



ASEAN

Community Center of
the Secretariat of the House
of Representatives

ความตกลงด้านการค้าและการลงทุนของอาเซียน
ประเด็นศึกษา : การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชน
ภายใต้ความตกลง ACIA

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
โครงการพัฒนาบุคลากรด้านประชาคมอาเซียน ปีงบประมาณ พ.ศ. 2559
หลักสูตร “การสร้างความรู้ความเข้าใจ ทักษะ สมรรถนะแก่บุคลากร
ในด้านกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประชาคมอาเซียน
ครอบคลุมสามเสาหลักประชาคมอาเซียน”

สำนักงานศูนย์ประชาคมอาเซียน
ของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

สารบัญ

บทที่ ๑ บทนำ	๑
๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	๑
๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา	๒
๑.๓ ขอบเขตของการศึกษา	๒
๑.๔ สมมติฐานในการศึกษา	๒
๑.๕ วิธีการศึกษา	๓
๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการจากการศึกษา	๓
บทที่ ๒ ความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ACIA)	
๒.๑ ความเป็นมาของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน	๔
๒.๑.๑ ประวัติความเป็นมาของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน	๔
๒.๑.๒ วัตถุประสงค์ของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน	๕
๒.๒ เนื้อหาของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน	๘
๒.๒.๑ การเปิดเสรีการลงทุน	๘
๒.๒.๒ การให้ความคุ้มครองการลงทุน	๑๐
๒.๒.๓ การส่งเสริมการลงทุน	๑๓
๒.๒.๔ การอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน	
๒.๓ ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง	๑๓
๒.๓.๑ นิยามของ “นักลงทุน” ตามความตกลง ACIA	๑๔
๒.๓.๒ คุณสมบัติของนักลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครอง	๑๔
๒.๔ สาขาการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครอง	๒๑
๒.๕ ข้อสงวน	๒๑
บทที่ ๓ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA	๒๓
๓.๑ สิทธิที่นักลงทุนสามารถฟ้องร้องเพื่อบังคับใช้สิทธิภายใต้ความตกลง ACIA	๒๓
๓.๑.๑ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)	๒๓
๓.๑.๒ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)	๒๔
๓.๑.๓ สิทธิในการห้ามกำหนดให้นิติบุคคลของตนแต่งตั้งผู้จัดการอาวุโส และผู้บริหารที่มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง (SMBD)	๒๖
๓.๑.๔ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน และการคุ้มครองอย่างเต็มที่ (Treatment of Investment)	๒๗
๓.๑.๕ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีเกิดความเสียหายจากเหตุการณ์รุนแรง ภายในประเทศ (Compensation in Cases of Strife)	๒๗
๓.๑.๖ สิทธิในการโอนเงินและผลกำไรโดยเสรี (Transfers)	๒๘
๓.๑.๗ สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหาย จากการเวนคืน (Expropriation and Compensation)	๒๘

๓.๒	ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาท	๓๑
๓.๒.๑	การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการภายในรัฐที่รับการลงทุน	๓๑
๓.๒.๑.๑	การประนอมข้อพิพาท (Conciliation)	๓๑
๓.๒.๑.๒	การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation)	๓๑
๓.๒.๑.๓	การยื่นข้อพิพาทต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิก ที่มีเขตอำนาจ	๓๒
๓.๒.๒	การยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ	๓๓
๓.๒.๒.๑	เงื่อนไขและข้อจำกัดของการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ	๓๓
๓.๒.๒.๒	ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ	๓๔
๓.๒.๒.๓	สถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทสามารถยื่นข้อพิพาทได้	๓๖
	(๑) อนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญา International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)	๓๖
	(๒) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎการอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID	๓๖
	(๓) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL)	๓๗
	(๔) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการภูมิภาคในอาเซียน	๓๗
	(๕) สถาบันการอนุญาโตตุลาการอื่นใดที่คู่พิพาทตกลงกัน	๓๘
บทที่ ๔	วิเคราะห์ผลกระทบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชน ภายใต้ข้อตกลง ACIA ต่อประเทศไทย	๓๙
๔.๑	ผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตย	
๔.๑.๑	ฝ่ายนิติบัญญัติ	๔๓
๔.๑.๒	ฝ่ายบริหาร	๔๗
๔.๑.๓	ฝ่ายตุลาการ	๕๒
บทที่ ๕	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๕๕
๕.๑	บทสรุป	๕๕
๕.๒	ข้อเสนอแนะ	๕๗
	บรรณานุกรม	
	ภาคผนวก	

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลังจากที่ประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านอีกเก้าประเทศได้เข้าสู่การเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) อย่างเป็นทางการเมื่อปลายปี พ.ศ. 2558 ที่ผ่านมา ประกอบกับก่อนหน้านี้ได้มีการลงนามร่วมกันในกรอบความตกลงหลาย ๆ ฉบับภายใต้สามเสาหลักของอาเซียน อันได้แก่ เสาการเมืองและความมั่นคง เสาเศรษฐกิจ และเสาสังคมวัฒนธรรม ซึ่งก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างกันในหลากหลายสาขา และสาขาที่อาจกล่าวได้ว่าการขับเคลื่อนและการพูดถึงกันอย่างกว้างขวางนั้นก็คือเสาเศรษฐกิจ ซึ่งมุ่งผลักดันเรื่องการค้า การบริการ และการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกให้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น เสริมมากขึ้น และอำนวยความสะดวกแก่กันและกันมากขึ้น เพื่อบรรลุเป้าหมายของการเป็นตลาดร่วม ที่มีความสามารถในการแข่งขันสูง มีการพัฒนาอย่างมั่นคง และเป็นภูมิภาคที่เชื่อมโยงกับเศรษฐกิจโลก โดยเฉพาะในส่วนของ การเปิดเสรีและคุ้มครองด้านการลงทุนนั้น เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อทั้งประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศผู้เข้าไปลงทุน กล่าวคือ ประเทศผู้รับการลงทุนจะได้ประโยชน์จากการที่มีเงินลงทุนจากต่างประเทศไหลเข้าประเทศ อันนำมาสู่การจ้างแรงงานภายในประเทศเพิ่มขึ้น ในทางกลับกัน ประเทศผู้เข้าไปลงทุนก็จะได้รับผลดีจากการเข้าไปสร้างฐานการผลิตในประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งจะทำให้ต้นทุนการผลิตลดลงแปรผันตรงกับค่าเงิน ค่าจ้างแรงงาน และทำเลที่ตั้งที่ใกล้กับแหล่งวัตถุดิบการผลิตนั่นเอง

เพื่อส่งเสริมการเปิดเสรีและคุ้มครองด้านการลงทุนในภูมิภาคให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนจึงได้ร่วมกันลงนามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนหรือ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) ในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 14 เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2009 ณ จังหวัดเพชรบุรี ประเทศไทย โดยกำหนดให้มีผลบังคับใช้เมื่ออาเซียนให้สัตยาบันครบทั้ง 10 ประเทศ โดย 2 ประเทศสุดท้ายที่ให้สัตยาบัน คือ อินโดนีเซียและไทย ทำให้ขณะนี้ความตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 2012¹ ซึ่งเป็นความตกลงเต็มรูปแบบที่พัฒนามาจากความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Area: AIA) ผนวกกับความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Investment Guarantee Agreement: ASEAN IGA) โดยประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ การเปิดเสรีการลงทุน การให้ความคุ้มครองการลงทุน การส่งเสริมการลงทุน และการอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน ที่ครอบคลุมการเปิดเสรีการลงทุนในธุรกิจ 5 สาขาหลัก ได้แก่ สาขาการเกษตร สาขาประมง สาขาป่าไม้ สาขาเหมืองแร่และสาขาอุตสาหกรรมการผลิต รวมทั้ง การบริการที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความตกลงซึ่งกำหนดพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกจะต้องถือปฏิบัติต่อนักลงทุนไว้อย่างเป็นทางการแล้ว ก็เชื่อว่าการเปิดเสรีและการคุ้มครองด้านการลงทุนในภูมิภาคอาเซียนจะเป็นไปด้วยความราบรื่นเสมอไป เพราะประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศมีระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย ตลอดจน

¹ เต็มธรรม สิทธิเลิศ, “ความตกลงเต็มรูปแบบว่าด้วยการลงทุนอาเซียน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2559, จา

นโยบายด้านเศรษฐกิจและสังคม ที่แตกต่างกัน อันอาจนำมาซึ่งปัญหาทั้งในส่วนของการละเมิดพันธกรณี หรือการตีความเนื้อหาของความตกลงที่ไม่ตรงกัน เช่น กรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องการจะออกกฎหมายโดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะของประชาชนในชาติ แต่อาจส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนได้ในขณะเดียวกัน การออกกฎหมายดังกล่าวจะถือเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลง ACIA หรือไม่ รายงานฉบับนี้จึงจะศึกษาถึงความเป็นมา ความคุ้มครองที่ ACIA มอบให้กับนักลงทุนเอกชน รวมถึงลักษณะของข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนเอกชน โดยจะมุ่งเน้นศึกษาลักษณะของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อให้สามารถวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของการระงับข้อพิพาททางการลงทุนด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และผลกระทบต่อประเทศไทย โดยเฉพาะเรื่องอำนาจอธิปไตย และผลกระทบในแง่ที่ประเทศไทยเป็นรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งกรณีที่นักลงทุนไทยไปลงทุนในต่างประเทศด้วย อันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมของประเทศไทยในการให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศตามความตกลง ACIA โดยไม่สูญเสียอำนาจอธิปไตยในการรักษาประโยชน์สาธารณะของคนในชาติ และการเพิ่มขีดความสามารถแก่นักลงทุนไทยที่จะไปแสวงหาโอกาสทางธุรกิจจากการไปลงทุนในต่างประเทศ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาความเป็นมาและเนื้อหาของความตกลง ACIA
- 2) เพื่อศึกษาลักษณะของข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชน สิทธิที่นักลงทุนได้รับความคุ้มครอง ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ความตกลง ACIA
- 3) เพื่อวิเคราะห์ผลกระทบของความตกลง ACIA ต่อประเทศไทย
- 4) เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมของประเทศไทยในการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลง ACIA

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

รายงานเรื่อง “การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA” ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชน ภายใต้บทบัญญัติของความตกลง ACIA โดยเป็นการศึกษาค้นคว้าเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ผลกระทบของความตกลง ACIA ต่อประเทศไทย อันนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมของประเทศไทยในการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลง ACIA ดังกล่าว

1.4 สมมติฐานในการศึกษา

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชน ภายใต้ความตกลง ACIA จะช่วยสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนเอกชนที่จะมีทางเลือกในการระงับข้อพิพาทนอกเหนือจากการดำเนินคดีภายใต้กระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ อันจะเป็นการเพิ่มโอกาสการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ แต่การให้ความคุ้มครองนักลงทุนโดยการระงับข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ประเทศไทย

จึงต้องเตรียมความพร้อมทั้งในด้านกฎหมายและนโยบายของรัฐ ให้สอดคล้องกับแนวทางการลงทุนระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน

1.5 วิธีการศึกษา

รายงานเรื่อง “การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA” ฉบับนี้ ใช้วิธีศึกษาข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) และใช้วิธีการวิเคราะห์พรรณนา (Descriptive Analysis) จากการเก็บรวบรวมข้อมูลเชิงปฐมภูมิ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนหรือ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) และข้อมูลทุติยภูมิ เช่น งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ บันทึกรายงานการประชุมที่เกี่ยวข้อง วารสารทางวิชาการ รายงานจากสถาบันและหน่วยงานต่างๆ ตลอดจนข้อมูลที่ได้จากอินเทอร์เน็ต แล้วนำมาวิเคราะห์ผลกระทบต่อประเทศไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเสนอแนะเชิงนโยบายที่เหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

- 1) ทราบถึงความเป็นมา วัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน
- 2) ทราบถึงลักษณะของข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชน สิทธิที่นักลงทุนได้รับความคุ้มครอง ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ความตกลง ACIA
- 3) ทราบถึงผลกระทบของความตกลง ACIA ต่อประเทศไทยทั้งในแง่ของการเป็นรัฐผู้รับการลงทุน และกรณีนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศ
- 4) ทราบถึงแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมของประเทศไทยภายใต้ความตกลง ACIA ดังกล่าว

บทที่ 2

ความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)

2.1 ความเป็นมาของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน หรือ ACIA

ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) หรือ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ อาเซียน ประกอบด้วยสมาชิก 10 ประเทศ คือ บรูไน ดารุสซาลาม กัมพูชา ฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย ลาว มาเลเซีย เมียนมาร์ สิงคโปร์ ไทย และเวียดนาม จากแผนการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community Blueprint – AEC Blueprint) โดยที่ประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Minister – AEM) ครั้งที่ 39 เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2550 ได้มีมติให้คณะกรรมการความร่วมมือด้านการลงทุนอาเซียน ทบทวนกรอบความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Area : AIA) ซึ่งเป็นความตกลงเขตเสรีการลงทุนเพื่อความร่วมมือในระดับภูมิภาค ที่ลงนามเมื่อปี 2541 มีผลใช้บังคับปี 2542 และความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Investment Guarantee Agreement- ASEAN IGA) ซึ่งลงนามเมื่อปี 2530 ผสมรวมให้เป็นความตกลงเต็มรูปแบบฉบับเดียว ลงนามโดยรัฐมนตรีเศรษฐกิจ 10 ประเทศ ในการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียน (ASEAN Summit) ครั้งที่ 14 ที่หัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2552¹

AIA เป็นความตกลงความร่วมมือระดับภูมิภาค เพื่อยกระดับศักยภาพของอาเซียนในการแข่งขันทางเศรษฐกิจและความพร้อมที่จะก้าวต่อไปอย่างมั่นคงในอนาคตและเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการที่จะทำให้บรรลุวิสัยทัศน์อาเซียนในปี 2563 (ASEAN Vision 2020) ซึ่งเป็นแผนงานที่อาเซียนดำเนินการร่วมกันให้บรรลุสู่ความเป็นจริง โดยมีปัจจัยสำคัญคือการยกระดับความสามารถในการแข่งขันในยุคโลกาภิวัตน์ ตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักก็เพื่อให้อาเซียนเป็นแหล่งดึงดูดการลงทุนจากทั้งภายในและภายนอกอาเซียน มีบรรยากาศการลงทุนเสรีและโปร่งใส โดยครอบคลุมการลงทุนทางตรงทั้งหมด รวมถึงธุรกิจบริการอันเนื่องมาจากการลงทุนทางตรงในด้านการผลิต การเกษตร ประมง ป่าไม้เหมืองแร่และการขุดค้น โดยความตกลงมุ่งไปสู่ 1) การเปิดเสรีอุตสาหกรรมทุกประเภทให้นักลงทุนอาเซียนในปี 2553 และเปิดเสรีให้นักลงทุนนอกอาเซียนเพื่อดึงดูด FDI มายังอาเซียนในปี 2563 และ 2) การประคับประคองคนชาติแก่นักลงทุนอาเซียนภายในปี 2553 และนักลงทุนนอกอาเซียนภายในปี 2563 โดยทั้งสองประการจะเกิดขึ้นเมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนยกเลิกข้อจำกัดและอุปสรรคด้านการลงทุนสำหรับอุตสาหกรรมหรือมาตรการใดที่มีผลกระทบต่อการลงทุน โดยภายในปี 2553 จะยกเลิกข้อยกเว้นสาขาการผลิตทั้งหมดครบทุกประเทศสมาชิก และจะพัฒนาไปสู่การยกเลิกครบทุกสาขาที่ครอบคลุมตามความตกลงครบทุกประเทศสมาชิก²

¹ วันเพ็ญ หรุจิตวัฒน์, “ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของไทย(ต่อจาก AIA ถึง ACIA ตอนที่ 2”, วารสารส่งเสริมการลงทุน . 21. ฉ. 2. (กุมภาพันธ์ 2553) น. 48-52.

² สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, “โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน”, (กรุงเทพฯ : ออนป้า, 2557), น. 95-96.

IGA มีการลงนามเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2530 ที่กรุงมะนิลา ประเทศฟิลิปปินส์ IGA มีเนื้อหาครอบคลุมการคุ้มครองการลงทุนในประเทศสมาชิก ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกได้มีการจัดทำพิธีสารแก้ไข IGA ซึ่งลงนามเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2539 ที่กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย IGA เป็นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก มีพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการลงทุน อาทิ การปฏิบัติบัติเยี่ยงคนชาติ (ข้อบท 4 วรรค 4) การปฏิบัติบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (ข้อบท 4 วรรคแรก) (ทั้ง National Treatment และ MFN Treatment จะให้กับการลงทุนที่เข้ามาจัดตั้งแล้ว (post-establishment) เท่านั้น) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (ข้อบท 3 วรรค 2) การคุ้มครองจากการเวนคืน (ข้อบท 4 วรรค 3 และข้อบทที่ 6) การโอนโดยเสรี การรับช่วงสิทธิ์ (ข้อบท 7) และกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ³

ACIA ได้ควรวรรณความตกลง AIA และ IGA โดยได้มีการปรับปรุงให้ทันสมัย ก้าวหน้า มีความครอบคลุมและทัดเทียมกับกฎเกณฑ์การลงทุนในระดับสากลเข้าไว้ด้วย โดยที่ ACIA มีผลใช้บังคับเหนือ (supersede) AIA และ IGA ดังนั้น ACIA จึงเป็นความตกลงด้านการลงทุนหลักของอาเซียนและกำหนดความสัมพันธ์ด้านการลงทุนในภูมิภาค ความตกลงด้านการลงทุน ACIA มีผลใช้บังคับพร้อมตารางข้อสงวน (Schedule of Reservation List) ของทั้ง 10 ประเทศสมาชิก เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2555 โดย ACIA ประกอบด้วย 49 ข้อบท 2 ภาคผนวก และตารางข้อสงวนของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ จำนวน 164 ข้อสงวน⁴

2.1.2 วัตถุประสงค์ของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ACIA)

วัตถุประสงค์ของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ACIA) คือ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นกรอบความร่วมมือสำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย รวมทั้งให้กับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศว่า การลงทุนของตนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน โดยจะได้รับความคุ้มครองการเวนคืน (ข้อ 14 Expropriation and Compensation) ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (ข้อ 5 National Treatment) และชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (ข้อ 6 MFN) รวมทั้งได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (ข้อ 11 Treatment of Investment) กั้นกับการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนอื่น ๆ และสามารถทำธุรกรรมการโอนได้อย่างเสรี ทั้งนี้ หากเกิดปัญหาใด ๆ ขึ้นนักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ (ข้อ 32 Claim by an Investor of a Member State)

กล่าวโดยสรุป คือ ความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน คือ ต้องการสร้างให้ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีกฎระเบียบด้านการลงทุน (investment regime) ที่เปิดกว้างและเสรี (open & free) และในขณะเดียวกันจะช่วยเสริมให้เกิดการบูรณาการ (integration) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

³ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา. โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน(กรุงเทพฯ : ออนป้า, 2557) 95-96

⁴ The ASEAN Secretariat. สืบค้นจาก <http://asean.org/asean-economic-community/asean-investment-area-iaa-council/agreements-declarations/> วันที่ 19 มิถุนายน 2559.

ในด้านการลงทุน ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญชิ้นหนึ่งในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community–ACE) ในปี 2015⁵

สำหรับความแตกต่างที่สำคัญระหว่าง ACIA กับการสนับสนุนภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียน คือ ACIA เป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนของแต่ละประเทศนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ นโยบายส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวทำให้รัฐบาลของแต่ละประเทศมีอิสระในการตั้งเงื่อนไขต่างๆ ในการรับสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติ อาทิ การลงทุนในอุตสาหกรรมที่กำหนด เงินทุนขั้นต่ำที่ต้องนำเข้ามาลงทุน การว่าจ้างคนชาติในสัดส่วนที่รัฐบาลกำหนด รวมทั้งการถ่ายทอดเทคโนโลยี เงื่อนไขเหล่านี้มักถูกกำหนดขึ้นเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจตามยุทธศาสตร์ที่รัฐบาลกำหนด และรัฐบาลยังมีอิสระที่จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเหล่านี้ภายหลังเพื่อให้เป็นไปตามยุทธศาสตร์ใหม่หรือเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ต่างจากพันธกรณีภายใต้ ACIA ที่มีความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะกระทำได้โดยการเจรจาระหว่างประเทศสมาชิกเท่านั้น ดังนั้น พันธกรณีภายใต้ ACIA จึงมีความแน่นอนมากกว่าการสนับสนุนการลงทุนภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียน⁶ นอกจากนี้ การยกเลิกเพิกถอนสิทธิประโยชน์ทางการลงทุนที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายภายในโดยรัฐผู้รับการลงทุน อาจเป็นการละเมิดข้อบทของ ACIA อีกด้วย

กรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีภายใต้ ACIA นักลงทุนยังสามารถฟ้องร้องรัฐบาลของรัฐผู้ละเมิดภายใต้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ แต่หากเกิดการละเมิดเงื่อนไขหรือสัญญาภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิก นักลงทุนต้องฟ้องร้องตามช่องทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายของแต่ละประเทศเท่านั้น ซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลภายในประเทศกรณีนักลงทุนต่างชาติเป็นโจทก์และรัฐบาลของรัฐนั้นเป็นจำเลย อย่างไรก็ตาม การสนับสนุนภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศ สมาชิกอาจให้ประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติมากกว่า ACIA อาทิ การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีต่างๆ (Tax Incentives) โดยหากรัฐผู้รับการลงทุนยกเลิก Tax Incentives นักลงทุนก็สามารถฟ้องร้องรัฐได้ ดังนั้น ความตกลง ACIA จะช่วยสนับสนุนนโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิก ด้วยเหตุนี้ นักลงทุนไทยควรใช้ประโยชน์ทั้งจาก ACIA และการสนับสนุนภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนที่เข้าไปลงทุนเพื่อประโยชน์สูงสุดของนักลงทุนเอง⁷

หลักการสำคัญ (Guiding Principles) ของ ACIA

ในหลักการของความตกลง ACIA ได้กล่าวถึงการคุ้มครองการลงทุนที่แสดงให้เห็นถึงการพัฒนาเพิ่มมากขึ้นไปกว่าความตกลง AIA และ ACIA เดิม โดยเฉพาะ การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement - ISDS) โดย ACIA ถูกจัดทำขึ้นโดยยึดหลักการสำคัญ

⁵ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, อ้างแล้วในเชิงบรรณที่ 3, น. 85.

⁶ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์, “รอบรู้เรื่องการลงทุนในอาเซียน: สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, “ 2557 น. 46.

⁷ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, อ้างถึงใน เชิงบรรณที่ 5, น. 46.

(Guiding Principles) ที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะมนตรีความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA Council) และจากรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Ministers –AEM) ดังนี้

1) Forward looking, reaffirming, improving and building upon the existing AIA and ASEAN IGA

ACIA จะต้องเป็นความตกลงด้านการลงทุนที่ “มองไปข้างหน้า” โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานและการพัฒนาของ AIA และ IGA ตัวอย่างพันธกรณีที่มีความก้าวหน้า (ไม่มีใน AIA และ IGA) อาทิ ข้อห้ามการตั้งเงื่อนไขการลงทุน (Prohibition of Performance Requirement – PPR) และข้อผูกพันที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้จัดการอาวุโสและผู้บริหาร (Senior Management and Board of Directors – SMBD) ACIA ยังยืนยัน (reaffirm) ข้อผูกพันที่มีอยู่ใน AIA และ IGA อาทิ การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation (MFN) Treatment) และมีการพัฒนาในหลายข้อผูกพัน อาทิ การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement - ISDS) การโอนโดยเสรี (Transfers) และมาตรฐานการปฏิบัติต่อการลงทุน (Treatment of Investment)

2) No back-tracking of commitments except with compensation

ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องไม่ใช่ ACIA เป็นช่องทางที่ลด/เลิกข้อผูกพันภายใต้ AIA และ IGA ยกเว้นแต่ในกรณีที่มีการชดเชยความเสียหายให้กับการลด/เลิกข้อผูกพันภายใต้ AIA และ IGA เท่านั้น ทั้งนี้ ACIA มีข้อบทที่ใช้กำกับกรณีเช่นนี้โดยเฉพาะ

3) Balanced in its focus: incorporating liberalization, promotion, facilitation, and protection ACIA

จะต้องมีความสมดุลระหว่างการเปิดเสรี การส่งเสริม การอำนวยความสะดวก และการคุ้มครอง และการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

4) Progressing liberalization to achieve free and open investment environment, in line with AEC

การเปิดเสรีด้านการลงทุนภายใต้ ACIA จะต้องเป็นไปอย่างค่อยเป็นค่อยไป เพื่อให้เกิดสภาพแวดล้อมสำหรับการลงทุนที่เปิดกว้างและเสรี และพร้อมต่อการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ACIA ใช้แนวทางการเปิดเสรีแบบ negative-list ซึ่งจะมีรายการข้อยกเว้นของแต่ละประเทศที่ระบุ มาตรการหรือกฎหมายภายในที่ไม่เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ ACIA หากไม่ได้ระบุในรายการข้อยกเว้นจะถือว่าการเปิดเสรีจะเป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ ACIA ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องทำการเปิดเสรีตามกำหนดการยุทธศาสตร์ของ AEC ใน 3 ช่วงด้วยกัน คือ ค.ศ. 2008-2010 2011-2013 และ 2014-2015

5) Benefit ASEAN-owned investors and companies and foreign-owned ASEAN based investors ACIA ต้องเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนและบริษัทของอาเซียนเอง และนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในอาเซียน (หรือใช้อาเซียนเป็นฐานการลงทุน)

6) Consider granting special and differential (S&D) treatment for the newer ASEAN Member States

จะต้องมีการพิจารณาให้มี “การปฏิบัติที่พิเศษและแตกต่าง” กับประเทศกัมพูชา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เมียนมาร์ และเวียดนาม ภายใต้ ACIA อาทิ การช่วยเหลือทางเทคนิค

(Technical Assistance) การเสริมสร้างศักยภาพ (Capacity Building) การอำนวยความสะดวก (Facilitation) ตลอดจนระยะเวลาการปฏิบัติตามพันธกรณีที่นานกว่าประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นๆ

7) Flexible treatment taking into account individual countries sensitivities

ACIA จะต้องคำนึงถึงความละเอียดอ่อน/ข้อห่วงกังวลของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศ

8) Reciprocal treatment in the enjoyment of concessions as in AIA

ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องได้ประโยชน์จากการขออนุญาตต่างตอบแทนในด้านการเปิดเสรีการลงทุนเช่นเดียวกับใน AIA

9) Preservation of ASEAN preferential treatment

ACIA จะต้องคงหลักการที่ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนต้องให้ผลประโยชน์ระหว่างกันมากกว่าที่แต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนให้กับประเทศที่สาม (อาทิ ในความตกลงการค้าเสรีอื่นๆ) ซึ่งจะบรรลุได้โดยการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์โดยอัตโนมัติ (Automatic MFN Treatment) นอกจากนี้ ACIA ยังมีข้อบทที่ส่งเสริมให้เกิดการบูรณาการในภูมิภาคอีกด้วย

10) Allow expansion to cover other sectors in the future

ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถเจรจาและขยายข้อผูกพันภายใต้ ACIA ให้ครอบคลุมในสาขาต่างๆ เพิ่มมากขึ้นในอนาคต

เนื้อหาของ ACIA ประกอบด้วย 49 ข้อบท 2 ภาคผนวก และตารางข้อสงวนของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ มีขอบเขตครอบคลุมมิติการลงทุนทั้ง 4 ด้าน ได้แก่ 1) การเปิดเสรี 2) การคุ้มครอง 3) การส่งเสริม และ 4) การอำนวยความสะดวก

2.2 เนื้อหาของความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน

สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ การเปิดเสรีการลงทุน การให้ความคุ้มครองการลงทุน การส่งเสริมการลงทุน และการอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน

2.2.1 การเปิดเสรีการลงทุน การส่งเสริมการลงทุน และการอำนวยความสะดวก

การเปิดเสรีการลงทุน

ความหมายของการเปิดเสรีการลงทุน การเปิดเสรีการลงทุนไม่ได้หมายความถึงการเปิดให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรีเต็มที่ในทุกประเภทกิจการ แต่เป็นการเปิดเสรีแบบมีเงื่อนไข และมีความยืดหยุ่น เนื่องจากอาเซียนตระหนักถึงความแตกต่างของระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศสมาชิก จึงอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขให้เข้ามาลงทุน หรือยังไม่พร้อมจะเปิดเสรีให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในกิจการใดก็สามารถสงวนเงื่อนไขและกิจการนั้น ๆ ไว้ในรายการข้อสงวน (Reservation List) ได้ แต่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นการเปิดเสรีที่ไม่น้อยกว่าความตกลง AIA ซึ่งมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี 2541 (No back-tracking) โดยประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถทยอยเปิดเสรีเพิ่มขึ้นได้ตามความพร้อม โดยให้ทยอยเปิดเสรีไปเรื่อยจนถึงปี 2558 และยังหมายถึงการผ่อนปรน หรือยกเลิกข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนที่เคยผูกพันไว้ในความตกลง AIA เดิม⁸

⁸ วันเพ็ญ ทรูจิตตวิวัฒน์, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 1, น. 48-51.

ดังนั้น การเปิดเสรีจึงเป็นไปตามความสมัครใจ ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถเลือกเปิดในสาขา/เวลาที่พร้อม ตามกรอบเวลาของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยลด หรือเลิกข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุน หรือไม่ออกกฎระเบียบใหม่ๆ ที่เข้มงวดกว่าระดับที่ผูกพันไว้ตามพันธกรณีว่าด้วยการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติ และการ प्रतिบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง โดยการเปิดเสรีให้เป็นไปตามความสมัครใจ เลือกเปิดในสาขา/เวลาที่พร้อม ทั้งนี้ การเปิดเสรีจะต้องไม่น้อยกว่าพันธกรณีที่ผูกพันไว้ภายใต้ความตกลง AIA เดิม

ยกตัวอย่างของความตกลง ACIA ที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีการลงทุน อาทิ

Article 3: Scope of Application

ข้อหานี้กล่าวถึงขอบเขตของ ACIA อาทิ ACIA จะครอบคลุมการลงทุนที่มีอยู่ในอาเซียนตั้งแต่วันที่ ACIA มีผลใช้บังคับและการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลัง และจะครอบคลุมการลงทุนในสาขา เกษตร ประมง ป่าไม้ เหมืองแร่ การผลิต และการบริการที่เกี่ยวข้องกับ 5 สาขา (Services Incidental to Agriculture Fishery Forestry Mining /Quarry and Manufacturing) และสาขาอื่นๆ ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนตกลงกันเท่านั้น

Article 5: National Treatment

ข้อหานี้กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของประเทศสมาชิกอื่นๆ เหมือนกับการลงทุนและนักลงทุนของชาติตนที่อยู่ในสภาวะการณ์ที่คล้ายคลึงกัน (like circumstances) ทั้งในช่วงก่อนเข้ามาจัดตั้ง (pre-establishment) (เปิดเสรี) และช่วงหลังเข้ามาจัดตั้ง (post-establishment) (คุ้มครองการลงทุน)

Article 6: Most-Favored-Nation Treatment

ข้อหานี้กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของประเทศสมาชิกอื่นๆ เหมือนกับการลงทุนและนักลงทุนของชาติที่สามใดๆ ที่อยู่ในสภาวะการณ์ที่คล้ายคลึงกัน ทั้งในช่วงก่อนเข้ามาจัดตั้งและช่วงหลังเข้ามาจัดตั้ง และหากประเทศสมาชิกอาเซียนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของชาติที่สามใดๆ ดีกว่าที่ให้ภายใต้ ACIA ประเทศสมาชิกนั้นจะต้องให้การปฏิบัติดังกล่าวต่อประเทศสมาชิกอื่นๆ โดยอัตโนมัติ (Automatic MFN) ทั้งนี้ พันธกรณี MFN ไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติภายใต้การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS)

การส่งเสริมการลงทุน

ข้อบท Article 24: Promotion of Investment กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนร่วมมือกันในการสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับ การลงทุนในภูมิภาคเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศและเพิ่มการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยผ่านกระบวนการต่างๆ อาทิ การพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและย่อมในภูมิภาค

โดยการส่งเสริมการลงทุนภายใต้ ACIA ประกอบด้วย การสนับสนุนการเติบโตและการพัฒนาผู้ประกอบการรายย่อยและรายใหญ่ของอาเซียน ขยายเครือข่ายการเชื่อมโยงอุตสาหกรรมระหว่างผู้ประกอบการอาเซียน 10 ประเทศ การจัดกิจกรรมส่งเสริมการลงทุนโดยมุ่งเน้นการพัฒนาเครือข่ายการผลิตระดับภูมิภาค การจัดกิจกรรมสัมมนา เพื่อเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับโอกาสในการลงทุน และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง และแลกเปลี่ยนความคิดเห็นสมาชิกอาเซียน 10 ประเทศ ในเรื่องของการส่งเสริมการลงทุน

การอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน

ข้อบท Article 25: Facilitation of Investment กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนร่วมมือกันเพื่ออำนวยความสะดวกในการมาลงทุนในภูมิภาคโดยการดำเนินมาตรการต่างๆ อาทิ การปรับปรุงกฎระเบียบต่างๆ เพื่อเกิดความสะดวกรวดเร็วในการลงทุน สร้าง “one-stop investment centre” และรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการลงทุนในภูมิภาคเพื่อก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการลงทุน

ข้อบท Article 26: Enhancing ASEAN Integration ระบุว่าประเทศสมาชิกอาเซียนตระหนักถึงความสำคัญของการบูรณาการทางเศรษฐกิจใน ภูมิภาคซึ่งรวมถึงความร่วมมือด้านการลงทุน และเพื่อให้บรรลุการบูรณาการทางเศรษฐกิจในอาเซียน ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการ อาทิ ปรับปรุงนโยบายและมาตรการด้านการลงทุนเพื่อให้เกิดการสนับสนุนและเติมเต็มซึ่งกันและกัน และแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับนโยบายด้านการลงทุนและการส่งเสริมในสาขา/อุตสาหกรรมต่างๆ

การอำนวยความสะดวกด้านการลงทุนภายใต้ ACIA ประกอบด้วย การปรับปรุงกระบวนการยื่นขอลงทุนและการให้อนุญาตที่ง่ายขึ้น การเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกฎหมาย กฎระเบียบ ตลอดจนนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน การจัดตั้งศูนย์ One-Stop เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน พัฒนาฐานข้อมูลด้านการลงทุนให้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ จัดประชุมกับภาคเอกชนในประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับการลงทุน และการให้คำแนะนำด้านการลงทุนแก่นักลงทุนของประเทศสมาชิก⁹

2.2.2 การให้ความคุ้มครองการลงทุน

เพื่อเป็นหลักประกันให้นักลงทุนมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างยุติธรรมและพอเพียง เช่น มีการชดเชยค่าเสียหายกรณียึดทรัพย์ เว้นคืน หรือเกิดเหตุการณ์ไม่สงบ (ข้อ 11) นักลงทุนต้องสามารถเคลื่อนย้ายเงินลงทุนได้โดยเสรี (ข้อ 13) หรือหากรัฐกระทำผิดพันธกรณี และก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุน นักลงทุนก็สามารถฟ้องรัฐ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ (ข้อ 28-41)

ในความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ACIA) ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองการลงทุนแก่ประเทศสมาชิก ประกอบไปด้วย ข้อ 5, 8, 11, 12, 13, 27 และส่วนบี (Section B) ข้อ 28-41 ดังนี้

Article 5: National Treatment

ข้อบทนี้กำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของประเทศสมาชิกอื่นๆ เหมือนกับการลงทุนและนักลงทุนของชาติตนที่อยู่ในสภาวะการณ์ที่คล้ายคลึงกัน (like circumstances) ทั้งในช่วงก่อนเข้ามาจัดตั้ง (pre-establishment) และช่วงหลังเข้ามาจัดตั้ง (post-establishment) โดยการคุ้มครองการลงทุนจะเริ่มช่วงหลังเข้ามาจัดตั้ง

Article 8: Senior Management and Board of Directors

ข้อบทนี้ห้ามประเทศสมาชิกอาเซียนกำหนดให้นิติบุคคลของตนแต่งตั้งผู้จัดการอาวุโสและผู้บริหารที่มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง ถึงแม้ว่าอาจกำหนดว่าผู้จัดการอาวุโสและผู้บริหารส่วนใหญ่ต้องมีสัญชาติ

⁹ วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 1, น. 49-50.

โดยสัญญาชาติหนึ่งได้ ตราบดิดที่การกระทำดังกล่าวไม่มีผลต่อความสามารถของนักลงทุนในการควบคุมการลงทุนของตน

Article 11: Treatment of Investment

ข้อบทนี้กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติของรัฐต่อการลงทุนจากประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (Fair and Equitable Treatment – FET) และต้องให้การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ (Full Protection and Security)

Article 12: Compensation in Cases of Strife

ข้อบทนี้กำหนดว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องให้การไม่เลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนจากประเทศสมาชิกอื่นในกรณีที่เกิดความเสียหายจากเหตุการณ์รุนแรงที่มีการใช้อาวุธ สงครามการเมือง หรือสถานการณ์ฉุกเฉินต่าง ๆ

Article 13: Transfers

ข้อบทนี้กำหนดว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องยอมให้มีการโอนเงินทุน/ผลกำไรเข้า-ออกประเทศผู้รับการลงทุนได้โดยเสรี ยกเว้นแต่ในกรณีที่กำหนดเท่านั้น อาทิ เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษี และจะต้องดำเนินการอย่างไม่เลือกปฏิบัติและเป็นธรรม

Article 27: Disputes Between or Among Member States

กล่าวถึงในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้ ACIA ข้อบทนี้ระบุให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวผ่านกลไกภายใต้ “พิธีสารอาเซียนว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาท ปี ค.ศ. 2004” (ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism, signed in Vientiane, Lao PDR on 29 November 2004)

Section B: Investor-State Dispute Settlement (ISDS) การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ โดยการศึกษาในครั้งนี้จะเลือกศึกษาเจาะลึกลงไปในส่วนของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

Article 28: Definitions

ข้อบทนี้ระบุนิยามของคำศัพท์เฉพาะต่างๆ ที่ปรากฏในส่วน “บี” ของความตกลงอาทิ คำว่า “นักลงทุนผู้พิพาท” (disputing investor) และ “รัฐสมาชิกผู้พิพาท” (disputing Party)

Article 29: Scope and Coverage

ข้อบทนี้กล่าวถึงขอบเขตของส่วน “บี” อาทิ นักลงทุนจะใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐได้ก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายจากการกระทำผิดพันกรณีของรัฐภาคีภายใต้ ACIA และจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลัง ACIA มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น

Article 30: Conciliation

ข้อบทนี้กำหนดว่าให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันเพื่อเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทุกเมื่อ และสามารถยุติได้หากนักลงทุนคู่กรณีต้องการ

Article 31: Consultations

ข้อบทนี้กำหนดว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ให้คู่พิพาททำการหารือและเจรจาเสียก่อน จึงจะสามารถเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) ได้

Article 32: Claim by an Investor of a Member State

ข้อบทนี้กำหนดว่าหากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 180 วัน ภายหลังจากรัฐสมาชิกผู้พิพาทขอให้มีการเจรจาหรือ นักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ สิทธิที่นักลงทุนสามารถฟ้องร้องภายใต้อนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับใช้สิทธิ ได้แก่ ข้อ 5 การปฏิบัติต่อยุติชนชาติ (National Treatment) ข้อ 6 การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ข้อ 8 คณะผู้บริหารอาวุโสและคณะกรรมการบริหาร (SMBD) ข้อ 11 การปฏิบัติต่อการลงทุน (Treatment of Investment) ข้อ 12 การชดเชยในกรณีจลาจล (Compensation in Cases of Strife) ข้อ 13 การโอน (Transfers) และข้อ 14 การเวนคืนหรือการชดเชย (Expropriation and Compensation) ที่เกี่ยวกับการจัดการ การดำเนินงาน การปฏิบัติการ หรือการขาย หรือการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งการลงทุนที่ครอบคลุม และผู้ลงทุนผู้พิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่ครอบคลุมได้รับความสูญเสียหรือความเสียหายด้วยเหตุผลอันเกิดจากการละเมิดนั้น

Article 33: Submission of a Claim

ข้อบทนี้กำหนดให้นักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ในเวที (forum) ดังต่อไปนี้ ได้แก่

- 1) ศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกผู้พิพาทโดยมีเงื่อนไขว่าศาลหรือองค์คณะดังกล่าวมีเขตอำนาจเหนือข้อเรียกร้องนั้น
- 2) อนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญา International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) และกฎว่าด้วยขั้นตอนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยมีเงื่อนไขว่าทั้งรัฐสมาชิกผู้พิพาทและรัฐสมาชิกที่มีคู่พิพาทเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID
- 3) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎการอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID โดยมีเงื่อนไขว่ารัฐสมาชิกผู้พิพาทหรือรัฐสมาชิกที่มีคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID
- 4) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
- 5) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการภูมิภาค ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์หรือศูนย์การอนุญาโตตุลาการภูมิภาคอื่นๆ ในอาเซียน หรือ
- 6) สถาบันการอนุญาโตตุลาการอื่นใดหากคู่พิพาทตกลงกัน ทั้งนี้ เมื่อนักลงทุนผู้พิพาทได้เลือกเวทีใดเวทีหนึ่งแล้ว จะต้องยกเว้นซึ่งการใช้วิธีอื่นที่เหลือ (Finality of the Choice of Forum)

Article 34: Conditions and Limitations on Submission of a Claim

ข้อบทนี้ระบุเงื่อนไขและข้อจำกัดของการยื่นข้อพิพาทต่อการอนุญาโตตุลาการ อาทิ นักลงทุนผู้พิพาทจะต้องยื่นข้อพิพาทการลงทุนต่อการอนุญาโตตุลาการภายใน 3 ปีนับจากเวลาที่นักลงทุนผู้พิพาทได้รู้หรือมีเหตุอันสมควรให้รู้ถึงการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงนี้ซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหายต่อผู้ลงทุนผู้พิพาทหรือการลงทุนที่ครอบคลุม

Article 35: Selection of Arbitrators

ข้อบทนี้กำหนดวิธีการเลือกสรรและคุณสมบัติของสมาชิกของอนุญาโตตุลาการ (3 ท่าน) อาทิ สมาชิกอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ การค้าระหว่างประเทศ หรือกฎการลงทุนระหว่างประเทศ

Article 36: Conduct of the Arbitration

ข้อบทนี้กำหนดการดำเนินการของการอนุญาโตตุลาการ อาทิ เมื่อมีการยกประเด็นเกี่ยวกับเขต

อำนาจหรือการยอมรับพิจารณาตีมาเป็นข้อคัดค้านเบื้องต้นองค์คณะจะต้องตัดสินเรื่องนี้ก่อนการเข้าสู่การพิจารณาในมูลคดี และหากมีเหตุอันสมควรองค์คณะอาจชี้ขาดแก่ฝ่ายที่ชนะถึงค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมที่สมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นในการยื่นหรือการโต้แย้งข้อคัดค้านในการกำหนดว่าคำชี้ขาดนั้นมีเหตุอันสมควรหรือไม่ องค์คณะจะต้องพิจารณาว่าข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านนั้นไม่เป็นสาระหรือไม่มีมูลอย่างเห็นได้ชัดหรือไม่และจะต้องให้โอกาสที่สมเหตุสมผลแก่คู่พิพาทในการแสดงความเห็น

Article 37: Consolidation

ข้อบทนี้ระบุว่าเมื่อมีการยื่นข้อเรียกร้องสองข้อหรือมากกว่านั้นโดยแยกกันต่อการอนุญาโตตุลาการและข้อเรียกร้องเหล่านั้นมีประเด็นปัญหาในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกันและเกิดขึ้นจากเหตุการณ์หรือสภาวะการณ์ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกันคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องทั้งหมด อาจตกลงที่จะรวมข้อเรียกร้องเหล่านั้นโดยรูปแบบใดที่เห็นว่าเหมาะสมก็ได้

Article 38: Expert Reports

ข้อบทนี้กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการอาจแต่งตั้งให้ผู้เชี่ยวชาญหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นได้ เพื่อจัดทำรายงานต่อองค์คณะเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อนำเสนอประเด็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมสาธารณสุขความปลอดภัยหรือเรื่องทางวิทยาศาสตร์อื่นๆ ที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยกขึ้นในกระบวนการพิจารณา โดยให้เป็นไปตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่คู่พิพาทอาจตกลงกัน

Article 39: Transparency of Arbitral Proceedings

ข้อบทนี้กำหนดเงื่อนไขและการดำเนินการต่างๆ เพื่อเพิ่มความโปร่งใสของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อาทิ ข้อมูลใดซึ่งกำหนดเป็นการเฉพาะว่าเป็นความลับและได้ยื่นต่อองค์คณะหรือต่อคู่พิพาท จะต้องได้รับการคุ้มครองจากการถูกเปิดเผย

Article 40: Governing Law

ข้อบทนี้ระบุว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อพิพาทบนพื้นฐานของพันธกรณีภายใต้ ACIA ความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ที่มีผลบังคับใช้ระหว่างประเทศสมาชิก และกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง

Article 41: Awards

ข้อบทนี้กล่าวถึงรายละเอียดของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ผลและการปฏิบัติตามคำชี้ขาด อาทิ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาด และบังคับใช้คำชี้ขาดในดินแดนของตน¹⁰

2.3 ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง

การลงทุนภายใต้ความตกลง ACIA จะส่งผลกระทบต่อโดยตรงกับภาคเอกชน เนื่องจากทำให้เกิดการแข่งขันที่สูงขึ้นทั้งภายในประเทศและในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยตนเอง โดยเฉพาะการแข่งขันเพื่อแย่งชิงการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น เพื่อดึงดูดการลงทุนจากนานาประเทศท่ามกลางวิกฤติเศรษฐกิจโลกและภาวะการแข่งขันที่ทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องใช้ความพยายามอย่างมากในการดำเนินการเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมการลงทุนที่เสรีและโปร่งใสมากขึ้นเพื่อเอื้อประโยชน์และสร้างความเชื่อมั่นในการลงทุนจากต่างประเทศ รวมทั้งเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับประเทศอื่นได้มากขึ้น อันจะนำไปสู่การขยายตัวและการพัฒนาทางเศรษฐกิจในภูมิภาคต่อไป

¹⁰ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, อ้างถึงในเชิงบรรณที่ 3, น. 87-93.

ความตกลง ACIA จึงเป็นความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียนที่มีขอบเขตครอบคลุมกว้างขวาง มีการปรับปรุงสภาพแวดล้อมการลงทุนให้มีความเสรี อำนวยความสะดวก โปร่งใส และมีการแข่งขันกันมากขึ้น ตามแนวทางปฏิบัติที่ดีของสากล เป็นการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในอาเซียน และส่งเสริมการพัฒนาการลงทุนระหว่างกันอาเซียนด้วยการลงทุนที่เพิ่มขึ้นส่งผลให้มีการจ้างงานมากขึ้น แรงงาน มีการพัฒนามาตรฐานด้านคุณภาพมากขึ้น มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ทันสมัย มีการพัฒนาโครงข่าย สาธารณูปโภค ซึ่งจะเสริมสร้างให้ภูมิภาคอาเซียนเป็นฐานรองรับการลงทุนที่ครบวงจรมากขึ้น¹¹

กรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีภายใต้ ACIA นักลงทุนยังสามารถฟ้องร้องรัฐบาลของรัฐผู้ละเมิด ภายใต้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ แต่หากเกิดการละเมิดเงื่อนไขหรือสัญญาภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิก นักลงทุนต้องฟ้องร้องตามช่องทางที่กำหนดไว้ในกฎหมายของแต่ละประเทศ เท่านั้น ซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลภายในประเทศกรณีนักลงทุนต่างชาติเป็น โจทย์และรัฐบาลของรัฐนั้นเป็นจำเลย อย่างไรก็ตาม การสนับสนุนภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศ สมาชิกอาจให้ประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติมากกว่า ACIA อาทิ การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีต่างๆ (Tax Incentives) ด้วยเหตุนี้ นักลงทุนไทยควรใช้ประโยชน์ทั้งจาก ACIA และการสนับสนุนภายใต้นโยบายส่งเสริม การลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนที่เข้าไปลงทุนเพื่อประโยชน์สูงสุดของนักลงทุนเอง¹²

2.3.1 นิยามของ “นักลงทุน” ตามความตกลง ACIA

- นักลงทุนอาเซียน หมายถึง คนชาติหรือนิติบุคคลใดของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ลงทุน ในประเทศสมาชิกอื่น โดยสัดส่วนการถือหุ้นของคนชาติอาเซียนรวมกันแล้วอย่างน้อย ที่สุดเท่ากับสัดส่วนขั้นต่ำที่กำหนดให้เป็นหุ้นคนชาติ และสัดส่วนการถือหุ้นประเภทอื่น ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในและนโยบายของชาติที่มีการพิมพ์เผยแพร่ของประเทศที่รับการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้น รวมถึงนักลงทุนที่เป็นบุคคล ธรรมดาที่มีสัญชาติอาเซียนและนักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลอาเซียน¹³
- นักลงทุนต่างชาติที่มีกิจการอยู่ในอาเซียนแล้ว และต้องการขยายการลงทุนใน อาเซียนประเทศอื่นอีก (Foreign-owned ASEAN-based investor)

2.3.2 นักลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครอง

เนื่องจากความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) พัฒนามาจากการผนวกเอาพันธกรณีตาม ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA) เข้ากับพันธกรณีตามความตกลง

¹¹ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์, “รอบรู้เรื่องการลงทุนในอาเซียน: สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว,” 2557 น. 48.

¹² กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 10, น. 47.

¹³ Article 28 (b) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

เขตการลงทุนอาเซียน (AIA) โดยบทบัญญัติในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) บางบทบัญญัติก็ได้รับการคงไว้ จึงทำให้มีขอบเขตของความตกลงที่เหมือนกับขอบเขตของความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA) และขอบเขตของความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) อยู่หลายประการด้วยกัน ทั้งการกำหนดนิยามคำว่า “การลงทุน” ที่ยังคงให้รวมถึงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) และ การกำหนดนิยามคำว่า “นักลงทุน” ที่ยังคงให้รวมถึงนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอาเซียน และนักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลอาเซียน ความตกลงฉบับนี้เป็นการยืนยันในหลักการเดิมในการเปิดเสรีการลงทุน และการให้ความคุ้มครองการลงทุน ตามความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA) และความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) เพื่อการรวมกลุ่มของอาเซียน สำหรับประเทศไทยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐบาลกำหนดไว้ตามแนวทางการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ (Certificate of approval for protection: CAP) อันเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้กลั่นกรองการให้ความคุ้มครองการลงทุน โดยปัจจัยที่คณะกรรมการคำนึงถึงในการออกใบรับรองการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุน คือ ผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยีและการวิจัยเพื่อการพัฒนาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การคุ้มครองผู้บริโภค ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ รวมถึงตลอดถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การอนุรักษ์พลังงาน และการรักษาสีเขียวสิ่งแวดล้อม ซึ่งไม่ใช่การลงทุนทุกประเภทที่เข้ามาในประเทศไทยจะได้รับความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ แต่จะต้องเป็นการลงทุนที่มีลักษณะต่อไปนี้¹⁴

- (1) ต้องเป็นการลงทุนทางตรง หมายถึง การถือหุ้น (Equity Interest) เป็นอย่างน้อย 10 เปอร์เซ็นต์
- (2) การลงทุนดังต่อไปนี้ได้รับความคุ้มครองตามความตกลง
 - (2.1) การลงทุนที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี หรืออธิบดีตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
 - (2.2) การลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการการส่งเสริมการลงทุน
 - (2.3) การลงทุนภายใต้สัญญาสัมปทานจากหน่วยงานภาครัฐ
 ทั้งนี้ ใบอนุญาตตามข้อ (2.1)-(2.3) ให้ถือเป็นใบรับรองการให้ความเห็นชอบในการให้ความคุ้มครองการลงทุน หากการลงทุนใดไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ตามข้อ (2.1)-(2.3) นักลงทุนจะต้องดำเนินการขอใบรับรอง (CAP) เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองจากคณะกรรมการ อย่างไรก็ตาม ความตกลงเปิดเสรีการลงทุนที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ส่วนใหญ่มีเงื่อนไขนี้กำกับไว้ ยกเว้นบางความตกลง เช่น ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ

¹⁴ วัลลภลักษณ์ ทองร่วมโพธิ์, “วิเคราะห์ความแตกต่างว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 34.

ไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement :JTEPA) ที่มีขอบเขตครอบคลุมเฉพาะ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) เป็นต้น แต่ได้กำหนดให้สามารถยืดหยุ่นได้เป็นกรณีไป¹⁵

สำหรับนักลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครอง มีดังนี้

2.3.2.1 นักลงทุนเป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอาเซียน

การลงทุนระหว่างประเทศนอกจากประเทศสมาชิกที่เป็นคู่สัญญาตามความตกลงแล้ว นักลงทุน (Investor) ถือเป็นผู้ทรงสิทธิในการได้รับประโยชน์จากความตกลงเช่นเดียวกันประเทศสมาชิก จึงต้องมีการ ให้คำจำกัดความเพื่อระบุว่าใครที่ถือเป็นนักลงทุนตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA)

นิยามคำว่า “บุคคลธรรมดา” ให้หมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิก อาเซียน¹⁶

นิยามคำว่า “คนชาติ” หมายถึง บุคคลที่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งที่เป็นภาคีในความตกลง โดย ได้รับสัญชาติตามสิทธิที่กฎหมายสัญชาติของแต่ละรัฐได้กำหนดไว้¹⁷

ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการได้สัญชาติของบุคคล คือ พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7 ซึ่งกำหนดเรื่องการได้สัญชาติไทยว่าบุคคลจะได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยการเกิด ซึ่งบุคคล ธรรมดาที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกอาเซียนตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) นั้น สำหรับ ผู้ที่มีสัญชาติไทยน่าจะหมายความรวมถึงบุคคลที่ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติตามบทบัญญัติในมาตรา 10 และการได้สัญชาติโดยการสมรสของหญิงต่างด้าวตามบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาตินี้ ด้วย เนื่องจากเป็นการได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมายดังที่บัญญัติไว้ในความตกลงข้อ 4 (d) เช่นเดียวกัน

2.3.2.2 นักลงทุนเป็นนิติบุคคลอาเซียน

นักลงทุน (Investor) อีกประเภทหนึ่งก็คือเป็นผู้ทรงสิทธิในการได้รับประโยชน์จากความตกลง ว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) เช่นเดียวกัน คือ นักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นโดยชอบ ภายใต้อำนาจที่ใช้อยู่ของประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งเข้ามาลงทุนในประเทศสมาชิกอื่น ไม่ว่าจะเพื่อ แสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่น และไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของโดยเอกชน หรือเป็นเจ้าของโดยรัฐบาล รวมถึงวิสาหกิจ บรรษัท ทรัสต์ ห้างหุ้นส่วน การร่วมทุน กิจกรรมที่มีเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว สมาคม หรือองค์การใด ๆ โดยมี สัดส่วนการถือหุ้นของคนชาติอาเซียนรวมกันแล้วอย่างน้อยที่สุดเท่ากับสัดส่วนขั้นต่ำที่กำหนดให้เป็นหุ้นที่ถือ โดยคนชาติ และสัดส่วนการถือหุ้นประเภทอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในและนโยบายของชาติที่มีการ พิมพ์เผยแพร่ของประเทศที่รับการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้น¹⁸

¹⁵ กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, 11 มกราคม 2553.

¹⁶ Article 4 (d) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

¹⁷ Article 4 (d) of ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

¹⁸ รัฐลักษณะ ทอรั่ม โพร, อังแล้วเชิงอรรถที่ 13, น.36-37.

ทั้งนี้ หากพิจารณาเนื้อหาในบทบัญญัติของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) จะพบว่าไม่แตกต่างไปจากเนื้อหาในบทบัญญัติของความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA)¹⁹ และความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA)²⁰ แต่เป็นการทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นระหว่างรัฐสมาชิก โดยพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจากสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนจัดตั้ง กล่าวคือ หากบริษัท A จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยและได้เข้าไปลงทุนในประเทศมาเลเซีย แม้จะดำเนินธุรกิจทั้งหมดในประเทศมาเลเซีย แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศถือว่า บริษัท A เป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย แม้ว่าการตีความนิติบุคคลที่จะได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงฉบับนี้ จะหมายถึงนิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียนเท่านั้น แต่การลงทุนในยุคปัจจุบันมีจำนวนไม่น้อยที่ผู้ถือหุ้นเป็นชาวต่างชาติ แต่บริษัทเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งทำให้บริษัทหรือนิติบุคคลนั้นได้รับการรับรองสิทธิตามความตกลงฉบับนี้ เช่นเดียวกัน อันส่งผลให้เกิดการไหลเวียนของเงินทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วเข้ามาสู่ภูมิภาคอาเซียนเพิ่มมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีข้อจำกัดเรื่องกฎหมายและกฎระเบียบภายในเกี่ยวกับการลงทุนของนิติบุคคลต่างด้าว คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 กำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี หรือมีความผูกพันตามพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ จะได้รับยกเว้นจากข้อบังคับเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาติและเงื่อนไขอื่นๆ ที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 อีกทั้งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2546 กำหนดไว้ว่า คนต่างด้าวที่จะมาขอใบรับรองเพื่อใช้สิทธิประกอบธุรกิจตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องแสดงหลักฐานว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศภาคีและเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคลนั้น ดังนั้น นิติบุคคลอาเซียนที่มาขอใช้ประโยชน์ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องมีบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากด้วย

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้รับการพัฒนาเพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในยุคปัจจุบัน โดยบทบัญญัติในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) บางบทบัญญัติได้รับการปรับเพิ่มไปจากบทบัญญัติในความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA) และความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) ทั้งการกำหนดนิยามคำว่า “การลงทุน” ที่ได้รับการขยายขอบเขตข้อตกลงให้ครอบคลุมถึงการลงทุนในหลักทรัพย์ และการกำหนดนิยามคำว่า “นักลงทุน” ที่ได้รับการขยายขอบเขตของความตกลงให้ครอบคลุมถึงนักลงทุนเป็นบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวรในประเทศสมาชิกอาเซียน และนักลงทุนเป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่อาเซียนแต่เข้ามาประกอบธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ

2.3.2.3 นักลงทุนเป็นบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวรในประเทศสมาชิกอาเซียน²¹

¹⁹ Article 1 Paragraph 2 of ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investment.

²⁰ Article 1 Paragraph 1 (ii) of ASEAN Investment Area.

²¹ รัญลักษณ์ ทองร่วมโพธิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, น.39-40.

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้มีการกำหนดนิยามคำว่า “บุคคลธรรมดา” ให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (Permanent Residents: PRs) ในประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งแต่เดิม ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA) และความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) จำกัการให้คำนิยามคำว่า “นักลงทุน” ให้หมายความถึงแต่นักลงทุนเป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอาเซียนเท่านั้น

ความตกลงฉบับร่าง เดิมนั้นประเทศมาเลเซียเสนออ้างอิงคำจำกัดความของคำว่า “บุคคลธรรมดา” มาจากความตกลงการค้าบริการ (GATS) ภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ทุกประเทศ ยกเว้นประเทศลาว ดังนั้น ประเทศมาเลเซียจึงคาดหวังว่าการกำหนดนิยามบุคคลธรรมดาดังที่เสนอไปนั้นจะเป็นที่ยอมรับของที่ประชุม อย่างไรก็ตาม ก็ดี มีประเทศสมาชิกอาเซียน 6 ประเทศที่ไม่ต้องการให้มีการกำหนดนิยามของบุคคลธรรมดาให้รวมถึงผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในประเทศสมาชิกอาเซียน ได้แก่ ประเทศอินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เมียนมาร์ ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศไทย และประเทศเวียดนาม โดยให้เหตุผลว่า

(1) ไม่มีกฎหมายภายในของประเทศใดที่รับรองสิทธิของบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ของต่างชาติ ซึ่งกฎหมายมีการรับรองเฉพาะสิทธิของบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ของประเทศตน แต่ไม่รับรองบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ของประเทศอื่น ดังนั้น เมื่อบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ต่างชาติเข้ามาขออนุญาตลงทุนในประเทศสมาชิกอื่นใดในอาเซียน บุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวรนั้น (Passport) เป็นหลักฐานยื่นต่อทางราชการจะต้องใช้หนังสือเดินทาง

(2) องค์การการค้าโลก (WTO) มีประเทศสมาชิกทั่วโลกมากกว่า 153 ประเทศ รวมบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ไว้ในนิยามของคำว่าบุคคลธรรมดาจึงไม่มีผลในเชิงปฏิบัติ กล่าวคือ หากบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในอาเซียนเป็นบุคคลธรรมดา ผู้มีสัญชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) บุคคลนั้นจะได้รับสิทธิการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) ได้อย่างเสรีภายใต้ความตกลงการค้าบริการ (GATS) อยู่แล้ว การที่จะขยายการเปิดเสรีการลงทุนให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในอาเซียนหรือการกีดกันบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในอาเซียนไม่ให้ได้รับประโยชน์จากความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) จะไม่มีผลต่อการเปิดเสรีการลงทุนที่เพิ่มขึ้น หรือลดลงแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในการประชุมคณะทำงานความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (WG ACIA) ครั้งที่ 8 มีมติเป็นเอกฉันท์ว่า “ประเทศสมาชิกอาเซียนประเทศใดที่ยังไม่มีความพร้อมในการเปิดเสรีการลงทุน โดยการให้ความคุ้มครองการลงทุนต่อนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในประเทศสมาชิกอาเซียน ให้ประเทศสมาชิกสามารถขอยกเว้นเฉพาะเรื่องการเปิดเสรีสำหรับนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในประเทศสมาชิกอาเซียน โดยให้เขียนสงวนไว้ในรายการข้อสงวนส่วนที่ครอบคลุมทุกสาขา (Horizontal Section)”

2.3.2.4 นักลงทุนเป็นนิติบุคคลไม่ใช่อาเซียน แต่เข้ามาประกอบธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ

สำหรับการเจรจาข้อบทในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ประเทศสมาชิกอาเซียนหลายประเทศ เช่น ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศบรูไน ต่างต้องการให้อาเซียนขยายประโยชน์ของความตกลงจากเดิมภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN IGA) และความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) ให้ครอบคลุมถึงนักลงทุนต่างชาติที่ไม่ใช่อาเซียน

(ASEAN-based Foreign Investors) หรือที่เรียกว่า “Non-Party” แต่มาลงทุนอยู่ในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ (Substantive Business Operation: SBO) เพื่อเป็นการลงทุนให้ไหลเข้าสู่ภูมิภาคอาเซียนเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากเงินลงทุนที่ไหลเวียนในภูมิภาคอาเซียนเองค่อนข้างจำกัด ในระหว่างขั้นตอนการเจรจา ข้อบทความตกลงด้านการลงทุน ประเทศสมาชิกอาเซียน หลายประเทศได้พยายามที่จะผลักดันให้บรรลุหลักการนี้ไว้ในบทบัญญัติข้อ 2 (C) เรื่องหลักการที่เป็นแนวทาง (Guiding Principles) ซึ่งประเทศสมาชิกทุกประเทศเห็นชอบในหลักการ แต่ประเทศไทย ยังกังวลว่าอาจไม่สามารถปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวได้ เนื่องจากติดขัดเรื่องกฎหมายและกฎระเบียบภายในตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2546 จึงขอให้เปิดโอกาสให้ประเทศไทยสามารถเขียนยกเว้นการปฏิบัติหลักการนี้ได้ ซึ่งการประชุมคณะทำงานความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (WG ACIA) ครั้งที่ 8 จึงได้ข้อสรุปความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) มีการขยายขอบเขตจากความตกลงฉบับเดิมที่ให้ประโยชน์เพียงนักลงทุนอาเซียนให้ครอบคลุมถึงนักลงทุนเป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่อาเซียน แต่เข้ามาประกอบธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ (Foreign-owned ASEAN-based Investors) ซึ่งประเทศสมาชิกหลายประเทศเห็นพ้องต้องกันในหลักการ แต่เนื่องด้วยในทางปฏิบัติหลายประเทศยังมีข้อจำกัดด้านกฎระเบียบภายใน จึงมีการเจรจาต่อรองให้มีการเขียนข้อยกเว้นหรือรายการข้อยกเว้นไว้ได้เป็นกรณีพิเศษ²² เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติไม่เกินร้อยละ 49 ในธุรกิจสถานีโทรทัศน์และวิทยุ การคมนาคมขนส่ง ส่วนธุรกิจประกันภัย ต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 51 นอกจากนี้ ยังได้มีการสงวนอาชีพบางประเภทไว้สำหรับคนลาวเท่านั้น ห้ามมิให้มีการขึ้นทะเบียนวิสาหกิจให้ผู้ลงทุนต่างชาติ หรือบริษัทต่างชาติ เพื่อดำเนินธุรกิจที่เป็นอาชีพสงวนสำหรับคนลาวโดยเฉพาะ โดยมีการแนบท้ายในบัญชี ก. แนบท้ายประกาศของกระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าแห่ง สปป.ลาว ซึ่งสามารถแยกเป็นประเภทธุรกิจได้ 6 ประเภท คือ 1) พลังงานและป่อแร่ 2) อุตสาหกรรมและการค้า 3) โยธาธิการ และขนส่ง 4) แกล่งข้าว วัฒนธรรมและการท่องเที่ยว 5) ธนาครแห่ง สปป.ลาว 6) สาธารณสุข²³

2.3.2.5 การให้ความคุ้มครองการลงทุนที่เกี่ยวกับการให้บริการผ่านการจัดตั้งกิจการในต่างประเทศ (Commercial Presence)

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้ขยายการให้ความคุ้มครองการลงทุนให้ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่เกี่ยวกับการให้บริการผ่านการจัดตั้งกิจการในต่างประเทศ (Commercial Presence) ซึ่งเป็นรูปแบบการค้าบริการระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) หรือที่เรียกว่า “การค้าบริการ Mode 3” โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) หากประเทศผู้รับการลงทุนกระทำผิดพันธกรณีและก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุน นักลงทุนสามารถฟ้องประเทศผู้รับการลงทุนภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ ตัวอย่างเช่น นักลงทุนต่างชาติ

²² รัญลักษณ์ ทองร่วม โปธิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, น.41-42.

²³ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศอ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 10 น. 84-85.

เข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจธนาคารในประเทศสมาชิกอาเซียน ในรูปแบบการให้บริการผ่านการจัดตั้งธนาคารในต่างประเทศ (Commercial Presence) สามารถเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรี โดยประเทศผู้รับการลงทุนจะออกข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดไม่ได้ เช่น การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ การจำกัดหรือกำหนดมูลค่าของสินทรัพย์ในการให้บริการ การกำหนดประเภทของนิติบุคคล และการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคล เป็นต้น โดยอาศัยพันธกรณีในการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) แต่นักลงทุนจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองการลงทุนของตนตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS)

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการลงทุนจัดตั้งธนาคารในต่างประเทศ (Commercial Presence) จะไม่ใช่กิจการสาขาใดสาขาหนึ่งที่อยู่ภายใต้การเปิดเสรีการลงทุนตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ก็ตาม แต่ตามบทบัญญัติในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 5 ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองการลงทุนเช่นเดียวกับการลงทุนในธุรกิจ 5 สาขา ได้แก่ เกษตร ประมง ป่าไม้ เหมืองแร่ และอุตสาหกรรมการผลิต รวมถึงบริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ 5 สาขา อันถือว่าการขยายความคุ้มครองการลงทุนให้เพิ่มมากขึ้น²⁴

เมื่อความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ขยายขอบเขตของความตกลงว่าด้วยการกำหนดนิยามคำว่า “การลงทุน” ให้ครอบคลุมถึงการลงทุนด้านหลักทรัพย์ (Portfolio Investment) และกำหนดนิยามคำว่า “นักลงทุน” ให้ครอบคลุมถึงบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในประเทศสมาชิกอาเซียน และนิติบุคคลที่ไม่ใช่อาเซียน แต่เข้ามาประกอบธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ (Foreign-owned ASEAN-based Investors) ทำให้นักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวร (PRs) ในประเทศสมาชิกอาเซียนและนักลงทุนเป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่อาเซียน แต่เข้ามาประกอบธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ (Foreign-owned ASEAN-based Investors) สามารถเข้ามาลงทุนในประเทศสมาชิกอาเซียนได้อย่างเสรี สำหรับธุรกิจ 5 สาขา ได้แก่ การเกษตร การประมง การป่าไม้ การเหมืองแร่ และการผลิต และบริการที่เกี่ยวข้องกับ 5 สาขาดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) หรือเป็นการลงทุนด้านหลักทรัพย์ (Portfolio Investment) อีกทั้งยังได้รับความคุ้มครองการลงทุนเพื่อเป็นหลักประกันให้นักลงทุนมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างยุติธรรมและพอเพียง เช่น การได้รับการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment) การชดเชยค่าเสียหายกรณีจลาจล เวณคินกิจการหรือโอนกิจการมาเป็นของรัฐ หรือเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบ การเคลื่อนย้ายเงินลงทุนได้โดยเสรี หรือหากประเทศผู้รับการลงทุนไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) และก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุน นักลงทุนที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องประเทศผู้รับการลงทุนได้ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ตลอดจนได้รับการส่งเสริมและอำนวยความสะดวกเพื่อการลงทุนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) เช่นเดียวกับนักลงทุนเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติอาเซียน

การขยายขอบเขตของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ดังที่กล่าวมาข้างต้นสามารถคาดการณ์ได้ว่านักลงทุนอาเซียนและนักลงทุนต่างชาติที่มีใช่อาเซียน จะเข้ามาลงทุนในภูมิภาคอาเซียนเพิ่มมากขึ้น เมื่อสัดส่วนการลงทุนในภูมิภาคอาเซียนสูงขึ้นจะเกิดประโยชน์ต่อการขยายตัวของ

²⁴ รัชฎักษณ์ ทองร่วมโพธิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, น.42-43.

ภาคอุตสาหกรรม การผลิต และการบริการ อันส่งผลให้ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการจ้างงานที่เพิ่มขึ้น ช่วยเพิ่มรายได้ของประชาชนและยกระดับคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ให้อยู่ในระดับชนชั้นกลางมากขึ้น ทำให้ช่องว่างระหว่างคนจนกับคนรวยลดลง ส่งเสริมความมีเสถียรภาพทางสังคม สร้างเครือข่ายทางธุรกิจในภูมิภาคอาเซียน อันนำไปสู่การขยายตัวทางเศรษฐกิจของภูมิภาคอาเซียนอย่างรวดเร็ว

2.4 สาขาการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครอง

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นว่า ความตกลง ACIA เป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถเข้าไปลงทุนในอาเซียนได้โดยปราศจากอุปสรรคและข้อกีดกันทางการลงทุนโดยเฉพาะการลงทุนใน 5 สาขา ได้แก่ เกษตรเหมืองแร่ ป่าไม้ ประมงและการผลิต ทำให้สามารถเข้าไปแสวงหาวัตถุดิบและทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ในอาเซียนได้อย่างเต็มที่ เช่น เหมืองแร่และประมงในอินโดนีเซีย การเกษตรในกัมพูชา การเกษตรและเหมืองแร่ในเมียนมาร์ เป็นต้น ซึ่งจะเปิดช่องทางในการขยาย/ย้ายฐานการผลิต เพื่อลดต้นทุนการผลิตและรักษาระดับความได้เปรียบด้านการแข่งขันอีกด้วย

ความคุ้มครองตาม ACIA จึงเป็นการปรับปรุงข้อบทในความตกลง AIA และ IGA ที่มีอยู่ให้ดีขึ้น เช่น ครอบคลุมการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์หรือการถือหุ้น (Portfolio) การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับประเทศสมาชิกอาเซียน การโอนเงิน การลงทุนอย่างเสรี การกำหนดขั้นตอน กระบวนการ และเงื่อนไขในการปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขรายการข้อสงวนของประเทศสมาชิกอาเซียน โดยในการปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขจะต้องมีการชดเชยให้กับประเทศสมาชิกที่ได้รับผลกระทบ

นอกจากนี้ ประเด็นที่ประเทศไทยผลักดัน คือ การที่รัฐสามารถดำเนินมาตรการเพื่อปกป้องเสถียรภาพทางการเงินและอัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งเป็นการรับประกันความเสี่ยงทางการเงินและวิกฤตเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต เพื่อให้ความตกลง ACIA มีความสมบูรณ์และชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นหลักประกันที่มั่นคงว่าการลงทุนจะได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและพอเพียงสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ดีของสากล

2.5 ข้อสงวนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน

แม้ว่าการเปิดเสรีการลงทุน เป็นการกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวของการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน 10 ประเทศวิธีหนึ่ง โดยการให้สิทธิพิเศษกับนักลงทุนจากกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนและ นักลงทุนต่างชาติที่มีกิจการอยู่ในอาเซียน (Foreign-owned ASEAN-based investor) ในการเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรีมากกว่านักลงทุนจากประเทศอื่นๆ อย่างไรก็ดี การเปิดเสรีการลงทุนในที่นี้ ไม่ได้หมายความถึงการเปิดให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรี 100% ในทุกประเภทกิจการ แต่เป็นการเปิดเสรีแบบมีเงื่อนไข และมีความยืดหยุ่น เนื่องจากอาเซียนตระหนักดีถึงความแตกต่างของระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศ

ดังนั้น ประเทศสมาชิก จึงอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน หรือยังไม่พร้อมจะเปิดเสรีให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนทำกิจการใดก็สามารถสงวนเงื่อนไขและกิจการนั้นๆ ไว้ในรายการข้อสงวน (Reservation list) ได้ ซึ่งการเขียนข้อผูกพันในลักษณะนี้เรียกว่า Negative List Approach คือ ให้ระบุสิ่งที่ต้องการสงวนหรือไม่เปิดเสรีไว้ สาขาที่ไม่มีระบุไว้ในรายการข้อสงวนแปลว่า นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาลงทุนได้เหมือนคนในประเทศ แต่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นการเปิดเสรีที่ไม่น้อยไปกว่าความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) ซึ่งมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 (No backtrack) โดย

ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถทยอยเปิดเสรีเพิ่มขึ้นได้ตามความพร้อมและความสมัครใจของตนเป็นระยะๆ

25

.....

²⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์, “รายการข้อสงวนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) และแนวทางการเปิดเสรีรายการสงวนชั่วคราว 3 สาขา ภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยเขตการลงทุนอาเซียน (AIA),” 2552 น.3.

ดูที่ภาคผนวก รายการข้อสงวนของแต่ละประเทศสมาชิก. The ASEAN Secretariat. สืบค้นจาก <http://asean.org/asean-economic-community/asean-investment-area-aia-council/agreements-declarations/> วันที่ 19 มิถุนายน 2559.

บทที่ 3

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA เป็นกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียน กับนักลงทุนของรัฐสมาชิกอีกรัฐหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีตามความตกลง ACIA กำหนด โดยหากประเทศผู้รับการลงทุนกระทำผิดพันธกรณีและก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุน นักลงทุนสามารถฟ้องประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อให้ชดเชยค่าเสียหายภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้¹

3.1 สิทธิที่นักลงทุนสามารถฟ้องร้องเพื่อบังคับใช้สิทธิภายใต้ความตกลง (ASEAN Comprehensive Investment Agreement : ACIA)

3.1.1 สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ตามข้อบทที่ 5

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) หมายถึง การที่ประเทศภาคีสมาชิกประเทศหนึ่งจะต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนของประเทศภาคีสมาชิกอื่น ๆ ในลักษณะที่เท่าเทียมกันเสมือนกับที่ปฏิบัติต่อการลงทุนสาขาธุรกิจเดียวกันของนักลงทุนในประเทศ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติกับการลงทุนของนักลงทุนในประเทศ

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้แบ่งการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติออกเป็น 2 ส่วน คือ การให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับการลงทุน (Investment) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับนักลงทุน (Investor) โดยประเทศสมาชิกอาเซียนต้องให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนของประเทศสมาชิกอื่น ๆ เหมือนกับการลงทุนและนักลงทุนของชาติตนที่อยู่ในสภาวะการณ์ที่คล้ายคลึงกัน (like circumstances) ทั้งในช่วงก่อนเข้ามาจัดตั้ง (pre-establishment) และช่วงหลังเข้ามาจัดตั้ง (post-establishment)

ทั้งนี้ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 5 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อนักลงทุน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีสัญชาติอาเซียน เช่นเดียวกับความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (AIA) และยังขยายการเปิดเสรีการลงทุนให้ครอบคลุมไปถึงนักลงทุนที่ไม่ใช่สัญชาติของอาเซียน คือ บุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่สัญชาติอาเซียนแต่มีถิ่นพำนักถาวรในอาเซียน และนิติบุคคลที่เจ้าของไม่ใช่อาเซียนแต่มาจัดตั้งธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญด้วย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อาเซียนเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน มีการไหลเวียนสินค้าและการลงทุนอย่างเสรี³ ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่รับรองว่ารัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องปฏิบัติกับนักลงทุนจากรัฐสมาชิกอาเซียนอื่นไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนที่มีสัญชาติเดียวกับรัฐตน ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติกับนักลงทุนที่มีสัญชาติอาเซียนอื่นไม่แตกต่างจากที่ประเทศไทยปฏิบัติต่อนักลงทุนสัญชาติไทย

¹ ธีญลักษณ์ ทองรุ่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียน และความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 43

³ ธีญลักษณ์ ทองรุ่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียน และความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 50-51

ขอบเขตของหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) นั้น ไม่ได้เป็นพันธกรณีทั่วไป หากแต่เป็นข้อผูกพันเฉพาะที่ใช้บังคับกับสาขาการลงทุนที่ประเทศสมาชิกเลือกที่จะเปิดเสรี หากประเทศสมาชิกไม่ต้องการที่จะเปิดเสรีการลงทุนในสาขาใดจะต้องบันทึกสาขาการลงทุนนั้น ๆ ไว้ในรายการข้อสงวนของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ซึ่งจะส่งผลให้ประเทศผู้รับการลงทุนไม่จำเป็นต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) แก่การลงทุนต่างชาติสำหรับสาขาการลงทุนที่ระบุไว้ในรายการข้อสงวนนั้น ทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติได้ หากมาตรการเลือกปฏิบัตินั้นถูกระบุไว้ในรายการข้อสงวน

3.1.2 สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ตามข้อบทที่ 6

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ซึ่งนำมาใช้ในสนธิสัญญาทวิภาคีของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะทั้งที่เป็นแบบฝ่ายเดียว (Unilateral MFN) และแบบสองฝ่าย (Bilateral MFN) โดยอาจจะใช้โดยมีเงื่อนไข (Conditional MFN) หรือไม่มีเงื่อนไข (Unconditional MFN) ก็ได้ แต่ในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 6 เป็นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแบบหลายฝ่าย โดยไม่มีเงื่อนไข⁸ ซึ่งวางกรอบไว้ว่า รัฐสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติทางการลงทุนในสาขาต่าง ๆ ของแต่ละประเทศสมาชิกไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติกับประเทศสมาชิกอื่นใด อย่างไรก็ตาม การกำหนดว่าสาขาการลงทุนใดจะได้สิทธิพิเศษยังคงเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิก และรัฐสมาชิกอาเซียนอาจกำหนดให้สมาชิกอื่นได้รับสิทธิพิเศษในเรื่องการลงทุนมากกว่าประเทศสมาชิกอื่นในอาเซียนได้⁹ ซึ่งตามบทบัญญัติความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 6 วรรค 3 กำหนดข้อยกเว้นให้ประเทศสมาชิกอาเซียนจะไม่ต้องขยายประโยชน์โดยอัตโนมัติให้แก่นักลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนประเทศอื่น ๆ หากประโยชน์ด้านการลงทุนเหล่านั้นเป็นผลมาจากความตกลงภายในภูมิภาคย่อย (Sub-Regional Arrangement) และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการพัฒนาหรือมีลักษณะเป็นความร่วมมือในกรอบภูมิภาค เช่น โครงการพัฒนาความร่วมมือทางเศรษฐกิจในอนุภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขง (Greater Mekong Sub-Region: GMS) กรอบความร่วมมือในการพัฒนาอาเซียนลุ่มแม่น้ำโขง (ASEAN-Mekong Basin Development Cooperation: AMBDC) แผนงานการพัฒนาเขตเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย (Indonesia-Malaysia-Thailand Growth Triangle: IMT-GT) แผนงานการพัฒนาเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย-มาเลเซีย-สิงคโปร์ (Indonesia-Malaysia-Singapore Growth Triangle: IMS-GT) เขตพัฒนาเศรษฐกิจอาเซียนตะวันออกบรูไน-อินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ฟิลิปปินส์ (Brunei-Indonesia-Malaysia-Philippines East ASEAN Growth Area: BIMP-EAGA) เป็นต้น¹⁰ ok

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) มีผลบังคับใช้แก่ประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันเอง กล่าวคือ หากประเทศสมาชิกอาเซียนได้ให้สิทธิประโยชน์ด้านการลงทุนที่ดีกว่าแก่ประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกอาเซียน ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาลงทุน การจัดตั้งกิจการ การได้มา การขยายกิจการ การบริหารจัดการ การดำเนินการ การปฏิบัติการ และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการลงทุนในดินแดนของ

⁸ พุทธชาติ บุญกลม, กลไกในการระงับข้อพิพาทของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน : ศึกษาเฉพาะกรณีละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุน, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), หน้า 47

⁹ ปรวิศร์ เลิศธรรมเทวี, การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน (Implementing the ASEAN Comprehensive Investment Agreement in Thailand) สถาบันพระปกเกล้า, หน้า 148

¹⁰ ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 49

ประเทศสมาชิก ภายใต้ความตกลงอื่นที่ตนเป็นภาคีไม่ว่าจะมีอยู่เดิมหรือเกิดขึ้นภายหลังจากที่ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) มีผลบังคับใช้ ประเทศสมาชิกรายนั้นจะต้องขยายประโยชน์ด้านการลงทุนเช่นว่านั้นให้กับนักลงทุน (Investor) ที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติอาเซียน และนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาผู้มีถิ่นพำนักถาวรในประเทศสมาชิกอาเซียน และนักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่ (Foreign) อาเซียน แต่เข้ามาประกอบธุรกิจในอาเซียนอย่างมีนัยสำคัญ (ASEAN-based Investors) ด้วย¹¹ หากประเทศสมาชิกอาเซียนให้การปฏิบัติต่อการลงทุนและนักลงทุนที่ไม่ใช่สมาชิกอาเซียนอย่างใด ๆ ตีกว่าที่ให้อยู่ได้ ACIA ประเทศสมาชิกนั้นจะต้องให้การปฏิบัติดังกล่าวต่อประเทศสมาชิกอื่น ๆ โดยอัตโนมัติ (Automatic MFN) ทั้งนี้ พันธกรณี MFN ไม่ครอบคลุมถึงการปฏิบัติภายใต้การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS)¹² เนื่องจากหลักสำคัญของ MFN คือการที่ประเทศผู้รับการลงทุน (host country) ปฏิบัติต่อนักลงทุนชาวต่างชาติของประเทศนอกกลุ่มเช่นไรก็จะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศสมาชิกด้วยมาตรฐานเดียวกัน แต่การเขียนข้อกำหนด MFN (MFN Clause) ในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement: IIAs) หรือความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty: BIT) ระหว่างรัฐต่อรัฐนั้น จะเป็นทางออกในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ โดยระบุให้นักลงทุนชาวต่างชาติสามารถยื่นฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยไม่ต้องยื่นขออนุญาตจากศาลภายในประเทศผู้รับการลงทุนก่อน ซึ่งการเขียนในลักษณะเช่นนี้จะเป็นการปูทางไปสู่การระงับข้อพิพาทอย่างเป็นทางการได้

กรณีเช่นในกรณีที่เกิดขึ้นไปแล้ว คือ ๑) คดีระหว่าง Maffezini และสเปน นาย Emilio Agustin Maffezini นักลงทุนชาวอาร์เจนตินา อ้างถึงข้อกำหนด MFN ข้อ ๔ ของ BIT ระหว่างอาร์เจนตินา-สเปน ที่ให้สิทธิให้นักลงทุนชาวต่างชาติยื่นฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการของศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Center for the Settlement of Investment Disputes: ICSID) ได้ โดยไม่ต้องยื่นขออนุญาตจากศาลภายในของสเปน ๒) คดีระหว่าง Siemens และอาร์เจนตินา บริษัท Siemens อ้างถึงข้อกำหนด MFN ของ BIT ระหว่างเยอรมนี-อาร์เจนตินา ที่อนุญาตให้นักลงทุนยื่นฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนต่ออนุญาโตตุลาการได้โดยไม่ต้องยื่นขออนุญาตจากศาลอาร์เจนตินา

อย่างไรก็ตาม การเขียนข้อกำหนด MFN ใน IIA หรือ BIT เพื่อปูทางไปสู่กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้น เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่รัฐของทั้งสองฝ่ายจะต้องพิจารณาขอบเขตของเนื้อหาและเป้าหมายของการนำไปใช้อย่างละเอียดรอบคอบ เนื่องจากในแง่ของรัฐผู้ลงทุนนั้น การเลือกใช้ถ้อยคำที่แตกต่างไปจาก BIT ของคดีที่เป็นกรณีศึกษาก่อนหน้า อาจก่อให้เกิดผลการตัดสินคดีที่แตกต่างออกไป ส่วนในแง่ของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นยังคงมีการถกเถียงเรื่องสองคดีดังกล่าวข้างต้นอย่างกว้างขวาง และรัฐส่วนใหญ่พิจารณาว่า ข้อกำหนด MFN ไม่สมควรนำมาปรับใช้กับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชน เพราะจะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้นักลงทุนชาวต่างชาติ และกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐและประชาชนในชาติ¹³ การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ยังกำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุน

¹¹ พรวิศร เลิศธรรมเทวี, การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน (Implementing the ASEAN Comprehensive Investment Agreement in Thailand) สถาบันพระปกเกล้า, หน้า 48

¹² Article 6: Most-Favored-Nation Treatment

13 INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT AND IMPACT ON INVESTMENT RULEMAKING ของ UNCTAD

(http://unctad.org/en/Docs/iteia20073_en.pdf) หน้า 51-54 และ MOST-FAVOURLED-NATION TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW ของ OECD (https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/AWP-2004_2.pdf) หน้า 12-14

มีพันธกรณีจะต้องให้ความคุ้มครองต่อการลงทุน (Investment) ที่นักลงทุนจากประเทศสมาชิกผู้ทำสัญญาอื่น ๆ ได้ดำเนินการไปตามกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนและจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยการใช้มาตรการที่ไม่เป็นธรรมหรือลำเอียงต่อการให้เข้ามา การจัดตั้ง การได้มา การขยาย การจัดการ การดำเนินการ การปฏิบัติการ และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่น ๆ ของการลงทุนในดินแดนของประเทศผู้รับการลงทุนด้วย¹⁴

3.1.3 สิทธิในการห้ามกำหนดให้นิติบุคคลของตนแต่งตั้งผู้จัดการอาวุโสและผู้บริหารที่มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง (SMBD) ตามข้อบทที่ 8

ผู้บริหารอาวุโสและกรรมการบริหาร (Senior Management and Board of Directors : SMBD) เป็นข้อบทที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัดส่วนผู้บริหารอาวุโสและกรรมการบริหารในกิจการของนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนจัดตั้งกิจการในประเทศผู้รับการลงทุน เช่น การกำหนดให้ผู้บริหารผู้จัดการ หรือกรรมการของบริษัทต้องเป็นคนสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการให้สิทธิในการควบคุมดูแลกิจการที่ลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติอย่างเต็มที่¹⁵

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้กำหนดข้อบทในการห้ามกำหนดเงื่อนไขในการดำรงตำแหน่งผู้บริหารอาวุโสและกรรมการบริหาร ไว้ในข้อ 8 วรรคแรก ซึ่งห้ามมิให้ประเทศสมาชิกอาเซียนตั้งข้อกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงตำแหน่งผู้บริหารอาวุโสของนิติบุคคลในประเทศสมาชิกว่าต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งหลักนี้สอดคล้องกับหลักทั่วไปของความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements: IIAs) ที่กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติสามารถแต่งตั้งบุคคลสัญชาติใดมาดำรงตำแหน่งผู้บริหารอาวุโสของตนก็ได้ และในข้อ 8 วรรคสอง ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนอาจกำหนดให้กรรมการส่วนใหญ่ในคณะกรรมการบริหารของนิติบุคคลของประเทศสมาชิกนั้น มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือมีถิ่นที่อยู่ในดินแดนของประเทศสมาชิก โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าข้อกำหนดนั้นต้องไม่ทำให้ความสามารถของนักลงทุนในการที่จะดำเนินการควบคุมเหนือการลงทุนของตนเสื่อมลงอย่างมีนัยสำคัญ¹⁶

การกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยผู้บริหารอาวุโสและกรรมการบริหาร (SMBD) ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) นั้น ไม่ได้เป็นพันธกรณีทั่วไป หากแต่เป็นข้อผูกพันเฉพาะที่ใช้บังคับกับสาขาการลงทุนที่ประเทศสมาชิกเลือกที่จะเปิดเสรี ดังนั้น การลงทุนในธุรกิจสาขาการลงทุนที่ได้ระบุไว้ในรายการข้อสงวนของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถใช้มาตรการที่เลือกปฏิบัติในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้บริหารอาวุโสและกรรมการบริหารในการเข้ามาลงทุนการจัดตั้งกิจการ การได้มา การขยายกิจการ การบริหารจัดการ การดำเนินการ การปฏิบัติการ และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติสำหรับสาขาการลงทุนที่ระบุไว้ในรายการข้อสงวนได้¹⁷

¹⁴ อัญลักษณ์ ทองรมโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2554), หน้า 78

¹⁵ เรื่องเดิม, หน้า 59

¹⁶ เรื่องเดิม, หน้า 60

¹⁷ เรื่องเดิม, หน้า 61

3.1.4 สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน และการคุ้มครองอย่างเต็มที่ (Treatment of Investment) ตามข้อบทที่ 11

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 11 กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติของรัฐต่อการลงทุนจากประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นให้เป็นอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (Fair and Equitable Treatment – FET) โดยมีขอบเขตที่ครอบคลุมเฉพาะการไม่ปฏิบัติความยุติธรรม ทั้งในแง่ของตัวบทกฎหมายหรือการใช้อำนาจบริหาร จะต้องเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการ (due process) และต้องให้การคุ้มครองและความปลอดภัยแก่นักลงทุนอย่างเต็มที่ (Full Protection and Security) ดังนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมต่อการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียน ทั้งนี้ นักลงทุน (Investor) ที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีสัญชาติอาเซียน นักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่สัญชาติอาเซียนแต่มีถิ่นพำนักถาวรในอาเซียน และนิติบุคคลที่เจ้าของไม่ใช่อาเซียนแต่มาจัดตั้งธุรกิจอาเซียนโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ หรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกัน¹⁸

ในกรณีที่นักลงทุนไม่ได้รับความเป็นธรรมภายใต้นโยบายส่งเสริมการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียน นักลงทุนที่ได้รับผลกระทบอาจกล่าวหาว่ารัฐผู้รับการลงทุน ไม่ได้ให้การปฏิบัติต่อตนอย่าง “เท่าเทียมและเป็นธรรม” (Fair and Equitable Treatment) และสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการเพื่อรักษาสิทธิของตนภายใต้ความตกลงในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในส่วนของ การเปิดเสรีการลงทุน ทำให้นักลงทุนได้ประโยชน์จาก ACIA โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสาขาที่มีการเปิดเสรีการลงทุน¹⁹

3.1.5 สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีเกิดความเสียหายจากเหตุการณ์รุนแรงภายในประเทศ (Compensation in Cases of Strife) ตามข้อบทที่ 12

แผนแม่บท AEC เกี่ยวกับการคุ้มครองกรณีเกิดความเสียหายจากเหตุการณ์รุนแรงภายในประเทศกำหนดให้มีการชดเชยกรณีจลาจล โดยรัฐสมาชิกแต่ละรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ครอบคลุมต่อผู้ลงทุนของรัฐสมาชิกอื่นใด ซึ่งได้รับความเสียหายในดินแดนของรัฐสมาชิกอันเป็นผลมาจากการสู้รบด้วยอาวุธ การจลาจลของพลเมือง หรือภาวะฉุกเฉิน การไม่เลือกปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการชดเชย การชดเชย หรือการตอบแทนอื่น²² นอกจากนี้ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) มีการกำหนดพันธกรณีเรื่องการจ่ายเงินชดเชยในกรณีเกิดจลาจลไว้อย่างชัดเจน ดังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 12 ว่า ประเทศผู้รับการลงทุนต้องใช้คืน ชดเชย หรือตอบแทนด้วยวิธีอื่นใด โดยไม่เลือกปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติ ที่ได้รับความเสียหายจากการลงทุนในดินแดนของประเทศผู้รับการลงทุน ในกรณีที่ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการสู้รบด้วยอาวุธ การจลาจลของพลเมือง หรือสภาวะฉุกเฉิน การชดเชยความเสียหายที่เกิดจากกรณีจลาจล ถือเป็นหลักประกันหนึ่งของการชดเชยความเสียหาย²³

¹⁸ เรื่องเดิม, หน้า 93-94

¹⁹ กรกรณ์ ชีวะตระกูลพงษ์ และคณะ, สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา. โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน เพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC). (กรุงเทพมหานคร : 2557), หน้า 102

²² ชานาญ งามณีอุดม, นพเก้า จันทรสุขสวัสดิ์ และ อารีญา อุ้นประเสริฐ, ASEAN SME Investment, TMA สสว. หน้า 4

²³ ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียน และความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2554), หน้า 108-109

3.1.6 สิทธิในการโอนเงินและผลกำไรโดยเสรี (Transfers) ตามข้อบทที่ 13

แผนแม่บท AEC มีแนวทางการโอนเกี่ยวกับการลงทุนที่ครอบคลุมให้สามารถทำได้โดยอิสระและ ไม่ล่าช้าทั้งที่เข้ามาและออกไปจากดินแดนของตน ปรากฏตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 13 วรรคสอง ที่กำหนดให้ รัฐสมาชิกแต่ละรัฐจะต้องอนุญาตการโอนเงินที่เกี่ยวกับการลงทุนออกไปจาก ดินแดนของประเทศผู้รับการลงทุนได้ และต้องอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินดังกล่าวด้วยสกุล เงินตราที่ใช้โดยเสรี โดยไม่ถูกจำกัดเรื่องสกุลเงินตราที่จะโอนออกนอกดินแดนนั้น และให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยน เงินตราตามราคาตลาด ณ เวลาที่มีการโอน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นักลงทุนมีสิทธิในการโอนเงินทุนและผลกำไร เข้าออกได้โดยเสรี ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสมาชิกผู้รับการลงทุน ยกเว้นแต่ในกรณีที่กำหนดเท่านั้น อาทิ เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษี ตามมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ และเป็นธรรม

การโอนเงินดังกล่าวนี้รวมถึงเงินทุนที่สนับสนุนการลงทุน รวมถึงเงินสนับสนุนเริ่มต้น กำไร กำไรส่วนทุน เงินปันผล ค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียมใบอนุญาต ค่าธรรมเนียมสำหรับการช่วยเหลือทางเทคนิค และ ค่าธรรมเนียมสำหรับการจัดการด้านเทคนิค ดอกเบี้ย และรายได้ประจำอื่น ๆ ที่เกิดจากการลงทุนที่ครอบคลุม ใด ๆ ผลกำไรที่เกิดจากการขายทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการชำระบัญชีของการลงทุนที่ครอบคลุมใด ๆ การ ชำระเงินภายใต้สัญญา รวมถึงความตกลงเงินกู้ การชำระเงินที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการใด ๆ รวมถึงศาล การอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงระหว่างภาคีที่พิพาทกัน รายได้และค่าตอบแทนอื่น ๆ ของ บุคลากรที่ได้รับว่าจ้างและได้รับอนุญาตให้ทำงานอันเนื่องมาจากการลงทุนที่ครอบคลุมในดินแดนของตนด้วย อย่างไรก็ตาม การอนุญาตโอนเงินดังกล่าวของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิและพันธกรณีของรัฐ สมาชิกในฐานะสมาชิกของไอเอ็มเอฟ ภายใต้ข้อตกลงของไอเอ็มเอฟ ในการใช้มาตรการกำหนดอัตรา แลกเปลี่ยนเงินตราตามข้อตกลงของไอเอ็มเอฟ รวมถึงรัฐสมาชิกจะต้องไม่กำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับธุรกรรม การเงินใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องต่อข้อตกลงที่รัฐสมาชิกได้ผูกพันตนภายใต้ความตกลงของไอเอ็มเอฟที่กำหนด เกี่ยวกับธุรกรรมดังกล่าว เว้นแต่ เมื่อมีคำร้องขอจากไอเอ็มเอฟเพื่อปกป้องดุลการชำระเงิน ในสถานการณ์ พิเศษที่มีการเคลื่อนย้ายเงินทุน อันอาจส่งผลกระทบต่อทำให้เกิดความปั่นป่วนทางเศรษฐกิจ และธุรกรรม ทางการเงินอย่างรุนแรงในรัฐสมาชิกนั้น²⁴

แต่ประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศ เช่น พม่า เวียดนาม ซึ่งเป็นประเทศคอมมิวนิสต์และ ไม่ได้รับพันธกรณี ข้อ 8 ของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ซึ่ง กำหนดให้รัฐอนุญาตให้มีการโอนเงินที่ได้จากการลงทุนเสรีจะมีการร่างเงื่อนไขการโอนเงิน เช่น ต้องส่งเป็นงวด ตามที่ตกลงกันเพื่อรักษาดุลการชำระเงินของประเทศเหล่านี้ ซึ่งหากประเทศสมาชิกอาเซียนยังคงวาง ข้อกำหนดเช่นนี้อาจส่งผลให้การส่งเสริมการลงทุนภายในภูมิภาคอาเซียนไม่ประสบความสำเร็จ

3.1.7 สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน (Expropriation and Compensation) ตามข้อบทที่ 14

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 14 และภาคผนวก 2 เรื่องการเวนคืนหรือการ โอนกิจการมาเป็นของรัฐและการชดเชย กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องไม่เวนคืนหรือโอนกิจการมาเป็น ของรัฐซึ่งการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยผ่านมาตรการใด ๆ ที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือ การโอนกิจการมาเป็นของรัฐ และยังสามารถกำหนดเหตุยกเว้นที่อนุญาตให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถเวนคืน

²⁴ ชานาญ งามณีนุตม, นพเก้า จันทรสุขสวัสดิ์ และ อารีญา อุ้นประเสริฐ, ASEAN SME Investment, TMA สสว. หน้า 4-5

กิจการของนักลงทุนต่างชาติหรือการโอนกิจการของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐได้ หากกระทำไปเพื่อความมุ่งประสงค์ทางสาธารณะอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ มีการชำระค่าชดเชยโดยพลัน เพียงพอ มีประสิทธิภาพและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁵โดยประเทศผู้รับการลงทุนต้องจ่ายค่าชดเชยแก่ทรัพย์สินที่มีการเวนคืน ซึ่งทรัพย์สินที่เวนคืนมาอาจจะเวนคืนมาเป็นขององค์กรหรือบุคคลอื่นนอกจากรัฐก็ได้ เช่น องค์กรการบริหารส่วนท้องถิ่น หรือประชาชน ในกรณีการเวนคืนเพื่อการปฏิรูปที่ดิน เป็นต้น

การเวนคืน (Expropriation) มีวัตถุประสงค์ในการใช้สิ่งหาริมทรัพย์ที่เวนคืนมาในลักษณะแตกต่างไปจากเดิมโดยจะต้องทำตามขั้นตอนของกฎหมายที่มีอยู่ภายใต้หลักการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องชำระเงินชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติโดยไม่ชักช้าเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสมเพียงพอ โดยเทียบเท่ากับมูลค่าความเสียหายตามราคาตลาดก่อนทันที หรือ ณ เวลาที่การเวนคืนถูกประกาศต่อสาธารณชน หรือเมื่อเกิดการเวนคืนขึ้น ในกรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนจ่ายเงินชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติล่าช้า นักลงทุนต่างชาติยังมีสิทธิได้รับชำระเงินชดเชยรวมถึงดอกเบี้ยต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ในอัตราที่เหมาะสมตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งการจ่ายเงินชดเชยนั้นประเทศผู้รับการลงทุนอาจจ่ายเป็นเงินสดหรือทรัพย์สินที่สามารถแลกเปลี่ยนเป็นเงินสดได้อย่างเสรี โดยเป็นสกุลเงินตราที่ใช้ในการลงทุนตั้งแต่แรกหรือสกุลเงินตราอื่นใดที่ใช้ได้โดยเสรีตามที่นักลงทุนต่างชาติร้องขอ แต่การชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืนจะไม่ใช้บังคับกับการออกมาตรการบังคับใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริพส์²⁶

นอกจากการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนมาเป็นของรัฐอันเป็นการเวนคืนทางตรงแล้ว ความตกลง ACIA ยังให้ความคุ้มครองรวมถึง การเวนคืนโดยอ้อม ซึ่งได้แก่ การออกมาตรการโดยรัฐที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญจนทำให้เสียการควบคุมหรือไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ โดยไม่ได้รับค่าชดเชยที่เป็นธรรมด้วย เช่น คดีระหว่างบริษัท Metalclad Corporation กับรัฐบาลเม็กซิโก ซึ่งบริษัท Metalclad เป็นบริษัทอเมริกันที่ได้รับสัมปทานจากรัฐบาลเม็กซิโกให้ก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะในมลรัฐซานหลุยส์โปโตซี ในปี 2536 ต่อมาเกิดการกล่าวหาถึงการทุจริตที่เจ้าหน้าที่รัฐออกสัมปทานให้แก่บริษัทและมีการคัดค้านการก่อสร้างโดยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เทศบาลท้องถิ่นที่ดูแลสถานที่ก่อสร้างโรงงานจึงได้ออกคำสั่งระงับใบอนุญาตก่อสร้างเมื่อปี 2537 ทำให้การก่อสร้างไม่อาจดำเนินต่อไปได้ และต่อมาเมื่อเดือนกันยายน 2540 ผู้ว่าการรัฐซานหลุยส์โปโตซีได้ออกรัฐบัญญัติประกาศให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตพื้นที่อนุรักษ์ ทำให้การก่อสร้างโรงงานดังกล่าวไม่อาจกระทำได้อย่างสิ้นเชิง บริษัท Metaclad ได้ใช้สิทธิตามกระบวนการระงับข้อพิพาทของนาฟต้าขอให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการ ต้องด้วยมาตรา 1110 ซึ่งในที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้รัฐบาลเม็กซิโกรับผิดชอบและต้องจ่ายค่าชดเชยจำนวน 16.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐให้แก่บริษัท ประเด็นที่น่าสนใจในคำวินิจฉัยนี้ จึงได้แก่การที่คณะอนุญาโตตุลาการตีความอย่างกว้างขวาง ว่าการกระทำของรัฐซานหลุยส์โปโตซีในฐานะตัวแทนของรัฐบาลเม็กซิโกที่ให้ระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงาน และในการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม มีผลเท่ากับเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการทางอ้อมด้วย²⁷

²⁵ ัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียน และความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 110

²⁶ ชำนาญ งามมณีอุดม, นพเก้า จันทรสุขสวัสดิ์ และ อารีญา อุ่นประเสริฐ, ASEAN SME Investment, TMA สสว. หน้า 5-6

²⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, จิราพร ลิ้มปานานนท์, กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ, (กรุงเทพ : บริษัท เดอะ กราฟิโก ซิสเต็มส์ จำกัด, 2558), น.19-20.

สำหรับประเทศไทย เคยมีคดีตัวอย่างของการดำเนินการที่นักลงทุนอ้างว่าเข้าข่ายเป็นการเวนคืน โดยอ้อมซึ่งปรากฏข่าวแพร่หลาย ได้แก่ กรณีที่รัฐบาลไทย ถูกบริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau) ซึ่งเป็นบริษัทผู้รับเหมาจากประเทศเยอรมนี ที่เคยถือหุ้นบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานโทลล์เวย์ ในสัดส่วน 9.87% ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี 2545 โดยอ้างว่า ได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลไทยผิดสัญญาในโครงการก่อสร้างโทลล์เวย์หลายประเด็น เช่น ขอให้ลดค่าผ่านทางเหลือ 20 บาทตลอดสาย และมีมาตรการไม่ให้บริษัทปรับค่าผ่านทาง นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องการสร้างทางแข่งขัน เช่น โครงการโฮปเวลล์ การก่อสร้างทางเบี่ยงบนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิต การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ ฯลฯ ซึ่งล้วนก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) แม้คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งพิจารณากรณีพิพาทนี้จะปฏิเสธข้อกล่าวอ้างเรื่องการเวนคืนโดยอ้อม แต่ก็ได้มีคำชี้ขาดว่าประเทศไทยผิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง และต้องชำระค่าชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด เป็นเงินจำนวน 29.21 ล้านยูโร พร้อมดอกเบี้ย ในอัตรา 2% ต่อปี เริ่มตั้งแต่วันที่ 3 ธันวาคม 2549 จนกว่าถึงวันชำระเงิน พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของฝ่ายวอลเตอร์ บาว จำนวน 1,806,560 ยูโร รวมทั้งดอกเบี้ยตามอัตราเดียวกับค่าชดเชยความเสียหายด้วย

อย่างไรก็ตาม ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปของสิทธิที่นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองไว้ใน ข้อ 17 ที่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถกระทำการในลักษณะที่ละเมิดต่อพันธกรณีได้ โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือแสดงเหตุผลไม่ได้ ในกรณีต่อไปนี้

- (1) กรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน
- (2) กรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- (3) กรณีจำเป็นเพื่อประกันการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ ซึ่งไม่ขัดต่อความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA)
- (4) กรณีมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมหรือประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษี
- (5) กรณีเพื่อปกป้องศิลปวัตถุ โบราณวัตถุ หรือสิ่งมีค่าทางประวัติศาสตร์ อันเป็นสมบัติของชาติ
- (6) เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วหมดไป

นอกจากนี้ ประเทศผู้รับการลงทุนยังไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลหรือกระทำการใดๆ หากเป็นไปตามหลักข้อยกเว้นด้านความมั่นคง (Security Exceptions) ข้อบทที่ 18 เช่น การเปิดเผยข้อมูลสำคัญที่ขัดต่อผลประโยชน์ด้านความปลอดภัย การกระทำที่เกี่ยวกับวัตถุระเบิดและวัสดุระเบิด หรือวัตถุอื่นที่ผลิตจากวัตถุ การกระทำที่เกี่ยวกับการค้าอาวุธ ยุทธภัณฑ์ และเครื่องมือสงคราม การค้าสินค้าและวัสดุอื่นใด ซึ่งกระทำไปโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อความมุ่งประสงค์ในการจัดหาสำหรับหน่วยจัดตั้งทางทหาร การกระทำเพื่อคุ้มครองโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะที่สำคัญ เป็นต้น

3.2 ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาท

เมื่อเกิดข้อพิพาทด้านการลงทุนขึ้นระหว่างนักลงทุนเอกชนต่างชาติดกับรัฐที่รับการลงทุนในอาเซียน คู่กรณีพิพาทสามารถนำเอาข้อกำหนดของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive

Investment Agreement : ACIA) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ โดยมีรายละเอียดกำหนดอยู่ใน Section B ดังนี้

3.2.1 การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการภายในรัฐที่รับการลงทุน

3.2.1.1 การประนอมข้อพิพาท (Conciliation)

การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) นั้น ยังไม่มีคำจำกัดความซึ่งเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป แต่เข้าใจกันว่าหมายถึง การดำเนินการนำคู่พิพาทเข้ามาสู่การเจรจาตกลงกัน อันเป็นวิธีหนึ่งของการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ที่มีบรรยากาศซึ่งเป็นมิตรต่อกันมากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยองค์การตุลาการ²⁸

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 30 กำหนดให้นักลงทุนและรัฐคู่พิพาทสามารถตกลงกันเพื่อเริ่มต้นกระบวนการประนอมข้อพิพาทได้ทุกเมื่อ และสามารถยุติในเวลาใดที่นักลงทุนผู้พิพาทต้องการแม้ที่นักลงทุนดังกล่าวจะยื่นได้ข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการและเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปแล้ว แต่การประนอมข้อพิพาทก็อาจดำเนินการต่อไปอย่างต่อเนื่องได้ โดยไม่กระทบสิทธิของคู่กรณีภายใต้บทบัญญัติในหมวดนี้

วิธีการประนอมข้อพิพาทนั้น มิได้ถูกกำหนดไว้อย่างตายตัว แต่มีหลักสำคัญคือ คู่กรณีต้องกระทำการระงับข้อพิพาทของตนด้วยประการใดๆ อันเป็นการสละข้อเรียกร้องหรือสิทธิหรือผลประโยชน์บางประการของตนและยอมตามที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้องบ้าง แต่ยังคงยืนยันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือผลประโยชน์ที่ตนควรได้รับในบางส่วนอยู่ โดยอาจเกิดจากการยอมผ่อนผันให้แก่กันด้วยตนเอง หรือโดยมีคนกลางเข้าไปไกล่เกลี่ยทำให้คู่กรณีตกลงยอมผ่อนผันให้แก่กันก็ได้²⁹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน คือ 1) ขั้นตอนก่อนการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่พิพาท 2) กระบวนการในการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะทำในรูปของการประชุมร่วมกันโดยอาจจะต้องมีการประชุมหลายครั้ง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อตกลงประนีประนอมยอมความที่สมเหตุสมผล และ 3) ขั้นตอนภายหลังการไกล่เกลี่ย

แม้ว่าบางครั้งการไกล่เกลี่ยอาจจะไม่สามารถทำให้คู่พิพาทยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้ทั้งหมดก็ตาม แต่บ่อยครั้งก็พบว่าคู่พิพาทสามารถบรรลุข้อตกลงกันได้บางส่วนซึ่งอาจจะก่อให้เกิดแรงผลักดันที่จะทำให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันเพื่อยุติข้อพิพาททั้งหมดได้ในภายหลัง³⁰

3.2.1.2 การเจรจาปรึกษาหารือ (Consultation)

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 31 กำหนดว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักลงทุนและรัฐคู่พิพาทจะต้องพยายามแก้ไขปัญหาคข้อพิพาท โดยผ่านการปรึกษาหารือ (Consultation) และการเจรจา (Negotiation) เสียก่อน ซึ่งการเจรจาปรึกษาหารือดังกล่าวจะเริ่มดำเนินการ โดยนักลงทุนผู้พิพาทยื่นคำร้องขอเจรจาหารือเป็นลายลักษณ์อักษรส่งไปให้รัฐสมาชิกผู้พิพาท และการเจรจาหารือจะต้องเริ่มขึ้นภายใน 30 วัน นับจากวันที่รัฐสมาชิกผู้พิพาทได้รับคำร้องขอเจรจาหารือ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงเป็นอย่างอื่น

²⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 23.

²⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 4.

³⁰ อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 24-30.

แต่ไม่ได้กำหนดเรื่องระยะเวลาว่ากรณีที่รัฐผู้พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับคำร้องขอแล้วจะต้องตอบคำร้องขอภายในกี่วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอ อีกทั้ง ไม่ได้กำหนดกรณีระงับข้อพิพาทการลงทุนแบบเร่งด่วนฉุกเฉินไว้ ซึ่งต่างไปจากการระงับข้อพิพาทการลงทุนภายใต้พิธีสารว่าด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทของอาเซียน ค.ศ. 2004 (ASEAN EDSM) ที่กำหนดระยะเวลาในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทการลงทุนผ่านการเจรจาหรือ นักลงทุนผู้พิพาทจะต้องใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผลที่จะจัดหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับพื้นฐานทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนให้รัฐสมาชิกผู้พิพาทก่อนเริ่มการปรึกษาหารือ ทั้งนี้ “การเจรจาปรึกษาหารือ” (Consultation) จัดได้ว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถตอบสนองได้อย่างรวดเร็วและยืดหยุ่นต่อข้อพิพาทระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่า “การเจรจาปรึกษาหารือ” (Consultation) จัดเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ถือว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุด³¹

3.2.1.3 การยื่นข้อพิพาทต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกที่มีเขตอำนาจ

กรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนกระทำการใดๆ อันเป็นเหตุให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหาย นักลงทุนมีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีเขตอำนาจเหนือข้อเรียกร้อง เพื่อบังคับใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้³² ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้นว่าด้วยเขตอำนาจศาล

ยกตัวอย่างประเทศไทย ซึ่งกรณีพิพาทด้านการลงทุนส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับกรกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เช่น การตรากฎหมายหรือระเบียบ การออกคำสั่งใดๆ หรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยสัญญาที่รัฐกับนักลงทุนต่างชาติเป็นคู่สัญญากันนั้น มักจะเป็นสัญญาเกี่ยวกับโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะและสิ่งสาธารณูปโภคแก่ประชาชน เช่น ทางด่วนโรงกำจัดขยะ หรือบ่อบำบัดน้ำเสีย หรือสัญญาเกี่ยวกับการให้สัมปทานในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำมัน แร่ธาตุ และป่าไม้ ซึ่งเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ต้องฟ้องคดีศาลปกครองตามมาตรา 9(4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยนักลงทุนต่างชาติจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายภายในกำหนดให้ดำเนินการก่อนฟ้องคดีต่อศาลด้วย เช่น หากนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งของหน่วยงานรัฐหน่วยงานใด และต้องการให้หน่วยงานนั้นเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ก็จะต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อน จึงจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ด้วยเหตุที่การฟ้องคดีต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกที่มีเขตอำนาจ มีขั้นตอนการดำเนินการที่เคร่งครัดตามบทบัญญัติภายในของรัฐนั้น ซึ่งอาจถือเป็นเรื่องยากสำหรับนักลงทุนต่างชาติที่จะทำความเข้าใจ ในขณะที่เดียวกัน นักลงทุนจะมั่นใจได้อย่างไรว่าศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐที่รับการลงทุนจะไม่วินิจฉัยโน้มเอียงไปในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่รัฐของตนเนื่องจากศาลภายในถือเป็นหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งจึงอาจจะตัดสินเอนเอียงมาทางฝ่ายรัฐได้ ดังนั้น การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้จึงน่าจะไม่ใช่วิธีที่ลงทุนต่างชาติจะอยากเลือกใช้

³¹ ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 157

³² Article 33(a)

3.2.2 การยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคน โดยบุคคลที่สามดังกล่าวนี้ ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีและทำคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิด ฝ่ายใดถูก การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงมีลักษณะเป็นการดำเนินการเสมือนตุลาการ (Quasi - judicial way) และในการทำคำชี้ขาดนั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาความโดยชอบ กล่าวคือ อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดหลักนิติธรรมในเรื่องของกระบวนการยุติธรรม เช่น การปฏิบัติต่อคู่พิพาทโดยเท่าเทียมกัน การให้โอกาสคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนตามสมควรแก่พฤติการณ์ การชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทบนพื้นฐานของพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี แต่กระบวนการพิจารณาคดีจะมีความยืดหยุ่นมากกว่าศาล และส่วนใหญ่มีการดำเนินการที่เป็นความลับ ในลักษณะเป็นศาลเฉพาะตัวของคู่พิพาท หรือที่เรียกว่า Private court³³

ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน ข้อ 31 กำหนดให้นักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการได้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.2.1 เงื่อนไขและข้อจำกัดของการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

คู่พิพาทจะต้องระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการเจรจาหรือไกล่เกลี่ย ให้เสร็จสิ้นภายใน 180 วัน (cooling off period) นับแต่วันที่รัฐสมาชิกผู้พิพาทได้รับคำร้องขอปรึกษาหารือ หากคู่กรณีไม่สามารถที่จะไกล่เกลี่ยหรือเจรจากันได้ หรือยังไม่สามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใน 180 วัน นักลงทุนผู้พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็สามารถร้องขอต่อประเทศผู้พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ โดยนักลงทุนของรัฐสมาชิกต้องยื่นข้อพิพาทการลงทุนต่อการอนุญาโตตุลาการภายใน 3 ปี นับจากเวลาที่นักลงทุนผู้พิพาทได้รู้หรือมีเหตุอันสมควรให้รู้ถึงการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุน (ACIA) ซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหายต่อนักลงทุนผู้พิพาทหรือการลงทุนที่ครอบคลุม และนักลงทุนผู้พิพาทจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างน้อย 90 วัน ก่อนที่จะยื่นข้อเรียกร้องต่อรัฐสมาชิกผู้พิพาทถึงเจตนาของตนที่จะยื่นข้อพิพาทการลงทุนต่อการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว และต้องทำรายงานสรุปย่อถึงการละเมิดรวมถึงบทบัญญัติที่กล่าวอ้างว่าถูกละเมิดของรัฐสมาชิกผู้พิพาทภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุน (ACIA) และความสูญเสียหรือเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดพันธกรณีตามความตกลง อีกทั้ง นักลงทุนผู้พิพาทต้องสละสิทธิเป็นลายลักษณ์อักษรในการดำเนินกระบวนการใด ๆ ต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกผู้พิพาท หรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุน (ACIA)

นอกจากนั้น รัฐสมาชิกจะต้องไม่ให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือยื่นข้อเรียกร้องระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งนักลงทุนและรัฐสมาชิกอื่นได้ยินยอมให้ยื่น เว้นแต่รัฐสมาชิกอื่นเช่นว่านั้นไม่สามารถกระทำหรือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดที่ในข้อพิพาทดังกล่าว

คณะอนุญาโตตุลาการมีสิทธิในการแสวงหาพยานหลักฐานใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการขอข้อมูลและคำแนะนำทางเทคนิคจากบุคคลหรือองค์กรใด ๆ ตามที่เห็นสมควรได้ แต่จะต้องได้รับความเห็นชอบและอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หากคู่พิพาทคัดค้านเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลหรือศูนย์

³³ อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 75-76.

อนุญาโตตุลาการที่รับพิจารณาคดี องค์กรจะต้องพิจารณาดัดสินเรื่องดังกล่าวก่อนที่จะรับข้อพิพาทไว้พิจารณามูลความแห่งคดี อีกทั้ง องค์กรต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทนั้นมีมูลและเป็นสาระอันควรวินิจฉัยหรือไม่ โดยให้สิทธิคู่พิพาทที่จะโต้แย้งคัดค้านคำวินิจฉัยดังกล่าว ซึ่งในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท องค์กรอาจมีคำสั่งให้ฝ่ายที่ชนะได้รับค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมตามสมควรจากข้อเรียกร้องหรือข้อโต้แย้งคัดค้านนั้น³⁴ ในกรณีที่นักลงทุนผู้พิพาทมีข้อเรียกร้องสองข้อหรือมากกว่านั้น และได้มีแยกยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ หากข้อเรียกร้องนั้นมีประเด็นปัญหาในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกันและเกิดขึ้นจากเหตุการณ์หรือสภาวะการณ์ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน คู่พิพาทที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอาจตกลงที่จะรวมข้อเรียกร้องเหล่านั้น โดยรูปแบบใดที่เห็นว่าเหมาะสมก็ได้³⁵

3.2.2.2 ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

การจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Tribunal) ตามความตกลง ACIA ข้อ 35 กำหนดว่า ถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงกันเป็นประการอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบไปด้วยสมาชิก จำนวน 3 คน ได้แก่ สมาชิกที่เลือกโดยคู่กรณีฝ่ายละ 1 คน จากนั้น คู่กรณี ที่พิพาท จะตกลงร่วมกันในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม เพื่อเป็นประธานของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยประธานจะต้องไม่เป็นคนชาติ หรือมีถิ่นพำนักในดินแดน หรือได้รับการว่าจ้างโดยคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทไม่ว่าในสถานะใด ๆ³⁶

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ จะต้องมีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ การค้าระหว่างประเทศ หรือกฎการลงทุนระหว่างประเทศ และได้รับการคัดเลือกอย่างเข้มงวดบนพื้นฐานของความเป็นกลาง ความน่าเชื่อถือ ความยุติธรรม และความเป็นอิสระ โดยจะต้องปฏิบัติตามเช่นนี้ตลอดทั้งกระบวนการพิจารณาด้วย³⁷

ทั้งนี้ หากองค์กรอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการแต่งตั้งภายใน 75 วัน นับแต่วันที่ข้อเรียกร้องถูกยื่นต่ออนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงฉบับนี้ เมื่อมีการร้องขอจากคู่พิพาทแล้ว ผู้มีอำนาจแต่งตั้ง (Appointing Authority)³⁸ จะต้องใช้ดุลยพินิจของตนในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สำหรับตำแหน่งที่ยังไม่ได้รับการแต่งตั้งนั้น

คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อพิพาทบนพื้นฐานของพันธกรณีภายใต้ ACIA ความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่มีผลบังคับใช้ระหว่างประเทศสมาชิก และกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง³⁹ โดยอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น เพื่อจัดทำรายงานต่อองค์กรคณะเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อนำเสนอ

³⁴ Article 36 : Conduct of the Arbitrators

³⁵ Article 37 : Consolidation

³⁶ ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2554), หน้า 161.

³⁷ Article 35 : Selection of the Arbitrators

³⁸ ขึ้นอยู่กับ forum ของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกใช้ เช่น อนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ICSID ผู้มีอำนาจแต่งตั้ง คือ เลขาธิการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุน หรืออนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Rules ผู้มีอำนาจแต่งตั้ง คือ เลขาธิการของศาลอนุญาโตตุลาการถาวร เป็นต้น

³⁹ Article 40: Governing Law

ประเด็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม สาธารณสุข ความปลอดภัย หรือเรื่องทางวิทยาศาสตร์อื่น ๆ ที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยกขึ้นในกระบวนการพิจารณา โดยให้เป็นไปตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่คู่พิพาทอาจตกลงกัน⁴⁰ ข้อมูลใดซึ่งกำหนดเป็นการเฉพาะว่าเป็นความลับและได้ยื่นต่อองค์คณะหรือต่อคู่พิพาทจะต้องได้รับการคุ้มครองจากการถูกเปิดเผย⁴¹ ทั้งนี้ ประเทศภาคีในความตกลง ACIA ไม่จำเป็นต้องส่งข้อมูลใด ๆ ที่พิจารณาแล้ว เห็นว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะขัดกับผลประโยชน์ด้านความมั่นคงหรือขัดขวางประเทศสมาชิกจากการกระทำใด ๆ ซึ่งตนพิจารณาว่าจำเป็นเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคง⁴²

นอกจากนี้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งข้อเท็จจริงแห่งคดี ว่ามีการปฏิบัติตามข้อบทแห่งความตกลงว่าด้วยการลงทุน (ACIA) ความตกลงอื่นใดที่ใช้บังคับระหว่างรัฐสมาชิก และกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นหรือไม่ รวมถึงอาจพิจารณากฎหมายภายในอื่นใดที่เกี่ยวข้องของรัฐสมาชิก ผู้พิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินข้อพิพาทด้วยเสียงข้างมาก พร้อมทั้ง จัดทำข้อสรุปและคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี และอาจรวมถึงทางเลือกในการปฏิบัติตามคำชี้ขาด และให้โอกาสอย่างเพียงพอต่อคู่พิพาทในการทบทวนร่างรายงานคำชี้ขาด หลังจากนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อสังเกตใด ๆ ที่ได้รับมา เพื่อใช้ในการจัดทำรายงานคำชี้ขาดสุดท้าย นอกจากนี้ รายงานคำชี้ขาดจะต้องมีการจัดทำเป็นเอกสารให้แก่คู่พิพาทด้วย

ส่วนเรื่องการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดและบังคับใช้คำชี้ขาดในดินแดนของตน โดยคู่กรณีพิพาทไม่สามารถจะเสนอข้อพิพาทนี้ต่อสถาบันระงับข้อพิพาทอื่นใดได้อีก เว้นแต่กรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการกำหนดเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้หรือกรณีที่กำหนดให้สามารถอุทธรณ์ได้ รวมทั้ง จะขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อเวลาผ่านไป 120 วัน นับจากวันที่มีการออกคำชี้ขาดและไม่มีคู่พิพาทฝ่ายใดร้องขอให้มีการทบทวนหรือขอให้คำชี้ขาดตกเป็นโมฆะ⁴³

จะเห็นได้ว่า ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน มีข้อบทที่กำหนดขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้แต่เพียงหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ส่วนรายละเอียดในการดำเนินการของคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละกรณีพิพาทนั้น จะขึ้นอยู่กับว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงเลือกใช้ได้กำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างไร แต่ส่วนใหญ่ก็จะมิวิธีพิจารณาคดีที่อยู่บนหลักการพื้นฐานเดียวกัน ดังเช่น

- (1) คู่พิพาทจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน
- (2) คู่พิพาทต้องมีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตาม

พฤติการณ์แห่งข้อพิพาท

- (3) คู่พิพาทมีสิทธิที่จะตกลงกันเกี่ยวกับรายละเอียดวิธีพิจารณาคดี
- (4) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและมีอำนาจ

แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อจัดทำรายงานข้อมูลด้านเทคนิคประกอบการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้

⁴⁰ Article 38: Expert Reports

⁴¹ Article 39: Transparency of Arbitral Proceedings

⁴² Article 18: Security Exceptions

⁴³ Article 41: Awards

(5) มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการลับ เป็นต้น

3.2.2.3 สถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทสามารถยื่นข้อพิพาทได้

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 33 วรรคแรก ได้บัญญัติให้สิทธิแก่นักลงทุนผู้พิพาทในการที่จะเลือกสถาบันใดสถาบันหนึ่งเพื่อระงับข้อพิพาท ดังนี้

(1) อนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention

ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) เป็นศูนย์ที่ก่อตั้งขึ้นจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 (Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี จึงมักเรียกกันว่า อนุสัญญาวอชิงตันฯ หรืออนุสัญญา ICSID ภายใต้การสนับสนุนของธนาคารโลก (World Bank) ถือเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) ระดับโลกอันมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุน⁴⁴ โดยศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนนี้ไม่ได้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเอง แต่จะอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทสำหรับผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน เช่น จัดให้คู่กรณีใช้สถานที่ของศูนย์ฯ ให้บริการทางด้านการจัดการทางอนุญาโตตุลาการ โดยเป็นตัวกลางในการติดต่อระหว่างคู่กรณีด้วยกัน และคู่กรณีกับอนุญาโตตุลาการ มีบัญชีรายชื่อคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือก มีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสำหรับวิธีพิจารณา และมีตัวอย่างของข้อตกลงที่คู่กรณีอาจระบุไว้ในสัญญา และอื่นๆ โดยมีหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ คือ ต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การทำคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาด⁴⁵

การจะใช้บริการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ โดยการอนุญาโตตุลาการได้นั้น มีเงื่อนไขสำคัญคือ ทั้งรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐของผู้ลงทุน (ผู้ลงทุนมีสัญชาติของรัฐนั้น) ต้องเป็นภาคีของศูนย์ฯ ซึ่งรัฐที่เป็นภาคีของศูนย์ฯ ได้ มี 2 ประเภท ประเภทแรกคือ ต้องเป็นสมาชิกธนาคารโลกและลงนามในอนุสัญญาวอชิงตันฯ และประเภทที่สองคือ เป็นรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกธนาคารโลก แต่เป็นภาคีธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และได้รับเชิญให้ลงนามในอนุสัญญาวอชิงตันฯ จากสภาบริหารของศูนย์ฯ ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิก อย่างไรก็ตาม รัฐที่ลงนามยังไม่ถือว่าเป็นรัฐภาคีจนกว่าจะได้ส่งมอบสัตยาบันสารแล้ว 30 วัน (ข้อ 68 ของอนุสัญญาวอชิงตันฯ)⁴⁶ ดังนั้น ประเทศไทยซึ่งแม้จะลงนามเข้าร่วมในอนุสัญญาวอชิงตันฯ แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน จึงยังไม่มีผลผูกพันให้สามารถใช้บริการของศูนย์ฯ ดังกล่าวได้

(2) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎการอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 33 วรรคหนึ่ง (C) กำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสามารถยื่นข้อเรียกร้องต่อการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎการอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของสถาบันอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศกับเอกชน (ICSID Additional

⁴⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 201-202.

⁴⁵ เรื่องเดิม, หน้า 208.

⁴⁶ เรื่องเดิม, หน้า 211

Facility Rules) โดยมีเงื่อนไขว่า รัฐผู้รับการลงทุน หรือรัฐของผู้ลงทุน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ จึงสามารถเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทผ่านทางสถาบันอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศกับเอกชน (ICSID) ได้ โดยใช้ในฐานะที่เป็นอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) แต่คำวินิจฉัยชี้ขาด (Award) จะไม่สามารถบังคับตามกฎหมายเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศกับเอกชน (ICSID) ได้ โดยคำวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องผ่านกระบวนการรับรองคำวินิจฉัยชี้ขาดของสนธิสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการฉบับอื่นที่ประเทศคู่พิพาทเป็นภาคี ได้แก่ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด พ.ศ. 2466 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พ.ศ. 2470 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก จึงจะสามารถนำคำวินิจฉัยชี้ขาดเช่นว่านั้นมาใช้บังคับกับประเทศคู่พิพาทนั้นได้⁴⁷

(3) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

คณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายหรือ UNCITRAL ได้จัดทำ UNCITRAL Rules Arbitration 1976 ซึ่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงเมื่อ ค.ศ. 2010 เพื่อให้คู่พิพาทที่ประสงค์จะทำการอนุญาโตตุลาการแบบทำกันเอง หรือ Ad Hoc Arbitration ได้นำไปใช้เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งก็ปรากฏว่า ได้มีสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่งนำ UNCITRAL Rules Arbitration ไปใช้จริง เช่น Permanent Court of Arbitration (PCA) ศูนย์อนุญาโตตุลาการภูมิภาค ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซีย⁴⁸ รวมทั้งประเทศไทยก็ได้ใช้กฎหมายดังกล่าวมาเป็นแม่แบบในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติเช่นกัน

เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL มีความคล้ายคลึงกับเขตอำนาจของสถาบันอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (ICSID) กล่าวคือ คู่กรณีต้องได้มีการตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือให้ความยินยอมที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการไว้ เพราะการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนก็เหมือนกับการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์หรือธุรกิจทั่วไป คือ ต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จะมีการบังคับกันไม่ได้

(4) ศูนย์อนุญาโตตุลาการภูมิภาคในอาเซียน

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ข้อ 33 (e) กำหนดให้ นักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นข้อพิพาทต่อศูนย์อนุญาโตตุลาการภูมิภาค ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ หรือศูนย์อนุญาโตตุลาการภูมิภาคอื่น ๆ ในอาเซียนตามที่คู่พิพาทตกลงกัน

⁴⁷ ธัญลักษณ์ ทองร่มโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียนและความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 159-161.

⁴⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 106-107.

ศูนย์อนุญาโตตุลาการภูมิภาค ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ (Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration: KLRCA) นั้น ได้รับการจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1978 ภายใต้โครงการที่ปรึกษากฎหมาย เอเชีย – ออฟริกา ถือเป็นศูนย์ในระดับภูมิภาคแห่งแรกที่ให้บริการในลักษณะสถาบันที่เป็นกลางและเป็นอิสระเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศในทวีปเอเชีย ส่วนข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ KLRCA นำมาใช้ คือ UNCITRAL Arbitration Rules ฉบับแก้ไขปรับปรุงในปี 2010 และข้อบังคับที่ KLRCA ได้จัดทำขึ้นเพื่อเอื้อต่อการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ I-Arbitration Rules และ KLRCA Fast Track Rules⁴⁹

นอกจากนี้ ในภูมิภาคอาเซียน ยังมีศูนย์การอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศ อาทิ เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Center) “SIAC” หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ประเทศไทย เป็นต้น

(5) สถาบันการอนุญาโตตุลาการอื่นใดที่คู่พิพาทตกลงกัน

นอกเหนือจากสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการข้างต้นแล้ว ความตกลง ACIA ข้อ 33 (f) ยังเปิดโอกาสให้นักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นข้อพิพาทต่อสถาบันการอนุญาโตตุลาการอื่นใดตามที่คู่พิพาทตกลงกันได้ แต่เมื่อนักลงทุนผู้พิพาทได้เลือกเวทีใดเวทีหนึ่งแล้วจะต้องยกเว้นซึ่งการใช้วิธีอื่นที่เหลือ (Finality of the Choice of Forum)

อนึ่ง แม้ว่าประเทศไทยจะได้ลงนามในอนุสัญญาอซิงตันฯ หรืออนุสัญญา ICSID แล้ว แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ดังนั้น ICSID จึงยังไม่ผูกพันต่อประเทศไทยในขณะนี้ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ประเทศไทยเกิดปัญหาข้อพิพาทด้านการลงทุนขึ้น คู่พิพาทก็สามารถที่จะขอให้ ICSID จัดการระงับข้อพิพาทนอกอนุสัญญาได้ตามแนวนโยบายการให้บริการของ ICSID ตาม Additional Facilities Rules หรืออาจตกลงกันทำการอนุญาโตตุลาการแบบทำกันเอง (Ad Hoc Arbitration) โดยใช้กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ในกระบวนการพิจารณาก็ได้ ดังเช่นกรณีที่บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau) ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยในปี 2549 ผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งใช้ UNCITRAL Rules Arbitration เป็นหลักในการพิจารณา ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี 2545 โดยอ้างว่า ได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลไทยผิดสัญญาในโครงการก่อสร้างทางด่วนโทลล์เวย์ เป็นต้น

⁴⁹ เรื่องเดิม, หน้า 100.

บทที่ 4

วิเคราะห์ผลกระทบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ข้อตกลง ACIA ต่อประเทศไทย

หากพิจารณาถึงความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ACIA) ซึ่งประเทศไทยลงนาม และมีผลบังคับใช้พร้อมตารางข้อสงวน (Schedule of Reservation List) ของทั้ง 10 ประเทศสมาชิก ตั้งแต่วันที่ 29 มีนาคม 2555 เป็นต้นมา อันเป็นความตกลงด้านการลงทุนหลักของอาเซียนและกำหนดความสัมพันธ์ด้านการลงทุนในภูมิภาคที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างให้ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีกฎระเบียบด้านการลงทุน (investment regime) ที่เปิดกว้างและเสรี (open & free) และในขณะเดียวกันจะช่วยเสริมให้เกิดการบูรณาการ (integration) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในด้านการลงทุน ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญชิ้นหนึ่งในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน (ASEAN Economic Community-AEC)¹

ในขณะที่โลกในยุคโลกาภิวัตน์มีลักษณะไร้พรมแดนเกิดการลงทุนจากภูมิภาคหนึ่งไปยังอีกภูมิภาคหนึ่งอย่างสะดวกมากขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม การลงทุนย่อมมีความเสี่ยงและเจ้าของเงินทุนหรือนักลงทุนจะต้องบริหารจัดการเพื่อลดความเสี่ยงต่าง ๆ ทั้งความเสี่ยงเชิงพาณิชย์และความเสี่ยงทางการเมือง สำหรับความเสี่ยงทางพาณิชย์อาจใช้ความรู้ความสามารถทางการบริหารเพื่อลดทอนลงได้ แต่สำหรับความเสี่ยงทางการเมืองรวมถึงความไม่แน่นอนของระบบกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ภายใน จะต้องเป็นไปตามหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศที่รับการลงทุนว่าจะมีหลักประกันการให้ความคุ้มครองการลงทุนอย่างไร ดังนั้นจากการลงนามความตกลง ACIA ของประเทศไทย แน่นนอนย่อมต้องเกิดประโยชน์ตามความมุ่งหวังไม่มากนักน้อยในการมุ่งส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอันเป็นกรอบความร่วมมือสำคัญที่จะสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย รวมทั้งให้กับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศว่าการลงทุนของตนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน แต่อย่างไรก็ตาม ความตกลงดังกล่าวย่อมอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยไม่มากนักน้อย โดยเฉพาะอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจอสูงสุดของรัฐในการที่จะต้องใช้อำนาจอธิปไตย บริหาร หรือตุลาการ เพื่อให้เกิดการปฏิบัติให้เป็นไปตามความตกลง

ความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ACIA) ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองการลงทุนแก่ประเทศสมาชิกได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 27 และส่วนบี ข้อ 28 - 41 อันเป็นบทกำหนดว่าด้วยข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐสมาชิกกับผู้ลงทุน เมื่อพิจารณาจากส่วนบีตามความตกลงดังกล่าว จะพบว่ากรณีที่เกิดข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐสมาชิกกับผู้ลงทุนของรัฐสมาชิกอีกรัฐหนึ่ง นักลงทุนจะใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐได้ก็ต่อเมื่อเกิดความสูญเสียหรือเสียหายด้วยเหตุจากการกระทำผิดพันกรณีของรัฐภาคีภายใต้ ACIA ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของผู้ลงทุนนั้น (ข้อ 29) โดยคู่พิพาทสามารถตกลงกันเพื่อเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทุกเมื่อและสามารถยุติได้หากนักลงทุนคู่กรณีต้องการ (ข้อ 30) แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีข้อพิพาทการลงทุนเกิดขึ้น คู่พิพาทควรพยายามแก้ไขข้อพิพาทโดยผ่านการหารือและเจรจาเสียก่อน จึงจะสามารถเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ (ข้อ 31) และหากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 180 วัน ภายหลังจากรัฐสมาชิกผู้พิพาทขอให้มีการหารือและเจรจา นักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการได้ หากรัฐสมาชิกผู้พิพาทได้ละเมิดพันกรณีอันเกิดขึ้นภายใต้ข้อ 5 (การประติบัติเยี่ยงคนชาติ) ข้อ 6 (การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง) ข้อ 8 (คณะผู้บริหารอาวุโสและคณะกรรมการบริหาร) ข้อ 11 (การประติบัติ

¹ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการการค้าและการพัฒนา, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3, น. 85.

ต่อการลงทุน) ข้อ 12 (การชดเชยในกรณีจลาจล) ข้อ 13 (การโอน) และข้อ 14 (การเวนคืนและการชดเชย) ที่เกี่ยวกับการจัดการ การดำเนินงาน การปฏิบัติการ หรือการขาย หรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่น ซึ่งการลงทุนที่ครอบคลุม (ข้อ 32) โดยนักลงทุนผู้พิพาทสามารถยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ (ข้อ 33) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กำหนด (ข้อ 34) และคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อพิพาทบนพื้นฐานของพันธกรณีภายใต้ ACIA ความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่มีผลบังคับใช้ระหว่างประเทศสมาชิก และกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง (ข้อ 40) ซึ่งรัฐสมาชิกแต่ละฝ่ายจะต้องจัดให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดในดินแดนของตน (ข้อ 41)

ดังนั้น จากขั้นตอนกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement : ACIA) ข้างต้น ซึ่งมีหลักการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองนักลงทุนและรูปแบบของการลงทุน ในที่นี้ จึงจะวิเคราะห์ผลกระทบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ข้อตกลง ACIA ต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ดังนี้

จากการที่โครงสร้างทางของสังคมภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งอำนาจถูกรวมศูนย์ไว้เป็นหนึ่งเดียว ทั้งนี้เนื่องจากรัฐผูกขาดการใช้อำนาจไว้ รัฐจึงสามารถบังคับประชาชนทั้งเป็นรายบุคคลและที่รวมตัวกันเป็นกลุ่มในลักษณะต่าง ๆ เช่น พรรคการเมือง และสามารถบังคับให้ทำตามความประสงค์ของตนได้ ด้วยอำนาจเช่นนี้รัฐจึงสามารถปกครองโดยอยู่เหนืออำนาจอื่น ๆ ในสังคม และใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของตนได้ แต่ในทางตรงกันข้าม ในสังคมระหว่างประเทศอำนาจถูกแบ่งออกระหว่างรัฐทั้งปวงจึงมีลักษณะในแนวราบมิใช่แนวตั้งเช่นอำนาจภายในรัฐ ซึ่งโดยหลักการในทางทฤษฎีไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งมีอำนาจมากพอที่จะบังคับรัฐอื่น ๆ ให้อยู่ในอำนาจของตนได้ ดังนั้น แม้แต่อภิมาหาอำนาจจะพยายามใช้อิทธิพลครอบงำรัฐอื่น ๆ ก็ตาม แต่รัฐอื่น ๆ ก็ยังคงรักษาอำนาจไว้ได้บางส่วนเช่นกันในฐานะที่เป็นรัฐและสมาชิกในประชาคมระหว่างประเทศ ในเมื่ออำนาจในสังคมระหว่างประเทศกระจัดกระจายไปเช่นนี้โดยปราศจากการจัดระบบเช่นที่เป็นในสังคมภายในของรัฐ จึงทำให้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะจำกัดอยู่เพียงกฎเกณฑ์ที่เป็นประกันการอยู่ร่วมกันของรัฐทั้งหลาย กล่าวคือ โดยนิตินัยแล้วการแบ่งสรรอำนาจเป็นไปตามหลักกฎหมายรากฐานที่เรียกว่า “อธิปไตย (sovereignty)” ซึ่งหมายถึงอำนาจสูงสุด กล่าวคือ ตามกฎหมายแล้วรัฐไม่อาจตกอยู่ใต้อำนาจอื่นใดที่เหนือกว่าตน รัฐมีเอกราชและมีสิทธิที่จะดำเนินการทั้งในระดับภายในประเทศในเรื่องของการกำหนดระบอบการปกครองและระบบเศรษฐกิจของตน และในระดับระหว่างประเทศที่เลือกดำเนินนโยบายด้านต่างประเทศที่ตนเห็นควรโดยไม่จำเป็นต้องรับฟังคำสั่งจากผู้ใดทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐทั้งปวงต่างก็ย่อมหวงแหนอธิปไตยของตนเพราะเป็นหลักประกันสิทธิต่าง ๆ ของตนที่ได้รับจากสถานะความเป็นรัฐ หากสูญเสียอธิปไตยไปอำนาจของรัฐก็จะถูกโอนไปอยู่ในมือของรัฐอื่นเช่นในกรณีรัฐเข้าร่วมอยู่ในสหพันธรัฐก็จะมีฐานะเป็นเพียงมลรัฐโดยปราศจากสภาพนิติบุคคลระหว่างประเทศและไม่มีสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ความจำเป็นต่าง ๆ ในสังคมก็ทำให้มีการพยายามวางกฎเกณฑ์ที่คำนึงถึงการร่วมมือกันเพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายที่เป็นประโยชน์ร่วมกันได้ ทำให้บางส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีลักษณะของการร่วมมือกันมากขึ้น แม้ว่าจะยังมีขอบเขตที่จำกัดอยู่เพียงในบางสาขา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องทางเทคนิคซึ่งความจำเป็นในด้านนี้มีผลทำให้รัฐต้องยอมผ่อนปรนในเรื่องการยึดอำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาดลงไปบ้างเพื่อให้สามารถสร้างกฎเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันได้ ซึ่งการพยายามจัดตั้งระบบกฎหมายขึ้นในสังคมระหว่างประเทศโดยอาศัยการสร้างกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความร่วมมือมีสาเหตุหลักที่อาจแบ่งออกได้ 2 ประการ คือ สาเหตุเรื่องความเกี่ยวพันทางประวัติศาสตร์หรือทางการเมืองตลอดจนเรื่องผลประโยชน์ร่วมกันทั้งในระดับสากลและภูมิภาค และสาเหตุจากการแก้ไขปัญหาสำคัญระหว่างประเทศร่วมกัน อันเป็นต้นกำเนิดของการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นเวทีให้รัฐต่าง ๆ ร่วมกัน

ปรึกษาหารือและทำงานร่วมกัน แต่องค์การเหล่านี้ก็ยังไม่ใช้องค์การที่มีอำนาจอธิปไตยที่ได้รับมอบหมายให้ปกครองสังคมระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่เป็นเพียงองค์การเพื่อความร่วมมือระหว่างรัฐเท่านั้น ซึ่งต้องอาศัยความยินยอมของรัฐอยู่เป็นพื้นฐานอันเป็นการเคารพหลักอธิปไตยของรัฐ²

การที่สมาชิกในสังคมระหว่างประเทศได้ร่วมกันสร้างกฎเกณฑ์ ทำให้สมาชิกเหล่านั้นตามปกติแล้วจะต้องเคารพและนำกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นไปปฏิบัติ เนื่องจากเป็นการตอบสนองประโยชน์ของตนเองซึ่งคาดหวังไว้และยังเป็นการปฏิบัติตามความตกลงซึ่งเกิดจากการให้คำมั่นของผู้ทรงสิทธิที่เกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ตาม การละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นสิ่งที่ยังคงเกิดขึ้นได้ด้วยสาเหตุต่าง ๆ กันไป ดังนั้น ในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ปราศจากหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายดังเช่นกระบวนการยุติธรรมในกฎหมายภายในจึงต้องใช้มาตรการต่าง ๆ ในระดับระหว่างประเทศเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย สำหรับการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐทั้งหลายในระบบกฎหมายภายในของรัฐในปัจจุบันอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติสำหรับองค์กรภายในที่ต้องรับผิดชอบซึ่งต้องคำนึงถึงการปรับใช้กฎหมายภายในของรัฐตามกฎหมายหลักอธิปไตยของรัฐและในขณะเดียวกันก็ต้องระมัดระวังมิให้มีการละเลยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้³

ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) เกิดจากการที่รัฐที่มีอำนาจอธิปไตย (Sovereign States) ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ตกลงรวมกันเข้าเป็น “ประชาคม” (Community) เพื่อประโยชน์ร่วมกันทั้งด้านเศรษฐกิจ (Economic) สังคมและวัฒนธรรม (Socio-cultural) และความมั่นคงและการเมือง (Security & Politics) บนหลักการพื้นฐานที่ทุกรัฐจะร่วมกันกำหนดแนวทางการดำเนินการด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และความมั่นคงและการเมืองร่วมกัน ตลอดจนดำเนินการในแต่ละด้านดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกันตามที่ได้ร่วมกันกำหนดขึ้นไว้ ดังนั้น แม้รัฐภาคีของประชาคมอาเซียนจะยังคงมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยสมบูรณ์ในดินแดนของตน แต่การใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวย่อมถูกผูกพันโดยพันธกรณีดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมีผลผูกพันรัฐภาคีตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁴ ซึ่งโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว บุคคลในทางระหว่างประเทศ คือ รัฐ หรือองค์กรของรัฐที่ได้รับการมอบอำนาจหรือองค์กรระหว่างประเทศ ต่อมาสังคมในโลกยุคเศรษฐกิจมีการพัฒนาแบบก้าวกระโดดมากขึ้นจึงมีการทำสัญญาด้านเศรษฐกิจเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย คือ มีการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน แม้จะยังเป็นที่ถกเถียงและยังไม่มีความเห็นที่ชัดเจนได้ว่าเอกชนมีสถานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ แต่การที่นักลงทุนสามารถนำข้อพิพาททางการลงทุนยื่นฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้ ACIA ได้ จึงเท่ากับว่าเป็นการยืนยันว่านักลงทุนสามารถใช้สิทธิที่รัฐของตนได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศไว้ โดยนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่ในขณะที่ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนเป็นข้อพิพาททางการลงทุนที่คู่พิพาทมีสถานะไม่เท่าเทียมกันเพราะฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน จึงมีข้อพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในลักษณะข้อพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาทในเชิงพาณิชย์ โดยความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในลักษณะ

² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ วิทยุชน, หน้า 29-31

³ เฟ็งอ้าง, หน้า 50.

⁴ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) : โอกาสและผลกระทบต่อภาคอุตสาหกรรมไทยบทวิเคราะห์โอกาสและผลกระทบต่อภาคอุตสาหกรรมไทยจากการเข้าร่วมประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

ข้อพิพาททางปกครอง เนื่องจากข้อพิพาททางการลงทุน รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบาย กฎหมาย หรือมาตรการต่าง ๆ ที่จะควบคุมหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิทางสัญญาหรือทางทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติเพื่อตอบสนองนโยบายในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะผ่านทางเศรษฐกิจ ทางสังคม และสิ่งแวดล้อม ข้อพิพาทดังกล่าวจึงมีลักษณะที่เกี่ยวข้องทั้งการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนและสิทธิในทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุน ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกิดขึ้นจากการลงทุนระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการโอนกิจการของนักลงทุนมาเป็นของรัฐโดยไม่จ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม หรือการใช้มาตรการอื่นของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติแล้วเป็นปัญหามาไปสู่ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเมื่อปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้เกิดขึ้นจึงต้องใช้กลไกการระงับข้อพิพาทเข้ามาแก้ไข⁵

หากพิจารณาตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้กำหนดสิทธิให้นักลงทุนผู้พิพาทสามารถใช้สิทธิระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับรัฐผู้รับการลงทุน ในกรณีที่นักลงทุนผู้พิพาทได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนอันเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ได้แก่ การประติบัติเยี่ยงคนชาติ การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง คณะผู้บริหารอาวุโสและคณะกรรมการบริหาร การประติบัติต่อการลงทุน การชดเชยในกรณีจลาจล การส่งเงินกลับสู่ประเทศ การเวนคืนหรือการโอนกิจการมาเป็นของรัฐ และการชดเชยที่เกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนถือเป็นการให้ความคุ้มครองเฉพาะแต่การลงทุนของนักลงทุนเท่านั้น ไม่รวมถึงการเปิดเสรีการลงทุน เนื่องจากพันธกรณีในการเปิดเสรีการลงทุนนั้นจะเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกเท่านั้นที่มีสิทธิยื่นฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนได้ แต่นักลงทุนจะไม่มีสิทธิฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนสำหรับกรณีเดียวกันนี้⁶ อย่างไรก็ตามแม้ประเทศไทยได้ลงนามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ไปแล้ว หากปรากฏว่าการกระทำของนักลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนจะส่งผลกระทบต่อไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อความมั่นคง ประเทศไทยสามารถกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการเปิดเสรีการลงทุน การส่งเสริมการลงทุน การคุ้มครองการลงทุน และการอำนวยความสะดวกการลงทุนภายใต้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) แก่ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ เช่น การไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลหรือส่งข้อมูลใด ๆ ที่เห็นว่าขัดต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของประเทศไทยให้แก่ประเทศสมาชิกอาเซียน รวมทั้งขัดขวางการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียน หากพบว่านักลงทุนต่างชาติกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมีเจตนาที่จะทำให้การคมนาคม การไฟฟ้า และการประปา ใช้งานไม่ได้ (ข้อ 18) เป็นต้น

จากข้อพิจารณาข้างต้นเกี่ยวกับการที่ประเทศไทยได้ลงนามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ซึ่งมีผลผูกพันรัฐภาคีตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นผลให้การใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจโดยสมบูรณ์ในดินแดนของตนย่อมถูกผูกพันโดยพันธกรณีดังกล่าวที่จะต้องเคารพและนำกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นไปปฏิบัติเพื่อเป็นการตอบสนองประโยชน์ที่ได้คาดหวังไว้จากความตกลง ACIA และยังเป็น การปฏิบัติตามความตกลงซึ่งเกิดจากการให้คำมั่นของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องด้วย โดยในกรณีนี้จะขอวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ข้อตกลง ACIA ต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ซึ่งอำนาจ

⁵ ธัญลักษณ์ ทองรมโพธิ์, “วิเคราะห์ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 ศึกษาพัฒนาการเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนของอาเซียน และความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 154-155.

⁶ เพิ่งอ้าง.

อธิปไตยตามแนวคิดและทฤษฎีที่รู้จักกันทั่วไปและถือว่าเป็นทฤษฎีคลาสสิกก็คือทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออโดยจัดแบ่งออกเป็นสามองค์กรด้วยกัน คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งเป็นการจัดแบ่งประกอบไปด้วยหนึ่งในหลักการพื้นฐานทั่วไปของเสรีประชาธิปไตยที่กำหนดแดนของความสามารถของแต่ละองค์กร⁷ ดังนี้

4.1 ฝ่ายนิติบัญญัติ

องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสถาบันอันเป็นสถานที่ของคนที่มาร่วมกันออกกฎหมายขึ้นเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่การดำรงอยู่ของคนส่วนมากในสังคม ซึ่งองค์กรหรือสถาบันที่ทำหน้าที่ดังกล่าว คือ รัฐสภา โดยการแบ่งรูปแบบรัฐสภาอาจจำแนกได้ตามจำนวนของสภาที่มีทั้งสภาเดียวและสองสภา รวมถึงการแบ่งตามลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตย ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ การจะแบ่งแบบไหนอย่างนั้นย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของรัฐ ระบอบการปกครอง รวมถึงสภาพแวดล้อมของสังคมโดยทั่วไปเป็นสิ่งกำหนดว่าจะใช้รูปแบบของรัฐสภาอย่างไรเพื่อให้เกิดความเหมาะสม ซึ่งรูปแบบรัฐสภาไทยมีลักษณะสองสภาประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนในการทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ มีอำนาจหน้าที่สำคัญหลายประการ แต่ที่สำคัญที่สุด คือ การผ่านกฎหมายเพื่อนำมาบังคับใช้ ทำให้สังคมมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย สร้างความยุติธรรมในสังคม โดยมีฝ่ายบริหารเป็นผู้นำไปปฏิบัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ข้อบังคับหรือระเบียบใด ๆ ออกเป็นกฎหมายได้จะต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะเป็นสถาบันที่เป็นตัวแทนของปวงชนชาวไทย⁸

สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศนั้นการจะถูกนำมาปรับใช้ในกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ ได้ ก็จะต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ แตกต่างกันไปโดยละเอียดแต่ละรัฐ โดยการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน (reception) เป็นความสัมพันธ์ที่ต้องอาศัยกระบวนการในการรับตามกฎหมายภายใน มีผลเป็นการแปลงกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายใน ส่วนกรณีของไทยนั้นจะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายในประเทศเป็นกฎหมายรองรับหรือกฎหมายอนุวัติการหรือใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายรองรับทางอ้อม ซึ่งการปรับใช้สนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในสามารถแบ่งออกได้ 2 แนวทางปฏิบัติ ได้แก่

แนวทางแรก จะต้องมีกระบวนการพิเศษในการรับเข้ามาในกฎหมายภายในอันเป็นทางปฏิบัติสำหรับประเทศซึ่งสนธิสัญญาไม่อาจมีผลโดยตรงได้ในกฎหมายภายใน จึงต้องผ่านการแปลงรูปเข้ามาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน หรืออาจจจะกระทำโดยการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วให้คลุมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นด้วย

แนวทางที่สอง หลังจากขั้นตอนแสดงเจตนาเข้าผูกพันสนธิสัญญาแล้วก็เพียงแค่พิมพ์เผยแพร่และถือว่าการรับเข้ามาในระบบกฎหมายภายในและมีผลเป็นกฎหมายภายในทันที

สำหรับประเทศไทย เป็นการดำเนินการตามแนวทางแรก ด้วยเหตุที่ในการทำสนธิสัญญาใดก็ตามที่เข้าข่ายต้องออกกฎหมายอนุวัติการ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย” วิทยุชน พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม 2550 หน้า 94-95.

⁸ ศนาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, “การเมืองกับการปกครองของไทย (Thai Politics Government)”, พระนครศรีอยุธยา : มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2553, หน้า 90-106.

ไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยในพุทธศักราช 2554 รวมถึงมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ดังนั้น เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก็มีหน้าที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้⁹ การพิมพ์ประกาศใช้สนธิสัญญาบางฉบับในราชกิจจานุเบกษาของไทยเป็นเพียงการประกาศให้สาธารณชนทราบเท่านั้น มิใช่เป็นเงื่อนไขและรูปแบบของการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับในประเทศ

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะยังมีได้ออกกฎหมายอนุวัติการตามความตกลงที่ได้ร่วมลงนามเป็นภาคีแล้ว แต่เนื้อหาของความตกลงดังกล่าวก็ผูกพันประเทศไทยให้ต้องปฏิบัติ โดยถือเป็นพันธกรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายสามารถหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างในทางระหว่างประเทศได้ ซึ่งผลของการที่ประเทศไทยได้ลงนามในความตกลงด้านการลงทุน ACIA นั้น นอกจากจะผูกพันให้ฝ่ายนิติบัญญัติของไทยต้องออกกฎหมายใหม่หรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องกับเนื้อหาของความตกลงดังกล่าวแล้ว ยังก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องละเว้นการออกกฎหมายซึ่งขัดต่อพันธกรณีในความตกลง ACIA ได้ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนไว้ เช่น กฎหมายที่อาจถือได้ว่าเป็นการยึดกิจการของนักลงทุนไปเป็นของรัฐ (expropriation) ดังกรณีตัวอย่างในต่างประเทศ เช่น คดี BP EXPLORATION CO., (LIBYA) LTD. กับ ARABIAN GULF EXPLORATION CO., LTD. ซึ่งบริษัท BP ได้ทำสัญญาสัมปทานกับรัฐบาลลิเบีย โดยให้ทำการขุดค้นแสวงหาประโยชน์ในดินแดนที่กำหนดเป็นเวลา 50 ปี แต่รัฐบาลลิเบียได้ออกกฎหมายโอนกิจการบริษัทเป็นของชาติ โดยโอนความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินรวมถึงบรรดาสินทรัพย์ต่าง ๆ และหุ้นของบริษัท BP ไปเป็นของบริษัท ARABIAN GULF EXPLORATION CORPORATION แม้คดีนี้นักลงทุนจะใช้สิทธิฟ้องร้องต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา มิใช่การใช้สิทธิภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศดังเช่นความตกลง ACIA แต่ก็ถือเป็นกรณีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจอธิปไตยในฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐอันกระทบต่อนักลงทุน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนโดยตัดสินชี้ขาดว่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นการยึดกิจการของนักลงทุน นอกจากนี้ยังมีคดี TEXACO OVERSEA PETROLEUM CO. LTD. กับ LYBIAN NATIONAL OIL COMPANY ซึ่งบริษัท TEXACO ได้ทำสัมปทานกับรัฐมนตรีกระทรวงน้ำมันของลิเบีย แต่ภายหลังรัฐบาลลิเบียได้ออกกฎหมายเพื่อโอนกิจการไปเป็นของ LYBIAN NATIONAL OIL COMPANY ในระหว่างปี ค.ศ. 1973-1974 เป็นต้น¹⁰

นอกจากการออกกฎหมายเพื่อยึดหรือโอนกิจการของนักลงทุนเอกชนต่างชาติไปเป็นของรัฐโดยตรงแล้ว รัฐผู้รับการลงทุนยังต้องละเว้นการออกกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อในแง่ร้าย ซึ่งเข้าข่ายเป็นการยึดหรือริบกิจการโดยอ้อมด้วย เช่น คดีที่บริษัท ฟิลลิป มอร์ริส เอเชีย ลิมิเต็ด (Philip Morris Asia Limited : PMAL) ได้ฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2554 โดยกล่าวหาว่ารัฐบาลออสเตรเลียกระทำการยึดหรือริบกิจการโดยอ้อมด้วยการตรากฎหมายกำหนดให้ผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อต้องบรรจุซองแบบที่กำหนดเท่านั้น โดยหน้าซองบุหรี่ยี่ห้อจะต้องเป็นแบบเรียบห้ามแสดงตราสัญลักษณ์ เครื่องหมายการค้า หรือข้อความโฆษณาใด ๆ พร้อมกันนี้จะต้องมีการแสดงภาพสีซีโทษภัยของบุหรี่ยี่ห้อต่อสุขภาพที่มีขนาดใหญ่กว่าร้อยละ 80 ของหน้าซองบุหรี่ยี่ห้อด้วย บริษัท ฟิลลิป มอร์ริสฯ จึงฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนที่ทำโดยออสเตรเลียกับฮ่องกง ปี 1993 โดยอ้างว่าการกระทำ

⁹ อ้างแล้ว **เชิงอรรถที่ 33**, หน้า 65-73.

¹⁰ รัฐ จำเดิมเผด็จศึก, “เมื่อถูกโอนเป็นของรัฐจะอย่างไร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2559, จาก <http://info.gotomanager.com/news/printnews.aspx?id=31504>

ของรัฐบาลออสเตรเลียเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของบริษัท และอ้างว่าการตรากฎหมายดังกล่าวเป็นการริบและยึดทรัพย์สินการลงทุนของตน¹¹ แต่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีที่บริษัท ฟิลลิป มอร์ริสฯ ฟ้องร้องประเทศออสเตรเลีย โดยให้เหตุผลว่าคดีนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจซึ่งบริษัท ฟิลลิป มอร์ริสฯ มีความเห็นว่า ผลการตัดสินดังกล่าวมิได้เป็นการรับรอง หรือยอมรับความชอบด้วยกฎหมายในการบังคับใช้มาตรการของแบบเรียบของประเทศออสเตรเลียหรือประเทศอื่นๆ แต่อย่างไรก็ตาม บริษัทฯ จึงกำลังพิจารณาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในรายละเอียดและจะพิจารณาการดำเนินการในขั้นต่อไป¹²

แม้คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการจะยังมีได้ชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาทว่า การออกกฎหมายกำหนดรูปแบบของซองบุหรี่นั้น ถือเป็นมาตรการที่เทียบเท่ากับการริบและยึดทรัพย์สินการลงทุนหรือไม่ แต่ก็ทำให้เห็นแนวโน้มการยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการของนักลงทุนว่า นักลงทุนจะกล่าวหาว่ารัฐผู้รับการลงทุนโดยพยายามตีความคำว่า “มาตรการที่เทียบเท่ากับการริบและยึดทรัพย์สินการลงทุน” ออกไปอย่างกว้างขวาง แม้ท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าว แต่ระหว่างการพิจารณาก็อาจประวิงเวลาการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวออกไปได้ หรือในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับข้อกล่าวหาและตัดสินให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องชดเชยค่าเสียหาย นักลงทุนก็อาจใช้คำวินิจฉัยนั้นเป็นแนวทางในการฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุนอื่นๆ ที่มีกรณีพิพาทในลักษณะเดียวกัน ซึ่งจะสร้างภาระให้กับรัฐผู้รับการลงทุนในการต่อสู้คดีเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ ยังเคยมีแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการบางคน ว่าสาระสำคัญของหลักการ প্রতিบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและวัตถุประสงค์ของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คือ การสร้างความมั่นคงให้แก่กรอบทางกฎหมายที่ควบคุมการลงทุน รัฐจึงมีหน้าที่ต้องละเว้นจากการเปลี่ยนแปลงสิ่งแวดล้อมทางกฎหมายและธุรกิจที่กระทบต่อการลงทุนเมื่อการลงทุนได้ดำเนินการไปแล้ว เช่น คดี CMS v Argentina คดี LG&E v Argentina และคดี Enron v Argentina ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการรักษากรอบทางกฎหมายให้มีความมั่นคงและคาดหมายได้ เป็นองค์ประกอบประการสำคัญของการ প্রতিบัติต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม นักลงทุนสามารถอ้างความคาดหวังที่เกิดจากกฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับกิจการก๊าซที่มีอยู่ในเวลาที่เข้าไปลงทุนซึ่งจูงใจให้นักลงทุนเข้าไปลงทุน ดังนั้น การที่รัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายและระเบียบดังกล่าวในภายหลังอันมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับ จึงขัดต่อพันธกรณีของรัฐในการให้การ প্রতিบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม¹³ แม้ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการลงทุน ค.ศ.2009 ข้อ 11(2) จะกำหนดขอบเขตของข้อพิพาทว่าด้วยการ প্রতিบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ในความหมายอย่างแคบ ครอบคลุมเฉพาะการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนด้วย แต่ก็ยังอาจมีปัญหว่า นักลงทุนจะอ้างความคุ้มครองจากหลักมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (International minimum standard) ได้หรือไม่ ซึ่งคำตอบสำหรับปัญหานี้ขึ้นอยู่กับมุมมองของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างข้อบทของสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณี

¹¹ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, “กลไกรงับข้อพิพาทการลงทุน: ความเสี่ยงต่ออธิปไตยของรัฐ,” *กรุงเทพธุรกิจ* (12 มีนาคม 2558) : หน้า 11.

¹² “ความเห็นของฟิลลิป มอร์ริส เอเชีย ลิมิเต็ดต่อคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่รับพิจารณาคดีในประเด็นการบังคับใช้กฎหมาย “ซองแบบเรียบ (Plain Packaging)” ของประเทศออสเตรเลีย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2559, จาก <http://www.thaipr.net/general/672381>

¹³ โชติกา วิทยาวารกุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ปีที่ 45, น.131,132 (มีนาคม 2559).

ระหว่างประเทศ หากเห็นว่าข้อบทของสนธิสัญญาเป็นกฎหมายเฉพาะทำให้ไม่อาจนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ นักลงทุนก็ไม่อาจอ้างมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศได้ แต่ถ้าเห็นว่าข้อบทของสนธิสัญญาไม่ได้ตัดการใช้กฎหมายจารีตประเพณี นักลงทุนก็อาจอ้างมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศได้¹⁴ อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันความเสี่ยงที่นักลงทุนจะนำหลักความคุ้มครองนี้ไปกล่าวอ้างและนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ รัฐผู้รับการลงทุนจึงควรใช้อำนาจอธิปไตยในฝ่ายนิติบัญญัติอย่างระมัดระวัง โดยเฉพาะการออกกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการลงทุนที่มีนักลงทุนต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะของประชาชน กับความคาดหวังอันชอบธรรมและสมเหตุสมผลของนักลงทุน โดยการใช้อำนาจของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของความคงเส้นคงวา โปร่งใส ประतिบัติต่อทุกฝ่ายอย่างเสมอหน้า และไม่เลือกปฏิบัติ เคารพหลักความเหมาะสมในเชิงกระบวนการ (procedural) และหลักคฤณนิตีกระบวนการ (due process) ด้วย¹⁵

ภายใต้ความตกลง ACIA เมื่อนักลงทุนเห็นว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีการใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายนิติบัญญัติที่ส่งผลกระทบต่อให้นักลงทุนได้รับความเสียหาย นักลงทุนสามารถใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่ความตกลง ACIA กำหนดไว้ ได้แก่ ระบบระงับข้อพิพาทคดีลงทุนแบบ “Investor-State Arbitration”¹⁶ อันเป็นหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor-State Dispute Settlement : ISDS) ซึ่งเป็นกลไกภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือความตกลงการค้าเสรีกับรัฐบาลของประเทศที่ตนเข้าไปลงทุน เช่น หากรัฐภาคีละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดในความตกลง และส่งผลให้การลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายอย่างแท้จริง นักลงทุนก็มีสิทธิใช้กลไก ISDS ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งได้แก่ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions) และกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ภายใต้องค์กรและกฎระเบียบและวิธีการที่กำหนดในความตกลง ตามความตกลงของ ACIA ข้อ 33 ที่กำหนดเกี่ยวกับการให้สิทธิแก่นักลงทุนผู้พิพาทในการที่จะเลือกยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกผู้พิพาท, ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes : ICSID), อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Commission on the International Trade Law : UNCITRAL), ศูนย์อนุญาโตตุลาการภูมิภาคในอาเซียน หรือสถาบันการอนุญาโตตุลาการอื่นใดที่คู่พิพาทตกลงกัน

กลไกการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนแบบ ISDS นี้ มีข้อดีในการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติ ว่าเมื่อเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้ว รัฐบาลจะไม่รังแกหรือกีดกัน รวมทั้งจะให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานในความตกลง อันจะทำให้ให้นักลงทุนสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น แต่เมื่อได้ศึกษาคดีตัวอย่างในต่างประเทศแล้ว จะเห็นว่า การที่สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน และความตกลงเอฟทีเอจำนวนมากกำหนดมาตรการ ISDS เอาไว้ มีผลทำให้คดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ มีจำนวนที่เพิ่มสูงมาก โดยเฉพาะในช่วง 15 ปีที่ผ่านมา โดยในปี พ.ศ. 2552 เพียงปีเดียวมีประเทศผู้รับการลงทุนถึง 81 ประเทศที่ถูก

¹⁴ โชติกา วิทยาวารกุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 45, น.141 (มีนาคม 2559).

¹⁵ เรื่องเดิม, หน้า 137.

¹⁶ ปวีตร เลิศธรรมเทวี, การอนุวัติกฎหมายไทยตามกรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยการลงทุน (Implementing the ASEAN Comprehensive Investment Agreement in Thailand) สถาบันพระปกเกล้า, หน้า 151

ฟ้องร้องต่ออนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาท โดยผู้ที่ฟ้องคดีเกือบทั้งหมดเป็นนักลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศที่ถูกฟ้องส่วนใหญ่มักจะเป็นรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนา¹⁷

แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีกรณีพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติภายใต้ความตกลง ACIA นี้ แต่เมื่อพิจารณาคดีตัวอย่างในต่างประเทศภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนฉบับอื่นๆ ที่นักลงทุนนำข้อพิพาทเข้าสู่การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว จะเห็นว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนในการออกกฎหมายสามารถถูกโต้แย้งได้ โดยเฉพาะกฎหมายที่ส่งกระทบต่อผลกำไรของนักลงทุน เพราะนักลงทุนจะพยายามตีความ คำว่า “การยึดทรัพย์หรือริบกิจการเป็นของรัฐ” รวมทั้ง “หลักการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม” อย่างกว้างขวางทั้งทางตรงและทางอ้อม แม้ว่ากฎหมายหรือนโยบายนั้นจะดีต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อมแค่ไหน แต่ถ้าไปขัดผลประโยชน์ ก็อาจถูกฟ้องร้องจนนำไปสู่การเรียกค่าชดเชยและล้มนโยบายสาธารณะนั้นๆ ได้ ยิ่งในกรณีที่นักลงทุนเลือกใช้กลไก ISDS ยื่นข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีเงื่อนไขว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดด้วยแล้ว ไม่ว่าจะผลการชี้ขาดจะเป็นอย่างไร ถ้าไม่เข้าเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด คู่พิพาทก็ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินนั้นโดยไม่ชักช้า ไม่สามารถอุทธรณ์ได้ และศาลภายในของรัฐที่เป็นภาคีก็มีหน้าที่รับรองคำตัดสินและบังคับคดีตามคำตัดสินนั้นเสมือนคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลภายในของรัฐ¹⁸

จึงอาจสรุปได้ว่า ความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียนโดยเฉพาะในส่วนของกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) จะมีผลลดทอนอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยในการกำกับควบคุมการลงทุน โดยจำกัดอำนาจของประเทศไทยในการควบคุมการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ อันอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ต่อความสามารถของประเทศไทยในการเข้าถึงยา หรือต่อการปกป้องสุขภาพอนามัยของประชาชน ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยแห่งรัฐในการตราและบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เปิดโอกาสให้นักลงทุนและบริษัทต่างชาติแทรกแซงการกำหนดนโยบายสาธารณะของประเทศไทยได้ ฝ่ายนิติบัญญัติของไทยจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยอาจศึกษาแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยมีคำชี้ขาดที่วางบรรทัดฐานด้านการลงทุนเอาไว้ เพื่อมิให้ประเทศไทยต้องแพ้คดีและมีความรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่การลงทุนในภายหลัง

4.2 ฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหารหรือสถาบันบริหาร หมายถึง องค์กรที่นำนโยบาย (Policy) ของรัฐไปดำเนินการ และนำไปปฏิบัติเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ของนโยบายนั้น องค์กรที่ถูกกำหนดให้ใช้อำนาจบริหาร คือ รัฐบาล ซึ่งหมายถึง คณะรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีนั่นเอง ส่วนกลไกหรือเครื่องมือการนำนโยบายและกฎหมายไปปฏิบัติ คือ ข้าราชการประจำ โดยฝ่ายบริหารนั้นมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและการบริหารประเทศ ผู้ที่ใช้อำนาจในการบริหาร คือ นายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี ในแง่ของหลักการ การมีรัฐบาลโดยทั่วไปก็เพื่อ

¹⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, “กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน: ความเสี่ยงต่ออธิปไตยแห่งรัฐ,” *กรุงเทพธุรกิจ* (12 มีนาคม 2558) : หน้า 11.

¹⁸ เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (ICSID) อนุสัญญา ICSID ปี 1965 ข้อ 53, 54 และ 55 กำหนดเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้ ได้แก่ รัฐที่จะถูกบังคับคดีมีความคุ้มกันจากการถูกบังคับคดี หรือคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น

การคงอยู่ของรัฐ เพื่อการจัดระเบียบภายในรัฐ และเพื่อประโยชน์ในแง่ความสุขส่วนรวมของรัฐและประชาชน ในการใช้อำนาจการบริหารของฝ่ายบริหารนั้นจะถูกตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินนโยบายของฝ่ายบริหารนั้นมีผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชนโดยตรง อย่างไรก็ตาม การที่รัฐบาลจะเป็นองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐที่ทำหน้าที่ดังกล่าว รัฐบาลจะต้องได้รับมอบอำนาจอย่างเพียงพอที่จะทำหน้าที่ของตน และสามารถใช้ดุลยพินิจของตนภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้มีการกำหนดไว้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว รัฐบาลจะต้องมีอำนาจบังคับ มีสิทธิที่จะใช้กำลังเพื่อบังคับให้มีการเชื่อฟังและปฏิบัติตาม กล่าวโดยทั่วไปแล้วอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารอาจแบ่งออกเป็น 3 ประการ คือ 1) หน้าที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการภายในประเทศ 2) หน้าที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการระหว่างประเทศ และ 3) หน้าที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการป้องกันประเทศ¹⁹ สถาบันบริหารจึงเป็นสถาบันที่สำคัญยิ่งในการปกครองประเทศ เพราะฝ่ายบริหารหรือผู้ใช้อำนาจบริหารนั้น มีอำนาจดำเนินกิจการต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีอำนาจดำเนินบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและความอยู่ดีกินดีของประชาชน หรือเรียกเป็นภาษาทางการว่าหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน และบทบาทหนึ่งในการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารคือการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพราะกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัตินั้นไม่ได้มีผลในตัวของกฎหมายเอง ดังนั้น ต้องมีการบังคับการ ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายก็คือฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลนั่นเอง

หากจะวิเคราะห์ว่าฝ่ายบริหารของไทยจะได้รับผลกระทบอย่างไรจากกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA จึงเห็นควรที่จะต้องพิจารณาวิเคราะห์ต่อ ยอดจากผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยในส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการบังคับการตามกฎหมายจึงต้องเป็นผู้ดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการตามกฎหมายต่าง ๆ ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ซึ่งหากฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการปรับปรุงกฎหมายภายในให้รองรับหรืออนุวัติการตามความตกลง ACIA อาจส่งผลทำให้เกิดความไม่มั่นใจของนักลงทุนที่จะเข้ามาลงทุนภายในประเทศไทย ส่งผลกระทบต่อฝ่ายบริหารอีกประการในการที่รัฐบาลจะต้องใช้ความพยายามอย่างมากในการดำเนินการเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมการลงทุนที่เสรีและโปร่งใส เพื่อเอื้อประโยชน์และสร้างความเชื่อมั่นในการลงทุนจากต่างประเทศ รวมทั้งเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับประเทศอื่นได้มากขึ้น อันจะนำไปสู่การขยายตัวและการพัฒนาทางเศรษฐกิจในภูมิภาค

ด้วยเหตุที่การแสดงออกของฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานของรัฐ ถือเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงอาจต้องรับผิดชอบต่อการแสดงออกของฝ่ายบริหารทั้งในส่วนของการบริหารสัญญาที่รัฐทำขึ้นกับนักลงทุน การให้คำมั่นหรือการแสดงออกฝ่ายเดียวในรูปของใบอนุญาตต่าง ๆ รวมถึง การแสดงออกของรัฐเกี่ยวกับกรอบทางกฎหมายและนโยบายด้านการลงทุนด้วย

คดีตัวอย่างที่นักลงทุนต่างชาติเคยอ้างพันธกรณีตามสัญญาฟืองประเทศไทย ได้แก่ คดี Walter Bau AG v Thailand ซึ่งมีรายละเอียดสรุปได้ ดังนี้ บริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau) เป็นบริษัทผู้รับเหมาจากประเทศเยอรมนี ซึ่งเคยถือหุ้นบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานโทลล์เวย์ ในสัดส่วน 9.87% ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ภายใต้ความ

¹⁹ การเมืองกับการปกครองของไทย (Thai Politics Government), เจริญธรรมที่ 40, หน้า 110-111.

ตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี พ.ศ. 2545 โดยอ้างว่า ได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลไทยผิดสัญญาในโครงการก่อสร้างโพลล์เวย์หลายประเด็น เช่น ขอให้ลดค่าผ่านทางเหลือ 20 บาทตลอดสาย และมีมาตรการไม่ให้บริษัทปรับค่าผ่านทาง นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องการสร้างทางแข่งขัน เช่น โครงการโฮปเวลล์ การก่อสร้างทางเบี่ยงบนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิต การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ ฯลฯ ซึ่งล้วนก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน)

ประเด็นข้อต่อสู้ที่สำคัญของฝ่ายรัฐบาลไทย คือ บริษัท วอลเตอร์ บาว เป็นเพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทที่มารับสัมปทานจากรัฐเท่านั้นไม่ได้อยู่ในฐานะคู่สัมปทานของรัฐโดยตรง ซึ่งจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องภายใต้สนธิสัญญาฯ ต่อรัฐบาลไทยได้ เพราะการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยในลักษณะ Portfolio Investor น่าจะขัดต่อหลักการและอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองการลงทุนข้ามชาติที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนทางตรง (Foreign Direct Investment) เท่านั้น อีกทั้ง รัฐบาลไทยก็ได้ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำที่ถูกล่าวหาให้แก่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทผู้รับสัมปทานไปแล้ว บริษัท วอลเตอร์ บาว จึงควรต้องเรียกร้องค่าเสียหายจากกรรมการผู้จัดการหรือผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ไม่ใช่มาเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลไทย

คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งพิจารณากรณีพิพาทนี้มีที่ตั้งอยู่ ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แต่กระบวนการไต่สวนดำเนินการที่ฮ่องกง ได้มีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ระบุว่าประเทศไทยผิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง และต้องชำระค่าชดเชยจำนวน 29.21 ล้านยูโร พร้อมดอกเบี้ย ในอัตรา 2% ต่อปี เริ่มตั้งแต่วันที่ 3 ธันวาคม 2549 จนกว่าถึงวันชำระเงิน พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของฝ่ายวอลเตอร์ บาว จำนวน 1,806,560 ยูโร รวมทั้งดอกเบี้ยตามอัตราเดียวกับค่าชดเชยความเสียหาย

รัฐบาลไทย ไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อดำเนินการเสนอคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลปกครองกลาง เพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด แต่ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยว่า คดีดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ต่อมาผู้จัดการทรัพย์สินของบริษัทวอลเตอร์ บาว (บริษัทล้มละลาย) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสหรัฐอเมริกา (Southern District of New York) เมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2553 เพื่อบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ โดยใช้สิทธิตามอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศ ค.ศ. 1985 ซึ่งไทยและสหรัฐฯ เป็นภาคี ทั้งนี้ ศาลสหรัฐฯ ได้ออกคำสั่งรับรองคำชี้ขาดและออกคำตัดสินว่าประเทศไทยต้องรับผิดชอบการจ่ายเงินตามที่คำชี้ขาดกำหนด ในกรณีที่ไทยไม่ชำระตามคำตัดสิน วอลเตอร์ บาว อาจขอให้ศาลบังคับเอาทรัพย์สินของรัฐบาลไทยที่อยู่ในเขตอำนาจได้

คดีนี้จึงถือเป็นบทเรียนของประเทศไทย โดยเฉพาะคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่า รัฐบาลไทยละเมิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมโดยการกระทำหลายอย่างประกอบกัน หนึ่งในนั้นก็คือ การปฏิเสธไม่ให้นักลงทุนขึ้นค่าผ่านทางอย่างต่อเนื่องเป็นเวลาหลายปี ซึ่งไม่เป็นไปตามบันทึกความตกลงระหว่างหน่วยงานของรัฐและบริษัทที่ได้รับสัมปทานก่อสร้าง และบริหารจัดการ

ทางด่วนซึ่งนักลงทุนถือหุ้นอยู่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าจะได้รับค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลบนฐานของความตกลงดังกล่าว เมื่อนักลงทุนมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่า รัฐจะปฏิบัติตามบันทึกความตกลง การที่รัฐไม่อนุญาตให้ขึ้นค่าทางด่วนอันเป็นการฝ่าฝืนบันทึกความตกลงจึงเป็นการไม่เคารพความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน²⁰

แม้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี พ.ศ. 2545 ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการใช้เป็นกฎหมายในการวินิจฉัยในคดีนี้ จะมีเนื้อหาที่แตกต่างจากความตกลงอาเซียนว่าด้วยการลงทุน ค.ศ.2009 ในหลาย ๆ เรื่อง เช่น ขอบเขตของข้อบ่งชี้ว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งความตกลงอาเซียนว่าด้วยการลงทุนจะมีได้ให้ความคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนด้วยก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญที่คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่าประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติตามหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมหรือไม่ในคดีนี้ คือ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการบริหารสัญญา ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายบริหารของไทยไม่ปฏิบัติตามความตกลงในสัญญา แม้ว่าจะได้เยียวยานักลงทุนด้วยการขยายระยะเวลาสัมปทานออกไป ก็ไม่อาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยที่เป็นไปตามความเห็นและข้อต่อสู้ของฝ่ายไทยได้

นอกจากการใช้อำนาจในการบริหารสัญญาแล้ว การแสดงออกฝ่ายเดียวของฝ่ายบริหารในรูปของการออกคำสั่ง หรือใบอนุญาตต่าง ๆ ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ เช่น กรณีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 มีคำสั่งยุติการอนุญาตการสำรวจและทำเหมืองแร่ทองคำทั่วประเทศ โดยอ้างเหตุ “เพื่อประโยชน์ของสังคมและประชาชนเป็นส่วนรวมและแก้ปัญหาความแตกแยกของประชาชนในชุมชน” ซึ่งอาจสร้างความเสียหายให้กับบริษัทผู้ลงทุน จนนำไปสู่การฟ้องคดีต่ออนุญาโตตุลาการได้ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องความชัดเจนของผลการตรวจสอบว่าเหมืองแร่เป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาทางสุขภาพของประชาชนในพื้นที่จริงหรือไม่ และการที่รัฐบาลไทยเชิญให้ทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย โดยให้การสนับสนุนด้านสิทธิประโยชน์แต่กลับออกคำสั่งยุติการดำเนินการ ทั้งที่ยังเหลือเวลาอายุประทานบัตรอีกกว่า 12 ปี จะถือเป็นกรณีละเมิดพันธกรณีของรัฐที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนหรือไม่ ซึ่งการใช้อำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตของฝ่ายบริหารนี้ เคยมีคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดไว้ในต่างประเทศ เช่น *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi* ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท AFFIMET ที่ก่อตั้งในบुरुнді เพื่อทำการผลิตและจำหน่ายโลหะมีค่า ซึ่งมีผู้ลงทุนชาวเบลเยียมหกคนเป็นเจ้าของ ได้รับใบอนุญาตให้ทำการค้าโดยปลอดภาษีในปี 1993 แต่ 2 ปีต่อมาบुरुндіถอนใบอนุญาตด้วยสาเหตุว่า ระบบการปลอดภาษีไม่ใช้กับบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการขุดและขายแร่อีกต่อไป ผลการถอนใบอนุญาตทำให้เอกชนเบลเยียมขาดทุน นาย Antoine Goetz และนักลงทุนชาวเบลเยียมอีกห้าคนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทจึงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนระหว่างสหภาพเศรษฐกิจเบลเยียม-ลักเซมเบิร์ก และ บुरुнді ในระหว่างดำเนินการกระบวนพิจารณาคูกรณีได้ตกลงประนีประนอมยอมความกัน คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่ทำคำชี้ขาด แต่ได้ตัดสินในเรื่องความรับผิดชอบว่า การถอนใบอนุญาตการได้รับการยกเว้นภาษีมีผลเท่ากับการริบทรัพย์ ตามมาตรา ๔ ของสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนฯ แล้ว ในฐานะที่เป็นมาตรการที่เอาไปหรือ

²⁰ โชติกา วิทยาวารกุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 45, น.127 (มีนาคม 2559).

จำกัดสิทธิในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า บุรุษดีจะรับผิดชอบเมื่อไม่ได้ให้ค่าทดแทนอย่างเพียงพอแก่ผู้ลงทุนภายใน 4 เดือน นับแต่มีคำตัดสินหรือบุรุษดีสามารถให้ใบอนุญาตใหม่กับบริษัท AFFIMET²¹

นอกจากนี้ ยังมีคดี *Metaclad v Mexico* ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะอันตราย ที่นักลงทุนจากประเทศอเมริกาได้รับใบอนุญาตในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐแล้ว แต่ไม่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐบาลท้องถิ่น โดยที่เจ้าหน้าที่สหพันธรัฐให้คำรับรองซ้ำแล้วซ้ำเล่าว่า นักลงทุนไม่จำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐบาลท้องถิ่น และรัฐบาลท้องถิ่นไม่มีเหตุในการปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ ต่อมาปรากฏว่ารัฐบาลท้องถิ่นไม่ออกใบอนุญาตให้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่า การกระทำของรัฐชานหลุยส์โปโตซีในฐานะตัวแทนของรัฐบาลเม็กซิโกที่ให้ระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงานและในการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมีผลเท่ากับเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการทางอ้อม ตามมาตรา 1110 ในบทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้า ซึ่งบัญญัติว่า “การยึดหรือริบคืนกิจการมิได้มีความหมายแต่เพียงการกระทำโดยเปิดเผย จงใจ และรับรู้ถึงการนำไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน แต่รวมถึงการแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สินซึ่งมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของนักลงทุน ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นประเทศผู้รับการลงทุนจะมีได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจใด ๆ เลยก็ตาม” โดยคณะอนุญาโตตุลาการตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างกว้าง²² นอกจากนี้ การปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตของรัฐบาลท้องถิ่นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีของเม็กซิโกที่จะต้องให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยเห็นว่านักลงทุนสามารถอ้างการแสดงออกของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นฐานของความคาดหวังของนักลงทุนว่านักลงทุนสามารถที่จะดำเนินการลงทุนต่อไปได้ และการที่รัฐบาลท้องถิ่นปล่อยให้มีการก่อสร้างโรงงานเสร็จสมบูรณ์แล้วจึงออกคำสั่งอย่างเป็นทางการว่าไม่อนุญาตก่อสร้าง โดยนับระยะเวลาจากวันที่นักลงทุนยื่นขอใบอนุญาตจนถึงวันที่รัฐบาลออกคำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้เป็นเวลากว่า 13 เดือนนั้น ถือเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม²³

จึงอาจกล่าวได้ว่า ผลกระทบที่จะเกิดต่อฝ่ายบริหารจากการที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) คือ เมื่อประเทศไทยมีนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการให้สัมปทานในการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติ หรือโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่เพื่อให้บริการสาธารณะภายในรัฐ ต่อมาหากเกิดกรณีที่นักลงทุนเห็นว่าฝ่ายรัฐกระทำผิดสัญญา หรือปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างไม่เป็นธรรมและเท่าเทียม เช่น พิจารณาค่าขออนุญาตอย่างล่าช้า หรือไม่ออกใบอนุญาตให้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ดังนี้ นักลงทุนก็มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับฝ่ายบริหารจากการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นการเสี่ยงต่อการสูญเสียประโยชน์ของประเทศชาติดังคดีตัวอย่างข้างต้น อีกทั้ง ยังถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคน

²¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.250-251.

²² จักรกฤษณ์ ควรวจน์, จิราพร ลีมปานานนท์, กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ, (กรุงเทพฯ : บริษัท เดอะ กราฟิโก ซิสเต็มส์ จำกัด, 2558), น.19-21.

²³ โชติกา วิทยาวารกุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 45, น.129, 131 (มีนาคม 2559).

ชาติไทยเอง เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องรัฐได้ภายใต้ข้อบทการคุ้มครองการลงทุน และกลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุน แต่ไม่ข้อกำหนดนี้ไว้สำหรับคนชาติด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับกับรัฐภาคี หากนักลงทุนไทยเข้าไปลงทุนในภูมิภาคอาเซียนก็จะได้รับประโยชน์ในการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนไทย ภายใต้สิทธิประโยชน์ของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ความตกลง ACIA ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงถือเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งการให้ความคุ้มครองการลงทุนถือเป็นสัญญาณของการเปิดเสรีอย่างเต็มรูปแบบ และเป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น แต่ฝ่ายบริหารของไทยก็ต้องเพิ่มความระมัดระวังและตระหนักถึงความสำคัญของการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ลงนามผูกพันไว้ เพื่อมิให้ประเทศไทยต้องนำเงินภาษีไปจ่ายเป็นค่าเสียหายให้กับนักลงทุนเอกชนเหมือนเช่นคดีที่เกิดขึ้นในอดีต

4.3 ฝ่ายตุลาการ

“รัฐ” เป็นองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีความชอบธรรมในการใช้อำนาจอธิปไตย จุดมุ่งหมายสำคัญประการหนึ่งที่รัฐพึงมีต่อประชาชนก็คือการให้หลักประกันด้านความยุติธรรมแก่ประชาชน ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว กลไกที่เป็นกรอบหรือกติกาพื้นฐานที่รัฐใช้เป็นแนวทางเพื่อพิทักษ์ความยุติธรรมในสังคมก็คือ “กฎหมาย” ดังนั้น สถาบันฝ่ายตุลาการจึงมีหน้าที่ในการปกป้องเสรีภาพ และการรักษาสิทธิของประชาชน เป็นสถาบันที่เป็นที่พึ่งของประชาชนในกรณีที่เกิดความขัดแย้งหรือมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจอย่างเสมอภาคต่อประชาชนทุกฐานะอาชีพ และทั่วทุกแห่งภายในอาณาเขตรัฐนั้น ฉะนั้น สถาบันฝ่ายตุลาการจึงมีหน้าที่ในการให้ความยุติธรรมโดยการใช้กฎหมายของรัฐเป็นเครื่องมือในการตัดสิน ในระบอบเสรีประชาธิปไตยถือว่าสถาบันตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าสถาบันตุลาการจะไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับอีกสองสถาบัน ความสัมพันธ์มีอยู่แต่ตามทฤษฎีเสรีประชาธิปไตยนั้นต้องการให้เป็นความสัมพันธ์แบบคานอำนาจซึ่งกันและกัน (Checks and balances)²⁴

อำนาจตุลาการเป็นอำนาจของศาลทุกประเภทที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ซึ่งศาลทุกประเภทมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีความต่าง ๆ ตามอำนาจของศาลนั้น ๆ เพื่อให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนภายใต้พระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ และเพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนในชาติ เช่น ศาลปกครอง ศาลอาญา เป็นต้น แต่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA นั้น ในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงเกิดขึ้น เมื่อคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทจากการปรึกษาหารือหรือการเจรจาได้แล้ว นักลงทุนคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายอาจร้องขอต่อประเทศคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ (ข้อ 32) แต่ทั้งนี้การระงับข้อพิพาทดังกล่าวให้นักลงทุนผู้พิพาทอาจเลือกที่จะยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกผู้พิพาทได้หากศาลหรือองค์คณะดังกล่าวมิใช่เขตอำนาจเหนือข้อเรียกร้องนั้น (ข้อ 33)

²⁴ การเมืองกับการปกครองของไทย (Thai Politics Government), เจริญธรรมที่ 40, หน้า 134.

กรณีที่นักลงทุนเลือกที่จะยื่นข้อเรียกร้องต่อศาลหรือองค์คณะทางปกครองของรัฐสมาชิกที่มีเขตอำนาจนั้น อาจมีประเด็นที่โต้แย้งกันคือ ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลใด โดยส่วนใหญ่เอกชนต่างประเทศมักไม่ต้องการที่จะขึ้นศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากศาลภายในถือเป็นหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งจึงอาจจะตัดสินเอนเอียงมาทางฝ่ายรัฐได้ ในทางกลับกันฝ่ายรัฐเองก็ไม่ต้องการตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลของรัฐของนักลงทุนต่างประเทศเพราะรัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง

ยกตัวอย่างประเทศไทย ซึ่งกรณีพิพาทด้านการลงทุนส่วนใหญ่มักเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เช่น การตรากฎหมายหรือระเบียบ การออกคำสั่งใดๆ หรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยสัญญาที่รัฐกับนักลงทุนต่างชาติเป็นคู่สัญญากันนั้น มักจะเป็นสัญญาเกี่ยวกับโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการดำเนินการเพื่อให้บริการสาธารณะและสิ่งสาธารณูปโภคแก่ประชาชน เช่น ทางด่วน โรงกำจัดขยะ หรือบ่อบำบัดน้ำเสีย หรือสัญญาเกี่ยวกับการให้สัมปทานในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำมัน แร่ธาตุ และป่าไม้ ซึ่งเข้าข่ายเป็นสัญญาทางปกครอง ที่ต้องฟ้องคดีศาลปกครอง ตามมาตรา 9(4) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยนักลงทุนต่างชาติจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายภายในกำหนดให้ดำเนินการก่อนฟ้องคดีต่อศาลด้วย เช่น หากนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งของหน่วยงานรัฐหน่วยงานใด และต้องการให้หน่วยงานนั้นเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ก็จะต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อน จึงจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ซึ่งสร้างภาระให้กับนักลงทุนต่างชาติเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ การพิจารณาคดีของศาลภายในของรัฐก็มักจะมีวิธีพิจารณาที่เคร่งครัด ชับซ้อน มีขั้นตอนมากมาย และใช้เวลายาวนาน ซึ่งหากศาลพิจารณาคดีอย่างล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร นักลงทุนก็อาจกล่าวอ้างว่าการกระทำอันล่าช้าของศาลถือเป็นการขัดกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมได้ ดังเช่นในคดี *White Industry Australia Ltd v Republic of India* ในโครงการเหมืองถ่านหิน Piparwar Project ซึ่งรัฐบาลอินเดียถูกฟ้องตามกลไกระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย โดยมีข้อกล่าวหาหนึ่งซึ่งบริษัท White Industries อ้างว่า การพิจารณาคดีที่ล่าช้ากว่า 9 ปี ของศาลอินเดียถือเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (Denial of Justice) ขัดต่อหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable treatment) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีข้อสรุปในประเด็นนี้ว่า ความล่าช้าที่เกิดขึ้นของศาลฎีกาในการรับฟังและกำหนดเขตอำนาจอุทธรณ์ ยังไม่เพียงพอที่จะฟังได้ว่า ขาดการบริหารความยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่พอที่จะสรุปไปถึงว่า เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม แม้ว่าความล่าช้าจะเป็นเรื่องน่าเสียใจแต่ก็ไม่ถึงขั้นจงใจด้วยเจตนาที่ไม่สุจริต (bad faith) ที่จะยื่นข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงในขอบข่ายของกระบวนการยุติธรรม ข้อกล่าวหาของนักลงทุนในประเด็นนี้จึงตกไป อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้อินเดียชดเชยค่าเสียหายให้แก่การลงทุนในการฝ่าฝืนสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนฯ ในข้อ 4(2) เรื่อง การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำให้เกิดปฏิกิริยาต่อต้านมาตรการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนอย่างรุนแรงจากสาธารณชน ส่งผลให้

รัฐบาลอินเดียนำเสนอแผนยุทธศาสตร์ว่าจะไม่ยอมให้มีกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในความตกลงกับประเทศต่าง ๆ อีก²⁵

จากคดีตัวอย่างข้างต้น แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่าการพิจารณาคดีที่ล่าช้ากว่า 9 ปีของศาล ยังไม่ถึงเป็นการฝ่าฝืนหลักการประคับคองอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม แต่คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็มีได้ผูกพันเป็นบรรทัดฐานตายตัวสำหรับคดีอื่นๆ ซึ่งนักลงทุนอาจหยิบยกข้อกล่าวหาเรื่องการพิจารณาคดีที่ล่าช้าอันนำมาซึ่งความไม่ยุติธรรม ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อเรียกร้องการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐผู้รับการลงทุนในอนาคต โดยหากนักลงทุนมีพยานหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวหาที่ชัดเจนเพียงพอ ในขณะที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่มีคำอธิบายให้เข้าใจได้ว่า เหตุใดกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐจึงล่าช้าจนอาจถือเป็นการละเลยเพิกเฉยต่อการอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการ ก็อาจชี้ขาดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่แก่นักลงทุนได้

หากจะพิจารณาถึงผลกระทบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้ความตกลง ACIA ต่อประเทศไทย ที่มีต่ออำนาจฝ่ายตุลาการจะพบว่า โดยหลักการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว แต่การที่ความตกลง ACIA กำหนดให้นักลงทุนผู้พิพาทอาจยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการได้ อันเป็นการขัดต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายตุลาการในการพิพากษาอรรถคดี และอาจจะส่งผลให้ประเทศไทยเสียสิทธิสภาพเขตอำนาจศาลภายในประเทศ

ด้วยเหตุที่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีกระบวนการพิจารณาคดีที่ยืดหยุ่นกว่าวิธีพิจารณาความในชั้นศาล เพราะเป็นวิธีการที่ออกแบบมาเพื่อการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยเฉพาะ เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่ต้องการความรวดเร็วและประสิทธิภาพในการชี้ขาดที่ดีที่สุด ซึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้มีวิธีพิจารณาคดีที่ไม่เคร่งครัดมีขั้นตอนที่ไม่ยุ่งยาก และสามารถรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีและความลับทางการค้าต่างๆ ของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี จึงเป็นทางเลือกที่นักลงทุนส่วนใหญ่มักจะเลือกใช้ ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงผลดีและผลเสียของการนำคดีข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับนักลงทุนเอกชนที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลง ACIA อย่างถ่องแท้ เพื่อไม่ให้รัฐบาลไทยเสียเปรียบในกระบวนการต่อสู้คดี นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงความตกลงว่าด้วยการลงทุน (ACIA) ที่ประเทศไทยเป็นภาคี แม้ประเทศไทยจะมีอำนาจอธิปไตยในการที่จะปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม แต่ในทางระหว่างประเทศซึ่งถือได้ว่าประเทศไทยมีพันธกรณีที่มีร่วมกันกับภาคีสมาชิกที่มีวัตถุประสงค์ต้องการสร้างให้ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีกฎระเบียบด้านการลงทุน (investment regime) ที่เปิดกว้างและเสรี (open & free) และในขณะเดียวกันจะช่วยเสริมให้เกิดการบูรณาการ (integration) ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในด้านการลงทุน ซึ่งเป็นพันธกิจสำคัญชิ้นหนึ่งในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หากประเทศไทยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว แม้ไม่ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของไทย แต่อาจส่งผลกระทบต่อทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ การค้า หรือการลงทุน หรือความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศได้

²⁵ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, จีราพร ลิ้มปานานนท์, กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ, (กรุงเทพฯ : บริษัท เดอะ กราฟิโก ซิสเต็มส์ จำกัด, 2558), น.33-34.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ความตกลง ACIA เป็นความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองประโยชน์ของนักลงทุนของทุกรัฐประชาคมอาเซียน ด้วยการกำหนดกฎระเบียบและวิธีปฏิบัติทางการลงทุนที่มีความโปร่งใสและชัดเจน ดังเช่นที่ปรากฏในเจตนารมณ์แห่งการร่างความตกลงฯ ว่า “การคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งของการดึงดูดนักลงทุนเข้ามาในภูมิภาคและเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิกอาเซียน” เนื้อหาของความตกลง ACIA จึงครอบคลุมการกำหนดมาตรฐานที่รัฐที่รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของรัฐภาคีความตกลง และกำหนดกระบวนการในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งจะต้องเป็นกระบวนการที่รวดเร็ว มีวิธีพิจารณาคดีที่ไม่เคร่งครัดยุ่งยาก สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับทางการค้าต่างๆ ของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี รวมถึงการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีด้วย

จากเหตุผลดังกล่าว การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นทางเลือกที่สร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนที่จะมีช่องทางในการระงับข้อพิพาทนอกเหนือจากการดำเนินคดีภายใต้กระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ การที่ประเทศไทยลงนามในความตกลง ACIA ซึ่งกำหนดกลไกอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน จึงทำให้นักลงทุนชาวต่างชาติสามารถอาศัยสิทธิตามความตกลงดังกล่าว ในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ เพราะความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็น “สัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ” ที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน แม้ประเทศไทยจะมีมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดห้ามการเขียนข้อผูกมัดไว้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนว่าจะมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด¹ แล้วก็ตาม แต่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ก็ไม่อาจลบล้างความตกลงที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศต่าง ๆ ได้ หมายความว่า ถึงแม้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับนักลงทุนเอกชน จะมีได้กำหนดให้คู่กรณีนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่นักลงทุนต่างชาติก็สามารถกล่าวอ้างความตกลง ACIA ในส่วนที่ที่กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชนเอาไว้ ในข้อ 27 – 41 เพื่อนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนี้ มีข้อดีคือ เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทที่รวดเร็ว เนื่องจากมีขั้นตอนการพิจารณาคดีที่ยืดหยุ่น ไม่ยุ่งยาก คู่พิพาทสามารถเลือกบุคคลที่ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการได้ จึงสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนในเรื่องความเป็นกลางได้มากกว่าการดำเนินคดีภายใต้กระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติกล้าที่จะนำเงินมาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น ในขณะที่เดียวกันก็สร้าง

¹ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ และที่แก้ไข เมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๘

ความมั่นใจให้แก่นักลงทุนไทยที่จะไปลงทุนในประเทศอาเซียนอื่น ๆ มากขึ้นด้วย จึงเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันแก่นักลงทุนไทยที่จะแสวงหาโอกาสทางธุรกิจด้วยการไปลงทุนในต่างประเทศ ส่งเสริมการลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพตามความตกลง สร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของนักลงทุน รวมทั้งผลประโยชน์ที่รัฐได้รับจากการลงทุนของเอกชน อันนำไปสู่การกำหนดขอบเขตในการดำเนินนโยบายการพัฒนาประเทศของรัฐที่เหมาะสม

แม้จะมีข้อดีในแง่ของการส่งเสริมการลงทุน แต่การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ก็มีผลลดทอนอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยในการควบคุมการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายบริหาร รวมทั้ง อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีความต่าง ๆ ของฝ่ายตุลาการ จนอาจเปิดโอกาสให้นักลงทุนและบริษัทต่างชาติแทรกแซงการกำหนดนโยบายสาธารณะของประเทศไทยตามที่ได้อธิบายรายละเอียดไว้ในบทที่ 4 และการที่นักลงทุนต่างชาติเลือกนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็อาจทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบในการต่อสู้คดีได้ เนื่องจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่กำหนดในความตกลงส่วนใหญ่ เป็นข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ภาษาที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงต้องเป็นภาษาต่างประเทศ สถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ต้องทำในต่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดส่วนใหญ่ก็มักจะเป็นชาวต่างชาติ การต่อสู้คดีภายใต้ปัจจัยและข้อจำกัดเหล่านี้ ทำให้ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องว่าจ้างทนายความและที่ปรึกษาชาวต่างชาติให้ว่าต่างคดีแทน นอกจากนี้ การที่จะอธิบายและทำความเข้าใจถึงข้ออ้างและข้อต่อสู้ที่ล้วนตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงตลอดจนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและระเบียบภายในประเทศ ให้อนุญาโตตุลาการที่เป็นชาวต่างชาติเข้าใจยอม เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

กรณีตัวอย่างของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนจากต่างชาติ ซึ่งถือเป็นบทเรียนสำคัญของประเทศไทย ได้แก่ กรณีบริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau) ยื่นฟ้องรัฐบาลไทย ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี พ.ศ. 2545 โดยอ้างว่า ได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลไทยผิดสัญญาในโครงการก่อสร้างโพลีเวย์หลายประเด็น เช่น ขอให้ลดค่าผ่านทางเหลือ 20 บาทตลอดสาย การไม่ให้บริษัทปรับค่าผ่านทาง รวมทั้ง การสร้างทางแข่งขัน ได้แก่ โครงการโฮปเวลล์ การก่อสร้างทางเบี่ยงบนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิต การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ ฯลฯ ซึ่งล้วนก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนของบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ระบุว่าประเทศไทยผิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง และต้องชำระค่าชดเชยจำนวน 29.21 ล้านยูโร พร้อมดอกเบี้ย ในอัตรา 2% ต่อปี เริ่มตั้งแต่วันที่ 3 ธันวาคม 2549 จนกว่าถึงวันชำระเงิน พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของฝ่ายวอลเตอร์ บาว จำนวน 1,806,560 ยูโร รวมทั้งดอกเบี้ยตามอัตราเดียวกับค่าชดเชยความเสียหาย

แม้ว่าคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนเรื่องการเวนคืนโดยอ้อม และยังมีประเด็นซึ่งประเทศไทยได้ให้การต่อสู้ไว้และยังไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนัก เช่น สิทธิภาคีมาฟองของบริษัทวอลเตอร์ บาว หรือการชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัทผู้รับสัมปทานแล้ว แต่สิ่งที่รัฐบาลไทยไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงได้คือ การไม่ปฏิบัติตามสัญญา ทั้งเรื่องการห้ามขึ้นค่าผ่านทางและการสร้างโครงการมาแข่งขัน ดังนั้น แม้รัฐบาลไทยจะมีข้อต่อสู้ในเรื่องอื่น ๆ ก็ไม่อาจทำให้รัฐบาลไทยหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ส่งผลให้เกิดความขัดแย้งระหว่างบริษัทวอลเตอร์ บาว กับรัฐบาลไทยกลายเป็นกรณีศึกษาที่นักลงทุนต่างชาติอาจใช้เป็นแนวทางในการฟ้องเรียกร้องต่อประเทศไทยในอนาคตด้วย ประเทศไทยจึงควรศึกษายทเรียนดังกล่าวอย่างละเอียดและกำหนดมาตรการที่ชัดเจนและเข้มงวดในการป้องกันปัญหาที่สื่อมวลชนให้สมญากันว่า “ค่าโง่” ขึ้นอีกได้

อย่างไรก็ตาม การจะแก้ปัญหาค่าโง่ให้ตรงจุดนั้น ย่อมไม่ใช่การรื้อทั้งระบบอนุญาโตตุลาการ แต่ควรเป็นการพิจารณาถึงสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาว่าเกิดจากปัจจัยใด เกิดจากการที่ผู้บริหารสัญญาหรือผู้นำประเทศของเราไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ โดยสรุปบทเรียนจากความพ่ายแพ้ในอดีต แล้วค่อยแก้ปัญหาให้ตรงจุด มิเช่นนั้น ปัญหาค่าโง่จะอยู่กับคู่สังคมไทยไปอีกนานเท่านาน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเนื้อหาของความตกลง ACIA และวิเคราะห์ผลกระทบต่อประเทศไทยโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนแล้ว คณะผู้จัดทำรายงานมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

5.2.1 สิ่งที่ประเทศไทยควรเร่งดำเนินการ คือ การสอบสวนหาสาเหตุความบกพร่องของบุคคลหน่วยงาน และกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายจากการดำเนินนโยบายด้านการลงทุน และการลงนามในความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศในอดีตที่ผ่านมา ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีดังกล่าวขึ้นอีก ก่อนเริ่มกระบวนการเจรจา รัฐบาลต้องดำเนินการเจรจาภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างเคร่งครัด กล่าวคือต้องมีการศึกษาอย่างรอบคอบ ต้องรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียอย่างกว้างขวาง และต้องนำกรอบการเจรจา เช่น ตารางการจัดทำข้อสงวนหรือรายการที่อ่อนไหวเพื่อขอความเห็นชอบต่อสภา ก่อนการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศทุกครั้ง นอกจากนี้ รัฐบาลไทยควรมีท่าทีที่ชัดเจนที่จะไม่ลดหย่อนหรือยอมรับผิดทางหรือกฎเกณฑ์การลงทุนใด ๆ ที่ทำให้นักลงทุนและบรรษัทต่างชาติมีสิทธิพลเหนือรัฐไทยในการกำหนดนโยบายแห่งรัฐมากจนเกินไป โดยหากจะมีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนใด ๆ ความตกลงดังกล่าวควรมีความสมดุล มีการปกป้องสิทธิของนักลงทุนตามสมควร และในขณะเดียวกันก็มีบทบัญญัติที่คุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศด้วย

5.2.2 ประเทศไทยควรเพิ่มบุคลากรภาครัฐที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายระหว่างประเทศและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ และเปิดโอกาสให้

บุคคลากรเหล่านั้น ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการตั้งแต่เริ่มต้น กล่าวคือ ตั้งแต่การพิจารณาลงนามความตกลงระหว่างประเทศหรือ BITs ต่าง ๆ การตรากฎหมายในเรื่องที่อยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจน การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่มีนักลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ควรจะต้องมีนักกฎหมายที่เข้าใจและรู้เท่าทันการลงทุนจากต่างประเทศอยู่ร่วมในกระบวนการดังกล่าวด้วย เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นไว้ล่วงหน้า ดีกว่าจะเข้ามาแก้ปัญหาในเวลาที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว

นอกจากนี้ ยังควรมีการส่งเสริมและสนับสนุนนักกฎหมายไทยให้มีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ หรือเป็นตัวแทนของประเทศไทยในการโต้แย้งหรือต่อสู้เพื่อระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวด้วย

5.2.3 เจ้าหน้าที่รัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยจะต้องตระหนักและให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุน รวมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ อย่างเคร่งครัด โดยหากเกิดกรณีที่รัฐจำเป็นต้องผิดสัญญาหรือไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงระหว่างประเทศได้ รัฐบาลไทยควรจะต้องหารือกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสดงเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวพร้อมพยานหลักฐานที่ชัดเจนตรวจสอบได้ ว่าเป็นกรณีที่เข้าข่ายตามข้อยกเว้นของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือการฝ่าฝืนพันธกรณีในความตกลงหรือไม่ อย่างไร และรัฐไทยได้มีการดำเนินการเพื่อเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายให้แก่การลงทุนไปอย่างไรบ้าง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทขึ้น หรือหากเป็นกรณีที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงข้อพิพาทได้ อย่างน้อยรัฐบาลไทยก็ต้องประเมินความเสียหายที่นักลงทุนจะได้รับสำหรับกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ฝ่ายไทยต้องจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนั้นเอาไว้ด้วย เพื่อไม่ให้ประเทศไทยกลายเป็นประเทศบ้านป่าเมืองเถื่อนที่เชื่อถือไม่ได้ในสายตาของชาวโลก

5.2.4 ประเทศไทยต้องปฏิรูประบบกฎหมายด้านการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติให้ทันสมัยและสอดคล้องกับแนวทางการค้าระหว่างประเทศในยุคปัจจุบัน ซึ่งกำลังเปลี่ยนแปลงไปสู่การสร้างมาตรฐานโลกใหม่ โดยก่อนการตรากฎหมาย หรือระเบียบต่าง ๆ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องใช้ความระมัดระวังและมีการตรวจสอบทุกครั้งว่า กฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาที่ละเมิดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ในความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ รวมทั้ง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติว่าประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองนั้น ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่นักลงทุนได้รับหรือไม่ มีมาตรการเยียวยาผลกระทบหรือการชดเชยความเสียหายแก่นักลงทุนไว้อย่างไร เป็นธรรมหรือไม่ โดยอาจใช้แนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยมีคำชี้ขาดที่วางบรรทัดฐานด้านการลงทุนเอาไว้ในการพิจารณา

ในการนี้ คณะผู้จัดทำรายงานจึงได้ออกแบบตารางสำหรับตรวจสอบร่างกฎหมาย (Check List) เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง ACIA ดังนี้

รายชื่อผู้จัดทำ

เสาศรชฎกิจ

เรื่อง ความตกลงด้านการค้าและการลงทุนของอาเซียน

ประเด็นศึกษา : การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนภายใต้ความตกลง ACIA

๑	นางวิลาสินี สิทธิโสภณ	วิทยากรเชี่ยวชาญ	สำนักกฎหมาย
๒	นางสาวบุศรา เพ็งนุ่ม	วิทยากรชำนาญการพิเศษ ช่วยราชการในตำแหน่งนักวิเคราะห์นโยบายและแผน	สำนักงานศูนย์ประชาคมอาเซียน
๓	นายจันทมร สีหาบุญลี	วิทยากรชำนาญการพิเศษ	สำนักวิชาการ
๔	นางสาวปิติกานต์ สอนดี	วิทยากรชำนาญการพิเศษ	สำนักงานศูนย์ประชาคมอาเซียน
๕	นางสาวเรณูมาศ รักษาแก้ว	นิติกรชำนาญการ	สำนักกฎหมาย
๖	นายบรรจง ชาทุม	นิติกรชำนาญการ	สำนักกรรมการ ๑
๗	นางสาววิลาสินี ฉายรัตน์ตระกูล	นักวิเทศสัมพันธ์ชำนาญการ	สำนักภาษาต่างประเทศ
๘	นางสาวสวรรรยา ทองคำ	นิติกรปฏิบัติการ	สำนักการประชุม
๙	นายรัฐชัย สาทรกิจ	นิติกรปฏิบัติการ	สำนักกรรมการ ๓