**สรุปการบรรยาย วิชาความตกลงด้านการค้าและการลงทุนของอาเซียน**

**และกฎหมายการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ**

**บรรยายโดย ดร. ธเนศ สุจารีกุล**

**ความตกลงด้านการค้าและการลงทุนของอาเซียน**

อาเซียน (Association of Southeast Asia Nations : ASEAN) หรือสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อสร้างสันติภาพในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งจะทำให้มีเสถียรภาพทางการเมือง ความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งความร่วมมือทางเศรษฐกิจการค้าภายในอาเซียน

ด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ได้มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคอาเซียนเพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจ และเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในเวทีการค้าโลก โดยร่วมกันจัดทำความตกลงเกี่ยวกับการค้าขึ้น ซึ่งความตกลงที่สำคัญ ได้แก่

(๑) เขตการค้าเสรีอาเซียน หรืออาฟต้า (ASEAN Free Trade Area : AFTA) คือความตกลงการค้าสินค้า ซึ่งจัดตั้งขึ้นเมื่อปี 2535 และมีผลบังคับใช้เมื่อ 1 มกราคม 2536 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการค้าในอาเซียนให้ขยายตัวและเข้มแข็งมากขึ้น เพิ่มศักยภาพในการพัฒนาเศรษฐกิจ สามารถแข่งขันทางการค้ากับกลุ่มเศรษฐกิจอื่นๆ ส่วนเป้าหมายของอาฟต้า คือ เพื่อให้ประเทศสมาชิกลดภาษีสินค้าระหว่างกันให้เหลือ 0-5 % ภายในเวลา 10 ปี และให้เหลือ 0 % ภายในปี 2553-2558 ซึ่งการลดภาษีจะเป็นการดึงดูดการลงทุนจากประเทศที่สามให้เข้ามาลงทุนมากขึ้น นอกจากนี้จะทยอยเลิกการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีให้หมดไปด้วย

สำหรับกรอบในการดำเนินงานความร่วมมือทางเศรษฐกิจด้านต่างๆ ของอาฟต้า มีความตกลงแม่บทว่าด้วยการขยายความร่วมมือทางเศรษฐกิจของอาเซียน (Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation) และมีความตกลงว่าด้วยอัตราภาษีศุลกากรที่เท่ากัน (Agreement on the Common Effective Preferential Tariff : CEPT) เป็นกลไกในการลดอัตราภาษีศุลกากรแก่สินค้านำเข้าระหว่างกันของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้อาฟต้า

ต่อมาประเทศสมาชิกอาเซียนเห็นชอบให้ปรับปรุงความตกลงการค้าสินค้าฉบับเดิม ให้มีความทันสมัย มีกฎเกณฑ์ทางการค้าในระดับสากล โปร่งใส สะดวก และเป็นระบบยิ่งขึ้น เพื่อเตรียมพร้อมที่จะก้าวสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยรวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆ ของ AFTA, CEPT และความตกลงที่อาเซียนได้จัดทำไว้กับประเทศคู่เจรจาอื่นๆ พิธีสาร รวมทั้งปรับปรุงกฎเกณฑ์ต่างๆให้มีความสอดคล้องกัน และนำมารวมอยู่ในความตกลงว่าด้วยการค้าสินค้าของอาเซียน (ASEAN Trade in Goods Agreement : ATIGA) ซึ่งไม่มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิ และพันธกรณีที่มีอยู่เดิม โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 17 พฤษภาคม 2553

ความตกลง ATIGA ช่วยจัดระบบเขตการค้าเสรีอาเซียนให้เป็นระบบที่อิงกฎระเบียบมากขึ้น ใช้งานง่ายยิ่งขึ้น มีความโปร่งใส เพราะกฎเกณฑ์ต่างๆ กำหนดชัดเจน สะดวกต่อการตรวจสอบพันธกรณีของประเทศสมาชิก ทำให้มั่นใจว่ามีความสอดคล้องกับความตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าสินค้า และส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือในทุกภาคส่วน

ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในกรอบอาฟต้า เป็นเรื่องของการเปิดเสรีการค้าสินค้าเพียงอย่างเดียว เมื่ออาฟต้าดำเนินไปได้ด้วยดี อาเซียนจึงได้ขยายความร่วมมือทางเศรษฐกิจในด้านการค้าบริการและการลงทุนต่อไป

(๒) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services : AFAS) ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ลงนามในกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนเมื่อเดือนธันวาคม 2538 และมีผลใช้บังคับเมื่อปี 2539 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขยายความร่วมมือด้านการค้าบริการบางสาขาที่ช่วยเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศสมาชิกให้มากขึ้น ลดอุปสรรคด้านการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิก และเปิดตลาดการค้าบริการระหว่างกลุ่มเศรษฐกิจให้มากขึ้น

ซึ่งเป้าหมายของ AFAS คือเปิดเสรีอย่างเต็มที่ในปี 2558

หลักการของ AFAS

๑) สมาชิกทุกประเทศต้องเข้าร่วมการเจรจาเป็นรอบๆ ละ 3 ปี ต่อมาได้ปรับเปลี่ยนเป็นรอบละ 2 ปี และจะมีการเจรจาเปิดเสรีเพิ่มเติมเป็นรอบๆ ต่อไปจนบรรลุเป้าหมายการเปิดตลาดในปี 2558 ทั้งนี้เพื่อทยอยผูกพันการเปิดตลาดให้มากขึ้นทั้งสาขา (Sector) และรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) รวมทั้งลดข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคต่อผู้ให้บริการของกลุ่มประเทศสมาชิก

2) แต่ละประเทศยังมีสิทธิในการออกกฎ ระเบียบภายในประเทศของตนเพื่อกำกับดูแลธุรกิจบริการให้มีคุณภาพ

3) สมาชิกอาเซียนต้องเปิดตลาดธุรกิจบริการให้แก่กันมากกว่าที่แต่ละประเทศได้มีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลก (WTO)

การเจรจาเสรีการค้าบริการในช่วงปี 2539-2544 มุ่งเน้นการเปิดเสรีใน 7 สาขาบริการ คือ สาขาการเงิน การขนส่งทางทะเล การขนส่งทางอากาศ การสื่อสารโทรคมนาคม การท่องเที่ยว การก่อสร้างและสาขาบริการธุรกิจ ต่อมาในช่วงปี 2545-2549 ได้มีการขยายขอบเขตการเจรจาเปิดเสรีรวมทุกสาขาบริการ และปรับปรุงข้อผูกพันโดยลดจำนวนประเทศที่จะยื่นจัดทำข้อผูกพันจาก 4 ประเทศ เหลือ 3 ประเทศ และริเริ่มวิธีเจรจาเปิดตลาดการค้าบริการตามหลัก ASEAN-X คือประเทศสมาชิกตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไปที่มีความพร้อมจะเปิดเสรีสาขาบริการใดให้แก่กันมากขึ้น ก็สามารถกระทำก่อนได้ และเมื่อประเทศอื่นมีความพร้อมจึงค่อยเข้ามาร่วม นอกจากการเปิดตลาดการค้าบริการในกรอบ AFAS แล้ว สมาชิกอาเซียนยังต้องเร่งรัดเปิดตลาดในสาขาบริการที่เป็นสาขาสำคัญ 5 สาขา ได้แก่ สาขาโทรคมนาคมและเทคโนโลยีสารสนเทศ สาขาสุขภาพ สาขาการท่องเที่ยว สาขาการบิน และสาขาบริการโลจิสติกส์ ทั้งนี้เพื่อให้อาเซียนมีความพร้อมในการก้าวไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2558 ต่อไป

(3) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement : ACIA) ACIA เป็นความตกลงฉบับใหม่ของอาเซียน โดยนำความตกลงว่าด้วยเขตการลงทุนอาเซียน (Agreement on the ASEAN Investment Area : AIA) ผนวกกับความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investment) มาปรับปรุงให้ทันสมัยครอบคลุมและทัดเทียมกับกฎเกณฑ์การลงทุนในระดับสากล สำหรับวัตถุประสงค์เดิมของ AIA คือเพื่อให้อาเซียนเป็นแหล่งดึงดูดการลงทุนทั้งจากภายในและภายนอกอาเซียน มีบรรยากาศการลงทุนที่เสรีและโปร่งใส โดยมีเป้าหมายให้อาเซียนเดิม 6 ประเทศเปิดเสรีการลงทุนและให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนอาเซียนภายในปี 2553 และสำหรับประเทศสมาชิกอาเซียนใหม่ภายในปี 2558

หลักการของความตกลงแกตต์

หลักการที่เป็นพื้นฐานของบทบัญญัติต่างๆ ของแกตต์เป็นหลักการที่กฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่ว ไปใช้อยู่อย่างกว้างขวางแต่เนื่องจากการใช้มาตรการทางการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกับการปฎิบัติต่อการนำเข้าส่งออกซึ่งสินค้า หลักการพื้นฐานดังกล่าวจึงถูกนำมาบัญญัติใช้อย่างเห็นผลเป็นรูปธรรมมากกว่าที่ใช้อยู่ในกรอบของความตกลงระหว่างประเทศทางด้านสังคม และความมั่นคง ดังนั้น จึงมีการเน้นหลักการของความตกลงแกตตอ์ยู่่เสมอในการศึกษาและการตีความบทบัญญัติความตกลง เมื่อมีปัญหาของการปฎิบัติตามพันธกรณี หลักการสำคัญมีดังนี้

1. หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment หรือ MFN) ซึ่งหมายความว่า การบังคับใช้มาตรการการค้าต่อหรือการให้สิทธิ์ประโยชน์แก่การนำเข้าการส่งออกและการจ่ายโอนเงินที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสินค้าที่มีแหล่งกำเนิดจากประเทศภาคีใดๆ จะต้องไม่มากกว่าหรือไม่น้อยกว่าที่ปฏิบัติกับการนำเข้าออก การส่งออกและการจ่ายโอนเงิน ซึ่งสินค้าจากประเทศภาคีอื่น พันธะกรณีและสิทธิประโยชน์ที่อยู่บนพื้นฐานของหลักการนี้เกี่ยวข้องกับมาตรการการค้าที่เขตแดน เมื่อมีการนำเข้าหรือการส่งออกที่เห็นได้ชัดคือการเก็บภาษีศุลกากร หากเก็บในอัตราใดก็ต้องเหมือนกัน สำหรับสินค้าที่คล้ายคลึงกันจากทุกประเทศภาคี

2. หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ (National Treatment) ซึ่งความหมายความว่า หากประเทศภาคีใดให้การปฏิบัติแก่สินค้าการค้าและการบริการที่กำเนิดจากภายในประเทศของภาคีนั้น ประเทศภาคีดังกล่าวก็ต้องให้การปฏิบัติที่ทัดเทียมกันแก่สินค้า การค้าและการบริการที่คล้ายคลึงกันที่มีแหล่งกำเนิดจากประเทศภาคีอื่นด้วย หลักการนี้เป็นพื้นฐานสำหรับพันธกรณีและสิทธิประโยชน์ภายในประเทศ คือ หลังจากผ่านเขตแดนมาแล้ว

3. หลักการความโปร่งใส (Transparency) ซึ่งหมายความว่าในการกำหนดการบังคับใช้หรือการให้สิทธิประโยชน์ทางการค้าโดยภาคีใดๆ ต้องมีความชัดเจน เปิดเผยเป็นที่รู้กันทั่วไป ทั้งนี้เพื่อทำให้การค้าเป็นสิ่งที่ทำนายได้ล่วงหน้าและระบบการค้ามีเสถียรภาพ

AEC BLUEPRINT ๒๐๐๗

สำหรับเสาหลักการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community หรือ AEC )ภายในปี 2558 เพื่อให้อาเซียนมีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน แรงงานฝีมือ อย่างเสรี และเงินทุนที่เสรีขึ้นต่อมาในปี 2550 อาเซียนได้จัดทำพิมพ์เขียวเพื่อจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) เป็นแผนบูรณาการงานด้านเศรษฐกิจให้เห็นภาพรวมในการมุ่งไปสู่ AEC ซึ่งประกอบด้วยแผนงานเศรษฐกิจในด้าน ต่าง ๆ พร้อมกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ จนบรรลุเป้าหมายในปี 2558 รวมทั้งการให้ความยืดหยุ่นตามที่ประเทศสมาชิกได้ตกลงกันล่วงหน้าเพื่อสร้างพันธสัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

อาเซียนได้กำหนดยุทธศาสตร์การก้าวไปสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ที่สำคัญดังนี้

1. การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน

2.การเป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง

3. การเป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน และ

4. การเป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก

โดยมีรายละเอียดแยกตามหัวข้อดังนี้

1. การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน

การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน เป็นยุทธศาสตร์สำคัญของการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งจะทำให้อาเซียนมีความสามารถในการแข่งขันสูงขึ้น โดยอาเซียนได้กำหนดกลไกและมาตรการใหม่ ๆ ที่จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินมาตรการด้านเศรษฐกิจที่มีอยู่แล้ว เร่งรัดการรวมกลุ่มเศรษฐกิจในสาขาที่มีความสำคัญลำดับแรก อำนวยความสะดวกการเคลื่อนย้ายบุคคล แรงงานฝีมือ และผู้เชี่ยวชาญ และเสริมสร้างความเข้มแข็งของกลไกสถาบันในอาเซียน

การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกันของอาเซียน มี 5 องค์ประกอบหลัก คือ

(1) การเคลื่อนย้ายสินค้าเสรี

(2) การเคลื่อนย้ายบริการเสรี

(3) การเคลื่อนย้ายการลงทุนเสรี

(4) การเคลื่อนย้ายเงินทุนเสรีขึ้น

(5) การเคลื่อนย้ายแรงงานฝีมือเสรี

ทั้งนี้ อาเซียนได้กำหนด 12 สาขาอุตสาหกรรมสำคัญลำดับแรกอยู่ภายใต้ตลาดและฐานการผลิตเดียวกันของอาเซียน ได้แก่ เกษตร ประมง ผลิตภัณฑ์ยาง ผลิตภัณฑ์ไม้ สิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม อิเล็กทรอนิกส์ ยานยนต์ การขนส่งทางอากาศ สุขภาพ e-ASEAN ท่องเที่ยว และโลจิสติกส์ รวมทั้งความร่วมมือในสาขาอาหาร เกษตรและป่าไม้

การเป็นตลาดสินค้าและบริการเดียวจะช่วยสนับสนุนการพัฒนาเครือข่ายการผลิตในภูมิภาค และเสริมสร้างศักยภาพของอาเซียนในการเป็นศูนย์กลางการผลิตของโลก และเป็นส่วนหนึ่งของห่วงโซ่อุปทานโลก โดยประเทศสมาชิกได้ร่วมกันดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่จะช่วยเพิ่มขีดความสามารถแข่งขันของอาเซียน

ได้แก่ยกเลิกภาษีศุลกากรให้หมดไป ทยอยยกเลิกอุปสรรคทางการค้าที่มิใช่ภาษี ปรับประสานพิธีการด้านศุลกากรให้เป็นมาตรฐานเดียวกันและง่ายขึ้น ซึ่งจะช่วยลดต้นทุนธุรกรรม เคลื่อนย้ายแรงงานฝีมือเสรี นักลงทุนอาเซียนสามารถลงทุนได้อย่างเสรีในสาขาอุตสาหกรรมและบริการที่ประเทศสมาชิกอาเซียนเปิดให้ เป็นต้น

2. การเป็นภูมิภาคที่มีความสามารถในการแข่งขัน

เป้าหมายสำคัญของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของอาเซียน คือ การสร้างภูมิภาคที่มีความสามารถในการแข่งขันสูง มีความเจริญรุ่งเรือง และมีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ

ภูมิภาคที่มีความสามารถในการแข่งขันมี 6 องค์ประกอบหลัก ได้แก่ (1) นโยบายการแข่งขัน (2) การคุ้มครองผู้บริโภค (3) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (IPR) (4) การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน (5) มาตรการด้านภาษี (6) พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ประเทศสมาชิกอาเซียนมีข้อผูกพันที่จะนำกฎหมายและนโยบายการแข่งขันมาบังคับใช้ภายในประเทศ เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันที่เท่าเทียมกันและสร้างวัฒนธรรมการแข่งขันของภาคธุรกิจที่เป็นธรรม นำไปสู่การเสริมสร้างการขยายตัวทางเศรษฐกิจในภูมิภาคในระยะยาว

3. การเป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน

การพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน มี 2 องค์ประกอบ คือ (1) การพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SME) (2) ความริเริ่มในการรวมกลุ่มของอาเซียน (Initiatives for ASEAN Integration: IAI) ความริเริ่มดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดช่องว่างการพัฒนา ทั้งในระดับ SME และเสริมสร้างการรวมกลุ่มของกัมพูชา ลาว พม่า และเวียดนาม ให้สามารถดาเนินการตามพันธกรณีและเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันของอาเซียน รวมทั้งเพื่อให้ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศได้รับประโยชน์จากการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ

4. การเป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก

อาเซียนอยู่ในท่ามกลางสภาพแวดล้อมที่มีการเชื่อมต่อระหว่างกันและมีเครือข่ายกับโลกสูง โดยมีตลาดที่พึ่งพากันและอุตสาหกรรมระดับโลก ดังนั้น เพื่อให้ภาคธุรกิจของอาเซียนสามารถแข่งขันได้ในตลาดระหว่างประเทศ ทำให้อาเซียนมีพลวัตรเพิ่มขึ้นและเป็นผู้ผลิตของโลก รวมทั้งทำให้ตลาดภายในยังคงรักษาความน่าดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ อาเซียนจึงต้องมองออกไปนอกภูมิภาคอาเซียนบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก โดยดำเนิน 2 มาตรการคือ (1) การจัดทำเขตการค้าเสรี (FTA) และความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจอย่างใกล้ชิด (CEP)กับประเทศนอกอาเซียน (2) การมีส่วนร่วมในเครือข่ายห่วงโซ่อุปทานโลก

**กฎหมายการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ**

เมื่อพิจารณาในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของอาเซียน ก็จะเห็นว่ามีกฎหมาย ๓ กลุ่มที่เกี่ยวข้องดังนี้

(๑) กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป อันได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณี ซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เป็นแนวปฏิบัติของรัฐที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมาเป็นระยะเวลายาวนานจนถือว่าเป็นกฎหมาย ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนนั้น นักลงทุนระหว่างประเทศจะมองว่ากฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณี คือ มาตรฐานขั้นต่ำของความยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณีในลักษณะเดียวกับหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูตแต่เฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องการลงทุน ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม Minimum Standard of International Justice (MSIJ) โดยมีหลักการสำคัญที่ว่า

๑) อย่างน้อยที่สุดนักลงทุนต้องได้รับความคุ้มครองและดูแลอย่างยุติธรรมและสม่ำเสมอเหมือนคนชาติ

๒) หากมีการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุนเกิดขึ้น ก็สามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเยี่ยงคนชาติได้

๓) ต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับนักลงทุนของประเทศที่ได้รับการปฏิบัติที่ดีที่สุด

๔) ในเรื่องการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนไปเป็นของรัฐ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และต้องมีค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรมกล่าวคือ ๑. เป็นค่าสินไหมทดแทนที่ต้องจ่ายโดยทันที ๒. เป็นค่าสินไหมทดแทนที่เป็นราคาตลาดที่สูงสุด คือเป็นราคาตลาดก่อนที่ข้อมูลข่าวสารเรื่องการเวนคืนจะล่วงรู้ไปยังสาธารณชน และ ๓. ต้องจ่ายเป็นสกุลเงินที่สามารถปริวัตรเป็นสกุลเงินอื่นๆได้ง่าย

แต่ในขณะเดียวกันก็มีนักกฎหมายอีกส่วนหนึ่ง มองว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณี ซึ่งได้แก่มาตรฐานขั้นต่ำของความยุติธรรมระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนนั้นไม่มี มีเพียงมาตรฐานภายในประเทศที่มองว่านักลงทุนชาวต่างชาติต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายใน โดยเฉพาะถ้าเป็นการลงทุนเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ และสัญญาที่ทำต่อกันถือเป็นสัญญาธรรมดาซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน โดยไม่ได้มองว่าเป็นสนธิสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ต้องมีการระงับข้อพิพาทในกระบวนการระหว่างประเทศ เช่น อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม National Standard (Calvo) แต่ในมุมมองของนักลงทุนต้องการให้เป็นสนธิสัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเพราะไม่ต้องการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในประเทศ เนื่องจากไม่เชื่อมั่นว่าจะได้รับความยุติธรรมการกฎหมายภายในประเทศ

ดังนั้น เมื่อไม่อาจหาข้อยุติได้ว่าหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยเฉพาะในเรื่องการลงทุนนั้นมีหรือไม่อย่างไร สัญญาที่ทำต่อกันจะถือเป็นสัญญาธรรมดาหรือสนธิสัญญา จึงไม่มีความแน่นอนหรือคาดหมายไม่ได้ ดังนี้หากเป็นกรณีที่มีผลประโยชน์สูงหรือมีการลงทุนสูงก็มักจะทำความตกลงเป็นพิเศษ หรือสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยปกติถ้าประเทศผู้รับการลงทุนไม่ได้เกี่ยวข้องกับเขตการค้าเสรี ประเทศนั้นก็จะมีหลักกฎหมายสองกลุ่ม คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาทวิภาคี แต่หากประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศที่มีกลุ่มเศรษฐกิจของตนเองและมีการตกลงหลายฝ่าย เช่น ประเทศในกลุ่มอาเซียน ประเทศนั้นก็จะมีหลักกฎหมายสามกลุ่ม ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาทวิภาคี และความตกลงหลายฝ่าย

(๒) สนธิสัญญา (สนธิสัญญาทวิภาคี)

(๓) ตราสารอาเซียน

ASEAN Instruments on Investment

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement –ACIA) คือ การปรับปรุงความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Agreement – AIA) ผนวกกับความตกลงส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุน (ASEAN Investment Guarantee Agreement - IGA) โดยมีขอบเขตครอบคลุมขั้นตอนการลงทุนตั้งแต่การส่งเสริม คุ้มครองการลงทุน และอำนวยความสะดวกแก่ผู้เข้ามาลงทุน ทั้งการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment : FDI) และการลงทุนในหลักทรัพย์ ประกอบด้วยหลักสำคัญ ๔ ประการ คือ

๑. การเปิดเสรีการลงทุน ครอบคลุมภาคการผลิต เกษตร ประมง ป่าไม้ เหมืองแร่ และบริการที่เกี่ยวเนื่อง โดยมีพันธกรณีสำคัญคือ การปฏิบัติต่อการลงทุนจากนิติบุคคลอาเซียนและนิติบุคคลต่างชาติที่จดทะเบียนในอาเซียนเทียบเท่ากับการลงทุนของบุคคลหรือนิติบุคคลของประเทศตน และเทียบเท่ากับการปฏิบัติต่อประเทศที่สาม รวมถึงไม่กำหนดเงื่อนไขบังคับในการลงทุน โดยเปิดโอกาสให้สมาชิกทำข้อสงวนสาขาที่ยังไม่พร้อมเปิดเสรีไว้ในตารางข้อผูกพัน โดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อรอง

๒. การให้ความคุ้มครองการลงทุน ครอบคลุมการเปิดเสรีทั้ง ๕ สาขา และบริการที่เกี่ยวเนื่อง รวมถึงการลงทุนในธุรกิจบริการภายใต้กรอบความตกลงการค้าบริการของอาเซียน โดยมีพันธกรณีสำคัญคือ ปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนอย่างเป็นธรรม ให้การชดเชยค่าเสียหายกรณียึดทรัพย์ เวนคืน เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่สงบ นักลงทุนต้องสามารถเคลื่อนย้ายเงินทุนได้โดยเสรี ตลอดจนกำหนดขั้นตอนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ และระหว่างรัฐกับนักลงทุน หากรัฐทำผิดพันธกรณีและก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุน นักลงทุนก็สามารถฟ้องร้องรัฐภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้

๓. การส่งเสริมการลงทุน ให้การสนับสนุนและพัฒนาผู้ประกอบการรายย่อยและรายใหญ่ของอาเซียน โดยขยายเครือข่ายการเชื่อมโยงอุตสาหกรรมระหว่างผู้ประกอบการของอาเซียน และพัฒนาเครือข่ายการผลิตระดับภูมิภาค รวมทั้งจัดสัมมนาเพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็น ให้ความรู้เกี่ยวกับโอกาสในการลงทุน และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

๔. การอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน โดยปรับปรุงกระบวนการยื่นขอลงทุนและการอนุญาตให้ง่ายขึ้น จัดตั้งศูนย์ One-Stop เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน พัฒนาฐานข้อมูลด้านการลงทุนให้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ ให้คำแนะนำด้านการลงทุนแก่นักลงทุนของอาเซียน และเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมาย ระเบียบ ตลอดจนนโยบายการลงทุน

หากประเทศสมาชิกยังไม่พร้อมเปิดเสรีสามารถทำได้โดยเขียนข้อสงวนมาตรการ/ธุรกิจไว้ในรายการข้อสงวน โดยให้เป็นไปตามความสมัครใจ แต่อย่างไรก็ตาม ระดับการเปิดเสรีจะต้องไม่น้อยกว่าที่เปิดไว้เดิมภายใต้ AIA ส่วนด้านการคุ้มครองการลงทุนใน ACIA ประกอบด้วยการปฏิบัติที่เป็นธรรม การชดเชยในกรณีเกิดเหตุการณ์ไม่สงบ การชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืน การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เป็นต้น

ASEAN Legal Personality

กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ได้กำหนดสภาพบุคคลตามกฎหมาย (legal personality) ให้แก่อาเซียนในฐานะที่เป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับรัฐบาล (ASEAN, as **an inter-governmental organization**, is hereby conferred **legal personality**)

AGREEMENT ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS (2009) ได้กำหนด**สภาพนิติบุคคลภายในประเทศ (Domestic Legal Personality)** ของ ASEAN ไว้ใน Article 2 LEGAL PERSONALITY

*1. As a legal person, ASEAN shall have the following capacities under domestic laws:*

*(a) to enter into contracts;*

*(b) to acquire and dispose of movable and immovable property; and*

*(c) to institute and defend itself in legal proceedings.*

*In the exercise of these capacities, ASEAN shall be represented by the Secretary-General of ASEAN, Deputy Secretaries-General or any member of the staff of the ASEAN Secretariat authorised by the Secretary-General of ASEAN.*

*2. In exercising its capacities under international law, including the power to conclude agreements under Article 41 (7) of the ASEAN Charter, ASEAN shall act through its representatives authorised by the Member States.*

นอกจากนี้กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter (2008)) ยังได้กำหนด**สภาพนิติบุคคลระหว่างประเทศ (International Legal Personality)** ของ ASEAN ไว้ในArticle 41:7

***ASEAN may conclude agreements with countries or subregional, regional and international organisations and institutions****. The procedures for concluding such agreements shall be prescribed by the ASEAN Coordinating Council in consultation with the ASEAN Community Councils.*

และตามพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสมาคมประชาชาติแห่งเอเซียตะวันออกเฉียงใต้ พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔ ได้กำหนดให้ยอมรับนับถือว่าอาเซียนซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับรัฐบาลเป็นนิติบุคคล และให้ถือว่ามีภูมิลำเนาในประเทศไทย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอาเซียน มีทั้งสภาพนิติบุคคลภายในประเทศ (Domestic Legal Personality) และสภาพนิติบุคคลระหว่างประเทศ (International Legal Personality)

เมื่อพิจารณาได้ว่าอาเซียนมีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาลแล้ว จึงมีข้อพิจารณาทางกฎหมายในประการที่เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาออกเป็น ๒ กรณีคือ ความสามารถภายใต้กฎหมายภายในของรัฐและความสามารถภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

๑) ความสามารถตามกฎหมายภายใน

เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศไม่มีดินแดนเป็นของตนเองเหมือนรัฐ ดังนั้นการดําเนินงานขององค์การระหว่างประเทศจึงต้องอาศัยดินแดนของรัฐสมาชิกและอยู่ภายใต้เขตอํานาจรัฐ (Jurisdiction) ของรัฐเจ้าของดินแดนด้วย ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิในการทํานิติกรรมสัญญาทั่ว ๆ ไปขององค์การระหว่างประเทศจึงตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดนนั้น

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศได้กระทําละเมิด องค์การระหว่างประเทศก็จะต้องรับผิดด้วย เว้นแต่สามารถอ้างความคุ้มกันได้นอกจากความรับผิดในทางละเมิดแล้ว องค์การระหว่างประเทศยังสามารถถูกฟ้องให้ต้องรับผิดตามมูลหนี้สัญญาได้อีกด้วย

๒) ความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อองค์การระหว่างประเทศได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศเฉกเช่นเดียวกับรัฐแล้ว ย่อมหมายความว่า องค์การระหว่างประเทศย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตลอดจนความรับผิดได้

ความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถจําแนกได้ดังนี้

๑. ความสามารถในการทําสนธิสัญญา

๒. ความสามารถในการฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

๓. ความสามารถในการสถาปนาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

๔. ความสามารถในการรับรองบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ

องค์การระหว่างประเทศเป็น “นิติบุคคล” (Juristic person) อันได้รับการสมมติขึ้น ดังนั้น จึงต้องมีบุคคลธรรมดา (Natural person) มาทําหน้าที่ในการแสดงเจตนาหรือทํานิติกรรมในนามขององค์การระหว่างประเทศ โดยบุคคลธรรมดานี้เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ” ซึ่งทําหน้าที่ประจําในแต่ละองค์กร (organs) ในกฎบัตรอาเซียน หมวด ๔ ว่าด้วยองค์กรของอาเซียน (Organs) ได้กําหนดให้อาเซียนมีองค์กรและเจ้าหน้าที่ในการดําเนินงานตามวัตถุประสงค์ของอาเซียน

การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

หากพิจารณาถึงลักษณะข้อพิพาททางด้านการค้าและการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนภายหลังการจัดตั้ง AEC นี้แล้ว จะพบว่าข้อขัดแย้งส่วนใหญ่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่มีความสะดวกและรวดเร็วกว่าการระงับข้อพิพาททางศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ(International Business Arbitration)161 จะเข้ามามีบทบาทสำคัญในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นระหว่างประเทศ อาทิเช่น คู่กรณีพิพาท มีสัญชาติแตกต่างกัน หรือกฎหมายภายในของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศไทย เมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๘ คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) และกระทรวงยุติธรรม ผลักดันเสนอให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เปิดทางให้ใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เกือบทุกประเภท ทั้งนี้มติคณะรัฐมนตรีเดิมกำหนดห้ามไม่ให้สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ เขียนผูกมัดมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด โดยต้องเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไปเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เพื่อส่งเสริมภาพลักษณ์ของประเทศ สร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุน รวมถึงเป็นการทำตามพันธกรณีที่ไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่างๆ คณะรัฐมนตรีจึงเห็นชอบกับข้อเสนอของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) และกระทรวงยุติธรรมที่ให้คณะรัฐมนตรีต้องอนุมัติเฉพาะการใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ และ สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน