

ผลกระทบของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน
ต่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย

THE IMPACT OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (IIAS) ON
MANAGEMENT OF STATE PUBLIC SERVICES
AND CONCESSIONS IN THAILAND

กมล ตันจินวัฒนกุล*

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร

Kamol Tanchinwuttanakul*

Department of Law, Phranakhon Rajabhat University

*Email: kamollanla@sezam.cz

Received: 2021-01-06

Revised: 2021-04-15

Accepted: 2021-04-26

บทคัดย่อ

วิจัยเรื่องผลกระทบของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนต่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย” นี้ ตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน (International Investment Agreement : IIA) น่าจะมีผลต่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของสัญญาทางปกครองเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย ซึ่งยึดหลักเอกสิทธิฝ่ายเดียวของรัฐในการยกเลิกเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งในวิจัยนี้จะใช้ระเบียบวิจัยทางนิติศาสตร์ตามรูปแบบของแบบนิติศาสตร์โดยแท้แห่งสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) กล่าวคือ การสังเคราะห์โดยกระบวนการหาเหตุผลแบบนิติศาสตร์ (Deduction) ในเอกสารทางกฎหมาย, หนังสือตำรากฎหมาย บทความ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ตั๋วบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความตกลงฯ และมีการใช้วิธีการเปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยทำไว้ในฉบับที่สำคัญ เพื่อการศึกษาในเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญ (Clauses) ของตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน อาทิเช่น หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment), หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่ง (Most

Favored Nation (MFN)), หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment (FET)), Umbrella Clause, การเวนคืนกิจการ (Expropriation) และการระงับข้อพิพาท เป็นต้น ผลจากการวิจัยพบว่า ผลกระทบของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนต่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย มีอยู่จริง กล่าวโดยสรุปได้ คือ เป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยในการตีความหลักกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและการสัมปทานจะต้องสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และ นักลงทุนต่างชาติจะไม่ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยใช้ศาลไทยแต่จะอาศัยสิทธิตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ในการตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ขึ้นมาระงับข้อพิพาท และผู้วิจัยได้ให้ข้อเสนอแนะที่ได้จากการวิจัยว่า ประเทศไทยก่อนที่จะเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนกับประเทศอื่นควรศึกษาทำความเข้าใจในสาระสำคัญของความตกลงให้ตัวอย่างลึกซึ้ง การปรับใช้หลักกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานก็ควรคำนึงถึงความสอดคล้องกับเนื้อหาของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนกับประเทศและต้องมีความรู้ความเข้าใจในการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ : ความตกลง การลงทุน ระหว่างประเทศ ผลกระทบ กฎหมายภายใน

ABSTRACT

This research, “The Impact of International Investment Agreements (IIAs) on Management of State Public Services and Concessions in Thailand” is based on hypotheses that International Investment Agreements (IIAs) supposes the Impact to Internal legal system as public law in Thailand according to state public services and concessions especially under principle of administrative contract (le contrat administrative). The legal research method is studying the model of the Legal Positivism school, which emphasize method of deduction in legal documents, textbooks, provisions of international investment law, models of IIAs, and arbitral awards, including comparison with IIAs of the other important countries for understanding in contexts as substantive clauses of IIAs which refer to National Treatment, Most Favored Nation (MFN), Fair and Equitable Treatment (FET), Umbrella Clause, Expropriation and Settlement of Disputes. The researcher found that the Impact of International Investment Agreements (IIAs) on the Management of State Public Services and Concessions in Thailand is a fact. In summary, the substantive clauses in IIAs reduce the sovereignty of Thailand to manage state public services and concessions and for legal interpretation in the principle of public law and administrative law should be consistent

with substantive clauses in IIAs, and foreign investors under the scope of IIAs will choose the settlement dispute by an international arbitral tribunal under IIAs and not consider about Thai courts. The recommendation from this research is Thailand should study deeply in substantive clauses of IIAs before negotiation. The application of principles of public and administrative law to the establishment of public services and concessions should consider about IIAs and should have an understanding in the process of International Arbitral tribunal also.

Keywords: Agreement, Investment, International, Impact, Internal Law.

บทนำ

ประเทศไทยในปัจจุบันมีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement, IIA) ทั้งในรูปแบบของ Bilateral Investment Treaty (BIT) หรือ บรรลุเป็นส่วนหนึ่งในข้อตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement) ซึ่งประเทศไทยมีข้อตกลงในรูปแบบลักษณะอย่างนี้กับหลายประเทศ เช่น ออสเตรเลีย เยอรมนี เกาหลีใต้ ฮังการี ตุรกี เมียนมาร์ สาธารณรัฐเช็ก ฯลฯ ทั้งนี้รวมถึงข้อตกลงด้านการลงทุนในกลุ่มประเทศอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement, ACIA) โดยทั่วไปนั้นในมาตรฐานของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ จะมีการระบุถึงหลักการ เช่น หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment), หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่ง (Most Favored Nation (MFN), หลักการว่าด้วย มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) และหลักว่าด้วยเวนคืนและค่าชดเชยความ

เสียหาย (Expropriation and Compensation) หลัก Umbrella Clause และ กระบวนการการระงับข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างรัฐหรือระหว่างรัฐกับเอกชนผู้เป็นนักลงทุน เป็นต้น

สมมติฐานของงานวิจัยนี้บ่งชี้ว่า ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement, IIA) อาทิ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment), หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่ง (Most Favored Nation (MFN)), หลักการว่าด้วย มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) และหลักว่าด้วยเวนคืนและค่าชดเชยความเสียหาย (Expropriation and Compensation) หลัก Umbrella Clause และ กระบวนการการระงับข้อพิพาทในการลงทุนระหว่างรัฐหรือระหว่างรัฐกับเอกชนผู้เป็นนักลงทุน หรือบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องจะมีผลกระทบต่อการใช้และการตีความหลักกฎหมายปกครองว่า ด้วย ความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำบริการ สาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาและสังเคราะห์ ในการใช้และตีความในความหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติในการความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนโดยเพื่อให้ทราบว่าผลกระทบทางกฎหมายของความตกลงระหว่างประเทศด้านการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนต่อการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย นั้นมีอยู่จริง ทั้งนี้ทำข้อเสนอแนะแนวการรองรับผลกระทบของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนต่อการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อเป็นการระวังป้องกันมิให้รัฐบาลไทยกระทำการขัดแย้งและละเมิดต่อพันธกรณีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนและตลอดจนข้อเสนอแนะในการแก้ไขหรือการตีความในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

งานวิจัยนี้ก่อประโยชน์ทั้งในระดับรัฐและประโยชน์กับชุมชนและท้องถิ่นในการได้รับความรู้ความเข้าใจในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อกฎหมายไทยและเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานราชการที่ปฏิบัติราชการเกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน

ขอบเขตของการวิจัย

ขอบเขตการวิจัยเป็นไปตามหลักการศึกษาในลักษณะนิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Positivism) อันเป็นการศึกษาถึงกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่มีอยู่ในปัจจุบัน (Positive Law) ที่สำคัญ ขอบเขตการศึกษาแบบกฎหมายที่เป็นอยู่ (Positive Law)

มีวัตถุประสงค์ศึกษาคือ กฎเกณฑ์ข้อบังคับ (Norm) ด้วยบทกฎหมายที่ยังมีผลบังคับใช้อยู่ กล่าวคือ บทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศเพื่อการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน และคำพิพากษา, คำชี้ขาดหรือความเห็นขององค์กรผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท

กรอบแนวคิดของการวิจัย

กรอบแนวคิดของการวิจัยนั้นเน้นในทางด้านการใช้และการตีความกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน (Positive Law) กล่าวคือ บทบัญญัติความตกลงระหว่างประเทศด้านการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน (International Investment Agreement: IIA), ทั้งนี้โดยนำบรรดาดำรงกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินอันเกี่ยวข้องกับบรรดาความตกลงระหว่างประเทศด้านการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน และบรรดากฎหมายภายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายปกครอง มาเป็นเครื่องช่วยในการตีความในการวิจัย

ระเบียบวิธีวิจัย

วิจัยฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยตามแนวทางของการวิจัยตามแบบนิติศาสตร์โดยแท้แห่งสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) กล่าวคือการสังเคราะห์โดยกระบวนการหาเหตุผลแบบนิติศาสตร์ (Deduction) ในเอกสาร, หนังสือตำรากฎหมาย บทความ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ด้วยบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่าง

ประเทศที่เกี่ยวข้องกับความตกลงฯ และมีการใช้วิธีการเปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยทำไว้ในฉบับที่สำคัญ (Murray & Desanctis, C.H.2006:1)

สรุปผลการวิจัยและอภิปรายผล

สรุปผลการวิจัย

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (International Investment Agreement : IIA) หมายถึง ความตกลง (Agreement) ระหว่างประเทศไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Treaties) โดยมีวัตถุประสงค์ส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติในรัฐที่รับนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในรัฐของตน (Host State) โดยความตกลงนี้ จะกำหนดเนื้อหา (Clauses) อันเป็นข้อกำหนดสิทธิหน้าที่ของนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนในภาษาอังกฤษว่า International Investment Agreements (IIAs) ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนนี้อาจปรากฏตัวในรูปแบบของ สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty :BIT) หรือปรากฏตัวในรูปแบบของสนธิสัญญาพหุภาคีเพื่อการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนในระดับภูมิภาค (Regional Investment treaty) ตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment. Agreement : ACIA) และอาจปรากฏตัวเป็นหัวข้อส่วนหนึ่งในความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA) ทั้งในระดับทวิภาคี

และระดับภูมิภาค (Mann, 2008:18) ซึ่งจากการวิจัยจะพบว่าภายในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนจะต้องมีเนื้อหาที่เป็นรูปแบบมาตรฐาน (Standard Clauses) อันเป็นที่ยอมรับกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศว่าจะต้องมีดังต่อไปนี้: อารัมภบทแห่งความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน (Preamble) ซึ่งเป็นเครื่องมือในการใช้การตีความเนื้อหาในความตกลง, นิยามความหมายของการลงทุนและนักลงทุน, การรับเข้าและการก่อตั้งให้เกิดการลงทุน, การปฏิเสธการได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองการลงทุน, ขอบเขตของการคุ้มครองการลงทุน, ข้อกำหนดเกี่ยวกับการโอนเคลื่อนย้ายเงินกลับเข้าสู่นักลงทุน, ดินแดนอาณาเขตแห่งการลงทุน เช่น พื้นดินหรือในพื้นที่เขตที่รัฐมีเขตอำนาจหรือสิทธิอธิปไตย, หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ, หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่ง, หลักการปฏิบัติด้วยมาตรฐานขั้นต่ำ, หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม หลักการคุ้มครองเพิ่มเติมที่อย่างมีหลักประกัน, หลักการ Stabilization Clause ที่เป็นหลักประกันความมั่นคงทางกฎหมายภายในรัฐ, หลักการ Umbrella Clause ซึ่งเป็นรัฐในความตกลงพึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณี (Obligations) ทั้งปวงที่อาจจะคำนึงถึงได้ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนและไม่ละเมิดพันธกรณีนั้น ๆ (Dolzer & Schreuer, 2008 :153-155) การเวนคืนกิจการของนักลงทุนซึ่งอาจทำได้เพื่อประโยชน์มหาชนทั้งนี้ต้องมีค่าชดเชยให้นักลงทุนตามราคาเป็นธรรมเหมาะสมตามราคาตลาด, การรับช่วงสิทธิที่มีเพื่อความต่อเนื่องในการคุ้มครองการลงทุน ไม่ว่าจะเป็น

การโอนเงิน ค่าชดเชยความเสียหาย หรือสิทธิอื่น ๆ ตามตกลง (BIT between Thailand and Germany, 2002) การระงับข้อพิพาททั้งในรูปแบบระหว่างรัฐกับรัฐและในรูปแบบระหว่างนักลงทุนต่างชาติตามความตกลงกับรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งส่วนมากวิธีการระงับข้อพิพาทมักจะใช้วิธี เจรจา การปรึกษาหารือ การไกล่เกลี่ยประนีประนอม หรือการตั้งอนุญาโตตุลาการ, การมีผลบังคับใช้ การแก้ไข และการยกเลิกในตัวความตกลง, การตีความความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน ซึ่งการใช้และการตีความนั้น ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ปี 1969 มาตรา 31,32,33 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969: VCLT) กล่าวคือ ความตกลง (Agreement) นั้น ก็ต้องมีการตีความเสมอเมื่อมีการบังคับใช้ ซึ่งการตีความในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนนั้นจะต้องให้ความสำคัญเน้นถ้อยคำในความตกลงฯ เป็นหลักเพื่อให้ได้ความหมายที่เป็นกลางมากที่สุด เพราะถ้อยคำที่ใช้ในความตกลงฯ นั้นถือได้ว่าเป็นการแสดงออกถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐภาคีคู่สัญญาที่ต้องการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน โดยคำนึงถึง ความสุจริต (Bona fide) ตามวัตถุประสงค์ (Object) และความมุ่งประสงค์ (Purpose) ซึ่งอาจจะพิจารณาประกอบกับอารัมภบท (Preamble) ภาคผนวก (Annexes) หรือ บันทึกแลกเปลี่ยนเพื่อทำความเข้าใจเพิ่มเติมในความตกลงฯ (Protocols) หรือทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง (Practice) ทั้งนี้ เอกสารอื่น ๆ เช่น งานเตรียมการร่าง (Travaux préparatoires) เป็นเพียงเครื่องช่วยหรือหลักเสริมในการตีความ (Saisuntorn, 2015:151-152) ส่วนภาษาอาจจะ

มีการตกลงว่าให้ใช้ภาษาใดภาษาหนึ่งของภาคีในการตีความก็ได้แต่โดยมากมักจะเป็นภาษาอังกฤษ

อภิปรายผลการวิจัย

การที่ประเทศไทยเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนกับหลายชาตินั้น มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายมหาชนไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกฎหมายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทาน ซึ่งผลกระทบนั้น พึงพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. ผลกระทบในแง่อำนาจอธิปไตยของประเทศไทยที่ถูกจำกัดโดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน

การเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน เมื่อความตกลงฯ นั้นมีผลใช้บังคับ ก็จะทำให้เกิดผลเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคีคู่สัญญาและภาคีคู่สัญญา พึงต้องปรับระบบการใช้การตีความกฎหมายมหาชนภายในของตนให้สอดคล้องกับความตกลงฯ (Dolzer, 2005:953) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับนักลงทุนต่างชาติ อย่างกรณีของนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐและการขอสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติ นั้น หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องต้องพิจารณาถึงเนื้อหาสาระในความตกลงฯ ด้วย เช่น ต้องพิจารณาถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment), หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่ง (Most Favored Nation (MFN)), หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment (FET)), Umbrella Clause, การเวนคืนกิจการ

(Expropriation) และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น และหน่วยงานของรัฐจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะผลของการพิจารณาโดยคำนึงแต่กฎหมายปกครองภายในของประเทศไทยฝ่ายเดียว โดยไม่คำนึงถึงความตกลงฯ อาจจะทำให้เกิดปัญหาเป็นคดีความที่ไม่ได้ขึ้นศาลปกครองไทยแต่ไประงับข้อพิพาทในระดับระหว่างประเทศโดยการตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างคดี *Walter Bau A.G. v Thailand* และ *Kingsgate v Thailand* ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ยากลำบากของประเทศไทยในการต่อสู้คดี

ประเด็นต่อมาคือ แม้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จะมีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวดที่ 3 แต่ทว่าความหมายโดยนัยแห่งหมวดกฎหมายนั้นเป็นการรับรองคุ้มครองแค่สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยเท่านั้น มิได้หมายรวมถึงชาวต่างชาติหรือนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งการที่นักลงทุนต่างชาติจะได้สิทธิในการคุ้มครองการลงทุนตามกฎหมายภายในประเทศอย่างไร ก็เป็นเอกสิทธิ์ของประเทศที่ให้หรือไม่ก็ได้ แต่ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ประเทศไทยเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนกับรัฐต่างชาติ ผลกระทบที่ตามมาคือ ประเทศไทยจำต้องรับรองคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติที่มาลงทุนประกอบกิจการในประเทศไทยตามหลักการอาทิ เช่น หลักการปฏิบัติด้วยมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard), หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างยิ่ง (Most Favored Nation (MFN)) จะอ้างว่ารัฐธรรมนูญไทยคุ้มครองแค่สิทธิ

เสรีภาพแค่ปวงชนชาวไทยโดยไม่คำนึงถึงนักลงทุนต่างชาติมิได้

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส (Le Contrat Administratif) ซึ่งประเทศไทยรับอิทธิพลมาโดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเหนือกว่าเอกชนในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวหรืออำนาจพิเศษในการเลิกสัญญาได้ตลอดหากเป็นการทำเพื่อประโยชน์มหาชน (Boramanand, 2004:136 ในทางปฏิบัติตัวอย่างเช่นมาตรา 22 และ 23 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ.2542 ได้ให้รัฐนั้นยึดสัมปทานหากมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะพร้อมจ่ายค่าชดเชย (Wasantasingha, 2004:40 แต่อย่างไรก็ตามในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน หากมีการระงับข้อพิพาทโดยการตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วเป็นที่แน่นอนว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นบ่อเกิดแหล่งที่มาในการพิจารณาคดีและจะไม่ใช้แนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองตามกฎหมายภายในรัฐหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเหนือเอกชนมาใช้พิจารณาคดี เพราะเนื่องจากไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับคดี *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* ซึ่งรัฐบาลลิเบียไม่สามารถใช้แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองมายึดเวนคืนกิจการกิจการปิโตรเลียม

ที่บริษัทสัญชาติอเมริกาได้สัมปทานอยู่ (Cantegreil, 2011:448) และในทำนองเดียวกัน ในคดี *Walter Bau A.G. v Thailand* อนุญาโตตุลาการก็มีได้นำหลักเรื่องเอกสิทธิของฝ่ายปกครองมาพิจารณาคดีแต่นำหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment (FET)) ตามกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นหลักการใหญ่ในการพิจารณาคดี

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าผลของการที่ประเทศไทยทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน ผลกระทบที่ได้รับคือ การถูกจำกัดอำนาจอธิปไตยในเอกสิทธิของฝ่ายปกครองตามสัญญาทางปกครอง

2. ผลกระทบอันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ

การที่มีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ ถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสโดยตรงให้นักลงทุนต่างชาติผู้เป็นปัจเจกชนสามารถฟ้องรัฐผู้รับการลงทุน โดยไม่ต้องเข้าสู่การระงับคดีข้อพิพาทในศาลปกครองไทย (Dolzer, 2005:956) คดี *Walter Bau A.G. v Thailand* และ *Kingsgate v Thailand* แม้จะเทียบได้ว่าเป็นคดีทางสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างชาติทั้งสองคดีเล็งเห็นว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนจะได้เปรียบในเชิงคดีมากกว่า เพราะนักลงทุนต่างชาติโดยมากมองระบบกฎหมาย

ภายในเป็นปัจจัยเสี่ยงอย่างหนึ่งในการลงทุน จึงมักจะหลีกเลี่ยงที่จะฟ้องคดีตามกฎหมายภายในต่อศาลแห่งรัฐผู้รับการลงทุน

3. ผลกระทบอันเกิดจากบางบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน

มีบางบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน ถือได้ว่ามีผลกระทบต่อกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทาน กล่าวคือ บทบัญญัติเรื่อง หลักการปฏิบัติด้วยมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard), หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment (FET)), การเวนคืน (Expropriation) และ Umbrella Clause (Dolzer, 2005:957-972) ซึ่งทั้งสี่บทบัญญัตินั้นก็มีวิวัฒนาการจากหลักนิติรัฐ (Rule of Laws, Legal States, Retschsstaat) และหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Umbrella Clause ซึ่งเป็นเรื่องที่ป้องกันการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐผู้รับการลงทุนจากการกระทำปรับเปลี่ยนข้อสัญญาหรือกฎหมายโดยอำเภอใจ (Dolzer, 2005:965) ดังนั้นเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะหรือสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ พึงต้องยึดกรอบของระบบธรรมภิบาล (Good Government) และหลักนิติรัฐ ทั้งนี้จะต้องสอดคล้องกับหลักการทั้งสี่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน

ในคดี *Walter Bau A.G. v Thailand* แม้จะตัดสินว่า การกระทำของฝ่ายไทยแม้จะไม่ใช้

การเวนคืนกิจการ (Explopiation) แต่การไม่ยอมให้ขึ้นค่าผ่านทางก็ถือว่าการกระทำที่ทำลายความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งถือว่าขัดแย้งกับหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Walter Bau A.G. v Thailand, 2009:140,163) จะเห็นได้ว่า โดยเหตุผลตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่ต่างอะไรกับการให้เหตุผลตามหลักนิติรัฐเลย มีความคล้ายคลึงกันมาก

ส่วนในคดี *Kingsgate v Thailand* นั้น การออกมาตรการปิดเหมืองทองโดยอ้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้น มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 คงมีประเด็นในการพิจารณาว่า การบังคับใช้มาตรา 44 นั้นขัดแย้งต่อหลักความมีเสถียรภาพ (Stability), ความมั่นคงแน่นอน (Consistency) และคาดหมายได้ (Predictability) ของกฎหมายหรือนโยบายต่อการคุ้มครองการลงทุน หรือไม่ อย่างไร ตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งต้องติดตามผลแห่งคดีกันต่อไป

4. ผลกระทบเฉพาะกรณีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติภายในประเทศไทย

ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนนั้น โดยทั่วไปหากดูตามอารัมภบทแห่งความตกลงฯ อันเป็นเครื่องช่วยในการตีความจะพบว่า การที่โดยมากมีเนื้อหาในอารัมภบทเพียงแค่ “การส่งเสริมคุ้มครองเศรษฐกิจการค้าและการลงทุน” ซึ่งไม่สามารถตีความไปถึงขนาดที่ว่า นักลงทุนต่างชาติมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม ผลกระทบที่ตามมาก็คือ เป็นการยากที่ประเทศไทยจะเรียกร้องตามกฎหมายภายในไทยโดยเด็ดขาดให้นักลงทุน

ต่างชาติรักษาสิ่งแวดล้อม เพราะในที่สุดก็ต้องไประงับข้อพิพาทตามความตกลงฯ โดยการตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายนักที่ประเทศไทยจะสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศไทยเพราะเป็นการสู้คดีในระดับนานาชาติ และไม่ได้ใช้กฎหมายภายในไทยในการพิจารณาคดี

ข้อเสนอแนะ

ตามวิจัยฉบับนี้จึงมีข้อเสนอเพื่อการพัฒนา ดังกล่าวต่อไปคือ :

1. หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุน ควรคำนึงถึงเนื้อหาสาระที่สำคัญของบทบัญญัติให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ เพื่อมิให้ตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งการขาดความรู้ความเข้าใจในผลกระทบต่อระบบกฎหมายมหาชนภายในไทยและผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย
2. หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติ เมื่อมีนักลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นผู้ขอสัมปทาน การพิจารณาให้สัมปทานคงไม่หยุดเพียงแค่มกฎหมายภายในของประเทศไทย แต่มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาทำความเข้าใจในเนื้อหาสาระของความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะและการให้สัมปทานในประเทศไทย
3. ตามแนวคิดสัญญาทางปกครองดั้งเดิมที่เน้นเอกสิทธิอำนาจของรัฐตามกฎหมายมหาชนดั้งเดิมนั้นที่รัฐนั้นมีอำนาจเหนือเอกชนโดยมักจะมีกรกล่าวอ้างว่าเพื่อประโยชน์มหาชนนั้น

ประมวลชุดความคิด (Legal Mind) เช่นนี้ ยังหาความสมดุลไม่ได้กับความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายในการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ (Legitimate Expectation of Foreign Investors) และก่อให้เกิดปัญหาตามมาอย่างที่ไม่เป็นที่สิ้นสุด ผลเชิงประจักษ์อย่างคดี *Walter Bau A.G. v Thailand* และคดี *Kingsgate v Thailand* นั้นเป็นเพียงจุดเริ่มต้นของปัญหาที่ไม่มีการคำนึงถึงไม่ว่าจะเป็นทางปฏิบัติหรือในเชิงวิชาการ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาวิจัยในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนอย่างจริงจัง

4. วงการกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานราชการหรือนักกฎหมายโดยทั่วไปไม่ว่าจะระดับส่วนกลางหรือท้องถิ่น ควรศึกษาหาสาระสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนให้มากขึ้นและนอกจากนั้นในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอันเป็นเนื้อหาสำคัญส่วนหนึ่งในความตกลงฯ ก็มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาอย่างจริงจังด้วยเช่นกัน และเห็นควรให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นแกนนำหลักในการศึกษาพัฒนาในเรื่องนี้เพื่อขยายองค์ความรู้ต่อไป.

REFERENCES

- Boramanand, N. (2004). **Principle of Administrative Law: State Public Services**, Chulalongkorn University :Winyouchon Press. (In Thai)
- BIT between Thailand and Germany 2002. Available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1428>[Accessed 10.12.2019]
- Cantegreil, J. (2011). The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law, **European Journal of International Law**, Volume 22, Issue 2, May 2011.
- Dolzer, R. (2005). The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law. **NYU Journal of International Law and Politics**.Vol.37. No.4.2005
- Dolzer., R., Schreuer.,CH. (2008). **Principles of International Investment Law**. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Mann, H. (2008). **International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities**. Manitoba, Canada: the International Institute for Sustainable Development. Available at:http://www.iisd.org/pdf/2008/iia_business_human_rights.pdf[Accessed 10.12.2019]
- Murray.,M.D.,Desanctis.,C.H., (2006). **Legal Research and writing**. New York: Foundation press.

- Saisuntorn, J. (2015). **International Law Volume 2**. Bangkok: Winyouchon Press. (In Thai)
- Walter Bau A.G. v Thailand*. Award 1 July 2009.UNCITRAL,para. 12.43-12.44 and 14.44. p.140 and 163.Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0067.pdf>
- Wasantasingha, J. (2004). **State Contracts.Bangkok**, Chulalongkorn University : Winyouchon Press. (In Thai) [Accessed 10.12.2019]
-