเกี่ยวกับข้อกล่าวหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทอีกด้วย

๖. นโยบายและระเบียบปฏิบัติของภาครัฐบาล ธุรกิจ และสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) เพื่อการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอาเซียน

สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (The Association of South East Asian Nations) หรืออาเซียน (ASEAN) ก่อตั้งขึ้นตามปฏิญญากรุงเทพฯ (Bangkok Declaration) เมื่อวันที่ ๘ สิงหาคม ๒๕๑๐ โดยมีประเทศผู้ก่อตั้งแรกเริ่ม ๕ ประเทศ ได้แก่ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และไทย และต่อมามีอีกประเทศหนึ่งได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในปี พ.ศ. ๒๕๒๗ คือ บรูไน ตามด้วยเวียดนามในปี พ.ศ. ๒๕๓๘ และในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ลาวและพม่าได้เข้าร่วม ในปี พ.ศ. ๒๕๔๒ กัมพูชาเป็นประเทศล่าสุดที่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกอาเซียน ในเดือนพฤศจิกายน ๒๕๕๐ ได้มีการจัดทำกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ขึ้น และมีผลใช้บังคับในเดือนธันวาคม ๒๕๕๒ กฎบัตรได้เปลี่ยนแปลงสถานภาพอาเซียนจากองค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจไปสู่ประชาคมภูมิภาค โดยมีกฎหมายและองค์กรถาวรรองรับ ซึ่งในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ ๙ ที่อินโดนีเซีย เมื่อวันที่ ๗ ตุลาคม ๒๕๔๖ ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนได้ตกลงกันในแนวทางนี้ที่จะพัฒนาสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ไปสู่ความเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) โดยให้มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. ๒๕๖๓ แต่ต่อมาในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ ๑๒ เมื่อวันที่ ๑๓๓ มกราคม ๒๕๕๐ ณ เมืองเซบู ประเทศฟิลิปปินส์ และในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ ๑๓ เมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๐ ณ ประเทศสิงคโปร์ ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนได้ประกาศปฏิญญาเซบูเลื่อนกำหนดให้มีการจัดตั้งประชาคมอาเซียนให้เร็วขึ้น เป็นภายในปี พ.ศ. ๒๕๕๘

ภายใต้กฎบัตรอาเซียน ประชาคมอาเซียนประกอบด้วย ๓ องค์ประกอบหลัก ได้แก่ (๑) ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community) หรือ AEC (๒) ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (Socio-Cultural Community) และ (๓) ประชาคมความมั่นคงอาเซียน

(Political and Security Community) ภายใต้ปฏิญญาเซบู การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน มีเป้าหมายที่จะให้มีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยมีวัตถุประสงค์หลักที่จะให้มีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีในระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งสินค้า บริการ การลงทุน แรงงานฝีมือ และทุน พิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) ซึ่งจัดทำขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้กำหนดเป้าหมาย แผนงาน และกรอบเวลาของการก่อตั้งประชาคมอาเซียนเอาไว้อย่างชัดเจน โดยแนวทางของการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอาจสรุปได้เป็น ๔ ประการ ดังนี้ (๑) ทำให้ประชาคมอาเซียนเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน (๒) ทำให้เป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง (๓) ทำให้เป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน และ (๔) เป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก ซึ่งแนวทางทั้งสี่ประการดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน นั่นคือทำให้อาเซียนเป็นตลาดและฐานการผลิตร่วม

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยังได้จัดทำปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration) โดย (ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights-AICHR) ซึ่งต่อมาได้รับการรับรองการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ ๒๑ เมื่อวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ๒๕๕๕ ณ กรุงพนมเปญ ประเทศกัมพูชา โดยมีความมุ่งหมายที่จะพัฒนาไปสู่การจัดทำกรอบความร่วมมืออาเซียนด้านสิทธิมนุษยชน ในรูปของอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศต่อไป ในปัจจุบันปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นเพียงคำประกาศที่ไม่มีความผูกพันตามกฎหมาย เป็นการแสดงเจตนารมณ์ของอาเซียนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสะท้อนถึงลักษณะเฉพาะของอาเซียนที่มีความแตกต่างในด้านการเมือง สังคม และวัฒนธรรม โดยหลักการในปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นการยืนยันหลักการรับรองสิทธิมนุษยชนตามที่มีอยู่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ขององค์การสหประชาชาติ และตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่างๆ ที่บรรดาประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นภาคี โดยปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีสาระสำคัญที่ครอบคลุมสิทธิมนุษยชนลักษณะต่างๆ รวมทั้งสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม สิทธิในการพัฒนา สิทธิในสันติภาพ ฯลฯ

บทที่ ๕

บทวิเคราะห์กลไกระบบข้อพิพาทด้านการลงทุน

ปัจจุบันการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศมีความสำคัญยิ่งกว่าที่เป็นมา ความสำคัญดังกล่าวมีทั้งต่อประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนา ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา การลงทุนโดยตรงได้กลายเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดของการโอนทุนระหว่างประเทศ นับเป็นผลมาจากการเติบโตของเศรษฐกิจโลกและการเปิดเสรีภาพการค้าและการลงทุน การลงทุนมีบทบาทที่สำคัญยิ่ง โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงการค้าระหว่างบริษัทหรือองค์กรธุรกิจในกลุ่มเดียวกัน (intra-firm transactions) มีปริมาณสูงถึง ๑ ใน ๓ ของการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน โดยเป็นการค้าผ่านบริษัทลูกและบริษัทในเครือของบริษัทข้ามชาติต่างๆ นอกจากนี้ การลงทุนยังมีส่วนส่งเสริมให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีข้ามประเทศ โดยผ่านระบบการผลิตแบบบูรณาการของกลุ่มบริษัทอีกด้วย ด้วยความสำคัญดังที่กล่าวมานี้ ในปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ที่ผ่านมามีการเจรจาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับลงทุน จึงเกิดมีขึ้นในทุกระดับทุกภูมิภาคของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเจรจาผ่านการทำความตกลงการค้าเสรี

ประเทศต่างๆ ทั้งที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาต่างมีความประสงค์จะดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ เพราะการลงทุนของต่างชาติจะเป็นเครื่องช่วยเสริมการลงทุนและสร้างงานในประเทศที่จะนำไปสู่การเติบโตและการพัฒนาเศรษฐกิจ แต่ความสำเร็จของประเทศในการส่งเสริมและดึงดูดการลงทุน ยังขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ปัจจัยและองค์ประกอบที่สำคัญที่สุด คือ ปัจจัยทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะขนาดและความเติบโตของตลาดของประเทศ คุณภาพของโครงสร้างพื้นฐาน การมีอยู่ของแรงงานฝีมือ และโครงสร้างพื้นฐานด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี องค์ประกอบทางเศรษฐกิจที่กล่าวมานี้เป็นปัจจัยสำคัญในการที่บริษัทข้ามชาติจะตัดสินใจเข้าไปลงทุนในประเทศใด ซึ่งประเทศที่ประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุนของต่างชาติ ล้วนแล้วแต่มีปัจจัยทางเศรษฐกิจเหล่านี้ทั้งสิ้น

ปัจจัยที่มีความสำคัญรองลงมาจากปัจจัยทางเศรษฐกิจ ได้แก่ ปัจจัยด้านกฎระเบียบ (regulatory framework) ซึ่งจะมีความสำคัญต่อการตัดสินใจเข้าไปลงทุนของบริษัท ถึงแม้ปัจจัยด้านกฎระเบียบและกฎหมายภายในจะมีความสำคัญต่อการลงทุน แต่เป็นที่ยอมรับกันว่า ปัจจัยด้านกฎระเบียบนั้นยังมีความสำคัญน้อยกว่าปัจจัยด้านเศรษฐกิจที่กล่าวข้างต้น เพราะหากประเทศใดไม่มีพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่ดี ไม่ว่าประเทศนั้นจะตรากฎระเบียบที่เอื้อต่อการลงทุนเพียงใดก็ตาม ประเทศนั้นก็ยังคงไม่ประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุนข้ามชาติอยู่ดี

เมื่อประเทศใดประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุน การลงทุนโดยตรงจะนำผลประโยชน์หลายประการมาสู่ประเทศ รวมทั้งประโยชน์ในด้านทุน เทคโนโลยี โนว์ฮาว ความชำนาญ การจัดการ และการเข้าถึงตลาดต่างประเทศ แม้ว่าประโยชน์เหล่านี้จะเกิดในบริษัทที่เข้ามาลงทุนเป็นสำคัญ แต่ประโยชน์เหล่านี้จะตกได้กับประเทศผู้รับการลงทุนด้วย เช่น ทำให้เกิดการผลิตเพื่อทดแทนการ

นำเข้าหรือเพื่อการส่งออก ก่อให้เกิดการจ้างงานและสร้างรายได้ในประเทศ และที่สำคัญจะก่อให้เกิดการลงทุนต่อเนื่องทั้งที่เป็นธุรกิจและการผลิตที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับต้นน้ำและปลายน้ำ^{๔๙} เป็นต้น

แต่อีกนัยหนึ่ง การลงทุนโดยตรงอาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อประเทศผู้รับการลงทุนได้เช่นกัน บริษัทข้ามชาติที่เข้ามาลงทุนอาจกระทำการที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด (restriction business practices) ฉ้อโกงภายในรูปของการโอนราคา (transfer pricing) กระทำการที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า (unfair competition) ฯลฯ ซึ่งการกระทำต่างๆ เหล่านี้จะส่งผลกระทบในแง่ลบต่อประเทศผู้รับการลงทุน ทำให้สูญเสียดุลการชำระเงิน ทำให้วิสาหกิจและผู้ประกอบการในประเทศต้องออกจากการแข่งขัน และที่สำคัญอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศผู้รับการลงทุนได้

ดังนั้น ผู้ตัดสินใจเชิงนโยบายและรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน จึงจำเป็นต้องหาจุดสมดุลระหว่างประโยชน์สูงสุดของการลงทุนโดยตรง และหลีกเลี่ยงผลกระทบในแง่ลบที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งการสร้างสมดุลดังกล่าว ย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายเศรษฐกิจที่เหมาะสมและมาตรการทางกฎระเบียบที่มีประสิทธิภาพของประเทศเป็นสำคัญ

ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาได้เห็นการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเปลี่ยนแปลงในนโยบายการลงทุนของประเทศกำลังพัฒนา ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ในปัจจุบันได้ให้ความสำคัญต่อการลงทุนโดยตรงข้ามชาติ ประเทศเหล่านั้นได้เปลี่ยนแปลงกฎระเบียบและนโยบายของประเทศที่ทำให้การลงทุนเป็นไปโดยเสรีมากขึ้น^{๕๐} นโยบายที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การยกเลิกอุปสรรคหรือข้อจำกัดการดำเนินธุรกิจของคนต่างชาติ ส่งเสริมให้บริษัทต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการในประเทศได้ง่ายขึ้น และที่สำคัญคือ การเสนอสิ่งจูงใจให้เกิดการลงทุนของบริษัทต่างชาติ เช่น ด้วยการให้สิทธิพิเศษทางภาษี เป็นต้น

หลายประเทศได้จัดตั้งหน่วยงานทำหน้าที่ในลักษณะคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนของไทย เพื่อชักจูงใจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ ในปัจจุบันมีหน่วยงานส่งเสริมการลงทุนในประเทศต่างๆ ทั่วโลกอยู่มากกว่า ๑๐,๐๐๐ หน่วยงาน^{๕๑} อาจกล่าวได้ว่า ทุกประเทศทั่วโลกต่างก็มีหน่วยงานส่งเสริมการลงทุนอยู่หนึ่งหน่วยงานเป็นอย่างน้อย สถิตินี้แสดงให้เห็นถึงการแข่งขันกันอย่างเอาจริงเอาจังของประเทศต่างๆ ที่จะดึงดูดการลงทุนโดยตรงเข้าสู่ประเทศของตน

การเติบโตของการลงทุนระหว่างประเทศและการเพิ่มจำนวนขึ้นของบริษัทข้ามชาติ ทำให้เกิดการเรียกร้องการคุ้มครองสำหรับผู้ประกอบธุรกิจข้ามประเทศเหล่านั้น เพราะที่ผ่านมาได้เกิดข้อพิพาทข้อขัดแย้งระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและบริษัทข้ามชาติที่เข้าไปลงทุนอยู่หลายกรณี ซึ่งข้อพิพาทนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายลักษณะ รวมทั้งการอ้างว่าประเทศผู้รับการลงทุนกระทำการกีดกัน เอื้อสิทธิประโยชน์ให้ผู้ประกอบการในประเทศเหนือกว่านักลงทุนต่างชาติ ไปจนถึงการกระทำที่ถือว่ารุนแรงที่สุด ด้วยการยึดหรือริบคืนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุน ซึ่งการระงับข้อพิพาทข้อขัดแย้งดังกล่าวในระยะต้นๆ จะอยู่ภายใต้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของประเทศผู้รับการลงทุน

^{๔๙} โปรดดู John H. Dunning and S.M. Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

^{๕๐} UNCTAD, *World Investment Reports*, 1990-2010.

^{๕๑} Millennium Cities Initiative, *Handbook for promoting Foreign Direct Investment in Medium-Size, Low-Budget Cities in Emerging Markets*, Columbia University, New York, 2009.

ซึ่งโดยส่วนใหญ่ในสายตาของนักลงทุนแล้วจะมีลักษณะไม่เป็นธรรม ล้าสมัย และเลือกปฏิบัติ ทำให้บริษัทลงทุนต่างชาติเสียเปรียบในการแข่งขันกับนักลงทุนในประเทศ หรือได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมจากกฎหมายและนโยบายของประเทศผู้รับการลงทุน^{๕๒}

เพื่อให้การคุ้มครองนักลงทุนอย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศที่พัฒนาแล้วที่ เป็นผู้ส่งออกการลงทุนรายใหญ่ได้ริเริ่มทำ “สนธิสัญญาทวิภาคีการลงทุน” (Bilateral Investment Treaties) และ “ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน” (International Investment Agreements) โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้การคุ้มครองการลงทุนของบริษัทข้ามชาติที่เข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมักจะถูกมองว่ามีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ล้าสมัย และให้การปฏิบัติที่เลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ หลักการสำคัญในการคุ้มครองการลงทุน คือ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (FET) นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหายให้แก่การลงทุนที่ถูกริบหรือยึดคืนกิจการ และที่ไม่สามารถโอนผลกำไรและสินทรัพย์ออกนอกประเทศได้

ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนดังกล่าวมักจะกำหนดคำนิยามของ “การลงทุน” (investment) ไว้อย่างกว้าง โดยทุกสิ่งทุกอย่างที่อาจถือครองเป็นเจ้าของได้โดยบริษัทเอกชน จะได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสินทรัพย์การลงทุน และที่สำคัญความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ โดยเฉพาะความตกลงที่ทำกันในระยะหลังๆ มักจะกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ISDS) เอาไว้ โดยกลไกดังกล่าวจะให้สิทธินักลงทุนเอกชนที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีเฝ้ากับรัฐผู้รับการลงทุนได้โดยตรง หากนักลงทุนดังกล่าวเห็นว่าสิทธิต่างๆ ของตนที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน ถูกล่วงละเมิด ซึ่งสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐเช่นนี้ นับว่ามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศทั่วไป โดยกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนจะให้สิทธิเอกชนฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง ในขณะที่มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอื่น อาทิ กลไกระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) และขององค์การการค้าโลก (WTO) การระงับข้อพิพาทจะกระทำระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น

สำหรับประเทศกำลังพัฒนาการทำความตกลงคุ้มครองการลงทุนจะเป็นประโยชน์ในด้านการสร้างความเชื่อมั่น ดึงดูดการลงทุนเข้าสู่ประเทศ ประเทศต่างๆ จึงนิยมทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนกันเป็นจำนวนมาก ประมาณการณ์ว่า จนถึงปลายปี พ.ศ. ๒๕๕๗ มีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีการลงทุน (BIT) เป็นจำนวนมากถึง ๒,๙๒๓ ฉบับ และมีการทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน (IIA) จำนวน ๓๔๕ ฉบับ^{๕๓}

โดยความตกลงเหล่านี้มีขอบเขตความครอบคลุมที่กว้างขวางขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองนักลงทุนมากขึ้น อาทิ มีการกำหนดให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) ในขั้นก่อนที่จัดตั้งกิจการที่ลงทุนด้วย (pre-establishment phase) ซึ่งทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนไม่อาจให้สิทธิพิเศษแก่คนชาติของตนได้ นับตั้งแต่ในขั้นพิจารณาสนับสนุนกิจการการลงทุน ยิ่งกว่านั้นในปัจจุบันได้มีการผนวกหลักการต่างๆ ใน

^{๕๒} J.W. Salacuse and N.P. Sullivan “Do BITs really work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain”, Harvard International Law Journal, vol. 46, 2005, p.68.

^{๕๓} UNCTAD, IIA Issues Note, No.1, 2015.

ความตกลงด้านการลงทุนเข้าไปไว้ในความตกลงการค้าเสรี (FTA) ต่างๆ ทั้งที่เป็นความตกลงแบบทวิภาคีและภูมิภาคนิยม ความตกลงการค้าเสรีหรือเอฟทีเอที่ประเทศต่างๆ ทำกัน ในปัจจุบัน มักจะมีการกำหนดบทการลงทุน (Investment Chapter) ที่ผนวกหลักการในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนเข้าไว้ด้วย

สถิติคดี ISDS จนถึงปลายปี พ.ศ. ๒๕๕๗ มีดังนี้ จำนวนคดีทั้งสิ้น ๖๐๘ คดี มีรัฐบาลเกี่ยวข้อง ๑๐๑ ประเทศ มีรัฐบาล ๕ ประเทศที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับคดีข้อพิพาทด้านการลงทุนมากที่สุด กล่าวคือ อาร์เจนติน่า (๕๓ คดี) เวเนซุเอล่า (๓๖ คดี) สาธารณรัฐเช็ก (๒๗ คดี) อียิปต์ (๒๓ คดี) และแคนาดา (๒๒ คดี)^{๕๔} ลักษณะสำคัญของคดีข้อพิพาทเหล่านี้คือ เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหลายลักษณะแตกต่างกันไป อันเป็นผลมาจากคำนิยามที่กว้างมากของคำว่า “การลงทุน” (investment) และ “นักลงทุน” (investors) ลักษณะของข้อพิพาทจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่า สิทธิในการลงทุนของตนถูกล่วงละเมิด (ซึ่งโดยส่วนใหญ่จากการกระทำของรัฐ) วิธีการระงับข้อพิพาทคือ การใช้กลไกอนุญาโตตุลาการ ส่วนขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท มักจะแตกต่างกันไปตามวิธีและระบบอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือก ซึ่งความแตกต่างนี้สืบเนื่องมาจากการขาดมาตรฐานพหุภาคีด้านการคุ้มครองการลงทุนนั่นเอง

ในด้านที่เป็นลบต่อประเทศผู้รับการลงทุน ระบอบการคุ้มครองการลงทุนที่ใช้กันอยู่อย่างกว้างขวางในปัจจุบัน มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองการลงทุนของเอกชนเป็นสำคัญ ซึ่งจะทำให้ นักลงทุนเกิดความเชื่อมั่นในการเข้าไปประกอบธุรกิจ แต่ความเชื่อมั่นเช่นนี้มีได้เป็นหลักประกันว่าการลงทุนที่จะถูกดึงดูดเข้าสู่ประเทศจะเป็นการลงทุนที่มีคุณภาพและยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนเอกชน ทำทนายกฎหมายและนโยบายรัฐที่ออกมาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้ นอกจากนี้ การที่ระบอบการคุ้มครองการลงทุนกำหนดพันธกรณีสำหรับประเทศผู้รับการลงทุนที่จะ คุ้มครองการลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียว จึงอาจตั้งข้อสงสัยได้ว่า เหตุใดความตกลงระหว่างประเทศจึงไม่ ก่อให้เกิดการเป็นพันธกรณีสำหรับนักลงทุนเอกชน รวมตลอดจนประเทศผู้ส่งออกการลงทุนด้วย

นอกจากนี้ กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ ยังเป็นมาตรการที่สร้างความวิตกกังวลให้กับประเทศผู้รับการลงทุนได้อย่างมาก ทั้งในด้านขอบเขตที่กว้างขวางของการใช้กลไกดังกล่าวที่ครอบคลุมการกระทำ นโยบาย และระเบียบข้อบังคับของประเทศผู้รับการลงทุนในทุกระดับ ทั้งที่เป็นรัฐบาล ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น หากกฎหมายและนโยบายของรัฐ ส่งผลกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนในลักษณะหนึ่งลักษณะใดแล้ว นักลงทุนอาจเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้อง รัฐตามกฎหมายกลไกระงับข้อพิพาทได้ทันที

ผลกระทบของกลไกระงับข้อพิพาทได้ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนโยบายของประเทศผู้ส่งออกการลงทุน ดังเช่นกรณีของออสเตรเลียที่กล่าวไปแล้ว ประเทศผู้ส่งออกการลงทุนรายใหญ่ อาทิ สหรัฐอเมริกาเริ่มหันมาทบทวนนโยบายเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนบ้างแล้ว โดยเฉพาะเมื่อรัฐบาลสหรัฐถูกนักลงทุนเอกชนฟ้องร้องเป็นคดีข้อพิพาทการลงทุนภายใต้กรอบนาฟต้าเป็นจำนวนหลายคดี กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้ถูกนำมาใช้ เพื่อเปิดโอกาสให้

นักลงทุนข้ามชาติหลีกเลี่ยงอำนาจอธิปไตยทางการศาลของประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการลงทุน ที่มักถูกมองว่า มีระบบตุลาการที่ล้าหลังด้อยพัฒนา ตัวอย่างเช่น การที่มาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในความตกลงนาฟต้าก็ด้วยสหรัฐอเมริกาและแคนาดามองว่า ระบบกระบวนการยุติธรรมของเม็กซิโกยังไม่ก้าวหน้าเท่าที่ควร เป็นต้น แต่เมื่อมีการใช้มาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไประยะหนึ่งกลับปรากฏว่า ทั้งรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาต่างก็ถูกฟ้องร้องด้วยกลไกดังกล่าวเช่นเดียวกัน จำนวนสถิติคดีที่มีการฟ้องร้องกันตามกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนตามบทที่ ๑๑ (Chapter 11) ของความตกลงนาฟต้าแสดงให้เห็นว่า ทั้งรัฐบาลสหรัฐและแคนาดาต่างก็ถูกนักลงทุนที่เป็นบริษัทเอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยถูกฟ้องร้องมากกว่ารัฐบาลเม็กซิโกเสียอีก ทั้งสหรัฐและแคนาดาต้องต่อสู้คดีตามระบบอนุญาโตตุลาการ เพื่อปกป้องนโยบายสาธารณะ และมาตรการที่รัฐบาลทั้งสองประเทศบังคับใช้ อันเป็นปัญหาเดียวกันกับที่รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ ต้องประสบ^{๕๕}

จนถึงสิ้นปี พ.ศ. ๒๕๕๖ จำนวนคดีที่ประเทศที่พัฒนาแล้วถูกฟ้องร้องภายใต้กลไกดังกล่าวมีดังนี้ ประเทศสาธารณรัฐเช็ก (๒๗ คดี) แคนาดา (๒๒ คดี) โปแลนด์ (๑๖ คดี) สหรัฐอเมริกา (๑๕ คดี) และฮังการี (๑๒ คดี)^{๕๖} คาดการณ์ว่า ประเทศเคยเป็นผู้ส่งออกการลงทุนรายใหญ่ จะถูกท้าทายด้วยกลไกระงับข้อพิพาทในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนจะมีจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นในอนาคต หากพิจารณาถึงปริมาณการลงทุนขาออก (outward FDI) จากประเทศตลาดเกิดใหม่ (emerging markets) ที่เพิ่มขึ้นอย่างมากในรอบหลายปีที่ผ่านมา

การที่ประเทศที่พัฒนาแล้วถูกฟ้องร้อง ภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนเป็นจำนวนมากขึ้น ได้นำไปสู่การถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงข้อดีข้อเสียของมาตรการดังกล่าวในประเทศเหล่านั้น เช่น การเจรจาความตกลงหุ้นส่วนทางการค้าและการลงทุนแอตแลนติกกับสหภาพยุโรป (Transatlantic Trade and Investment Partnership) ระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ที่เรียกว่า TTIP ปัจจุบันได้ถูกระงับลง เนื่องจากสหภาพยุโรปกังวลเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐเอาไว้ในร่างความตกลงดังกล่าว สหภาพยุโรปได้จัดเวทีหารือสาธารณะผ่านทางออนไลน์ (online public consultations) โดยให้สาธารณชนเข้ามามีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็น ซึ่งปรากฏว่ามีผู้เข้าร่วมให้ความคิดเห็นมากกว่า ๑๕๐,๐๐๐ ความเห็น โดยเป็นความเห็นเกี่ยวกับมาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยส่วนใหญ่เป็นความคิดเห็นในเชิงวิพากษ์เกี่ยวกับมาตรการดังกล่าว^{๕๗} คณะกรรมาธิการยุโรปได้สรุปความเห็นว่า จำเป็นต้องมีการปรับปรุงข้อเสนอเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐในหลายประเด็น รวมถึงในเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการกำกับควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุน การจัดตั้งและการดำเนินงานของคณะอนุญาโตตุลาการ ความเกี่ยวพันระหว่างระบบกระบวนการยุติธรรมในประเทศกับระบบอนุญาโตตุลาการ และการกำหนดกลไกอุทธรณ์คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

^{๕๕} Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, at p.25.

^{๕๖} UNCITAD, IIA Issues Note, No.1, April 2014.

^{๕๗} EC Commission, Press Release Report Presented Today, Consultation on Investment Protection in EU-US Trade Talks, Strasbourg, 13 Jan 2015.

ในสหรัฐอเมริกาข้อกังวลเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน ได้เริ่มปรากฏมากขึ้น โดยเฉพาะหลังจากที่รัฐบาลสหรัฐถูกร้องเรียนภายใต้กลไกดังกล่าวในหลายกรณี คณะกรรมการการค้าที่เรียกว่า Ways and Means ของสภาผู้แทนราษฎรสหรัฐ ซึ่งทำหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับนโยบายการค้าของสหรัฐ ได้ออกแถลงการณ์เมื่อเดือนมกราคม ๒๕๕๘ เกี่ยวกับดัชนีที่จะชี้วัดจำแนกความแตกต่างระหว่างสิทธิของรัฐที่จะกำกับควบคุม (Right to regulator) กับสิทธิของเอกชนในการฟ้องร้องภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน โดยคำแถลงการณ์ได้เน้นย้ำว่า “ความตกลงการค้าเสรีจะต้องคงไว้ซึ่งอำนาจของรัฐในการใช้มาตรการปกป้องสวัสดิภาพสาธารณะ เช่น ประโยชน์ของผู้บริโภค การสาธารณสุข ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน สิ่งแวดล้อม ความเป็นส่วนตัว และความมั่นคงของระบบการเงินและความมั่นคงแห่งรัฐ”^{๕๘} เป็นต้น

การที่ประเทศที่พัฒนาแล้วได้เปลี่ยนบทบาทจากการเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียว มาเป็นประเทศผู้รับการลงทุนด้วย อาทิ สหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาได้กลายเป็นประเทศผู้รับการลงทุนรายใหญ่ที่สุดของโลก และการที่ประเทศเหล่านั้นถูกฟ้องร้องดำเนินคดีภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทในหลายคดีด้วยกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วดังกล่าวจึงได้เริ่มตั้งคำถามเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนที่ประเทศเหล่านั้นมีส่วนผลักดันในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน และในความตกลงเอฟทีเอต่างๆ^{๕๙} คดีที่บริษัททุปหรีซามชาติฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลีย นับเป็นกรณีตัวอย่างที่ประเทศที่พัฒนาแล้วถูกฟ้องร้องที่น่าสนใจยิ่ง

๑. ข้อวิพากษ์เกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน

ข้อวิพากษ์ของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐมีดังนี้

ประการแรก กลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนมักจะทำให้สิทธิที่เกินสมควรแก่นักลงทุนต่างชาติ ทั้งเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยการให้สิทธิดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (discriminatory) เพราะมักให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติแต่เพียงฝ่ายเดียว คนชาติและนักลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนจะไม่ได้รับสิทธิพิเศษดังกล่าวด้วย การให้สิทธิเช่นนี้ได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทข้ามชาติ (multinational corporations) ต่อต้าน คัดค้าน และอาศัยสิทธิทางกฎหมายเพื่อล้มล้างนโยบายแห่งรัฐที่กำหนดขึ้นหรือถูกบังคับใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นในด้านสาธารณสุข ด้านสิ่งแวดล้อม หรือเพื่อการสาธารณสุขประโยชน์อื่นๆ^{๖๐}

ประการที่สอง กฎเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ มักมีลักษณะที่แปลกแยกจากระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายภายใน อนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนจะดำเนินการควบคู่ขนานกันไปกับกฎหมายภายใน และในบางกรณีการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการอาจบั่นทอนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายภายในลงด้วย นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการมีข้อบกพร่องอยู่

^{๕๘} Sander M. Levin, The Trans-Pacific Partnership: A Path Forward to an Effective Agreement, Issues 22 Jan 2015.

^{๕๙} Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, at p.25.

^{๖๐} โปรดดู John J Kirton and Virginia W Maclaren (eds), Linking Trade Environment and Social Cohesion: NAFTA Experiences, Global Challenges (Ashgate: Aldershot, 2002).

หลายประการ เช่น ปราศจากความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณาและการชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากไม่มี บทกำหนดให้มีการเปิดเผยการพิจารณาคดีต่อสาธารณะ ปิดกั้นโอกาสที่สาธารณชน จะเข้าถึงเอกสารสำนวนความต่างๆ ที่ใช้ในการพิจารณาคดี ฯลฯ นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการยังเป็นกลไกระงับข้อพิพาทที่ปราศจากความแน่นอน ในขณะที่ระบบศาลและกระบวนการยุติธรรม จะมีการสร้างบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล แต่คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะผูกพันเฉพาะ คู่พิพาทในคดีเท่านั้น โดยไม่มีผลสร้างบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อมา ถึงแม้ว่าคดีที่เกิดขึ้น ในภายหลังจะมีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันหรือคล้ายกัน อนุญาโตตุลาการในคดีหลังอาจมีคำวินิจฉัยชี้ขาด แตกต่างไปได้

ประการที่สาม วัตถุประสงค์หลักของระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุนคือ การพิจารณาชี้ขาดว่า รัฐจะต้องชดเชยให้แก่นักลงทุนหรือไม่ ประเด็นเรื่องการรักษาหรือการคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีระหว่าง คู่กรณี หาได้เป็นสาระสำคัญของกลไกระงับข้อพิพาทลักษณะนี้ไม่ การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุน จึงไม่ช่วยสร้างหรือรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจในระยะยาวระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับ นักลงทุนต่างชาติ อันเป็นปัจจัยสำคัญต่อการสร้างบรรยากาศการลงทุนและการส่งเสริมการเติบโตทาง เศรษฐกิจของประเทศ^{๖๑}

ประการที่สี่ กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือข่มขู่รัฐมิให้ตรากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชน ค่าชดเชยจำนวนมากที่รัฐจะต้องจ่ายให้แก่ นักลงทุนเอกชน หากรัฐถูกตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการให้แพ้คดี นับเป็นต้นทุนทางเศรษฐกิจโดยตรง ที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องแบกรับ แต่ต้นทุนที่สูงกว่านั้นคือ ต้นทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนจะตัดสินใจไม่ตรา กฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับดังกล่าว อันเนื่องจากถูกข่มขู่โดยนักลงทุนเอกชนว่าจะดำเนินคดีกับรัฐ โดยอาศัยมาตรการระงับข้อพิพาท หากรัฐตัดสินใจดำเนินการดังกล่าว ซึ่งต้นทุนแอบแฝงเช่นนี้อาจจะเป็น ต้นทุนทางเศรษฐกิจ เช่น ต้นทุนที่รัฐจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายด้านการสาธารณสุข หรือต้องเพิ่ม งบประมาณด้านสาธารณสุขขึ้น อันเนื่องมาจากรัฐไม่ควบคุมการค้าบุหรี่ เป็นต้น ส่วนต้นทุน แอบแฝงนั้น หมายถึง ต้นทุนทางสังคม เช่น สุขภาพอนามัยที่เสื่อมถอยลงของประชาชน เนื่องจากการ สูบบุหรี่หรือจากการดื่มสุรา เป็นต้น^{๖๒}

ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้แสดงท่าทีคัดค้านการใช้มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่าง นักลงทุนกับรัฐ โดยโจมตีว่ามาตรการดังกล่าวได้สร้างอำนาจทางเศรษฐกิจที่เกินสมควรให้กับบริษัท ข้ามชาติ แต่กลับลดทอนอำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำกับดูแลตลาดและควบคุมพฤติกรรมของ นักลงทุน ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ อาทิ โบลิเวีย เอกวาดอร์ และเวเนซุเอลา ได้ประกาศ ถอนตัวจากศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน^{๖๓} ประเทศเวเนซุเอลาตัดสินใจถอนตัว

^{๖๑} UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (2010) xxiii, p.5 http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.

^{๖๒} Ruth Townsend “When Trade Agreements threaten Sovereignty: Australia Beware”, The Conversation, 15 November 2013 <http://theconversation.com/when-trade-agreements-threaten-sovereignty-australia-beware-18419>

^{๖๓} “Foreign Investment Disputes: Come and Get Me Argentina is Putting International Arbitration to the Test”, The Economist (online) (18 February 2012) <http://www.economist.com/node/21547836>; Brian Ellsworth and

จากศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ ภายหลังจากที่รัฐบาลเวเนซุเอลาถูกตัดสินชี้ขาดให้จ่ายค่าชดเชยจำนวน ๙๐๗ ล้านดอลลาร์ ให้แก่บริษัทเอ็กซอนโมบิล (Exxon Mobil) เนื่องจากที่รัฐบาลได้รับและยึดคืนกิจการของบริษัทดังกล่าว โดยอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวได้ตัดสินว่ารัฐบาลเวเนซุเอลาผิดเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานที่ทำไว้กับบริษัทเอ็กซอนโมบิล^{๖๔}

อินเดียเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีปฏิกิริยาคัดค้านอย่างรุนแรงต่อกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ประเทศอินเดียได้แสดงท่าทีที่ไม่ยอมรับข้อเสนอของสหภาพยุโรปที่ต้องการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการ ไว้ในความตกลงเอฟทีเอที่ทั้งสองฝ่ายกำลังเจรจากันอยู่^{๖๕} นอกจากนี้ เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. ๒๕๕๕ รัฐบาลอินเดียยังได้นำเสนอแผนยุทธศาสตร์ (strategic plan) ที่แสดงแนวทางว่า อินเดียจะไม่ยอมให้มีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐไว้ในสนธิสัญญาใดๆ ที่อินเดียจะทำกับต่างประเทศ พร้อมทั้งจะขอเจรจาทบทวนความตกลงเอฟทีเอที่อินเดียได้ทำไปแล้วกับประเทศเกาหลีใต้และสิงคโปร์ โดยจะขอให้มีการทบทวนบทบัญญัติเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ในความตกลงเอฟทีเอที่อินเดียทำกับทั้งสองประเทศดังกล่าว^{๖๖}

ท่าทีที่เปลี่ยนแปลงไปของอินเดียต่อมาตรการระงับข้อพิพาทการลงทุน สืบเนื่องจากการที่รัฐบาลอินเดียถูกฟ้องร้องดำเนินคดีต่ออนุญาโตตุลาการในหลายคดีด้วยกัน อาทิ คดี *White Industries Australia Limited v the Republic of India* ที่รัฐบาลอินเดียถูกร้องเรียนตามกลไกระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างออสเตรเลียและอินเดีย และคดี *Vodafone v The Republic of India* ภายใต้อนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระหว่างประเทศเนเธอร์แลนด์และอินเดีย^{๖๗} การที่รัฐบาลอินเดียถูกบริษัทนักลงทุนข้ามชาติดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยดังกล่าว ทำให้เกิดปฏิกิริยาต่อต้านมาตรการดังกล่าวอย่างรุนแรงจากสาธารณชน ส่งผลให้รัฐบาลอินเดียนำเสนอแผนการเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ

พันธกรณีการเวนคืน (expropriation) มักถูกหยิบยกขึ้นใช้ฟ้องร้องรัฐไม่ว่าจะเป็น การออกมาตรการหรือการออกกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำของรัฐที่เสมือนการเวนคืน ซึ่งภายใต้ความตกลงคุ้มครองการลงทุนถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่การกระทำของรัฐนั้นๆ เป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์ (public purpose) ไม่เลือกปฏิบัติโดยจะต้องใช้บังคับกับนักลงทุน

Robert Edison Sandiford "Top Venezuela Firm Files Arbitration Against Chavez Government" Reuters (online), 16 February 2012

<http://uk.reuters.com/article/2012/02/16/uk-venezuela-arbitration-idUKTRE81F0TB20120216>.

^{๖๔} "Exxon Mobil Awarded \$900m Compensation" Nine News Finance (online) (2 January 2012) <http://finance.ninemsn.com.au/newsbusiness/aap/8397401/exxon-mobil-awarded-900-mln-compensation>.

^{๖๕} Asit Ranjan Mishra, "India May Exclude Clause on Lawsuits from Trade Pacts", Live Mint.Com and The Wall Street Journal (online), 29 January 2012, <http://www.livemint.com/2012/01/29231517/India-may-exclude-clause-on-la.html>.

^{๖๖} Jung Eun-joo, 'India plans to abolish ISD clause in FTAs' on Bilateral.org (6 April 2012) <http://www.bilaterals.org/spip.php?article21295>.

^{๖๗} โปรตดู M Gopakumar, India: Investment Treaties Stifle Public Policy Objectives (24 April 2012) TWW Thrid World Network <http://www.twinside.org.sg/title2/FTAs/info.service/2012/fta.info.223.htm>.

ภายในประเทศและต่างชาติด้อย่างเท่าเทียม (non-discriminatory) มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม (adequate compensation) และเป็นไปตามกระบวนการกฎหมาย (due process of law)

ภายใต้ข้อพิพาทสำคัญ รวมถึงคดี *Walter Bau* ปัจจัยที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐเข้าข่ายเป็นการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติหรือไม่ คือ การเข้าควบคุมหรือแทรกแซงการดำเนินกิจการของนักลงทุน โดยในคดี *Walter Bau* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำของรัฐบาลไทยไม่เข้าข่ายผิดพันกรณีการเวนคืนทางอ้อม เนื่องจากบริษัทดอนเมืองโทลเวย์ ยังคงมีการดำเนินกิจการตามปกติ แม้ผลกำไรจะลดลงไปบ้าง^{๖๘} เช่นเดียวกับข้อพิพาท *Tecmed S.A. v. Mexico*^{๖๙} ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า มาตรการของรัฐบาลเม็กซิโกที่ยุติการให้บริษัทต่ออายุใบอนุญาตดำเนินการกำจัดขยะ (waste disposal) บนที่ดินที่รัฐบาลต้องการสงวนเป็นเขตอนุรักษ์ การยกเลิกการต่ออายุใบอนุญาตทำให้การลงทุนในกิจการดังกล่าวต้องยกเลิกโดยปริยายและ *Tecmed* ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินที่ได้จากการประมูลลงทุนทำกิจการอื่นๆ ได้ และข้อพิพาท *Metalclad v. Mexico*^{๗๐} ซึ่งรัฐบาลท้องถิ่นเม็กซิโกได้ปฏิเสธใบอนุญาตลงทุนประกอบกิจการกำจัดขยะมลพิษใน *Guadalucazar* ส่งผลให้การก่อสร้างกิจการของ *Metalclad* ต้องยุติลง และโดยที่มาตรการของรัฐมีการแทรกแซงการดำเนินกิจการของนักลงทุน ส่งผลกระทบต่อมูลค่าการลงทุนหรือทำให้การลงทุนสูญเสียมูลค่าจึงถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม

หากวิเคราะห์จากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ข้อพิพาทที่สำคัญ จะเห็นได้ว่า ปัจจัยหลักที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณาคือ การกระทำของรัฐที่ส่งผลกระทบอย่างยืงยวดต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ การเข้าแทรกแซงหรือควบคุมจนเป็นเหตุให้การดำเนินกิจการนั้นๆ ต้องยุติลง โดยไม่มีการชดเชยหรือทางเลือกอื่นสำหรับนักลงทุน

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ความตกลงที่พีพีพีมีการเจรจาซื้อขายกันที่สำคัญซึ่งจะไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม หากมาตรการนั้นๆ ของรัฐมีความชอบธรรมและออกมาเพื่อปกป้องสาธารณ ประโยชน์ (public welfare) สุขอนามัย (public health) และสิ่งแวดล้อม (environment) ซึ่งถือเป็นอำนาจของรัฐในการควบคุม กำกับ ดูแล (state's regulatory power) ซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องมีการชดเชยเนื่องจากมิได้ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม และโดยที่ซื้อขายกันดังกล่าวมีลักษณะที่เปิดกว้าง (open list) จึงอาจมีความสำคัญสำหรับไทยในการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม สุขอนามัยหรือที่เกี่ยวข้องกับ สาธารณูปโภคที่จำเป็นและจะมีส่วนช่วยลดความเสี่ยงจากการถูกฟ้องร้องในการออกมาตรการของรัฐ ที่มีผลกระทบต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ

ในคดี *Methanex Corp. v. U.S.A* มีการใช้ความเห็นบุคคลที่สาม (amicus curiae brief) ที่มีพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ที่มีการใช้โดยทั่วไปในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ ข้อมูลที่เป็นประโยชน์และมีความเป็นกลาง กระบวนการดังกล่าวถือเป็นการเพิ่มการมีส่วนร่วมของ องค์กรอิสระในการให้ความเห็นในส่วนที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยในกรณีพิพาทดังกล่าว

^{๖๘} *Walter Bau AG (in Liquidation) v. the Kingdom of Thailand*, (2009)

^{๖๙} *Tecmed S.A. v. Mexico*, S Ripinsky with K Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, 2008) (p. 3-4) (case summary)

^{๗๐} *Metalclad v. Mexico*, S Ripinsky with K Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, 2008) (p. 4) (case summary)

คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้ความเห็นที่ยื่นโดย องค์กรเอกชนชื่อ “Earthjustice” ซึ่งเป็นองค์กรอิสระ ด้านสิ่งแวดล้อมประกอบคำตัดสิน ซึ่งผู้ให้ความเห็นจะต้องมีลักษณะขององค์กรที่มีสถานภาพทางกฎหมายที่ชัดเจน มีความเป็นกลาง ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาท มีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนโดยอาจเป็นประเด็นที่องค์กรมีความกังวลหรือให้ความสำคัญ ข้อเสนอดังกล่าวอาจเป็นเรื่องใหม่สำหรับไทยแต่อาจเป็นประโยชน์ที่จะช่วยปกป้องพื้นที่ในการดำเนินนโยบายสาธารณะ (policy space) ให้กับรัฐบาลขององค์กรที่เข้ามามีส่วนร่วมค้ำประกันถึงสาธารณะประโยชน์เป็นสำคัญ

๒. ประสบการณ์ของบางประเทศ

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงประสบการณ์ของบางประเทศเกี่ยวกับการใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ โดยจะกล่าวถึงคดีสำคัญที่มีการตัดสินกันภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน ได้แก่ คดีของประเทศออสเตรเลีย คดีของประเทศแคนาดา คดีภายใต้ความตกลงนาฟต้า และคดีสำคัญของประเทศไทย เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศอื่นที่มีความสำคัญและได้กล่าวถึงในรายงานนี้ เช่น ความตกลงเอ็มเอไอ (MAI) และความตกลงเอฟทีเอระหว่างไทยและสหภาพยุโรป (Thai-EU FTA) ยังเป็นแต่เพียงกรอบร่างความตกลงที่ยังไม่มีผลใช้บังคับ จนไม่มีคดีข้อพิพาทที่อาจถึงเพื่อเป็นกรณีศึกษาได้

๒.๑ ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วประเทศหนึ่งที่มีประสบการณ์ที่น่าสนใจเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน ออสเตรเลียเป็นสมาชิกดั้งเดิมขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development) หรือโออีซีดี ที่มีส่วนร่วมในการผลักดันร่างความตกลงเอ็มเอไอ ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการระงับข้อพิพาทการลงทุน นอกจากนี้ ในการทำความตกลงเอฟทีเอและสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนกับประเทศต่างๆ ออสเตรเลียได้เรียกร้องให้มีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้ด้วย จะยกเว้นเฉพาะความตกลงเอฟทีเอที่ออสเตรเลียทำกับสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์เท่านั้น ที่ละเว้นมิได้กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทการลงทุนเอาไว้

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ คณะกรรมาธิการของออสเตรเลียคณะหนึ่ง ที่เรียกว่า “Productivity Commission” ได้ทำคำเสนอต่อรัฐบาลว่า “ประเทศออสเตรเลียควรจะหลีกเลี่ยงการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ในความตกลงทวิภาคี และความตกลงแบบภูมิภาคนิยมที่ออสเตรเลียทำกับประเทศต่างๆ หากความตกลงนั้นให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติ มากกว่าสิทธิที่นักลงทุนออสเตรเลียได้รับ”^{๗๑}

ข้อเสนอของกรรมาธิการดังกล่าวได้รับการขานรับด้วยดีจากรัฐบาลพรรคแรงงานของออสเตรเลีย ในคำแถลงการณ์เกี่ยวกับนโยบายการค้าของรัฐบาลออสเตรเลียที่แถลงเมื่อเดือนเมษายน ๒๕๕๔ มีตอนหนึ่งระบุว่า “รัฐบาลไม่สนับสนุนบทบัญญัติใดๆ ที่จะให้สิทธิทางกฎหมายแก่

^{๗๑}

Australian Government Productivity Commission, Bilateral and Regional Trade Agreements (November 2010), 285.

นักธุรกิจต่างชาติยิ่งกว่าสิทธิที่นักธุรกิจในประเทศได้รับ รัฐบาลยังไม่สนับสนุนทบทวนข้อใด ๆ ที่จะจำกัดความสามารถของรัฐบาลออสเตรเลียในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยกิจการด้านสังคม สิ่งแวดล้อม และเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการกีดกันการตรากฎหมายที่มีได้มีลักษณะกีดกันหรือเลือกปฏิบัติระหว่างธุรกิจในประเทศและธุรกิจต่างชาติ”^{๗๒}

คำแถลงการณ์ดังกล่าวยังระบุด้วยว่า “ในอดีตรัฐบาลออสเตรเลียมักจะขอคู่เจรจาการค้าที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาให้ยอมรับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ ทั้งนี้ ด้วยเป็นไปตามข้อเรียกร้องของบรรดาธุรกิจข้ามชาติออสเตรเลียที่ต้องการให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวสำหรับระงับข้อพิพาทการลงทุน แต่ต่อไปนี้รัฐบาลออสเตรเลียจะเลิกดำเนินการดังกล่าวหากธุรกิจออสเตรเลียมีความกังวลใจเกี่ยวกับความเสี่ยงด้านอำนาจอธิปไตยทางศาลของประเทศคู่สัญญา ธุรกิจเหล่านั้นจำเป็นต้องประเมินความเสี่ยงดังกล่าวด้วยตนเอง เพื่อตัดสินใจว่าจะเข้าไปลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศดังกล่าวหรือไม่”^{๗๓}

การเปลี่ยนนโยบายและท่าทีของรัฐบาลออสเตรเลียดังกล่าว สามารถสะท้อนปัญหาของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการตรากฎหมายและระเบียบข้อบังคับ เพื่อกำกับควบคุมการดำเนินธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ และปัญหาในการบีบบังคับให้นักลงทุนปฏิบัติตามกฎระเบียบที่ตราขึ้นเพื่อผลักดันนโยบายแห่งรัฐด้านหนึ่งด้านใด ดังคดีที่บริษัทบุหรีฟอว์ริงรัฐบาลออสเตรเลียเกี่ยวกับกฎหมายออสเตรเลียที่ตราขึ้นเพื่อควบคุมบรรจุภัณฑ์บุหรี^{๗๔}

ปัจจุบันคดีนี้ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่เชื่อได้ว่าผลแห่งคดีจะมีนัยต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะของประเทศออสเตรเลียในอนาคต โดยเฉพาะหากออสเตรเลียถูกตัดสินให้แพ้คดีต้องชำระค่าชดเชยตามที่บริษัท ฟิลลิป มอร์ริส เรียกร้อง บริษัทข้ามชาติอื่นๆ ใช้อคตินี้เป็นตัวอย่าง อาศัยกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียในกรณีอื่นอีก ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐบาลในการรักษาประโยชน์สาธารณะ

๒.๒ ประเทศแคนาดา

คดีความเกิดขึ้นระหว่างบริษัทยา อีไลลิลลี่ (Eli Lilly) กับรัฐบาลแคนาดา ซึ่งบริษัทยาชื่อสามัญของแคนาดาได้ฟ้องเพิกถอนสิทธิบัตรยา “Strattera” หรือชื่อสามัญทางยาว่า “Atomoxetine” (ชื่อเดิม tomoxetine) เป็นยาที่ใช้ในการรักษาโรคสมาธิสั้น (attention deficit hyperactivity disorder, ADHD) ยาดังกล่าวได้จำหน่ายในชื่อการค้า “Strattera®” โดยอีไลลิลลี่ได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรอ้างสิทธิการใช้สาร Atomoxetine สำหรับการรักษาโรคสมาธิสั้น ซึ่งได้รับสิทธิบัตรในประเทศแคนาดาเลขที่ ๒,๒๐๙,๗๓๕ สำหรับยาดังกล่าว

^{๗๒} Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, Gillard Government Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity (April 2011), p.14
<http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>.

^{๗๓} Ibid.

^{๗๔} Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, <http://www.italaw.com/cases/851> และโปรดดู Alex Boxsell, “Makers to Roll up to WTO”, Australian Financial Review (Sydney), 16 August 2012, p.7

บริษัทแคนาดาชื่อ เทฟฟา (Teva) ได้ขอขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญ Atomoxetine ในแคนาดา แต่เนื่องจากยานี้ยังคงได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรที่จะต้องพิจารณา คือ ประเด็นการใช้ประโยชน์ (utility) ของยา Atomoxetine ในโรคสมาธิสั้น โดยไม่มีการอ้างสิทธิในสารใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากสารดังกล่าวเป็นสารในกลุ่มสารเคมีที่ได้รับสิทธิบัตรแล้ว นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเกี่ยวกับความชัดเจนหรือขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (obviousness) ของยาดังกล่าว ว่าการใช้ยาดังกล่าวเป็นที่ชัดเจนต่อผู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นหรือไม่

ศาลชั้นต้นสหพันธรัฐของแคนาดา (Federal Court) ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ ๑๔ กันยายน ๒๕๕๓^{๗๕} ให้บริษัทเทฟฟา (Teva) ชนะคดี โดยพิพากษาว่า สิทธิบัตรดังกล่าวได้ออกไปโดยไม่สมบูรณ์ (invalid) ด้วยเหตุผลในประเด็นการใช้ประโยชน์ของยา Atomoxetine ในโรคสมาธิสั้น โดยไม่ได้อ้างถึงสิทธิในสารใหม่ ที่เป็นสารที่มีอยู่แล้ว (existing) และได้รับสิทธิบัตรแล้ว การศึกษาที่แสดงก็ไม่ยืนยันถึงประสิทธิภาพของยา ส่วนในประเด็นขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ศาลได้พิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น จำนวนทางเลือกอื่นในการแก้ปัญหา ธรรมชาติของปัญหา ความพยายามในการแก้ปัญหา ปัญหาที่ได้เคยพยายามแก้แล้วแต่ไม่สำเร็จ ฯลฯ แล้วเห็นว่า หลักฐานเท่าที่มีเพียงแต่ทำให้คาดได้ว่า ความเป็นไปได้ที่ยาจะมีสมฤทธิ์ผลในการรักษาโรคดังกล่าว จึงถือว่ายานี้ไม่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และเมื่อมีการอุทธรณ์คดีต่อมา ศาลอุทธรณ์เห็นพ้องกับศาลชั้นต้น และมีคำพิพากษายืน

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ๒๕๕๕ บริษัทอิลลิลลีได้ฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดาว่า ล่วงละเมิดพันธกรณีที่แคนาดาอยู่ตามความตกลงนาฟต้า คดี Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under NAFTA (Nov. ๗, ๒๐๑๒) โดยอ้างว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ให้เพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวเป็นการยึดหรือรบกวนกิจการโดยอ้อม อ้างถึงบทว่าด้วยการลงทุน (Investment Chapter) ในความตกลงนาฟต้า ขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแบบนักลงทุนกับรัฐ พร้อมทั้งเรียกร้องค่าชดเชยเป็นจำนวนเงิน ๕๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งในปัจจุบันคดีดังกล่าวยังอยู่ระหว่างการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ

คดีที่เกี่ยวกับประเทศแคนาดาอีกคดีหนึ่ง ได้แก่ คดี S.D Myers, Inc. v. Canada ซึ่งบริษัท SDMI เป็นบริษัทข้ามชาติสหรัฐอเมริกา ซึ่งลงทุนในเรื่องการบำบัดสารเคมี Polychlorinated biphenyl (PCB) ซึ่งเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ได้ลงทุนในแคนาดาเพื่อนำเข้าสารเคมีดังกล่าวมาบำบัดในสหรัฐฯ ในปี ค.ศ. ๑๙๘๐ รัฐบาลสหรัฐได้ปิดพรมแดนสำหรับการเคลื่อนย้ายสารเคมีดังกล่าว แต่ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๙๕ บริษัท SDMI ได้รับอนุญาตให้นำเข้าสาร PCB เพื่อบำบัดในสหรัฐอีกครั้ง หลังจากนั้นไม่นานแคนาดาได้ออกประกาศห้ามส่งออกสารเคมีดังกล่าว ทำให้บริษัท SDMI ไม่สามารถดำเนินกิจการได้ บริษัท SDMI ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลแคนาดาตามความตกลงนาฟต้า ภายใต้กฎ UNCITRAL rules ว่าการกระทำของรัฐบาลแคนาดาเป็นการแทรกแซงการดำเนินกิจการ สร้างความเสียหายให้กับธุรกิจและโอกาสการลงทุนในแคนาดา เป็นการละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยง

๗๕

FC 915, date 14 Sep 2010, dockets T-811-08.

คนชาติ มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำเนื่องจากการออกประกาศดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองนักลงทุนภายในประเทศ และถือเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและไม่เท่าเทียม

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า มาตรการของรัฐบาลแคนาดาไม่ได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง แต่เพื่อปกป้องนักลงทุนและธุรกิจภายในประเทศจากการแข่งขันจากธุรกิจของสหรัฐฯ ส่งผลให้บริษัท SDMI ไม่สามารถดำเนินกิจการในแคนาดาได้ และโดยที่การกระทำของรัฐบาลแคนาดาถือเป็นการปฏิบัติที่ไม่มีความชอบธรรม (unjust) และไม่มีหลักเกณฑ์ (arbitrary) ซึ่งเพียงพอที่จะถือเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุนตามมุมมองสากล ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีการละเมิดพันธกรณีเวนคืนและการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน

๒.๓ ประเทศสมาชิกนาฟต้า

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของข้อพิพาทตามความตกลงนาฟต้า

๒.๓.๑ คดี *Metalclad Corp v United Mexican States*^{๗๖}

เมื่อเดือนมกราคม ๒๕๓๖ บริษัทอเมริกันชื่อ “เม็ตตาแคลด์” (Metalclad Corp) ซึ่งได้รับสัมปทานจากรัฐบาลเม็กซิโกให้ก่อสร้างโรงกำจัดขยะ ในมลรัฐซานหลุยส์โปโตซี ประเทศเม็กซิโก ต่อมา มีการกล่าวหาถึงการทุจริตที่มีเจ้าหน้าที่รัฐที่ออกสัมปทานให้แก่บริษัทเข้าไปพัวพัน และมีการคัดค้านการก่อสร้างโรงงาน โดยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เทศบาลท้องถิ่นซึ่งเป็นที่ยกก่อสร้างโรงงาน ได้ออกคำสั่งระงับใบอนุญาตก่อสร้างเมื่อเดือนตุลาคม ๒๕๓๗ ทำให้การก่อสร้างไม่อาจดำเนินต่อไปได้ และต่อมาเมื่อเดือนกันยายน ๒๕๔๐ ผู้ว่าการรัฐซานหลุยส์โปโตซี ได้ออกรัฐบัญญัติประกาศให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงาน เป็นเขตพื้นที่อนุรักษ์ ทำให้การก่อสร้างโรงงานดังกล่าว ไม่อาจกระทำได้อย่างสิ้นเชิง

บริษัทเม็ตตาแคลด์ได้ใช้สิทธิตามกระบวนการระงับข้อพิพาทในความตกลงนาฟต้าขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อ้างว่าการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการ ต้องด้วยมาตรา ๑๑๑๐ ในที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้รัฐบาลเม็กซิโก บิดขุดใช้ค่าชดเชยจำนวน ๑๖.๗ ล้านดอลลาร์สหรัฐให้แก่บริษัท โดยมีคำวินิจฉัยในเดือนสิงหาคม ๒๕๔๓

ประเด็นน่าสนใจในคำวินิจฉัยนี้คือ การตัดสินว่าการกระทำของรัฐซานหลุยส์โปโตซีในฐานะตัวแทนของรัฐบาลเม็กซิโก ที่ให้ระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงาน และในการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม มีผลเท่ากับเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการ (indirect expropriation) ตามมาตรา ๑๑๑๐ ตามบทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า โดยคณะอนุญาโตตุลาการตีความอย่างกว้างซึ่งข้อความในบทบัญญัติดังกล่าวว่า “การยึดหรือริบคืนกิจการมิได้มีความหมายแต่เพียงการกระทำโดยเปิดเผย จงใจ และรับรู้ถึงการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน แต่รวมถึงการแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งมีผลกระทบต่อการสมสิทธิ์ของนักลงทุน ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวประเทศผู้รับการลงทุน จะมีได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจใดๆ เลยก็ตาม”

^{๗๖}

โปรดดู *Metalclad Corp. v United Mexican States*, vol. 40, 40 I.L.M. 35, paras. 28-69 (2001).

คดีนี้แสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนที่ถูกผนวกไว้ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน จะมีผลกระทบอย่างสำคัญต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุน ในอันที่จะกำกับดูแลการลงทุนของต่างชาติ และในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของตน

๒.๓.๒ คดี *Methanex v United States*

เมื่อวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๔๒ บริษัทแคนาดาชื่อ “เมธเธเน็กซ์” (Methanex) ได้ฟ้องร้องรัฐบาลสหรัฐตามบทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า สืบเนื่องจากที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ในน้ำมันเชื้อเพลิง โดยอาศัยงานศึกษาวิจัยของมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย ที่บ่งชี้ว่า การใช้สารเคมีดังกล่าวมีผลทำให้เกิดการปนเปื้อนน้ำที่ใช้สำหรับการบริโภคเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ บริษัทเมธเธเน็กซ์ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสาร MTBE รายใหญ่ ได้กล่าวหาการกระทำของรัฐแคลิฟอร์เนียว่า เป็นการยึดและริบคืนกิจการและละเมิดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ขอให้ชดเชยค่าเสียหายเป็นเงิน ๙๗๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี เมื่อวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๔๘ ยกข้อเรียกร้องของบริษัทเมธเธเน็กซ์ทั้งหมด โดยมีนัยที่สำคัญคือ กฎข้อบังคับของรัฐที่ตราขึ้น และที่บังคับใช้โดยไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อปกป้องสาธารณสุขประโยชน์ (ดังเช่นกฎหมายสิ่งแวดล้อมเช่นในกรณีนี้) ไม่ถือว่าเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการของนักลงทุน

๒.๓.๓ คดี *Ethyl Corp. v The Government of Canada*

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ รัฐบาลแคนาดาได้ออกคำสั่งห้ามนำเข้าและขนย้ายสารผสมน้ำมันเชื้อเพลิงเรียกว่าสารเอ็มเอ็มที (MMT) โดยใช้เหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมีรายงานการวิจัยแสดงว่า สารเคมีดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อม และก่อมลพิษทางอากาศ แต่คำสั่งห้ามของรัฐบาลแคนาดาดังกล่าว ใช้เฉพาะกับการนำเข้าสารเคมีมาจากต่างประเทศ ไม่รวมถึงการผลิตและการขายสารเอ็มเอ็มทีในแคนาดา บริษัทเอทิล คอร์ป (Ethyl Corp) ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันผู้นำเข้าสารเคมีเอ็มเอ็มทีรายใหญ่ ได้ฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดา ภายใต้บทที่ ๑๑ ของความตกลงนาฟต้า โดยอ้างว่าคำสั่งห้ามดังกล่าว ละเมิดต่อพันธกรณีที่แคนาดาอยู่ตามความตกลงนาฟต้า เรียกค่าชดเชยจำนวน ๒๕๑ ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อมาในเดือนกรกฎาคม ๒๕๔๑ รัฐบาลแคนาดาตัดสินใจประนีประนอมยอมความกับบริษัทเอทิล คอร์ป โดยยอมจ่ายค่าชดเชยจำนวน ๑๓ ล้านดอลลาร์ให้แก่บริษัท และยอมยกเลิกคำสั่งห้ามนำเข้าและขนย้ายสารเอ็มเอ็มที^{๗๗๖}

เหตุผลที่ถูกอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนคือ *ประการแรก* ระบบศาลของประเทศผู้รับการลงทุนล่าสมัย ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่น่าเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศกำลังพัฒนา *ประการที่สอง* ระบบอนุญาโตตุลาการ จะช่วยให้นักลงทุนต่างชาติ หลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ หรือการตัดสินใจที่มีอคติ โดยศาลหรือตุลาการของประเทศผู้รับการลงทุน

^{๗๗๖} โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน NAFTA Chapter 11: Arbitral Tribunal: Ethyl Corporation v The Government of Canada (Award on Jurisdiction), vol. 38, 38 I.L.M. 708, 710-17, June 24, 1998.

๒.๔ การฟ้องร้องคดีตามกฎหมายไทย

ตารางที่ ๕-๑: เปรียบเทียบคดีที่ตัดสินภายใต้กลไก ISDS

คดี	ประเด็นในคดี	ผลแห่งคดี	ความเห็น
Metalclad Corp v United Mexican States	คำสั่งระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะ	รัฐบาลเม็กซิโกรับผิดชอบใช้ค่าชดเชยจำนวน ๑๖.๗ ล้านดอลลาร์	คำสั่งของรัฐมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของนักลงทุน
Methanex v United States	ออกข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ในน้ำมันเชื้อเพลิง	กฎข้อบังคับของรัฐที่ตราขึ้น และที่บังคับใช้โดยไม่เลือกปฏิบัติเพื่อปกป้องสาธารณสุขประโยชน์ (ดังเช่นกฎหมายสิ่งแวดล้อมเช่นในกรณีนี้) ไม่ถือว่าเป็นการยึดหรือริบกิจการของนักลงทุน	รัฐมีสิทธิออกกฎเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะได้
Ethyl Corp. v The Government of Canada	คำสั่งห้ามนำเข้าและขนย้ายสารผสมน้ำมันเชื้อเพลิงเรียกว่า สารเอ็มเอ็มที (MMT) โดยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม	ยอมความ รัฐบาลยอมจ่ายค่าชดเชยจำนวน ๑๓ ล้านดอลลาร์ให้แก่บริษัท	คำสั่งห้าม ใช้เฉพาะกับสารเคมีนำเข้า ไม่รวมถึงการผลิตและการขาย ฝาฝืน NT/FET
Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia	กฎหมาย Plain Packaging ควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้ายาสูบ เป็น Indirect Expropriation	Pending	๑. ISDS เป็นช่องทางทวิภาคี ๒. ช่องทางในประเทศ British -American Tobacco Australasia Limited and Ors v. Commonwealth of Australia and J T International SA v. Commonwealth of Australia. ๓. ช่องทางพหุภาคี (WTO) Australia–Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging

คดี	ประเด็นในคดี	ผลแห่งคดี	ความเห็น
			Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging
Walter Bau v. Kingdom of Thailand	ไม่ยอมอนุมัติให้ปรับ ขึ้น ค่าผ่านทาง และการ ปรับเปลี่ยนการเจรจา บนถนนวิภาวดีรังสิต	เอกชนผู้ลงทุนจึงย่อม ต้องมีความคาดหวัง โดยชอบธรรมที่จะ ได้รับอัตรา ค่าตอบแทนจากการ ลงทุนที่เหมาะสม (reasonable rate of return on investment) ฝ่าฝืน FET แต่ไม่เป็น Indirect Expropriation	พิจารณาแต่เรื่องการคุ้มครอง การลงทุน แต่ไม่คำนึงถึง ประโยชน์สาธารณะ

คดี Walter Bau v. Kingdom of Thailand เป็นกรณีตัวอย่างของข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐที่เกิดขึ้นในประเทศไทย บริษัท Walter Bau เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในเยอรมนี และเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นในบริษัทดอนเมืองโทลเวย์ ซึ่งเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานในโครงการทางด่วนโทลเวย์ บริษัท Walter Bau ได้ยื่นฟ้องว่าการกระทำของรัฐบาลไทยเข้าข่ายเป็นการผิดพันกรณีความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงสองพันกรณีหลัก ได้แก่ การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) และมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Fair and Equitable Treatment Standard, FET) โดยอ้างว่าการออกมาตรการของรัฐบาลไทย ด้วยการไม่ยอมอนุมัติให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางตลอดระยะเวลาสิบปี การปรับลดค่าผ่าน ซึ่งส่งผลทำให้รายได้จากค่าผ่านทางในโครงการดอนเมืองโทลเวย์ไม่เป็นไปตามกรอบความตกลงในสัญญาสัมปทาน และทำให้บริษัท Walter Bau AG ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้รับสัมปทาน ไม่ได้รับเงินปันผล ส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้หรือการได้รับประโยชน์เชิงเศรษฐศาสตร์ในทรัพย์สินของเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การกระทำของรัฐบาลไทยไม่เข้าข่ายผิดพันกรณีการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากบริษัทดอนเมืองโทลเวย์ยังคงดำเนินกิจการตามปกติแม้ผลกำไรจะลดลงไปบ้าง โดยรัฐบาลไทยไม่ได้เข้าควบคุมหรือแทรกแซงการดำเนินการของบริษัท และได้พยายามที่จะเจรจาแก้ไขปัญหาเพื่อลดการขาดทุนของบริษัท

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลไทยเข้าข่ายผิดพันกรณีมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ โดยใช้ประเด็นความคาดหวังโดยชอบธรรม (legitimate expectations) ของนักลงทุน ในการตัดสินใจลงทุนเป็นบรรทัดฐาน และโดยที่

รัฐบาลไทยได้พยายามดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในการสร้างทางด่วนโทลเวย์ ซึ่งเป็นโครงการที่รัฐบาลงบประมาณสนับสนุน โดยได้สร้างความคาดหวังให้นักลงทุนในเรื่องกำไรผลตอบแทนที่จะได้รับในระยะยาว ผู้ลงทุนได้มีการคำนวณผลกำไรที่จะได้รับจากโครงการดังกล่าว จึงเกิดการเซ็นสัญญาขึ้น

นอกจากนี้ ผู้ลงทุนจึงย่อมมีความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าภายหลังจากที่เข้ามาลงทุนสร้างทางพิเศษโทลเวย์นี้แล้ว รัฐบาลจะไม่ออกมาตราการหรือดำเนินการใดๆ ที่จะส่งผลทำให้การสัญจรบนถนนวิภาวดีรังสิตน่าดึงดูดใจมากกว่าการใช้ทางด่วนโทลเวย์ และภายหลังจากที่ให้สัมปทานสร้างทางด่วนโทลเวย์ รัฐบาลได้ปรับปรุงการจราจรทั้งบนถนนวิภาวดีและบริเวณรอบๆ ให้ดีขึ้น รวมถึงมีการตัดถนนคู่ขนาน (local road) ทำให้การจราจรด้านล่างไม่ติดขัดเหมือนก่อน ซึ่งเป็นการลดโอกาสที่เอกชนผู้ลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุน ตามที่คาดหมายไว้แต่เดิม

จากคดีต่างๆ ที่กล่าวข้างต้น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนที่มีการผลักดันให้มีผลบังคับในความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ทั้งความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนและความตกลงเอพีที่เอล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพียงประการเดียวคือ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนข้ามชาติ และจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุน ในอันที่จะกำกับดูแลธุรกิจเอกชน รัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือออกกฎระเบียบที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนได้เลย แม้ว่ากฎระเบียบดังกล่าวจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย หรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม การกระทำใดๆ ของรัฐคู่สัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนสหรัฐ อาจมีผลให้รัฐนั้นต้องถูกฟ้องดำเนินคดีเรียกค่าชดเชยจากนักลงทุนได้

บทวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและข้อเสนอแนะ

๑. ผลกระทบต่อประเทศไทย

กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ISDS) จะส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ (sovereignty) กฎหมายภายใน อาทิ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายลักษณะเฉพาะที่ออกเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เช่น กฎระเบียบควบคุมการจำหน่ายและบริโภคสุรา ยาสูบ หรือสินค้าที่มีพิษภัยอย่างอื่น ฯลฯ อาจจะถูกท้าทายด้วยกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของประเทศในการตรากฎหมาย และระเบียบข้อบังคับต่างๆ ทำให้นักลงทุนและบริษัทต่างชาติมีอิทธิพลเหนือรัฐบาลในการกำหนดนโยบายแห่งรัฐ

เศรษฐกิจปัจจุบันเป็นไปตามกระแสโลกาภิวัตน์ การเปิดเสรีทางการค้าจะกระทำโดยผ่านองค์การการค้าโลก (WTO) และด้วยการทำความตกลงทวิภาคีและภูมิภาคนิยม เช่น ความตกลงนาฟต้า ความตกลงทีพีพี ความตกลงเอฟทีเอ และความตกลงทวิภาคีการลงทุน เป็นต้น จากที่กล่าวมาข้างต้นในปัจจุบันได้มีการเชื่อมโยงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองการลงทุน คดีฟิลลิปมอร์ริสกับรัฐบาลออสเตรเลีย กรณีกฎหมายฉลากบรรจุภัณฑ์บุหรี่ นับเป็นตัวอย่างที่ดีของการเชื่อมโยงดังกล่าว

โดยทั่วไปรัฐมีอำนาจอธิปไตยที่จะทำการริบหรือยึดกิจการหรือทรัพย์สินเอกชน หากการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขในกฎหมายระหว่างประเทศ (กล่าวคือ เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ โดยมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และโดยไม่ชักช้า และสอดคล้องกับกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย) อย่างไรก็ดี ด้วยความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจของรัฐ ในการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation) และอำนาจการกำกับควบคุมของรัฐ (state regulation) โดยทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ และสนธิสัญญาการลงทุนต่างๆ ยังคงคลุมเครือขาดความชัดเจน จึงทำให้การที่จะตัดสินว่ากรณีใดเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการ และกรณีใดเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อควบคุมกำกับตลาด ยังคงขาดความชัดเจนอยู่มาก ขึ้นอยู่กับการดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่า การกระทำนั้นๆ เป็นการยึดหรือริบคืนกิจการ หรือเป็นการกำกับดูแลตลาดการค้า การที่อนุญาโตตุลาการโดยส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมายธุรกิจ (มากกว่าที่จะเป็นนักกฎหมายด้านสาธารณสุข) ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าอนุญาโตตุลาการจะตัดสินคดีไปในทางที่เอื้อต่อประโยชน์ของนักลงทุนมากกว่าการที่จะมองว่าการกระทำของรัฐเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ประเด็นที่มีความขัดแย้งมากที่สุดเกี่ยวกับความตกลงด้านการลงทุน ได้แก่ ประเด็นการคุ้มครองการลงทุน และการใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ เพราะบรรดาความตกลงที่ผลักดันโดยประเทศผู้นำชาติตะวันตก ล้วนแต่มีความมุ่งหมายที่จะให้เสรีภาพแก่นักลงทุนโดยปราศจากขอบเขต ปลอดภัยจากการควบคุมโดยรัฐอย่างสิ้นเชิง ประเทศไทยควรจะให้การคุ้มครองการลงทุนจากการยึดหรือริบคืนกิจการโดยตรง (direct expropriation) เท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะในกรณีที่รัฐออกกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ หรือคำสั่ง ที่มีผลให้กิจการของนักลงทุนตกเป็นของรัฐ ซึ่งในกรณี

ดังกล่าวรัฐบาลไทยรับประกันที่จะจ่ายค่าชดเชยโดยทันทีและอย่างเพียงพอให้แก่นักลงทุน รัฐบาลไทยควรมีจุดยืนที่ชัดเจนถึงการไม่รับรองหลักการเรื่องการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม ตลอดจนการใช้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน เพราะหลักการดังกล่าวขาดความชัดเจน และจะส่งผลให้เกิดการจำกัดอำนาจของรัฐในอันที่จะออกกฎหมายหรือคำสั่ง เพื่อปกป้องประโยชน์ของสาธารณชน

ประเทศไทยจำเป็นต้องพิจารณามาตรการที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะมาตรการส่งเสริมการลงทุน เนื่องจากเป็นมาตรการที่อาจมีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับนักลงทุนที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นในการยกเว้นภาษี การนำเข้าเครื่องมือการผลิต สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองการลงทุน

ความตกลงเอฟทีเอที่สหรัฐทำกับประเทศต่างๆ เช่น ในความตกลงนาฟต้าและความตกลงเอฟทีเอสหรัฐ-ชิลี เอฟทีเอสหรัฐ-สิงคโปร์ เอฟทีเอสหรัฐ-เกาหลีใต้ ฯลฯ ตลอดจนบทการลงทุนในร่างความตกลงที่พื้ต่างกำหนดค่านิยมของการลงทุนอย่างกว้าง โดยครอบคลุมถึงการลงทุนในตลาดทุน ตลาดเงิน การซื้อขายพันธบัตรและตราสารหนี้ การทำสัญญา สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สิทธิในทรัพย์สินประเภทต่างๆ ทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิการเช่า และสิทธิจำนอง เป็นต้น^{๗๘}

หากไทยรับพันธกรณีในความตกลงเหล่านั้น ประเทศไทยจะต้องขยายขอบเขตการเปิดเสรีการลงทุน จากการลงทุนระยะยาวและการลงทุนโดยตรงไปสู่การลงทุนทุกประเภท รวมทั้งการลงทุนระยะสั้นหรือแม้แต่เรื่องที่มีได้เป็นการลงทุน อาทิ การคุ้มครองสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และความลับทางการค้า การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ รวมทั้งสิทธิในการจำนองทรัพย์สิน ประเทศไทยจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับ คำนิยามการลงทุน (investment definitions) โดยต้องมีนโยบายที่ชัดเจนในการให้ความคุ้มครองเฉพาะการลงทุนทางตรงหรือไม่ โดยอาจคำนึงถึงแนวโน้มการลงทุนในปัจจุบันและแนวทางปฏิบัติของนานาประเทศเป็นองค์ประกอบ

๑.๑ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

ภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ คนต่างชาติไม่อาจประกอบวิชาชีพสว่นบางอย่างได้ “คนต่างด้าว” หมายถึง บุคคลดังต่อไปนี้ (๑) บุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย (๒) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยแต่มีผู้ถือหุ้นต่างชาติตั้งแต่ร้อยละ ๕๐ ขึ้นไป (๓) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีบุคคลในข้อ (๑) หรือ (๒) ถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ ๕๐ ขึ้นไป พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ กำหนดเป็นบัญชีแนบท้ายไว้ ๓ บัญชีด้วยกัน

- บัญชีที่ ๑ ได้แก่ ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ มีอยู่ ๙ รายการ ได้แก่ การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ การทำประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ การสกัดสมุนไพรไทย และการค้าที่ดิน

^{๗๘}

เพื่อเป็นตัวอย่างโปรดดู United State – Singapore Free Trade Agreement, Articles 15.1 (13); 15.4.

- บัญชีที่ ๒ กำหนดรายชื่อธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ เพราะเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น ๑๓ รายการ เช่น การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การผลิตน้ำตาลจากอ้อย การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์ ฯลฯ
- บัญชีที่ ๓ ได้แก่ ธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการ โดยธุรกิจในบัญชีที่ ๓ นิติบุคคลต่างด้าวจะประกอบกิจการได้ หากได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นรายกรณี โดยอธิบดีจะต้องพิจารณาว่ากิจการที่ขออนุญาตนั้นเป็นกิจการที่คนไทยสามารถแข่งขันได้โดยไม่เสียเปรียบ หรือเป็นกิจการที่คนไทยไม่มีศักยภาพเพียงพอในการประกอบกิจการ ตัวอย่างเช่น การสีข้าวและการผลิตแป้งจากพืชไร่ การทำการประมงเฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ การทำป่าไม้จากป่าปลูก การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ และการทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช เป็นต้น

นอกจากนี้ กฎหมายต่างๆ ของไทยยังสงวนการประกอบวิชาชีพบางอย่างไว้สำหรับคนไทยเป็นการเฉพาะ โดยกำหนดว่าผู้ประกอบการอาชีพเหล่านั้นจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นคนไทยหรือเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย โดยมีคนต่างชาติถือหุ้นอยู่ไม่เกินร้อยละ ๔๙ หรืออาจมีสัดส่วนที่น้อยกว่านั้น หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

การผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตาม พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๔๓ ในกรณีผู้ประกอบการเป็นบริษัท ต้องมีคนต่างชาติถือหุ้นอยู่ไม่เกินร้อยละ ๔๙

- อาชีพกสิกรรม เช่น การทำนา ทำสวน ทำไร่ เป็นอาชีพสงวนที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ยกเว้นอาชีพเพาะขยายพันธุ์พืช คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตประกอบกิจการได้ โดยผู้ขออนุญาตต้องเป็นบริษัทที่มีคนไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ทั้งนี้ เป็นไปตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ และ พ.ร.บ. ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๑
- การทำประมงในเขตน่านน้ำไทยจะต้องได้รับใบอนุญาตตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยสิทธิในการประมงในเขตการประมงไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ กฎหมายกำหนดว่าผู้รับอนุญาตต้องมีสัญชาติไทย หรือเป็นนิติบุคคลที่มีคนไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐
- ผู้ประกอบอาชีพการขนส่งจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน ผู้ขออนุญาตประกอบอาชีพดังกล่าวต้องเป็นคนไทย พ.ร.บ. การขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ขออนุญาตประกอบการขนส่งเป็นบริษัท บริษัทจำกันั้นต้องมีคนไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ และกรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย
- ผู้ที่จะทำเหมืองแร่ ต้องเป็นผู้ได้รับอาชญาบัตร ประทานบัตร และใบอนุญาตตามกฎหมาย พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. ๒๕๑๐ กำหนดว่าหากผู้ที่จะทำเหมืองแร่เป็นบริษัท จะต้องมิภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ซึ่งหมายถึงบริษัทที่ได้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในประเทศไทย

นอกจากนี้ ตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ บริษัทที่จะได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจ และใบอนุญาตทำเหมืองแร่ ต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๔๐ หากมีเหตุผลอันสมควรอาจขออนุญาตยกเว้นได้

ประเด็นที่ไทยจำเป็นต้องให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองการลงทุน ได้แก่

- การให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ครอบคลุมถึงการลงทุนแบบเงินลงทุนในหลักทรัพย์ (portfolio investment) และสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (investment agreement)
- การให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกับรัฐภาคีโดยอัตโนมัติ สำหรับความตกลงที่ไทยได้เป็นภาคีหรือจะเข้าเป็นภาคีในอนาคต (MFN)
- มาตรฐานการปฏิบัติต่อนักลงทุน ซึ่งมีได้จำกัดเพียงหลักประกันในเรื่องกระบวนการยุติธรรม แต่อาจหมายถึงการให้การประกันในสิทธิและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุน ตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- การจำกัดเงื่อนไขการรับการลงทุนของรัฐ (performance requirements) ซึ่งเป็นหนึ่งในพันธกรณีที่นักลงทุนมีสิทธิฟ้องร้องรัฐ ภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS)
- เรื่องการโอนที่ปราศจากมาตรการปกป้อง (safeguard measure) ในกรณีเกิดวิกฤตการเงิน ขอบเขตการเวนคืนทางอ้อมที่ครอบคลุมถึงการผิดสัญญาของรัฐ
- สิทธิของรัฐในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ (denial of benefits) ภายใต้ความตกลงที่เป็นไปอย่างจำกัด และ
- หลักการภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่อาจไม่สอดคล้องกับนโยบายและกฎหมายไทย

ในเรื่องเงื่อนไขด้านผู้บริหารระดับสูง (Senior Management and Board of Directors) กฎหมายกำหนดสัญชาติและสัดส่วนของผู้บริหารของวิสาหกิจเอาไว้อย่างชัดเจน พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ในเรื่องค่านิยมบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔(๓) สำหรับนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งจะกำหนดสถานะความเป็นคนชาติหรือคนต่างด้าวเอาไว้ ทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการหรือจะต้องมีเงื่อนไขในการขออนุญาตประกอบกิจการ ตามบัญชีแนบท้าย พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ และโดยที่พันธกรณีดังกล่าวเป็นหนึ่งในพันธกรณีที่นักลงทุนสามารถใช้ฟ้องร้องรัฐภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐได้ ประเทศไทยจึงต้องใช้ความรอบคอบเมื่อจะรับพันธกรณีในเรื่องนี้

ในความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับได้มีการกำหนดขยายคำจำกัดความของการริบหรือเวนคืนทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจะมีบทบาทความสำคัญสำหรับการตีความและตัดสินคดีว่า รัฐภาคีได้กระทำผิดพันธกรณีดังกล่าวหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีของการเวนคืนทางอ้อม (indirect expropriation) ซึ่งมีการระบุอย่างชัดเจนถึงมาตรการของรัฐที่ทำให้ทรัพย์สินของนักลงทุนสูญเสียอย่างถาวร หรือไม่มีกำหนดระยะเวลาและไม่สมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์สำหรับสาธารณประโยชน์ ไทย

ควรให้ความสำคัญกับการกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องการผิดสัญญาของรัฐ ในกรณีที่เป็นการใช้มาตรการของรัฐที่จำเป็นที่ออกเพื่อปกป้องสาธารณะประโยชน์ (public welfare) สุขอนามัย (public health) และสิ่งแวดล้อม (environment) ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวควรมีลักษณะที่เปิดกว้าง เพราะมีความจำเป็นสำหรับไทยในการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย หรือนโยบายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุขที่จำเป็น

ร่างบทลงโทษของความตกลงที่พีพีเป็นตัวอย่างที่ดีในเรื่องนี้ เพราะถึงแม้ร่างความตกลงดังกล่าวจะมีมาตรฐานของพันธกรณีที่สูงกว่าความตกลงลงทุนทั่วไป แต่ความตกลงที่พีพีให้ความสำคัญกับการมีพื้นที่ทางนโยบาย (policy space) สำหรับที่รัฐจะออกมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัย เพื่อลดผลกระทบของการดำเนินกิจกรรมการลงทุนที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความปลอดภัย แรงงาน และความมั่นคงแห่งรัฐ นอกจากนี้ ร่างบทลงโทษของความตกลงที่พีพียังมีเรื่องความรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมขององค์กรหรือหลักธรรมาภิบาลโดยในส่วนของไทย ปัจจุบันไทยยังไม่ได้เป็นภาคีขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) ซึ่งมีประมวลแนวปฏิบัติ (guidelines) สำหรับบริษัทข้ามชาติในเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท (corporate social responsibility) และไม่มีกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว การส่งเสริมหลักการความรับผิดชอบต่อสังคมหรือหลักธรรมาภิบาลของผู้ผลิตในร่างความตกลงที่พีพี จึงเป็นความริเริ่มที่ประเทศไทยควรให้ความสำคัญ

๑.๒ อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายไทยคู่กรณีอาจตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ การอนุญาโตตุลาการของไทยนั้นมีอยู่ด้วยกัน ๒ ประเภท ได้แก่ การอนุญาโตตุลาการในศาลและนอกศาล

การอนุญาโตตุลาการในศาลเกิดจากการที่คู่ความเห็นพ้องต้องกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นต่ออนุญาโตตุลาการ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้น และเมื่อศาลเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายและก็จะอนุญาตตามคำขอเมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีแล้ว ให้เสนอคำวินิจฉัยนั้นต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามนั้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๑๐ บัญญัติว่า “บรรดาคดีที่ทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นคู่ความจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นนั้นต่อศาล ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ผิดกฎหมายให้ศาลอนุญาตตามคำขอนั้น”

ส่วนวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามมาตรา ๒๑๑ ดังนี้

“ถ้าในข้อตกลงมิได้กำหนดข้อความไว้เป็นอย่างอื่น การตั้งอนุญาโตตุลาการให้ใช้ข้อบังคับดังต่อไปนี้

(๑) คู่ความชอบที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละคน แต่ถ้าคดีมีโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมหลายคน ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนหนึ่งแทนโจทก์ร่วมทั้งหมด และคนหนึ่งแทนจำเลยร่วมทั้งหมด

(๒) ถ้าคู่ความจะตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนด้วยความเห็นชอบพร้อมกัน การตั้งเช่นนี้ให้ทำเป็นหนังสือ ลงวัน เดือน ปี และให้คู่ความลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

(๓) ถ้าตกลงกันให้คู่ความฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ การตั้งเช่นนี้ให้ทำเป็นหนังสือ ลงวัน เดือน ปี และลงลายมือชื่อของคู่ความหรือบุคคลภายนอกนั้น แล้วส่งไปให้คู่ความอื่นๆ

(๔) ถ้าศาลไม่เห็นชอบด้วยบุคคลที่คู่ความตั้งหรือที่เสนอตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลสั่งให้คู่ความตั้งบุคคลอื่นหรือเสนอบุคคลอื่นตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่ความมิได้ตั้งหรือเสนอให้ตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร แล้วให้ศาลส่งคำสั่งเช่นนี้ไปยังอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นและคู่ความที่เกี่ยวข้องโดยทางเจ้าพนักงานศาล”

ในเรื่องผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น มาตรา ๒๒๒ แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งศาลซึ่งปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา ตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือคำพิพากษาของศาลตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในเหตุต่อไปนี้

(๑) เมื่อมีข้ออ้างแสดงอนุญาโตตุลาการหรือประธานมิได้กระทำการโดยสุจริตหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้กลฉ้อฉล

(๒) เมื่อคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(๓) เมื่อคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ”

อนุญาโตตุลาการนอกศาลเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันล่วงหน้า ให้นำข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นอันเนื่องจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญา เข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นการตกลงกันไว้ล่วงหน้า หรือเป็นการตกลงของคู่พิพาทหลังจากที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว ดังปรากฏในมาตรา ๒๒๑ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนี้ “การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาล ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ”

ส่วนวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ใน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

ในเรื่องการที่ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๓ ให้อำนาจศาลที่จะปฏิเสธคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ในกรณีต่อไปนี้

“(๑) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น เช่น สัญญาอนุญาโตตุลาการลงนามโดยผู้ไม่มีอำนาจ

(๒) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศคู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นในกรณีที่ไม่ใช่ข้อตกลงดังกล่าว

(๓) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ เพราะเหตุประการอื่น

(๔) คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้น

(๕) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดหรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ มิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่มีได้ตกลงกันไว้ หรือ

(๖) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันเป็นยุติหรือได้ถูกเพิกถอนหรือระงับใช้เสียแล้วโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด”

นอกจากนี้ มาตรา ๔๔ แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ กำหนดว่า ศาลอาจปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย หรือถ้าการบังคับชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

๑.๓ พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐

กฎหมายไทยที่ให้อำนาจรัฐที่จะริบหรือเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ ได้แก่ พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ โดยจะต้องเป็นการเวนคืนโดยรัฐและกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฯ กำหนดให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนที่ต้องจ่ายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินได้ แต่กฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดเนื่องจากใช้เฉพาะการเวนคืนทรัพย์สินทางตรง (direct expropriation) และใช้กับการเวนคืนทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ไม่ครอบคลุมประเด็นเรื่องการเวนคืนทางอ้อม รวมทั้งทรัพย์สินประเภทอื่นที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน เช่น ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible property) เป็นต้น ความแตกต่างระหว่างการเวนคืนทรัพย์สินตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฯ และหลักการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศ มีความแตกต่างกันบางประการ กล่าวคือ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฯ จะต้องกระทำด้วยการออกพระราชกฤษฎีกา ซึ่งจะต้องมีการจ่ายค่าทดแทนให้แก่เจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งหากรัฐกับเจ้าของทรัพย์สินไม่อาจตกลงกันได้ อาจมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเรื่องค่าทดแทน พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฯ กำหนดให้การกำหนดเงินค่าทดแทนจะต้องคำนึงถึงราคาที่ซื้อขายตามปกติในท้องตลาดของอสังหาริมทรัพย์ที่จะเวนคืน ตามมูลค่าในวันที่พระราชกฤษฎีกามีใช้บังคับ นอกจากนี้ ยังกำหนดเรื่องการจ่ายดอกเบี้ยในกรณีที่มีการชำระค่าทดแทนล่าช้าอีกด้วย ซึ่งรายละเอียดต่างๆ เหล่านี้ไม่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนและความตกลงเอพีทีเอต่างๆ โดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทตามกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน

๒. ผลกระทบต่อประเทศไทยที่อาจเกิดจากกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน

หากไทยยอมรับพันธกรณีเรื่องกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน กรณีมีความเสี่ยงที่อาจทำให้รัฐถูกฟ้องร้องภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor to State Dispute Settlement - ISDS) โดยไม่ผ่านกระบวนการศาลยุติธรรมของไทยได้ ทำให้รัฐไม่สามารถดำเนินนโยบายสาธารณะในด้านต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ เช่น ไม่อาจกำหนดมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัย มาตรการด้านคุ้มครองแรงงาน มาตรการเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ฯลฯ เนื่องจากการกำหนดมาตรการเหล่านั้นจะถูกมองว่าเป็นการริบหรือยึดคืนกิจการการลงทุนโดยอ้อม (indirect expropriation) โดยรัฐอาจถูกอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ต้องรับผิดชอบค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนทางอ้อมดังกล่าวให้แก่ นักลงทุนเอกชน

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ากลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนจะส่งผลกระทบต่ออำนาจการบริหาร รัฐกิจของรัฐ ให้สิทธิในการฟ้องร้องแก่นักลงทุนต่างชาติซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่น หากการกระทำของรัฐส่งผลกระทบต่อการลงทุน ซึ่งการกระทำของรัฐหมายรวมถึงแต่การออกมาตรการต่างๆ ไปจนถึงการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยจำเป็นต้องสร้างความสมดุล เช่น ด้วยการกำหนดเงื่อนไขของนักลงทุน ในการฟ้องร้องรัฐ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) กำหนดช้อยกเว้นหรือข้อสงวนเพื่อให้รัฐสามารถออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ รักษาสิ่งแวดล้อม และ สุขอนามัยของประชาชน ซึ่งอาจเป็นตัวขับเคลื่อนสำหรับไทยในการส่งเสริมนโยบายการลงทุนเพื่อการอนุรักษ์ที่มีได้มุ่งเน้นเพียงการพัฒนาทางเศรษฐกิจ แต่ต้องเป็นการพัฒนาที่ควบคู่ไปกับการพัฒนาทาง สังคมอันเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน

ข้อเสนอทางเลือก

ในที่นี้จะนำเสนอข้อเสนอเพิ่มเติมเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน

๒.๑ การใช้ระบบ Exhaustion of local remedies

การกำหนดให้ระบบกลไกระงับข้อพิพาทเป็นมาตรการสำคัญรองรับการระงับข้อพิพาท โดยนักลงทุนที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการของรัฐจะต้องดำเนินการภายใต้กระบวนการยุติธรรม ภายในประเทศก่อน อาทิ จะต้องฟ้องศาลในประเทศผู้รับการลงทุนก่อนที่จะดำเนินการต่อไปภายใต้ มาตรการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้มีข้อดีหลายประการ เช่น แสดงให้เห็นว่านักลงทุนต่างชาติมีความเคารพและปฏิบัติตามระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศ ที่ตนเข้าไปลงทุน การฟ้องร้องคดีต่อศาลในประเทศยังช่วยให้คดีจบลงได้โดยเร็ว โดยไม่จำเป็นต้อง ดำเนินคดีภายใต้กลไกในความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะช่วยลดจำนวนคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการ ระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนลง ซึ่งหมายถึงการประหยัดค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีตามระบบ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูงกว่ามาก

๒.๒ พัฒนานอนุญาโตตุลาการไปสู่ความเป็นสถาบันระหว่างประเทศ

การที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายและชี้ขาดคดีที่มีผลกระทบอย่าง มีนัยสำคัญต่อนโยบายของรัฐ อนุญาโตตุลาการจึงควรมีลักษณะที่เป็นสถาบันระหว่างประเทศที่มีความ

มั่นคงและถาวร มิใช่เป็นเพียงคณะกรรมการชั่วคราว (*ad hoc tribunals*) ที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะกรณีในช่วงเวลาหนึ่งที่จะยกเลิกไปเมื่อภารกิจดังกล่าวเสร็จสิ้นลง ทั้งนี้ เพราะหากเป็นการแต่งตั้งชั่วคราวดังที่เป็นอยู่คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบ (*accountable*) ต่อคำวินิจฉัยของตนเอง ภายหลังจากที่ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ความเป็นกรรมการในอนุญาโตตุลาการชี้ขาดคดีนั้นก็สิ้นสุดลง และคณะกรรมการแต่ละท่านจะกลับไปทำหน้าที่ประจำของตนต่อไป ในทางตรงกันข้ามหากอนุญาโตตุลาการมีความเป็นสถาบัน สถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นจะยังคงมีความรับผิดชอบต่อสาธารณชนในผลคำวินิจฉัยของตน เช่น รับผิดชอบในเหตุผลชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี และในจำนวนค่าเสียหายที่กำหนด (ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหายที่สูงหรือต่ำเกินไป) เป็นต้น นอกจากนี้ การดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่เป็นสถาบันที่มีความแน่นอนจะเป็นพื้นฐานให้การดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการในคดีต่อๆ มา เกิดพัฒนาการหลักกฎหมายต่อไปอย่างเป็นระบบ สร้างความมั่นคงในเชิงกฎหมาย (*legal certainty*) ทั้งในคำวินิจฉัยและในกระบวนการพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ

๒.๓ สร้างความโปร่งใส

การที่จะทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการและกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนเป็นที่ยอมรับและเป็นที่เชื่อถือของสาธารณชน จะต้องสร้างความโปร่งใส (*transparency*) ให้เกิดขึ้นกับระบบดังกล่าว การทำให้เกิดความโปร่งใสอาจทำได้ด้วยการให้สาธารณชนเข้าถึงข้อมูลและเอกสารเกี่ยวกับการพิจารณาคดี เปิดโอกาสให้สื่อมวลชนและนักวิชาการร่วมวิเคราะห์ วิจารณ์ ติชมอย่างเป็นธรรม และให้ข้อเสนอแนะ ซึ่งข้อเสนอแนะและความเห็นต่างๆ เหล่านี้ จะนำไปสู่การพัฒนาปรับปรุงมาตรการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน นอกจากนี้ ต้องมีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะ โดยสาธารณชนผู้สนใจสามารถเข้าร่วมรับฟังการพิจารณาคดีได้ และเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยคำวินิจฉัยนั้นจะต้องถูกนำออกเผยแพร่อย่างกว้างขวาง

๒.๔ การมีส่วนร่วมของสาธารณชนในกระบวนการพิจารณา

การยินยอมให้สาธารณชนมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ จะทำให้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนมีความน่าเชื่อถือมากขึ้น โดยเอ็นจีโอหรือกลุ่มประชาสังคมที่สนใจในประเด็นข้อพิพาทที่อยู่ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อาจทำความเข้าใจเป็นลายลักษณ์อักษรเสนอต่อคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ ทั้งนี้ เพราะคดีที่เข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะแทบทั้งสิ้น

๒.๕ หลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อน

เนื่องจากความสำคัญของกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนที่เพิ่มมากขึ้น รวมถึงการให้อำนาจที่ปราศจากขอบเขตจำกัดแก่นุญาโตตุลาการ ในอันที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การทำให้อนุญาโตตุลาการเป็นสถาบันระหว่างประเทศที่ถาวรจึงมีความจำเป็น สิ่งหนึ่งที่อาจเริ่มต้นดำเนินการได้ในปัจจุบันก่อนที่จะมีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคือ ควรจะมีการจัดทำระบบและกฎเกณฑ์การแต่งตั้งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการให้เป็นระบบและมีความเป็นกฎเกณฑ์ที่โปร่งใสและเป็นธรรม โดยเฉพาะเกี่ยวกับการคัดเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็น

อนุญาโตตุลาการ รวมตลอดจนจัดทำประมวลแนวปฏิบัติ (code of conduct) สำหรับกรรมการ อนุญาโตตุลาการและกำหนดบรรทัดฐานเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อนของคณะกรรมการ เป็นต้น

๒.๖ การอุทธรณ์คำวินิจฉัย

เนื่องจากคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนมักจะเป็น ที่สุด จึงก่อให้เกิดข้อกังขาในผลคำวินิจฉัยในหลายกรณี ทั้งในประเด็นเหตุผลทางกฎหมายและ ค่าเสียหายที่กำหนด เพื่อให้ระบบการระงับข้อพิพาทเป็นที่ยอมรับต่อสาธารณชน จึงควรเปิดโอกาสให้มี การอุทธรณ์คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งการอุทธรณ์นั้นควรกระทำต่อองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำ หน้าที่ดังกล่าวเป็นการเฉพาะ อาทิ อาจเป็นคณะกรรมการอุทธรณ์ร่วม (Joint Appeal Committee) ที่แต่งตั้งร่วมกันโดยคู่พิพาทแห่งคดี และเมื่อมีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นเป็น การถาวรแล้ว ควรมีการจัดตั้งองค์กรอุทธรณ์ที่ถาวรต่อไป ในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ นั้น คู่พิพาทแห่งคดีไม่ว่าจะเป็นนักลงทุนเอกชน (ผู้ร้อง) หรือรัฐบาลผู้ถูกร้องเรียนต่างก็ควรมีสิทธิที่จะ อุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อไปได้ ซึ่งอาจเป็นการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรืออัตราค่าเสียหาย ที่กำหนดโดยอนุญาโตตุลาการ โดยคณะกรรมการอุทธรณ์มีอำนาจที่จะแก้ไขคำวินิจฉัยได้โดยตนเอง หรืออาจส่งเรื่องกลับไปให้อนุญาโตตุลาการที่พิจารณาชี้ขาดให้ทำการพิจารณาคดีหรือมีคำวินิจฉัยใหม่ก็ได้

กลไกระงับข้อพิพาทแบบรัฐต่อรัฐที่ใช้กันตามกฎหมายระหว่างประเทศแบบจารีตประเพณี ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่เพียงพอสำหรับการคุ้มครองการลงทุนข้ามชาติ เพราะจำเป็นต้องอาศัยการแทรกแซงจากรัฐผู้ส่งออกการลงทุน (home state) ซึ่งการตัดสินใจของรัฐที่จะแทรกแซงดำเนินคดีกับอีกรัฐหนึ่งนั้น มักจะอยู่ภายใต้อิทธิพลและความกดดันทางการเมือง และมักจะอยู่ในกรอบพิธีการระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้สนธิสัญญาการลงทุนที่ทำกันทุกวันนี้ ทั้งในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน ความตกลงเอฟทีเอ ฯลฯ มักจะกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (investor-state dispute settlement) ที่อาศัยกลไกอนุญาโตตุลาการเป็นมาตรการระงับข้อพิพาท ส่งผลให้ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ รวมทั้งคดีที่มีการฟ้องร้องกันภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีจำนวนที่เพิ่มสูงมากในปัจจุบัน

กลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการปกป้องสิทธิประโยชน์ของนักลงทุน เนื่องจากให้อำนาจนักลงทุนเอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐได้โดยตรง อันถือเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เหตุผลที่กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ เพื่อหลีกเลี่ยงอิทธิพลทางการเมืองของประเทศผู้รับการลงทุนและเพื่อให้ปลอดจากอคติของตุลาการ ซึ่งเป็นคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนเอง นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการยังถูกมองว่าเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพที่สามารถดำเนินการได้รวดเร็วยิ่งกว่าการพิจารณาคดีในศาล

การยอมรับข้อเสนอเรื่องการลงทุนดังที่มีการเสนอในร่างความตกลงเอฟทีเอต่างๆ หมายถึงการที่ประเทศไทยจะต้องยินยอมเปิดเสรีการลงทุนให้แก่ประเทศคู่เจรจา โดยปราศจากเงื่อนไข ยินยอมลดทอนอำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำกับการลงทุนในทุกสาขา รวมทั้งในสาขาบริการสาธารณะที่มีความสำคัญ เช่น การศึกษา การสาธารณสุข ประปา ไฟฟ้า การจัดการน้ำ ฯลฯ พันธกรณีการลงทุนกำหนดให้เปิดเสรีการลงทุนแบบ ๑๐๐ เปอร์เซ็นต์ เช่น อนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาเป็นเจ้าของวิสาหกิจด้วยการถือหุ้นทั้งหมด (wholly foreign-owned enterprise) ซึ่งในความเป็นจริงมีน้อยประเทศนักที่เปิดเสรีเช่นนี้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ และกฎหมายลักษณะเฉพาะต่างๆ ได้สงวนธุรกิจบางอย่างไว้สำหรับคนไทย เช่น การกสิกรรม การทำเหมืองแร่ การทำการประมง ฯลฯ ไม่ให้ต่างชาติถือครองหุ้นเกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งได้กำหนดข้อกำหนดอื่นๆ อีก เช่น ควบคุมการส่งผลกำไรออกนอกประเทศ การทำอนุสัญญาภาษีซ้อน ข้อกำหนดให้ใช้วัตถุดิบในประเทศ สัดส่วนสัญชาติของผู้บริหารองค์กร การถ่ายทอดเทคโนโลยี ฯลฯ แต่ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศด้านการลงทุนกำหนดให้ประเทศไทยต้องเปิดเสรีการลงทุนสำหรับกิจการดังกล่าว

รัฐบาลไทยควรพยายามสร้างสมดุลด้วยการจำกัดสิทธิของนักลงทุน และให้มีการกำหนดเงื่อนไขในการที่นักลงทุนจะฟ้องร้องรัฐ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) รวมทั้งหาทางกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อสงวนของรัฐในการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์

สาธารณะ และในการจำกัดควบคุมการดำเนินธุรกิจของเอกชน ตลอดจนกำหนดความรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมขององค์กร ซึ่งอาจเป็นตัวขับเคลื่อนสำหรับประเทศไทยในการส่งเสริมนโยบายการลงทุนเพื่อการอนุรักษ์ที่ได้มุ่งเน้นเพียงการพัฒนาทางเศรษฐกิจ แต่ต้องเป็นการพัฒนาที่ควบคู่ไปกับการพัฒนาทางสังคมอันเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
ขอบเขต (scope)	• ขอบเขตเปิดกว้าง มิได้ระบุพันธกรณีที่ เอกชนมีสิทธิในการ ฟ้องร้องรัฐ • มีการระบุที่ชัดเจนที่ ขอบเขตการ ฟ้องร้อง จะไม่ครอบคลุมการ จัดซื้อจัดจ้างของ ภาครัฐ (government procurement) และเรื่องการ อุดหนุน (subsidy)	• ขอบเขตเปิดกว้าง มิได้ระบุพันธกรณีที่ เอกชนมีสิทธิใน การฟ้องร้องรัฐ เอกชนสามารถฟ้อง รัฐได้ทุกเรื่อง • การคุ้มครองเน้นที่ ตัวสินทรัพย์การ ลงทุน (asset- based) ครอบคลุม ทรัพย์สินทุก ประเภททั้งที่มี รูปร่างและไม่มี รูปร่าง • ความหมาย “นัก ลงทุน” มี ความหมายที่กว้าง แต่มีการจำกัด ความให้หมายความ	• ขอบเขตเปิดกว้าง มิได้ระบุพันธกรณีที่ เอกชนมีสิทธิใน การฟ้องร้องรัฐ เอกชนสามารถฟ้อง รัฐได้ทุกเรื่อง	• กำหนดพันธกรณีไว้อย่าง ชัดเจน ซึ่งนักลงทุน สามารถฟ้องร้องรัฐได้ หากมีการละเมิด • จำกัดการฟ้องร้อง เฉพาะกรณีข้อพิพาท เกิดขึ้นหลังจากความตก ลงมีผลใช้บังคับเท่านั้น	พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๑ กำหนดดังนี้ • สัญญาที่คู่สัญญา ตกลงให้ระงับข้อ พิพาททั้งหมดหรือ บางส่วนที่เกิดขึ้น แล้วหรืออาจ เกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่า จะเกิดจากนิติ สัมพันธ์ทางสัญญา หรือไม่ • สัญญาระหว่าง หน่วยงานของรัฐ กับเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทาง ปกครองหรือไม่ก็ ตาม คู่สัญญาอาจ	• กฎหมายไทยไม่ได้ กำหนดขอบเขตการ ฟ้องร้องเอาไว้ ซึ่ง สอดคล้องกับ BIT Model ที่ไทยใช้อยู่ • ความตกลงระหว่าง ประเทศ เช่น ความ ตกลง TPP ให้สิทธิ นักลงทุนในการ ฟ้องร้องรัฐ ใน ขอบเขตที่กว้าง หากรัฐละเมิด พันธกรณีใดๆ ภายใต้ความตกลง ดังกล่าว เช่น หาก ไทยละเมิดพันธกรณี เรื่อง performance requirement,

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
		ถึงวิสาหกิจที่มีการ ประกอบการอย่าง แท้จริง			ตกลงให้ใช้วิธีการ อนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อ พิพาทได้	มาตรการส่งเสริม การลงทุน, มาตรการสนับสนุน SMEs ฯลฯ รัฐบาล ไทยอาจถูกฟ้องร้อง ตามกลไก ISDS ได้ นอกจากนี้ ขอบเขต การฟ้องร้องยัง ครอบคลุมถึงการผิด สัญญาระหว่างรัฐ กับเอกชนว่าจะเป็น สัญญาทางปกครอง หรือไม่
การหารือและ เจรจา (Consultation and Negotiation)	• ให้มีการเจรจา เพื่อ หาทางระงับข้อ พิพาทในเบื้องต้น ระหว่างรัฐและนัก ลงทุนก่อน ไม่ว่าจะ เป็นการ	• ให้มีการเจรจา เพื่อ หาทางระงับข้อ พิพาทในเบื้องต้น ระหว่างรัฐและนัก ลงทุนก่อน ไม่ว่าจะ เป็นการ	• ให้มีการเจรจา เพื่อ หาทางระงับข้อ พิพาทในเบื้องต้น ระหว่างรัฐและนัก ลงทุนก่อน ไม่ว่าจะ เป็นการ	• ให้มีการเจรจาเพื่อ หาทางระงับข้อพิพาทใน เบื้องต้นระหว่างรัฐและ นักลงทุนก่อน ไม่ว่าจะ เป็นการประนีประนอม (mediation)	• พ.ร.บ. ว่าด้วยการ เวนคืน อสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๙ กำหนด ให้มีการไกล่เกลี่ย	• พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ ไม่มี บทบัญญัติในเรื่องนี้ • พ.ร.บ. ว่าด้วยการ เวนคืน

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	ประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (conciliation) การ ใช้บุคคลที่สามใน การประนีประนอม • ความตกลงที่พีพี กำหนดให้รัฐมีสิทธิ ที่จะบังคับให้นัก ลงทุนเข้าสู่ กระบวนการระงับ ข้อพิพาทภายในของ ฝ่ายบริหารก่อน (administrative review procedures) หากมีกฎหมาย ภายในในเรื่องนี้ โดยจำกัดเวลา	ประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (conciliation) การ ใช้บุคคลที่สาม ในการ ประนีประนอม • มีกำหนดระยะเวลา ที่ชัดเจนสำหรับ การเริ่มการหารือ กล่าวคือ ภายใน ๓๐ วัน	ประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (conciliation) การ ใช้บุคคลที่สาม ในการ ประนีประนอม • มีกำหนดระยะเวลา ที่ชัดเจนสำหรับ การเริ่มการหารือ กล่าวคือ ภายใน ๖๐ วัน	การไกล่เกลี่ย (conciliation) การใช้บุคคลที่สามใน การประนีประนอม • หากการหารือไม่ สามารถบรรลุผล ภายใน ระยะ เวลา ๖ เดือน นัก ลงทุนสามารถฟ้องร้อง ตามกระบวนการ อนุญาโตตุลาการได้	โดยคนกลางในการ เจรจาต่อรองค่า ทดแทนกันระหว่าง คู่กรณีพิพาทกัน	อสังหาริมทรัพย์ฯ และ Thai BIT Model ต้องการ จำกัดการใช้วิธีการ ระงับข้อพิพาท ระหว่างรัฐกับ เอกชนจึงกำหนดให้ รัฐและเอกชน หาทางระงับข้อ พิพาทด้วยการ เจรจาปรึกษาหารือ กันก่อน

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	review ไม่เกิน ๓ เดือน • มีกำหนดระยะเวลา ที่ชัดเจนสำหรับการ เริ่ม การหารือ กล่าวคือ ภายใน ๓๐ วัน นับ จากวันที่ได้มีการ ทบทวนเป็นลาย ลักษณ์อักษรจากอีก ฝ่ายหนึ่ง หรือ ภายในระยะเวลาที่ ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน					
การเข้าสู่ กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ (Claim submission)	• การเป็นภาคีในความ ตกลง TPP ได้ถือว่า รัฐให้การยินยอมที่ จะเข้าสู่กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ โดยอัตโนมัติ	• ให้เป็นไปตาม UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration	• การเป็นภาคีใน ความตกลง เอ็มเอ ไอให้ถือว่า รัฐให้การยินยอมที่ จะเข้าสู่ กระบวนการ	• ไม่มีข้อบทเรื่องความ ยินยอมโดยอัตโนมัติ • หากไม่สามารถระงับข้อ พิพาทโดยการเจรจาได้ ภายในระยะเวลา ๖ เดือน	• พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ กำหนดให้คู่สัญญา ฟ้องร้องต่อ อนุญาโตตุลาการได้	• หลักการเรื่องการนำ คดีเข้าสู่กระบวนการ อนุญาโตตุลาการใน ปัจจุบันกฎหมาย ไทยให้เป็นไปตามความ ตกลงของคู่สัญญา

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	• หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาได้ภายในระยะเวลา ๖ เดือน • ต้องระบุข้อกล่าวหาที่ชัดเจนว่ารัฐผิดพันธกรณีข้อใด • การกระทำของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนและต่อนักลงทุน • กฎระเบียบที่ใช้ในการยื่นฟ้อง ได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL		อนุญาตตุลาการโดยอัตโนมัติ • หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาได้ภายในระยะเวลา ๖๐ วัน	• จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นกับการลงทุนและนักลงทุน • ต้องฟ้องร้องภายใน ๓ ปี นับตั้งแต่วันที่นักลงทุนทราบหรือควรที่จะทราบการกระทำของรัฐนั้น • อาจฟ้องร้องตามกระบวนการยุติธรรมภายใน ทั้งที่เป็นฝ่ายบริหารและตุลาการ (court or administrative tribunal) • ไม่มีข้อบังคับที่ต้อง exhaust local remedy ก่อน • หากเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการลงทุนมี	หากสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยระบบอนุญาตตุลาการ	ไม่มีเงื่อนไขเชิงบังคับ ให้คู่กรณีจำต้องยอมรับระบบอนุญาตตุลาการ แต่หากเป็นพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศ นักลงทุนเอกชนอาจฟ้องร้องรัฐภายใต้กลไก ISDS ได้โดยไม่ต้องให้รัฐให้ความยินยอมก่อน

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	arbitration rules หรือ ที่ทั้งสองฝ่ายตกลง กัน • ต้องฟ้องร้องภายใน ๓ ปีนับตั้งแต่วันที่ นักลงทุนทราบหรือ ควรที่จะทราบการ กระทำของรัฐ • ผู้ร้องอาจขอคำสั่ง ศาล ให้ใช้วิธีการชั่วคราว (interim injunctive relief) เพื่อป้องกันความ เสียหายต่อไป ในช่วงเวลาที่มีการ ดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ			สิทธิเลือกใช้ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือ ที่ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ ร่วมกัน		

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
การเลือก อนุญาโตตุลาการ (Selection of arbitrators)	- ประกอบด้วย ๓ คน โดยแต่ละฝ่ายเลือก ๑ คน และร่วมกันเลือกคนที่ ๓ - หากยังไม่มีการจัดตั้ง คณะอนุญาโตตุลาการภายใน ๗๕ วัน Secretary-General มีอำนาจแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ - ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการ จะต้องไม่มีสัญชาติเดียวกับคู่พิพาทฝ่าย	- ประกอบด้วย ๓ คน โดยแต่ละฝ่ายเลือก ๑ คน และร่วมกันเลือกคนที่ ๓ - หากยังไม่มีการจัดตั้งคณะ อนุญาโตตุลาการภายใน ๙๐ วัน คณะกรรมการร่วมที่แต่งตั้งโดย ประเทศคู่กรณีมีอำนาจแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ - เพื่อป้องกันปัญหาผลประโยชน์ขัดกัน อนุญาโตตุลาการ ต้องปฏิบัติตาม ประมวล	- ประกอบด้วย ๓ คน เลือกโดย คู่พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกัน โดยเลือกจากรายชื่อที่เสนอ โดย Secretary General ของ ICSID - หากยังไม่มีการจัดตั้งคณะ อนุญาโตตุลาการภายใน ๙๐ วัน Secretary-General ของ ICSID มีอำนาจแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ	ไม่มีข้อบ่งชี้กล่าว แต่ให้เป็นไปตาม กฎระเบียบที่นักลงทุน เลือก ซึ่งอาจเป็น ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือ ที่ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน	- ภายใต้ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เมื่อมี ข้อพิพาทเกิดขึ้น และคู่พิพาท ได้ตกลงกันให้ระงับ โดย อนุญาโตตุลาการ กระบวนการระงับ ข้อพิพาทจะเริ่มต้น จากคู่พิพาทแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ โดยดำเนินการเอง - หากเสนอข้อพิพาท ต่อสถาบัน อนุญาโตตุลาการที่ ตกลงใช้บริการ และทำการตั้ง อนุญาโตตุลาการ	การเลือก อนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายไทย สอดคล้องสอดคล้อง กับหลักการและวิธี ปฏิบัติระหว่าง ประเทศ

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	ใดฝ่ายหนึ่ง	แนวปฏิบัติของ International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflicts of Interest			ตามกฎหมาย หรือ ข้อบังคับเกี่ยวกับ การ อนุญาโตตุลาการ ของสถาบันนั้นๆ • ถ้าคู่พิพาทตกลงกัน ไม่ได้ให้คู่พิพาท ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่น คำร้องต่อศาลที่มี เขตอำนาจให้มี คำสั่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ แทน • เมื่อมีการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ แล้วให้ทำการ พิจารณาชี้ขาดข้อ พิพาทที่คู่พิพาท เสนอต่อไป	

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
					• ให้ใช้วิธีพิจารณาตามระเบียบข้อบังคับต่างๆ ที่คู่พิพาทตกลงกัน หรือให้ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการของสถาบันที่เกี่ยวข้อง • อนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดและเมื่อทำคำชี้ขาดซึ่งก็คือคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายใดปฏิบัติอย่างใดแล้วให้ถือว่าเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ	

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
กระบวนการพิจารณา ของ อนุญาโตตุลาการ (Conduct of arbitration)	- คู่ความเป็นผู้เลือก สถานที่สำหรับการ ระงับข้อพิพาท หาก ตกลงกันไม่ได้ คณะ อนุญาโตตุลาการจะ เป็นผู้กำหนดตาม กฎอนุญาโตตุลาการ ที่ทั้งสองฝ่าย เลือกใช้ - อาจรับฟังความเห็น ของบุคคลที่สาม ประกอบการ พิจารณาของคณะ อนุญาโตตุลาการ (amicus curiae) - อาจมีการการ คัดค้านอำนาจใน การพิจารณาของ คณะ	- คู่ความเป็นผู้เลือก สถานที่สำหรับการ ระงับข้อพิพาท หาก ตกลงกันไม่ได้ คณะ อนุญาโตตุลาการ จะเป็นผู้กำหนด ตามกฎ อนุญาโตตุลาการที่ ทั้งสองฝ่ายเลือกใช้ - อาจรับฟัง ความเห็นของ บุคคลที่สาม ประกอบการ พิจารณาของ คณะ อนุญาโตตุลาการ (amicus curiae)	- คู่ความเป็นผู้เลือก สถานที่สำหรับการ ระงับข้อพิพาท และต้องเป็น ประเทศที่เป็น สมาชิกของ อนุสัญญานิวยอร์ค - อาจรับฟัง ความเห็นของ บุคคลที่สาม ประกอบ การ พิจารณาของ คณะ อนุญาโตตุลาการ (amicus curiae) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ วิทยาศาสตร์และ ความชำนาญทาง เทคนิค (Scientific	ให้เป็นไปตาม กฎระเบียบที่นักลงทุน เลือก ได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือ ที่ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ ร่วมกัน	- สถานที่ตามที่ คู่พิพาท ตกลงกัน ถ้าไม่ได้ ตกลงกันไว้ให้คณะ อนุญาโต ตุลาการ กำหนดสถานที่โดย คำนึงถึงสภาพแห่ง ข้อพิพาทและความ สะดวกของคู่พิพาท - อาจมีการคัดค้าน อำนาจในการ พิจารณาของ คณะ อนุญาโตตุลาการ - ให้คู่กรณีโอกาส นำสืบพยาน หลักฐาน และเสนอ ข้ออ้าง ข้อต่อสู้ของตนได้	- กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ ในกฎหมายมีความ สอดคล้องกับ มาตรฐานระหว่าง ประเทศ - ร่างความตกลงที่พีพี มีข้อเสนอเพิ่มเติมใน เรื่องการใช้ ความเห็นของบุคคล ที่สาม และกลไก การอุทธรณ์คำ วินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไทยนำ ทบทวนนำมาใช้

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	อนุญาโตตุลาการ • ให้มีการจัดตั้ง appellate mechanism ต่อไปในอนาคต	• อาจมีการการคัดค้านอำนาจในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ	and Technical Expertise)		• ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ หรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร	
ความโปร่งใส (Transparency of arbitral proceeding)	• กระบวนการพิจารณาต้องเป็นไปโดยเปิดเผย • เอกสารที่เกี่ยวข้องกับการคดีที่ต้องเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชน • มีข้อยกเว้นคือกรณีมีความจำเป็นเพื่อ	• กระบวนการพิจารณาต้องเป็นไปโดยเปิดเผย • เอกสารที่เกี่ยวข้องกับการคดีที่ต้องเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชน • มีข้อยกเว้นคือกรณีมีความจำเป็นเพื่อ	• ไม่ข้อยกเว้นเรื่องกระบวนการพิจารณาต้องเป็นไปโดยเปิดเผย • มีข้อยกเว้นกำหนดให้คู่พิพาทต้องเก็บรักษาข้อมูลที่ได้จากการพิจารณาจึงอาจกระทำเป็น	• ให้เป็นไปตามกฎระเบียบที่นักลงทุนเลือก ได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือทั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน	• พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการ	• กฎหมายปัจจุบันมิได้ให้ความสำคัญกับประเด็นความโปร่งใสในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ • ร่างความตกลงที่พีพีกำหนดเรื่องนี้ไว้ อย่างละเอียดและ

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	ปกป้องข้อมูล ที่เป็นความลับ	ปกป้องข้อมูลที่เป็น ความลับ	ความลับ		อาจนำประมวล กฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง ว่าด้วย พยานหลักฐานมา ใช้โดยอนุโลมได้	ชัดเจนซึ่งจะเป็น ประโยชน์ในเรื่อง การสร้างความ ยอมรับใน กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ
คำวินิจฉัยชี้ขาด (award)	- ต้องเป็นการให้ ค่าชดเชยและ ค่าธรรมเนียม ที่เกี่ยวข้อง - ค่าชดเชยจะต้องไม่ มีลักษณะเป็น ค่าเสียหาย เชิงลงโทษ (punitive damages) - ค่าตัดสินมีผลผูกพัน คู่กรณี - หากเป็นกฎของ	- ต้องเป็นการให้ ค่าชดเชยและ ค่าธรรมเนียม ที่เกี่ยวข้อง - ค่าตัดสินมีผล ผูกพันคู่กรณี - หากเป็นกฎของ ICSID ให้บังคับคำ ตัดสินภายใน ๑๒๐ วัน หรือ ๙๐ วัน หลังจากที่คณะ อนุญาโตตุลาการได้ มีคำวินิจฉัย	- ต้องเป็นการให้ ค่าชดเชยและ ค่าธรรมเนียม ที่เกี่ยวข้อง - ค่าตัดสินมีผล ผูกพันคู่กรณีและ ให้เป็นที่สุด ผู้ฟ้องอาจเลือกที่ จะบังคับคำตัดสิน ของ อนุญาโตตุลาการ ตาม ICSID Convention,	- การบังคับคำตัดสินของ คณะอนุญาโตตุลาการ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ภายใน - คำวินิจฉัยที่ได้มีการ ปฏิบัติตามแล้ว ให้ถือ เป็นที่สุด และมีผล ผูกพันทุกฝ่าย	พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ กำหนดว่า เมื่อ คู่พิพาทฝ่ายใด ประสงค์จะให้มีการ บังคับตามคำชี้ขาด ของคณะ อนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้น ยื่นคำร้องต่อศาลที่ มีเขตอำนาจภายใน หนเวลาสามปีนับ	- ปัจจุบันประเทศไทย ยังมิได้เข้าเป็นภาคี อนุสัญญา ICSID การบังคับคำตัดสิน ของ อนุญาโตตุลาการ โดยอัตโนมัติจึงไม่ อาจทำได้ - การบังคับตามคำ วินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการ จึงต้องอาศัยคำ พิพากษาของศาล

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	ICSID ให้บังคับคำ ตัดสินภายใน ๑๒๐ วัน หรือ ๙๐ วัน หลังจากที่คณะ อนุญาโตตุลาการได้ มี คำวินิจฉัย • กำหนดแนวทาง สำหรับกรณีที่มีรัฐไม่ ปฏิบัติตามคำตัดสิน ของ อนุญาโตตุลาการ • ผู้ฟ้องอาจเลือกที่จะ บังคับคำตัดสินของ อนุญาโตตุลาการ ตาม ICSID Convention, New York Convention, Inter-American	- ผู้ฟ้องอาจเลือกที่จะ บังคับคำตัดสิน ของ อนุญาโตตุลาการ ตาม ICSID Convention หรือ New York Convention - การบังคับตามคำ ตัดสินและคำ วินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการ ให้เป็นไปตาม กฎหมายภายใน - คำวินิจฉัยที่ได้มี การปฏิบัติตามแล้ว ให้ถือเป็นที่สุด และ มีผลผูกพันทุกฝ่าย	New York Convention, หรือ Rules of International Chamber of Commerce		แต่วันที่อาจบังคับ ตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำ ร้องดังกล่าวให้รีบ ทำการ ไต่สวน และมีคำ พิพากษาโดยพลัน คำสั่งหรือคำ พิพากษาของศาล ตาม พ.ร.บ. ห้ามมิ ให้อุทธรณ์ เว้นแต่ จะเป็นไปตาม ข้อยกเว้น ซึ่งกรณี เข้าข้อยกเว้น ให้อุทธรณ์คำสั่ง หรือคำพิพากษา ของศาลต่อศาล ฎีกา หรือศาล ปกครองสูงสุด	

ประเด็น	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง TPP	กลไก ISDS ภายใต้ เอฟที ไทย-อียู	กลไก ISDS ภายใต้ ร่างความตกลง เอ็มเอไอ	กลไกระงับข้อพิพาท ตามร่างมาตรฐาน BIT ของไทยที่จัดทำโดย กระทรวงต่างประเทศ	กฎหมายไทยที่ เกี่ยวข้อง	สรุปความเห็น
	Convention • การบังคับตามคำตัดสินและคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามกฎหมายภายใน • คำวินิจฉัยที่ได้มีการปฏิบัติตามแล้ว ให้ถือเป็นที่สุด และมีผลผูกพันทุกฝ่าย					

โกศล ฉันทิกุล “คำบรรยายกระบวนวิชากฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน พร้อมด้วยพระราชบัญญัติ
กฎกระทรวง และประกาศที่เกี่ยวข้อง” สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ, ๒๕๓๔
คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน “คู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน”. สำนักงานคณะกรรมการ
ส่งเสริมการลงทุน, ๒๕๕๑

มติชนรายวัน “อเมริกันชน อ่างไทยมีการใช้เล่ห์-อำนาจรัฐ ปล้นนักธุรกิจสหรัฐ ร้องยูเอสทีอาร์
ให้นำเรื่องการบังคับใช้กฎหมายมาเจรจา ‘เอฟทีเอ’ ด้วย สภาหอการค้าฯ ค้านคนละเรื่อง
เดียวกัน กระบวนยุติธรรมไม่เกี่ยวกับการความตกลงเขตการค้าเสรี” ๓๐ มีนาคม ๒๕๔๗
หน้า ๑๗

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย “โครงการวิจัย การแสวงหาประโยชน์จากข้อตกลงการ
เปิดเสรี (Free Trade Agreement: FTAs)”, เสนอต่อสำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม,
๒๕๔๙

Agreement Establishing the ASEAN–Australia–New Zealand Free Trade Area (opened for
signature 27 February 2009; entered into force 1 January 2010).

Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand FTA, signed 27 February
2009, [2010] ATS 1 (entered into force 1 January 2010) Ch 11,
Art. 21.

Lowenfeld, A.F. “Investment Agreements and International Law”, 42 Colum J.
Transnat’l L. 123 (2003).

ASEAN-Australia-New Zealand FTA, Department of Foreign Affairs and Trade, Australia
<http://www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/index.html#FullText>;

Mishra, A.R. “India May Exclude Clause on Lawsuits from Trade Pacts”, Live Mint.Com
and The Wall Street Journal (online), 29 January 2012,
<http://www.livemint.com/2012/01/29231517/India-may-exclude-clause-on-la.html>.

Australia-Chile FTA, signed 30 July 2008, [2009] ATS 6, (entered into force 6 March
2009) Art. 10.16.

Australian Department of Foreign Affairs and Trade, “Fact Sheet on the Investment
Chapter of AUSFTA” www.dfat.gov.au/fta/ausfta/outcomes/09_investment.html.

Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, Gillard Government
Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity (April
2011), p.14 <http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>.

- Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, Gillard Government Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity (April 2011).
- Australian Productivity Commission, Research Report: Bilateral and Regional Trade Agreements, November 2010.
- Australia-Thailand FTA, signed 5 July 2004, [2005] ATS 2 (entered into force 1 January 2005), Art. 917.
- Australia-US FTA, signed 18 May 2004, [2005] ATS 1 (entered into force 1 January 2005).
- Award No 310-56-3 (14 July 1987), 15 Iran-US C.T.R. 189-289.
- Klein, B. “Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field?” (2005) 6 Journal of World Investment and Trade 64.
- Stem, B., Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes, 22 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 280 (2007).
- Schreuer, C. “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration” 4 Law Prac Intl Cts Tribunals (2005) 1.
- Reiner, C. and C. Schreuer, Human Rights and International Investment Arbitration, in Pierre-Marie Dupuy et al. (eds), Human Rights and International Investment Arbitration, Oxford University Press, 2009, p.94.
- Sedlak, D., “ICSID’s Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?”, 23 Penn St. Int’l L. Rev. 147 (2004).
- Crouch, D. “Canadian Supreme Court Voids Pfizer’s Viagra Patent – Focusing Disclosure Requirement on the Patent as a Whole”, November 9, 2012, <http://patentlyo.com/patent/2012/11/canadian-supreme-court-voids-pfizers-viagra-patent-focusing-disclosure-requirement-on-the-patent-as-a-whole.html>
- EC Commission, Press Release Report Presented Today, Consultation on Investment Protection in EU-US Trade Talks, Strasbourg, 13 Jan 2015.
- Economist Intelligent Unit, World Investment Prospects: Comparing Business Environment across the World, London, 2001.

NAME: รศ. ดร. จักรกฤษณ์ ควรรพจน์
Assoc Prof Dr. Jakkrit Kuanpoth

OFFICE: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย
๕๖๕ ซอยรามคำแหง ๓๙ (เทพลีลา ๑) ถนนรามคำแหง
แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ ๑๐๓๑๐
โทรศัพท์ ๐๒ ๗๑๘ ๕๔๖๐

CURRENT POSITION:

- ผู้อำนวยการวิจัยด้านกฎหมายเศรษฐกิจ
สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (พ.ศ. ๒๕๕๘ – ปัจจุบัน)

PREVIOUS POSITIONS

- Associate Professor, Faculty of Law, University of Wollongong
(พ.ศ. ๒๕๔๘ – ๒๕๕๗)
- อาจารย์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, รองศาสตราจารย์ สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (พ.ศ. ๒๕๓๐ – ๒๕๔๘)

QUALIFICATIONS:

- นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยรามคำแหง (พ.ศ. ๒๕๒๕)
- เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (พ.ศ. ๒๕๒๖)
- ปริญญาโททางกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยวอร์ริค ประเทศอังกฤษ
(LL.M. in International Economic Law, University of Warwick, England)
(พ.ศ. ๒๕๓๕)
- ปริญญาเอกทางกฎหมาย มหาวิทยาลัยอาเบอร์ดีน สกอตแลนด์
(Ph.D., University of Aberdeen, Scotland) (พ.ศ. ๒๕๓๗)

TEACHING ACHIEVEMENT

- อาจารย์พิเศษสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- UOW Vice-Chancellor's Award for Outstanding Contribution to Teaching and Learning (OCTAL), 2010
- Tutor, World Intellectual Property Organization (WIPO) Distance Learning on Intellectual Property Law, Geneva, Switzerland, 2004 – 2006
- Speaker in seminars and conferences held by several agencies, including World Intellectual Property Organization (WIPO), World Health Organization

(WHO), UNDP, World Bank, International Centre on Trade and Sustainable Development (ICTSD)

- Developing and delivering teaching materials based on the long-distance learning system, including on-line learning materials

RESEARCH EXPERIENCE:

- Principal investigator and/or researcher of the research grants/projects funded by national and international agencies, including University of Wollongong URC Small Grant, NSW Legal Scholarship Support Scheme, Thailand Research Fund (TRF), Thai Health Foundation, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, The Ford Foundation, WHO, etc.
- Visiting Senior Fellow, Centre for Asia Pacific Social Transformation Studies (CAPSTRANS), University of Wollongong, Australia, May-November 2004
- Visiting Research Fellow, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, Germany, 1996

GRANTS

- Principal Investigator: “Assessing the Legal and Socio-economic Dimensions of Geographical Indications”, URC Small Grant, University of Wollongong, 2006
- Principal Investigator: “Intellectual Property Rights and TRIPS-Plus Standards: Implications for R&D and Innovation in Singapore and Thailand”, NSW Government Public Fund for Legal Scholarship Support Scheme, 2006
- Principal Investigator: “Implications of the Multilateral Agreements of the World Trade Organization for the Natural Resources of Thailand”, The Thailand Research Fund, 2004-5
- Principal Investigator: “International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: Its Implications to Thailand”, The National Bureau of Agricultural Commodity and Food Standards, 2003-4
- Principal Investigator: “Biotechnology and Human Rights”, The Thailand Research Fund, 1999-2001

CONSULTANCIES

- Short-term consultant “Informal Inter-country Consultation on Public Health and Intellectual Property Rights for Selected Pacific Island Countries” The

World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Nadi, Fiji, March 2009.

- Chief Investigator and Coordinator: “A Joint Research Agenda of Intellectual Property and Sustainable Development for Asia”, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, 2004-2006.
- Consultant: “Implications of the WTO TRIPS Agreement and the US FTA on Access to Medicines”, Oxfam International, 2006.
- Chief Investigator: “Legal and Trade Issues Related to Access to Affordable Anti-retroviral Drugs for People Living with HIV/AIDS in Vietnam”, The Ford Foundation, Hanoi, Vietnam, 2004.
- Chief Investigator: “Devising New Kinds of International and National Systems for the Protection of Traditional Medicines”, The World Health Organization (South East Asian Regional Office), 2003.
- Short-term consultant: “Trade and Access to Medicines in Mongolia”, The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Ulaan Bataar, Mongolia, December 2004.
- Consultant: “Access to Medicines in ASEAN Countries”, ASEAN Secretariat and the Rockefeller Foundation, Jakarta, Indonesia, 2004.
- Short-term consultant: “The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines in Western Pacific Countries”, The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Manila, The Philippines, 2003.
- Short-term consultant: “Combating Counterfeit Drugs”, The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Hanoi, Phnom Penh, and Bangkok, 2003.
- Short-term consultant: “TRIPS and Public Health in Myanmar”, The World Health Organization (South East Asian Regional Office), Rangoon, Myanmar, 2003.

COMMUNITY AND PROFESSIONAL SERVICE:

- อนุกรรมการยกร่างกฎหมาย “พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า และ พ.ร.บ. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์
- อนุกรรมการยกร่างกฎหมาย “พ.ร.บ. คຸ້ມຄອງພັນຖືພື້ນຖື” กรมวิชาการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์
- ที่ปรึกษาคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่าง “พ.ร.บ. คຸ້ມຄອງພັນຖືພື້ນຖື” สภาผู้แทนราษฎร

- อนุกรรมการร่วมพิจารณาร่าง “พ.ร.บ. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ” รัฐสภา
- คณะกรรมการชีวจริยธรรม ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติและมูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ
- อนุกรรมการด้านทรัพย์สินทางปัญญาจากความตกลงการเจรจาการค้าพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลก กระทรวงสาธารณสุข
- คณะทำงานศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์
- คณะอนุกรรมการเตรียมการและยกร่างกฎหมายลำดับรองเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืช กระทรวงเกษตรและสหกรณ์
- อนุกรรมการด้านฐานทรัพยากร สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- Member of the International Advisory Committee, Project on Access to Knowledge, Consumer International, 2005

AREAS OF RESEARCH INTEREST

- Intellectual property law; International economic law; law and technology

PUBLICATIONS

Books and Monographs

Kuanpoth, J. (2010), Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future, Edward Elgar, Cheltenham.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์: ทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิชุมชน กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (พิมพ์ครั้งที่ห้า)” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่สาม)” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

Book Chapters

Kuanpoth, J. (2015) “Compulsory Licences: Law and Practice in Thailand”, in K. Liu & R. M. Hilty (ed), Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward, Springer-Verlag, Berlin, 61-77.

Kuanpoth, J. (2013) “Patents and the Emerging Markets of Asia: ASEAN and Thailand”, in F. M. Abbott, C. M. Correa and P. Drahos (eds.), Emerging Markets and the World Patent Order, Edward Elgar, Cheltenham, 305-326.

- Kuanpoth, J. (2013) "The Most Favoured Nation Treatment Principle" in I. Carr, S. Alam & M. Bhuiyan (ed), International Trade Law and the WTO, Federation Press, Sydney, 101-116.
- Kuanpoth, J. (2011) "Biotechnological Patents and Morality: A Critical View from a Developing Country" in S. Hongladarom (ed.), Genomics and Bioethics: Interdisciplinary Perspectives, Technologies and Advancements, IGI-Global Hershey, PA, 141-151.
- Kuanpoth, J. (2009) "TRIPS-Plus Policies and the Pharmaceutical Industry in Thailand", in Meléndez-Ortiz, R. and P. Roffe (eds.), Intellectual Property and Sustainable Development: Development Agendas in a Changing World, Edward Elgar, 140-174.
- Kuanpoth, J. (2009) "Problemas do patenteamento farmaceutico em um pais em desenvolvimento" in M. H.C.. Oliveira (ed), III Seminario Internacional Patentes, Inovacao E Desenvolvimento SIPID 2008, Rio de Janeiro, pp.169-192
- Kuanpoth, J. (2009) "Pushing against Globalization: The Response from Civil Society Groups in Thailand" in Gillespie, J. and R. Peerenboom (eds.), Regulation in Asia: Pushing Back on Globalization, Routledge, London, pp.156-175.
- Kuanpoth, J. (2008) "Intellectual Property Protection after TRIPS: An Asian Experience" in Malbon, J. and C. Lawson (eds.), Interpreting and Implementing The TRIPS Agreement: Is it Fair?, Edward Elgar, Cheltenham, pp.71-96.
- Kuanpoth, J. (2007) "TRIPS-Plus Rules under Free Trade Agreements: An Asian Perspective", in Heath, C. and A.K. Sanders (eds.), Intellectual Property and Free Trade Agreements, Hart Publishing, Oxford, pp.27-45.
- Kuanpoth, J. (2007) "Étude du développement juridique et économique en Thaïlande" in Gibson, J. and du Marais, B. (eds.), Réformes du droit économique et développement en Asie: Enseignements de la Chine, de l'Indonésie et de la Thaïlande, La Documentation Francaise, Paris, pp.141-161.
- Kuanpoth, J. (2005) "Closing in on Biopiracy: Legal Dilemmas and Opportunities", in Meléndez-Ortiz, R. and V. Sánchez, Trading in Genes: Development Perspectives on Biotechnology, Trade and Sustainability, Earthscan, London, pp.139-152.
- Kuanpoth, J. (2003) "Political Economy of the TRIPS Agreement", in Meléndez-Ortiz, R. and G. Dutfield (eds.), Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability, Earthscan, London, pp.45-56.
- Kuanpoth, J. (2002) "Thailand" in Heath, C. (ed.), Intellectual Property Protection in Asia, Kluwer Publisher International, The Hague, London and New York, pp.337-362.

Kuanpoth, J. (2002) “Technology Transfer in Thailand” in Heath, C and K. Liu (eds.), Legal Rules of Technology Transfer in Asia, Kluwer Publisher International, The Hague, London and New York, pp.171-192.

Refereed Journal Articles

Kuanpoth, J. (2015) “Intellectual Property and Transparency in Trade Negotiations: The Experience of Thailand” Journal of Intellectual Property Rights, Vol.20, March 2015, pp. 112-121.

Kuanpoth, J. and D. Robinson (2009) “Protection of Geographical Indications: The Case of Jasmine Rice and Thailand” Intellectual Property Quarterly, No.3, pp. 288-310.

Robinson, D and J. Kuanpoth (2008) “The Traditional Medicines Predicament: A Case Study of Thailand”, Journal of World Intellectual Property Vol. 11 Issue 5-6, pp. 375-403.

Kuanpoth, J. (2008) “Give the Poor Patients a Chance: Enhancing Access to Essential Medicines through Compulsory Licensing” Journal of Generic Medicines, Volume 6, Number 1, pp. 15-28.

Kuanpoth, J. (2008) “Appropriate Patent Rules in Developing Countries - Some Deliberations Based on Thai Legislation”, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 13, September 2008, pp. 447-455.

Kuanpoth, J. (2007) “Patents and Access to Antiretroviral Medicines in Vietnam after WTO Accession”, Journal of World Intellectual Property, Vol. 10, Nos. 3/4, pp.201-224.

Kuanpoth, J. (2007) “Legal Protection of Traditional Knowledge: A Thai Perspective”, Asia Pacific Tech Monitor, Vol.24 No.2, pp.34-41.

Kuanpoth, J. (2007) “Intellectual Property Rights and Pharmaceuticals: A Thai Perspective on Prices and Technological Capability”, Intellectual Property Quarterly, No.2, pp.185-214.

Kuanpoth, J. (2006) “TRIPS-Plus Intellectual Property Rules: Impact on Thailand’s Public Health”, Journal of World Intellectual Property, Vol.9, No.5, pp.573-591.

Kuanpoth, J. (2006) “Patents and Access to Medicines in Thailand – The ddi case and beyond”, Intellectual Property Quarterly, No.2, pp.149-159.

Kuanpoth, J. (2004) “Intellectual Property and Access to Essential Medicines: Options for Developing Countries”, Journal of Generic Medicines, Vol.2 Issue 1, pp.53-62.

- Kuanpoth, J. (2004) “Comments: Why FTAs are bad for the poor?”, *Managing Intellectual Property*, Issue 140, June.
- Indananda, N. and J. Kuanpoth (2002) “Human Cloning: Legal and Ethical Implications”, *Thai Bar Law Journal*, Vol.47 No.1, pp.66-85 (in Thai)
- Kuanpoth, J. (2000) “Protection and Management of Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge in Developing Countries” *Thai Bar Law Journal*, Vol. 56 No. 3 September, pp. 26-68 (in Thai).
- Kuanpoth, J. (1998) “Legal Protection of Biotechnological Inventions”, *Intellectual Property and International Trade Law Forum: Special Issue*
- Kuanpoth, J. (1994) “Patent Harmonization”, Book Review, *Journal of Media Law and Practice*, Vol.15 No.1.
- Kuanpoth, J. (1992) “Reconsidering the Multi-fibre Arrangement: A Case of Thailand’s Textile Export”, *Thai Bar Law Journal*, Vol.48 No.3.

Commissioned and research papers

- Kuanpoth, J. (2006), *Harmonisation of TRIPS-Plus IPR Policies and Potential Impacts on Technological Capability: A Case Study of the Pharmaceutical Industry in Thailand*, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, Geneva, 64p. Available at http://www.iprsonline.org/unctadictsd/regional_research.htm
- Kuanpoth, J., G. Kripke and S. Weinberg (2006) “Public Health at Risk: A US Free Trade Agreement could threaten access to medicines in Thailand”, *Oxfam Briefing Paper No.๘๖* (written in English, translated into five languages), 29p. Available at http://www.oxfam.org/en/policy/briefingpapers/bp86_thailand_publichealth
- Kuanpoth, J. and L.H. Duong (2004), *Legal and Trade Issues Related to Access to Affordable Anti-retroviral Drugs for People Living with HIV/AIDS in Vietnam*, Ford Foundation, Hanoi (written in English, translated into Vietnamese)
- Kuanpoth, J., G. Dutfield and O. Luanratana (2003), *Devising New Kinds of International and National Systems for the Protection of Traditional Medicine*, World Health Organisation (South East Asian Regional Office), New Delhi, 109p.
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การศึกษาผลกระทบต่อสาธารณสุขจากข้อเสนอว่าด้วยการลงทุนในความตกลงการค้าเสรีไทย-สหภาพยุโรป และความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก”
ทุนสนับสนุนโดยแผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ
พ.ศ. ๒๕๕๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การศึกษาผลกระทบด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยจากการทำความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๕๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อการส่งเสริมการส่งออกและการสร้างความเข้มแข็งของชุมชนท้องถิ่น” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๕๐

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ผ่านระบบดิจิทัล: ปัญหาการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๔๙

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๔๘

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “โครงการศึกษาผลกระทบการเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาว่าประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” สำนักงานมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหารแห่งชาติ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ. ๒๕๔๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๔๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “สิทธิมนุษยชนกับเทคโนโลยีชีวภาพ” ในชุดโครงการสิทธิมนุษยชนไทยในสถานการณ์สากล ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๔๔

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และอาจอง ประทัดสุนทรสาร “การศึกษาประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศไทย” ทุนสนับสนุนโดยสถาบันวิจัยและพัฒนามหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ. ๒๕๔๒

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “โครงการศึกษาวิจัยมาตรการทางกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรม และการคุ้มครองส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น” ทุนสนับสนุนโดยมูลนิธิสถาบันการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๔๑

Conferences

Kuanpoth, J (2014) “International investment agreements: an overview” Tobacco and Trade Workshop, World Health Organization, Bangkok, 24-26 November

Kuanpoth, J. (2014) “Intellectual Property and 3D Printing” The Medical Manufacturing Asia Conference 2014, Singapore, 9-10 September.

Kuanpoth, J. (2012) “Compulsory Law and Practice in Thailand”, Conference on Compulsory Licensing, Taipei, 3-5 December.

- Kuanpoth, J. (2009) "Patent Enforcement in Thailand", 2009 Intellectual Property Protection Global Forum, Seoul, 17 November.
- Kuanpoth, J. (2009) "Patent Reform in India: The Battle over Making Medicines Affordable", University Technology of Sydney, Sydney, 21 October.
- Kuanpoth, J. (2008) "Pharmaceutical Patent Issues in South East Asia" International Seminar on Patents, Innovation and Development, Rio de Janeiro, 19-20 June.
- Kuanpoth, J. (2007) "Patents the Problem or the Solution: A Developmental Perspective", The 8th IEEM Intellectual Property Seminar, Macau, 25-25 June.
- Kuanpoth, J. (2007) "The Thai Government Decision on Compulsory Licensing", The Bangkok Challenge: From Conflict to Cooperation and Beyond, Lowy Institute for International Policy, Sydney, 15 May.
- Kuanpoth, J. (2007) "Biotechnology, Patents and Morality: A Thai Perspective", Asia-Europe Workshop on Technology and Culture: Genetics and its Ethical and Social Implications in Asia and Europe, Bangkok, 17-18 March.
- Kuanpoth, J. (2007) "Free Trade Agreements, Impacts on Human Rights – A Global Perspective", National Seminar on Thailand-US Free Trade Agreement: Impact on Human Rights, United Nations Development Programme (UNDP), Bangkok, 17 -18 January.
- Kuanpoth, J. (2007) "Copyrights in the Digital Age", Special Lecture at Faculty of Economics, Thammasat University, Bangkok, 8 January 2007 (in Thai)
- Kuanpoth, J. (2006) "The National Human Rights Commission and independent Institutions with Responsibilities in Economic and Finance Areas" Thailand Update Conference 2006, Australian National University, Canberra, 29 September.
- Kuanpoth, J. (2006) "IPRs and Vaccine Development" IFPMA Asian Regional Conference on Intellectual Property, Innovation and Health: Creating a Culture of Innovation for Pharmaceuticals and Biotechnology in Asia, International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations, Singapore 23-24 August.
- Kuanpoth, J. (2006) "How Far and How Should the Law Protect Innovation in the Pharmaceutical/Biotech Industry?", Global Forum on Intellectual Property, IP Academy, National University of Singapore, Singapore, 22 August
- Kuanpoth, J. (2005) "Intellectual Property-Related Technical Assistance: The Thai Experience", International Conference for IP Policy in Developing Countries, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, Geneva, July 11st-12nd. Available at <http://www.iprsonline.org/resources/iprs.htm>

- Kuanpoth, J. (2005) “Emerging Needs for Inclusion of IP Education and Research in University Curricula”, International Symposium on Intellectual Property (IP) Education and Research, The World Intellectual Property Organization (WIPO), Geneva, 30 June – 1 July. Available at http://www.wipo.org/academy/en/meetings/iped_sym_05/papers/pdf/kuanpoth_paper
- Kuanpoth, J. (2005) “Free Trade Agreements versus WTO and TRIPS: an Asian Perspective”, International Conference on Intellectual Property and Free Trade Agreements: Multilateralism versus Bilateralism, IEEM - Academy of International Trade Law, Macau, 28-29 June.
- Kuanpoth, J. (2004) “Current Developments and Trends in the Field of Intellectual Property Rights: Harmonisation through Free Trade Agreements”, ICTSD-UNCTAD Regional Dialogue on Intellectual Property, Innovation and Sustainable Development, University of Hong Kong, 10-11 November.
- Kuanpoth, J. (2004) “US Negotiations toward a Free Trade Area: What’s Wrong with TRIPS-plus?”, International Conference on Sovereignty Diminished and US-Thailand Free Trade Agreement, Chulalongkorn University, Bangkok, 9-10 February.
- Kuanpoth, J. (2003) “TRIPS Agreement and Its Impact on Health: The IP law of Myanmar”, WHO National Workshop on TRIPS and Public Health in Myanmar, Yangon, Myanmar, 13-15 October.
- Kuanpoth, J. (2003) “Options for Developing Countries for Improving Access to Essential medicines”, WHO Consultation Meeting on Improving Access and Affordability of Essential Medicines in the Western Pacific Region, Penang, 25-27 March.
- Kuanpoth, J. (2003) “Political Economy of the TRIPS Agreement”, Multi-stakeholder Dialogue on Trade, Intellectual Property and Biological Resources in Asia, ICTSD, Bangladesh, 19-20 April.
- Kuanpoth, J. (2001) “Legal Protection of Traditional Knowledge: The Case of Thai Traditional Medicine”, ASEAN Workshop on the TRIPS Agreement and Traditional Medicines, Jakarta, 15 February.
- Kuanpoth, J. (1998) “Intellectual Property Claims and APEC: The Basmati/Jasmati Rice Patents Controversy”, International Conference on the Engagement of Civil Society in the APEC Process, Penang, Malaysia, 5-7 October.



Empowered lives.
Resilient nations.



คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย
Law Reform Commission of Thailand

โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP)
อาคารสหประชาชาติชั้น ๑๒ ถนนราชดำเนินนอก
แขวงบางขุนพรหม เขตพระนคร
กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๐๐
โทร : +๖๖ ๒ ๓๐๔ ๙๑๐๐
โทรสาร : +๖๖ ๒ ๒๘๐ ๐๕๕๖
อีเมล : registry.th@undp.org
เว็บไซต์ : www.undp.or.th

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย
เลขที่ ๙๙ หมู่ ๔ อาคารซอฟต์แวร์ ปาร์ค
ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลคลองเกลือ
อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี ๑๑๑๒๐
โทร : +๖๖ ๒ ๕๐๒ ๖๐๐๐ ต่อ ๘๓๘๑
โทรสาร : +๖๖ ๒ ๕๐๒ ๖๐๐๐ ต่อ ๘๒๗๔
อีเมล : info@lrct.go.th
เว็บไซต์ : www.lrct.go.th