

การคุ้มครองการลงทุนในพฤติการณ์พิเศษ : กรณีศึกษาหลักความจำเป็นและบทบัญญัติ
มาตรการที่กระทำได้ (Non-Precluded Measure : NPM)
ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน

NECESSITY DOCTRINE AND NON-PRECLUDED MEASURES PROVISIONS IN
BILATERAL INVESTMENT TREATIES AS INVESTMENT PROTECTION IN
EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES IN THAILAND

จตุรัตน์ วรรณโชติ

Jutirat Wannachot

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการค้ำระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : jutirat.wnc@gmail.com

Graduate student of Master of Laws Program in International Trade Regulation,

Faculty of Law, Thammasat University. Email address : jutirat.wnc@gmail.com

Received : January 8, 2019

Revised : March 15, 2019

Accepted : March 28, 2019

บทคัดย่อ

ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) กำหนดพันธกรณีให้รัฐบาลของสองประเทศส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน อย่างไรก็ตาม บางครั้งประเทศผู้รับการลงทุนต้องเผชิญกับพฤติการณ์พิเศษต่างๆ เช่น วิกฤติทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ทำให้รัฐบาลต้องบังคับใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ นำไปสู่การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงินมหาศาล นำมาซึ่งประเด็นปัญหาสำคัญมากที่สุด คือ การตีความบทบัญญัติมาตรการที่กระทำได้ (Non-Precluded Measure: NPM) ใน BITs ซึ่งการมีผลบังคับใช้ของบทบัญญัตินี้ จะทำให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อนักลงทุนต่างชาติ แต่อนุญาโตตุลาการกลับมีแนวความคิดในการตีความบทบัญญัติ NPM ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทำให้เกิดคำถามสำคัญขึ้นว่า แนวความคิดใดจะมีความเหมาะสมมากที่สุด

คำสำคัญ

หลักความจำเป็น, บทบัญญัติมาตรการที่กระทำได้, การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่า

ABSTRACT

Necessity doctrine and non-precluded measures (NPM) provisions in bilateral investment treaties were studied as investment protection in exceptional circumstances in Thailand. As an exception to bilateral investment treaties, they preserve host states from being liable for damages to foreign investors while maintaining policy spaces. To determine NPM, international investment arbitrators apply the concept of necessity derived from international customary law and World Trade Organization (WTO) rules. The latter are seen as an example of the need for WTO law in investment activity, to develop international investment law principles and conditions in future.

Keywords

Necessity doctrine, Non-precluded measures provisions, Less restrictive means test.

บทนำ

ในปี ค.ศ. 2001 อาร์เจนตินาต้องประสบกับปัญหาวิกฤติทางการเงินอย่างร้ายแรง ซึ่งลุกลามจากด้านเศรษฐกิจไปยังด้านการเมือง ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2001 เกิดการจลาจลขึ้น นำไปสู่การลาออกของประธานาธิบดี Fernando de la Rúa ภายในเวลาเพียง 10 วัน มีการเปลี่ยนแปลงประธานาธิบดีถึง 5 คน¹ สถานการณ์ดังกล่าวแสดงถึงความไม่มั่นคงทางการเมืองของประเทศเป็นอย่างยิ่ง อาร์เจนตินาจึงต้องออกนโยบายและดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อจัดการกับปัญหาร้ายแรงดังกล่าวที่เกิดขึ้น แต่การกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ นักลงทุนดังกล่าวจึงเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) จนถึงปัจจุบันมีคดีพิพาทเป็นจำนวนมากกว่า 50 คดี ด้วยเหตุที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน คือ การละเมิดความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างอาร์เจนตินาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1991 (Argentina - United States of America BIT, 1991 ต่อไปเรียกว่า Argentina-US BIT) ฝ่ายอาร์เจนตินาได้ยกข้อต่อสู้ที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันว่า การที่เศรษฐกิจของตนได้ล่มสลายในปี ค.ศ. 2001 ถึง ค.ศ. 2002 ทำให้บทบัญญัติมาตรการที่กระทำได้ (Non-Precluded Measure: NPM) มีผลและเป็นการกระทำที่จำเป็นของประเทศ มีการคาดการณ์กันว่า มูลค่าค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องให้อาร์เจนตินาชดใช้ในคดี ทั้งหมดรวมกันประมาณ 80 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ²

อนุญาโตตุลาการทางการลงทุนต่างได้พิจารณาและประเมินในประเด็นที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันว่า มาตรการต่างๆ ที่อาร์เจนตินานำมาใช้ในช่วงวิกฤตินั้น “จำเป็น” เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศหรือไม่ ซึ่งเป็นการตีความเงื่อนไขความสัมพันธ์³ (nexus requirement) ที่ใช้คำว่า “จำเป็น” ในบทบัญญัติ NPM อย่างไรก็ตาม แม้ในแต่ละคดีจะมีพื้นฐานข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน แต่คณะอนุญาโตตุลาการ และคณะกรรมการเพิกถอนของ ICSID (ICSID Annulment Committees) กลับมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (คำวินิจฉัยฯ) ที่แตกต่างกัน ในประเด็นที่ว่า การกระทำของอาร์เจนตินาจำเป็นหรือไม่ โดยจะขอแยกคำวินิจฉัยฯ ดังกล่าวตามแนวความคิดที่อนุญาโตตุลาการนำมาปรับใช้ได้ ดังนี้

1. การตีความเงื่อนไขความสัมพันธ์ที่ใช้คำว่า “จำเป็น” (necessary) ในบทบัญญัติ NPM โดยนำหลักความจำเป็นในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ในคดี CMS คดี Enron และคดี Sempra อนุญาโตตุลาการตีความโดยใช้มาตรฐานที่เคร่งครัดเป็นอย่างยิ่งกับเงื่อนไขความสัมพันธ์ โดยนำเงื่อนไขของความจำเป็นตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้และกำหนดให้อาร์เจนตินาต้องแสดงให้เห็นว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งเป็นหนทางเดียวเท่านั้น (the only way) ที่รัฐบาลสามารถนำมาใช้ได้ ส่งผลให้การใช้และการมีผลของบทบัญญัติ NPM ใน Argentina-US BIT เป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมาย เนื่องจากอนุญาโตตุลาการได้พิจารณามาตรา 25 (1)(a) แห่งร่างบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่าง

¹ William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,” *Virginia Journal of International Law* 48, p.309 (2008).

² *Ibid.*, p.331.

³ มาตรการที่รัฐนำมาใช้จะต้องมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (permissible objective) ที่ระบุไว้ในความตกลงอย่างเพียงพอ เรียกความสัมพันธ์นี้ว่า “เงื่อนไขความสัมพันธ์” การใช้ถ้อยคำของเงื่อนไขความสัมพันธ์มีความแตกต่างกันออกไป ส่งผลให้การจัดการกับความเสียหายระหว่าง ประเทศภาคีความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติมีความแตกต่างกันตามไปด้วย เช่น ถ้อยคำที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลาย คือ มาตรการจะต้อง “จำเป็น” (necessary) ในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ เป็นต้น เงื่อนไขความสัมพันธ์มีความสำคัญยิ่งในการตีความบทบัญญัติ NPM เพราะจะเป็นตัวกำหนดว่า การกระทำของรัฐจะต้องมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่กล่าวอ้างอย่างใกล้ชิดมากน้อยเพียงใด

ประเทศ ค.ศ. 2002 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts) ตามมาตรานี้ จะเป็นการป้องกันที่จำเป็นได้ต่อเมื่อมาตรการที่รัฐนำมาใช้เป็นหนทางเดียวเท่านั้นสำหรับรัฐในการคุ้มครองประโยชน์สำคัญจากภัยที่ร้ายแรงและใกล้จะถึง และจะไม่ผ่านเงื่อนไขเช่นว่านั้น หากยังมีมาตรการอื่นใดที่สอดคล้องกับกฎหมายอยู่อีก แม้ว่ามาตรการดังกล่าวอาจต้องสิ้นเปลืองทรัพยากรมากกว่าหรือไม่สะดวกก็ตาม อนุญาโตตุลาการทั้งสามคดีดังกล่าวข้างต้นชี้ขาดให้อาร์เจนตินาเป็นฝ่ายแพ้คดี ทำให้เกิดการวิจารณ์กันเป็นวงกว้าง เช่น การนำเรื่องข้อยกเว้นของความตกลงมารวมเข้ากับเรื่องการป้องกันของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถูกต้องแล้วหรือไม่ ซึ่งควรที่จะแยกเรื่องทั้งสองออกจากกันมากกว่า Professor Jürgen Kurtz เห็นว่า แนวความคิดดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักความมีประสิทธิผลในการตีความสนธิสัญญา เนื่องจากจะทำให้มาตรา XI แห่ง Argentina-US BIT เป็นข้อกำหนดที่ซ้ำซ้อน เพราะการป้องกันทางจารีตประเพณีสามารถนำไปใช้ได้อยู่แล้วไม่ว่าในพฤติการณ์ใด⁴ และแสดงถึงความล้มเหลวของอนุญาโตตุลาการในการคำนึงถึงข้อตกลงร่วมกันระหว่างอาร์เจนตินาและสหรัฐอเมริกาที่มีการแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกันในความตกลงดังกล่าว โดยการให้ความคุ้มครอง นักลงทุนต่างชาติมากกว่าที่มีการให้ความคุ้มครองอยู่แล้วในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถสงวนรักษาไว้ซึ่งอำนาจในการกำหนดนโยบาย ผ่านทางบทบัญญัติ NPM มากไปกว่าที่มีให้อยู่แล้วในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁵ ท้ายที่สุดก็ได้มีการเพิกถอนคำวินิจฉัยฯ คดี Enron และคดี Sempra โดยคณะกรรมการเพิกถอนของ ICSID

2. การตีความเงื่อนไขความสัมพันธ์ที่ใช้คำว่า “จำเป็น” (necessary) ในบทบัญญัติ NPM โดยนำหลักความจำเป็นในกฎหมายขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) มาปรับใช้ ในคดี LG&E และคดี Continental อนุญาโตตุลาการได้เริ่มปรับใช้มาตรฐานที่มีความยืดหยุ่นมากกว่าในคดีก่อนๆ เป็นอย่างมากกับเงื่อนไขความสัมพันธ์ โดยนำหลักความจำเป็นของกฎหมาย WTO มาปรับใช้เป็นหลัก และท้ายที่สุดตัดสินให้อาร์เจนตินาไม่มีความรับผิดใดๆ ต่อนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งรวมถึงไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่นักลงทุนสหรัฐอเมริกาเรียกร้องด้วย คำวินิจฉัยฯ ดังกล่าวก่อให้เกิดความคิดเห็นของนักวิชาการที่หลากหลาย ไม่จำกัดเฉพาะแนวความคิดที่อนุญาโตตุลาการในคดี LG&E และคดี Continental นำมาปรับใช้เท่านั้น ซึ่งรวมถึงความคิดเห็นในเรื่องความเหมาะสมของหลักความจำเป็นของกฎหมาย WTO ในภาพรวม ทั้งด้านที่เห็นด้วยและด้านที่คัดค้าน จากการศึกษาบทความทางวิชาการที่เกี่ยวข้องต่างๆ พบว่า เป็นการถกเถียงกันไปมา ซึ่งเหตุผลของด้านที่เห็นด้วยจะหักล้างด้านที่คัดค้านได้พอสมควร โดยมีเหตุผลดังนี้

2.1 หลักกฎหมายที่พบในคำตัดสินต่างๆ ของ WTO (WTO case law) เกี่ยวกับมาตรา XX และ XXI GATT ในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่ประเทศสมาชิกมีความคล้ายคลึงกับการให้ความคุ้มครองแก่รัฐผู้รับการลงทุนที่พบในบทบัญญัติ NPM ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน โดยเฉพาะมาตรา XX GATT ที่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการต่าง ๆ เช่น มาตรการที่จำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์ หรือพืช เป็นต้น และมาตรา XXI GATT ที่กำหนดว่า “...คุ้มครองประโยชน์ด้านความมั่นคงสำคัญของตน”⁶

2.2 แนวทางที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้นั้น สะท้อนการเจรจาต่อรองที่ปรากฏในบทบัญญัติ NPM ได้ดีมาก เพราะวัตถุประสงค์สำคัญของบทบัญญัติ NPM คือ การรับรองว่ารัฐจะมีเสรีภาพในการกระทำในพฤติการณ์พิเศษที่มากกว่า โดยแลกเปลี่ยนกับการเพิ่มหรือยกระดับการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น หากบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ถูกกำหนดขึ้นด้วยเจตนาเพื่อป้องกันความรับผิดของรัฐแล้ว บทบัญญัตินั้นก็คงจะไม่มีหน้าที่ในการรับรองเสรีภาพในการกระทำในพฤติการณ์พิเศษดังกล่าวแก่รัฐ⁷

⁴ Jürgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis,” *Intl & Comp L Q* 59, p.330-331 (2010).

⁵ William W. Burke-White and Andreas von Staden, *supra note 1*, p.396.

⁶ *Ibid.*, p.302-303.

⁷ *Ibid.*, p.398.

2.3 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายๆ ฉบับ ขาดแคลนแนวทางในการตีความให้แก่ผู้ตัดสินคดี เนื่องจากข้อยกเว้นในความตกลงที่ใช้ถ้อยคำคลุมเครือไม่ชัดเจน ตรงกันข้ามกับข้อยกเว้นของ WTO ที่มีหลักเกณฑ์ในการตัดสินกรณีซึ่งถูกสร้างขึ้นและสั่งสมมาอย่างยาวนาน⁸ โดยเฉพาะการทดสอบโดยการชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อหาจุดสมดุล (weighing and balancing test) ซึ่งรวมการประเมินปัจจัยต่างๆ ได้แก่ ความสำคัญของประโยชน์ที่เป็นวัตถุประสงค์ของมาตรการที่อ้าง ส่วนช่วยของมาตรการในการทำให้วัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้เป็นผลสำเร็จ และผลกระทบของมาตรการต่อการค้าระหว่างประเทศ

2.4 การปรับใช้การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่า (less-restrictive means test) ของ WTO มีสาระสำคัญว่า มาตรการที่ถูกโต้แย้งจะไม่ถูกพิจารณาว่า “จำเป็น” หากยังมีมาตรการทางเลือกอื่นใดที่รัฐผู้ถูกโต้แย้งสามารถนำมาใช้ได้อย่างสมเหตุสมผล โดยสามารถบรรลุถึงระดับความคุ้มครองที่รัฐผู้ถูกโต้แย้งประสงค์ และมีการจำกัดทางการค้าที่น้อยกว่า อยู่อีก

ได้มีการพัฒนาการทดสอบที่เกี่ยวกับการตรวจสอบมาตรการของรัฐภายใต้บทบัญญัติความจำเป็นในระบบการค้าระหว่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น 2 ชั้น ชั้นแรก คือ การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยที่สุด (least-restrictive means test) ตามการทดสอบนี้ มาตรการที่ถูกโต้แย้งจะไม่ถูกพิจารณาว่า “จำเป็น” หากยังมีมาตรการทางเลือกอื่นใดที่สามารถบรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้ โดยมีการจำกัดทางการค้าที่น้อยที่สุด อยู่อีก ซึ่งมีปัญหาสำคัญ คือ องค์การระงับข้อพิพาทให้ความสำคัญกับการที่มาตรการทางเลือกอื่นใดจะต้องจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศที่น้อยที่สุด โดยมีได้ให้ความสนใจอย่างเพียงพอว่า มาตรการดังกล่าวจะสามารถทำให้บรรลุถึงระดับความคุ้มครองที่ต้องการได้หรือไม่ ต่อมาในชั้นที่สอง เริ่มมีการปรับใช้การทดสอบความจำเป็นที่มีความสมดุลมากขึ้น ซึ่งก็คือ การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่า (less-restrictive means test) นั่นเอง

การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่าได้ถูกรวมไว้ในบทบัญญัติของความตกลง TBS และ SBS ในส่วนที่เกี่ยวข้อง⁹ ซึ่งไม่เพียงรับรองให้มีการนำองค์ประกอบของมาตรการทางเลือกที่จำกัดทางการค้าเข้าพิจารณา ซึ่งเป็นผลดีต่อฝ่ายนักลงทุนแล้ว แต่ยังให้ความยืดหยุ่นแก่ประเทศภาคีต่าง ๆ ในการเลือกมาตรการที่มีต้นทุนในการบังคับใช้ที่น้อยกว่า ซึ่งเป็นผลดีต่อฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่า มีศักยภาพที่จะรับประกันการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ต่าง ๆ ที่ขัดแย้งกันในการตีความข้อกำหนดความจำเป็นในความตกลงของ WTO ให้เกิดขึ้นได้¹⁰ และมีความเหมาะสมที่จะเป็นการทดสอบสำหรับให้อนุญาตตุลาการทางการลงทุนนำไปใช้ในการตีความบทบัญญัติ NPM ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่าง ๆ ด้วย ซึ่งการปรับใช้การทดสอบมาตรการที่จำกัดน้อยกว่าในระบบอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนนั้น ดูเหมือนว่าจะมีประสิทธิภาพในการประสานสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะสำคัญของตนและหน้าที่ตามพันธกรณีของความตกลงในการคุ้มครองประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติได้ดียิ่งกว่า¹¹

เหตุการณ์คล้ายคลึงกับคดีพิพาทข้างต้นนี้ได้เกิดขึ้นในประเทศไทย เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนออสเตรเลียและประเทศไทย โดยบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเต็ด ลิมิเตด จำกัด นักลงทุนสัญชาติออสเตรเลียซึ่งเป็นบริษัทแม่ของบริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) ผู้ประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำในประเทศไทย ได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ ด้วยข้ออ้างว่าประเทศไทยละเมิดละเมิดความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement : TAFTA) และเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเอา

⁸ Cynthia C. Galvez, “Necessity, Investor Rights, and State Sovereignty for NAFTA Investment Arbitration,” *Cornell International Law Journal* 46, p.154 (Winter 2003).

⁹ Otobek Ismailov, “INTERACTION OF INTERNATIONAL INVESTMENT AND TRADE REGIMES ON INTERPRETING TREATY “NECESSITY” CLAUSES: CONVERGENCE OR DIVERGENCE?,” *Georgetown Journal of International Law* 48, p.427 (2017).

¹⁰ Otobek Ismailov, *supra note 9*, p.427-428.

¹¹ *Ibid.*, p.428.

จากประเทศไทยเป็นจำนวนเงินมหาศาล (ขณะเขียนบทความนี้ออนูญาโตตุลาการยังไม่ได้ทำการชี้ขาดคดี) ข้อพิพาทนี้มีสาเหตุมาจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติดำเนินการระงับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำและมาตรการอื่นๆ ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 72/2559 ลงวันที่ 13 ธ.ค. 2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ซึ่งตามคำสั่งฯ ให้เหตุผลไว้ว่า “โดยที่ได้มีการร้องเรียน และคัดค้านการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำเนื่องจากการประกอบกิจการดังกล่าวได้ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน โดยเฉพาะปัญหาความขัดแย้งของประชาชนในพื้นที่โครงการทำเหมืองแร่ทองคำหลายแห่ง...” อาจกล่าวได้ว่า มาตรการของไทยที่ถูกโต้แย้งนี้ มีวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหลักในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ดังนั้น ไทยจึงอาจอ้างเหตุผลทางกฎหมายในการต่อสู้คดี โดยใช้มาตรา 1601 ว่าด้วยข้อยกเว้นทั่วไป (general exceptions) ข้อ 2. และข้อ 3. แห่ง TAFTA ซึ่งอ้างอิงมาตรา XIV GATS และมาตรา XX (e)-(g) แห่ง GATT โดยให้นำมาใช้โดยอนุโลม ซึ่งวัตถุประสงค์ของไทยดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา XX (g) GATT และมาตรา XIV (b) GATS อย่างไรก็ตาม ไทยยังมีการกิจการสำคัญที่จะต้องเตรียมเหตุผลทางเทคนิค เช่น ข้อมูล พยานผู้เชี่ยวชาญ และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เป็นต้น ซึ่งมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งไปพิสูจน์ให้ออนูญาโตตุลาการคล้อยตามให้ได้อีกด้วย

บทสรุป

กรณีการนำหลักความจำเป็นตามกฎหมายของ WTO มาใช้เป็นแนวทางในการตีความและการปรับใช้บทบัญญัติ NPM นั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า การนำหลักความจำเป็นของกฎหมาย WTO มาปรับใช้กับการตีความเงื่อนไขความสัมพันธ์ที่ใช้คำว่า “จำเป็น” ในบทบัญญัติ NPM ของความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน ก่อให้เกิดความสมดุล มีความเหมาะสมและเป็นผลดีมากกว่าทั้งต่อรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ มีกระบวนการในการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่ทุกฝ่ายที่มีส่วนได้เสีย โดยการนำปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมาประเมินโดยการทดสอบโดยการชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อหาจุดสมดุล (weighing and balancing test) ซึ่งเป็นการมองอย่างรอบด้าน ละเอียดรอบคอบ และระมัดระวัง ดังเช่นที่ William W. Burke-White และ Andreas Von Staden กล่าวว่า มาตรการทางเลือกที่จำกัดน้อยที่สุด (least restrictive alternative) ของ WTO อันเป็นการทดสอบความจำเป็นที่ถูกพัฒนาขึ้นในขั้นแรกในระบบการค้าระหว่างประเทศ เป็นแนวความคิดที่นำเสนอเหตุผลที่เป็นกลางมากที่สุด (best middle ground) ในการสร้างความสมดุลแก่ความคาดหวังอันชอบธรรมของทั้งฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนและฝ่ายนักลงทุนต่างชาติ¹² ประกอบกับหากพิจารณาการวินิจฉัยคำวินิจฉัยฯ คดี Continental ของนักวิชาการ จะพบว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวมีข้อบกพร่องสำคัญ ได้แก่ การที่อนูญาโตตุลาการตีความมาตรา XI แห่ง Argentina-US BIT โดยการอ้างอิงหลักกฎหมายในคำตัดสินคดีของ WTO แต่กลับละทิ้งปัจจัยที่เกี่ยวข้องประการอื่นของการทดสอบความจำเป็น (Necessity Test) ของ WTO ซึ่งรวมปัจจัยด้านความสำคัญของวัตถุประสงค์และผลกระทบของมาตรการต่อประโยชน์ของนักลงทุน ก่อนที่จะไปทำการวิเคราะห์วิธีการที่จำกัดน้อยกว่า ซึ่งปัจจัยที่เกี่ยวข้องต่างๆ ควรที่จะต้องถูกนำมาปรับใช้อย่างครบถ้วน เพราะปัจจัยดังกล่าวมีความสำคัญในการทดสอบโดยการชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อหาจุดสมดุล (weighing and balancing test) จะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยดังกล่าวล้วนไม่เกี่ยวข้องกับความไม่เหมาะสมของการนำหลักความจำเป็นในกฎหมายของ WTO มาปรับใช้แต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องข้อบกพร่องเกี่ยวกับ “วิธีการ” ของอนูญาโตตุลาการในการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้กับการตีความบทบัญญัติ NPM ใน Argentina-US BIT อย่างไม่เหมาะสม โดยไม่ได้นำปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของการทดสอบโดยการชั่งน้ำหนักปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อหาจุดสมดุล (weighing and balancing test) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่ามาใช้ให้ครบถ้วน ดังเช่นที่ Andrew D. Mitchell และ Caroline Henckels เห็นว่า ข้อบกพร่อง

¹² “offers perhaps the best middle ground for balancing the legitimate expectations of both states and investors.” William W. Burke-White and Andreas von Staden, *supra* note 1, p.349.

ดังกล่าวอาจนำไปใช้เป็นเหตุผลหรือข้ออ้างในการต่อสู้กับการจำกัดการใช้การทดสอบวิธีการที่จำกัดน้อยกว่าในระบบอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน¹³

กรณีคดีพิพาทระหว่างนักลงทุนออสเตรเลียและประเทศไทยนั้น ทำให้ประเทศไทยได้รับบทเรียนสำคัญยิ่งประการหนึ่ง คือ การมีความเข้าใจในเรื่องการตีความและการปรับใช้บทบัญญัติ NPM และข้อยกเว้นทั่วไป ที่มีเงื่อนไขความสัมพันธ์ที่ใช้คำว่า “จำเป็น” และการมีบทบัญญัติ NPM หรือข้อยกเว้น (exceptions) ซึ่งต่างเป็นข้อกำหนดว่าด้วยการปกป้อง (safeguard clause) ที่มีหน้าที่อันมีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน โดยต่างให้ความยืดหยุ่นแก่รัฐในอำนาจออกใช้นโยบายภายในประเทศตน¹⁴ โดยร่างให้มีรายละเอียดชัดเจน ครอบคลุม และเหมาะสมไว้ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนหรือความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่นใดที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือจะเป็นภาคีทุกฉบับ ด้วยเหตุนี้จึงขอเสนอแนะในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่

1. ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติ NPM หรือข้อยกเว้นทั่วไป ในความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนที่ตนเป็นภาคีหรือจะเป็นภาคีทุกฉบับ ด้วยเหตุผลที่ว่า การใช้และการมีผลของบทบัญญัติ NPM จะทำให้การกระทำของรัฐที่ไม่เป็นไปตามความตกลงฯ ไม่เป็นการละเมิดความตกลงนั้น หรือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยความตกลงฯ ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่มีความรับผิดชอบใด ๆ ต่อนักลงทุน เช่น ไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่นักลงทุนต่างชาติเรียกร้องซึ่งมักเป็นจำนวนเงินมหาศาล เป็นต้น

2. การร่างบทบัญญัติ NPM ที่คลุมเครือไม่ชัดเจนอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความของผู้ตัดสินคดี ดังเช่นคดีพิพาทระหว่างนักลงทุนสหรัฐอเมริกาและอาร์เจนตินาดังกล่าว ทั้งยังทำให้ประเทศภาคีอาจประสบปัญหาในการปรับใช้ได้เช่นกัน ดังนั้น บทบัญญัติ NPM ควรมีลักษณะ (1) มีขอบเขตอย่างกว้าง โดยให้มีผลต่อความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนทั้งฉบับ (2) เป็นข้อกำหนดประเภทอัตวิวินิจฉัย (self-judging) ที่รัฐสามารถทำการตัดสินใจในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เองได้ ซึ่งจะส่งผลเป็นการจำกัดอำนาจของผู้ตัดสินคดีมิให้ทำการทบทวนตรวจสอบในเนื้อหาของมาตรการหรือการกระทำที่ถูกโต้แย้ง (substantive review) โดยจะทำได้แต่เฉพาะการทบทวนตรวจสอบความสุจริต (good faith review) เท่านั้น (3) ระบุวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ (permissible objective) ประการต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อประเทศไทย เช่น ประโยชน์ด้านความมั่นคงสำคัญ (essential security interests) ซึ่งถูกตีความโดยอนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) และประเทศต่าง ๆ ให้มีความหมายอย่างกว้าง เป็นต้น โดยเฉพาะที่ขาดเสียไม่ได้เลย คือ สุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ยิ่งไปกว่านั้นควรมี “สถานการณ์ฉุกเฉินที่ร้ายแรงมาก” (situations of extreme emergency) ซึ่งเป็นถ้อยคำกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ อย่างหลากหลาย ทั้งยังรองรับวัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่ประเทศไทยไม่อาจหรือไม่ได้ตกลงกำหนดไว้ในความตกลงอีกด้วย¹⁵ นอกจากนี้ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ก็เป็นวัตถุประสงค์เชิงนโยบายที่กินความกว้างเช่นเดียวกัน (4) หากประเทศไทยเลือกกำหนดเงื่อนไขความสัมพันธ์ โดยใช้คำว่า “จำเป็น” (necessary) ก็ควรกำหนดไว้ในความตกลงด้วยว่า ให้นำหลักความจำเป็นตามกฎหมายของ WTO โดยทั่วไป

¹³ Andrew D. Mitchell and Caroline Henckels, “Variations on Theme: Comparing the Concept of ‘Necessity’ in International Investment Law and WTO Law,” *Chicago Journal of International Law* 14, p.116 (January 2013).

¹⁴ “ข้อยกเว้น” จะช่วยให้รัฐมีทางเลือกในการออกใช้นโยบายแบบเปิด โดยสามารถบังคับใช้มาตรการใดๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่งที่ตั้งไว้ อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยว่ารัฐสามารถอ้างข้อยกเว้นได้หรือไม่ จะต้องมีการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ทั้งบทบัญญัติต่างๆ ในความตกลงมักไม่กล่าวถึงแนวทางในการตีความและการปรับใช้ข้อยกเว้นมากเท่าใด ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการต้องทำการตัดสินใจเองว่า จะใช้มาตรฐานใดมาปรับใช้ และจะมอบการอนุโลมให้แก่รัฐผู้รับการลงทุนมากน้อยเพียงใด ในทางตรงกันข้าม บทบัญญัติ NPM จะให้ความแน่นอนในเรื่องการคุ้มครองนักลงทุนมากกว่า โดยแจ้งเตือนให้นักลงทุนทราบว่า มาตรการใดบ้างเป็นมาตรการที่รัฐผู้รับการลงทุนสามารถกระทำได้

¹⁵ Amit Kumar SINHA, “Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries,” *Asian Journal of International Law* 7, p.255 (2017).

(generally) มาปรับใช้ โดยอนุโลมเท่าที่เหมาะสมในบริบททางการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอาจจะเพิ่มเติมให้ชัดเจนด้วยว่า หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามวรรค chapeau ของมาตรา XX แห่ง GATT มิใช่หลักความจำเป็นตามกฎหมายของ WTO โดยทั่วไป แต่เป็นเงื่อนไขโดยเฉพาะที่ปรากฏในมาตรา XX แห่ง GATT เพื่อมิให้นำวรรค chapeau มาปรับใช้ เพราะเมื่อนำมาปรับใช้ในบริบททางการลงทุนระหว่างประเทศอาจพบปัญหาความไม่เหมาะสมบางประการ ทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO มีแนวโน้มในการตีความวรรค chapeau โดยเป็นไปในลักษณะที่มีความเคร่งครัดมากขึ้น และหากจะกำหนดเรื่องในลักษณะดังกล่าวไว้ในความตกลงด้วย อาจนำหลักการไม่เลือกปฏิบัติซึ่งเป็นหลักหนึ่งของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่ครอบคลุมกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนด้วยมาใช้จะเหมาะสมมากกว่า

3. ในการต่อสู้คดีพิพาทนั้น แม้ว่ามาตรการของไทยที่ถูกนักลงทุนออสเตรเลียโต้แย้งจะมีวัตถุประสงค์เชิงนโยบายทั้งตามมาตรา XX (g) แห่ง GATT และ XIV (b) แห่ง GATS แต่ไทยควรมุ่งเน้นไปที่มาตรา XX (g) แห่ง GATT เป็นหลัก เพราะมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่สามารถผ่านหรือพิสูจน์ได้ง่ายกว่า เพราะเงื่อนไขความสัมพันธ์ที่ใช้คำว่า “จำเป็น” ดังเช่น ในมาตรา XIV (b) แห่ง GATS จะถูกวินิจฉัย โดยใช้การทดสอบที่เคร่งครัดมากกว่าเงื่อนไขความสัมพันธ์ที่ใช้คำว่า “เกี่ยวข้องกัน”¹⁶ ดังเช่น ในมาตรา XX (g) แห่ง GATT และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ของ WTO ได้มีการตีความมาตรา XX (g) แห่ง GATT อย่างเคร่งครัดน้อยกว่ามาตรา XX (b) แห่ง GATT เป็นอย่างมาก ทั้งหลักความจำเป็นตามวรรคย่อย (b) ประกอบด้วยหลักเกณฑ์หลายประการ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยมีภาระในการพิสูจน์มาก โดยเฉพาะการที่คณะผู้ตัดสินคดีของ WTO ให้ความสำคัญกับพยานผู้เชี่ยวชาญ ข้อมูลและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งมีมาตรฐานค่อนข้างสูง ทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วได้เปรียบ แต่ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาอาจต้องเสียเปรียบ เนื่องจากความขาดแคลนกำลังทรัพยากรในการตรวจสอบ วิเคราะห์ และวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปัญหา รวมทั้งข้อมูล พยานและหลักฐานที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เพื่อใช้ในการพิสูจน์ถึงความเสียหายหรือผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำให้ได้ตามมาตรฐานดังกล่าว

¹⁶ David Collins, “The line of equilibrium: improving the legitimacy of investment treaty arbitration through the application of the WTO’s general exceptions,” *Arbitration International* 32, p.585 (2016).

บรรณานุกรม**ARTICLES**

- Amit Kumar SINHA. “Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries.” Asian Journal of International Law 7. (2017) : 239.
- Andrew D. Mitchell and Caroline Henckels. “Variations on Theme: Comparing the Concept of “Necessity” in International Investment Law and WTO Law.” Chicago Journal of International Law 14. (January 2013) : 108.
- Cynthia C. Galvez. “Necessity, Investor Rights, and State Sovereignty for NAFTA Investment Arbitration.” Cornell International Law Journal 46. (Winter 2003) : 149.
- David Collins. “The line of equilibrium: improving the legitimacy of investment treaty arbitration through the application of the WTO’s general exceptions.” Arbitration International 32. (2016) : 583.
- Jürgen Kurtz. “Adjudging the Exceptional at International Investment Law : Security, Public Order and Financial Crisis.” Intl & Comp L Q 59. (2010) : 330.
- Otabek Ismailov. “INTERACTION OF INTERNATIONAL INVESTMENT AND TRADE REGIMES ON INTERPRETING TREATY “NECESSITY” CLAUSES : CONVERGENCE OR DIVERGENCE?.” Georgetown Journal of International Law 48. (2017) : 516.
- William W. Burke-White and Andreas von Staden. “Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties.” Virginia Journal of International Law 48. (2008) : 309.