

ปัญหาในการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย
การลงทุน: กรณีศึกษา บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ



นายนิติลักษณะ แก้วจันดี

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEM CONCERNING THE REGULATION OF THE ENVIRONMENTAL
PROTECTION MEASURE BY STATE IN INTERNATIONAL INVESTMENT
AGREEMENT : A CASE STUDY OF CHAPTER 11 OF THE NORTH
AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT



MR.NITILAK KAEWCHUNDEE

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาในการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐใน
ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน: กรณีศึกษา
บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ

โดย

นายนิติลักษณ์ แก้วจันดี

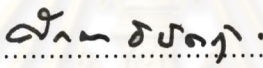
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

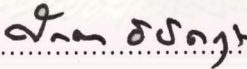
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

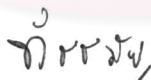
รองศาสตราจารย์ทชชมัย ฤกษ์ะสุด

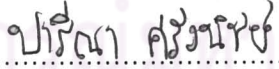
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้แก่นักศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ


 คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธานีกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

 ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธานีกุล)

 อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ทชชมัย ฤกษ์ะสุด)

 กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวีณา ศรีวินิชย์)

 กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.วันดี สุชาติกุลวิทย์)

นายนิติลักษณ์ แก้วจันดี : ปัญหาในการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐใน
ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน: กรณีศึกษา บทที่ 11 ของข้อตกลง
การค้าเสรีอเมริกาเหนือ. (PROBLEM CONCERNING THE REGULATION OF
THE ENVIRONMENTAL PROTECTION MEASURE BY STATE IN
INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENT: A CASE STUDY OF
CHAPTER 11 OF THE NORTH AMERICA FREE TRADE AGREEMENT) อ. ที่
ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ.ทชชมัย ฤกษ์สุด, 214 หน้า.

คำว่า“สภาพการณ์เดียวกัน” และ “การยึดทรัพย์โดยอ้อม” เป็นคำที่มีความสำคัญที่
ปรากฏในบทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ อย่างไรก็ตามแนวการตีความคำ
ดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจน การวิจัยเรื่องนี้มุ่งศึกษาถึงการตีความคำว่า “สภาพการณ์
เดียวกัน” และ “การยึดทรัพย์โดยอ้อม” รวมถึงผลกระทบจากการที่ยังไม่มีแนวการตีความที่
ชัดเจนต่อการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐที่รับการลงทุน

จากการศึกษาพบว่า แนวการตีความคำว่า “สภาพการณ์เดียวกัน” มีทั้งการตีความ
อย่างแคบที่พิจารณาจากการแข่งขันกันของนักลงทุนในประเทศกับนักลงทุนจากต่างประเทศ
เป็นสำคัญ ขณะเดียวกันก็มีแนวการตีความอย่างกว้างที่เห็นว่า ต้องพิจารณาจากทุกปัจจัยที่
เกี่ยวข้องกับการลงทุนทั้งมิติทางเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อมประกอบกัน ส่วนกรณีแนว
การตีความคำว่า “ยึดทรัพย์โดยอ้อม” พบว่ามีทั้งแนวการตีความที่เห็นว่า การใช้อำนาจของรัฐ
เชิงบังคับ (รวมมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม) เป็นข้อยกเว้นจึงไม่ถือเป็นการยึดทรัพย์นัก
ลงทุนโดยอ้อม และแนวการตีความที่เห็นว่า แม้เป็นการใช้อำนาจของรัฐเชิงบังคับ(รวม
มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม) ก็ถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมได้หากมาตรการนั้นส่งผล
กระทบต่อสิทธิความเป็นเจ้าของของนักลงทุนอย่างชาติ ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลให้
การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐถูกตีความว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่าง
ชาติหรือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมได้

สาขาวิชา..... นิติศาสตร์.....
ปีการศึกษา.....2552.....

ลายมือชื่อนิติ.....
ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

4986248534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : IN LIKE CIRCUMSTANCE / INDIRECT EXPROPRIATION / INVESTMENT / NAFTA / ENVIRONMENT

NITILAK KAEWCHUNDEE : PROBLEM CONCERNING THE REGULATION OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION MEASURE BY STATE IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENT: A CASE STUDY OF CHAPTER 11 OF THE NORTH AMERICA FREE TRADE AGREEMENT. ADVISOR : ASSO. PROF. TASHMAI RIKSHASUTA, 214 pp.

“Like Circumstance” and “Indirect Expropriation” are written on the Chapter 11 of the North America Free Trade Agreement however; the clear-cut interpretation of these words are ambiguous. This study aims to study the clear meaning and precise interpretation of the words “Like Circumstance” and “Indirect Expropriation”. Additionally, the impacts of having an unclear meaning on the Environment Protection Measure of the host states are examined in this study. In addition, this study find effect of unclear interpretation on the Environment Protection Measure of the host states.

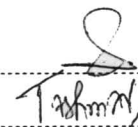
This study finds that the method of interpretation on “Like Circumstance” is not only the close interpretation which considers the level of competitiveness amongst domestic and foreign investors, but also the wide interpretation which considers all the relevant circumstances of investment, economic, social and environment. Moreover, the study of the scopes of interpretation on Indirect Expropriation finds that the procedures on legal enforcements, including the Environment Protection Measure, does not mean indirect confiscation from the investors. However, it can be interpreted as indirect expropriation as long as the legally measures have affected on the ownership rights of foreign investors. This ambiguous interpretation has delivered the state environment protection as an infringed national treatment and can be interpret as Indirect Expropriation.

Field of Study :LAWS.....

Student's Signature

Academic Year.....2009.....

Advisor's Signature



กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ทัชชมัย ฤกษ์สุต เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งได้ให้คำแนะนำทางด้านวิชาการตลอดจนความเมตตาต่อผู้เขียนในฐานะศิษย์ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงลงได้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ และอาจารย์ ดร.วันดี สุชาติกุลวิทย์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำแนะนำและให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เขียน

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณดวงแก้ว นพพรพรหม ที่กรุณาช่วยเหลือและประสานงานในเรื่องต่างๆ ขอขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ที่อนุญาตให้ผู้เขียนลาศึกษาต่อและสนับสนุนทุนการศึกษา ทำยที่สุดขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาที่คอยเป็นกำลังใจเสมอ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
2 แนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมกับการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ.....	6
2.1 ความเป็นมา ความสำคัญและผลกระทบของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ..	6
2.1.1 ความเป็นมาของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ.....	6
2.1.2 ความหมายของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ.....	7
2.1.3 ความสำคัญของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ.....	8
2.1.4 ผลกระทบที่เกิดจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ.....	9
2.2 แนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ.....	11
2.2.1 แนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืน.....	11
2.2.1.1 พัฒนาการของแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืน.....	11
2.2.1.2 ความหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืน.....	16
2.2.2 สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี.....	19
2.2.3 หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ.....	23
2.2.3.1 ข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่1803 (XVII) ค.ศ.1952.....	24

บทที่	หน้า
2.2.3.2 ข้อมติที่ 3201 (S-VI) ประกาศสร้างระเบียบเศรษฐกิจใหม่ระหว่างประเทศ.....	24
2.2.3.3 ข้อมติที่ 3281 (XXIX) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ.....	25
2.2.3.4 ข้อมติที่ 3171 ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ.1974.....	26
2.2.4 หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย.....	27
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสังคมของนักลงทุน.....	28
2.3.1 พัฒนาการและความหมายของการรับผิดชอบต่อสังคม.....	29
2.3.2 ประมวลจริยธรรมบริษัทข้ามชาติ.....	30
2.3.3 แบบแผนขององค์การสหประชาชาติว่าด้วย ความรับผิดชอบต่อบริษัทข้ามชาติและองค์การธุรกิจกับการเคารพสิทธิสิทธิมนุษยชน.....	31
2.3.4 ข้อเสนอแนะขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) สำหรับบริษัทข้ามชาติ.....	33
2.3.5 สัญญาโลกแห่งสหประชาชาติ.....	34
2.3.6 ความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กรระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (ISO 26000).....	35
2.4 การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน.....	37
2.4.1 อารัมภบทของความตกลง.....	37
2.4.2 การยอมรับอำนาจรัฐในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุน.....	39
2.4.3 การกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป.....	41
2.4.4 การกำหนดให้หลีกเลี่ยงการลดหย่อนมาตรฐานสิ่งแวดล้อมเพื่อดึงดูดการลงทุน.....	43
2.4.5 การกำหนดความร่วมมือระหว่างภาคีในประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม.....	45
3 ความแตกต่างของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ.....	47

บทที่	หน้า
3.1 พัฒนาการของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ...	48
3.2 ความแตกต่างของการค้าและการลงทุน.....	50
3.2.1 รูปแบบของการข้ามแดนของการค้ากับการลงทุน.....	50
3.2.2 ความเสี่ยงทางธุรกิจ.....	51
3.2.3 ผลกระทบที่มีต่อประเทศที่นำเข้าสินค้าหรือการลงทุน.....	52
3.3.ความแตกต่างระหว่างกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	53
3.3.1 ความแตกต่างของพัฒนาการของกฎหมาย.....	53
3.3.1.1 พัฒนาการของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	55
3.3.1.2 พัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	56
3.3.2 วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมาย.....	59
3.3.2.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	60
3.3.2.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	62
3.3.3 การระงับข้อพิพาท.....	66
3.3.3.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	66
3.3.3.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	67
3.3.4 ประเด็นข้อยกเว้นทั่วไป.....	70
3.3.4.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	70
3.3.4.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	72
3.3.5 ประเด็นการเยียวยาความเสียหายกรณีการละเมิดความตกลง...	73
3.3.5.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	73
3.3.5.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	76
3.4 ความแตกต่างระหว่างหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุน.....	79
3.4.1 การใช้คำที่ต่างกัน.....	79
3.4.2 วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติ.....	80
3.4.2.1 หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	80
3.4.2.2 หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่าง	

บทที่	ญ หน้า
ประเทศ.....	84
3.4.3 ขอบเขตการใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติ.....	86
3.4.3.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.....	86
3.4.3.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	86
3.5 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมาย การค้าและการลงทุน.....	89
3.6 ตัวอย่างการตีความคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” โดยคำนึงถึงความแตกต่าง ของการค้าและการลงทุน.....	92
4 หลักการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	97
4.1 หลักยึดทรัพย์สินโดยอ้อมของสหรัฐอเมริกา.....	97
4.1.1 พัฒนาการของหลักยึดทรัพย์สินในกฎหมายสหรัฐอเมริกา.....	97
4.1.2 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับยึดทรัพย์สินโดยอ้อมของสหรัฐอเมริกา.....	103
4.1.2.1 การพิจารณาจากผลกระทบทางเศรษฐกิจ.....	103
4.1.2.2 การพิจารณาประโยชน์สาธารณะ/วัตถุประสงค์ สาธารณะ.....	108
4.1.2.3 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะ กับภาระต่อเจ้าของทรัพย์สิน.....	113
4.2 หลักยึดทรัพย์สินโดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	115
4.2.1 พัฒนาการและหลักการยึดทรัพย์สินในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	115
4.2.2 พัฒนาการและความหมายของการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมในกฎหมาย ระหว่างประเทศ.....	121
4.2.2.1 พัฒนาการของการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมในกฎหมาย ระหว่างประเทศ.....	121
4.2.2.2 ความหมายของการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม.....	125
4.2.3 การยึดทรัพย์สินโดยอ้อมกับการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police power).....	127
4.2.3.1 ความเห็นนักกฎหมาย.....	128
4.2.3.2 ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน.....	130

บทที่

หน้า

4.2.3.3	แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาด.....	136
4.2.4	การยึดทรัพย์โดยอ้อมกับแนวโน้มความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน.....	144
4.2.4.1	กฎหมายต้นแบบในการทำความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.2004.....	145
4.2.4.2	กฎหมายต้นแบบในการทำความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศของแคนาดา.....	147
4.2.4.3	The COMESA Common Investment Area.....	148
4.2.4.4	ข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างสาธารณะโดมินิกันกับอเมริกากลาง.....	148
5	วิเคราะห์ปัญหาการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA).....	150
5.1	ภาพรวมข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ.....	150
5.1.1	ความเป็นมาของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ.....	150
5.1.2	โครงสร้างของบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุน.....	150
5.1.2.1	ส่วนที่1: การลงทุน.....	150
5.1.2.2	ส่วนที่2: การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีและนักลงทุนของรัฐภาคีอื่น.....	151
5.1.2.3	ส่วนที่3: บทนิยาม.....	157
5.2	มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสภาพปัญหา.....	158
5.2.1	อาร์มภบทข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ.....	158
5.2.2	มาตรการสิ่งแวดล้อม.....	160
5.2.3	การกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป.....	163
5.3	ปัญหาการตีความคำว่า “สภาพการณ์เดียวกัน” และการยึดทรัพย์โดยอ้อม....	164
5.3.1	วิเคราะห์การตีความคำว่า “สภาพการณ์เดียวกัน” ตามมาตรา 1102.....	165
5.3.1.1	การพิจารณาการแข่งขันกันทางธุรกิจของการลงทุน....	166

บทที่	หน้า
5.3.1.2 การพิจารณาโดยคำนึงถึงทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน.....	171
5.3.1.3 การพิจารณาเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจเกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุน.....	175
5.3.2 วิเคราะห์การตีความการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม ตามมาตรา 1110.....	177
5.3.2.1 การพิจารณาจากผลกระทบทางเศรษฐกิจของนักลงทุน.....	179
5.3.2.2 การพิจารณาวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ...	181
5.3.2.3 การพิจารณาความต่อเนื่องของมาตรการ.....	184
5.3.2.4 การพิจารณาจากความคาดหวังของนักลงทุน.....	185
5.4 ผลกระทบจากความไม่ชัดเจนของการตีความคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” และการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม.....	186
5.4.1 ผลกระทบต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ.....	186
5.4.2 ผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ.....	189
5.5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	191
5.5.1 บทสรุป.....	191
5.5.1.1 การตีความคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” อย่างกว้าง.....	192
5.5.1.2 การตีความคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” อย่างแคบ.....	192
5.5.1.3 การตีความคำว่า “การยึดทรัพย์สินโดยอ้อม”.....	193
5.5.2 ข้อเสนอแนะ.....	198
5.5.3 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย.....	201
รายการอ้างอิง.....	203
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	214

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคโลกาภิวัตน์ เศรษฐกิจถือเป็นปัจจัยสำคัญในพัฒนาประเทศ นโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาของประเทศต่างๆ จึงมุ่งให้ความสำคัญต่อเศรษฐกิจเป็นหลัก ส่วนประเด็นเกี่ยวกับสังคมและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมกลายเป็นเรื่องรองลงไป การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศถือเป็นวิธีการที่สำคัญและจำเป็นอย่างหนึ่งที่ประเทศต่างๆ ใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้เนื่องจากการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (FDI) นั้นทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนได้รับประโยชน์จากการไหลเข้ามาซึ่งเงินลงทุนจากต่างประเทศ (capital flows) ที่ใช้ก่อตั้งกิจการในประเทศของตน ประโยชน์ที่ได้จากการจ้างแรงงานประชาชนในประเทศ นอกจากนี้ยังได้ประโยชน์จากการถ่ายโอนเทคโนโลยีจากบริษัทข้ามชาติที่มาลงทุนด้วย

จากข้อมูลใน World Investment Report 2001 ของ UNCTAD รายงานว่า มูลค่าการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศทั่วโลกในปี ค.ศ.1990 (พ.ศ.2533) มีสัดส่วนสูงถึง 202,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่มูลค่าการลงทุนในโลกได้เพิ่มขึ้นเป็น 1,270,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ. 2000 (พ.ศ.2543) จากจำนวนนี้สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสหภาพยุโรป มีส่วนแบ่งการลงทุนรวมกันสูงถึง 82% โดยประเทศกำลังพัฒนาทั้งหมดมีส่วนแบ่งการลงทุนระหว่างประเทศเพียง 18% เท่านั้น¹

และจากการแนวโน้มความต้องการการลงทุนจากประเทศที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับแนวคิดการเปิดเสรีการค้า ส่งผลให้ประเทศมหาอำนาจในฐานะประเทศอุตสาหกรรมที่ เป็นผู้ส่งออกการ

¹ จักรกฤษ ครอบงำ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย, สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), หน้า 201.

ลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา พยายามผลักดันให้มีการจัดทำกฎเกณฑ์ที่เอื้อให้เกิดการลงทุนโดยเสรี ในรูปของความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับการลงทุน เพื่อให้มีเกณฑ์ในการคุ้มครองการลงทุนที่เป็นรูปแบบเดียวกัน โดยความพยายามครั้งแรกในการจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุนเกิดขึ้นเมื่อมีการยกร่างกฎบัตรว่าด้วยองค์การการค้าระหว่างประเทศ (ITO) หรือ "กฎบัตรฮาวานา" ซึ่งสหรัฐอเมริกาพยายามผนวกบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไว้ด้วย หรือกรณีที่สหรัฐอเมริกาได้ผลักดันหัวข้อการลงทุนระหว่างประเทศในการเจรจาของ GATT รอบโตเกียว (Tokyo Round) ซึ่งความพยายามดังกล่าวต้องประสบความล้มเหลวจากการไม่ยอมรับของประเทศกำลังพัฒนา

สหรัฐอเมริกาจึงปรับเปลี่ยนวิธีการโดยหันกลับมาทำความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนกับประเทศต่างๆ แทน ซึ่งความตกลงด้านการลงทุนที่สหรัฐอเมริกานำไปใช้เป็นต้นแบบ (Model) ในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศต่างๆ คือ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (Chapter 11 NAFTA) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่สหรัฐอเมริกาทำกับเม็กซิโก และแคนาดา ทั้งนี้ เพื่อให้รูปแบบหรือเกณฑ์ในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติมีลักษณะเดียวกันกับประเทศคู่เจรจาทุกประเทศ และเพื่อให้ข้อตกลงทวิภาคีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศคู่เจรจาดังกล่าว ไปผลักดันให้เกิดระเบียบหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมีรูปแบบที่เหมือนกันโดยปริยาย

และเมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) พบว่า มีลักษณะที่มุ่งให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติเป็นสำคัญ โดยกำหนดพันธกรณีให้ประเทศที่รับการลงทุน (host state) ต้องกระทำการหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การห้ามการยึดทรัพย์นักลงทุนต่างชาติไม่ว่าโดยทางตรงและทางอ้อม (direct or indirect expropriation) หรือการกำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับนักลงทุนในประเทศของตน (National treatment) ซึ่งหากประเทศผู้รับการลงทุนละเมิดพันธกรณีดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติ

โดยหลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment: NT) เกี่ยวกับการลงทุนของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ปรากฏในมาตรา 1102 ซึ่งกำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติไม่ด้อยไปกว่ากับคนชาติของตน โดยประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าประเทศผู้รับการลงทุนละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติหรือไม่คือ ต้องพิจารณาว่านักลงทุนต่างชาติกับ

นักลงทุนในประเทศอยู่ใน “สภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstance)” หรือไม่ เพราะแม้ว่าประเทศผู้รับการลงทุนเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติโดยปฏิบัติดีกว่านักลงทุนในประเทศของตน แต่หากปรากฏว่านักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศไม่ได้อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันแล้ว ก็ไม่อาจถือว่าละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณา คำว่า สภาวะการณ์เดียวกันดังกล่าว ก็ยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอน ส่งผลให้มีคดีจำนวนมากที่อนุญาโตตุลาการได้นำเกณฑ์การตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ซึ่งมุ่งการแข่งขันกัน มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” ขณะเดียวกันก็มีคดีอีกจำนวนมากที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะนำเกณฑ์ การตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน มาใช้พิจารณาโดยเห็นว่าการค้าและการลงทุนมีลักษณะที่ แตกต่างกัน จึงไม่ควรใช้เกณฑ์เดียวกันในการพิจารณา แต่ควรใช้ทุกปัจจัยที่สัมพันธ์กับการลงทุน มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา (ทั้งบริบททางเศรษฐกิจ บริบททางสังคมและบริบทด้านสิ่งแวดล้อม) ซึ่งประเด็นปัญหาความไม่ชัดเจนดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่จนปัจจุบัน

ขณะที่หลักการยึดทรัพย์ของนักลงทุนในมาตรา 1110 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ที่ห้ามไม่ให้ประเทศผู้รับการลงทุนยึดทรัพย์นักลงทุนต่างชาติไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ก็พบว่ายังมีความไม่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความหมายของ คำว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือ มาตรการที่เทียบเท่าการยึดทรัพย์ (indirect expropriation) ว่ามีความหมายว่าอย่างไร การ ออกมาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคุ้มครองสิ่งแวดล้อมถือว่าการยึดทรัพย์โดยอ้อม ทุกกรณีหรือไม่ และจากความไม่ชัดเจนของประเด็นดังกล่าวส่งผลให้อนุญาโตตุลาการได้ใช้เกณฑ์ ในการพิจารณาหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อมที่หลากหลาย ซึ่งมีทั้งที่แนวการตีความการยึดทรัพย์โดย อ้อมที่เป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติ และแนวการตีความที่ประโยชน์ต่อประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งประเด็นปัญหาความไม่ชัดเจนดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่จนปัจจุบันเช่นเดียวกัน

ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเหมาะสมในการตีความการ ยึดทรัพย์โดยอ้อม รวมถึงคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” ทั้งนี้เพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถ คุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศของตนได้ โดยไม่ต้องกังวลว่ามาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ ออกมาจะถูกฟ้องเรียกค่าชดเชยจากนักลงทุนต่างชาติ

สำหรับประเทศไทย เมื่อมาตรา 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ มักจะถูกนำไปใช้เป็นต้นแบบในการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนอื่นๆ อยู่เสมอ ดังนั้น การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐภายใต้มาตรา 11 ย่อมเป็นผลดีต่อประเทศไทย ในแง่ของการเตรียมความพร้อมในการเจรจาทำข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนไม่ว่ากับประเทศสหรัฐอเมริกาหรือกับประเทศอื่นๆ ต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมกับการลงทุนระหว่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาพัฒนาการของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างกฎหมายการค้าและการลงทุน และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน
3. เพื่อศึกษาพัฒนาการและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาในการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)
5. เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการเจรจาเพื่อกำหนดแนวทางในการตีความให้อनुญาโตตุลาการและเพิ่มเติมบทบัญญัติ ในบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ รวมถึงเป็นแนวทางในการเจรจาทำความเข้าใจความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศของประเทศไทย

1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนยังไม่ชัดเจน และอาจถูกตีความว่าเป็นยึดทรัพย์สินโดยอ้อมและขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติได้

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

มุ่งศึกษาแนวคิด หลักเกณฑ์ บทบัญญัติและการตีความในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดลอมของรัฐผู้รับการลงทุน กับหลักการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมและหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติในข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนบางฉบับ รวมถึงกฎหมายภายในบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของประเทศภาคี NAFTA

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร(Documentary Research) โดยค้นคว้าและวิเคราะห์ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BIT) ความตกลงการค้าเสรี (FTA) ข้อตกลงแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จากเอกสารภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ หนังสือ ตำราทางวิชาการ วารสาร ด้วบทกฎหมาย บทความ ข่าว ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดการคุ้มครองสิ่งแวดลอมกับการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงลักษณะของการคุ้มครองสิ่งแวดลอมที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ ปัญหาและวิธีการแก้ไขปัญหา ในการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดลอมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)
3. ทำให้ทราบถึงแนวการตีความในประเด็นการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดลอมของรัฐกับการยึดกิจการโดยอ้อม
4. ทำให้ทราบถึงปัจจัยที่ควรนำมาพิจารณาประกอบการตีความว่านักลงทุนต่างชาติ ที่อยู่ในสภาพการณ์เดียว (in like circumstance) กับนักลงทุนต่างประเทศหรือไม่

บทที่ 2

แนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมกับการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ

2.1 ความเป็นมา ความสำคัญและผลกระทบของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

2.1.1 ความเป็นมาของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

การลงทุนระหว่างประเทศนั้นถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ทั้งนี้การลงทุนระหว่างประเทศในยุคแรกเป็นการลงทุนทางอ้อม ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยเป็นการที่ประเทศพัฒนาแล้วได้ให้เงินกู้ยืมแก่ประเทศที่ต้องการเงินทุนเพื่อนำเงินไปใช้ในการพัฒนาประเทศ

ปรากฏการณ์ทางการลงทุนในต่างประเทศได้เริ่มปรากฏชัดขึ้น เมื่อปี ค.ศ.1920 กล่าวคือได้มีการลงทุนของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งในยุโรปและเอเชีย โดยเริ่มมีการลงทุนของบริษัทในต่างประเทศ โดยอยู่ในรูปของบริษัทลูก (Subsidiary) หรือบริษัทในเครือสาขา อย่างไรก็ตามการลงทุนส่วนใหญ่ยังคงอยู่ในรูปของการให้กู้ยืมเงินเพื่อการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศในยุโรปภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ส่วนการลงทุนโดยตรงนั้นมีการขยายตัวอย่างเชื่องช้า¹ เนื่องจากสถานการณ์โลกภายหลังสงครามขณะนั้นไม่เอื้อต่อบรรยากาศในการลงทุน อันเนื่องมาจากภาวะเศรษฐกิจที่ตกต่ำ ดังนั้นรูปแบบของการดำเนินธุรกิจของบริษัทข้ามชาติในยุคแรกๆนั้น ไม่ได้เน้นหนักที่การเข้าไปลงทุนในลักษณะการประกอบกิจการในประเทศนั้นโดยตรง (Foreign Direct investment) แต่จะเน้นหนักในการลงทุนประเภทกู้ยืมพันธบัตรรัฐบาลมากกว่า (Portfolio investment)²

สำหรับการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศนั้น มีพัฒนาการที่เด่นชัดภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการก่อตั้งธนาคารโลก (IBRD) ในปี ค.ศ.1944 โดยการประชุมระหว่างประเทศที่

¹ สุโขทัยธรรมมาธิราช, สาขานิติศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-7 (กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชนจำกัด (แผนกการพิมพ์), หน้า 12.

² พนิท ธีรภาพวงศ์, ภาษีบริษัทข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2550), หน้า 12.

เมืองเบรตตันวูด (Bretton Woods) เพื่อช่วยฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศที่ได้รับผลกระทบกระเทือนจากสงครามและให้การช่วยเหลือในการพัฒนาประเทศในระยะยาว และธนาคารโลกได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในด้านการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งการเสริมสร้างความตื่นตัวทางด้านการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากนี้การเกิดขึ้นของบรรษัทเงินทุนระหว่างประเทศ (International Finance Corporation) ซึ่งตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1956 เพื่อช่วยเหลือด้านการเงินในการพัฒนาอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ ด้วยการให้กู้ยืมเงินเพื่อการลงทุนแทนที่จะเป็นการกู้ยืมเงินเพื่อเรียกเก็บดอกเบี้ยตามรูปแบบเดิม³ โดยการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศในยุคแรกๆ ส่วนใหญ่เป็นการลงทุนในทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำมัน เหมืองแร่ โดยนักลงทุนส่วนใหญ่เป็นนักลงทุนของประเทศมหาอำนาจหรือประเทศที่พัฒนาแล้วเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาที่มีแหล่งทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ในประเทศละตินอเมริกา

2.1.2 ความหมายของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศแบบหนึ่ง ซึ่งผู้เป็นเจ้าของเงินทุนมีจะส่วนในการจัดการควบคุมกิจการ ทั้งด้านการใช้เทคนิคทางวิชาการ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ คือ การที่ชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนประกอบกิจการ และมีส่วนเป็นเจ้าของกิจการ ซึ่งการลงทุนดังกล่าวอาจเป็นการเคลื่อนย้ายเงินทุนซึ่งเป็นทุนเรือนหุ้น ผู้ประกอบการเทคนิควิชาการ เครื่องจักร อุปกรณ์ ผู้ชำนาญการในการผลิตและผู้บริหาร⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³ สุโขทัยธรรมมาธิราช, สาขานิติศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-7, หน้า 13.

⁴ พัชราภรณ์ อัครคีสุวรรณ, “การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 14.

Caves⁵ กล่าวว่า การลงทุนโดยตรงเป็นความต้องการที่จะเข้าไปควบคุมกิจการที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศแห่งใดแห่งหนึ่งโดยผู้ที่ไม่ได้เป็นคนพื้นเมืองของประเทศนั้น การลงทุนดังกล่าวเป็นการเคลื่อนย้ายทุนซึ่งเป็นทุนเรือนหุ้น (Equity capital) การประกอบกิจการและความรู้ทางเทคนิควิชาการ (Technological Knowledge) หรือความรู้ที่ก่อให้เกิดประสิทธิผลในอุตสาหกรรม (Production Knowledge)

Dunning กล่าวว่า การลงทุนโดยตรงมีความแตกต่างจากการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ คือ หน่วยการลงทุน (investment unit) โดยปกติเป็นบริษัทธุรกิจ (Business Enterprise) ซึ่งมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการตัดสินใจของกิจการในหน่วยธุรกิจที่ตนเข้าไปลงทุน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีสิ่งนอกเหนือจากเงินที่เกี่ยวกับการลงทุนทางตรง อาจจะเข้าไปเกี่ยวข้องในการบริหารและการแนะนำการใช้เทคนิคทางวิชาการนั้น⁶

ดังนั้นการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศหมายถึง การที่นักลงทุนชาวต่างชาติได้มาลงทุนประกอบกิจการในประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศของตน (ประเทศผู้รับการลงทุน) โดยมีการนำเงินทุนบุคคลากร เทคโนโลยี ตลอดจนปัจจัยในการผลิตอื่นๆ จากประเทศของตน เข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุนด้วย

2.1.3 ความสำคัญของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

ในทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การลงทุนจากต่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศกำลังพัฒนาที่จำเป็นจะต้องพึ่งพาการลงทุนจากต่างประเทศ โดยผลประโยชน์ของการลงทุนจากต่างประเทศต่อประเทศผู้รับการลงทุนมีอยู่หลายประการดังนี้

(1) การลงทุนจากต่างประเทศทำให้เกิดการไหลเข้าของเงินทุนจากการเข้ามาของนักลงทุนต่างชาติ (Capital inflow) ทำให้ประเทศที่รับการลงทุนมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

⁵ อนุศักดิ์ สุภาพร, “ปัจจัยการกำหนดการลงทุนโดยตรงจากประเทศญี่ปุ่นในอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 15.

⁶ เรื่องเดียวกัน

เนื่องจากการจ้างงาน แรงงานเกิดรายได้ มีเงินไปจับจ่ายใช้สอย ก่อให้เกิดเงินหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจ

(2) มีการถ่ายโอนเทคโนโลยี โดยเฉพาะในภาคการผลิตที่ใช้ทุนเป็นปัจจัยในการผลิตหลัก (Capital Intensity) รวมไปถึงการให้ความรู้ในรูปแบบต่างๆ (Knowledge Diffusion) เป็นต้นว่า ทักษะในการบริหารจัดการ ให้แก่ประเทศผู้รับการลงทุนซึ่งมักจะเป็นประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีศักยภาพทางเทคโนโลยีน้อยกว่า

(3) เนื่องจากการลงทุนทางตรงนั้น กิจการของนักลงทุนต่างชาติต้องเข้ามาตั้งในประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อทำการผลิตสินค้าหรือบริการ ดังนั้นจึงต้องมีการจ้างแรงงานคนในประเทศผู้รับการลงทุน จึงเท่ากับเป็นการเป็นการสร้างงาน สร้างรายได้ให้แก่ราษฎรของประเทศผู้รับการลงทุน

(4) เป็นการขยายตลาดในการส่งออกสินค้าในต่างประเทศของประเทศผู้รับการลงทุน เนื่องจากบริษัทที่มาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน มักจะมีตลาดส่งออกในต่างประเทศอยู่แล้ว

นอกจากนั้นการลงทุนจากต่างประเทศยังเป็นการเพิ่มปัจจัยทุน(Capital Stock) อันผลประโยชน์จะตกต่อผู้ผลิตในประเทศในการเพิ่มศักยภาพในการผลิตสินค้าและบริการให้สูงขึ้น โดยจากการศึกษาของโดย Bosworth and Collins (1999) ซึ่งได้ทำการศึกษาจากกลุ่มตัวอย่างของประเทศกำลังพัฒนา 58 ประเทศในกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา กลุ่มประเทศเอเชีย และกลุ่มประเทศแอฟริกาพบว่า ผลกระทบของการไหลเข้ามาของเงินทุนจะเป็นปัจจัยในการเพิ่มการลงทุนในประเทศเหล่านั้น โดยจากการศึกษาพบว่า เงินทุนที่ไหลเข้ามาในประเทศจำนวน 1 เหรียญสหรัฐจะเพิ่มการลงทุนในประเทศเป็นจำนวน 50 เซ็นต์ โดยผลกระทบดังกล่าวยังแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับประเภทของการเคลื่อนย้ายเงินทุน โดยที่การลงทุนทางตรง (FDI)⁷ ซึ่งผลการวิจัยนี้สรุปว่าการลงทุนจากต่างประเทศนั้น มีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมากกว่าการไหลเข้าของเงินทุนประเภทอื่นๆ อันจะทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้พรมแดนของเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศ

2.1.4 ผลกระทบที่เกิดจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

⁷ พิริยะ ผลพิรุฬห์, “แนวคิดของการลงทุนจากต่างประเทศ”, วารสารเศรษฐศาสตร์ธรรมศาสตร์ 24, 4(2549): 67.

อย่างไรก็ตามแม้ทางเศรษฐศาสตร์การลงทุนทางตรงจากต่างประเทศจะก่อให้เกิดผลดีต่อสถานะเศรษฐกิจของประเทศที่รับการลงทุน ก็ไม่อาจจะปฏิเสธได้ว่า การลงทุนทางตรงดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อประเทศผู้รับการลงทุนในหลายมิติเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นมิติทางเศรษฐกิจหรือสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีรายงานการศึกษาที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน โดยจากการศึกษาของ Borenstein, De Gregorio, and Lee (1998) ได้ศึกษาว่าการลงทุนจากต่างประเทศจะส่งผลกระทบต่อภาวะเจริญเติบโตในประเทศนั้นๆ ก็ต่อเมื่อประชากรของประเทศนั้นมีระดับการศึกษาสูง และที่สำคัญกว่านั้นก็คือ งานวิจัยชิ้นนี้ได้อธิบายว่า การลงทุนจากต่างประเทศทำให้การลงทุนในประเทศลดลง (Crowding-Out Investment) และโดยปริมาณการลงทุนกลับไปพึ่งพาเงินทุนจากต่างประเทศเป็นการทดแทนกรณีดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่จำเป็นที่จะต้องพึ่งพาปัจจัยการผลิตจากต่างประเทศเป็นสำคัญ⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้การลงทุนทางตรงจากต่างประเทศจะมีความสำคัญและจำเป็นต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนา และแม้จะมีงานศึกษาส่วนใหญ่สรุปว่าการลงทุนจากต่างประเทศจะสร้างประโยชน์ต่อประเทศผู้รับการลงทุนมากกว่าที่จะเกิดผลเสียก็ตาม ผลประโยชน์เหล่านั้นควรที่จะต้องมีการวัดและประเมินอย่างระมัดระวังในหลายๆด้าน ไม่ใช่เพียงแค่การประเมินจากเม็ดเงินทางเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียว และสิ่งที่จะต้องพึงระวังก็คือ การสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศกำลังพัฒนา อาจจะเป็นการให้อำนาจในการผูกขาด (Monopoly Power) แก่บริษัทผู้ลงทุนเหล่านั้นก็เป็นได้ โดยอำนาจในการผูกขาดจะสะท้อนถึงการกำหนดราคาที่สูง (Mark-Up) ซึ่งสุดท้ายจะนำมาสู่การจัดทรัพยากรที่บิดเบือนในประเทศผู้รับการลงทุนได้⁹

และหากพิจารณาถึงสิ่งแวดล้อม การลงทุนก็ถือเป็นต้นเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อม เนื่องจากการลงทุนทำให้ความต้องการในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติในการผลิตมีมากขึ้น (ทั้งการผลิตเพื่อบริโภคภายในประเทศ และผลิตเพื่อส่งออก) ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติถูกนำไปใช้หาประโยชน์อย่างมหาศาล นอกจากนั้นผลกระทบที่ตามมาจากการลงทุน มีทั้งการปล่อย

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69 - 70.

คว้นพิช น้ำเสีย ขยะ หรือสารพิษ ที่ถูกปล่อยออกสู่สิ่งแวดล้อม ส่งผลให้สิ่งแวดล้อมนั้นเสื่อมโทรม และท้ายที่สุดส่งผลกระทบต่อสุขภาพ อนามัยของประชาชนในประเทศที่รับการลงทุน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาที่มีความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ ในสินค้าที่ใช้ที่ดินและแรงงานเป็นหลัก (Land and Labor Intensive) ทำให้บริษัทต่างชาติลงทุน ย้ายแรงงานอุตสาหกรรมเข้ามาในประเทศกำลังพัฒนามากขึ้น ดังนั้นการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่ เพิ่มมากขึ้นอันเนื่องมาจากการขยายตัวของภาคเอกชนท้องถิ่น และเอกชนต่างชาติ (ทั้งเพื่อการ บริโภคภายในประเทศและเพื่อการส่งออก) ย่อมก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมอย่างเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่ขาดแหล่งเงินทุนสำหรับการปรับปรุงการคุ้มครอง อนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติและควบคุมมลพิษ ประการสำคัญผลเสียทางด้านสิ่งแวดล้อมและมลพิษที่ เกิดขึ้นมักต้องใช้เงินทุนจำนวนมากและระยะเวลาอันยาวนานในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว¹⁰

และจากผลการศึกษาของ United Nation (1999) พบว่าการค้าเสรีทำให้เกิดปัญหาด้าน มลพิษและทรัพยากรธรรมชาติเสื่อมโทรมในประเทศกำลังพัฒนา เช่น การทำนาถุ้งในบังคลาเทศ ทำให้เกิดต้นทูนทางสังคม (ดินเสื่อมโทรม สุขภาพประชาชนแย่ง และป่าโกงกางถูกทำลาย) คิด เป็นร้อยละ 21 ถึง 30 ของรายได้ที่ได้จากการส่งออกกุ้งแปรรูป การส่งออกแร่ธาตุของประเทศชิลี ทำให้เกิดปัญหามลพิษทางอากาศและน้ำ ดินเสื่อมโทรม และการสูญเสียป่าไม้ (แม้ชิลีจะได้รับ การถ่ายโอนเทคโนโลยีที่สามารถลดปัญหาสิ่งแวดล้อมก็ตาม) เป็นต้น¹¹

2.2 แนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ

2.2.1 แนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืน

2.2.1.1 พัฒนาการของแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืน

¹⁰ นิรมล สุธรรมกิจ, มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ, เอกสาร วิชาการหมายเลข 2 โครงการ WTO Watch (จับประแสงค์การการค้าโลก) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 2548), หน้า 54.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

นับแต่เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมาทั่วโลกต้องประสบกับปัญหาความชะงักงันทางเศรษฐกิจ และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 ลึกลง ก็เป็นยุคแห่งการฟื้นฟูและพัฒนาของประเทศ ที่ได้รับความเสียหายในภาวะสงคราม การพัฒนาเศรษฐกิจจึงถือเป็นนโยบายสำคัญที่ทุกประเทศต้องดำเนินการอย่างเร่งด่วน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วง ค.ศ.1960-1970 ซึ่งถือว่าเป็น “ทศวรรษแห่งการพัฒนา” (Development Decade) ในยุคนี้ได้มีการแยกแยะว่าประเทศใดเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือประเทศใดเป็นประเทศด้อยพัฒนา โดยวิธีการวัดด้วยมาตรฐานทางด้านเศรษฐกิจที่เนื่องด้วยอุตสาหกรรม นับแต่นั้นเป็นต้นมา “การพัฒนา” มีฐานที่เกี่ยวเนื่องกันอยู่กับเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมนั่นเอง¹² และจากการที่ประเทศต่างๆมุ่งแต่การพัฒนาเศรษฐกิจนี้เอง นำมาสู่การผลิตและบริโภคทรัพยากรอย่างฟุ่มเฟือย ส่งผลให้เกิดการขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติ และการเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศ ทำที่ที่สุดก็นำมาซึ่งผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและการดำรงชีวิตของมนุษย์ ทำให้ประเทศต่างๆเริ่มตระหนักว่า แนวทางพัฒนาแบบเดิมๆที่มุ่งพัฒนาเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียว โดยละเลยสิ่งแวดล้อม เป็นการพัฒนาที่ไม่ถูกต้องและไม่ยั่งยืน ดังนั้นจึงนำมาสู่แนวคิดใหม่ที่ต้องการให้การพัฒนาทางเศรษฐกิจต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย แนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในกระแสการพัฒนาสังคมโลก โดยหัวใจสำคัญของแนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนคือ การพยายามรักษาความสมดุลระหว่างหลักสิทธิและเสรีภาพในการพัฒนาทางเศรษฐกิจและการตอบสนองความต้องการเชิงวัตถุของมนุษย์ กับหลักหน้าที่ในการป้องกันสภาพแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ¹³

โดยพัฒนาการของแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนในฐานะเป็นบรรทัดฐานของสังคมระหว่างประเทศ เริ่มตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ.1972 ในการประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ (UN Conference on Human Environment) ณ กรุงสตอร์คโฮม ประเทศสวีเดน โดยการประชุมครั้ง

¹² สิงหนาท แสงสีหนาท, “หลักการทางแนวคิดชุมชนเมือง,” (วิทยานิพนธ์สถาปัตยกรรมศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2545), หน้า 14.

¹³ ปิยพัฒน์ บุนนาค, เวียดนามกับความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน: ศึกษาแนวความร่วมมือในกรอบของกฎเกณฑ์ระหว่างชาติ (กรุงเทพฯ: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 39-40.

นี้ได้เรียกร้องให้ประชาคมโลกหันมาสนใจสิ่งแวดล้อมมากขึ้น และตระหนักถึงผลกระทบจากการใช้ทรัพยากรอย่างฟุ่มเฟือยจนเกินขีดจำกัดของทรัพยากรโลก และให้ชาวโลกเปลี่ยนแปลงวิถีการดำรงชีวิตที่ฟุ่มเฟือยและเปลี่ยนวิถีการพัฒนาเสียใหม่ในลักษณะที่ปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมและให้สอดคล้องกับข้อจำกัดของธรรมชาติมากยิ่งขึ้น¹⁴

ประเด็นหลักของการประชุมครั้งนี้คือ การให้ความชัดเจนในเรื่องความเกี่ยวพันของประเทศต่างๆ ต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมของโลก ซึ่งในช่วงแรกที่มีการตัดสินใจให้มีการประชุมหัวข้อเรื่องนี้ของสหประชาชาตินั้นมีแรงผลักดันมาจากการพัฒนาของโลก และปัญหาสิ่งแวดล้อมจากอุตสาหกรรม โดยผลจากการประชุมที่กรุงสตอร์คโฮล์มนี้ ได้มาซึ่งข้อเสนอแนะทั้งหมด 106 ข้อ และปฏิญญากรุงสตอร์คโฮล์ม (Stockholm Declaration) 26 หลักการ ในเรื่องสิ่งแวดล้อมมนุษย์ (Human Environment) โดยมีหลักการที่สำคัญคือ การยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี ห้ามปล่อยสารใดที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อม การปรับปรุงนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศต่างๆ การส่งเสริมการวิจัยด้านสิ่งแวดล้อมและวิทยาศาสตร์ การกำหนดค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมลพิษต่างๆ และการส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อควบคุมป้องกันและลดกิจกรรมที่มีผลต่อชั้นบรรยากาศ¹⁵

โดยผลของการประชุมครั้งนี้นำไปสู่การจัดตั้งองค์การด้านสิ่งแวดล้อมของสหประชาชาติคือ The United Nations Environment Programme (UNEP) และกองทุนสิ่งแวดล้อม (Environmental Fund)¹⁶ และนำมาสู่การพัฒนาด้านกฎหมาย เช่น ร่างข้อตกลงว่าด้วยการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมกับการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งถือเป็นเอกสารที่แสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดถึงความสำคัญในการประสานประเด็นด้านการพัฒนาเข้ากับประเด็นการอนุรักษ์

¹⁴ ไสภรัตน์ จารุสมบัติ, นโยบายและการจัดการสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 2551), หน้า 49-50.

¹⁵ นิรมล สุธรรมกิจ, มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 7.

¹⁶ นันทพล กาญจนวัฒน์. “แนวความคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีตัวอย่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 59.

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยในมาตรา 7 ของเอกสารฉบับนี้ได้กำหนดองค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างทางกฎหมายเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า “รัฐควรตระหนักว่าการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติเป็นส่วนหนึ่งที่ยกออกจากกันไม่ได้ในการกำหนดแผนการและการดำเนินการของกิจกรรมเพื่อการพัฒนาต่างๆ...”

ในปี ค.ศ.1992 ได้มีการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UN Conference on Environment and Development : UNCED) ที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “การประชุมสุดยอดเกี่ยวกับโลก” (Earth Summit) ณ กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล ระหว่างวันที่ 3-14 มิถุนายน ค.ศ. 1992 ซึ่งมีตัวแทนของรัฐรวมทั้งสิ้น 178 ประเทศได้ร่วมประชุม ผลจากการประชุม ที่ประชุมได้มีมติรับรองเอกสารสำคัญ คือ แผนปฏิบัติการ 21 (Agenda 21) ซึ่งถือเป็นแผนแม่แบบของโลกเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน แผนปฏิบัติการ 21 ได้ระบุถึงการบูรณาการการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมควบคู่กันไปกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และกล่าวถึงกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อสนับสนุนให้ประเทศกำลังพัฒนาบรรลุถึงการพัฒนาที่ยั่งยืน ตลอดจนบทบาทของภาคประชาสังคมในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินงานเพื่อให้สามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการพัฒนาที่ยั่งยืนตามที่กำหนดไว้¹⁷

ต่อมาในปี ค.ศ.2002 องค์การสหประชาชาติได้จัดประชุมสุดยอดของโลกว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืน (World Summit on Sustainable Development : WSSD)) ซึ่งจัดขึ้น ที่เมืองโจฮันเนสเบิร์ก ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ โดยการประชุมสุดยอดระดับโลกว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืน มีเป้าหมายสำคัญ คือ นำแนวทางการพัฒนาที่ยั่งยืนที่กำหนดไว้ในแผนปฏิบัติการ 21 มาปฏิบัติให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ตลอดจนการเพิ่มพลังของข้อมูลมัลติการเม็องสำหรับการพัฒนาอย่างยั่งยืน ได้เน้นความสนใจของโลกในด้านการกระทำที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยการเปลี่ยนแปลงจากแผนมาสู่การปฏิบัติและมีการประเมินถึงอุปสรรคของการดำเนินงานนับจากที่ได้มีการประชุมครั้งแรกในปี ค.ศ.1992 ทั้งนี้ ในการดำเนินตามนโยบาย

¹⁷ พรพจน์ เปี่ยมสมบุญและปมทอง มาลากุล ณ อยุธยา, รายงานวิจัยเรื่อง การศึกษาและการพัฒนากรอบการดำเนินงานเพื่อรองรับการพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ภายใต้แนวคิดการประเมินตลอดวงจรชีวิต, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), สิงหาคม 2548, หน้า 5.

ปัจจุบันต่อไปนั้น รัฐบาลทั่วโลกจะต้องลงลึกในส่วนต่างๆ ของเศรษฐกิจ ทั้งในระหว่างประเทศที่เป็นผลทำให้เกิดความยากจนและระบบนิเวศเสื่อมโทรม รวมทั้งการอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ ประเด็นที่ให้ความสำคัญ ได้แก่ ความยากจน การบริโภคที่เกินขอบเขต และรูปแบบชีวิตที่ไม่ยั่งยืน พร้อมทั้งหาแนวทางแก้ไขปัญหาเหล่านี้ โดยการปฏิบัติที่เสริมความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ การพัฒนาสังคมและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

การพัฒนาที่ยั่งยืนไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะการพัฒนาที่คำนึงถึงขีดจำกัดด้านสิ่งแวดล้อมเพียงเท่านั้น หากแต่การพัฒนา ยังคงต้องคำนึงถึงมิติทางสังคมควบคู่ไปด้วย ดังจะเห็นจาก คำประกาศกรุงริโอ ที่แสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขสำคัญอื่นๆ (นอกจากมิติสิ่งแวดล้อม) เพื่อจะก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน อันได้แก่ การขจัดปัญหาความยากจน การลดและขจัดแบบแผนการผลิตและการบริโภคที่ไม่ยั่งยืน การส่งเสริมให้เกิดความตื่นตัวและการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วยการเปิดให้สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและกระบวนการทางยุติธรรมและทางบริหาร เพื่อแก้ไขและเยียวยาความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม หลักความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน รวมถึงการยอมรับสิทธิของคน

แผนปฏิบัติการที่ 21 ซึ่งเป็นแผนงานหลักที่เสนอแนวทางต่อการจัดการปัญหาต่างๆ อันจะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน โดยได้กำหนดแนวทางสำหรับการวางนโยบายทั้งของภาครัฐและเอกชน อาทิ ปัญหาความเสื่อมโทรมของดิน อากาศ และน้ำ แนวทางอนุรักษ์ป่าไม้ ความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งนอกจากมิติด้านสิ่งแวดล้อมแล้วแผนปฏิบัติการที่ 21 ยังรวมถึงมิติทางสังคมด้วย เช่น ประเด็นการแก้ไขปัญหาความยากจน การคุ้มครองและการสร้างเสริมสุขภาพ การส่งเสริมบทบาทของกลุ่มต่างๆ เช่น สตรี เด็ก เยาวชน คนพื้นเมือง องค์กรเอกชน (NGOs) เกษตรกร

โดยการพัฒนาที่ยั่งยืนโดยต้องคำนึงถึงมิติทางสังคมควบคู่ไปด้วยยิ่งเด่นชัดขึ้นเมื่อ มีการประชุมสุดยอดแห่งสหประชาชาติใน ค.ศ. 2002 (Millennium Development Goals : MDG) ซึ่งผลของการประชุมดังกล่าวนำมาสู่การกำหนดเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ 8 ประการ ได้แก่ การขจัดความยากจนและความหิวโหย การให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาระดับประถมศึกษา การส่งเสริมบทบาทสตรีและความเท่าเทียมกันทางเพศ ลดอัตราการตายของเด็ก การพัฒนาสุขภาพสตรีมีครรภ์ การต่อสู้โรคเอดส์ มาเลเรีย และโรคสำคัญอื่นๆ การรักษาและจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน และการส่งเสริมการเป็นหุ้นส่วนเพื่อการพัฒนาใน

ประชาคมโลก ซึ่งผู้นำรัฐต่างๆ ที่เข้าประชุมได้ตกลงตั้งเป้าหมายในการพัฒนาที่ทุกประเทศจะต้องบรรลุให้ได้ภายใน ค.ศ. 2015

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวความคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นที่ยอมรับกันในทางระหว่างประเทศมานานแล้ว คือ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1972 อันเป็นผลมาจากการผลักดันอย่างต่อเนื่องขององค์การสหประชาชาติซึ่งพบว่า แนวความคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนนี้ เป็นแนวความคิดที่มีการยอมรับกันอย่างทั่วไป ทั้งที่อยู่ในรูปของความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันเป็นกฎหมาย และไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เช่น the Stockholm Declaration ปี ค.ศ.1972 The Rio Declaration ปี ค.ศ. 1992 และใน The Convention on Biological Diversity ปี ค.ศ.1992 เพื่อผลในการพิทักษ์สิ่งแวดล้อมที่ดี และการมีทรัพยากรที่เพียงพอต่อการใช้ของชนในรุ่นต่อไป

2.2.1.2 ความหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืน

การพัฒนาที่ยั่งยืนนั้น ได้มีการนิยามไว้ในหลายความหมาย แต่คำนิยามที่ได้รับการยอมรับและมีการอ้างอิงอย่างแพร่หลาย คือ คำนิยามของคณะกรรมการโลกในเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development) ซึ่งได้ตั้งขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ ในปี ค.ศ.1983 เพื่อทำการศึกษาในเรื่องการสร้างความสมดุลระหว่างสิ่งแวดล้อมกับการพัฒนา โดยเอกสารเผยแพร่ที่มีชื่อว่า Our Common Future ซึ่งได้ให้คำจำกัดความของการพัฒนาแบบยั่งยืนเป็นครั้งแรกว่า **การพัฒนาที่ยั่งยืน คือ รูปแบบการพัฒนาที่ตอบสนองต่อความต้องการของคนในรุ่นปัจจุบัน โดยไม่ทำให้คนรุ่นต่อไปในอนาคตต้องประนีประนอมยอมลดทอนความสามารถในการที่จะตอบสนองต่อความต้องการของตนเอง**¹⁸ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรต่างๆ เพื่อประโยชน์ของคนรุ่นปัจจุบัน จะต้องไม่ใช่ทรัพยากรอย่างสิ้นเปลือง แต่ควรเป็นการใช้ทรัพยากรในเชิงอนุรักษ์และพัฒนาให้เต็มศักยภาพอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นการพัฒนาที่ยั่งยืนจะต้องพิจารณาทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และความยั่งยืนของระบบนิเวศไปพร้อมๆกัน¹⁹

¹⁸ Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs

¹⁹ ไสภรัตน์ จารุสมบัติ, นโยบายและการจัดการสิ่งแวดล้อม, หน้า50.

สำหรับประเทศไทย ราชบัณฑิตยสถานได้กล่าวถึง ความหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืนนี้ว่า ประกอบด้วยแนวคิดอย่างน้อย 3 ประการ²⁰ ดังนี้

ประการที่ 1 ความต้องการของมนุษย์: การพัฒนาอย่างยั่งยืนคำนึงถึงแนวคิดเกี่ยวกับความต้องการของมนุษย์ ซึ่งอาจเป็นความต้องการพื้นฐานในการดำรงชีวิต และความต้องการที่จะมีมาตรฐานที่ดีกว่าเดิม

ประการที่ 2 ชีตจำกัดของสิ่งแวดล้อม: ระบบสภาพแวดล้อมมีขีดจำกัดในการให้ทรัพยากร และมีขีดจำกัดในการรองรับของเสีย

ประการที่ 3 ความยุติธรรมในสังคมทั้งระหว่างชนรุ่นเดียวกันกับชนรุ่นต่อไป: ความยั่งยืนนั้นไม่อาจมั่นคงอยู่ได้ หากปราศจากนโยบายการพัฒนาที่คำนึงถึงปัจจัยทางสังคมและทางวัฒนธรรมเข้ามาพิจารณาด้วย จึงต้องคำนึงถึงหลักการความยุติธรรมระหว่างชนรุ่นปัจจุบันกับชนรุ่นต่อไป (Intergenerational Equity) และหลักการความยุติธรรมระหว่างชนรุ่นเดียวกัน (Intragenerational Equity)

โดยสรุปก็คือการพัฒนาที่ยั่งยืนจะตอบสนองของความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันอย่างยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศที่พัฒนาแล้ว และขณะเดียวกันจะต้องไม่ทำลายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคนรุ่นต่อไปในอนาคต และการพัฒนาที่จะถือว่าการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้น จะต้องก่อให้เกิดความสมดุลหรือดุลยภาพใน 3 มิติ ดังนี้คือ

(1) มิติทางเศรษฐกิจ

การพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้น จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้เจริญเติบโตอย่างมีคุณภาพ, มีเสถียรภาพ มีความสมดุลและกระจายความมั่นคง เอื้อประโยชน์ต่อคนส่วนใหญ่ และต้องเป็นการเติบโตที่ยั่งยืนได้ในระยะยาว ดังนั้นแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนนี้ จึงไม่ได้ปฏิเสธระบบการค้า หรือการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งถือเป็นช่องทางหนึ่งในการสร้างรายได้ และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องไม่ใช่การมุ่งแสวงหาประโยชน์จากการค้า การลงทุนเพียงอย่างเดียวไม่มีขีดจำกัดโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อคนในสังคม รวมถึงผลเสียต่อสภาวะแวดล้อม

²⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, “การพัฒนาแบบยั่งยืน,” วารสารราชบัณฑิตยสถาน 20, 1 (ตุลาคม-ธันวาคม 2537): 46-47.

(2) มิติทางสังคม

การพัฒนาที่ยั่งยืนจะต้องสามารถตอบสนองความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ได้อย่างต่อเนื่อง โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมทางสังคมและกลุ่มชนระดับต่างๆ เพื่อมุ่งสู่เป้าหมายที่สำคัญ คือ การรักษาคุณภาพชีวิตของประชากรให้มีคุณภาพสูงขึ้นอย่างยาวนาน

(3) มิติทางสิ่งแวดล้อม

การพัฒนาจะต้องดำเนินไปโดยคำนึงถึงขีดจำกัดของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ในการพัฒนาใดๆ จะต้องก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมให้น้อยที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความยั่งยืนของระบบนิเวศ และเพื่อส่งมอบทุนทางทรัพยากรธรรมชาติให้คนรุ่นต่อไปได้ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ซึ่งจากการศึกษาของ UNEP ได้กล่าวว่า การพัฒนาที่ยั่งยืนนั้นจะกระทำมิได้หากละเลยเรื่องสิ่งแวดล้อม ดังนั้นแนวทางในการพัฒนาหรือการลงทุนในโครงการใหญ่ๆ จึงต้องมีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก่อนที่จะมีการอนุญาต

และหากพิจารณาประเด็นการลงทุนกับการพัฒนาที่ยั่งยืน การลงทุนที่จะถือว่าเป็นไปตามแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้น ต้องเป็นการลงทุนที่คำนึงถึงมิติทางเศรษฐกิจ มิติทางสังคมและมิติทางสิ่งแวดล้อมอย่างครบถ้วน กล่าวคือ เป็นการลงทุนที่สร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจเพื่อนำรายได้ที่เกิดจากการลงทุนมาใช้ในการพัฒนาประเทศ แต่ในขณะเดียวกันการลงทุนก็ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสภาพความเป็นอยู่ ตลอดจนวิถีชีวิต วัฒนธรรมของคนในสังคม ทั้งยังต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสภาวะแวดล้อมเช่นมลพิษต่างๆที่ตามมาจากการลงทุนนั้นด้วย โดย Peterson²¹ ได้แสดงทรรศนะเกี่ยวกับการลงทุนกับการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้โดยกล่าวถึงการลงทุนอย่างยั่งยืนไว้ว่า การลงทุนจากต่างประเทศ จะนำมาซึ่งการพัฒนาที่ยั่งยืนได้ต่อเมื่อรัฐยังมีเสรีในการ

²¹ Peterson, L.E., UK Bilateral Investment Treaty Programme and Sustainable Development, (Sustainable Development Briefing Paper.No.10. Royal Institute of International Affairs, London, 2004), p. 7-8. (...Foreign investment is most likely to contribute to sustainable development in contexts where governments are free to regulate and/or tax that investment so that it can be harnessed to domestic policy objectives such as social services, environmental protection, poverty-alleviation or the provision of other public goods – at the same time that investors enjoy sufficient certainty that they can invest under predictable terms.)

ออกกฎหมายควบคุมการลงทุนเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ในการบริการสังคม การคุ้มครอง สิ่งแวดล้อม การลดความยากจน หรือโดยเงื่อนไขเพื่อประโยชน์สาธารณะ และในขณะเดียวกันนักลงทุนก็ยังกระทำการเกี่ยวกับการลงทุนตามความคาดหมายของตนได้

2.2.2 สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to a Decent or Healthful Environment)

สิทธิในสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นสิทธิที่พัฒนาจากสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่ประชาชนภายในรัฐพึงได้รับ โดยสิทธินี้ได้รับการรับรองและระบุในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) ในข้อ 25(1) ว่า”ทุกคนมีสิทธิในการมีมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตน...”(Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family...) โดยถือว่าเป็นสวัสดิการของสังคมที่รัฐต้องจัดให้มีขึ้น เพื่อให้ประชาชนมีหลักประกันขั้นต่ำสุดในอันที่จะดำรงชีพอยู่ในสังคมอย่างสุขสบาย²² จากแนวคิดดังกล่าว ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่ต้องจัดการให้ประชาชนของตนอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ดี มีคุณภาพ ปราศจากมลพิษ

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า สิทธิในสิ่งแวดล้อม หมายถึง สิทธิที่จะได้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี ที่สะอาดปราศจากมลพิษ และมีทรัพยากรธรรมชาติที่มีความหลากหลายทางชีวภาพให้ได้ใช้ประโยชน์อย่างเพียงพอแก่ความจำเป็นพื้นฐานในการดำรงชีวิต สิทธิในสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่จะพึงได้รับการคุ้มครองจากรัฐ การเรียกร้องของประชาชนที่จะให้มีสิทธิในสิ่งแวดล้อม ก็เพื่อจะไม่ให้รัฐใช้อำนาจและหน้าที่อย่างไร้ขีดจำกัดจนเป็นเหตุให้เกิดการทำลายหรือสร้างความเสื่อมโทรมแก่ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อันจะส่งผลกระทบต่อประชาชน รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะสร้างหลักประกันให้ประชาชนได้อยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี²³

²² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ, “ปฏิญญาสากลว่าด้วยมนุษยชน”, เอกสารสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (กรุงเทพฯ: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ปจำกัด), ม.ป.ป., หน้า 24-25.

²³ มন্ত্রী กิจรุ่งเรือง, “มาตรการทางกฎหมายในการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น,” (หลักสูตรประกาศนียบัตรชั้นสูงการบริหารงานภาครัฐและกฎหมายมหาชนรุ่นที่ 6 สถาบันพระปกเกล้า, 2550), หน้า 23.

นอกจากสิทธิดังกล่าวจะได้รับการรับรองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว สิทธิดังกล่าวยังได้รับการรับรองในเวทีระหว่างประเทศ ตลอดจนปรากฏในกฎหมายภายในของประเทศอีกด้วย เป็นต้นว่า การประชุมสุดยอดว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ (UN Conference on Human Environment) ซึ่งใน The Stockholm Declaration ค.ศ. 1972 โดยได้กล่าวถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมไว้ในอารัมภบทของ The Stockholm Declaration ว่า “สิ่งแวดล้อมของมนุษย์ทั้งที่เป็นธรรมชาติและที่มนุษย์สร้างขึ้น ย่อมเป็นสาระสำคัญของความเป็นอยู่ของมนุษย์ที่พึงมีอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์” นอกจากนี้สิทธิดังกล่าวยังปรากฏในหลักการข้อที่ 1 ของปฏิญญาดังกล่าวว่า “มนุษย์มีสิทธิขั้นพื้นฐานในเสรีภาพ ความเสมอภาคและการมีสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมในสิ่งแวดล้อมที่มีคุณภาพในระดับที่ทำให้สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างภาคภูมิใจและมีความเป็นอยู่ที่ดี และมนุษย์มีความมุ่งมั่นที่จะรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดในการคุ้มครองและปรับปรุงสิ่งแวดล้อมสำหรับชนยุคปัจจุบันและอนาคต²⁴

สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีได้รับการรับรอง ในการประชุมสุดยอดของโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ณ กรุงริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล ซึ่งปรากฏในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) ค.ศ.1992 โดยระบุในหลักการข้อที่ 1 ว่า “การดำรงชีวิตของมนุษย์ เป็นปัจจัยหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืนจึงจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับคุณภาพชีวิตของมนุษย์และการดำรงอยู่อย่างสมดุลกับธรรมชาติ”²⁵

นอกจากนั้นในกฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของปวงชน ค.ศ.1981 (Africa Charter on Human and People's Rights) ก็ยังได้ระบุรับรองถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมดังกล่าว โดยระบุไว้ในข้อ 24 ว่า “ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความพึงพอใจในสิ่งแวดล้อมที่ดี อันเนื่องต่อการพัฒนาตน (All peoples shall have the right to a general

²⁴ Principle 1 Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.

²⁵ Principle 1 Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature.

satisfactory environment favorable to their development.) หรืออีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่ พิธีสารซานซัลวาดอร์ ซึ่งเป็นความตกลงเพิ่มเติมของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนในทวีปอเมริกา ค.ศ.1988 ข้อ 11 กำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อสุขภาพที่ดี (healthy environment) และมีสิทธิเข้าถึงบริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐาน” และ “รัฐภาคีต้องส่งเสริมการคุ้มครอง สงวนรักษาและปรับปรุงคุณภาพสิ่งแวดล้อม”²⁶

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแนวคิดในการอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นที่ยอมรับและรับรองในระดับระหว่างประเทศ และนอกจากนี้ในหลายประเทศได้นำเอาแนวคิดนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง โดยถือว่าเป็นพันธกรณีอย่างหนึ่งที่รัฐต้องดูแลเอาใจใส่ภายใต้จิตสำนึกที่ว่า การฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศให้กระเตื้องขึ้นแต่เพียงด้านเดียวและขาดการคำนึงถึงปัญหาสาธารณสุขของประเทศไม่อาจทำให้บรรยากาศของสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองฟื้นสภาพความวุ่นวายไปได้ ด้วยเหตุนี้ในบางประเทศจึงเกิดแนวความคิดที่จะยกฐานะสิทธิในสิ่งแวดล้อมให้มีสภาพเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เช่นในประเทศญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ระบุว่า “ประชาชนทั้งหลายต้องเคารพในสิทธิส่วนบุคคลซึ่งกันและกัน สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุขด้วยการประกอบกิจการใดๆ ของประชาชนต้องอยู่ในขอบเขตเท่าที่ไม่เป็นการรบกวน หรือขัดแย้ง สวัสดิภาพสูงสุดของสาธารณชน การบัญญัติกฎหมาย รวมตลอดถึงการดำเนินงานทั้งหลายของรัฐต้องคำนึงถึงความมีอยู่ของสิทธิข้างต้นนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ในมาตรา 25 ระบุว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานการครองชีพอย่างมีวัฒนธรรมและความสุขสมบูรณ์อย่างต่ำสุดในทุกด้านของชีวิต รัฐจะต้องใช้ความพยายามส่งเสริมและขยายสวัสดิภาพ ความมั่นคงของสังคมและสุขภาพของประชาชน²⁷ ซึ่งก็แสดงให้เห็นว่าภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ประชาชนชาวญี่ปุ่นมีสิทธิที่จะอาศัย ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ดี และขณะเดียวกันรัฐเองก็มีหน้าที่ต้องจัดให้ประชาชนได้สิทธิดังกล่าวด้วย

²⁶ กอบกุล ราชะนาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน, เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 25, สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, มีนาคม 2549, หน้า 30 [Online] Available from: www.thaienviforum.net

²⁷ ราชมพ ศรีสุมารอด, “การนำมาตรการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในกฎหมายเพื่อป้องกันควบคุมและแก้ไขปัญหามลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 19.

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่ารัฐอยู่ในฐานะเป็น Trustee ตามแนวคิดของ Public Trust Doctrines ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมให้อยู่ในสภาพที่เหมาะสมต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์และสิ่งมีชีวิตอื่นๆ และให้ทุกคนมีโอกาสที่จะใช้ทรัพยากรและสภาพแวดล้อมธรรมชาติที่มีคุณภาพดีโดยเสมอภาคกัน²⁸ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้นำเอาแนวคิด Public Trust Doctrines ไปปรับการรับรองในกฎหมายภายใน The National Environmental Policy Act (NEPA) 1970 โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ก็คือ การให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะดำรงชีพอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี การป้องกันและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมนั้นถือเป็นนโยบายที่รัฐบาลจะต้องบำรุงรักษา ป้องกันและจัดการทำลายสิ่งแวดล้อมนั้น ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 101 ที่บัญญัติให้รัฐบาลสหรัฐต้องร่วมมือกับรัฐบาลมลรัฐ ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นและองค์กรอื่นๆ ทั้งที่เป็นของรัฐและเอกชนในการสร้างสรรค์และรักษาไว้ซึ่งคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้คงอยู่ในสภาพที่มีความสมบูรณ์ เพื่อให้สังคม เศรษฐกิจ และอื่นๆของสหรัฐอเมริกาได้ดำรงชีพได้อย่างสุขสบายในยุคสมัยนั้นและในยุคสมัยต่อไป²⁹

นอกจากนี้ในประเทศฟิลิปปินส์ ก็ได้ให้การรับรองถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีดังกล่าวด้วย โดยพิจารณาจากตัวอย่างการตัดสินใจของศาลที่ให้การรับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีได้แก่ คดีในฟิลิปปินส์ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงสุดของประเทศนั้นในปี ค.ศ. 1994 ในคดี Minors Opasa V. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR) ในคดีนี้ โจทก์ซึ่งเป็นกลุ่มเยาวชนฟ้องในนามของตนเองและอนุชนรุ่นหลังผ่านบิดามารดาของตนเพื่อเรียกร้องสิทธิในการมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่สมดุลและดีต่อสุขภาพอนามัย และขอให้ศาลสั่งให้จำเลยอันได้แก่อธิบดีกรมสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงผู้ที่มีอำนาจกระทำการแทนยกเลิกสัญญาสัมปทานการทำไม้ทั้งหมดที่มีอยู่ในประเทศ และให้หยุดการให้ความเห็นชอบแก่สัมปทานใหม่ๆ ที่จะมีต่อไปในอนาคต ศาลชั้นต้นได้พิพากษายกฟ้อง แต่ต่อมาศาลสูงสุดกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยพิพากษาว่าโจทก์มีสิทธิตามกฎหมายที่จะฟ้องเรียกร้องสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีให้แก่ตนเองและอนุชนรุ่นหน้าได้ ในคำพิพากษาดังกล่าวศาลได้อ้างถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญและ

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

²⁹ ดนัย ศรีลัมพ์, “ค่าตอบแทนในกรณีสิ่งแวดล้อมเป็นพิษ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 137-138.

กฎหมายอื่นๆ ของฟิลิปปินส์ที่ให้การรับรองแก่สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี และได้ใช้หลักการเรื่อง “ความยุติธรรมระหว่างรุ่นคน” (intergenerational equity) มาประกอบการพิจารณา³⁰

อีกตัวอย่างหนึ่งเป็นคดีที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป (The European Court of Human Rights) ที่เมือง Strasbourg ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีที่บุคคลในประเทศสมาชิกยื่นคำร้องในประเด็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ในคดี Lopez Ostra v. Spain ซึ่งตัดสินเมื่อ ค.ศ. 1995 โดยศาลให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีโดยอาศัยข้อ 8 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของยุโรป ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีสิทธิในชีวิตที่เป็นส่วนตัวและในครอบครัว (private and family life) โจทก์ฟ้องว่ารัฐบาลสเปนกระทำผิดกฎหมายโดยการออกใบอนุญาตให้ตั้งโรงงานกำจัดของเสียแห่งหนึ่งเนื่องจากมลพิษทางอากาศที่ปล่อยออกมาจากโรงงานได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพและความเป็นอยู่ในชีวิตของโจทก์ แม้ว่าโจทก์จะไม่ได้แสดงให้เห็นว่าตนได้รับผลกระทบต่อสุขภาพอย่างไร แต่ศาลก็วินิจฉัยว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการลดทอนสิทธิในชีวิตและครอบครัว และมีหน้าที่ป้องกันมิให้สิทธิเหล่านี้ถูกละเมิดโดยบุคคลอื่น³¹

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีนั้น เป็นที่ยอมรับทั้งในระดับสากล และในระดับภายในประเทศ ในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่รัฐมีหน้าที่ที่ต้องดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมของตน เพื่อให้ประชาชนในชาติได้ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ดี และถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้สิทธิในสิ่งแวดล้อมซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในประเทศของตนบรรลุผล

2.2.3 หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ

เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าหน้าที่หลักของรัฐคือ การทำนุบำรุงชาติรัฐและประชาชนให้มีความอยู่ดี กินดี มีมาตรฐานการครองชีพที่ดี และเพื่อทำให้น้ำที่ดังกล่าวบรรลุผล รัฐจำเป็นต้อง

³⁰ สำนักนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, รายงานสถานการณ์คุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2543, หน้า 176 [Online] Available from: <http://www.onep.go.th/download/soe43dl.html>.

³¹ กอบกุล ราชะนาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน, หน้า 32.

จะต้องมีอำนาจ ในการปกป้อง ดูแล รักษา คนชาติของตนภายใต้บริบทแห่งความเป็นอธิปไตย ซึ่งรวมถึงอำนาจในการปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในประเทศของตน

โดยในอดีตเรื่องหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ยังไม่ได้ความสนใจจากประเทศต่างๆ จริงจังมากเท่าที่ควร แต่ได้รับการพัฒนาอย่างจริงจังเมื่อประเทศต่างๆที่เคยเป็นอาณานิคมได้ประกาศอิสรภาพ โดยในปี ค.ศ.1952 ได้มีการหยิบยกปัญหานี้ขึ้นอภิปรายใน The Draft International Covenants on Human rights และในเวทีสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ตกลงให้แต่ละรัฐและประชาชนมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง (Self-determination) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และต่อมาหลักการที่ประเทศต่างๆมีอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนก็ได้รับการรับรองจากสหประชาชาติ โดยมีข้อมติที่ได้ให้การรับรอง ดังนี้

2.2.3.1 ข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติที่1803 (XVII) ค.ศ.1952 ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ “รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาชาติและความกินดีอยู่ดีของประชาชนในชาติ³²

2.2.3.2 ข้อมติที่3201 (S-VI) ประกาศสร้างระเบียบเศรษฐกิจใหม่ระหว่างประเทศ (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order) สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับมติที่ 3201 (S-VI) ในวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ.1974 ซึ่งยืนยันถึงสิทธิของรัฐในการออกกฎหมายใน (e) ว่า³³ รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่เหนือทรัพยากรธรรมชาติของ

³² 1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.

³³ Declaration on Establishment of a New International Economic Order

ตนและกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งปวง และเพื่อเป็นการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้ รัฐทุกรัฐชอบที่จะมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเหนือทรัพยากรธรรมชาติตลอดทั้งการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ โดยใช้วิธีการที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของตน ซึ่งรวมถึงสิทธิการเวนคืนเป็นของรัฐ หรือการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังคนชาติของตน ซึ่งสิทธิเช่นนี้เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยถาวรอย่างเต็มที่ของรัฐ โดยที่ไม่มีรัฐใดที่จะตกอยู่ภายใต้การขู่เข็ญทางเศรษฐกิจหรือทางการเมืองหรือการคุกคามในรูปแบบอื่นใด เพื่อขัดขวางการใช้สิทธิอันไม่อาจโอนให้แก่กันนี้ได้ อย่างเสรีและเต็มที่

2.2.3.3 ข้อมติที่ 3281 (XXIX) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The UN Charter of Economic Rights and Duties of States) ค.ศ.1974 ข้อ 2³⁴ ยอมรับสิทธิของรัฐในการออกกฎหมายว่า รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิ³⁵

(ก) ที่จะออกกฎเกณฑ์และใช้อำนาจเหนือการลงทุนจากต่างชาติในเขตอำนาจแห่งชาติของตนตามกฎหมายและข้อบังคับ และตามวัตถุประสงค์และลำดับความสำคัญก่อนหลังของชาติ

(e) Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right;

³⁴ สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับมติที่ 3281 (XXIX) ในวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.1974

³⁵ Article 2: 2. Each State has the right:

- a. To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment;

ไม่มีรัฐใดที่จะถูกบังคับให้การปฏิบัติที่ดีกว่า (preferential treatment) แก่นักลงทุนจากต่างประเทศ

(ข) ที่จะออกกฎเกณฑ์ และควบคุมดูแลกิจการของบรรษัทข้ามชาติ (transnational corporations) ภายในเขตอำนาจแห่งชาติ (national jurisdiction) และดำเนินมาตรการเพื่อประกันว่า กิจการเช่นนั้นเป็นไปตามกฎหมาย กฎเกณฑ์และข้อบังคับ และสอดคล้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของตน บรรษัทข้ามชาติต้องไม่แทรกแซงกิจการของรัฐเจ้าบ้าน รัฐทุกรัฐควรให้ความร่วมมือกับรัฐอื่น โดยคำนึงถึงสิทธิอธิปไตยของตนในการใช้สิทธิดังเช่นกำหนดไว้ในอนุวรรคนี้

2.2.3.4 ข้อมติที่ 3171 ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ.1974³⁶ โดยยืนยันหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) ยืนยันสิทธิที่ไม่อาจโอนแก่กันได้ (inalienable right) ของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติทั้งปวงของตนบนพื้นดิน (land) ภายในอาณาเขตของตนตลอดทั้งเหนือทรัพยากรธรรมชาติบนพื้นดินท้องทะเล (sea-bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของพื้นดินท้องทะเลนั้นภายในเขตอำนาจแห่งชาติของตนและในห้วงน้ำเหนือพื้นดินท้องทะเล (superjacent waters)

(2) สนับสนุนความพยายามของประเทศกำลังพัฒนาและของประชาชนแห่งดินแดนภายใต้การครอบครองทางอาณานิคมและทางเชื้อชาติและการยึดครองจากต่างชาติ (foreign occupation) ในการดิ้นรนต่อสู้เพื่อให้ได้กลับคืนมาซึ่งการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งทรัพยากรธรรมชาติของตน

(3) ยืนยันว่า การใช้หลักการเวนคืนของรัฐ อันเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อปกป้องทรัพยากรธรรมชาติของตนนั้นชี้ให้เห็นโดยปริยายว่า รัฐแต่ละรัฐชอบที่จะกำหนดจำนวนค่าชดเชยที่อาจเป็นไปได้และวิธีการชำระค่าชดเชยและข้อพิพาทใดๆ อันอาจจะมีขึ้นก็ให้ระงับตามกฎหมายแห่งชาติของรัฐแต่ละรัฐซึ่งดำเนินมาตรการเช่นนั้น...

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในระดับระหว่างประเทศนั้นให้การรับรองว่ารัฐต่างๆ มีสิทธิอย่างเต็มที่ในการดูแล สงวน รักษา ตลอดจนการควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในประเทศที่อาจส่งผล

³⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 38-39.

กระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในดินแดนของตน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของชาติและความกินดีอยู่ดีของประชาชนนั่นเอง

2.2.4 หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle)

หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หรือ PPP มีที่มาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด ทรัพยากรในที่นี้ คือสิ่งแวดล้อมหรือความสามารถของระบบนิเวศในการรองรับมลพิษและของเสีย หลักการนี้มาจากพื้นฐานความคิดที่ว่า โดยปรกติผู้ผลิตหรือผู้ก่อมลพิษจะมีได้รวมเอาความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นต้นทุนทางสังคม (social costs) เข้าไปในราคาผลิตภัณฑ์หรือบริการ เพื่อสร้างผลกำไรให้แก่ตนให้มากที่สุด ในสถานการณ์เช่นนี้จะทำให้เกิดการผลิตมากเกินไป หรือที่นักเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “ความล้มเหลวของตลาด” (market failure) ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมตามมา จึงควรมีการรวมต้นทุนทางด้านสิ่งแวดล้อม (internalization of environmental costs) เข้าไปในราคาผลิตภัณฑ์และบริการ เพื่อให้สะท้อนต้นทุนที่แท้จริง³⁷

หลักการ “ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย” นี้ เริ่มต้นใช้กันในช่วง ค.ศ.1970 ในการประชุมของสมาชิกองค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ซึ่งมีสมาชิกส่วนใหญ่อยู่ในยุโรป โดยที่ประชุมได้ชี้แนะให้ประเทศสมาชิกใช้หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย ซึ่งมีหลักการสำคัญก็คือ ผู้ก่อมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องรับผิดชอบจ่ายค่าเสียหายที่ครอบคลุมถึงภาวะค่าใช้จ่ายในการป้องกันและควบคุมมลพิษสิ่งแวดล้อมตลอดจนทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมด้วย³⁸

หลักการนี้แพร่หลายมากขึ้น เมื่อการประชุม Earth Summit ที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร ปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) ได้พูดถึงหลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายไว้ในแนวทางการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยกล่าวไว้ในข้อ 16 ของประกาศกรุงริโอ (Rio Declaration) ว่า “หน่วยงานของรัฐควรพยายามที่จะส่งเสริมให้รวมต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไว้ในต้นทุนการผลิต และให้ใช้เครื่องมือ

³⁷ กอบกุล ระยะเวลาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน, หน้า 16.

³⁸ OECD, Economic Instrument for Environmental Protection (Paris : OECD Publication, 1989), p. 27 อ้างใน สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, “ทางเลือกในการเยียวยาผู้เสียหายจากปัญหามลพิษ”, ตุลาการ เล่ม 1 ปีที่ 43 (มกราคม- มีนาคม 2539): 104.

เศรษฐศาสตร์ โดยคำนึงถึงหลักการที่ว่าผู้ก่อมลพิษควรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการจัดการมลพิษ และคำนึงตามสมควรถึงผลประโยชน์สาธารณะโดยไม่ก่อให้เกิดการบิดเบือนทางการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”³⁹

นอกจากนั้นหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย ยังปรากฏใน Agenda 21 Chapter 8 โดยมีการส่งเสริมให้ใช้หลัก PPP ในการจัดการสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกัน โดยให้รัฐใช้กลไกทางเศรษฐศาสตร์และทางการตลาดให้มากขึ้น “เพื่อให้มีการผนวกต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไปในการตัดสินใจของผู้ผลิตและผู้บริโภค และเพื่อให้สามารถรวมต้นทุนทางสังคมและสิ่งแวดล้อมเข้าไปในกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่มากขึ้น อันจะทำให้ราคาสะท้อนความขาดแคลนและมูลค่าที่แท้จริงของทรัพยากร ซึ่งจะนำไปสู่การป้องกันความเสื่อมโทรมด้านสิ่งแวดล้อม”⁴⁰

โดยภายใต้หลักการนี้ก็หมายความว่านักลงทุนต่างประเทศที่เข้าไปลงทุนในประเทศอื่น มีหน้าที่ต้องคอยควบคุม ตรวจสอบ ดูแลกิจการของตนไม่ให้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุน เพราะหากกิจการของตนส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เช่น มีสารพิษ น้ำเสีย ขยะ ที่เกิดจากกระบวนการผลิตของตนแพร่ออกสู่ภายนอก นักลงทุนนั้นก็จะมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายในการที่สิ่งแวดล้อมถูกทำลายดังกล่าว

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสังคมของนักลงทุน

ในยุคโลกาภิวัตน์บริษัทข้ามชาตินั้นถือว่ามีบทบาทสำคัญทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของประเทศ (ทั้งประเทศของบริษัทข้ามชาติและประเทศที่บริษัทข้ามชาติเข้าไปลงทุน) ซึ่งหากกลุ่มบรรษัทข้ามชาติเหล่านี้มีบรรทัดฐานความรับผิดชอบต่อสังคมในการประกอบกรอย่างโปร่งใส ไม่เอาเปรียบ และดูแลช่วยเหลือสังคม ก็ย่อมจะเป็นกลไกสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้ยั่งยืนควบคู่กับการสร้างความเข้มแข็งของสังคม ดังนั้นแนวคิดที่ว่าด้วยการรับผิดชอบต่อสังคมจึงถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อเป้าประสงค์ดังกล่าว

³⁹ “National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the costs of pollution, with due regard to the public interests and without distorting international trade and investment.”

⁴⁰ กอบกุล ราชะนาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน, หน้า 18.

2.3.1 พัฒนาการและความหมายของการรับผิดชอบต่อสังคม

แนวคิดความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัทนั้น เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นจากกฎหมายภายในประเทศ โดยมีจุดกำเนิดมาจากการเกิดขึ้นของบริษัทในยุคนิวที่มีการขายหุ้นให้กับบุคคลต่างๆในตลาดหุ้น ดังนั้นจึงเริ่มมีแนวคิดว่า มีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องคุ้มครองผู้ที่จะลงทุนซื้อหุ้น โดยการให้ข้อมูลการกระทำของบริษัทนั้นอย่างเพียงพอและถูกต้อง เพื่อเป็นแนวทางประกอบการตัดสินใจในการลงทุนของผู้ซื้อ และจากความห่วงใยนี้เองจึงนำมาสู่การออกกฎหมาย เพื่อให้การคุ้มครองผู้ถือหุ้น ไม่ว่าจะ เป็นระบบบรรษัทภิบาลและการเปิดเผยข้อมูลในกฎหมายบริษัท (company laws) หรือ กฎหมายตลาดหลักทรัพย์ (securities laws) ที่เกี่ยวกับการซื้อขายหุ้น⁴¹ โดยในช่วงแรกก็เป็นเพียงการเรียกร้องความรับผิดชอบต่อบริษัทต่อผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่ต่อมาก็ได้มีเรียกร้องความรับผิดชอบต่อบริษัทขยายออกไปสู่การไม่ก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค การหลีกเลี่ยงการกระทำที่ผิดศีลธรรมจรรยา การกระทำการตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชน ต่อมาจากหลักความรับผิดชอบต่อสังคมในระดับภายในประเทศ ก็ได้มีการผลักดันแนวคิดนี้ออกสู่ระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบต่อสังคมของบรรษัทข้ามชาติ ที่นอกจากจะมุ่งแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจแล้ว ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อสังคม หรือต่อประเทศที่ตนได้เข้าไปลงทุนประกอบกิจการนั้นด้วย

โดยความหมายของคำว่า “ความรับผิดชอบต่อสังคม (CSR) ก็มีหลายสถาบันได้ให้คำจำกัดความ ไว้หลากหลาย เช่น

European Commission Green Paper ได้ให้ความหมายว่า “CSR เป็นแนวคิดที่บริษัทจะบูรณาการงานด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมเข้าไปในกิจการของประเทศ และการปฏิสัมพันธ์ของผู้เกี่ยวข้อง (Stakeholder) โดยสมัครใจ”

World Business Council on Sustainable Development ให้ความหมายว่า “CSR คือ คำมั่นของบริษัทที่จะส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนโดยทำงานร่วมกับลูกค้าและ

⁴¹ UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY ISSUES, Volume II, UNCTAD Series on Issues in international investment agreement (Geneva; Switzerland: UNITED NATIONS Publication, 2004), p.129.

ครอบครัวของพวกเขา ชุมชน และสังคมโดยกว้าง เพื่อจะพัฒนาคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นของสังคมโดยรวม”⁴²

UNCTAD ให้ความหมายว่า “CSR คือการที่บริษัทเข้าไปเกี่ยวข้องกับและมีผลกระทบต่อเชิงบวกต่อความต้องการ และเป้าหมายของสังคม”

ISO ให้ความหมายว่า “CSR เป็นเรื่องของการที่องค์กรตอบสนองต่อประเด็น ด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม โดยมุ่งที่การให้ประโยชน์กับ คน ชุมชน และสังคม นอกจากนี้ยังเป็นเรื่องของบทบาทขององค์กรธุรกิจ ในสังคม และความคาดหวังของสังคมที่มีต่อองค์กรธุรกิจ โดยจะต้องทำด้วยความสมัครใจ และผู้บริหารจะต้องมีบทบาทเกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่างๆ โดยสามารถวัดผลได้ใน 3 มิติ คือ การวัดผลทางเศรษฐกิจ สังคม และ สิ่งแวดล้อมนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน”

โดยสรุปความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัทหรือนักลงทุนต่างชาติ เป็นแนวคิดที่ไม่ได้มุ่งที่องค์กรทางธุรกิจหรือบริษัทพัฒนาทางเศรษฐกิจโดยมุ่งผลกำไรของบริษัทแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังให้ความสำคัญแก่การที่บริษัทจะพัฒนาสังคม และสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นสิ่งแวดล้อม ซึ่งแนวคิดความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมของนักลงทุนได้รับการยอมรับทั้งในระดับภายในประเทศและในระดับระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามในระดับระหว่างประเทศนั้น แม้จะไม่ได้เป็นการบังคับให้บริษัทข้ามชาติที่ไปลงทุนในต่างประเทศต้องปฏิบัติตาม แต่ให้เป็นไปโดยสมัครใจ ก็แสดงให้เห็นว่าในสังคมนานาชาติยอมรับร่วมกันว่า ไม่อาจยอมให้นักลงทุนต่างชาติแสวงหาผลประโยชน์ทางธุรกิจเพียงอย่างเดียว โดยละเลยผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม

2.3.2 ประมวลจริยธรรมบริษัทข้ามชาติ (DRAFT UN Code of Conduct on Transnational Corporations)⁴³

⁴² The continuing commitment by business to behave ethically and contribute to economic development while improving the quality of life of the workforce and their families as well as of the local community and society at large

ความเป็นมาของประมวลจริยธรรมบริษัทข้ามชาติเริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1972 เมื่อคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติ (The United Nations Economic and Social Council; ECOSOC) เสนอให้เลขาธิการสหประชาชาติแต่งตั้งกลุ่มผู้เชี่ยวชาญ เพื่อทำการศึกษถึงบทบาทของบริษัทข้ามชาติและผลกระทบต่อการพัฒนาของประเทศโดยเฉพาะสำหรับประเทศกำลังพัฒนา และเสนอวิธีการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับบริษัทข้ามชาติ⁴⁴ ซึ่งจากการเสนอของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญทำให้องค์การสหประชาชาติได้จัดตั้งกรรมการบริษัทข้ามชาติ (UN Commission on Transnational Corporations: UNCTC) โดยมีหน้าที่ในการจัดทำร่างประมวลจริยธรรมบริษัทข้ามชาติ โดยคณะทำงานได้เริ่มทำการเจรจาจัดทำร่างในปี ค.ศ. 1977 โดยร่างดังกล่าวจัดทำขึ้นสำเร็จในปี ค.ศ.1988 และเมื่อพิจารณาเนื้อหาในประมวลดังกล่าวจะพบว่า มุ่งที่จะสร้างความสมดุลกันระหว่างสิทธิและหน้าที่ทั้งของประเทศที่รับการลงทุนและของบริษัทข้ามชาติ

โดยเนื้อหาของร่างประมวลจริยธรรม ได้กล่าวถึงหน้าที่ของบริษัทข้ามชาติกับสิ่งแวดล้อม Environmental protection ไว้ในหลายเรื่อง เช่น การกำหนดให้บริษัทข้ามชาติต้องยึดมั่นในกฎหมายภายใน ข้อบังคับ นโยบาย และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของชาติ รวมถึงมาตรฐานสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หน้าที่ในการป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินงานของตนก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม หน้าที่ในการฟื้นฟูเมื่อสิ่งแวดล้อมได้รับความเสียหาย หน้าที่ในการให้ข้อมูลแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับผลกระทบของสินค้าและบริการที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม รวมถึงมาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงและบรรเทาความเสียหายที่จะเกิดกับสิ่งแวดล้อม รวมถึงหน้าที่ในการร่วมกับรัฐบาลของประเทศที่ตนเข้าไปลงทุนและองค์การระหว่างประเทศเพื่อร่วมมือกันพัฒนาและส่งเสริมมาตรฐานสิ่งแวดล้อมของชาติและมาตรฐานระหว่างประเทศ

2.3.3 แบบแผนขององค์การสหประชาชาติว่าด้วย ความรับผิดชอบของบริษัทข้ามชาติและองค์การธุรกิจกับการเคารพสิทธิสิทธิมนุษยชน (UN Norms on the

⁴³ UNCTC report E/1988/39/Add.1

⁴⁴ สุโขทัยธรรมาราช, มหาวิทยาลัย, สาขานิติศาสตร์, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ (International Transaction Law) หน่วยที่ 8-15, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชนจำกัด (แผนกการพิมพ์), 2528), หน้า 605.

Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights)⁴⁵

แบบแผนฯ นี้ ร่างขึ้นโดยคณะทำงานในส่วนการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (The United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights) ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ โดยร่างบรรทัดฐานดังกล่าวได้กล่าวถึงความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัทข้ามชาติและองค์กรธุรกิจไว้ในหลายประเด็น เป็นต้นว่า การให้การคุ้มครองแรงงาน โดยต้องไม่มีการบังคับใช้แรงงานรวมถึงต้องเคารพสิทธิของแรงงานที่เป็นเด็กทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามสอดคล้องกับข้อตกลงอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรม การให้โอกาสอย่างเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ วัย ภาษา สีผิว ฯลฯ ในการจ้างงาน การคุ้มครองผู้บริโภคโดยการประกอบธุรกิจของบริษัทข้ามชาติและบริษัทธุรกิจจะต้องดำเนินการโดยแน่ใจว่าจะผลิตสินค้าและบริการที่มีคุณภาพและปลอดภัยต่อผู้บริโภค

นอกจากนั้นแบบแผนฯยังได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ของบริษัทข้ามชาติที่ต้องรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมว่า บริษัทข้ามชาติและบริษัทธุรกิจอื่นควรต้องกระทำกิจกรรมของให้ตนสอดคล้องกับกฎหมาย ข้อบังคับ แนวนโยบาย และการบริหารของชาติ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศที่ตนประกอบกิจการ รวมทั้งสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศ หลักการวัตถุประสงค์ ความรับผิดชอบและมาตรฐานเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม สิทธิมนุษยชน สุขอนามัยและความปลอดภัยสาธารณะ หลักการป้องกันไว้ก่อน ทั้งต้องกระทำกิจกรรมของตนเพื่อเป้าประสงค์ของการพัฒนาที่ยั่งยืน⁴⁶

⁴⁵ UN Document E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (26 August 2003)

⁴⁶ G. พันธกรณีที่จะต้องปกป้องสิ่งแวดล้อม (Obligations with regard to environmental protection) ข้อ 14. (Transnational corporations and other business enterprises shall carry out their activities in accordance with national laws, regulations, administrative practices and policies relating to the preservation of the environment of the countries in which they operate, as well as in accordance with relevant international agreements, principles, objectives, responsibilities and standards with regard to the environment as well as human rights, public health and safety, bioethics and the

2.3.4 ข้อเสนอแนะขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) สำหรับบริษัทข้ามชาติ (The OECD Guidelines for Multinational Enterprises)

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1961 โดยพัฒนามาจาก OEEC (Organization for European Economic Co-operation) เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการเงินช่วยเหลือจากสหรัฐฯ และแคนาดา ภายใต้แผนการมาร์แชล (Marshall Plan) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการบูรณะฟื้นฟูสภาพเศรษฐกิจและสังคมของยุโรปซึ่งกำลังประสบความเสียหายอย่างหนัก ภายหลังสงครามโลก ครั้งที่ 2 นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1961 เป็นต้นมา OECD มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจในหมู่ประเทศสมาชิก ปรับปรุงประสิทธิภาพการบริหารจัดการ ส่งเสริมการค้าเสรี และให้ความช่วยเหลือเพื่อการพัฒนาทั้งในประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา

นอกจากบทบาทในการพัฒนาเศรษฐกิจของกลุ่มแล้ว OECD ยังมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนให้มีการพัฒนาอย่างยั่งยืนโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ กล่าวคือ ได้มีการพัฒนาแนวปฏิบัติสำหรับบริษัทข้ามชาติ (OECD Guidelines for Multi-National Enterprises) โดยมุ่งที่จะให้กลุ่มบริษัทข้ามชาติดำเนินกิจการอย่างมีความรับผิดชอบต่อสังคมในมิติที่หลากหลาย เช่น ประเด็นสิทธิมนุษยชน ความสัมพันธ์กับแรงงาน สิ่งแวดล้อม การต้านทุจริต และการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้เกิดขึ้นร่วมกันระหว่างตัวกิจการและภาคสังคมเพื่อเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุนจากต่างประเทศและการขยายบทบาทการเข้ามีส่วนร่วมในการพัฒนาให้เกิดความยั่งยืน อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติ OECD นี้เป็นเพียงข้อเสนอแนะในการปฏิบัติที่เป็นไปโดยสมัครใจต่อการประกอบกิจการของบริษัทข้ามชาติ ที่มีใช้ข้อบังคับหรือเครื่องมือในการกีดกันทางการค้า และถือเป็นข้อตกลงร่วมกันของรัฐบาลในกลุ่มประเทศ OECD และกลุ่มประเทศนอก OECD อื่นๆ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น แนวปฏิบัติ OECD ได้แนะนำให้ บริษัทข้ามชาติ จะต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงการปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขภาพ และความปลอดภัย และประกอบกิจการในลักษณะเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ข้อบังคับในประเทศ

precautionary principle, and shall generally conduct their activities in a manner contributing to the wider goal of sustainable development.)

และระหว่างประเทศ เช่น การสร้างระบบในการจัดการสิ่งแวดล้อม การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม มีแผนในการป้องกันและควบคุมปัญหาสิ่งแวดล้อม ให้ความรู้แก่พนักงานและลูกค้าเกี่ยวกับการป้องกันและการจัดการสิ่งแวดล้อม เผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมให้สังคม ชุมชนได้ทราบ⁴⁷

2.3.5 สัญญาโลกแห่งสหประชาชาติ (UN Global Compact)

สัญญาโลกแห่งสหประชาชาติ หรือ UN Global Compact ที่เกิดขึ้นจากดำริของนายโคฟี อันนัน อดีตเลขาธิการองค์การสหประชาชาติ (UN) ริเริ่มขึ้นในปี 1999 โดยมีเป้าประสงค์เพื่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน การส่งเสริมสิทธิมนุษยชน การรักษาสีงแวดล้อม และ ส่งเสริมธรรมาภิบาลในการประกอบธุรกิจ โดยเชิญชวนให้เหล่าบรรดาบริษัทพลเมืองทั้งหลายเข้าร่วมทำข้อตกลงภายใต้หลักสากล 10 ประการ สำหรับนำไปใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ ให้ได้ชื่อว่า เป็นบริษัทพลเมืองที่มีความรับผิดชอบต่อ หรือ Responsible Corporate Citizen ในสังคมโลก

โดยสัญญาโลกขององค์การสหประชาชาติมีหลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสังคม โดยแบ่งออกเป็นเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ก. ความรับผิดชอบต่อด้านสิทธิมนุษยชน (Human Rights) โดยกำหนดให้บริษัทสนับสนุนและเคารพในการปกป้องสิทธิมนุษยชนที่ประกาศในระดับสากล รวมถึงการดูแล ตรวจสอบไม่ให้อธุรกิจของตนเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชน

ข ความรับผิดชอบต่อด้านมาตรฐานแรงงาน (Labour Standards) กำหนดให้บริษัทส่งเสริมและสนับสนุนเสรีภาพในการรวมกลุ่มของคนงาน ห้ามไม่ให้มีการบังคับใช้แรงงานทุกรูปแบบ ยกเลิกการใช้แรงงานเด็ก รวมถึงการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน

ค. ความรับผิดชอบต่อด้านสิ่งแวดล้อม (Environment) โดยได้เรียกร้องให้บริษัทที่มีความรับผิดชอบต่อด้านสิ่งแวดล้อม (Environment) ดังนี้ โดยกำหนดให้องค์กรธุรกิจจะต้องให้การสนับสนุนเกี่ยวกับการป้องกันสิ่งแวดล้อมล่วงหน้าอย่างใกล้ชิด⁴⁸ การริเริ่มการประชาสัมพันธ์

⁴⁷ OECD Guidelines for Multinational Enterprises REVISION 2000: V. Environment

⁴⁸ Principle 7: Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges

เกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อม⁴⁹ และส่งเสริมการพัฒนา และขยายการใช้เทคโนโลยีที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม⁵⁰

ง. ความรับผิดชอบต่อต่อต้านการคอร์รัปชัน (Anti-Corruption) เรียกร้องให้บริษัทต่อต้านการทุจริตในทุกรูปแบบ

2.3.6 ความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กรระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (ISO 26000)

องค์กรระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน หรือ ISO (International Organization Standardization) ซึ่งมีฐานะเป็นองค์กรที่ไม่ใช่ภาครัฐ (NGO) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1946 โดยแต่เดิมภารกิจของ ISO คือ การพัฒนามาตรฐานเพื่อเพิ่มมูลค่าให้กับธุรกิจ ช่วยพัฒนาการผลิต การป้องกันอุบัติเหตุ ตลอดจนการพัฒนาการให้บริการให้มีประสิทธิภาพ มีความปลอดภัยและสะอาด ช่วยให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยสะดวกและเป็นธรรม⁵¹ แต่เมื่อโลกเปลี่ยนแปลงไปสู่การพัฒนาอย่างไร้ขีดจำกัด จนก่อให้เกิดวิกฤติด้านสิ่งแวดล้อม และแรงงาน การพัฒนาจึงเริ่มหันกลับมาสู่กระแสแห่งความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility : CSR)

ด้วยเหตุนี้ องค์กรระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน จึงได้กำหนด มาตรฐานว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสังคม (ISO 26000 Social Responsibility) ขึ้น เพื่อให้บริษัท องค์กร หน่วยงาน และสถาบันทั่วโลก รวมไปถึงผู้มีส่วนได้ส่วนเสียขององค์กรได้เพิ่มความตระหนักและสร้างความเข้าใจในเรื่องของความรับผิดชอบต่อสังคม ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวจะเป็นข้อเสนอแนะ หลักการ และวิธีการของความรับผิดชอบต่อสังคมที่องค์กรพึงปฏิบัติด้วยความสมัครใจ ทุกองค์กรสามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้โดยไม่ต้องมีการตรวจรับรอง (แตกต่างจากมาตรฐานอื่นของ ISO ที่จะมีการออกไปรับรองให้ เช่น ISO 14000 ISO 9000)

⁴⁹ Principle 8: undertake initiatives to promote greater environmental responsibility

⁵⁰ Principle 9: encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies.

⁵¹ เรื่องวิทยุ เกษสุวรรณ, การจัดการคุณภาพ: จากTQC ถึง TQM, ISO 9000 และการประกันคุณภาพ, พิมพ์ครั้งที่2 (กรุงเทพฯ: บริษัททปพิศการพิมพ์ จำกัด), หน้า 251

โดย ISO 26000 ได้เริ่มมีการพิจารณาตั้งแต่ ค.ศ.2005 (พ.ศ. 2548) เป็นต้นมา เพื่อเป็นมาตรฐานสำหรับใช้กับทั้งองค์กรของรัฐและเอกชน ทั้งกับประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งหลักสำคัญของการรับผิดชอบต่อสังคมใน ISO 26000 คือ⁵²

หลักการปฏิบัติตามกฎหมาย (Principle of legal compliance) องค์กรจะต้องมีการปฏิบัติที่สอดคล้องกับกฎหมาย และกฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับชาติและระดับสากลทั้งในเชิงรุกและเชิงรับ

หลักการเคารพต่อแนวปฏิบัติระดับชาติหรือระดับสากล (Principle of respect for authoritative inter-government agreements or internationally recognized instruments) รวมถึงสนธิสัญญาสากล คำสั่ง ประกาศ ข้อตกลง มติ และข้อชี้้นำต่างๆ ซึ่งได้รับการรับรองจากองค์กรสากลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรนั้นๆ

หลักการให้ความสำคัญกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย (Principle of recognition of stakeholders and concerns) องค์กรควรตระหนักถึงสิทธิและผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย โดยเปิดโอกาสให้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับกิจกรรมขององค์กร เช่น นโยบาย ข้อเสนอ หรือการตัดสินใจต่างๆ ก็ตามที่จะส่งผลกระทบต่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย

หลักของการแสดงรับผิดชอบที่สามารถตรวจสอบได้ (Principle of accountability) ในการดำเนินงานใดๆก็ตามขององค์กรต้องสามารถตรวจสอบได้จากภายนอก

หลักการความโปร่งใส (Principle of transparency) องค์กรควรเปิดเผยข้อมูลต่างๆให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับทราบอย่างชัดเจน

หลักการเคารพในสิทธิมนุษยชน (Principle of respect of fundamental human right) องค์กรควรดำเนินนโยบายและดำเนินกิจกรรมที่สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

หลักการเคารพในความหลากหลาย (Principle of respect for diversity) องค์กรควรจ้างพนักงาน โดยไม่มีการแบ่งแยกเชื้อชาติ สีผิว ความเชื่อ อายุ เพศ

นอกจากนั้น ISO 26000 ยังได้เน้นย้ำด้วยว่า การที่จะเป็นองค์กรที่ความรับผิดชอบต่อสังคมจะเกิดขึ้นมาได้ก็ต่อเมื่อ องค์กรนั้นเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถสอดส่อง ติดตามการ

⁵² คอแลมน์ Quality ในวารสาร Engineering Today ปีที่6 ฉบับที่ 65 พฤษภาคม 2551

ปฏิบัติงานขององค์กรเพื่อความโปร่งใสและตรวจสอบได้ การที่องค์กรให้การเคารพสิทธิมนุษยชน ตระหนักว่าแรงงานไม่ใช่สินค้า จึงไม่ควรถูกปฏิบัติเยี่ยงเครื่องจักร ตระหนักถึงภาระหน้าที่ในการ ป้องกันมลพิษ คำนึงถึงการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ให้ผู้บริโภคได้รับทราบข้อมูลในการใช้สินค้าและ บริการที่เหมาะสม รวมถึงการคืนประโยชน์สู่ชุมชน

2.4 การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของข้อตกลงทวิภาคีว่า ด้วยการลงทุน (BIT) หรืออยู่ในรูปของข้อตกลงการค้าเสรี (FTA) ในบทการลงทุน ต่างก็มี บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ มีการให้การยอมรับว่า ในการลงทุนระหว่างประเทศนั้น นอกจากจะมุ่งเน้นถึงความเติบโตและความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของประเทศภาคีแล้ว ยังคงต้องให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมควบคู่กันไปด้วย ดังนั้นจึงปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในหลายลักษณะซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

2.4.1 อารัมภบทของความตกลง

อารัมภบทของความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญานั้นมีความสำคัญคือ เป็นการ แสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ นั้นๆ กรณีมีปัญหาในการตีความความหมายของเนื้อหาในสนธิสัญญา ก็จำเป็นจะต้องตีความ ให้สอดคล้องกับอารัมภบทของสนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ใน มาตรา 31 อนุสัญญา กรุงเวียนว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา⁵³

⁵³ SECTION 3: INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31: General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากอารัมภบทของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็มักจะพบว่า นอกจากวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติแล้ว ประเทศคู่ภาคีมักจะมีการกำหนดให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งควบคู่ไปด้วย โดยภาคียอมรับร่วมกันว่า การพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคมและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมต้องกระทำไปพร้อมกัน ตัวอย่างเช่น

ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสิงคโปร์ (UNITED STATES – SINGAPORE FREE TRADE AGREEMENT): ที่กำหนดว่า รัฐภาคีให้การยอมรับว่า การพัฒนาเศรษฐกิจ การพัฒนาสังคม และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องพึ่งพาซึ่งกันและกัน ทั้งนี้เพื่อสนับสนุนซึ่งกันและกันต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน และยอมรับว่าระบบการค้าพหุภาคีที่มีลักษณะเปิดกว้างและไม่เลือกปฏิบัติมีบทบาทหลักในการที่จะทำให้การพัฒนาอย่างยั่งยืนบรรลุผล⁵⁴

ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยเสรีระหว่างระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับเวียดนาม (JAPAN-VIETNAM AGREEMENT FOR THE LIBERALIZATION, PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT): โดยในอารัมภบทของความตกลงนี้ยอมรับว่าการที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงได้ ภาคีต้องไม่ลดหย่อนมาตรฐานด้านสุขภาพ ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม⁵⁵

ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเกาหลี และสาธารณรัฐทรีนิแดดและโตบาโก (BIT between the Republic of Korea and Trinidad & Tobago, 2002) ที่กำหนดว่า ประเทศภาคีต่างยอมรับว่าการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน ตามหลักการที่ระบุในความตกลงนี้ เป็นการกระตุ้นให้เกิดการประกอบธุรกิจของเอกชน และสร้างความรุ่งเรืองแก่ทั้งสอง

⁵⁴ Recognizing that economic development, social development, and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development, and that an open and non-discriminatory multilateral trading system can play a major role in achieving sustainable development;

⁵⁵ Recognizing that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application

ประเทศ โดยคู่ภาคีต่างก็ให้การเคารพต่ออำนาจอธิปไตยและกฎหมายของภาคีคู่สัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจด้านการลงทุนของแต่ละประเทศ ซึ่งวัตถุประสงค์ของความตกลงนี้จะบรรลุผลได้ก็ต่อเมื่อ ไม่มีการลดหย่อนมาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพอนามัย ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม⁵⁶

อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะยอมรับหลักการที่ต้องให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปกับการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนโดยมีการกำหนดไว้ในอารัมภบท แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก็ดูเหมือนกับว่าประเด็นสิ่งแวดล้อมจะถูกให้ความสำคัญน้อยกว่าการคุ้มครองการลงทุน ดังจะเห็นได้จากคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้น จากการที่รัฐผู้รับการลงทุนนั้นออกมาตรการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม แต่กลับถูกฟ้องและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่นักลงทุน โดยมีข้ออ้างว่าการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมขัดต่อหลักการคุ้มครองการลงทุนตามบทบัญญัติของความตกลงนั้นๆ ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอประเด็นปัญหาดังกล่าวในบทที่ 4 และในบทวิเคราะห์ต่อไป

2.4.2 การยอมรับอำนาจอริรัฐในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุน

เมื่อพิจารณาจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนพบว่า ให้การยอมรับในการที่ประเทศผู้รับการลงทุนจะใช้อำนาจในการออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย การปรับปรุงหรือกำหนดนโยบายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เช่น ในร่างความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน (MAI Draft Negotiating Text by the Chairperson of the negotiations): ระบุว่า ภาคีอาจบัญญัติ รักษาไว้ รวมทั้งบังคับใช้มาตรการที่ภาคีพิจารณาว่าเหมาะสม เพื่อให้แน่ใจว่าการลงทุน

⁵⁶ Recognizing that the promotion and protection of investments on the basis of this Agreement will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States,

Respecting the sovereignty and laws of the Contracting Party within whose jurisdiction the investments fall, and

Convinced that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application,

นั้นกระทำโดยคำนึงถึงความกังวลในเรื่องสุขภาพ ความปลอดภัย หรือสิ่งแวดล้อม โดยมาตรการใดๆ ในเรื่องดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับความตกลงนี้⁵⁷

ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาและอเมริกากลาง (US-CENTRAL AMERICA FREE TRADE AGREEMENT) ในบทที่ 17⁵⁸: ระบุว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐมีสิทธิในการกำหนดระดับของการป้องกันสิ่งแวดล้อมและนโยบายในการพัฒนาสิ่งแวดล้อมภายในประเทศของตน รวมถึงสิทธิในการบัญญัติ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายและนโยบายสิ่งแวดล้อมนั้น และรัฐภาคีแต่ละรัฐต้องทำให้แน่ใจว่า กฎหมายและนโยบายดังกล่าวจะสนับสนุนให้เกิดการป้องกันสิ่งแวดล้อมในระดับสูง และปรับปรุงกฎหมายและนโยบายนั้นให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสิงคโปร์ (UNITED STATES – SINGAPORE FREE TRADE AGREEMENT) ในข้อ 15.10: ระบุว่า ข้อบทว่าด้วยการลงทุนไม่ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อขัดขวางรัฐภาคีจากการบัญญัติ การรักษาไว้ และการบังคับใช้มาตรการที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับข้อบทว่าด้วยการลงทุนนี้ เพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวกับการลงทุนในดินแดนของรัฐภาคีได้คำนึงถึงข้อกังวลด้านสิ่งแวดล้อม⁵⁹

⁵⁷ A Contracting Party may adopt, maintain or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns, provided such measures are consistent with this agreement.

⁵⁸ Article 17.1: Levels of Protection Recognizing the right of each Party to establish its own levels of domestic environmental protection and environmental development policies and priorities, and to adopt or modify accordingly its environmental laws and policies, each Party shall ensure that its laws and policies provide for and encourage high levels of environmental protection, and shall strive to continue to improve those laws and policies.

⁵⁹ Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it

2.4.3 การกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions)⁶⁰

ในประเด็นข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ถือเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการให้การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นที่ยอมให้ประเทศภาคีสัญญากระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลงได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงดังกล่าว โดยข้อยกเว้นทั่วไปที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน มักจะนำเอามาตรา 20 ของ GATT มาเป็นต้นแบบ เช่น

กรอบความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Investment): เมื่อมีการจัดตั้งเขตการลงทุนอาเซียนขึ้น ในการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 5 เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ.1995 ที่กรุงเทพฯ เพื่อพัฒนาความได้เปรียบในสภาพแวดล้อมทางการลงทุนของอาเซียนให้มากยิ่งขึ้น ซึ่งนอกจากจะเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันและทำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจของอาเซียนมีความเข้มแข็งแล้ว ยังเป็นการเพิ่มอำนาจต่อรองในการค้าโลกให้มากยิ่งขึ้นด้วย⁶¹ จึงมีการร่างกรอบความตกลงเขตการลงทุนอาเซียนขึ้นเพื่อเป็นกลไก ในการวางหลักกฎหมายเพื่อให้การดำเนินการจัดตั้งเขตการลงทุนอาเซียนบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์

โดยในกรอบความตกลงนี้ได้บัญญัติเรื่องข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ไว้ในมาตรา 13⁶² ซึ่งมีการกำหนดให้ภาคีกระทำการไม่สอดคล้องกับความตกลงนี้ได้ โดยมีเงื่อนไขว่า

considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

⁶⁰ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตในประเด็นข้อยกเว้นทั่วไปว่า มีความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอยู่หลายความตกลงไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดข้อยกเว้นทั่วไปไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อตกลงการค้าเสรี (FTA)

⁶¹ กษมา มาลาวรรณ, “ความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 2.

⁶² ARTICLE 13 : General Exceptions

การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดการปฏิบัติอย่างอำพองใจหรือไม่สมเหตุสมผลระหว่างประเทศที่มีสภาพการณ์เดียวกัน หรือสร้างข้อจำกัดอย่างแอบแฝงต่อการเคลื่อนไหวของการลงทุน ซึ่งข้อยกเว้นทั่วไปนี้ประกอบด้วย เหตุผลอันจำเป็นเพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งชาติ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเหตุผลอันจำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพอนามัยของคน สัตว์ หรือพืช หรือเหตุผลอันจำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับซึ่งไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้...

ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยเสรีระหว่างระหว่างประเทศ ญี่ปุ่นกับเวียดนาม (JAPAN-VIET NAM AGREEMENT FOR THE LIBERALIZATION, PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT) ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นทั่วไปไว้ในมาตรา 15 โดยระบุว่า ภายใต้เงื่อนไขในมาตรา 10 แม้ในความตกลงฯ นี้จะมีการกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นอย่างอื่น รัฐภาคีแต่ละรัฐอาจ...

(ซี) ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพอนามัยของมนุษย์ พืช และสัตว์

(ดี) ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยการอ้างข้อยกเว้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองนี้จะต้องเป็นกรณีซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ของสังคม⁶³

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on investment flows, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures;

(a) necessary to protect national security and public morals;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health; ...

⁶³ Article 15 (General exceptions)

1. Notwithstanding any other provisions in this Agreement other than the provisions of Article 10, each Contracting Party may:

(c) take any measure necessary to protect human, animal or plant life or health;

or

สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศอัลเมเนียและแคนาดา⁶⁴ ได้กำหนดข้อยกเว้นทั่วไปไว้ใน มาตรา 17 โดยระบุว่า ภายใต้เงื่อนไขว่า มาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่างอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลและไม่สร้างข้อจำกัดอย่างแอมแปงต่อการเคลื่อนไหวของการค้าและลงทุนระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะความตกลงนี้จะกำหนดเงื่อนไขอย่างไร ก็ไม่เป็นการขัดขวางรัฐภาคีในการบัญญัติ หรือการรักษาไว้ ซึ่งรวมถึงมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นมาตรการที่

(บี) จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ พืช และสัตว์

(ซี) เกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญพันธุ์หรือหมดสิ้นไปทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิต แม้ว่ามาตรการเช่นนี้จะส่งผลเป็นการจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศ

2.4.4 การกำหนดให้หลีกเลี่ยงการลดหย่อนมาตรการสิ่งแวดล้อมเพื่อดึงดูดการลงทุน

การที่ประเทศคู่ภาคีแสดงเจตนาว่าจะไม่สนับสนุนให้มีการลดหย่อนมาตรการหรือกฎหมายเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นการจูงใจ หรือดึงดูดให้นักลงทุนมาลงทุนในประเทศของตน ถือเป็นรูปแบบในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนอีกประการหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดีข้อบ่งชี้ก็มีลักษณะเป็นเพียงการแนะนำ

(d) take any measure necessary for the maintenance of public order. The public order exceptions may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

⁶⁴ BIT between Armenia and Canada (1997): Article XVII: Application and General Exceptions

3. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or

(c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption. [...]

หรือเสนอแนะให้ภาคีปฏิบัติตามแต่ไม่ถึงขนาดเป็นการบังคับหรือห้ามเด็ดขาด เนื่องจากเมื่อละเมิดข้อบทนี้ ก็เพียงแต่ให้มีการเจรจกันระหว่างคู่ภาคีเท่านั้น ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนมักจะมีการกำหนดข้อบทนี้ไว้และมักจะมีเนื้อหาเหมือนกัน ตัวอย่างเช่น

ความตกลงการค้าเสรีระหว่างชิลีและสาธารณรัฐเกาหลี⁶⁵ โดยในมาตรา 10.18 มาตรการสิ่งแวดล้อม (Environmental Measures) กำหนดว่า เป็นการไม่เหมาะสมที่จะสนับสนุนการลงทุนโดยการลดหย่อนมาตรการด้านสุขภาพ ความปลอดภัย หรือสิ่งแวดล้อม เช่นนี้รัฐภาคีจึงไม่ควรยกเลิก หรือทำให้มาตรการด้านสิ่งแวดล้อมนั้นไม่มีผล หรือเสนอให้ยกเลิกหรือทำให้มาตรการด้านสิ่งแวดล้อมนั้นไม่มีผล เพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติมาก่อตั้งกิจการ ขยายกิจการ ดำรงกิจการในประเทศของตน และหากพบว่ามีการลดหย่อนมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมก็ให้มีการปรึกษาหารือกันเพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินการดังกล่าว

หรือในกรณีความตกลงการค้าเสรีระหว่างญี่ปุ่นและเม็กซิโก ได้บัญญัติประเด็นนี้ไว้ในบทที่ 7 เรื่องการลงทุน (Investment) มาตรา 74 กำหนดว่าประเทศภาคีจะไม่สนับสนุนการลงทุน โดยการลดความเข้มงวดในการใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม สุขภาพ และความปลอดภัย⁶⁶ และเมื่อมีการละเมิดก็ให้ภาคีปรึกษาหารือกันเพื่อหลีกเลี่ยงการลดหย่อนมาตรการดังกล่าว

⁶⁵ Free Trade Agreement between Chile and the Republic of Korea (2003): Article 10.18 (Environmental Measures): 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement."

⁶⁶ Article 74 Environmental Measures "The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement

2.4.5 การกำหนดความร่วมมือระหว่างภาคีในประเด็นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

ในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุน ในบางความตกลงได้เริ่มขยายขอบเขตประเด็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะการกำหนดมีความร่วมมือระหว่างกันในการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการรักษาและคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การพัฒนาบุคลากรและสถาบัน ตลอดจนสนับสนุน สินค้า บริการ และการลงทุนที่เป็นผลดีต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้นว่า

ความตกลงเพื่อความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศญี่ปุ่นและเม็กซิโก (AGREEMENT BETWEEN JAPAN AND THE UNITED MEXICAN STATES FOR THE STRENGTHENING OF THE ECONOMIC PARTNERSHIP) มีการกำหนดถึงความร่วมมือระหว่างภาคีในประเด็นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ไว้ใน มาตรา 147⁶⁷ โดยได้กล่าวถึงความร่วมมือในด้านสิ่งแวดล้อมเพื่อสนับสนุนการพัฒนาที่ยั่งยืน ทั้งนี้กิจกรรมความร่วมมือด้านสิ่งแวดล้อมได้แก่

for the establishment, acquisition, expansion or retention in its Area of an investment of an investor. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.”

⁶⁷ AGREEMENT BETWEEN JAPAN AND THE UNITED MEXICAN STATES FOR THE STRENGTHENING OF THE ECONOMIC PARTNERSHIP : Article 147 Cooperation in the Field of Environment

1. The Parties, recognizing the need for environmental preservation and improvement to promote sound and sustainable development, shall cooperate in the field of environment. Cooperative activities under this Article may include:

(a) exchange of information on policies, laws, regulations and technology related to the preservation and improvement of the environment, and the implementation of sustainable development;

(b) promotion of capacity and institutional building to foster activities related with the Clean Development Mechanism under the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change ,as may be amended, by means of

(1) การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับนโยบาย กฎหมาย การกำกับดูแล เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการรักษาและปรับปรุงสิ่งแวดล้อม

(2) การสนับสนุนการพัฒนาศักยภาพของบุคลากรและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับ Clean Development Mechanism ภายใต้พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)

(3) การสนับสนุนและเผยแพร่การค้าสินค้าและบริการที่เป็นผลดีต่อสิ่งแวดล้อม

(4) การสนับสนุนการแลกเปลี่ยนข้อมูลสำหรับการลงทุนและการประกอบธุรกิจในด้านสิ่งแวดล้อม

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศและในข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIA) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงความเห็นร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศว่า แม้การพัฒนาด้านเศรษฐกิจจะจำเป็นต่อการสร้างความกินดีอยู่ดีให้แก่คนในสังคมโลกก็ตาม แต่การพัฒนาเศรษฐกิจนั้นจำเป็นต้องคำนึงถึงบริบทด้านสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย และในระดับระหว่างประเทศเองก็ยอมรับว่า การที่รัฐจะควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่างๆในประเทศของตนที่อาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งจำเป็น เนื่องจากการพัฒนาเศรษฐกิจ (ผ่านการลงทุนโดยตรง) โดยละเลยปัญหาหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ไม่ได้ก่อความเสียหายให้เฉพาะต่อประเทศผู้รับการลงทุนเท่านั้น แต่ยังนำมาสู่ปัญหาสิ่งแวดล้อมระดับโลก ทำยที่สุดเมื่อทุกส่วนของโลกประสบปัญหาก็ย่อมนำมาสู่ความล่มสลายทางเศรษฐกิจของโลกตามมานั่นเอง

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

workshops and dispatch of experts, and exploration of appropriate ways to encourage the implementation of the Clean Development Mechanism projects;

(c) encouragement of trade and dissemination of environmentally sound goods and services; and

(d) encouraging the exchange of information for the identification of investment opportunities and the promotion and development of business alliances in the field of environment.

บทที่ 3

ความแตกต่างของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศ

ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศเกือบทั้งหมด มีการคุ้มครองนักลงทุนต่างประเทศ โดยอาศัยหลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment: NT) โดยกำหนดให้ประเทศที่รับการลงทุน (Host state) ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนภายในประเทศของตน หากอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstance)

อย่างไรก็ดีพบว่า เกิดปัญหาในการบังคับใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติดังกล่าว เนื่องจากความไม่ชัดเจนของคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” ซึ่งส่งผลให้การพิจารณาว่า กรณีใดคือกรณีที่ถือว่านักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันมีความไม่ชัดเจนเช่นกัน จากความไม่ชัดเจนนี้เองส่งผลให้ผู้ตัดสินคดีหรือองค์กรที่ชี้ขาดมักจะนำเอาหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” (like product) ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งมุ่งประเด็นการแข่งขันกันของสินค้าเป็นสำคัญ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า นักลงทุนต่างชาติอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกับนักลงทุนในประเทศหรือไม่

ยิ่งเมื่อ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD: 1993)¹ ได้มีการอธิบายเกณฑ์ในการพิจารณา คำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” (in like circumstance) ว่า ต้องเปรียบเทียบระหว่างนักลงทุนต่างชาติที่ไปก่อตั้งกิจการในประเทศภาคีสมาชิก กับนักลงทุนที่ประกอบกิจการลงทุนในประเภทเดียวกัน (same sector) ของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งเมื่อวิเคราะห์แล้วก็จะพบว่า OECD ก็นำเอาแนวคิดของ “สินค้าชนิดเดียวกัน” (like product) ที่มุ่งประเด็นเรื่องการแข่งขันของสินค้ามาใช้ในการลงทุน ก็ยังส่งผลให้ผู้ตัดสินคดีหรืออนุญาโตตุลาการจำนวนมาก นำเอาคำอธิบายของ OECD ดังกล่าวไปเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งรวมถึงคดีพิพาทการลงทุนของ NAFTA ด้วย

¹ OECD National Treatment Instrument (NTI): “in like situations” means that the comparison between foreign-controlled established enterprises and domestic enterprises is valid only if it is made between firms operating in the same sector.

ในบทนี้ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาให้เห็นว่า หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน ดังนั้นการพิจารณาหรือการตีความว่า การกระทำหรือการออกมาตรการของรัฐนั้น เป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศหรือไม่นั้น จึงไม่ควรใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกับหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (GATT/WTO) กล่าวคือ ไม่ควรใช้เกณฑ์การพิจารณาของ“สินค้าชนิดเดียวกัน” มาเป็นเกณฑ์พิจารณา “สภาวะการณเดียวกัน”

3.1 พัฒนาการของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

การปฏิบัติอย่างคนชาติ (NT) เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (BIT) กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุน จะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนในประเทศของตน หากนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในประเทศอยู่ในสภาวะการณเดียวกัน

โดยหลักปฏิบัติอย่างชาตินี้มีจุดกำเนิดจากความตกลงเกี่ยวกับการค้า โดยเกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 12 -13 ใน The Hanseatic League ซึ่งเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่ยอมรับแนวคิดเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้ค้าต่างชาติและผู้ค้าในประเทศ² ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในสนธิสัญญาการค้าระหว่างประเทศ โดยปรากฏในสนธิสัญญาทางการค้าและการเดินเรือ (FCN) และ GATT ซึ่งมีการกำหนดหลักปฏิบัติอย่างชาติไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย

ส่วนหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนนั้น มีพัฒนาการที่ชัดเจนภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยหลักการดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายระหว่างประเทศตลอดทั้งแนวปฏิบัติของรัฐหลายรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐต่างๆ ในทวีปอเมริกาใต้ ซึ่งสนับสนุนการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวอย่างคนชาติด้วยเหตุผลที่ว่า การให้สิทธิพิเศษแก่คนต่างด้าวเป็นการขัดต่อหลักการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐและหลักความเสมอภาคของคนในชาติภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ โดยหลักการนี้เป็นที่รู้จักในนาม ทฤษฎี Calvo Doctrine โดยถือว่าคนต่าง

² UNCTAD (1999), NATIONAL TREATMENT, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York and Geneva: United Nations), p.7-8.

คำว่าไม่ควรมีสิทธิพิเศษใดๆ นอกเหนือไปจากสิทธิที่รัฐให้แก่คนชาติตน หากคนต่างด้าวได้รับความเสียหายในดินแดนของรัฐไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำของปัจเจกชนในรัฐนั้น หรือจากการกระทำของรัฐนั้นเองก็ตาม คนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายก็จะได้รับการเยียวยาแต่เฉพาะวิธีการเยียวยาซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นเท่านั้น³

โดยทฤษฎี Calvo Doctrine นี้มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อกฎหมายของประเทศในแถบละตินอเมริกา เกี่ยวกับการให้การคุ้มครองคนต่างชาติ กล่าวคือ รัฐหลายรัฐในแถบละตินอเมริกาได้นำมาปรับใช้กับกฎหมายภายในโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 17 ของรัฐธรรมนูญเปรู ทำกำหนดให้สัญญาที่รัฐทำกับคนต่างด้าวหรือสัญญาสัมปทานซึ่งคนต่างด้าวเป็นผู้รับสัมปทาน ให้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในสัญญาหรือสัญญาสัมปทานดังกล่าวว่า ให้อยู่ภายใต้กฎหมายและศาลของเปรู และให้ปฏิเสธการเรียกร้องทางการทูตใดๆ⁴ หรือในเอกสารระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นในกลุ่มประเทศในแถบละตินอเมริกา เช่น Andean Foreign Investment Code (As of July, 1971) ซึ่งเป็นสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศละตินอเมริกา ซึ่งรวมตัวเป็นกลุ่มประเทศ Andean Community โดยในข้อ 50 กำหนดให้ รัฐสมาชิกจะต้องไม่ยอมให้มีการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติในลักษณะพิเศษกว่าที่ยอมให้แก่นักลงทุนซึ่งเป็นคนชาติ⁵

ส่งผลให้ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกานี้ นำเอาทฤษฎีดังกล่าวไปบรรจุในข้อตกลงที่ทำขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติ โดยกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสละสิทธิในการขอคุ้มครองทางการทูตจากรัฐของนักลงทุน โดยจะให้ระงับข้อพิพาทโดยใช้ศาลและกฎหมายท้องถิ่นของประเทศผู้รับการลงทุนเท่านั้น เช่น ในข้อ 18 สัญญาระหว่าง North American Dredging Company กับประเทศเม็กซิโก ที่กำหนดว่า ...การทำให้ลุล่วงซึ่งสัญญานี้ บุคคลดังกล่าว (นักลงทุนต่างชาติ) ไม่อาจมีหรือเรียกร้องเกี่ยวกับประโยชน์และธุรกิจอันเกี่ยวข้องกับสัญญาซึ่งสิทธิอื่นใด หรือวิธีการบังคับสิทธิอื่นใด นอกจากสิทธิและวิธีการบังคับสิทธิตามที่อนุญาตไว้ในกฎหมายของสาธารณรัฐเม็กซิโก

³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3, หน้า 25.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁵ วิกานดา อรุณสกุล, “ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและซีดี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 14.

อีกทั้งบุคคลดังกล่าวยังไม่มีสิทธิอื่นใดนอกจากสิทธิที่กำหนดไว้สำหรับคนเม็กซิกัน ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิใดๆ ในฐานะคนต่างด้าวและจะไม่มี การอนุญาตให้มีการแทรกแซงโดยตัวแทนทางการทูตของต่างชาติไม่ว่ากรณีใดอันเกี่ยวกับสัญญา⁶

นอกจากนั้นในระดับระหว่างประเทศยังได้รับการรับรองการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับคนในชาติของตนไว้ในมติของสหประชาชาติ โดยข้อมติที่ 1803 (XVII) ของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนาที่กำหนดว่า ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นของรัฐ ให้ตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลของรัฐที่โอนทรัพย์สินนั้นแต่ผู้เดียว และในข้อมติที่ 3171 (XXVIII) ระบุให้ข้อพิพาทซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐและคนต่างด้าว นั้นจะพิจารณาตามกฎหมายแห่งชาติของรัฐผู้โอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของรัฐ⁷

ดังนั้นหลักปฏิบัติอย่างชาติของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ จึงถือว่ามีที่มาหรือมีพัฒนาการมาจากทฤษฎี Calvo Doctrine อย่างไรก็ดีทฤษฎีนี้ได้รับการคัดค้านอย่างมากจากประเทศพัฒนาแล้วซึ่งเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุน จนนำมาสู่การผลักดันให้เกิดอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ (ICSID) และนำมาสู่การเกิดขึ้นของสนธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ (BIT)

3.2 ความแตกต่างของการค้าและการลงทุน

3.2.1 รูปแบบของการข้ามแดนของการค้ากับการลงทุน

การค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นการนำสินค้าจากประเทศหนึ่งมาขายหรือจำหน่ายในอีกประเทศหนึ่ง ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เฉพาะตัวสินค้าเท่านั้นเท่านั้นที่จะผ่านแดนมาสู่ประเทศที่ซื้อ ส่วนกระบวนการผลิต แรงงานที่ใช้ผลิต ตลอดจนปัจจัยในการผลิตสินค้าอื่นๆ ไม่ได้มีการข้ามแดนเข้ามาในประเทศผู้ซื้อด้วย

⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3, หน้า 26.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

ในขณะที่การลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนทางตรง (FDI) นั้น การที่บริษัทข้ามชาติเข้ามาลงทุนประกอบกิจการในประเทศผู้รับการลงทุน นอกจากเงินทุนที่ต้องนำเข้ามาเพื่อการก่อตั้งกิจการของตนแล้ว ยังอาจมีการสร้างโรงงานเพื่อทำการผลิตสินค้า มีการนำเอาเทคโนโลยีที่จำเป็นในการประกอบกิจการ เครื่องจักร อุปกรณ์ที่จำเป็นในการผลิต สารเคมีอันตรายที่เป็นส่วนประกอบในการผลิต แรงงานฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงสิ่งจำเป็นที่ใช้ในการผลิตอื่นๆ ข้ามแดนมายังประเทศผู้รับการลงทุนด้วย

ดังนั้นเมื่อพิจารณาประเด็นนี้จะเห็นได้ว่า การค้าระหว่างประเทศ เฉพาะแต่ตัวสินค้า (Product) เท่านั้นที่ข้ามแดนมายังประเทศผู้ซื้อ ต่างจากการลงทุนที่นอกจากเงินทุนของนักลงทุนต่างชาติแล้ว ยังมีปัจจัยการผลิตที่จำเป็นอื่นๆ อีกมากที่ข้ามแดนมายังประเทศผู้รับการลงทุน

3.2.2 ความเสี่ยงทางธุรกิจ

หากพิจารณาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับการค้าและการลงทุน พบว่า การลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ (FDI) มีความเสี่ยงทางธุรกิจมากกว่าการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากการค้าระหว่างประเทศมีเฉพาะแต่ตัวสินค้าข้ามแดนไปยังประเทศผู้ซื้อสินค้า ความเสี่ยงทางธุรกิจที่เกิดกับผู้ขายสินค้าในประเทศผู้ซื้อ ก็มักเป็นเพียงการที่สินค้านั้นขายไม่ได้หรือขายได้น้อยซึ่งถือเป็นความเสี่ยงเชิงพาณิชย์ตามปกติ หรืออย่างมากก็เป็นการที่ประเทศผู้นำเข้าห้ามนำเข้าสินค้าหรือเก็บภาษีนำเข้าที่สูง ซึ่งกรณีหากมีเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงทางธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้นจริง ผู้ขายก็ยังคงสามารถที่ลดความเสี่ยงได้ด้วยการส่งสินค้าของตนไปยังประเทศอื่นที่จะทำให้สินค้าของตนนั้นขายได้มากกว่า

ในขณะที่ความเสี่ยงทางธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติที่ไปประกอบกิจการในต่างประเทศ นั้น ผู้ลงทุนนอกจากจะมีความเสี่ยงภัยจากความล้มเหลวทางธุรกิจที่ไม่อาจแข่งขันกับธุรกิจของนักลงทุนท้องถิ่นแล้ว ยังอาจต้องเสี่ยงภัยจากความเสี่ยงที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ (non commercial risk) เป็นต้นว่า ความเสี่ยงจากการถูกยึดทรัพย์โดยรัฐผู้รับการลงทุน การบังคับให้กระทำการบางอย่าง (Performance Requirement) ความเสี่ยงจากการเกิดสงครามกลางเมืองหรือการจลาจล หรือความเสี่ยงจากการที่รัฐใช้มาตรการฝ่ายเดียวในการที่ตนจะเปลี่ยนแปลงกฎ ระเบียบ ข้อบังคับที่นักลงทุนต่างชาตินั้นไม่อาจคาดหมายได้ และเมื่อมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก็เป็นการยากที่นักลงทุนจากต่างประเทศนั้นจะย้ายกิจการไปยังประเทศอื่นได้โดยง่าย ทั้งนี้เนื่องจากได้ใช้เงินลงทุน

ไปอย่างมากมาย ทั้งการสร้างโรงงาน การจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ในกระบวนการผลิต การจ้างแรงงาน และต้นทุนอย่างอื่นอีกมากมาย

3.2.3 ผลกระทบที่มีต่อประเทศที่นำเข้าสินค้าหรือการลงทุน

กรณีการค้าระหว่างประเทศ ปัญหาหรือผลกระทบที่มีต่อประเทศที่นำเข้าสินค้า อาจพบได้ในลักษณะที่ตัวสินค้าไม่ได้คุณภาพ ซึ่งส่งผลให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนผู้บริโภค หรือผู้ใช้สินค้านั้น หรือกรณีเป็นสินค้าที่นำเข้ามาซึ่งไม่ได้มาตรฐาน หรือไม่ปลอดภัย หรือเป็นสินค้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งหากประเทศผู้นำเข้าสามารถควบคุมตัวสินค้าได้ หรือเมื่อทราบถึงความไม่ได้มาตรฐานหรือไม่ปลอดภัยก็ห้ามมิให้นำเข้าสินค้านั้นก็จะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบแต่อย่างใด

ในขณะที่การลงทุนจากต่างประเทศก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศผู้รับการลงทุนอย่างกว้างขวางเนื่องจาก เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้ตั้งกิจการในประเทศผู้รับการลงทุน ก็จะมีการนำเข้าปัจจัยการผลิตอย่างครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นการก่อสร้างโรงงานอุตสาหกรรม หรือสถานประกอบการ มีการนำเข้าเครื่องจักร เทคโนโลยี รวมถึงแรงงานการผลิต ดังนั้น เมื่อพิจารณาผลกระทบที่เกิดจากการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศต่อประเทศผู้รับการลงทุนนั้น พบว่ามีผลกระทบที่รุนแรงและมากกว่า ซึ่งการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศอาจก่อให้เกิดผลเสียกับประเทศผู้รับการลงทุนในด้านต่างๆ เช่น การเกิดจากอำนาจทางการตลาด (Market Power) ของบริษัทข้ามชาติที่มักจะมีมากกว่าบริษัทภายในประเทศ ซึ่งจะส่งผลให้บริษัทในประเทศไม่สามารถแข่งขันได้ จนอาจประสบปัญหาล้มละลายหรือล้มเลิกกิจการไปในที่สุด โดย Pholpirul ได้อธิบายว่า บริษัทข้ามชาติมักจะมีความสามารถต่างๆ ที่เหนือกว่าบริษัทท้องถิ่นในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นศักยภาพในการผลิตและการตลาดที่สูงกว่า (Performance Orientation) ความสามารถในการใช้ประโยชน์จากแหล่งผลิตสินค้า (Source and Location Strategy) ที่หลากหลาย ความสามารถในการควบคุมระบบการจัดส่งสินค้า (Distribution System) และการสร้างความภักดีต่อตราสินค้า (Brand Royalty) ที่มักเกิดขึ้นจากการสร้างภาพลักษณ์ (Image) ทางการตลาดของบริษัทนั้นๆ⁸

⁸ พิริยะ ผลพิรุฬห์, “แนวคิดของการลงทุนจากต่างประเทศ,” วารสารเศรษฐศาสตร์
ธรรมศาสตร์ 24,4(2549): 72.

นอกจากนั้นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ยังส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุน เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติเป็นปัจจัยการผลิตอย่างหนึ่ง ดังนั้นบริษัทข้ามชาติจึงมีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของประเทศผู้รับการลงทุนอย่างรีบเร่งและสิ้นเปลือง และการลงทุนในต่างประเทศนั้นบริษัทข้ามชาติอาจมีการสร้างโรงงานอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ ซึ่งอาจนำมาซึ่งปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ทั้งกรณีการปล่อยควันพิษ น้ำเสีย รวมถึงขยะพิษของอุตสาหกรรมนั้น

และผลกระทบที่สำคัญต่อประเทศผู้รับการลงทุนที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ปัญหาการย้ายฐานการผลิตของนักลงทุนต่างชาติไปที่อื่น กล่าวคือ เมื่อเหตุผลสำคัญในการที่บริษัทข้ามชาติเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนมีการเปลี่ยนแปลงไปโดยการที่บริษัทข้ามชาติมาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ก็เพื่อประโยชน์ที่จะได้รับจากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างมากมาย ค่าจ้างแรงงานที่ต่ำ รวมถึงการคำนึงถึงความได้เปรียบต่อนักลงทุนท้องถิ่น แต่เมื่อปรากฏว่า ความได้เปรียบหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากประเทศผู้รับการลงทุนมีน้อยลง เมื่อเทียบกับการไปลงทุนในประเทศอื่นที่จะได้รับประโยชน์ยิ่งกว่า บริษัทข้ามชาติเหล่านี้ก็พร้อมที่จะถอนการลงทุนไปยังประเทศอื่น ผลที่ตามมาก็คือ แรงงานจำนวนมากต้องตกงาน อุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (Cluster) นั้นก็ต้องล้มเลิกกิจการไปด้วย ซึ่งสร้างปัญหาให้แก่รัฐผู้รับการลงทุนในการที่ต้องแก้ปัญหาต่อไป

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาขนาดของผลกระทบและความเสียหายที่เกิดขึ้น การลงทุนระหว่างประเทศ ย่อมสร้างผลกระทบให้แก่ประเทศผู้รับการลงทุนมากกว่าการค้าระหว่างประเทศ

3.3. ความแตกต่างระหว่างกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ

นอกจากลักษณะของการค้าและการลงทุนที่มีลักษณะแตกต่างกันแล้ว เมื่อพิจารณาถึงกฎหมาย ข้อบังคับที่ใช้กับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ก็พบว่ามีความแตกต่างกันในหลายประการ และเป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ดังนี้

3.3.1 ความแตกต่างของพัฒนาการของกฎหมาย

จากการศึกษาถึงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศจะพบว่า พัฒนาการของกฎหมายทั้งสองประเภทมีทั้งที่เป็นการพัฒนาการร่วมกัน

และขณะเดียวกันกฎหมายแต่ละประเภทก็มีพัฒนาการเฉพาะที่มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ

กรณีการพัฒนาร่วมกันของการค้าและการลงทุนนั้น เริ่มจากความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งเริ่มจากการค้าและการเดินเรือเป็นหลัก โดยในช่วงศตวรรษที่ 17 ได้มีการทำสนธิสัญญาทางไมตรีการค้าและการเดินเรือ (treaty of friendship, commerce and navigation: FCN) เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยสนธิสัญญาเหล่านี้มีการระบุถึงสิทธิของคนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองจากการทำสนธิสัญญาหลายประการ เช่น สิทธิในการทำการค้าได้โดยเสรี การรับรองสิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น โดยสนธิสัญญาทางการค้าและการเดินเรือได้ทำขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1778 ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศฝรั่งเศส โดยวัตถุประสงค์ของการทำสนธิสัญญาก็เพื่อคุ้มครองการค้า และการเดินเรือเป็นหลัก

ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นยุคแห่งการฟื้นฟูจากผลกระทบของสงครามประเทศต่างๆ มีการพัฒนาด้านอุตสาหกรรมในประเทศมาก แม้ว่าความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจะยังคงอยู่ แต่ความสัมพันธ์ในรูปของการลงทุนก็ได้เพิ่มขึ้น ได้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุน การผลิต เทคโนโลยี จากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง การคุ้มครองคนต่างชาติจากเดิมที่มุ่งเรื่องการค้าได้ขยายมาให้การคุ้มครองการลงทุนด้วย เช่น สนธิสัญญาทางไมตรี และความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกาได้มีการตกลงให้การคุ้มครองแก่กิจการและทรัพย์สินของเอกชนของประเทศภาคีสัญญา⁹

แต่การคุ้มครองคนต่างด้าวในการประกอบการค้าและการลงทุน ผ่านสนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือ (FCN) ได้ลดความสำคัญลง เมื่อได้มีการทำความตกลงในระบบการค้าพหุภาคีที่สำคัญ คือ General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) ในปี ค.ศ.1947 ส่งผลให้ประเทศต่างๆ หันมาใช้กฎเกณฑ์ของของความตกลงดังกล่าวในการคุ้มครองการค้าของตน ในขณะที่การลงทุนระหว่างประเทศนั้น ประเทศต่างๆ นิยมที่จะทำสนธิสัญญาทวิภาคีในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BIT) แทนที่การคุ้มครองผ่านสนธิสัญญาทางการค้าและการเดินเรือเนื่องจากให้การคุ้มครองนักลงทุนของตนได้มากกว่า ทำให้ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาพัฒนาการ

⁹ โกลด์ ชันธิกุล, “ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน: ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ,” วารสารนิติศาสตร์ 15 ฉบับที่ 2: 9-10.

ของกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ และพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ ต่างก็มีพัฒนาการเฉพาะของตนที่แตกต่างกัน

3.3.1.1 พัฒนาการของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

พัฒนาการของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากแนวความคิดและปรัชญาเกี่ยวกับการค้าเสรี ที่เริ่มขึ้นตั้งแต่ช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งได้รับอิทธิพลจากงานเขียนของอดัม สมิท¹⁰ และเดวิด ริคาร์โด¹¹ โดยที่สหราชอาณาจักรได้รับแนวคิดการค้าเสรีนี้มาเป็นนโยบายของรัฐในปี พ.ศ.2389 (ค.ศ.1846) อย่างไรก็ตามในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศต่างๆ กลับพยายามสร้างอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้ประเทศตัวเองได้ดุลการค้าจากการส่งออกมากกว่าการนำเข้า โดยมาตรการที่ใช้ส่วนใหญ่เป็นการตั้งภาษีศุลกากรสำหรับสินค้านำเข้าในอัตราสูง เพื่อปกป้องอุตสาหกรรมในประเทศจากการแข่งขันกับต่างชาติ ผลที่ตามมาคือ ทำให้อุปสงค์ในตลาดโลกลดลง นำไปสู่ยุคเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก (Great Depression) ในทศวรรษ พ.ศ.2470 (ค.ศ.1927)¹² ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2

ภายหลังเมื่อประเทศต่างๆ ได้ตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกีดกันทางการค้า ซึ่งส่งผลให้เศรษฐกิจโลกตกต่ำ ทำให้ประเทศต่างๆ ได้เปลี่ยนแปลงนโยบายทางการค้า จากนโยบาย

¹⁰ ทฤษฎีความได้เปรียบโดยสมบูรณ์ (Absolute Advantage) อธิบายว่า เศรษฐกิจจะอยู่ในสภาพที่ดีที่สุดเมื่อทุกคนมีอิสระที่จะผลิตและค้าขายในทางที่ตนพอใจที่สุด โดยพิจารณาว่าด้วยแรงงานจำนวนที่เท่ากัน ประเทศหนึ่งจะได้เปรียบโดยเด็ดขาดหากประเทศนั้นสามารถผลิตสินค้าชนิดหนึ่งได้มากกว่าอีกประเทศหนึ่ง

¹¹ ทฤษฎีความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) อธิบายว่า ถึงแม้ประเทศหนึ่งจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบอีกประเทศหนึ่งในการผลิตสินค้าทุกชนิดก็ตาม ประเทศทั้งสองยังคงค้าขายต่อกันได้โดยต่างได้รับประโยชน์สูงสุด ถ้าแต่ละประเทศเลือกผลิตเฉพาะสินค้าที่เมื่อเปรียบเทียบกับสินค้าอื่นที่ตนอาจจะผลิตได้แล้ว สามารถผลิตได้ด้วยต้นทุนที่ต่ำที่สุดและแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งผลิตขึ้นนั้นกับอีกประเทศหนึ่ง

¹² ชฎานี ชวะโนทย์, “กำเนิด WTO”, หนึ่งทศวรรษ WTO, เอกสารวิชาการหมายเลข 18 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 1.

การกีดกันเป็นการส่งเสริมการค้าโดยมีการเจรจาการค้าทวิภาคีกับประเทศคู่ค้า เป็นต้นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายการค้าต่างตอบแทนที่ชื่อว่า The Reciprocal Trade Agreements Act of 1934 ซึ่งถือเป็นเครื่องมือที่สหรัฐอเมริกาใช้ในการเจรจาการค้าเพื่อลดภาษีศุลกากรกับประเทศอื่นๆ โดยให้อำนาจแก่รัฐบาลทำสนธิสัญญาทางการค้าได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

ยิ่งเมื่อมหาอำนาจอย่างอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเห็นพ้องกันว่า มีความจำเป็นจะต้องจัดระเบียบโลกใหม่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงนำไปสู่การจัดตั้ง General Agreement on Tariffs and Trade ในปี ค.ศ.1947 โดยบทบาทของ GATT เป็นการอำนวยความสะดวกให้เกิดการลดอุปสรรคทางการค้า และทำให้ประเทศภาคีต่างๆ มั่นใจในความเสมอภาคของเงื่อนไขการเข้าถึงตลาด โดยใช้การเจรจาพหุภาคีเป็นเครื่องมือในการร่วมมือระหว่างประเทศ¹³

โดยสรุป การเกิดขึ้นของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ที่ว่าประเทศต่างๆ ได้มีการกีดกันทางการค้า เพื่อป้องกันไม่ให้สินค้าจากประเทศอื่นเข้ามาแย่งส่วนแบ่งการตลาดจากผู้ผลิตสินค้าภายในประเทศของตน จนท้ายที่สุดก็ก่อให้เกิดผลกระทบทำให้เศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก ดังนั้นจากการเรียนรู้ข้อผิดพลาดในอดีต แนวคิดในการจัดระเบียบทางการค้าใหม่จึงเกิดขึ้น ภายใต้หลักการสำคัญคือ การสร้างระบบการค้าเสรี การแข่งขันที่เป็นธรรม เพื่อลดการกีดกันทางการค้า ความตกลงในระบบการค้าพหุภาคี คือ GATT จึงได้จัดตั้งขึ้นในปี 1947 โดยความจำเป็นและวัตถุประสงค์ดังกล่าว

3.3.1.2 พัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ จะพบว่ากฎหมายนั้นถูกบัญญัติขึ้นมาด้วยความจำเป็นและมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างไปจากกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศนั้น มีพัฒนาการมาจากการที่ประเทศที่พัฒนาแล้ว (เช่น สหรัฐอเมริกา) เห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ในขณะนั้น ไม่อาจให้การคุ้มครองนักลงทุนของตนได้อย่างเต็มที่ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เกิดจากความขัดแย้งกันของกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งรัฐต่างๆ ได้ให้การยอมรับอยู่ในขณะนั้นกับความต้องการให้มีการคุ้มครองนักลงทุนเพิ่มขึ้นของประเทศที่พัฒนาแล้ว

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

โดยความขัดแย้งดังกล่าวเริ่มมีขึ้นตั้งแต่ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อกลุ่มประเทศแถบลาตินอเมริกาได้ทำการยึดทรัพย์สินของต่างชาติที่เป็นของรัฐ โดยได้นำเอาทฤษฎี Calvo Doctrine มาใช้ โดยหลักการนี้ยืนยันความเท่าเทียมกันระหว่างคนชาติและคนต่างด้าว กล่าวคือ นักลงทุนต่างชาติย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับนักลงทุนในประเทศ และไม่มีสิทธิพิเศษใดๆ ในการที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งกรณีดังกล่าวรวมถึงการจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติเมื่อถูกยึดทรัพย์สินจากรัฐ โดยค่าชดเชยนี้รัฐจะทำการจ่ายให้ในจำนวนเท่ากับที่รัฐได้จ่ายให้กับคนชาติของตน นอกจากนี้ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกายังได้นำเอาหลักทฤษฎี Calvo Doctrine ไปบรรจุในข้อตกลงที่ทำขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติ โดยสัญญาที่รัฐของกลุ่มประเทศละตินอเมริกาทำกับนักลงทุนต่างชาติ จะกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสละสิทธิในการขอคุ้มครองทางการทูตจากรัฐของนักลงทุน โดยจะให้ระงับข้อพิพาทโดยศาลและกฎหมายท้องถิ่นของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น¹⁴

ประกอบกับการที่สหประชาชาติให้การรับรองอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ โดยให้รัฐสามารถยึดทรัพย์สินนักลงทุนต่างชาติได้ และการจ่ายค่าชดเชยก็ให้จ่ายตามความเหมาะสมตามกฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุน ดังปรากฏในข้อมติที่ 1803 (XVII) ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ.1962 ที่กำหนดให้รัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐ การเวนคืน หรือการยึดทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public utility) ความมั่นคง (security) หรือผลประโยชน์แห่งชาติ (national interest) สามารถทำได้ แต่จะต้องได้จ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม (appropriate compensation) ตามกฎเกณฑ์ที่บังคับอยู่ในรัฐ หรือ ข้อมติที่ 3281 (XXIX) ระบุว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The UN Charter of Economic Rights and Duties of States) ค.ศ.1974 ที่กำหนดทำนองเดียวกันว่ารัฐที่ทำการยึดทรัพย์สินจะต้องใช้ค่าชดเชยที่เหมาะสม

ขณะที่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นประเทศที่ส่งออกการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา กลับปฏิเสธทฤษฎี Calvo Doctrine และการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสมตามข้อมติ

¹⁴ วิภาดา อรุณสกุล. “ข้อบทรเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาและซีดี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 27.

ของสหประชาชาติ โดยเห็นว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติของประเทศผู้รับการลงทุน ไม่เพียงแต่จะต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับคนชาติของตน (NT) เท่านั้น แต่ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติตามมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International minimum standards of treatment) ด้วย โดยอ้างว่าเป็นเป็นมาตรฐานการปฏิบัติที่ประเทศที่เจริญแล้วยอมรับนับถือกัน นอกจากนั้นยังปฏิเสธการชดเชยค่าชดเชยจากการยึดทรัพย์เหมือนกับนักลงทุนในประเทศ และเรียกร้องให้ประเทศผู้รับการลงทุนที่ทำการยึดทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติใช้ค่าทดแทนแก่นักลงทุนต่างชาติ อย่างเพียงพอ (adequate) อย่างมีประสิทธิภาพ (effective) และไม่ชักช้า (prompt) ตามแนวคิดของ Mr.Cordell Hull ซึ่ง Mr.Cordell Hull เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาขณะนั้น

ในช่วงเวลาดังกล่าวจึงถือว่ามี ความขัดแย้งกันของหลักปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะในประเด็นการยึดทรัพย์ระหว่างกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ทำให้บรรดาประเทศที่พัฒนาแล้วที่เป็นผู้ส่งออกการลงทุนเกิดความไม่มั่นใจในการเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากเกรงว่าจะไม่ได้รับการคุ้มครองที่เป็นธรรม ถูกเลือกปฏิบัติจากการตัดสินใจ รวมถึงเมื่อถูกยึดทรัพย์แล้วอาจไม่ได้รับการชดเชย ทำให้ประเทศเหล่านี้ต่างพยายามหาทางแก้ไขความเสี่ยงดังกล่าว ซึ่งความพยายามของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วนี้เป็นผลเมื่อภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเกิดสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำทั่วโลก ประเทศต่างมีความต้องการพัฒนาเศรษฐกิจของตนและการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (FDI) ถือเป็นสิ่งจำเป็นและมีความสำคัญ ทำให้หลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาต่างดำเนินนโยบายดึงดูดและจูงใจนักลงทุนต่างชาติให้มาลงทุนในประเทศของตน จึงเป็นช่องทางให้ประเทศที่พัฒนาแล้ว (ประเทศผู้ส่งออกทุน) ใช้โอกาสนี้กำหนดเงื่อนไขในการเข้าไปลงทุน กล่าวคือ หากต้องการให้เข้าไปลงทุน ประเทศที่รับการลงทุนจะต้องให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติยิ่งกว่าการคุ้มครองภายใต้ทฤษฎี Calvo Doctrine และข้อมติสหประชาชาติ สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน (BIT) จึงเริ่มเกิดขึ้นมาในช่วงนี้ โดย BIT ในยุคแรก เริ่มจากการคุ้มครองนักลงทุนจากการยึดทรัพย์ โดยหากมีการยึดทรัพย์นักลงทุนต่างชาติจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยอย่างเพียงพออย่างมีประสิทธิภาพและไม่ชักช้า นอกจากนี้ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศ และในระยะเวลาต่อมาสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนก็ได้ขยายความคุ้มครองไปสู่เรื่องต่างๆ เช่น การรับช่วงสิทธิ การโอนเงินโดยเสรี สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับภาษี ด้วย

สนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (BIT) จึงเพิ่มจำนวนขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากประเทศผู้ส่งออกการลงทุน (Home State) เห็นว่าการทำสนธิสัญญาดังกล่าว เป็นหลักประกันความปลอดภัยและคุ้มครองเงินทุนของนักลงทุนต่างชาติจากความเสียหายอันเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยึดกิจการเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน โดยวัตถุประสงค์สำคัญอีกประการหนึ่งในการจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ คือ เพื่อส่งเสริมและดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติ โดยการให้สิทธิพิเศษต่างๆ แก่ นักลงทุนจากต่างชาติที่เป็นคู่สัญญา¹⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายการค้าและการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศนั้น มีพัฒนาการที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีพัฒนาการจากความต้องการในการลดอุปสรรคจากการที่ประเทศต่างๆ ตั้งกำแพงภาษีเพื่อปกป้องสินค้าภายในประเทศของตน (ซึ่งเป็นที่มาของสงครามโลกครั้งที่ 2) เพื่อให้เกิดการค้าที่เสรี เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ในขณะที่พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากความเห็นที่ไม่ตรงกันระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้ว ในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ โดยประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าไม่ควรให้สิทธิพิเศษแก่นักลงทุนต่างชาติแต่นักลงทุนต่างชาติควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับนักลงทุนท้องถิ่นเท่านั้น ขณะที่ประเทศพัฒนาแล้วกลับเห็นว่าการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับนักลงทุนท้องถิ่นไม่เพียงพอ แต่ควรต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศ

3.3.2 วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว พบว่ามีวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายการค้ามุ่งให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เสรี ขณะที่กฎหมายการลงทุนมุ่งคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติที่มาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ทั้งนี้อาจพิจารณาความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองได้จากอารัมภบทของความตกลงดังกล่าวดังนี้

¹⁵ บัญชา ดอกไม้, เอกพล จงวิไลวรรณ, การค้าและการลงทุน: การจัดระเบียบการลงทุนในเศรษฐกิจโลก, เอกสารข้อมูลหมายเลข 14 โครงการ WTO Watch (จับกระแสโลก) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 5.

3.3.2.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

กฎหมายการค้าระหว่างประเทศถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดระบบการค้าโดยเสรี ทั้งนี้อาจพิจารณาได้จากอำนาจหน้าที่ของ GATT/WTO และพิจารณาจากอารัมภบท ดังนี้ เมื่อพิจารณาจาก หน้าที่ของแกตต์¹⁶ (GATT 1947) สรุปได้ว่ามีหน้าที่ดังนี้

(1) เป็นกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ โดยที่บทบัญญัติของแกตต์จะกำหนดพันธกรณีต่างๆที่ประเทศภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตาม เป็นการสร้างกติกาให้ประเทศภาคีแข่งขันกันอย่างยุติธรรม (fair competition) หรือที่เรียกว่า “Level of Playing Field” และได้สร้างกลไกในการคงไว้ซึ่งความเป็นธรรมในการแข่งขัน

(2) เป็นเวทีในการเจรจาการค้าซึ่งเรียกว่า “การเจรจาการค้าพหุภาคี (Multilateral Trade Negotiation: MTN)” บทบาทนี้เป็นบทบาทที่สำคัญมาก ทำให้อุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศลดลงอย่างมากทำให้การค้าของโลกมีความเป็นธรรมมากขึ้น มีเสรีภาพทางการค้ามากขึ้น

(3) เป็นเวทีในการระงับข้อพิพาททางการค้า โดยทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศภาคี

อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ตามความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก(WTO)¹⁷ ซึ่งได้กำหนดไว้ในอารัมภบท¹⁸ (Preamble) ของความตกลงจัดตั้ง WTO ก็จะมีวัตถุประสงค์เพื่อ

¹⁶ ทักษะชัย ฤกษ์สุด,แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO) (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), หน้า 24-26.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-20.

¹⁸ อารัมภบท (Preamble) ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO)

The Parties to this Agreement,

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the

- (1) เพื่อยกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ (Standard of Living)
- (2) เพื่อบรรลุถึงสภาพการณ์ที่ทำให้ทุกคนที่ต้องการทำงานสามารถหางานได้ (Full Employment)
- (3) เพื่อเพิ่มรายได้ที่แท้จริง(real income) และเพิ่มปริมาณสินค้าที่จะถูกซื้อในราคาที่มีกำลังเงิน พอจะซื้อได้(effective demand)
- (4) เพื่อขยายการผลิตและการซื้อขายสินค้าและบริการ

โดยแนวทางที่จะทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์คือ การให้ประโยชน์ระหว่างประเทศภาคีอย่างต่างตอบแทนและซึ่งกันและกัน (reciprocal and mutually advantageous arrangement) ด้วยการลดอุปสรรคทางการค้าและขจัดการเลือกปฏิบัติ และแนวทางดังกล่าวสามารถบรรลุผลได้เมื่อดำเนินการตามหลักการดังนี้¹⁹

(1) การค้าเสรี (Free trade) ซึ่งตามทฤษฎีแล้วคือ การค้าระหว่างประเทศที่ไม่มีข้อจำกัดหรืออุปสรรคใดๆ ไม่ว่าจะเป็นภาษี โควตา ใบอนุญาตนำเข้า การห้ามนำเข้า เป็นต้น แต่การค้าเช่นนี้ไม่มีทางเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ ดังนั้นนักเศรษฐศาสตร์จึงเห็นว่า การค้าเสรีควรเป็นการค้าที่มีข้อจำกัดหรือมีอุปสรรคน้อยที่สุด ซึ่งทั้ง GATT และ WTO ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การค้ามีความเป็นเสรีมากที่สุด การใช้ข้อจำกัดหรืออุปสรรคทางการค้าจะต้องใช้เท่าที่มีความจำเป็น และต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกติกาที่กำหนดไว้ในความตกลงเรื่องนั้นๆ

means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development,

Recognizing further that there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development,

Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations,

¹⁹ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO), หน้า 20-21.

(2) การแข่งขันที่เป็นธรรม (Fair competition) โดยทั้ง GATT และ WTO ไม่ได้ให้หลักประกันว่า ประเทศสมาชิกทุกประเทศจะได้ประโยชน์สูงสุดจากการค้าเสรี เพียงแต่ GATT และ WTO พยายามที่จะสร้างสนามแข่งขันที่เท่าเทียมกัน (Level of Playing Field) ให้แก่สมาชิกทุกประเทศเท่านั้น ส่วนประเทศใดจะแสวงหาประโยชน์ได้มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับความสามารถในการแข่งขันของตน (Competitiveness)

(3) ความโปร่งใส (Transparency) ทั้งนี้เพื่อให้การค้ามีความเสรีและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม จึงต้องสร้างความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดหรืออุปสรรคทางการค้า โดยการเผยแพร่ให้สมาชิกทราบ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกได้รับทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องและทันต่อเหตุการณ์

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของ GATT และ WTO แล้วก็อาจสรุปได้ว่า เพื่อส่งเสริมให้เกิดระบบการค้าระหว่างประเทศที่เสรี โดยการพยายามลดอุปสรรคต่างๆที่จะขัดขวางต่อการค้า โดยผ่านช่องทางการเจรจาต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน และเพื่อให้เกิดการค้าเสรี ก็จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดวิธีการ หลักเกณฑ์เพื่อสร้างการแข่งขันที่เป็นธรรม มิใช่เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการในตลาดที่มีอยู่ในขณะนั้นจากคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพสูงกว่า และไม่ใช่ว่าเป็นการประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้ามาสู่ตลาดจะประสบความสำเร็จ²⁰ ดังนั้นหลักเกี่ยวกับการค้าเสรีและโอกาสในการแข่งขันที่เป็นธรรมจึงถือเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

3.3.2.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ: เมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายของการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุน ทั้งจากอารัมภบท และจากมาตราต่างๆ จะเห็นว่ามุ่งส่งเสริมสนับสนุนให้มีการลงทุนระหว่างกัน (ไม่ได้มุ่งสร้างโอกาสการแข่งขันที่เป็นธรรม) และวิธีการส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างชาติต้องอาศัยการสร้างภาวะและการปฏิบัติที่ดีต่อกันโดยผ่านการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ จากความเสี่ยงต่างๆที่อาจเกิดขึ้นจากการที่

²⁰ จักรกฤษ ครอบพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย, สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), หน้า 175.

ไปลงทุนในประเทศอื่น จึงกล่าวได้ว่า จุดประสงค์หลักของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศคือการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากความเสียหายต่าง ๆ นั้นเอง ทั้งนี้โดยพิจารณาจาก อารัมภบทของความตกลงฯ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีการนำหลักการในการคุ้มครองการลงทุนไปกำหนดไว้ เช่น

ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศแคนาดาและสาธารณรัฐอาร์เจนตินา (Agreement Between The Government of Canada And The Government Of The Republic Of Argentina For The Promotion And Protection Of Investment) ซึ่งประเทศภาคีคู่สัญญายอมรับว่าการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนของคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในดินแดนของตนนั้น จะนำไปสู่การพัฒนาทางธุรกิจรวมถึงการพัฒนาทางเศรษฐกิจร่วมกันของทั้งสองประเทศ²¹

เมื่อพิจารณาอารัมภบทของสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศจีนกับประเทศ Djibouti (BIT between China and Djibouti, 2003) พบว่ามีลักษณะที่ไม่แตกต่างจากที่กล่าวมา คือ ประเทศภาคีให้การยอมรับว่า การสนับสนุนหลักการต่างตอบแทน การส่งเสริม และการคุ้มครองการลงทุน จะนำมาซึ่งการพัฒนาธุรกิจ การไหลเข้ามาของเงินทุน และเทคโนโลยี ตลอดจนการพัฒนาเศรษฐกิจและความรุ่งเรืองของประเทศ ซึ่งการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเสมอภาคถือเป็นสิ่งที่ปรารถนาของคู่ภาคี²²

นอกจากอารัมภบทของความตกลงที่แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองการลงทุนแล้ว เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายก็แสดงให้เห็นว่า ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการ

²¹ Recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party will be conducive to the stimulation of business initiative and to the development of economic cooperation between them,

²² Recognizing that the reciprocal encouragement, promotion and protection of such investment will be conducive to stimulating business initiative of the investors, flow of capital and technology, and will increase prosperity and economic development and that fair and equitable treatment of investments is desirable in both States;

ลงทุนนั้นมุ่งที่จะให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติเป็นสำคัญ กล่าวคือ ข้อบทต่างๆ มุ่งที่จะปกป้องนักลงทุนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ เช่น

(1) หลักการห้ามมิให้รัฐทำการการยึดทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติ

โดยถือเป็นหลักประการสำคัญที่ความตกลงต่างๆ นำไปใช้เพื่อคุ้มครองการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อกังวลเรื่องการยึดกิจการเป็นของรัฐ ดังนั้นจึงมีการระบุข้อกำหนดรายละเอียดการยึดทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติได้ ภายใต้เงื่อนไขคือ ต้องกระทำภายใต้เหตุผลเพื่อประโยชน์ของประเทศ ต้องเคารพต่อการไม่เลือกปฏิบัติและรัฐต้องจ่ายค่าชดเชย

(2) การไม่เลือกปฏิบัติต่อนักลงทุน

หลักปฏิบัติต่อนักลงทุนนี้เป็นส่วนที่สำคัญยิ่งในความตกลงเกี่ยวกับการลงทุน เพราะการลงทุนจากต่างประเทศในดินแดนของประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์และการคุ้มครองมากน้อยแค่ไหนขึ้นอยู่กับหลักปฏิบัติที่ประเทศคู่ภาคีสัญญาตกลงกันโดยหลักปฏิบัติที่ใช้กันมากในความตกลงหรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนคือ หลักปฏิบัติอย่างชาติ และหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured national treatment)²³

(3) การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable)

หลักมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เริ่มมีความสำคัญสำหรับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีแนวคิดในการการก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization หรือ ITO) ในปี ค.ศ. 1948 มาตรฐานนี้ได้เริ่มมีขึ้นในมาตรา 11(2) ของกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ในปี ค.ศ. 1948 ซึ่งต้องการให้เป็นพื้นฐานการปฏิบัติต่อการลงทุนในประเทศต่างชาติ ถึงแม้กฎบัตรนี้จะไม่ได้มีผลบังคับเกิดขึ้น แต่เป็นสิ่งอ้างอิงได้ว่า หลักมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมได้เกิดเป็นแนวปฏิบัติ (Precedent) เกี่ยวกับกลไกของการปฏิบัติต่อนักลงทุนระหว่างประเทศ²⁴ ดังนั้นมาตรฐานในการ

²³ โกลด์ ฉันทิกุล, “ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน: ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ,” วารสารนิติศาสตร์, 15 ฉบับที่ 2: 15.

²⁴ วิภาดา อรุณสกุล, “ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาและซิติ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.), หน้า 59-60.

ปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม จึงเป็นมาตรฐานการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติของประเทศ ผู้รับการลงทุนว่าจะปฏิบัติโดยปราศจากการลำเอียง ข้อฉ้อ หรือการกระทำใดๆที่แสดงถึงความไม่ยุติธรรม หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปราศจากเหตุผลอันสมควรโดยเป็นการเลือกปฏิบัติอันเป็นเหตุผลมาจากนักลงทุนเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ และจะต้องประกอบด้วยการปฏิบัติที่เที่ยงธรรม โดยมีความยุติธรรมและมีการปฏิบัติที่มีเหตุผลสมควร²⁵

(4) การนำเงินทุนและผลตอบแทนออกนอกประเทศ (Free Transfer)

เมื่อการลงทุนระหว่างประเทศนั้น เป้าหมายหลักของการลงทุนคือ การหารายได้และกำไร และสุดท้ายย่อมหวังที่จะนำรายได้หรือกำไรนั้นกลับคืนสู่ประเทศผู้ลงทุน²⁶ ดังนั้นจึงพบว่าความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศจึงมีการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้รัฐคู่ภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องอนุญาตให้มีการโอนการชำระเงินโดยเสรี อาทิเช่น ทุน และทุนเพิ่มเติม ผลตอบแทนจากการลงทุน และค่าทดแทน ฯลฯ ทั้งนี้การโอนชำระเงินดังกล่าวจะต้องกระทำโดยไม่ชักช้า ในอัตราแลกเปลี่ยนตลาดที่ใช้ในวันที่มีการโอน²⁷

(5) หลักการรับช่วงสิทธิ (Subrogation)

เนื่องจากสิ่งนี้นักลงทุนต่างชาติกังวลมากคือ ปัญหาความเสี่ยงอันไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์ เช่น การยึดทรัพย์ การที่ไม่สามารถโอนเงินออกนอกประเทศได้ ดังนั้นบรรดาประเทศผู้ส่งออกการลงทุนจึงได้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐในการประกันภัยอันไม่ใช่เชิงพาณิชย์ให้แก่การลงทุนของปัจเจกชนคนชาติตนในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกามีองค์กรที่เรียกว่า “Overseas Private Corporation: OPIC” ในประเทศแคนาดาก็มีองค์กรที่เรียกว่า “The Canadian Export Development Corporation: EDC” สำหรับการประกันภัยระดับพหุภาคีก็มีองค์การประกันภัยการลงทุนพหุภาคี “Multilateral Investment Guarantee Agency: MIGA” ซึ่งได้รับการก่อตั้งด้วยวัตถุประสงค์เพื่อลดความเสี่ยงทางการลงทุนที่ไม่ใช่ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ โดยองค์กรเหล่านี้จะได้รับสิทธิเรียกร้องความ

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

²⁶ โกศล ฉันทิกุล, “ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน: ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ,” วารสารนิติศาสตร์, 15 ฉบับที่ 2: 16-17.

²⁷ กรมสนธิสัญญา กระทรวงต่างประเทศ, “สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน,” วารสารกฎหมาย 26(2550): 114.

เสียหายจากรัฐผู้รับการลงทุนโดยอาศัยการรับช่วงสิทธิ²⁸ ดังนั้นในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนจึงมักจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นการรับช่วงสิทธิของนักลงทุนต่างประเทศ เพื่อให้ผู้รับช่วงสิทธิสามารถที่จะเรียกร้อยกับประเทศผู้รับการลงทุนต่อไปได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการระบบการค้าเสรี การแข่งขันที่เป็นธรรม และสร้างโอกาสในการเข้าสู่ตลาดอย่างเสมอภาคกัน ขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากความเสี่ยงที่ไม่ใช่ความเสี่ยงเชิงพาณิชย์

3.3.3 การระงับข้อพิพาท

3.3.3.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาทในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ผ่าน Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) นั้น เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น (State to State) กล่าวคือ คู่กรณีที่เป็นคู่พิพาท ที่จะนำคดีขึ้นสู่องค์การระงับข้อพิพาทได้ ต้องเป็นรัฐสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่ได้รับความเสียหายจากการที่รัฐสมาชิกอื่นละเมิดพันธกรณีของ WTO ทั้งนี้อาจพิจารณาได้จากขอบเขตและการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท ของ DSU ในมาตรา 1²⁹

²⁸ สมฤทธิ์ จินดาวงศ์, “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับลาว ค.ศ.1990,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 133-134.

²⁹ Article 1: Coverage and Application

1. The rules and procedures of this Understanding shall apply to disputes brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the agreements listed in Appendix 1 to this Understanding (referred to in this Understanding as the "covered agreements"). The rules and procedures of this Understanding shall also apply to consultations and the settlement of disputes between Members

ซึ่งระบุให้นำเอากฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท ที่ระบุไว้ในความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์ และการระงับข้อพิพาทนี้ ไปใช้กับข้อพิพาทต่างๆที่เกี่ยวข้องกับความตกลงที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 ทำียบทบัญญัติของ DSU และใช้กับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและพันธกรณี (rights and obligations) ภายใต้ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO)

หรือสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า การระงับข้อพิพาทของ WTO เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐก็อาจพิจารณาได้จากขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทดังนี้

(1) ขั้นตอนแรกในการระงับข้อพิพาททางการค้าในระหว่างสมาชิก WTO คือเมื่อสมาชิกใดเห็นว่าผลประโยชน์ทางการค้าของตนต้องเสื่อมเสียไปเพราะการละเมิดกฎเกณฑ์ทางการค้าโดยรัฐสมาชิกอื่น ก่อนที่ประเทศผู้เสียหายจะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การระงับข้อพิพาทได้ DSU กำหนดให้ประเทศภาคีต้องปรึกษาหารือกัน (consultation) ก่อนเป็นอันดับแรกเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น (มาตรา 4 DSU)

(2) โดยกรณีไม่สามารถเจรจาทางออกได้ภายใน 60 วัน ประเทศผู้ร้องเรียนสามารถร้องขอให้องค์การระงับข้อพิพาทจัดตั้งคณะกรรมการระงับข้อพิพาทได้ (มาตรา 4.7 DSU)

(3) หากประเทศคู่พิพาทไม่พอใจผลการพิจารณาของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อองค์การระงับข้อพิพาทได้

(4) คำสั่ง คำตัดสิน หรือคำแนะนำขององค์การระงับข้อพิพาทถือเป็นผลผูกพันที่ประเทศคู่พิพาทต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำโดยทันที

3.3.3.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาทในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ย่อมให้นักลงทุนต่างชาติที่เป็นเอกชนสามารถฟ้องดำเนินคดีกับรัฐได้โดยตรง โดยถือเสมือนว่ารัฐกับนักลงทุนต่างชาติมีสถานะเสมอกัน ซึ่งถือเป็นพัฒนาการที่เกิดขึ้นใหม่ กล่าวคือ สนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุน (BIT) ที่ทำขึ้นก่อน ค.ศ.1970 นั้นไม่มีการกำหนดการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติ

concerning their rights and obligations under the provisions of the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in this Understanding as the "WTO Agreement") and of this Understanding taken in isolation or in combination with any other covered agreement.

กับรัฐผู้รับการลงทุน แต่หลังจากปี ค.ศ.1965 มีการทำอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States) โดยก่อตั้งสถาบัน ศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment) หรือ ICSID ภายใต้การสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา³⁰

ดังนั้นเมื่อประเทศพัฒนาผู้ส่งออกการลงทุนเห็นว่า ICSID เป็นกลไกที่เป็นกลางที่สร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนได้ ว่าเมื่อมีข้อพิพาททางการลงทุน จะได้รับการพิจารณาจากองค์กรกลางที่เป็นธรรม โดยไม่ใช่องค์กรภายในของประเทศผู้รับการลงทุน ประเทศเหล่านี้จึงผลักดันให้มีการระงับข้อพิพาทการลงทุนโดยใช้ ICSID ผ่านการทำสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนกับประเทศผู้รับการลงทุน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุน (BIT) ส่วนใหญ่พบว่า จะมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทแบบ “นักลงทุนกับรัฐ” (investor-to-state) กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐโดยผ่านกลไกอนุญาโตตุลาการ หากมีข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน เหตุผลที่ถูกอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทนอกศาลก็คือ ประการแรก ระบบศาลของประเทศผู้รับการลงทุนด้าสมัย ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่น่าเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศกำลังพัฒนา ประการที่สอง ระบบอนุญาโตตุลาการจะช่วยให้นักลงทุนต่างชาติหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติ หรือการตัดสินความที่มีอคติโดยศาลหรือตุลาการของประเทศผู้รับการลงทุน³¹

³⁰ วิศิษฐ์ ธนากรเมธา, “การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT),” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 149.

³¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, “ความตกลงด้านการลงทุนในเอฟทีเอไทย-สหรัฐฯ: ก้าวหนึ่งของความพยายามในการสร้างข้อตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน”, ข้อตกลงการค้าเสรี ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย (กรุงเทพฯ: พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547), หน้า 69-70.

ตัวอย่างการระงับข้อพิพาทแบบ “นักลงทุนกับรัฐ” ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุน (BIT) เช่น

ในความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับอียิปต์ (BIT between Egypt and Thailand, 2000) มาตรา 10³² การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐคู่สัญญา กำหนดว่า

(1) ข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีคู่สัญญากับนักลงทุนของรัฐภาคีคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น หากเป็นไปได้ต้องถูกระงับฉันท์เพื่อน

(2) ถ้าไม่อาจระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ภายใน 6 เดือน หลังจากข้อพิพาทได้เกิดขึ้น ให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อ

(เอ) ศาลในดินแดนประเทศภาคีที่การลงทุนนั้นตั้งอยู่ หรือ

(บี) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (The Convention on Settlement of Investment Disputes between

³² “Article 10 Settlement of Disputes Between an Investor and A Contracting Party

1. Any dispute which may arise between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably.

2. If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either Party it may be submitted upon request of the investor (his choice will be final) either to:

(a) The competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

(b) The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature in Washington D.C. on 18 March 1965, once both Contracting Parties herein become member states thereof.”

States and Nationals of other States: ICSID Convention) ในกรณีรัฐ
ภาคีทั้งคู่เป็นสมาชิกของ ICSID

ดังนั้นสรุปได้ว่า ประเด็นคู่ความในคดีเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ
กฎหมายการค้าและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การ
ระงับข้อพิพาทในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นการระงับข้อพิพาทแบบ รัฐกับรัฐ (state -
state dispute settlement) ขณะที่การระงับข้อพิพาทของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่าง
ประเทศมักจะเป็นการระงับข้อพิพาทแบบ นักลงทุน-รัฐ (investor - state dispute settlement)

3.3.4 ประเด็นข้อยกเว้นทั่วไป

ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) คือ ข้อยกเว้นที่ยอมให้ประเทศภาคีกระทำการที่
เป็นการขัดต่อความตกลงนั้นได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่ข้อยกเว้นกำหนด ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวก็มัก
เกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ความมั่นคงทั้งทาง
การเมืองและทางเศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของชาติด้วย

3.3.4.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ก็พบว่าในกฎหมายการค้าระหว่าง
ประเทศ GATT/WTO ยินยอมให้รัฐสมาชิกกระทำการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงได้ ซึ่งกำหนด
ไว้ในมาตรา 20 ของ GATT 1994 โดยกำหนดให้ใช้ข้อยกเว้นได้เฉพาะมาตรการที่สอดคล้องกับ
เป้าหมายที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 20 และโดยอยู่บนพื้นฐานการไม่เลือกปฏิบัติและไม่เป็นการกีดกัน
อย่างเคลือบแฝง ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

- (เอ) จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดี
- (บี) จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช
- (ซี) เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการนำเข้า ส่งออกทองคำและเงิน
- (ดี) เพื่อการบังคับใช้ระเบียบศุลกากร และระเบียบเกี่ยวกับธุรกิจที่ผูกขาด และเพื่อ
คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา
- (อี) เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับสินค้าราชภัณฑ์
- (เอฟ) เพื่อปกป้องคุ้มครองสมบัติของชาติที่เกี่ยวกับศิลปกรรม ประวัติศาสตร์และ
โบราณคดี
- (จี) เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญพันธุ์หรือหมดสิ้นไป

(เอช) เพื่อให้เป็นไปตามข้อผูกพันภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสินค้าโภคภัณฑ์

(ไอ) เพื่อการดำเนินการไม่ให้เกิดการส่งออกวัสดุที่เป็นวัตถุดิบสำหรับการผลิตในประเทศ ทั้งนี้ต้องไม่ทำให้เกิดการเพิ่มการส่งออก หรือเพิ่มการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายใน

(เจ) เพื่อประโยชน์ในการได้มาหรือเพื่อกระจายสินค้าภายในโดยทั่วไป หรือเป็นเพราะมีการขาดแคลนภายใน

ซึ่งมีคดีตัวอย่างกรณีการปรับใช้มาตรา 20 GATT 1994 โดยได้มีการวินิจฉัยว่าแม้ว่าสินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจะมีคุณลักษณะเหมือนกัน แต่สินค้าทั้งสองอาจถูกใช้มาตรการที่ต่างกันได้ด้วยเหตุผลด้านสุขภาพ เช่น เบียร์ที่มีปริมาณแอลกอฮอล์ต่ำ (Low-alcohol) กับเบียร์ที่มีปริมาณแอลกอฮอล์สูง (High-alcohol) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้เคยตัดสินในคดี US Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages ว่า แม้เบียร์ทั้งสองชนิดจะมีคุณลักษณะเหมือนกัน แต่เบียร์ทั้งสองไม่ใช่สินค้าชนิดเดียวกัน เพราะสหรัฐอเมริกาสามารถแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างเบียร์ทั้งสองได้ด้วยเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพมนุษย์ตามมาตรา 20 (บี) ของ GATT 1994³³

และนอกจากข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) แล้วในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศยังมีการกำหนดข้อยกเว้นอื่นๆ เช่น ในความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก คือ ปรึกษาหารือยอมให้ประเทศภาคีกำหนดมาตรการเพื่อควบคุมมาตรฐานสินค้าของตนเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพ และความปลอดภัยของมนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งแวดล้อมได้ มาตรการเหล่านี้ ได้แก่ มาตรฐานสินค้า (Standard Code) ข้อกำหนดปริมาณสารตกค้างของยาฆ่าแมลง (Pesticide Residue Limits) การตรวจสอบสินค้า และการติดฉลากสินค้า (Labeling) โดยบังคับใช้กับตัวสินค้า (Product) เท่านั้น ไม่รวมถึงมาตรฐานด้านกระบวนการ และวิธีการผลิตสินค้า (PPM Standards) ทั้งนี้ มาตรฐานสินค้าเพื่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวที่ประกาศใช้จะต้องสอดคล้องกับ

³³ ทักษิณ ฤกษ์สุด, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก(WTO): บททั่วไป (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 109.

กฎเกณฑ์ของ TBT กล่าวคือ ต้องไม่ใช่ในลักษณะที่เลือกปฏิบัติ ต้องไม่สร้างอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ และข้อบังคับทางเทคนิคและมาตรฐานต้องวางอยู่บนการพิจารณาทางวิทยาศาสตร์

ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรฐานสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Standards: SPS) เป็นข้อตกลงที่อนุญาตให้ประเทศภาคีมีมาตรการบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและเพื่อสร้างความมั่นใจต่อความปลอดภัยด้านอาหาร เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช ที่เกิดจากการใช้สารเคมี ยาฆ่าแมลง และสารประกอบต่าง ๆ โดยที่มาตรการนั้นจะต้องไม่สร้างข้อจำกัดทางการค้า หรือกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง และต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคีโดยไม่มีเหตุผล นอกจากนี้ ความตกลง SPS ยังกำหนดให้สมาชิกสามารถให้หลักป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ได้ แม้ว่าจะยังไม่สามารถหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน แต่มาตรการนี้ต้องใช้ในการชั่วคราวและจะต้องมีการพิจารณาทบทวนภายในระยะเวลาที่เหมาะสม³⁴

3.3.4.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

แต่เมื่อพิจารณาประเด็นเดียวกันนี้ ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน กลับพบว่า ในหลายความตกลง (โดยเฉพาะหากเป็นความตกลงภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรี: FTA) แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นทั่วไปแต่ก็จะไม่นำเอามาใช้กับการลงทุนด้วย ตัวอย่างเช่น

ข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ (UNITED STATES - SINGAPORE FREE TRADE AGREEMENT) มาตรา 15 เป็นบทบัญญัติเรื่องการลงทุน ขณะที่ข้อยกเว้นทั่วไปปรากฏอยู่ใน มาตรา 21.1³⁵ โดยกำหนดให้นำข้อยกเว้นทั่วไป ซึ่งภาคีหมายถึง

³⁴ สุจิตรา วาสนาดำรงดี, รายงานการศึกษาระดับสมบูรณ การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตราย ในเวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้า: จุดยืนและข้อเสนอของไทย, โครงการหน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล, 2549, หน้า 17. [Online], Available from <http://www.measwatch.org>

³⁵ UNITED STATES -SINGAPORE FREE TRADE AGREEMENT: ARTICLE 21.1: GENERAL EXCEPTIONS:

มาตรา 20 ของ GATT (1994) (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช และ (g) มาตรการเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญพันธุ์หรือหมดสิ้นไป ไปใช้ กับมาตรา 2 ถึงมาตรา 6 ของข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ ซึ่งไม่ ปรากฏว่าให้นำไปใช้กับมาตรา 15 ซึ่งเป็นบทการลงทุนด้วยแต่อย่างใด นอกจากนั้นในมาตรา 21.1 นี้ก็ระบุให้นำ GATS มาตรา 14 (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของ มนุษย์ สัตว์ และพืช ไปใช้กับ มาตรา 8 มาตรา 9 และมาตรา 14 ซึ่งก็ไม่ปรากฏว่าให้นำไปใช้กับ มาตรา 15 ซึ่งเป็นบทการลงทุนเช่นกัน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีการกำหนดข้อยกเว้นทั่วไปและ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างแน่นอน ขณะที่กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในข้อตกลงการค้าเสรี (FTA) กลับไม่ถือว่ามาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นข้อยกเว้นที่ จะทำให้รัฐดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงได้

3.3.5 ประเด็นการเยียวยาความเสียหายกรณีการละเมิดความตกลง

3.3.5.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

1. For purposes of Chapters 2 through 6 (National Treatment and Market Access for Goods, Rules of Origin, Customs Procedures, Textiles, Technical Barriers to Trade), GATT 1994 Article XX and its interpretive notes are incorporated into and made part of this Agreement, *mutatis mutandis*. The Parties understand that the measures referred to in GATT 1994 Article XX(b) include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health, and that GATT 1994 Article XX(g) applies to measures relating to the conservation of living and non-living exhaustible natural resources.

2. For purposes of Chapters 8, 9, and 14 (Cross Border Trade in Services, Telecommunications, and Electronic Commerce²¹⁻¹), GATS Article XIV (including its footnotes) is incorporated into and made part of this Agreement, *mutatis mutandis*.²¹⁻² The Parties understand that the measures referred to in GATS Article XIV (b) include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health.

จุดมุ่งหมายของ WTO ในการระงับข้อพิพาท คือ การปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ และคำตัดสินเพื่อปรับปรุงมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลง โดยมีการประกาศอย่างชัดเจนว่า การปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาทโดยทันทีเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้แน่ใจถึงประสิทธิภาพของการแก้ปัญหาข้อพิพาทและผลประโยชน์โดยรวมของรัฐสมาชิก โดยประเทศคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องจะต้องแจ้งให้องค์กรระงับข้อพิพาททราบถึงเจตนาที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสินในรายงานนั้น หากไม่สามารถที่จะปฏิบัติได้ทันทีจะมีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม (Reasonable Period of Time) ให้ปฏิบัติตาม³⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กลไกระงับข้อพิพาทของ WTO มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้สมาชิกที่ถูกตัดสินว่ากระทำผิดจะกลับตัวกลับใจหันมาปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสินของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์ ดังนั้นการชดเชยหรือการดำเนินมาตรการตอบโต้จึงควรเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวเท่านั้น

จากจุดมุ่งหมายของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า หากรัฐที่ออกมาตราการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงของ WTO ได้มีการยกเลิกมาตรการดังกล่าวไปแล้ว แม้มาตรการนั้นจะส่งผลกระทบหรือส่งผลเสียหายต่อภาคีประเทศอื่น ก็ไม่เป็นเหตุให้รัฐภาคีที่เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ รวมถึงคณะกรรมการระงับข้อพิพาทก็ไม่อาจทำคำแนะนำการจ่ายค่าเสียหายในลักษณะค่าสินไหมทดแทนได้

แต่กรณีหากรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องไม่สามารถปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสิน ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลได้ ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทก็ได้กำหนดให้มีการใช้มาตรการชั่วคราว (temporary measure) ไปพลางก่อนโดยการชดใช้ความเสียหาย กล่าวคือ รัฐที่ไม่อาจปรับปรุงมาตรการให้สอดคล้องกับความตกลง อาจมีการเจรจากับสมาชิกที่ได้รับ ความเสียหายจากมาตรการนั้น เพื่อหาทางชดใช้ความเสียหายซึ่งเป็นที่น่าพอใจร่วมกันทั้งสองฝ่าย (mutually acceptable compensation) ก่อนที่ระยะเวลาที่สมเหตุสมผลจะสิ้นสุดลง โดยรูปแบบการชดใช้ความเสียหายมักจะเป็นรูปแบบการให้สิทธิประโยชน์ทางการค้าเรื่องใหม่ หรือเรื่องอื่นๆที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้³⁷

³⁶ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, แกตต์และองค์การการค้าโลก(WTO), หน้า 159-160.

³⁷ สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร,กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน,(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บรรณกิจ, 2549), หน้า 69.

ในกรณีที่การเจรจาเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายไม่สำเร็จภายใน 20 วัน หลังจากระยะเวลาที่สมเหตุสมผลสิ้นสุดลง รัฐภาคีที่ได้รับความเสียหายอาจขอให้องค์การระงับข้อพิพาทอนุญาต และระงับข้อลดหย่อนและพันธกรณีต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามนั้น โดยการตอบโต้จะทำได้ในระดับที่เท่าเทียมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (equivalent to level of the nullification or impairment) นอกจากนี้ การตอบโต้ภายใต้ความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาท ได้อนุญาตให้มีการตอบโต้ข้ามสาขา (Sector) หรือความตกลงฉบับอื่นได้ กล่าวคือ ประเทศคู่พิพาทต้องพยายามตอบโต้ในสาขาของความตกลงเดียวกับที่มีการละเมิดหรือมีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อน แต่การตอบโต้อาจทำข้ามสาขาหรือความตกลงได้ถ้าการตอบโต้ในสาขาเดียวกันของความตกลงนั้น ไม่อาจจะทำได้และเป็นสถานการณ์รุนแรงพอ (serious circumstances)³⁸

แต่การระงับข้อลดหย่อนและพันธกรณีต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสิน เป็นเพียงมาตรการชั่วคราว โดยการตอบโต้จะสิ้นสุดลงเมื่อมาตรการที่ละเมิดความตกลงเป็นอันยกเลิกไป หรือรัฐภาคีที่ต้องปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือคำตัดสินยอมปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือคำตัดสินนั้น หรือประเทศคู่พิพาทได้ข้อสรุปซึ่งเป็นที่ยอมรับระหว่างกัน หรือเมื่อเหตุแห่งการใช้มาตรการตอบโต้ทั้งหมดสิ้นไป³⁹

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาททางการค้าภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO มุ่งที่จะให้รัฐภาคีใช้มาตรการต่างๆ ให้สอดคล้องกับความตกลงของ WTO เป็นหลัก การที่กำหนดให้ชดเชยความเสียหายรวมถึงการระงับข้อลดหย่อนและพันธกรณี กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำและคำตัดสินเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว ซึ่งจะถูกลบเลิกไปเมื่อประเทศที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำตัดสิน หรือเมื่อได้มีการยกเลิกมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงของ WTO ก็ยิ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายการค้าระหว่างประเทศมุ่งให้ประเทศภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงฯ ยิ่งกว่าที่จะมุ่งการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น

³⁸ ทัชชัมย์ ฤกษ์สุต, แกตต์และองค์การการค้าโลก(WTO), หน้า 161.

³⁹ ศรีณัย งามอัครไพบูลย์, “การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก: ศึกษากรณีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายและมาตรการตอบโต้,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 98.

3.3.5.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

เนื่องจากการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ มีวัตถุประสงค์สำคัญคือเพื่อให้การคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ จากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของประเทศผู้รับการลงทุน โดยหากการใช้อำนาจนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติ นักลงทุนก็ต้องการได้รับการเยียวยาโดยการที่รัฐจ่ายค่าชดเชย แต่ขณะเดียวกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดน รัฐที่รับการลงทุนก็ย่อมมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการออกกฎหมาย หรือข้อบังคับต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อใช้บังคับในดินแดนของตนเอง

ดังนั้นถึงแม้ว่ากฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการของรัฐนั้นจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของต่างชาติ ประเทศผู้รับการลงทุนก็ไม่จำเป็นต้องยกเลิกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการนั้นแต่อย่างใด แต่ประเทศผู้รับการลงทุนอาจถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องให้ต้องชดเชยค่าเสียหายจากการที่ประเทศผู้รับการลงทุนละเมิดความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน (IIA) หากอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดว่า การกระทำ การออกกฎหมาย หรือมาตรการของรัฐนั้นไม่สอดคล้องหรือเป็นการละเมิดความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น คดี S.D. Myer อนุญาโตตุลาการตัดสินว่า รัฐบาลแคนาดาละเมิดข้อตกลงเนื่องจากมาตรการโควตามีลักษณะที่เลือกปฏิบัติและการบังคับใช้ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการปฏิบัติขั้นต่ำ (minimum standard of treatment) ตามมาตรา 1105 รัฐบาลแคนาดาจึงต้องจ่ายค่าเสียหายแก่บริษัท S.D. Myer เป็นเงิน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

นอกจากนั้นแม้ว่าประเทศผู้รับการลงทุนจะได้ทำการยกเลิกการกระทำ กฎหมาย หรือมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงนั้นไปแล้วก็ตาม แต่หากระหว่างการใช้มาตรการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติประเทศผู้รับการลงทุนก็ยังคงต้องจ่ายค่าชดเชยเพื่อเยียวยาความเสียหาย ยกตัวอย่างเช่น กรณี คดี Ethyl ที่บริษัท Ethyl เป็นบริษัทที่ผลิตสารเคมีในสหรัฐอเมริกา ผู้ผลิตสาร MMT ใช้เติมในน้ำมันเพื่อป้องกันการน็อกของเครื่องยนต์ ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่ออกกฎหมายห้ามนำเข้าและขนย้ายสาร MMT ในแคนาดา บริษัทฟ้องว่ารัฐบาลแคนาดาละเมิดมาตรา บทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ต่อมาแม้ภายหลังแคนาดาจะยินยอมยกเลิกมาตรการห้ามนำเข้าแล้วก็ตาม แคนาดาก็ยังคงต้องจ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัท Ethyl เป็นจำนวน 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ตารางแสดงตัวอย่างค่าเสียหายที่ประเทศผู้รับการลงทุนต้องจ่ายจากการละเมิดมาตรา 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

บริษัท หรือ นักลงทุน	ค่าเสียหายที่เรียก (ล้านเหรียญสหรัฐฯ)	คำตัดสิน	ประเด็นฟ้องร้อง
คดี Metalclad Corp. 2 ตุลาคม 2539	90	เม็กซิโกแพ้คดีต้องจ่าย 16.7 ล้านเหรียญสหรัฐฯ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการพบว่าการปฏิเสธการออกใบอนุญาตมีกระบวนการและขั้นตอนที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการปฏิบัติขั้นต่ำ และมีลักษณะที่เป็นการยึดทรัพย์เนื่องจากการประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตอนุรักษ์พันธุ์พืชส่งผลให้บริษัทไม่สามารถใช้ทรัพย์สินที่มีอยู่ในการสร้างรายได้ อีกต่อไป	Metalclad บริษัทสหรัฐอเมริกา ฟ้องเทศบาลกัวดาลคาซาร์ ประเทศเม็กซิโกที่ไม่ยอมออกใบอนุญาตให้ทิ้งขยะสารพิษและได้ประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตอนุรักษ์ต้นตะบองเพชร
คดี Ethyl 14 เมษายน 2540	250	แคนาดายอมความโดยตกลงที่จะชดเชยค่าเสียหายให้แก่บริษัท 13 ล้านเหรียญสหรัฐฯ	Ethyl บริษัทเคมีในสหรัฐอเมริกา ผู้ผลิตสาร MMT ใช้เติมในน้ำมันเพื่อป้องกันการน็อคของเครื่องยนต์ ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดา ที่ออกกฎหมายห้ามนำเข้าและขนย้ายสาร MMT ในแคนาดา
คดี S.D. Myer 30 ตุลาคม 2541	20	อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าแคนาดาละเมิดข้อตกลงเนื่องจากมาตรการควมอด มีลักษณะที่เลือกปฏิบัติและการบังคับใช้ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการปฏิบัติขั้นต่ำ (minimum standard of treatment) แต่ไม่พบว่ามาตรการดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการยึดทรัพย์หรือเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์แต่อย่างใด รัฐบาลต้องชดเชย	S. D. Myer บริษัทกำจัดของเสียในสหรัฐอเมริกา ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่มีคำสั่งห้ามส่งออกสาร PCB แม้ว่ารัฐบาลแคนาดาจะทำตามสนธิสัญญาบาเซลของสหประชาชาติที่จำกัดการค้าสารเคมี

บริษัท หรือ นักลงทุน	ค่าเสียหายที่เรียก (ล้านเหรียญสหรัฐฯ)	คำตัดสิน	ประเด็นฟ้องร้อง
		ค่าเสียหาย ให้แก่บริษัทเป็นเงินทั้งสิ้น 5 ล้านเหรียญสหรัฐฯ	
คดี Pope & Talbot Inc. 24 ธันวาคม 2541	508	อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าแคนาดาละเมิดข้อตกลง เนื่องจากการดำเนินมาตรการดังกล่าวไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการปฏิบัติขั้นต่ำ แต่ไม่พบว่ามาตรการดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการยัดirthหรือเทียบเท่ากับการยัดirth รัฐบาลแคนาดาต้องชดเชยค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายทางกฎหมายให้แก่บริษัทเป็นเงินประมาณ 0.75 ล้านเหรียญสหรัฐฯ	Pope & Talbot บริษัทสหรัฐฯเจ้าของโรงเลื่อย 3 โรงในแคนาดา ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่จำกัดโควตาส่งออกไม้แปรรูปจาก 4 มลรัฐของแคนาดาไปสหรัฐอเมริกา แม้ว่ารัฐบาลแคนาดาได้ทำตามข้อตกลงที่มีอยู่กับสหรัฐฯว่าด้วยการค้าไม้เนื้ออ่อนแปรรูป
คดี Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) 16 กุมภาพันธ์ 2542	50	อนุญาโตตุลาการตัดสินว่ามาตรการของรัฐบาลเม็กซิโกไม่เป็นการยัดirthไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่มีการเลือกปฏิบัติจึงต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่บริษัท 1.5 ล้านเหรียญสหรัฐฯ	CEMSA บริษัทผู้ส่งออกนุหรือสหรัฐฯ ฟ้องรัฐบาลเม็กซิโกที่ไม่ยอมคืนเงินภาษีส่งผลให้บริษัทไม่สามารถแข่งขันกับผู้ส่งออกนุหรือสัญชาติเม็กซิโกได้

ที่มา: โครงการวิจัย การค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐฯ โดยมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เสนอต่อกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้กระทรวงการต่างประเทศ (เมษายน 2549)

3.4 ความแตกต่างระหว่างหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

3.4.1 การใช้คำที่ต่างกัน (like product/like circumstance)

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ในกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศพบว่า กฎหมายทั้งสองประเภทใช้ถ้อยคำที่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศมุ่งให้สินค้าทั้งที่เป็นสินค้านำเข้ามาและสินค้าภายในประเทศ ที่มีลักษณะเป็นสินค้าชนิดเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ตามที่ปรากฏใน มาตรา 3 ของ GATT ซึ่งเป็นหลักที่ห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าที่ผลิตในประเทศกับสินค้าชนิดเดียวกันซึ่งนำเข้าจากต่างประเทศ โดยมีหลักการสำคัญอยู่ใน มาตรา 3: 4 ระบุว่า บรรดาสินค้าของภาคีคู่สัญญาใดซึ่งนำเข้ามาในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอื่นใดจะได้รับการปฏิบัติซึ่งไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่ สินค้าชนิดเดียวกันในเรื่องทั้งปวงที่เกี่ยวกับกฎหมาย ข้อบังคับและข้อกำหนด ซึ่งมีผลกระทบต่อการขายภายใน การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจำหน่าย หรือการใช้ บทบัญญัติของวรรคนี้จะไม่ห้ามการใช้บังคับค่าภาระในการขนส่งภายในที่แตกต่างกันซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานโดยเฉพาะของการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของวิธีการขนส่งและมีใช้บนพื้นฐานของสัญชาติสินค้า⁴⁰

ขณะที่หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ มุ่งให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างประเทศที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (in like circumstance/ like situation) กับนักลงทุนในประเทศ ให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศญี่ปุ่นและเวียดนามเกี่ยวกับการลงทุน มาตรา 2 กำหนดให้

“ภาคีคู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนของนักลงทุนของภาคีคู่สัญญาอื่น ไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนในประเทศของตน ซึ่งอยู่ใน**สภาวะการณ์เดียวกัน** (in like circumstances) ในเรื่องการจัดตั้งการลงทุน การรวบรวมกิจการ การขยายกิจการ การดำเนินการ การบริหารงาน การดูแลรักษา การใช้ การใช้สิทธิ และการซื้อหรือการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งการลงทุน”⁴¹

⁴⁰ General Agreement on Tariffs and Trade 1994 , Article 3: 4

⁴¹ BIT between Japan and Viet Nam (2003): Article 2

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ ของ GATT/WTO หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า สินค้าชิ้นนั้นเป็น สินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่ ขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศนั้น จะพิจารณาว่านักลงทุนในประเทศกับนักลงทุนต่างประเทศ อยู่ในสภาวะการณเดียวกันหรือไม่ ซึ่งจะเป็นการใช้ถ้อยคำที่ต่างกัน

3.4.2 วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติ

3.4.2.1 หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

หลักการปฏิบัติอย่างชาติตามกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (GATT 1994) มาตรา 3 มีเนื้อความที่สำคัญปรากฏในวรรค 1 วรรค 2 และวรรค 4⁴² ดังนี้

-
1. Each Contracting Party shall in its Area accord to investors of the other Contracting Party and to their investments treatment no less favourable than the treatment it accords in **like circumstances** to its own investors and their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments

⁴² GATT 1994:Article III: National Treatment on Internal Taxation and Regulation

1. The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.*

2. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.*

(1) บรรดาภาคีคู่สัญญายอมรับว่าภาษีภายในและค่าภาระภายในอื่น ๆ และกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนด ซึ่งมีผลต่อการขายภายใน การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจำหน่าย และการใช้ของสินค้า และข้อบังคับภายในเกี่ยวกับปริมาณซึ่งต้องมีกรรมผล การแปรรูป หรือการใช้สินค้าในจำนวนหรือสัดส่วนที่กำหนด ไม่ควรจะนำมาใช้บังคับกับสินค้านำเข้าหรือสินค้าภายในประเทศในลักษณะที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่การผลิตภายในประเทศ

(2) บรรดาสินค้าของอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาใดซึ่งนำเข้ามาในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอื่นใดจะไม่ถูกเรียกเก็บภาษีภายในหรือค่าภาระภายในไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เกินกว่าที่ใช้บังคับอยู่แก่สินค้าภายในประเทศไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ยิ่งไปกว่านั้นภาคีคู่สัญญาไม่อาจเรียกเก็บภาษีภายในหรือค่าภาระภายในอื่น ๆ จากสินค้านำเข้าหรือสินค้าภายในประเทศในลักษณะที่ขัดแย้งกับหลักการที่ระบุไว้ในวรรค 1

(3) บรรดาสินค้าของอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาใดซึ่งนำเข้ามาในอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอื่นใด จะได้รับการปฏิบัติซึ่งไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้ให้แก่สินค้าที่เหมือนกันซึ่งมีแหล่งกำเนิดภายในชาติในเรื่องทั้งปวงที่เกี่ยวกับกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนด ซึ่งกระทบต่อการขายภายใน การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจำหน่าย หรือการใช้ บทบัญญัติของวรรคนี้ จะไม่ห้ามการใช้บังคับค่าภาระในการขนส่งที่แตกต่างกัน ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานโดยเฉพาะของการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของวิธีการขนส่งและมีใช้บนพื้นฐานของสัญชาติของสินค้า

เมื่อพิจารณาหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติภายใต้มาตรา 3 ของ GATT ดังกล่าว พบว่ามีวัตถุประสงค์สำคัญในการสร้างความสามารถในการแข่งขันให้แก่สินค้านำเข้าเมื่อเทียบกับสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตในประเทศ ดังนั้นการจะพิจารณาว่า การปฏิบัติใดจะขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่า ความสามารถในการแข่งขันของสินค้านำเข้าเมื่อเทียบเคียง

4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

กับสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศ ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัตินั้นหรือไม่ และแม้ว่าการปฏิบัติต่อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจะดีกว่าการปฏิบัติดังกล่าวต่อสินค้าชนิดเดียวกันที่นำเข้าเพียงเล็กน้อย (Negligible) เมื่อพิจารณาในเชิงปริมาณ หรือการปฏิบัติดังกล่าวอาจไม่ได้ก่อให้เกิดผลที่ดีกว่าอย่างมีประสิทธิภาพ (not effectively) ต่อสินค้าภายในประเทศก็ตาม หรือแม้แต่การปฏิบัติที่ดีกว่านั้นไม่ส่งผลใดๆทางการค้าเลยก็ตาม (trade effect) ก็ยังคงถือว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติ⁴³

และเมื่อพิจารณาจากข้อพิพาททางการค้าที่ถูกตัดสิน โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ก็ยังเป็นที่น่าสนใจว่า ในการพิจารณาว่าขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่ใช้ส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขัน (competitive condition) ระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้านำเข้าหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

(1) **คดี US Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances** เป็นกรณีที่สหรัฐอเมริกาเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าที่นำเข้าสูงกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่า ส่วนต่างภาษี 3.5 Cent ต่อ Barrel ที่เก็บจากสินค้านำเข้าเป็นเพียงจำนวนเล็กน้อยซึ่งไม่ก่อให้เกิดการทำให้เสียไปหรือเสียหายไป (Nullification or impairment) ซึ่งผลประโยชน์ที่ประเทศสมาชิกได้รับไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมภายใต้ความตกลง GATT คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตัดสินว่า การเก็บภาษีในอัตราที่ขัดกันนี้ขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติ เพราะมาตรา 3 มีวัตถุประสงค์ในการสร้างสภาพการตลาดที่มีการแข่งขันกัน (competitive condition) โดยไม่มีการกล่าวถึงการก่อให้เกิดผลทางการค้า (trade effect) แต่อย่างใด⁴⁴

(2) **คดี Japan--Taxes on Alcoholic Beverages**

คดีระหว่างญี่ปุ่นกับสหภาพยุโรป โดยประเทศญี่ปุ่นได้จัดเก็บภาษีภายในประเทศ (internal tax system) สำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยแยกประเภทเป็น 10 หมวด และแยกเป็น 13 หมวดย่อย โดยการกระทำดังกล่าวสหภาพยุโรปกล่าวหาว่า การแบ่งแยกประเภทเครื่องดื่ม

⁴³ ทักษิณัย ฤกษ์สุด, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก(WTO): บททั่วไป, หน้า 98.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

แอลกอฮอล์ของญี่ปุ่นเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากเป็นการแบ่งแยกโดยพิจารณาจากแหล่งกำเนิดสินค้า ทำให้เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่นำเข้าจากต่างประเทศถูกเก็บภาษีในอัตราที่สูงกว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเครื่องดื่มดังกล่าวเป็นสินค้าชนิดเดียวกันซึ่งควรได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันและไม่ใช้การแบ่งแยกพิกัดศุลกากรในลักษณะที่เป็นการปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศ⁴⁵ EEC จึงร้องเรียนว่าญี่ปุ่นได้เก็บภาษีสุราและไวน์ที่แตกต่างกัน การกระทำของญี่ปุ่นเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ GATT มาตรา 3

องค์กรอุทธรณ์ (The Appellate Body) ได้อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของ GATT มาตรา 3 คือ การกำหนดให้รัฐหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการทางภาษีหรือมาตรการอื่นๆ เพื่อการคุ้มครองสินค้าภายในประเทศ โดยจุดมุ่งหมายของ มาตรา 3 นี้คือ รัฐภาคีสมาชิกของ WTO ต้องสร้างตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างเท่าเทียมกัน (competitive conditions) ระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ⁴⁶

และในคดีเดียวกันนี้ องค์กรอุทธรณ์ก็ยังได้สรุปลักษณะสำคัญของกฎหมายการค้าว่า การพิจารณาหลักปฏิบัติอย่างชาติ ภายใต้ GATT มาตรา 3 นั้นไม่ได้พิจารณาว่า การเก็บภาษีที่แตกต่างกันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศนั้น จะส่งผลก่อให้เกิดผลทางการค้าหรือ

⁴⁵ ปานชนก ธนาวุฒิ, “การตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ภายใต้ความตกลงการตอบโต้การทุ่มตลาดขององค์การการค้าโลก,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 25.

⁴⁶ Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “NONDISCRIMINATION IN TRADE AND INVESTMENT TREATIES: WORLDS APART OR TWO SIDES OF THE SAME COIN?”, *102 A.J.I.L.* 48: 60. (The broad and fundamental purpose of Article III is to avoid protectionism in the application of internal tax and regulatory measures. More specifically, the purpose of Article III "is to ensure that internal measures 'not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production'". Toward this end, Article III obliges Members of the WTO to provide equality of competitive conditions for imported products in relation to domestic products.)

ผลกระทบต่อปริมาณการขายหรือไม่ แต่มุ่งพิจารณาความสามารถในการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในประเทศ⁴⁷

(3) คดี US Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages

เป็นกรณีที่สหรัฐอเมริกา ลดภาษีสรรพสามิตให้แก่เบียร์บางชนิดที่ผลิตภายในประเทศ โดยสหรัฐฯ อ้างว่า ภาษีสรรพสามิตที่เก็บจากเบียร์บางชนิดที่ผลิตภายในประเทศลดลงเพียง 1.5% จากภาษีสรรพสามิตที่เก็บปกติ และเบียร์บางชนิดที่ผลิตภายในประเทศจะได้รับประโยชน์จากการลดภาษีนี้มากกว่า 1% จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อเบียร์ที่นำเข้า และไม่ใช้การคุ้มครองเบียร์ที่ผลิตในประเทศด้วย แต่คดีนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่า การกระทำของสหรัฐฯ ขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติ เพราะ มาตรา 3 ต้องการสร้างสภาพตลาดที่มีการแข่งขันกันไม่ได้วางเงื่อนไขเกี่ยวกับการก่อให้เกิดผลทางการค้า⁴⁸

ดังนั้นจากตัวอย่างคดีทั้ง 3 จึงอาจสรุปวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้า (มาตรา 3 ของ GATT 1994) ที่ห้ามเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าของประเทศสมาชิกน้อยกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศที่เหมือนกัน ได้ว่าเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการกีดกันทางการค้า (Protectionism) สร้างความเท่าเทียมกันของโอกาสการแข่งขัน (competitive opportunities) และคุ้มครองความคาดหมายของความสัมพันธ์ด้านการแข่งขันอย่างเท่าเทียม

3.4.2.2 หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมุ่งการคุ้มครองความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับนักลงทุน ไม่ได้มุ่งการเท่าเทียมกันด้านภาษี (tariff) กล่าวคือ มุ่งให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากความเสียหายหรือผลกระทบที่เกิดแก่การลงทุนโดยเฉพาะ (harm to specific

⁴⁷ Ibid., p.62. ([Under GATT Article III (national treatment)] it is irrelevant that "the trade effects" of the tax differential between imported and domestic products, as reflected in the volumes of imports, are insignificant or even non-existent; Article III protects expectations not of any particular trade volume but rather of the equal competitive relationship between imported and domestic products.)

⁴⁸ ทักษิณัย ฤกษ์สุต, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก(WTO): บททั่วไป, หน้า 99.

investment) ไม่ใช่การคุ้มครองโอกาสในการแข่งขันที่เท่าเทียมกัน (competitive opportunities) ระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศเหมือนกฎหมายการค้า ทั้งนี้การจะพิสูจน์ว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนหรือไม่นั้น นอกจากจะแสดงให้เห็นว่ามาตรการหรือการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการหรือการกระทำของรัฐนั้นก่อให้เกิดผลกระทบหรือเกิดความเสียหายแก่การลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศด้วย กล่าวคือ แม้มาตรการนั้นจะเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่หากไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติแต่อย่างใด ตัวอย่างคดีที่กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น

(1) **คดี Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt**⁴⁹ อนุญาโตตุลาการกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติว่า คือการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศและการให้การรับรองแก่นักลงทุนต่างชาติว่า การลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนอื่นในสภาวะการณ์เดียวกัน เพราะเหตุแห่งสัญชาติของนักลงทุน⁵⁰

(2) **คดี S.D. Myers** ได้กล่าวถึงการที่จะถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติไว้ว่า แม้จะมีเจตนาที่จะปกป้องนักลงทุนภายในของตน ไม่จำเป็นเสมอไปที่จะถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ ถ้ามาตรการหรือการปฏิบัติของรัฐนั้นไม่ส่งผลกระทบต่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้นคำว่า “ปฏิบัติ” (treatment) ที่แตกต่าง ที่จะถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติต้องส่งผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุน ไม่เพียงแต่แค่มีเจตนาหรือมีแรงจูงใจเพื่อปกป้องนักลงทุนภายในของตนเท่านั้น⁵¹

⁴⁹ Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9 (Oct. 27, 2006), para. 126.

⁵⁰ The purpose of Art.II (2)(a) is to promote foreign investment and to guarantee the foreign investor that his investment will not because of his foreign nationality be accorded a treatment less favourable than that accorded to others in like situations.

⁵¹ The intent factor is important, but protectionist intent is not necessarily decisive in every case. An intent to favour nationals over non-nationals would not give rise to a breach of Chapter 1102 (National Treatment) of NAFTA if the actual measure

3.4.3 ขอบเขตการใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติ

3.4.3.1 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

ขอบเขตการใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้า: จำกัดอยู่ที่การปฏิบัติต่อตัวสินค้า (Products base) เท่านั้น กล่าวคือ หากสินค้าที่นำเข้ามาจากต่างประเทศกับสินค้าภายในประเทศ เป็นสินค้าชนิดเดียวกันจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยพิจารณาจากมาตรา 3 ของ GATT

3.4.3.2 กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

กรณีหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการลงทุนนั้น: มีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างกว่าหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้า กล่าวคือ ประเทศผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างประเทศเท่าเทียมกับนักลงทุนในประเทศ ในทุกๆส่วนที่เกี่ยวกับกิจกรรมของการลงทุน ไม่เฉพาะแต่เพียงตัวสินค้าหรือบริการที่ผลิตโดยนักลงทุนต่างประเทศอย่างกฎหมายการค้าเท่านั้น โดยจากการศึกษาของ UNCTAD⁵² ได้ตั้งข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างหลักปฏิบัติอย่างชาติ

produced has no adverse effects. The word "treatment" suggests that practical impact is required to produce a breach of 1102, not merely motive or intent that are in principle contrary to NAFTA norms.

⁵² UNCTAD, NATIONAL TREATMENT, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. (New York and Geneva : United Nations, 1999), p. 9. (The scope of national treatment in the investment field goes well beyond its use in trade agreements. In particular, the reference to "products" in article III of the GATT is inadequate for investment agreements in that it restricts national treatment to trade in goods. The activities of foreign investors in their host countries encompass a wide array of operations, including international trade in products, trade in components, know-how and technology, local production and distribution, the raising of finance capital and the provision of services, not to mention the range of transactions involved in the creation and administration of a business enterprise. Hence, wider categories of economic transactions may be subjected to national treatment disciplines under investment agreements than under trade agreements.)

ของกฎหมายการค้าและการลงทุนว่า: ขอบเขตของการใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติอย่างชาติในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนนั้นกว้างกว่าสนธิสัญญาทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณา มาตรา 3 ของ GATT ก็จะเป็น หลักปฏิบัติอย่างชาติเป็นการปฏิบัติเฉพาะต่อตัวสินค้าเท่านั้น ไม่ครอบคลุมในเรื่องอื่นๆ จึงไม่เพียงพอที่จะใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติของการค้าสินค้ากับสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุน ที่มีการดำเนินการในกิจกรรมต่างๆของนักลงทุนจากต่างประเทศในประเทศผู้รับการลงทุนอย่างมากมาย ทั้งการค้าสินค้าระหว่างประเทศ การค้าในส่วนประกอบ การถ่ายทอดเทคโนโลยีและความรู้ การผลิตและจำหน่ายในท้องถิ่น การเพิ่มทุน และการเพิ่มการบริการ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากขอบเขตการใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนแล้ว ก็พบว่า ได้กำหนดถึงขอบเขตการใช้บังคับของหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ครอบคลุมถึงกิจกรรมต่างๆของการลงทุน ตั้งแต่การเข้ามาตั้งกิจการในประเทศผู้รับการลงทุน การขยายกิจการ การดูแลรักษา การใช้สิทธิต่างๆ รวมถึงการซื้อกิจการที่ลงทุน

ตัวอย่างขอบเขตการบังคับใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น

(1) **สนธิสัญญาระหว่างประเทศญี่ปุ่นและเวียดนามเกี่ยวกับการลงทุน** (BIT between Japan and Viet Nam, 2003) ซึ่งกำหนดขอบเขตการใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ในมาตรา 2 ข้อ 1 ว่า ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติในดินแดนของตนต่อนักลงทุนและการลงทุนของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน โดยปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่ นักลงทุนและการลงทุนของตน ในเรื่องการก่อตั้งการลงทุน การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การดำเนินการ การบริหารงาน การดูแลรักษา การใช้ การใช้สิทธิ และการซื้อหรือการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งการลงทุน⁵³

⁵³ BIT between Japan and Viet Nam (2003): Article 2

1. Each Contracting Party shall in its Area accord to investors of the other Contracting Party and to their investments treatment no less favourable than the treatment it accords in like circumstances to its own investors and their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management,

(2) สนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐตุรกีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน⁵⁴

กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ใน ข้อ 4 หลักปฏิบัติต่อการลงทุน

“ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติในดินแดนของตนต่อนักลงทุนของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในเรื่องของการจัดการ การบำรุงรักษา การใช้ การแสวงประโยชน์ หรือการจำหน่ายถ่ายโอนการลงทุนของนักลงทุนเหล่านั้น ที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่ นักลงทุนของตน หรือนักลงทุนของรัฐที่สามใดๆ แล้วแต่กรณีใดจะเป็นคุณกว่ากัน”

(3) ข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและชิลี: บทที่ 10 การลงทุน

ข้อ 10.2 หลักปฏิบัติอย่างชาติ: กำหนดให้นักลงทุนและการลงทุนของประเทศคู่ภาคีจะต้องได้รับการปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่า นักลงทุนหรือการลงทุนของประเทศตนซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน ทั้งในเรื่องการตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารงาน พฤติกรรม การจัดการ และการขาย (Article 10.2: National Treatment)

ดังนั้นเมื่อเทียบขอบเขตการบังคับใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ใช้กับการลงทุน (ที่ใช้กับทั้งการตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารงาน พฤติกรรม การจัดการ และการขาย) จึงกว้างหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ใช้กับการค้า (ที่ใช้กับเฉพาะตัวสินค้าชนิดเดียวกันเท่านั้น)

ดังนั้นเมื่อผลการศึกษาค้นพบว่า การค้ากับการลงทุนระหว่างประเทศนั้น มีความแตกต่างกัน ทั้งประเด็นของลักษณะของการค้าและการลงทุน รวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับการค้าระหว่างประเทศกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุนระหว่างประเทศ ก็มีความแตกต่างกันอย่างมาก เมื่อเป็นเช่นนี้ เกณฑ์ในการพิจารณาหลักปฏิบัติอย่างชาติของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ (การตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน) จึงไม่ควรใช้เกณฑ์เดียวกับการพิจารณาหลักปฏิบัติอย่างชาติของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments (hereinafter referred to as “investment activities”) [...]

⁵⁴ กรมสนธิสัญญา กระทรวงต่างประเทศ, “สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty - BIT),” วารสารกฎหมาย 26 ฉบับที่ 1(2550): 121.

3.5 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้าและการลงทุน

ประเด็น	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ GATT Article III	กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ
รูปแบบการข้ามแดน ความเสี่ยง และผลกระทบ	<ul style="list-style-type: none"> ● เฉพาะแต่สินค้าเท่านั้นที่ข้ามแดน ● ผลกระทบที่เกิดแก่ประเทศที่นำเข้าเกิดจากการที่สินค้าไม่ได้มาตรฐานหรือเป็นสินค้าอันตราย ● ความเสี่ยงต่อผู้ขายสินค้า มักจะอยู่ในรูปของความเสี่ยงเชิงพาณิชย์ที่เกิดจากการขายสินค้านั้นไม่ได้ 	<ul style="list-style-type: none"> ● สิ่งที่ข้ามแดนของการลงทุนจากต่างประเทศ เช่น เงินทุน การสร้างโรงงานเพื่อทำการผลิตสินค้า การนำเข้าเทคโนโลยีที่จำเป็นในการประกอบกิจการ การนำเข้าเครื่องจักร อุปกรณ์ที่จำเป็นในการผลิต การนำเข้าแรงงานฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ ● ผลกระทบต่อประเทศผู้รับการลงทุนเกิดจากกิจกรรมต่างๆที่เกิดจากการลงทุน เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การจ้างแรงงาน ผลกระทบต่อการแข่งขันของนักลงทุนในประเทศ ฯลฯ ● มีทั้งความเสี่ยงที่เป็นความเสี่ยงเชิงพาณิชย์และความเสี่ยงที่ไม่ได้เชิงพาณิชย์ เช่น การยึดกิจการ การห้ามโอนเงินหรือกำไรออกนอกประเทศ หรือความเสี่ยงจากสงครามกลางเมือง หรือ การเปลี่ยนแปลงนโยบายทางการเมือง เป็นต้น
พัฒนาการของกฎหมาย	<ul style="list-style-type: none"> ● พัฒนาจากการที่ประเทศต่างๆ สร้างอุปสรรคทางการค้าเพื่อกีดกันสินค้าต่างประเทศ จึงมีการจัดตั้ง GATT เพื่อแก้ปัญหาอุปสรรคการค้าระหว่างประเทศ 	<ul style="list-style-type: none"> ● พัฒนาจากการที่ประเทศผู้ส่งออกการลงทุน (ประเทศพัฒนาแล้ว) เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ในขณะนั้น ไม่อาจให้การคุ้มครองนัก

ประเด็น	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ GATT Article III	กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ
	ขณะนั้น โดยมีการสร้างระบบการค้าเสรี การแข่งขันที่เป็นธรรม เพื่อลดการกีดกันทางการค้าและมีการพัฒนากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับทางการค้าขึ้นมา	ลงทุนของตนได้อย่างเต็มที่ จึงหันมาใช้วิธีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BIT) โดยกำหนดพันธะให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องคุ้มครองนักลงทุนต่างประเทศมากขึ้น
วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมาย	<ul style="list-style-type: none"> ● กฎหมายการค้ามุ่งให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เสรี และการเปิดตลาดสินค้า 	<ul style="list-style-type: none"> ● มุ่งการส่งเสริมและคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนจากต่างประเทศ
การระงับข้อพิพาท	<ul style="list-style-type: none"> ● เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ 	<ul style="list-style-type: none"> ● เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ
ข้อยกเว้นทั่วไป	<p>ยอมรับข้อยกเว้นเกี่ยวกับสิ่งแวดลอม</p> <ul style="list-style-type: none"> ● มาตรา 20 ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ของความตกลง GATT 1994 ● ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) ● ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรฐานสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Standards: SPS) 	<ul style="list-style-type: none"> ● มักไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) เกี่ยวกับสิ่งแวดลอมไว้ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อตกลงการค้าเสรี)
การเยียวยาเสียหาย กรณีการละเมิดความตกลง	<ul style="list-style-type: none"> ● มุ่งให้รัฐที่ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับความตกลงฯ ปฏิบัติให้สอดคล้องกับความตกลงฯ เช่น การยกเลิกมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงฯ 	<ul style="list-style-type: none"> ● รัฐต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่นักลงทุนเมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุน แต่รัฐไม่มีหน้าที่ต้องยกเลิกกฎหมาย ที่เป็นการละเมิดความตกลง

ประเด็น	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ GATT Article III	กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ
	<ul style="list-style-type: none"> ● การเรียกค่าเสียหายเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว และเกิดจากความยินยอมของกลุ่มพิพาททั้งสองฝ่าย 	
การใช้คำที่ต่างกัน	<ul style="list-style-type: none"> ● สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) 	<ul style="list-style-type: none"> ● สภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstances)
วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติ	<ul style="list-style-type: none"> ● การสร้างสภาพการตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างเท่าเทียมกัน (competitive condition) ระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ ● เพื่อการหลีกเลี่ยงการกีดกันทางการค้า (Protectionism) ● แต่ไม่ได้พิจารณาว่ามาตรการของรัฐจะส่งผลกระทบต่อผลทางการค้า (the trade effects) หรือผลกระทบต่อปริมาณการขายหรือไม่ 	<ul style="list-style-type: none"> ● เพื่อปกป้องนักลงทุนต่างชาติจากการเลือกปฏิบัติของรัฐบาลที่จะส่งผลกระทบต่อให้เกิดความเสียหายแก่การลงทุน (harm to specific investment) ● ไม่พิจารณาโอกาสในการแข่งขัน (competitive opportunities) เพราะแม้มาตรการของรัฐจะทำให้ให้นักลงทุนในประเทศกับนักลงทุนต่างชาติได้รับโอกาสในการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมกัน แต่หากไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักลงทุนต่างชาติ ก็ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติ
ขอบเขตการบังคับใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติ	<ul style="list-style-type: none"> ● คลอบคลุมเฉพาะตัวสินค้า (Products base) 	<ul style="list-style-type: none"> ● คลอบคลุมกิจกรรมอย่างกว้าง เช่น การก่อตั้งการลงทุน การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การดำเนินการ การบริหารงาน การดูแลรักษา การใช้ การใช้สิทธิ และการซื้อหรือการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งการลงทุน

3.6 ตัวอย่างการตีความคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” (in like circumstances) โดยคำนึงถึงความแตกต่างของการค้าและการลงทุน

เนื่องจากการค้าและการลงทุนมีลักษณะที่แตกต่างกัน รวมทั้งกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศก็มีความแตกต่างกันในหลายด้าน ดังนั้นการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติหรือไม่ ก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ต่างกัน โดยการพิจารณาว่ามีการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศหรือไม่ ต้องพิจารณาในทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน จะพิจารณาเช่นอย่างกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มุ่งโอกาสในการแข่งขันกันเพียงเท่านั้นไม่ได้ เช่น

(1) ร่างข้อตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน (MAI): ANNEX: PACKAGE OF PROPOSALS FOR TEXT ON ENVIRONMENT AND LABOUR กล่าวถึง การตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstances) ในหลักปฏิบัติอย่างชาติ ว่า ในการตีความว่า มาตรการของรัฐเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ควรจะต้องพิจารณาทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับ สภาวะการณ์ที่เกี่ยวข้องกับนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติ ตลอดจนเกี่ยวข้องกับนักลงทุนหรือการลงทุนในประเทศเอง ไม่ใช่พิจารณาเฉพาะลักษณะทางกายภาพว่าเป็นการลงทุนที่ประกอบกิจการประเภทเดียวกันหรือแข่งขันกันหรือไม่⁵⁵

(2) ร่างความตกลงระหว่างประเทศเพื่อการลงทุนที่ยั่งยืน

โดยสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (IISD) ได้มีการยกร่างความตกลงระหว่างประเทศเพื่อการลงทุนที่ยั่งยืน (IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development) ขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นต้นแบบของการทำความตกลงระหว่างประเทศแก่ประเทศต่างๆ โดยในข้อ 5 (E) ของ IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development⁵⁶ ได้กล่าวถึง ปัจจัยที่ใช้ในการตีความ คำว่า ในสภาวะการณ์

⁵⁵ Interpretative Note: The objective of "in like circumstances" is to permit the consideration of all relevant circumstances, including those relating to a foreign investor and its investments, in deciding to which domestic or third country investors and investments they should appropriately be compared.

⁵⁶ Article 5: National treatment

เดียวกันของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศว่า ต้องพิจารณาเป็นกรณีกรณีไป โดยต้องพิจารณาในบริบททุกด้าน ของทุกสถานการณ์ที่เกี่ยวกับการลงทุน โดยได้ยกตัวอย่างของปัจจัยที่ใช้ประกอบการพิจารณาเช่น ผลกระทบต่อบุคคลที่สาม หรือของชุมชนท้องถิ่น, ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของชาติ ของภูมิภาค ของท้องถิ่น หรือ ของโลก ประเภทของการลงทุน ความมุ่งหมายของมาตรการ ปัจจัยอื่น ๆ ที่สัมพันธ์กับการลงทุนของนักลงทุน และเน้นย้ำว่าในการพิจารณาต้องกระทำโดยรอบด้านโดยไม่ถูกจำกัดหรือโน้มเอียงต่อปัจจัยอันใดอันหนึ่ง

(3) The US Statement of Administrative Action, 1993

โดยหลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าทำข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือแล้วก็ได้ออก Statement of Administrative Action เพื่อใช้อธิบายการปรับใช้ข้อบทของ NAFTA ในประเด็นสำคัญๆ โดยที่หลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ก็เป็นข้อบทหนึ่งที่ถูกนำมาอธิบาย แต่เป็นการอธิบายการปรับใช้หลัก NT ในการค้าบริการข้ามแดน (Cross-Border Trade in Services)

อย่างไรก็ตามแม้ว่ากรณีนี้จะเป็นการอธิบายหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ในการค้าบริการข้ามแดน (Cross-Border Trade in Services) ตามมาตรา 1202 แต่ผู้เขียนเห็นว่าคำอธิบายเช่น

(E) For greater certainty, the concept of “in like circumstances” requires an overall examination, on a case-by-case basis, of **all the circumstances of an investment**, including, inter alia:

- a) its effects on third persons and the local community;
- b) its effects upon the local, regional or national environment, or the global commons
- c) the sector the investor is in;
- d) the aim of the measure concerned;
- e) the regulatory process generally applied in relation to the measure concerned; and
- f) other factors directly related to the investment of investor in relation to the measure concerned.

The examination shall not be limited to or biased toward any one factor.

ว่านี้สามารถนำมาใช้กับหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ในส่วนการลงทุน chapter 11 (มาตรา 1102) ได้ ทั้งนี้เนื่องจากทั้งหลักปฏิบัติอย่างชาติทั้งส่วนการค้าบริการและการลงทุน ต่างก็ใช้ถ้อยคำเหมือนกัน คือ treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances

โดย The US Statement of Administrative Action ได้อธิบายเกี่ยวกับการปรับใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ตามบทบัญญัติมาตรา Article 1202 (...treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances...) ว่า หลักปฏิบัติอย่างชาติ ไม่ได้หมายความว่าผู้ให้บริการของประเทศแคนาดาและเม็กซิโก ต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันกับบริษัทผู้ให้บริการของสหรัฐอเมริกาเสมอ บริษัทผู้ให้บริการต่างประเทศอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับบริษัทผู้ให้บริการอเมริกาได้ หากอยู่ในสถานการณ์ที่ทำให้รัฐต้องให้การรับประกัน ตัวอย่างเช่น รัฐอาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องพิเศษกับบริษัทผู้ให้บริการแคนาดาและเม็กซิโก หากมีความจำเป็นที่จะปกป้องผู้บริโภคของสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ได้อยู่ในระดับเดียวกับที่ผู้บริโภคได้รับการปกป้องจากบริษัทผู้ให้บริการ ในประเทศ..⁵⁷

ดังนั้นหากนำเอาแนวทางการอธิบายการปรับใช้หลัก NTดังกล่าวข้างต้น มาปรับกับการลงทุนของบทที่ 11 ก็ย่อมหมายความว่า นักลงทุนต่างชาติอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากนักลงทุนในประเทศได้ แม้นักลงทุนทั้ง 2 ฝ่าย จะดำเนินการในธุรกิจประเภทเดียวกันหรือลักษณะเดียวกัน (same sector) หากอยู่ในสถานการณ์ที่สมเหตุสมผลหรือรัฐต้องให้การรับประกัน (circumstances warrant) ดังนั้น กรณีหากการลงทุนของนักลงทุนในประเทศไม่ส่งผลกระทบต่อ

⁵⁷ Government of the United States, North American Free Trade Agreement Implementation Act: Statement of Administrative Action November 1993, p.152. (The "no less favorable" standard applied in Articles 1202 and 1203 does not require that service providers from other NAFTA countries receive the same or even "equal" treatment as that provided to local companies or other foreign firms. Foreign service providers can be treated differently if circumstances warrant. For example, a State may impose special requirements on Canadian and Mexican service providers if necessary to protect consumers to the same degree as they are protected in respect of local firms...)

สิ่งแวดลอมเลย ตรงข้ามกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ที่มีการปล่อยควันพิษ น้ำเสีย หรือมีการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เช่นนี้ต้องถือว่ามีสภาพการณ์ที่ทำให้รัฐต้องให้การรับประกัน ดังนั้นการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะออกมาตราการหรือกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งแก่นักลงทุนต่างชาติเพื่อไม่ให้การลงทุนนั้นทำลายสิ่งแวดล้อมอันเป็นการปกป้องประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งประชาชนของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นได้รับการปกป้องในลักษณะเช่นนั้นอยู่แล้วจากการลงทุนของนักลงทุนในประเทศ เช่นนี้ต้องถือว่าการออกมาตราการหรือการกำหนดเงื่อนไขของรัฐที่มีผลบังคับต่อนักลงทุนต่างชาติฝ่ายเดียวนั้น ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติตามมาตรา 1102

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาที่เห็นว่าไม่ควรนำหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้ามาใช้ในการลงทุน เช่น ในคดี *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*⁵⁸ โดยในคดีนี้ ได้ปฏิเสธที่จะนำเอาแนวคิดในการตีความหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้า มาใช้ตัดสินกับกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน

โดยอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า คำว่า สภาพการณ์เดียวกัน (in like situation) ไม่อาจตีความอย่างแคบ ตามข้ออ้างของบริษัท Occidental Exploration and Production Company จึงจะพิจารณาเพียงว่า บริษัท Occidental Exploration and Production Company กับผู้ผลิตในประเทศ เป็นประกอบการประเภทเดียวกัน (sector) เท่านั้นไม่ได้⁵⁹ หลักปฏิบัติอย่างชาติใน GATT/WTO กับหลักปฏิบัติอย่างชาติในคดีนี้ (การลงทุน) มีวัตถุประสงค์ที่ตรงกันข้ามกัน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติอย่างชาติสำหรับข้อพิพาทนี้ (ข้อพิพาทการลงทุน) เพื่อไม่ให้ผู้ส่งออก (นักลงทุนต่างประเทศ) เสียเปรียบจากเก็บภาษีโดยอ้อมในประเทศผู้รับการลงทุน ตรงกันข้ามกับหลักปฏิบัติอย่างชาติใน GATT/WTO ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น ที่เป็นการทำให้เกิดการบิดเบือนการแข่งขันระหว่างสินค้าที่นำเข้ากับสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศผู้นำเข้า โดยการใช้อนุญาโตตุลาการทางภาษีหรือข้อบังคับอื่นๆของประเทศผู้นำเข้านั้นนอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการยังได้ตั้งข้อสังเกตว่า มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันระหว่างหลักปฏิบัติอย่างชาติ

⁵⁸ *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Award of 1 July 2004.

⁵⁹ *bid.*, para.173

ในกฎหมายการค้าและกฎหมายการลงทุน โดยGATT/WTO เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ขณะที่ BIT เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (like situation)⁶⁰



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁰ Ibid., para. 175-176.

บทที่ 4

หลักการยึดทรัพย์โดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการศึกษาหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงหลักการ Regulatory Taking ของสหรัฐอเมริกาให้เข้าใจก่อน ทั้งนี้เนื่องจากแนวคิด Regulatory Taking เป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อการพิจารณาหลักการยึดทรัพย์ในกฎหมายระหว่างประเทศ¹

4.1 หลักยึดทรัพย์โดยอ้อมของสหรัฐอเมริกา (Regulatory Taking)

4.1.1 พัฒนาการของหลักยึดทรัพย์ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา

หลักการยึดทรัพย์โดยอ้อม หรือ Regulatory Taking เป็นหลักการที่ถูกพัฒนาจากแนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่เคารพและให้ความสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นอย่างมาก ซึ่งรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเองก็ได้รับการคุ้มครอง โดยมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของอเมริกา² (the Fifth Amendment of the Bill of Rights of the United States Constitution) ว่า “เจ้าของทรัพย์สินนั้นจะไม่ถูกยึดทรัพย์ เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยปราศจากการใช้ค่าทดแทนที่ยุติธรรม” (“...nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”) และการยึดทรัพย์ยังต้องทำโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process Clause) ตามที่กำหนดใน The Fourteenth Amendment of the Bill of Rights of the United States Constitution ว่า “รัฐไม่อาจยึดชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สินของบุคคลได้ โดยปราศจากกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (No state shall deprive any person of life, liberty or property, without due process of law) ดังนั้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ทรัพย์สินหรือที่ดินของเอกชนนั้นจะถูกรัฐยึดได้ ก็ต่อเมื่อประกอบด้วยเงื่อนไขดังนี้ คือ ต้องเป็นการยึดทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะ กระทำด้วย

¹ M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), p 294.

² U.S. Const. amend. V.

กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐนั้นจะได้ชดใช้ค่าทดแทนอย่างยุติธรรม มิฉะนั้นรัฐจะยึดทรัพย์สินของเอกชนไม่ได้

โดยในช่วงก่อนศตวรรษที่ 20 (ก่อน ค.ศ. 1922) การยึดทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองนั้น หมายถึงการยึดทรัพย์สินที่เป็นการยึดทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นการยึดทางกายภาพโดยตรงเท่านั้น (Physical Taking) กล่าวคือมีการโอนสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การยึดที่ดินของเอกชนไปเพื่อทำถนน ทำเขื่อน สร้างโรงเรียน ฯลฯ อีกกรณีหนึ่งคือการรุกล้ำสิทธิของเอกชน (invasion of private property) เช่นการที่รัฐสร้างเขื่อนเพื่อป้องกันการไหลบ่าของน้ำ แต่การสร้างเขื่อนนี้มีผลทำให้ที่ดินของเอกชนที่อยู่เหนือเขื่อนถูกน้ำท่วม กรณีเช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินของเอกชน ที่รัฐต้องชดใช้ค่าทดแทน³ แต่ในช่วงเวลาดังกล่าว การยึดทรัพย์สินยังไม่ครอบคลุมถึงการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม หรือ การออกมาตรการหรือข้อบังคับของรัฐแล้วมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้นในช่วงเวลาดังกล่าวแม้การออกมาตรการของรัฐจะมีผลกระทบต่อการใช้ หรือต่อผลประโยชน์ในทรัพย์สินของเอกชน ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินแต่อย่างใด⁴

โดยในช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นที่ยอมรับว่า การออกมาตรการของรัฐแม้จะส่งผลกระทบต่อเจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของที่ดิน หากการออกมาตรการของรัฐนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณะสุข เพื่อความปลอดภัยสาธารณะ และเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการคุ้มครองระบบนิเวศน์ ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยปกติและเป็นการเหมาะสม⁵ ดังนั้นในช่วงเวลาดังกล่าวจึงไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมแต่อย่างใด

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³ คดี Pumpelly v. Green Bay County (1871)

⁴ Harvey M. Jacobs. "The Future of the Regulatory Takings Issue in the United States and Europe: Divergence or Convergence?" *The Urban Lawyer* Vol. 40, No. 1 (Winter 2008), p.53-54.

⁵ Ibid., p.54.

ตัวอย่างคดีในศตวรรษที่ 19 ที่รับรองว่าการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ เช่น คดี *Mugler v. Kansas*⁶ โดย the State of Kansas ได้ห้ามการผลิต การจำหน่าย และการบริโภคแอลกอฮอล์ โดยผู้ผลิตแอลกอฮอล์ก็อ้างว่าการออกกฎหมายดังกล่าวถือเป็นการยึดโรงงานผลิตแอลกอฮอล์ แต่ศาลได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า การออกกฎหมายห้ามใช้ทรัพย์สินที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ต่อศีลธรรม หรือ เพื่อปกป้องสังคม ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ เนื่องจากเจ้าของทรัพย์สินยังคงควบคุมและใช้ทรัพย์สินของตนเองได้ โดยไม่มีการจำกัดสิทธิเจ้าของในการที่จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินแต่อย่างใด⁷ ดังนั้นในคดีนี้จึงสรุปได้ว่า หากรัฐใช้อำนาจเพื่อป้องกันอันตรายต่อสุขภาพ ต่อศีลธรรม หรือเพื่อปกป้องสังคม แม้จะมีผลกระทบต่อเจ้าของทรัพย์สินก็ไม่เป็นเหตุทำให้รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยแต่อย่างใด

แต่เมื่อเริ่มเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 เมื่อสภาพสังคมของสหรัฐอเมริกาได้มีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมไปอย่างมาก ทั้งการอพยพของผู้คนมากมายเข้ามาในสหรัฐอเมริกา การเคลื่อนย้ายของคนชนบทเข้าสู่ชุมชนเมือง รวมถึงการขยายตัวของภาคอุตสาหกรรม จึงส่งผลกระทบทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วต่อสภาวะแวดล้อม ลักษณะทางภูมิประเทศ และผังเมือง จึงเป็นเหตุให้เมืองต่างๆของสหรัฐอเมริกา ต้องออกมาตรการ ข้อบังคับมาเพื่อควบคุม และจัดการการทำกิจกรรมต่างๆในเมืองของตน ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสุขอนามัย และเพื่อความปลอดภัยสาธารณะ ซึ่งก็ส่งผลให้เจ้าของที่ดิน รวมทั้งที่ดินของบริษัทต่างๆที่ประกอบกิจการในเมืองนั้นๆได้รับ

⁶ *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) (คดี *Mugler v. Kansas* ศาลตัดสินในปี ค.ศ.1887 ว่า ข้อห้ามใช้ทรัพย์สินเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อประโยชน์มหาชนเกี่ยวกับสุขอนามัย ศีลธรรม หรือความปลอดภัยของสังคม ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ของเอกชน)

⁷ 123 U.S. 623 (1887), p. 668-69. (The Court denied the claim and held that: A prohibition simply upon the use of property for purposes that are declared by valid legislation to be injurious to the health, morals, or safety of the community, cannot, in any just sense be deemed a taking or an appropriation of property for the public benefit. Such legislation does not disturb the owner in the control or use of his property for lawful purposes, nor restrict his right to dispose of it, but is only a declaration by the State that its use by any one, for certain forbidden purposes, is prejudicial to the public interests.)

ผลกระทบจากการออกมาตรการดังกล่าว⁸ ดังนั้นเมื่อบริษัทและเจ้าของที่ดินได้รับผลกระทบจำนวนมากขึ้น ก็เริ่มมีการตั้งข้อสงสัยถึงความเหมาะสมในการออกมาตรการต่างๆของรัฐ กับขนาดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของเอกชน ดังนั้นแนวคิดเรื่องการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมจึงเริ่มพัฒนาขึ้นมาในช่วงศตวรรษที่ 20 นี้เอง⁹

โดยคดีแรกที่ยอมรับว่าการออกมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น อาจถือเป็นการยึดทรัพย์สินได้ แม้ว่าจะไม่มีผลเป็นการยึดทรัพย์สินทางกายภาพหรือไม่มี การโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของ (physical taking) คือ คดี Pennsylvania Coal Co. v. Mahon¹⁰ โดยในปี ค.ศ. 1922 รัฐ Pennsylvania ได้ออกกฎหมายชื่อ Kohler Act ห้ามมิให้มีการทำเหมือง ถ่านหินที่อยู่ใต้ดินในเขตเมือง ซึ่งเป็นเขตที่อยู่อาศัยของชุมชน ทั้งนี้เพื่อป้องกันการถล่มของดิน จึง เป็นเหตุให้บริษัทชื่อ Mahon ซึ่งทำถ่านหิน อ้างว่า กฎหมายดังกล่าวทำให้ไม่สามารถที่จะนำถ่าน หินที่อยู่ใต้ดินในเขตเมืองนั้นออกมาใช้ได้เลย ซึ่งเท่ากับเป็นการยึดทรัพย์สิน แต่รัฐ Pennsylvania ก็ ได้โต้แย้งว่าการออกกฎหมายดังกล่าวเป็นการใช้ police power เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในคดีนี้ผู้พิพากษา Oliver Wendell Holmes, Jr เห็นว่า รัฐบาลนั้นสามารถที่จะออกกฎหมายมา จำกัดการใช้ทรัพย์สินได้ แต่อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายจำกัดการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวอาจถือ เป็นการยึดทรัพย์สินได้ หากการควบคุมนั้นเกินขอบเขต (goes too far)¹¹ (แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ขณะเดียวกันผู้พิพากษา Oliver ก็ให้ความเห็นที่ขัดกับคำตัดสินของตนว่า รัฐบาลนั้นจะไม่สามารถที่จะ

⁸ Harvey M. Jacobs. "The Future of the Regulatory Takings Issue in the United States and Europe: Divergence or Convergence?", *The Urban Lawyer*, Vol. 40, No. 1 (Winter 2008): 54.

⁹ อย่างไรก็ตามในช่วงต้นของศตวรรษที่ 20 ในคดี Hadacheck v. Sebastian ในปี 1915 ศาลสูงสหรัฐอเมริกา ได้ตัดสินโดยยืนยันถึงสิทธิของรัฐในการออกมาตรการ โดยไม่มีพันธะในการ ชดเชยค่าทดแทนแต่อย่างใด

¹⁰ Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922)

¹¹ Ibid., p.415. (...recognized that government must have the ability to enact restrictions on the use of property, but held, however, that "while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a 'taking'.')

ทำหน้าที่ได้เลย หากไม่อาจที่จะลดคุณค่าในทรัพย์สินของเอกชนได้ โดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน ภายใต้การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police power)¹²

อย่างไรก็ดีความเห็นของผู้พิพากษา Oliver ก็ได้รับการโต้แย้งว่า ทำให้รัฐไม่อาจใช้อำนาจ police power ในการให้การคุ้มครองสาธารณะได้ ดังจะเห็นได้จากในคดีเดียวกันนี้มีผู้พิพากษา Justice Brandeis มีความเห็นที่แตกต่าง โดยเห็นว่า การจำกัดการใช้ทรัพย์สิน ทำได้หากมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพสาธารณะ ความปลอดภัยหรือคุณธรรม และไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สิน เช่นนี้เมื่อปรากฏว่ากฎหมาย the Kohler Act เป็นการห้ามการใช้ทรัพย์สินที่เป็นอันตราย และข้อห้ามดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะเป็นการตัดสิทธิการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สินในการได้รับผลประโยชน์ ก็ไม่เป็นการยึดทรัพย์สินของเอกชน¹³

จากคดีนี้เองก็เป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการแนวคิด Regulatory Taking หรือการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม โดยยอมรับว่าการยึดทรัพย์สินเกิดขึ้นได้ ทั้งที่เป็นการยึดทรัพย์สินทางกายภาพโดยตรงและการออกมาตรการหรือข้อบังคับของรัฐแล้วมีผลเป็นการจำกัดการใช้ทรัพย์สินของเอกชน (Regulatory Taking) อย่างไรก็ตามในคดีนี้ก็ไม่ได้ให้ความอย่างชัดเจนว่า มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไรว่าการออกข้อบังคับของรัฐจะถือว่าเกินขอบเขต (goes too far) หรือไม่

จนกระทั่งในช่วงปี ค.ศ.1970 ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดวันคุ้มครองโลก (Earth Day) ทำให้โลกตื่นตัวมากเกี่ยวกับการรักษาสิ่งแวดล้อม ส่งผลให้ในช่วงเวลาดังกล่าวรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการออกข้อบังคับ เพื่อจำกัดการใช้ทรัพย์สินและที่ดิน

¹² Ibid., p. 413. (Government hardly could go on if to some extent values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law. As long recognized some values are enjoyed under an implied limitation and must yield to the police power.)

¹³ Andrew Paul Newcombe, "Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?", (Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 1999.) p.12.

ของเอกชนเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทั้งเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ ที่ใกล้สูญพันธุ์ (endangered species) คุ้มครองพื้นที่ชุ่มน้ำ (wetlands protection) พื้นที่ชายฝั่งทะเล (shore land) แม่น้ำลำคลอง (waterways) การอนุรักษ์พื้นที่ทางประวัติศาสตร์ (historic preservation) รวมถึงป้องกันอันตรายต่างๆที่จะมีผลต่อธรรมชาติ ดังนั้นเมื่อก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพย์สินของเอกชนเป็นจำนวนมาก แนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของรัฐกับการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐจึงเริ่มมีการพัฒนาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

โดยเอกชนที่ได้รับผลกระทบจากการออกมาตรการของรัฐ ฟ้องคดีต่อศาลว่ามาตรการของรัฐเป็นการยึดทรัพย์สินของตน โดยในคดี Penn Central Transportation Co. v. City of New York¹⁴ เป็นกรณีที่รัฐ New York City ได้ออกกฎหมายชื่อ New York City's Landmarks Preservation Law (Landmarks Law) เพื่อกำหนดเขตพื้นที่อนุรักษ์ทางประวัติศาสตร์ โดยภายในพื้นที่ดังกล่าวจะมีการกำหนดรูปแบบของสิ่งปลูกสร้าง สถานที่ตั้ง และกำหนดหน้าที่ให้เจ้าของสิ่งก่อสร้างในเขตอนุรักษ์มีหน้าที่ต้องดูแลรักษาสิ่งก่อสร้างของตนให้ดี การจะก่อสร้าง ต่อเติม หรือเปลี่ยนแปลง ต้องได้รับอนุญาต บริษัท The Penn Central Transportation Co. ซึ่งเป็นเจ้าของ the Grand Central Terminal (ตั้งอยู่ในพื้นที่อนุรักษ์) ต้องการที่จะต่อเติมเพื่อสร้างสำนักงาน แต่ถูกปฏิเสธ ดังนั้น บริษัท The Penn Central Transportation Co. จึงได้ฟ้องว่า เป็นการยึดทรัพย์สินของตน

โดยในคดีนี้ศาลตัดสินว่า ไม่ถือเป็นการยึดทรัพย์สินบริษัท Penn Central Transportation โดยศาลได้สร้างความชัดเจนในการพิจารณาว่า เกณฑ์ในการพิจารณาว่า การออกมาตรการนั้น “มีลักษณะเกินขอบเขต (go to far)” หรือไม่ ต้องพิจารณาจาก 3 ปัจจัย¹⁵ คือ

- (1) ผลกระทบทางเศรษฐกิจของมาตรการดังกล่าวต่อเจ้าของทรัพย์สิน

¹⁴ Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978)

¹⁵ Ibid., 124 (the Court's decisions have identified several factors that have particular significance. The economic impact of the regulation on the claimant and, particularly, the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations are, of course, relevant considerations. ... [and the] the character of the governmental action)

(2) พิจารณาความคาดหวังของนักลงทุน และ

(3) พิจารณาลักษณะของการกระทำของรัฐ

ซึ่งคดีนี้ถือว่าเป็นการกำหนดแนวพิจารณาที่ชัดเจนว่า มาตรการของรัฐอย่างไรจึงจะถือว่าเกินขอบเขตหรือไม่

4.1.2 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับยึดทรัพย์โดยอ้อมของสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าในคดี Penn Central Transportation Co. v. City of New York จะกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดทรัพย์โดยอ้อมที่ชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกากลับพบว่า แนวคำพิพากษาในประเด็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมยังคงมีความแตกต่างและใช้เกณฑ์การพิจารณาที่หลากหลาย โดยศาลได้พิจารณาโดยอาศัยเหตุผลที่ต่างกัน ซึ่งอาจพิจารณาแนวคำพิพากษาได้ดังนี้

4.1.2.1 การพิจารณาจากผลกระทบทางเศรษฐกิจ

จากการศึกษาพบว่า ในหลายคดีศาลได้นำขนาดของผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือความเสียหายที่เอกชนได้รับจากมาตรการนั้นๆ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า การออกมาตรการหรือข้อบังคับของรัฐนั้นจะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์หรือไม่ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) ผลกระทบต้องถึงขนาดเป็นการปฏิเสธการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั้งหมด (All Economically Beneficial Use)

แนวคำพิพากษาในกลุ่มนี้เห็นว่า เมื่อการยึดทรัพย์โดยทั่วไปคือการที่รัฐโอนกรรมสิทธิ์ของเอกชนมาเป็นของรัฐ รัฐจึงมีพันธะที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่เจ้าของทรัพย์สิน เช่นนี้การที่จะถือว่าการออกมาตรการหรือการกระทำของรัฐที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์นั้น ก็ควรต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าของถึงขนาดที่เจ้าของไม่อาจใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นโดยสิ้นเชิงเช่นกัน ดังนั้นการที่มาตรการของรัฐนั้นส่งผลกระทบต่อเจ้าของเพียงเล็กน้อย หรือเป็นเพียงการลดคุณค่าทางเศรษฐกิจหรือเป็นการจำกัดสิทธิความเป็นเจ้าของเพียงบางส่วน เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม เช่น

คดี Lucas v. South Carolina Coastal Council ซึ่งตัดสินว่า การออกมาตรการของรัฐซึ่งเป็นการแทรกแซงทางกายภาพ (physical invasion) หรือเป็นการปฏิเสธสิทธิในการใช้ที่ดินทางเศรษฐกิจทั้งหมด (all economic use of land) ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ ที่ต้องใช้ค่าทดแทน โดยไม่คำนึงว่าการออกมาตรการของรัฐนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้นว่า แม้จะเป็นการปฏิเสธสิทธิในการใช้ที่ดินทั้งหมดก็ตาม แต่หากอยู่บนฐานของหลัก nuisance¹⁶ และกฎหมายทรัพย์สิน (property law) ก็ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์

คดี Agins v. City of Tiburón ที่พิจารณาหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อม จากผลกระทบทางเศรษฐกิจของเจ้าของทรัพย์สิน โดยที่ขนาดของผลกระทบต้องไม่ใช่เพียงกระทบเล็กน้อย แต่ต้องถึงขนาดเป็นการปฏิเสธสิทธิในการใช้ที่ดินทางเศรษฐกิจของเจ้าของที่ดินทั้งหมด (denies an owner economically viable use of his land)

(2) ผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของทรัพย์สินเพียงบางส่วน (partial taking)

Partial taking เป็นกรณีที่มาตราการหรือการกระทำของรัฐนั้นมีผลกระทบทำให้คุณค่าในทรัพย์สินลดลงเพียงบางส่วน แต่ไม่ถึงขนาดเป็นการปฏิเสธสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินโดยสิ้นเชิงหรือทั้งหมด โดยมีแนวคำพิพากษาของศาลสูงอเมริกาที่ยอมรับว่า การออกมาตรการหรือการกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของเจ้าของ แม้เพียงบางส่วนก็ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ได้ เช่น

คดี Palazzolo v. Rhode Island¹⁷ โดยคดีนี้เจ้าของที่ดินได้ขออนุญาตต่อรัฐ ก่อสร้างบนพื้นที่ 11 เอเคอร์ ซึ่งเป็น wetlands เพื่อการสร้างบ้าน 74 หลัง หรือสร้างคลับริมน้ำชายหาด ซึ่งรัฐก็ปฏิเสธการขออนุญาตดังกล่าว แต่อนุญาตให้สร้างบ้าน 1 หลังบนที่ดินนั้น ซึ่งเจ้าของที่ดินก็อ้างว่า

¹⁶ หลักความเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) เป็นกรณีที่มีการกระทำให้เกิดการรบกวน หรือเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น ซึ่งการรบกวนนั้นมีทั้งการรบกวนต่อสิทธิสาธารณะชน (Public Nuisance) เช่น การปิดกั้นทางหลวง และการรบกวนต่อสิทธิของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ (Private Nuisance) เช่น การปล่อยน้ำเสียหรือควันเข้าไปในที่ของเพื่อนบ้าน ผู้ที่เดือดร้อนสามารถดำเนินการให้ความเดือดร้อนทั้งหมดสิ้นไปโดยการฟ้องร้องดำเนินคดี

¹⁷ Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606 (2001)

ทำให้ไม่ได้ใช้สิทธิในที่ดินของตนถึง 94 % และเจ้าของที่ดินก็ได้คัดค้านการการนำ Lucas test มาใช้กับกรณีของตน

คดีนี้ศาลเห็นว่าไม่จำเป็นว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มาตราการของรัฐถึงขนาดทำให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจในการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทั้งหมด แม้เป็นเพียงมาตรการที่มีผลกระทบต่อเจ้าของทรัพย์สินเพียงบางส่วนก็อาจถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ได้ และในคดีนี้ศาลได้ตั้งข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างคดี Lucas และ คดี Penn Central ว่า หากเป็นการปฏิเสธการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของที่ดินโดยสิ้นเชิง ให้ใช้ปัจจัยในการพิจารณาเช่นเดียวกับคดี Lucas แต่กรณีที่ไม่ถึงขนาดเป็นการปฏิเสธการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของที่ดินโดยสมบูรณ์ เป็นแต่เพียงการลดคุณค่าหรือปฏิเสธสิทธิการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของเพียงบางส่วน กรณีเช่นนี้ให้ใช้ปัจจัยพิจารณาเช่นเดียวกับคดี Penn Central โดยพิจารณาจาก 3 ปัจจัยประกอบกัน คือ

- (ก) มาตรการนั้นเป็นการจำกัดการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของเจ้าของบางส่วน
- (ข) พิจารณาเหตุผลความคาดหวังของนักลงทุน และ
- (ค) พิจารณาลักษณะของการกระทำของรัฐ

(3) การพิจารณาระยะเวลาที่มาตรการนั้นมีผลบังคับ

Temporary taking เป็นการออกมาตรการหรือข้อบังคับของรัฐ ที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สิน แต่ต่อมาข้อบังคับดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปในภายหลัง เช่นกรณีเมื่อรัฐต้องการพัฒนาที่ดินบางพื้นที่ รัฐอาจกำหนดให้เจ้าของที่ดินที่อยู่ในพื้นที่ที่ต้องการพัฒนาหยุดการกระทำบางอย่างภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อให้รัฐสามารถพัฒนาพื้นที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและทำให้แผนพัฒนาพื้นที่นั้นบรรลุผล เป็นต้นว่า เมื่อรัฐต้องการพัฒนาแหล่งน้ำให้สะอาด รัฐก็อาจกำหนดห้ามมิให้เจ้าของที่ดินรอบแหล่งน้ำทำการไถเพื่อส่งผลกระทบต่อการพัฒนา จนกว่ารัฐจะทำการปรับปรุงน้ำให้สะอาด หรือวางระบบบำบัดน้ำเสียเสร็จสิ้น จึงก่อให้เกิดปัญหาว่าในระหว่างที่ข้อบังคับนั้นมีผลบังคับใช้อยู่ นั่น ถือได้หรือไม่ว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมของเจ้าของทรัพย์สินแล้ว

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล ก็พบว่าแนวคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวยังมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกัน โดยมีทั้งแนวคำพิพากษาที่เห็นว่า แม้ข้อบังคับนั้นจะมีผลใช้

บังคับเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่หากมีผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิประโยชน์ หรือเป็นการจำกัดการใช้ประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สิน ก็ถือเป็นการยึดทรัพย์โดยชั่วคราว (temporary taking) ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชย เช่น

(ก) **คดี First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles.**¹⁸ โดยในคดีนี้ โบสถ์ได้ซื้อที่ดินจำนวน 21 เอเคอร์ โดยที่มีบางส่วนของที่ดินนั้นตั้งอยู่ใน canyon ที่อยู่ขนานไปกับแม่น้ำซึ่งเป็นช่องทางระบายน้ำตามธรรมชาติ ซึ่งโบสถ์ก็ได้สร้างค่ายพัก (campground) ขึ้นในบริเวณนั้น ซึ่งเมื่อเกิดน้ำไหลบ่าก็ทำลายสิ่งก่อสร้างและค่ายพักของโบสถ์ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้รัฐ Los Angeles จึงออกกฎหมายที่ใช้บังคับชั่วคราว ห้ามไม่ให้มีการก่อสร้างในเขตพื้นที่ที่จะปกป้องการไหลบ่าของน้ำ ซึ่งพื้นที่นั้นก็รวมถึงบริเวณค่ายพักด้วย โบสถ์จึงเรียกร้องให้รัฐจ่ายค่าชดเชย จากการยึดทรัพย์ดังกล่าว

ซึ่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยให้กับเจ้าของที่ดิน จากการที่เจ้าของที่ดินต้องถูกปฏิเสธการใช้สิทธิในทรัพย์สินของเขาในระหว่างช่วงเวลาที่มาตรการนั้นใช้บังคับ ถึงแม้มาตรการนั้นจะมีผลเป็นการใช้บังคับเพียงชั่วคราวก็ตาม และนอกจากนั้นศาลยังให้เหตุผลว่า "Temporary takings" ที่ปฏิเสธการใช้สิทธิเจ้าของทั้งหมด ก็ไม่แตกต่างไปจากการยึดทรัพย์สินนั้นอย่างถาวร (permanent takings)¹⁹

อย่างไรก็ดีข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกัน กลับมีแนวคำพิพากษาที่ผลการตัดสินแตกต่างจากคดี First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ศาลเห็นว่าข้อบังคับหรือมาตรการของรัฐ ที่มีผลบังคับหรือส่งผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตนเพียงชั่วคราว ยังไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ เช่น

(ข) **คดี Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning**

¹⁸ First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304 (1987).

¹⁹ Ibid., at 319 (These cases reflect the fact that "temporary" takings which, as here, deny a landowner all use of his property, are not different in kind from permanent takings, for which the Constitution clearly requires compensation)

Agency²⁰ เป็นคดีที่รัฐกำหนดแผนพัฒนาทะเลสาบ the Lake Tahoe Basin โดยองค์กร The Tahoe Regional Planning Agency ได้กำหนด แผนในการพัฒนาทะเลสาบดังกล่าว 32 เดือน โดยแผนดังกล่าวได้ห้ามไม่ให้เจ้าของที่ดินที่อยู่ในพื้นที่ดังกล่าว กระทำการพัฒนาที่ดินของตน ในช่วงระยะเวลาที่กำหนด เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกัดเซาะของดินที่อาจเกิดขึ้นจากการพัฒนาที่อาจไหลลงสู่ทะเลสาบ ทำให้เจ้าของที่ดินประมาณ 400 คน ร้องว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นการยึดทรัพย์ของตน

ในคดีนี้ The District Court ตัดสินว่า ถือเป็น การยึดทรัพย์ เนื่องจากเป็นการเป็นการปฏิบัติการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั้งหมดของเจ้าของที่ดิน (all economic use of the property) แม้มาตรการนั้นจะเป็นเพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งก็ตาม แต่ The Ninth Circuit Court ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ว่าการห้ามเพียงชั่วคราวไม่ถือว่าการยึดทรัพย์ของเจ้าของทรัพย์สินโดยสมบูรณ์ (a categorical taking) โดยศาลสูงสหรัฐก็ได้ยืนตามคำตัดสินของ The Ninth Circuit Court ว่าไม่ถือว่าการยึดทรัพย์ของเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้นจึงไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยแต่อย่างใด²¹

(4) การพิจารณาว่าเจ้าของทรัพย์สินยังคงมีสิทธิอื่น ๆ ที่ใช้ได้หรือไม่ (the Parcel-as-a-Whole Rule)

แนวคำพิพากษาในกลุ่มนี้ เห็นว่า เนื่องจากสิทธิในความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอยู่หลายอย่าง ไม่ว่าจะ การจำหน่าย จ่าย โอน การให้เช่า การใช้ ฯลฯ ดังนั้น การที่มาตรการของรัฐมีผลกระทบต่อสิทธิความเป็นเจ้าของเพียงบางอย่าง (สิทธิอื่น ๆ ยังคงมีอยู่) ไม่ถือว่าการยึดทรัพย์โดยอ้อม การที่จะถือว่าการยึดทรัพย์นั้นต้องเป็นการที่มาตรการของรัฐนั้นมีผลต่อทรัพย์สินทั้งหมดของเจ้าของ เช่น

²⁰ Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002).

²¹ HOLLY DOREMUS, "TAKINGS AND TRANSITIONS", JOURNAL OF LAND USE (Vol. 19:1 Fall, 2003): 10.

(ก) **คดี Andrus v. Allard**²² ในคดีนี้ มีการออกกฎหมายชื่อ Eagle Protection Act and the Migratory Bird Treaty Act โดยผลของกฎหมายนี้ยอมให้มีการครอบครองเป็นเจ้าของและขนส่งได้ แต่ห้ามมิให้ทำการค้าขายชิ้นส่วนของนกอินทรีฯ ข้อห้ามดังกล่าวถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการยึดทรัพย์สินของเจ้าของ

คดีนี้ศาลตัดสินว่า เมื่อเจ้าของนั้นยังคงมีสิทธิในทรัพย์สิน (ชิ้นส่วนของนก) ของตนอย่างเต็มที่ การที่สิทธิเพียงบางอย่างของตนถูกจำกัด โดยที่สิทธิอื่นๆในทรัพย์สินของตนยังคงมีอยู่อย่างเต็มที่ กล่าวคือ เฉพาะสิทธิการขายเท่านั้นที่ถูกห้าม แต่สิทธิอื่นๆในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินยังคงมีอยู่เพียงเท่านี้ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินแต่อย่างใด²³

(ข) **คดี Penn Central Transportation Co. v New York City**²⁴ ศาลเห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวของคดีที่ผ่านมา โดยได้อธิบายไว้ว่า การตัดสินว่าเป็นการยึดทรัพย์สินหรือไม่นั้น ต้องไม่แยกพิจารณาสิทธิในทรัพย์สินประเภทหนึ่งออกจากสิทธิในทรัพย์สินอื่นๆ แต่ต้องพิจารณารวมกันทั้งหมด ดังนั้นการพิจารณาว่าเป็นการยึดทรัพย์สิน ศาลจะพิจารณาทั้งลักษณะของการกระทำของรัฐ และพิจารณาถึงการแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินทั้งหมด (the Parcel-as-a-Whole)

4.1.2.2 การพิจารณาประโยชน์สาธารณะ/วัตถุประสงค์สาธารณะ

จากแนวคำพิพากษาในกลุ่มนี้เห็นว่า การใช้อำนาจในการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ สุขอนามัย ความปลอดภัยของประชาชน ปกป้องคุณภาพของน้ำ อากาศ ปกป้องพื้นที่ทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อคุ้มครอง

²² Andrus v. Allard, 444 U.S. 51 (1979)

²³ Ibid. at 65-68.

²⁴ Penn Central Transportation Co. v New York City, 438 U.S. 104, at 130-131.

("Taking' jurisprudence does not divide a single parcel into discrete segments and attempt to determine whether rights in a particular segment have been entirely abrogated. In deciding whether a particular governmental action has effected a taking, this Court focuses rather both on the character of the action and on the nature of the interference with rights in the parcel as a whole - here the city tax block designated as the 'landmark site.'")

สิ่งแวดลอม ฯลฯ แม้ว่าจะมีผลกระทบต่อสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน ก็ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมและไม่ถือว่าเป็นขัดต่อรัฐธรรมนูญของอเมริกา หรืออาจกล่าวได้ว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police power) เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมที่รัฐต้องจ่ายค่าทดแทนนั่นเอง ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐ เช่น

คดี Miller v. Schoene²⁵ ซึ่งตัดสินในปี 1928 โดยในคดีนี้รัฐ Virginia ได้ออกคำสั่งให้ทำลายต้นสน เพื่อป้องกันต้นสนที่ติดโรคเชื้อราไม่ให้แพร่กระจายเชื้อไปสู่สวนแอปเปิลที่อยู่ใกล้เคียง ซึ่งแอปเปิลนั้นถือเป็นพืชที่สำคัญของ Virginia เจ้าของต้นสนที่ติดเชื้อราจึงอ้างว่าคำสั่งให้ตัดต้นสนดังกล่าว เท่ากับเป็นการยึดทรัพย์สินของตน

ในคดีนี้ศาลปฏิเสธข้ออ้างที่ว่า เป็นการยึดทรัพย์สิน โดยศาลเห็นว่า รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเลือกระหว่างการปกป้องสิทธิของเอกชนกับการมีชีวิตอยู่ใกล้กับภยันตราย²⁶ และการที่รัฐเลือกโดยการออกกฎหมายที่เป็นการทำลายทรัพย์สินหนึ่งเพื่อปกป้องทรัพย์สินอื่นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ และคดีนี้ก็ไม่ใช่การขัดกันของประโยชน์ของเอกชนสองฝ่าย แต่การทำลายต้นสนที่ติดเชื้อโรคเป็นไปตามหลัก Nuisance ของกฎหมาย Common Law

หรือกรณีที่รัฐออกกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อคุ้มครองประชาชนโดยส่วนรวม เช่น ห้ามมิให้ทำเหมืองใต้ดินในพื้นที่ที่ชุมชนตั้งอยู่ข้างบน ดังเช่นคดี KEYSTONE BITUMINOUS COAL ASSN. v. De BENEDICTIS²⁷ โดยในคดีนี้รัฐ Pennsylvania ได้ออกกฎหมายชื่อ Pennsylvania 's Bituminous Mine Subsidence and Land Conservation Act โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทั้งด้าน

²⁵ Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928).

²⁶ Ibid., 276 U.S. 272, at. 279 (the state was under the necessity of making a choice between the preservation of one class of property and that of the other wherever both existed in dangerous proximity.)

²⁷ KEYSTONE BITUMINOUS COAL ASSN. v. De BENEDICTIS, 480 U.S. 470 (1987)

สูญอนามัย สิ่งแวดล้อม ตลอดจนสวัสดิภาพของประชาชนในรัฐ เพื่อไม่ให้ได้รับผลกระทบกระเทือนจากการทำเหมืองถ่านหิน²⁸ โดยในหมวดที่ 4 (Section 4) ของกฎหมายดังกล่าว ได้ห้ามไม่ให้มีการทำเหมืองถ่านหินที่จะเป็นสาเหตุให้เกิดการถล่มของผิวดิน อันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งก่อสร้างของสาธารณะ (public buildings) ที่อยู่อาศัย บ้านเรือนของประชาชน (dwellings used for human habitation) และ หลุมศพ (cemeteries) ที่มีอยู่ก่อนการทำเหมืองแล้ว ส่งผลให้ถ่านหินที่อยู่ใต้สิ่งก่อสร้างกว่า 50% ที่เจ้าของไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ เจ้าของจึงฟ้องต่อศาลว่าตนถูกยึดทรัพย์

ในคดีนี้ศาลตัดสินว่า การที่รัฐใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยเพื่อเป็นการขัดขวางกิจกรรมที่มีผลเทียบเท่ากับการรบกวนความสงบสุขของสาธารณะ กรณีการกระทำของรัฐเช่นนี้ ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ที่รัฐต้องใช้ค่าทดแทน การกระทำของรัฐนั้นถือเป็นการใช้อำนาจรัฐเชิงบังคับ (Police power) เพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำต่างๆที่เทียบเท่ากับเป็นการละเมิดต่อสาธารณะ²⁹ เนื่องจากไม่มีปัจเจกชนที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินคนใดจะมีสิทธิใช้ทรัพย์สินของตนเอง

²⁸ Section 2 of the Subsidence Act provides: "This act shall be deemed to be an exercise of the police powers of the Commonwealth for the protection of the health, safety and general welfare of the people of the Commonwealth, by providing for the conservation of surface land areas which may be affected in the mining of bituminous coal by methods other than 'open pit' or 'strip' mining, to aid in the protection of the safety of the public, to enhance the value of such lands for taxation, to aid in the preservation of surface water drainage and public water supplies and generally to improve the use and enjoyment of such lands and to maintain primary jurisdiction over surface coal mining in Pennsylvania."

²⁹ The Commonwealth has merely exercised its police power to prevent activities that are tantamount to public nuisances. The character of this governmental action leans heavily against finding a taking.

ไปละเมิดก่อนฉันทิหรือเกิดอันตรายต่อผู้อื่น และการที่รัฐใช้อำนาจในการควบคุมการรบกวนฉันทิฉันทินั้น ย่อมไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์³⁰

คดี Euclid v. Ambler Realty³¹ โดยในคดีนี้ The Village of Euclid ในฐานะเทศบาลปกครองตนเองของเมือง Cleveland ได้ออกข้อบังคับว่าด้วยการกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตเทศบาล (Zoning ordinance) จำกัดสิทธิในการใช้ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างของ Ambler Realty Co. บริษัท Ambler Realty Co. จึงฟ้องต่อศาลของมลรัฐโอไฮโอขอให้พิพากษาให้ข้อบังคับดังกล่าวเป็นโมฆะ โดยอ้างว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลเป็นการลดมูลค่าของทรัพย์สินของบริษัท และทำให้บริษัทเสียหายและทรัพย์สินอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในคดีนี้ศาลฎีกาพิพากษาว่า ข้อบังคับนั้นชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ที่สำคัญคือออกมาเพื่อจะปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะของเมือง Cleveland ทั้งด้านความปลอดภัย สุขภาพ และการอยู่อาศัยที่สงบของชาวเมือง และแม้จะมีผลกระทบต่อสิทธิการใช้ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างของบริษัท Ambler Realty Co.บ้างก็เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่ขาดความชอบธรรมตามกฎหมายหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ³² จึงไม่ถือว่าการออกข้อบังคับดังกล่าวเป็นการยึดทรัพย์

คดี Lucas v. South Carolina Coastal Council³³ (nuisance exception) ในคดีนี้ David Lucas ต้องการสร้างที่อยู่อาศัยริมทะเล จึงได้ซื้อที่ดินจำนวนสองแปลงเพื่อใช้ในการดำเนินการดังกล่าว แต่ต่อมาหลังจากนั้น รัฐ The South Carolina ได้ออกกฎหมายชื่อ The South

³⁰ KEYSTONE BITUMINOUS COAL ASSN. v. De BENEDICTIS, at 491, Footnote 20. (The special status of this type of state action can also be understood on the simple theory that since no individual has a right to use his property so as to create a nuisance or otherwise harm others, the State has not "taken" anything when it asserts its power to enjoy the nuisance-like activity.)

³¹ Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365 (1926).

³² ศักดา ธนิตกุล. แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2551), หน้า 48.

³³ Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S.1003 (1992).

Carolina Beachfront Management Act of 1988 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดจากพายุเฮอริเคนพัดทำลายสิ่งก่อสร้างริมชายหาดไปสู่ตัวเมือง ส่งผลเป็นการกีดขวางเจ้าของที่ดินในการก่อสร้างที่อยู่อาศัยบนที่ดินแปลงนั้น โดยในคดีนี้ The South Carolina trial court ตัดสินว่าเป็นการยึดทรัพย์ โดยให้รัฐต้องใช้ค่าทดแทน 1 ล้านดอลลาร์ แต่ The South Carolina Supreme Court ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่า การออกมาตรการเพื่อป้องกันการใช้ทรัพย์สินที่อาจเป็นอันตราย (harmful or noxious uses) ถือเป็นการใช้อำนาจ police power ของรัฐเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สาธารณะ (Public nuisance) ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ที่จะเรียกค่าทดแทนได้³⁴

โดยในคดีนี้ศาลสูงสหรัฐอเมริกา โดยความเห็นของผู้พิพากษาส่วนใหญ่ ได้ตัดสินโดยได้ตีความเรื่องการยึดทรัพย์ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎหมายหรือข้อบังคับว่าจะเป็นการยึดทรัพย์เจ้าของทรัพย์สินต่อเมื่อมีผลกระทบทำให้เจ้าของไม่อาจใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจในที่ดินนั้นทั้งหมด (All economically productive use) แต่อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลได้กำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์เอาไว้ กล่าวคือ มาตรการของรัฐนั้นหากอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทรัพย์สิน และ nuisance law principles³⁵ แม้จะมีผลเป็นการทำให้เจ้าของที่ดินไม่ได้ใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินทั้งหมด ก็ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ โดยไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่เจ้าของที่ดินแต่อย่างใด

คดี Agins v. City of Timburon³⁶ โดยในคดีนี้ Agins ได้ซื้อที่ดินจำนวน 5 เอเคอร์ โดยต้องการสร้างบ้านจำนวน 20 หลังบนที่ดินดังกล่าว แต่เมือง Timburon ได้ออกกฎหมายกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ (Zoning) โดยจำกัดการพัฒนาทรัพย์สินทั้งนี้เพื่อลดความหนาแน่นและเปิดพื้นที่ว่างให้ที่อยู่อาศัยในเมือง ภายใต้กฎหมายนี้ จึงห้ามไม่ให้สร้างบ้านมากกว่า 0.2-1 หลังต่อพื้นที่ 1 เอเคอร์ ทำให้ Agins เจ้าของที่ดินฟ้องต่อศาลอ้างว่า เมือง Timburon ได้ทำการยึดทรัพย์ของตนโดยปราศจากการจ่ายค่าชดเชย ซึ่งเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ the Fifth and Fourteenth Amendments

³⁴ Ibid., at 1009-10.

³⁵ Ibid., at 1029-30.

³⁶ Agins v. City of Timburon, 477 U.S. 55 (1980)

ในคดีนี้ศาลกำหนดวิธีในการพิจารณาว่า การออกมาตรการของรัฐจะถือเป็นการยึดทรัพย์ โดยข้อมต้องพิจารณา 2 ส่วน คือ เป็นมาตรการที่ล้มเหลวอย่างสำคัญในการก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐที่ขอด้วยกฎหมาย (fails to substantially advance legitimate state interests) หรือเป็นการปฏิเสธสิทธิในการใช้ที่ดินทางเศรษฐกิจของเจ้าของที่ดินทั้งหมด (denies an owner economically viable use of his land) โดยในคดีนี้ศาลตัดสินว่ากฎหมายที่กำหนดเขตการใช้ประโยชน์ไม่เป็นการยึดทรัพย์ เมื่อปรากฏว่าการออกกฎหมายกำหนดเขตพื้นที่การใช้ประโยชน์ดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจ Police power เพื่อปกป้องผู้ที่พักอาศัยในเมืองจากความหนาแน่นและแออัดของที่อยู่อาศัย

4.1.2.3 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับภาระต่อเจ้าของทรัพย์สิน

เป็นกรณีที่กำหนดให้เอกชนเจ้าของทรัพย์สินที่ต้องการพัฒนาทรัพย์สินของตนในเขตพื้นที่ที่กำหนด จะต้องอุทิศทรัพย์สินหรือเงินของตนบางส่วนให้แก่รัฐ เพื่อนำไปใช้ประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการที่รัฐจะอนุญาตให้มีการพัฒนาทรัพย์สินของเอกชนรายนั้นได้ โดยศาลจะพิจารณาว่า มีความเกี่ยวพันกันระหว่างเงื่อนไขในการอนุญาต (เรียกร้องให้เจ้าของอุทิศทรัพย์สิน) กับวัตถุประสงค์ของรัฐเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะหรือไม่

แนวคำพิพากษาที่ศาลสูงอเมริกาในกลุ่มนี้พิจารณาว่า กรณีจะเป็นการยึดทรัพย์หรือไม่ ต้องพิจารณา ว่ามีความเชื่อมโยงกันระหว่างความจำเป็นในการออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะ กับการก่อกองแก่เจ้าของทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ต้องยอมให้ใช้ทรัพย์สินบางส่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากพิจารณาแล้วไม่มีความสัมพันธ์กัน กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการยึดทรัพย์

ตัวอย่างเช่น คดี *Nollan v. California Coastal Commission*³⁷ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ เจ้าของที่ดินต้องการจะสร้างบ้านขนาด 3 ห้องนอน ที่มีขนาดใหญ่และสูง แทนบังกะโลหลังเดิม จึงได้ขออนุญาต The California Coastal Commission เพื่อขอสร้างบ้านดังกล่าว โดย The California Coastal Commission กำหนดเงื่อนไขที่จะอนุญาตว่า จะต้องยอมให้มีการเดินผ่านที่ดินของตนเพื่อให้ประชาชนสามารถเดินไปยังชายหาดแนวชายฝั่งได้ ทั้งนี้ The Coastal

³⁷ *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987)

Commission ให้เหตุผลโดยอ้างว่า การสร้างบ้านของ Nollan ก็อาจบดบังวิวทะเลและวิวชายหาด ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการที่ประชาชนจะได้เห็นวิวดังกล่าว จึงกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวขึ้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยโดยมติ 5 ต่อ 4 ว่า การกำหนดเงื่อนไขให้เจ้าของที่ดินต้องอุทิศที่ดินของตนบางส่วนเพื่อเป็นทางเดินลงสู่ชายหาด ถือเป็นการยึดทรัพย์ เนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์กันระหว่างการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาต (การอุทิศที่ดินเพื่อสร้างทางเดินที่เป็นการสร้างภาระแก่เจ้าของทรัพย์สิน) กับความจำเป็นหรือความสมเหตุสมผลเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ เนื่องจาก การที่ประชาชนจะสามารถเห็นวิวทะเลหรือวิวชายหาดอย่างกว้างได้ก็ต่อเมื่อต้องมองดูจากชายหาดที่อยู่ระยะใกล้เท่านั้น การมองเห็นวิวจากถนนไม่ว่าจะมีสิ่งก่อสร้างกั้นอยู่หรือไม่นั้น ก็ยากที่จะมองเห็นได้ชัดเจนได้ เช่นนี้การกำหนดเงื่อนไขให้เจ้าของที่ดินอุทิศที่ดินบางส่วนเพื่อสร้างทางเดินลงสู่ชายหาด เพื่อแลกกับการให้ก่อสร้างบ้าน ถือเป็นการใช้อำนาจรัฐบังคับใช้ที่ดิน (exercise of land-use regulation power) ซึ่งรัฐไม่อาจทำได้ เพราะการที่จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อเข้าไปใช้ที่ดินของเอกชนนั้นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ³⁸

นอกจากคดีนี้ก็มีคำพิพากษาของศาลที่น่าประเด็นความได้สัดส่วน มาใช้พิจารณาประกอบ จากเดิมที่พิจารณาเพียงความสัมพันธ์กันระหว่างประโยชน์สาธารณะและเงื่อนไขในการอนุมัติ กล่าวคือ แม้จะมีความสัมพันธ์กันระหว่างประโยชน์สาธารณะและเงื่อนไขในการอนุมัติก็ยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเป็นการยึดทรัพย์ แต่ต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนประกอบด้วย เช่น

ในคดี *Dolan v. City of Tigard*³⁹ ในคดีนี้ศาลใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเบื้องต้น เช่นเดียวกับคดี *Nollan v. California Coastal Commission* กล่าวคือ พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะและเงื่อนไขในการอนุญาต แต่ได้มีการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาเพิ่มขึ้นคือ ได้นำเอาหลักความได้สัดส่วน มาพิจารณาประกอบด้วย

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ เมือง Tigard ได้ออกแผน comprehensive plan เพื่อป้องกันน้ำท่วม โดยที่ดินของ Dolan ก็ตั้งอยู่ในพื้นที่ของแผนดังกล่าว ซึ่ง Dolan ต้องการที่จะขยายธุรกิจ

³⁸ Ibid., at 838-842.

³⁹ *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994)

โดยสร้างคลังเก็บสินค้า และปูพื้นที่จอดรถ จึงได้ไปขออนุญาตเมืองเพื่อก่อสร้าง แต่เมือง Tigard มีเงื่อนไขในการอนุญาต ว่า ผู้ขออนุญาตต้องอุทิศที่ดินของตนเพื่อ

(1) สร้าง public greenway ขนานไปกับคลอง Fanno Creek เพื่อลดและป้องกันการไหลบ่าของน้ำ

(2) เจ้าของที่จะต้องยอมอุทิศที่ดิน เพื่อสร้างทางเท้าและทางสำหรับจักรยาน เพื่อลดความหนาแน่นของการจราจรบนถนน

Dolan จึงอ้างว่าเงื่อนไขดังกล่าวเทียบเท่าได้กับการยึดทรัพย์สินของตน และศาลพิจารณาว่า จะเป็นการยึดทรัพย์สินหรือไม่พิจารณาจาก 3 ปัจจัยดังนี้⁴⁰

(1) มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(2) มีการเชื่อมโยงกันอย่างสำคัญระหว่างวัตถุประสงค์สาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมายกับเงื่อนไขในการอนุญาตหรือไม่

(3) เงื่อนไขการอนุญาตได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์สาธารณะหรือไม่ (rough proportionality test)

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกาในประเด็นการยึดทรัพย์สิน โดยอ้อม ย่อมแสดงให้เห็นว่า ยังมีการใช้เกณฑ์การพิจารณาที่หลากหลายและยังไม่มีความชัดเจนว่า การออกมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนกรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม หรือกรณีใดเป็นข้อยกเว้น หรือกรณีผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเจ้าของทรัพย์สินขนาดผลกระทบหรือความเสียหายเล็กน้อยเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม

4.2 หลักยึดทรัพย์สินโดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ

4.2.1 พัฒนาการและหลักการยึดทรัพย์สินในกฎหมายระหว่างประเทศ

⁴⁰ David L. Callies, "REGULATORY TAKINGS AND THE SUPREME COURT: HOW PERSPECTIVES ON PROPERTY RIGHTS HAVE CHANGED FROM PENN CENTRAL TO DOLAN, AND WHAT STATE AND FEDERAL COURTS ARE DOING ABOUT IT", *Stetson Law Review* (Vol. XXVIII, 1999): 550-551.

สิ่งที่นักลงทุนต่างชาติกังวลเกี่ยวกับการลงทุนในต่างประเทศคือ ความเสี่ยงที่เกิดจากการเข้าไปลงทุนในประเทศอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงอันไม่ใช่ความเสี่ยงเชิงพาณิชย์ เช่น ความเสี่ยงจากการจลาจล จากสงครามกลางเมือง การเปลี่ยนแปลงกฎข้อบังคับ ซึ่งรวมถึงการที่ประเทศผู้รับการลงทุนใช้อำนาจรัฐทำการยึดทรัพย์หรือเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของตนด้วย ซึ่งการเวนคืนหรือการยึดทรัพย์ หมายถึง การที่รัฐทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐ เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การสร้างถนน การสร้างเขื่อน หรือสาธารณูปโภคอื่นๆ โดย The Shelf Pronouncing Law Dictionary ได้ให้ความหมายของการเวนคืนหรือการยึดทรัพย์ว่า เป็นการที่รัฐยึดเอาทรัพย์สินของเอกชนเพื่อประโยชน์ทางสาธารณะ ภายใต้ the right of eminent domain (สิทธิหรืออำนาจของรัฐบาลที่จะยึดเอาทรัพย์สินของเอกชนเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณะโดยมีการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม)⁴¹ ขณะที่ The International Law Dictionary ของ Robert L. Bledsoe and Bolesaw A. Boczek ได้นิยามการเวนคืนว่า คือ การกระทำยึดทรัพย์สินที่ถือครองโดยคนต่างด้าว และกระทำไปโดยการโอนความเป็นเจ้าของไปยังผู้เวนคืน หรือโอนไปยังบุคคลนั้น⁴² การเวนคืนนี้ถูกห้ามกระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยแนวคิดเกี่ยวกับการยึดทรัพย์หรือการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ตามแนวคิดดั้งเดิมในอดีต (classic formulation) ถือว่า การพรากเอาไปซึ่งทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นสิ่งต้องห้าม ดังนั้นเมื่อกระทำไปแล้วย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องชดใช้คืน แต่หากไม่สามารถที่จะคืนให้ได้ ก็ต้องชดใช้ตามราคามูลค่าของทรัพย์สิน ณ วันที่ก่อความเสียหายนั้น แนวคิดดังกล่าวนี้ เป็นแนวคิดที่มาจากทางปฏิบัติในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปในช่วงศตวรรษที่

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴¹ สัมฤทธิ์ จินดาวงศ์, "ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับลาว ค.ศ. 1990", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 73.

⁴² วิภาดา อรุณสกุล, "ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาและซิติ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 84.

17-18⁴³ โดย Hugo Grotius ได้กล่าวไว้ว่า “ คนต่างด้าวแตกต่างจากพ่อค้าพื้นเมืองตรงที่ได้รับยกเว้นจากการใช้สิทธิอันป่าเถื่อนของรัฐ ซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของอำนาจรัฐ เพราะคนต่างด้าวไม่ถือว่าเป็นพลเมืองของรัฐ”⁴⁴ ดังนั้นในยุคนี้แม้รัฐจะสามารถยึดทรัพย์สินนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตนได้แต่ไม่สามารถกระทำการเช่นนี้กับนักลงทุนต่างชาติได้

ซึ่งในช่วงก่อนศตวรรษที่ 20 แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลและทรัพย์สินที่อยู่ในอาณาเขตของตนเอง แต่รัฐก็ไม่อาจโอนหรือเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างด้าวได้ ถ้ารัฐใดกระทำการดังกล่าวจะถูกลงโทษโดยกำหนดให้รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหาย ดังนั้นการโอนหรือการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นของรัฐในระยะเวลาดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศรัฐไม่อาจกระทำได้⁴⁵

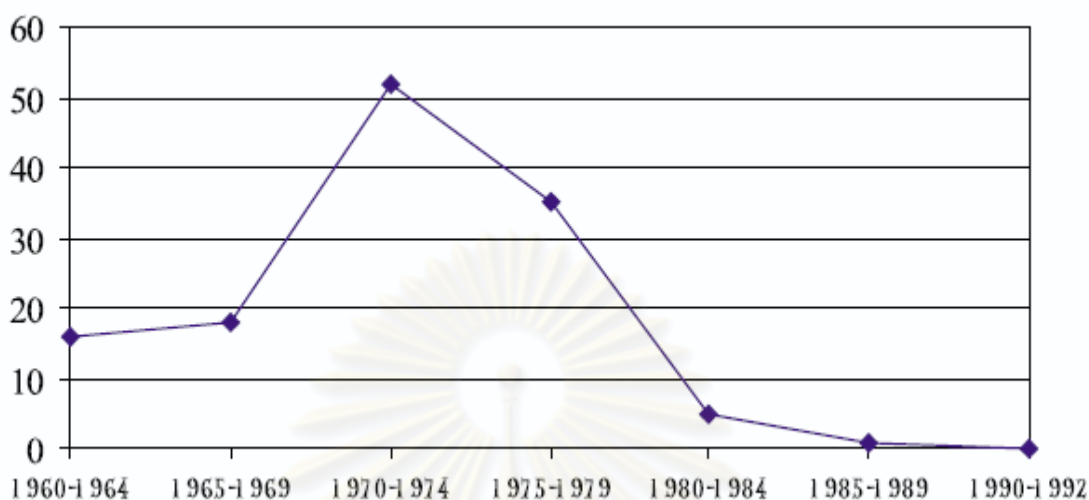
โดยแนวความคิดเกี่ยวกับการให้รัฐมีสิทธิในการยึดหรือเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติที่อยู่ในประเทศของตนได้เกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง เมื่อประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมได้ประกาศอิสรภาพ โดยในช่วงเวลาดังกล่าวถือเป็นยุคแห่งการตื่นตัวของอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ซึ่งถือว่ารัฐทุกรัฐมีความเสมอภาคกัน แต่ละรัฐมีอำนาจเหนือบุคคลและเหนือทรัพย์สินในดินแดนของตน ดังนั้นการที่รัฐจะใช้อำนาจในการควบคุม จำกัดการใช้ทรัพย์สินการธรรมชาติ ตลอดจนการเวนคืนกิจการของคนต่างชาตีย่อมเป็นสิ่งที่ชอบที่จะทำได้ ซึ่งหากพิจารณาจากสถิติการยึดทรัพย์สินนักลงทุนต่างชาติ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960-1992 ก็พบว่า ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา จำนวนการยึดทรัพย์สินมีแนวโน้มที่สูงขึ้น และในช่วงปี 1970-1974 เป็นช่วงที่มีการยึดทรัพย์สินนักลงทุนต่างชาติมากที่สุด

⁴³ สัมฤทธิ์ จินดาวงศ์, “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับลาว ค.ศ.1990”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 34.

⁴⁴ Richard Schaffer, Beverley Earle and Fillberto Agusti, *International Bussiness Law and its Environment*, (St.Paul: West Publishing Co.,1990), p.411.

⁴⁵ วิศิษฐ์ ธนากรเมธา, “การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT)”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 103.

จำนวนในการยึดทรัพย์ของนักลงทุน ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960-1992



ที่มา: UNCTAD, 1993, p. 17.

นอกจากนั้นสหประชาชาติยังให้การรับรองว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over natural resources) และกำหนดให้รัฐสามารถยึดทรัพย์หรือกิจการของนักลงทุนได้ ดังที่ปรากฏในข้อมติสหประชาชาติเช่น

- ข้อมติที่ 1803 (XVII) ว่าด้วยอำนาจอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ. 1962 ซึ่งได้รับการยอมรับจาก 87 ประเทศ คัดค้าน 2 ประเทศ และงดออกเสียง 2 ประเทศ โดยข้อ 4 ของข้อมตินี้กำหนดว่า การโอนเป็นของรัฐ การเวนคืนหรือการยึดทรัพย์ ต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุหรือเหตุผลแห่งประโยชน์สาธารณะ (public utility) ความมั่นคง (security) หรือผลประโยชน์แห่งชาติ (national interest) ซึ่งได้รับการรับรองว่าอยู่เหนือผลประโยชน์ของปัจเจกชนหรือเอกชน โดยแท้ ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ในกรณีเช่นว่านั้น เจ้าของจะต้องได้รับค่าชดเชยที่เหมาะสม (appropriate compensation) ตามกฎเกณฑ์ที่บังคับอยู่ในรัฐซึ่งใช้มาตรการเช่นว่านั้น ในการใช้อำนาจอธิปไตยของตนและตามกฎหมายระหว่างประเทศ...⁴⁶

⁴⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3, (พิมพ์ครั้งที่ 3) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 37.

- ข้อมติที่ 3281 (XXIX) ญัตติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The UN Charter of Economic Rights and Duties of States) โดยกำหนดสิทธิในทางเศรษฐกิจและหน้าที่ของรัฐเหนือขอบเขตการค้าระหว่างประเทศ โดยข้อ 2 (2) ได้กำหนดสิทธิของรัฐในการโอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินคนต่างด้าวว่า รัฐแต่ละรัฐมีสิทธิ⁴⁷

(ค) เวนคืนเป็นของรัฐ (Nationalize) โอนเป็นของรัฐ (Expropriate) หรือโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งทรัพย์สินของคนต่างชาติ ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะต้องมีการชำระค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสมโดยรัฐที่ใช้มาตรการเช่นว่านั้น โดยคำนึงถึงกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง...

การรับรองโดยข้อมติของสหประชาชาติดังกล่าว ยิ่งทำให้ประเทศผู้ส่งออกการลงทุนเป็นกังวล (เนื่องจากข้อมติให้จ่ายค่าชดเชยตามความเหมาะสม และตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศที่ยึดทรัพย์สิน) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุนรายใหญ่ จึงได้หาวิธีการแก้ปัญหา โดยในปี ค.ศ. 1967 สหรัฐอเมริกาเริ่มเจรจาทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BIT) โดยในสนธิสัญญาดังกล่าวมุ่งการให้การคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สิน กล่าวคือ หากมีการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ ประเทศผู้รับการลงทุนจะต้องจ่ายค่าชดเชย อย่างทันทีทันใด (prompt) อย่างเพียงพอกับความเสียหาย (adequate) และจ่ายค่าชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ (effective) ตามแนวคิดของ Hull Doctrine นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (BIT) ยังได้กำหนดให้การยึดทรัพย์สินนั้น ครอบคลุมถึงการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมผ่านมาตรการของรัฐที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สินด้วย (ซึ่งมีความหมายเกินกว่าที่ Hull Doctrine หรือ FCN กำหนด ที่ว่าการยึดทรัพย์สินมุ่งเพียงการโอนกรรมสิทธิ์ความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน: Direct Expropriation นอกจากนี้ยังเพิ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยให้สิทธินักลงทุนฟ้องรัฐได้โดยตรง)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในปัจจุบัน การโอนกิจการของคนต่างชาติเป็นของรัฐเป็นสิ่งที่ทำได้โดยชอบในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้การโอนกิจการนั้นต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข 4 ประการคือ

(1) ต้องเป็นการโอนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) ซึ่งหากเป็นการโอนเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลของรัฐนั้นหรือกลุ่มบุคคลจากต่างประเทศ ถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศของ

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

เอกชนที่ทรัพย์สินถูกโอน มีสิทธิโต้แย้งว่ามีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ (Breach of International Law) ซึ่งในคดี The Walter Fletcher Smith Case ก็ได้ยืนยันว่า “การโอนกิจการคนต่างด้าวไปเพื่อประโยชน์ของเอกชนอีกกลุ่มหนึ่งเป็นการขัดต่อกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำไม่สุจริตใจเพื่อประโยชน์ของประเทศ ซึ่งตัดสินทำนองเดียวกับคดี Polish Upper Silesia Case ที่ตัดสินว่า กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตเฉพาะการโอนทรัพย์สินเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น⁴⁸

(2) เป็นการโอนโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Non - Discrimination) ต่อนักลงทุนต่างชาติ กล่าวคือ จะต้องเป็นมาตรการที่มีผลต่อทรัพย์สินอื่นๆที่อยู่ในสถานะอย่างเดียวกัน เท่าเทียมกัน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของคนต่างชาติ หรือเป็นของคนในชาติ ซึ่งการโอนกิจการหรือทรัพย์สินโดยเลือกปฏิบัติถือเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยคดี Claim of Standard Oil Company (ระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ เยอรมัน) และคดี Sabbatino Case ซึ่งศาลอเมริกาได้วินิจฉัยว่า “มาตรการโอนกิจการและทรัพย์สินที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อทรัพย์สินอเมริกัน เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁹

(3) การโอนเป็นไปโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process) กล่าวคือได้มีการดำเนินการตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน

(4) ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความเสียหาย (Compensation) จากการโอนกิจการนั้น โดยค่าเสียหายที่จะชดใช้ก็เป็นปัญหาที่มีความขัดแย้งกันระหว่างประเทศ พัฒนาแล้วที่เห็นว่า ค่าเสียหายควรจะชดเชยอย่างเพียงพอ (adequate) มีประสิทธิภาพ (effective) และไม่ชักช้า (prompt) ตามแนวคิดของ Mr.Cordell Hull (Hull's formula⁵⁰) ขณะที่

⁴⁸ วิกานดา อรุณสกุล, “ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาและซีดี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 89.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

⁵⁰ แนวคิดนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1938 เมื่อประเทศเม็กซิโกได้ทำการโอนกิจการน้ำมันของคนอเมริกาเป็นของรัฐ ซึ่ง Mr.Cordell Hull รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา

ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่า ควรชดเชยอย่างเหมาะสม (appropriate compensation) ตามหลักที่ปรากฏในข้อมติที่ 1803 (XVII)

4.2.2 พัฒนาการและความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ

4.2.2.1 พัฒนาการของการยึดทรัพย์โดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ

แนวคิดเกี่ยวกับการยึดทรัพย์โดยอ้อมในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีพัฒนาการจากแนวคิด Regulatory taking ที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลสูงในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเห็นว่า การยึดทรัพย์นั้นไม่เพียงแต่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของนักลงทุนมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึง มาตรการหรือการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบโดยเป็นการจำกัดสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของนักลงทุนด้วย

เมื่อพิจารณากรณีข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศพบว่า ได้มีการนำเอาแนวคิดการยึดทรัพย์โดยอ้อมดังกล่าวมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างประเทศตั้งแต่ใน ปี ค.ศ.1922⁵¹ ในคดี Norwegian Shipowners' Claims⁵² ซึ่งเห็นว่าการยึดทรัพย์นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นการยึดตัวทรัพย์สินเท่านั้น (Real Property) แต่ยังรวมถึงสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย (intangible rights) ซึ่งคดีนี้เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 โดย the United States Shipping Board Emergency Fleet Corporation ได้ทำการยึดเรือของเอกชนในสหรัฐอเมริกา รวมถึงเรือที่กำลังสร้างในสหรัฐอเมริกาทั้งนี้เพื่อใช้ในการสนับสนุนยุทธการทางทหารในการทำสงคราม ซึ่งข้อเรียกร้องดังกล่าว ส่งผลให้เอกชนชาวนอร์เวย์ ไม่อาจได้เรือตามสิทธิในสัญญาจ้างต่อเรือ ทำให้ชาวนอร์เวย์ทำสัญญาจ้างให้อเมริกาสร้างเรือให้ นั่นอ้างว่า การออกกฎหมาย the United States Shipping Board Emergency Fleet Corporation ของสหรัฐอเมริกาเป็นการยึดทรัพย์ของชาวนอร์เวย์

ขณะนั้น ได้ประกาศว่า รัฐบาลเม็กซิโกต้องจ่ายค่าชดเชยลักษณะที่ทันทีทันใด อย่างเพียงพอกับความเสียหายและจ่ายค่าชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ

⁵¹ มีข้อสังเกตว่า ปีที่ตัดสินคดี Norwegian Shipowners' Claims เป็นปีเดียวกันกับที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาตัดสินเกี่ยวกับประเด็น Regulatory Taking ในคดี Pennsylvania Coal Co. v. Mahon

⁵² Norway v. US (1922), 1 U.N.R.I.A.A. 307.

กล่าวคือ เป็นการยึดสิทธิตามสัญญา (the contract rights) ซึ่งทำให้ตนเสียหาย ในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดว่า การออกมาตรการดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาเป็นการยึดสิทธิตามสัญญาของเจ้าของเรือชาวอเมริกัน โดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยโดยการวิเคราะห์จากแนวคิด US Regulatory taking ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยกล่าวว่า การที่ต้องสูญเสียสิทธิในการใช้สัญญาเทียบเท่าได้กับการยึดทรัพย์สินภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา⁵³ ซึ่งคำชี้ขาดนี้ได้รับการยอมรับและอ้างถึงอย่างมากในคดีต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการที่ว่า ไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาว่ามีเจตนายึดทรัพย์สินของเอกชนหรือไม่ และการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมรัฐก็ต้องจ่ายค่าชดเชย⁵⁴

นอกจากนั้นในคดี Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia⁵⁵ ก็ได้ยืนยันหลักการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม โดยโปแลนด์ได้ทำสนธิสัญญากับเยอรมันที่ว่า โปแลนด์จะไม่ยึดทรัพย์สินของคนชาติเยอรมันที่อยู่ในโปแลนด์ รัฐบาลเยอรมันทำสัญญากับบริษัท Bayerische (บริษัทเยอรมัน) ให้ดำเนินการเกี่ยวกับโรงงานที่รัฐบาลเยอรมันเป็นเจ้าของ ต่อมารัฐบาลเยอรมันได้โอนโรงงานนี้ให้กับบริษัท Oberschlesische (บริษัทเยอรมัน) โดยบริษัท Bayerische ได้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการกับบริษัท Oberschlesische ในเรื่องการจัดการโรงงาน, การใช้สิทธิบัตรของบริษัท Bayerische และสัญญาในการจัดการโรงงาน ต่อมาโปแลนด์ได้ทำการยึดโรงงานนี้

โดยในคดีนี้ The PCIJ ตัดสินว่า โปแลนด์ได้ยึดทรัพย์สินของเอกชนชาวเยอรมัน ซึ่งนอกจากจะเป็นการยึดโรงงานและเครื่องจักรของบริษัท Oberschlesische แล้ว (ซึ่งเป็นการยึดทรัพย์สินโดยตรง) โปแลนด์ยังได้ยึดสิทธิตามสัญญา (contractual rights) สิทธิบัตร (patents) และ

⁵³ Andrew Paul Newcombe, "Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?" (Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 1999), p.53.

⁵⁴ เพิ่งอ้าง. หน้า 53.

⁵⁵ Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A/B, No.7. (1926)

ใบอนุญาต (licenses) ของบริษัท Bayerische แม้ไปแลนดซ์จะไม่มีเจตนาที่จะยึดทรัพย์สินของบริษัท Bayerische ก็ตาม

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากทั้งสองคดีดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นว่าในกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ยอมรับว่า เมื่อมีการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม รัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชย จากเดิมที่การยึดทรัพย์สินที่รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยมุ่งอยู่เฉพาะการที่รัฐทำการยึดทรัพย์สินหรือโอนกิจการของเอกชนในลักษณะที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐเท่านั้น

อย่างไรก็ดีเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนและไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความในอนาคตว่าการยึดทรัพย์สินนั้น หมายรวมถึงการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม (Indirect expropriation) ด้วยหรือไม่ และเพื่อเป็นการเพิ่มช่องทางในการคุ้มครองนักลงทุนมากขึ้น ทำให้ในเวลาต่อมาความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนมักจะมีการบัญญัติการห้ามยึดทรัพย์สินโดยอ้อมไว้ในความตกลงด้วย เช่น ค.ศ. 1959 ได้มีการร่างกฎหมายที่ชื่อว่า Convention on Investments Abroad (the “Abs-Shawcross Draft Convention”) ซึ่งร่างขึ้นโดยคณะกรรมการภายใต้การควบคุมของ Dr. Abs และ Lord Shawcross ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยเจตนาให้พัฒนาเป็นประมวลกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ⁵⁶ โดยในมาตรา 3 ได้กล่าวถึงการยึดทรัพย์สินไว้ ซึ่งหมายถึงทั้งการยึดทรัพย์สินโดยตรงและการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม⁵⁷

⁵⁶ Andrew Paul Newcombe, “Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?”, (Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 1999.), p. 63.

⁵⁷ Article III: No Party shall take any measures against nationals of another Party to deprive them directly or indirectly of their property except under due process of law and provided that such measures are not discriminatory or contrary to undertakings given by that Party and are accompanied by the payment of just and effective compensation...

ค.ศ. 1961 ร่างกฎหมายที่ชื่อว่า Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens ซึ่งร่างโดยศาสตราจารย์ Sohn and Baxter ได้กำหนดว่า การยึดทรัพย์มีทั้งการยึดทรัพย์โดยตรงและการยึดทรัพย์โดยอ้อม กล่าวคือ มาตรา 10 ข้อ 3 (a) กำหนดว่า การยึดทรัพย์นั้นไม่เพียงแต่การยึดทรัพย์โดยตรงเท่านั้นแต่รวมถึง การแทรกแซงอย่างไม่มีเหตุผลของรัฐในการใช้ การใช้สิทธิ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน และจากการแทรกแซงเช่นนี้ทำให้เจ้าของทรัพย์สินไม่อาจใช้ ใช้สิทธิ หรือดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนได้⁵⁸

หรือกรณีร่างความตกลง OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property ⁵⁹ในปี 1967

มาตรา 3 การยึดทรัพย์สิน โดยกำหนดว่า “ภาคีจะไม่ทำการยึดทรัพย์สินของเอกชนภาคีอื่น ไม่ว่าจะเป็นการยึดทรัพย์โดยตรงหรือโดยอ้อม เว้นแต่ภายใต้เงื่อนไขว่า

- (1) เพื่อประโยชน์สาธารณะ และภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) เป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ
- (3) ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม

โดยมาตรการที่อาจถือว่าการยึดทรัพย์ หากเป็นการทำให้ลดลงซึ่งสิทธิของคนต่างชาติ หรือทำให้คุณค่าในทรัพย์สินลดลง เป็นต้นว่า การเก็บภาษีมากเกินไปหรือเก็บตาม

⁵⁸ Louis B. Sohn & R.R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, 55 AM. J. INT’L L. 545 (1961): 553. (Article 10 (3) (a) of the draft convention: unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.”)

⁵⁹ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Oct. 12, 1967), 7 I.L.M 117.

อำเภอใจ การปฏิเสธการให้ใบอนุญาตในการนำเข้าส่งออก การปฏิเสธการนำเข้าวัตถุดิบในการผลิต ข้อห้ามไม่ให้มีการปลดคนงาน⁶⁰

4.2.2.2 ความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อม

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) ได้อธิบายความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อมว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับว่าการออกมาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น อาจถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ได้ และถึงแม้ว่าการออกมาตรการของรัฐนั้นจะไม่ได้มีเจตนาที่จะยึดสิทธินั้นก็ตาม ซึ่งเรียกการยึดทรัพย์เช่นนี้ว่า Regulatory expropriation หรือการยึดทรัพย์โดยอ้อม โดยมักเกิดขึ้นในลักษณะการเข้าแทรกแซงหรือสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินของเอกชนมากกว่าการที่รัฐจะเข้าไปครอบครองกรรมสิทธิ์แทนที่เจ้าของเดิม มาตรการที่ถูกตีความว่าเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์สินทางอ้อมที่ผ่านมา ได้แก่ มาตรการขึ้นภาษีที่มากเกินไปหรือไม่มีหลักเกณฑ์ การบังคับขายหุ้นหรือกิจการ การกีดกันมิให้ใช้หรือสามารถจัดหาวัตถุดิบหรือแรงงานโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น⁶¹

UNCTAD ได้ทำการศึกษาและให้ความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อมว่า เป็นการออกมาตรการของรัฐที่ไม่ถึงขนาดเป็นการโอนความเป็นเจ้าของทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ แต่มาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ เป็นต้นว่า การออกมาตรการของรัฐนั้นเป็นเหตุให้ไม่สามารถบริหารจัดการทรัพย์สิน ไม่สามารถใช้หรือควบคุมทรัพย์สิน หรือเป็นเหตุให้คุณค่าของทรัพย์สินลดลงอย่างสำคัญ⁶² นอกจากนี้ UNCTAD ได้ให้ความหมายของการ regulatory takings ว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยการใช้อำนาจรัฐในเชิง

⁶⁰ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Oct. 12, 1967), 7 I.L.M 117,p.126.

⁶¹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย,” รายงานที่ตีพิมพ์ ๒๐๑๕ ฉบับที่ 49 (เดือนสิงหาคม 255๐): 9.

⁶² UNCTAD (2000), Taking of Property, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York and Geneva: United Nations), p. 4.

บังคับในการออกมาตรการ ข้อบังคับ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขภาพ ศีลธรรม วัฒนธรรม หรือเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน⁶³

Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (“Harvard Draft”) ให้ความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อมว่า เป็นการแทรกแซงอย่างไร้เหตุผลในการใช้ การใช้สิทธิ หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน เป็นเหตุให้เจ้าของทรัพย์สินนั้นไม่อาจใช้ สิทธิ หรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นได้

นอกจากนั้นเมื่อพิจารณาจากคดีต่างๆพบว่า หลายคดียังได้อธิบายความหมายของการยึดทรัพย์เอาไว้ เช่น ในคดี Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran⁶⁴ ที่กล่าวว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การยึดทรัพย์สินอาจทำได้โดยการแทรกแซงโดยรัฐเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สิน หรือแทรกแซงการใช้สิทธิในผลกำไร แม้ว่าจะไม่มีการโอนไปซึ่งสิทธิความเป็นเจ้าของ หรือในคดี Middle East Cement v. Egypt⁶⁵ ซึ่งเป็นกรณีพิพาทภายใต้สนธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างอียิปต์และกรีซ โดยในคดีนี้อนุญาโตตุลาการ กล่าวว่า มาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อการใช้และผลประโยชน์ของการลงทุน แม้ว่านักลงทุนนั้นจะยังคงมีสิทธิในความเป็นเจ้าของการลงทุนอยู่ มาตรการเช่นนี้ถูกเรียกว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อม หรือมาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการยึดทรัพย์โดยอ้อมนั้น ไม่ใช่กรณีที่รัฐออกกฎหมายเวนคืนหรือทำการยึดทรัพย์สินของเอกชนโดยตรง ซึ่งมีผลให้โอนความเป็นเจ้าของทรัพย์สินจากเอกชนมาเป็นของรัฐ แต่เป็นกรณีที่รัฐนั้นออกกฎหมายหรือออกมาตรการใดๆ แล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนต่างชาติ เช่น ส่งผลให้เอกชนไม่สามารถใช้สิทธิในการควบคุมทรัพย์สิน ส่งผลต่อการใช้ การใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของ ตลอดจนความสามารถในการบริหารจัดการ เป็นต้น

⁶³Ibid., p.12.

⁶⁴ Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Cl. Trib. 219 (1984), p. 225.

⁶⁵ Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, Award, 12 April 2002, 7 ICSID Reports 178, para.107.

4.2.3 การยึดทรัพย์โดยอ้อมกับการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police power)

แม้จากการศึกษาพบว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศจะให้การยอมรับว่า การออกมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติ อาจเข้าข่ายการยึดทรัพย์โดยอ้อมก็ตาม แต่ขณะเดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐแต่ละรัฐในการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการใดๆ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของคนในประเทศตน หรือที่เรียกว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ

การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police Power) Black's Law Dictionary (1990)⁶⁶ ได้ให้นิยามว่า หมายถึงอำนาจของรัฐในการควบคุมเสรีภาพของบุคคลหรือสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ สุขภาพ และศีลธรรม หรือการส่งเสริมความสะดวกและความมั่งคั่งสาธารณะ...อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยนี้เป็นการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐในการออกคำสั่งเพื่อส่งเสริม ความปลอดภัย ความมั่งคั่ง สุขภาพ ศีลธรรม และสวัสดิการทั่วไป ภายใต้รัฐธรรมนูญ

การกำหนดคำนิยามเช่นนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า หากการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับแล้วมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติ จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมของนักลงทุนที่ประเทศผู้รับการลงทุนต้องจ่ายค่าชดเชยหรือไม่ และเมื่อพิจารณาจากทั้งความเห็นของนักกฎหมาย พิจารณาจากสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน และพิจารณาจากแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นดังกล่าวก็พบว่า ยังไม่มีความชัดเจน กล่าวคือ มีทั้งแนวคิดที่เห็นว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ หากมีผลกระทบต่อประโยชน์ของนักลงทุนต่างประเทศก็อาจถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมได้ ขณะเดียวกันก็มี

⁶⁶ Police power is defined by Black's Law Dictionary (1990) as: The power of the state to place restraints on the personal freedom and property rights of persons for the protection of public safety, health and morals, or the promotion of the public convenience and general prosperity... The police power is the exercise of the sovereign right of a government to promote order, safety, security, health, morals and general welfare within the constitutional limits and is an essential attribute of a government.

แนวคิดที่เห็นว่าการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับเพื่อคุ้มครองสาธารณะที่กระทำโดยสุจริตและไม่เลือกปฏิบัติ ถือเป็นข้อยกเว้น ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

4.2.3.1 ความเห็นนักกฎหมาย

ในประเด็นที่ว่า การใช้อำนาจของรัฐเชิงบังคับที่เรียกว่า “Police power” เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ สุขภาพ และศีลธรรมนั้น เมื่อมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติ เป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาถึงการให้ความเห็นของนักกฎหมาย อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มดังนี้

(1) กลุ่มที่เห็นว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

Higgins ได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าวในงานเขียน “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law”⁶⁷ โดยเห็นด้วยกับที่รัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชย ในการที่รัฐใช้มาตรการที่มีผลเป็นการลดคุณค่าของทรัพย์สิน หรือเป็นการจำกัดการใช้สิทธิในการใช้ การจัดการ รวมถึงการควบคุมทรัพย์สินของเจ้าของ และเห็นว่าใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้น ในการจ่ายค่าชดเชย เพราะเมื่อสิทธิในทรัพย์สินถูกลดคุณค่าลงอย่างสำคัญ การออกมาตรการดังกล่าวของรัฐถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

Christie เขียนในบทความเรื่อง “What Constitutes a Taking of Property under International Law” โดยกล่าวว่า การแทรกแซงเกี่ยวกับทรัพย์สินของคนต่างชาติเทียบเท่ากับเป็นการยึดทรัพย์ แม้ว่าจะไม่ได้มีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย และแม้ว่ารัฐจะไม่ได้ตั้งใจหรือมีเจตนาก็ตาม⁶⁸ และเห็นว่ามาตรการ เช่น การออกกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน

⁶⁷ Higgins, “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law” 176 Rec. Des Cours 259(1982): 271.

⁶⁸ G.C. Christie, “What Constitutes a Taking Under International Law, 33 B.Y.I.L. 307 (1962): 309. (interference with an alien's property may amount to expropriation even when no explicit attempt is made to affect the legal title to the property, and even though the respondent State may specifically disclaim any such intention.)

(ยกเว้นการริบทรัพย์สิน) การกำหนดแผนการใช้ที่ดิน การควบคุมเงินตรา และมาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม ความมั่นคง ศีลธรรมจรรยา โดยปกติย่อมเท่ากับเป็นการแทรกแซงและเป็นการทำลายสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างชาติ⁶⁹

(2) กลุ่มที่เห็นว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับไม่ถึงเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม

แนวคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศกลุ่มนี้เห็นว่า ไม่ใช่มาตรการหรือการกระทำของรัฐทุกประเภทที่เป็นการแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินหรือที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของนักลงทุนแล้วจะถือเป็นการยึดทรัพย์สินที่ต้องใช้ค่าชดเชยในทุกกรณี

Brownlie⁷⁰ ได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือ “Public International Law” โดยกล่าวว่า มาตรการของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลซึ่งเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้จะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของนักลงทุน ก็จะไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สิน ดังนั้น ทรัพย์สินและการใช้อาจอยู่ภายใต้การเก็บภาษีของรัฐ การจำกัดทางการค้าโดยใช้ใบอนุญาต และการกำหนดโควตา หรือมาตรการลดค่าเงิน โดยมาตรการดังกล่าวหากออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สิน

⁶⁹ Ibid., p.331-332. (The sources of international law considered in this chapter suggest that measures such as fiscal legislation (unless confiscatory), land use planning, currency restrictions and measures for the protection of the environment, public health, safety and morality will normally justify severe interference and even destruction of an alien's property rights.)

⁷⁰ Ian Brownlie, “Public International Law”, Oxford University Press, 6th Edition, 2003 p. 509. (“state measures, prima facie a lawful exercise of powers of governments, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus, foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licenses and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation”)

Sornarajah ได้แสดงทรรศนะไว้ในหนังสือ “The International Law on Foreign Investment”⁷¹ ว่า การออกมาตรการที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค ความมั่นคง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และแผนการใช้ที่ดิน ซึ่งมาตรการเหล่านี้ถือเป็นสิ่งจำเป็นในการปฏิบัติงานของรัฐให้เกิดประสิทธิภาพ จึงไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ที่รัฐต้องใช้ค่าทดแทน

J.L. Sax ได้กล่าวไว้ในบทความชื่อ “Takings and the Police Power” โดยในบทความนี้ เขาได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการทำหน้าที่ของรัฐที่เป็นการยึดทรัพย์และไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ โดยเขากล่าวว่า การกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คุณค่าทางเศรษฐกิจของปัจเจกชนหรือกลุ่มคนในสังคมเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจบางประการของรัฐ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการยึดทรัพย์ที่รัฐต้องจ่ายค่าชดเชย แต่หากการกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นการกระทำโดยมีเงื่อนไขของประโยชน์สาธารณะเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของคนในสังคมกรณีดังกล่าวไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยความเสียหาย⁷²

ดังนั้นหากพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายก็ยังไม่อาจสรุปได้ว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police power) ถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุนหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากมีความเห็นที่หลากหลายและไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือ มีทั้งที่เห็นว่า แม้จะเป็นการใช้อำนาจ Police power แต่หากมีผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนก็ถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม โดยไม่พิจารณาถึงเจตนาของรัฐแต่อย่างใด แต่ขณะเดียวกันก็มีฝ่ายที่เห็นว่า การใช้อำนาจ Police power โดยมีเจตนาคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้นถือเป็นการข้อยกเว้น ที่รัฐไม่ควรถูกต้องจ่ายค่าชดเชย

4.2.3.2 ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน

⁷¹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge United Kingdom: Cambridge University Press, 1994), p. 283. (“non-discriminatory measures related to anti-trust, consumer protection, securities, environmental protection, land planning are non-compensable takings since they are regarded as essential to the efficient functioning of the state.”)

⁷² J.L. Sax, “Takings and the Police Power,” *74 Yale L.J.* 36 (1964-5): 67.

ปัจจุบันความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ (IIA) เกือบทั้งหมดมีการรับรองว่าการยึดทรัพย์นั้นมีทั้งการยึดทรัพย์โดยตรงและการยึดทรัพย์โดยอ้อม แต่หากพิจารณาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐซึ่งบังคับว่าถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือไม่นั้น พบว่าอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ

- (1) ความตกลงที่กำหนดให้การออกมาตรการของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐซึ่งบังคับ (Police power) ถือเป็นข้อยกเว้น ไม่ถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมและไม่ทำให้รัฐต้องจ่ายค่าชดเชย
- (2) ความตกลงที่กำหนดเฉพาะประเด็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม โดยไม่ได้กำหนดให้การใช้อำนาจของรัฐซึ่งบังคับ (Police power) เป็นข้อยกเว้นหรือไม่

(1) ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนที่ไม่มีการกำหนดให้การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับเป็นข้อยกเว้นของการยึดทรัพย์

เป็นกรณีที่มีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้น กล่าวถึงเฉพาะการยึดทรัพย์โดยอ้อม ว่าการยึดทรัพย์นั้นหมายรวมถึงการยึดทรัพย์โดยอ้อม ที่เกิดจากการออกมาตรการของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติด้วย แต่ในความตกลงฯ ในกลุ่มนี้ไม่มีการกำหนดให้ใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับเป็นข้อยกเว้นของการยึดทรัพย์โดยอ้อม เช่น Energy Charter Treaty ค.ศ.1994 ที่กำหนดในมาตรา 13 ว่า การลงทุนของนักลงทุนของภาคีสมาชิกนั้นจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ ถูกยึดทรัพย์ หรือใช้มาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับการโอนเป็นของรัฐ หรือเทียบเท่าการยึดทรัพย์ เว้นแต่จะเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ โดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เลือกปฏิบัติและมีการจ่ายค่าชดเชย) ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวจะไม่มีกรกล่าวถึงข้อยกเว้น ในการใช้อำนาจ Police power ว่าไม่ข้อใช้ค่าชดเชยแต่อย่างใด

แม้แต่ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) มาตรา 1110 ก็กำหนดแต่เพียงว่า ประเทศสมาชิกจะไม่โอนกิจการเป็นของรัฐหรือยึดทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติของภาคีสมาชิกอื่น ไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยใช้มาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับโอนกิจการเป็นของรัฐหรือยึดทรัพย์ เว้นแต่ เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ โดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เลือกปฏิบัติ และมีการจ่ายค่าชดเชย

(2) ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนที่กำหนดให้การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับเป็นข้อยกเว้นของการยึดทรัพย์

จากการศึกษาพบว่า มีหลายความตกลงฯ ที่เห็นว่าการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับถือเป็นข้อยกเว้น โดยไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ที่ประเทศผู้รับการลงทุนต้องใช้ค่าชดเชย เช่น

(ก) ร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายของคนต่างด้าว (Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens: Harvard Draft) โดยในปี ค.ศ.1961 โดย ศาสตราจารย์ของ Harvard Law School ชื่อ L.B. Sohn and R.R. Baxter ได้ทำการยกร่าง Harvard Draft นี้ขึ้น โดยได้มีการกำหนดคำนิยามความหมายของการยึดทรัพย์ ซึ่งรวมถึงการยึดทรัพย์โดยอ้อมที่ต้องจ่ายค่าชดเชย นอกจากนั้นยังได้มีการกำหนดกรณีข้อยกเว้นที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ต้องใช้ค่าชดเชยไว้ด้วย

โดยได้มีการกำหนดข้อยกเว้นที่รัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยในมาตรา10(5) ซึ่งระบุว่า รัฐผู้รับการลงทุนไม่ต้องใช้ค่าทดแทน แม้จะเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ จากการที่รัฐใช้อำนาจบังคับการ โดยเหตุผลเกี่ยวกับการบังคับการตามกฎหมายภาษีอากร การเปลี่ยนแปลงค่าเงิน การกระทำของรัฐเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน สุขภาพหรือศีลธรรม หรือจากการใช้สิทธิในภาวะสงคราม หรือการกระทำการตามกฎหมายของรัฐ ซึ่งกระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷³

⁷³ An uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of the tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights; or is otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful, provided:

(a) it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned;

(b) it is not the result of a violation of any provisions of Articles 6 to 8 of this Convention

(ข) The American Law Institute's Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States โดยกล่าวว่า รัฐต้องรับผิดชอบนักลงทุนจากการยึดทรัพย์สินของคนต่างด้าว จากการที่รัฐนั้นออกมาตรการทางภาษี การออกข้อบังคับ หรือการกระทำใดๆของรัฐ หรือการขัดขวาง หรือการแทรกแซงโดยไร้เหตุผล หรือทำให้เกิดความล่าช้า จนส่งผลกระทบต่อการใช้ทรัพย์สินนั้นของนักลงทุน อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายต่อทรัพย์สิน หรือความเสียหายเปรียบทางเศรษฐกิจหากมาตรการที่ออกมานั้นรัฐกระทำด้วยความสุจริต ไม่ว่าจะเป็มาตรการทางภาษี ข้อบังคับ การริบทรัพย์สินในคดีอาญา หรือการกระทำของรัฐอื่นๆ ที่เป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย หากเป็นมาตรการที่ใช้บังคับโดยทั่วไป ไม่เลือกปฏิบัติ แม้ว่าจะสร้างความเสียหายแก่ทรัพย์สินของนักลงทุน รัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบ⁷⁴

(ค) ร่างข้อตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน (MAI)⁷⁵ กำหนดมาตรการยึดทรัพย์สินและการค้าค่าทดแทนไว้ใน มาตรา 5: 2.1 กำหนดว่า รัฐคู่ภาคีจะไม่ทำการยึดทรัพย์สินหรือเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอื่นที่อยู่ภายในดินแดนของตนของ หรือออกมาตรการที่มีผลกระทบเช่นเดียวกับการยึดทรัพย์สินหรือการเวนคืน เว้นแต่

(เอ) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ

(บี) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

(c) it is not an unreasonable departure from the principles of justice recognized the principal legal systems of the world; and

(d) it is not an abuse of the powers specified in this paragraph for the purpose of depriving an alien of his property.

⁷⁴ Third Restatement §712 (g) (“A state is responsible as for an expropriation of property when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien’s property or its removal from the state’s territory... A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory...”)

⁷⁵ THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT DRAFT CONSOLIDATED TEXT, DAF/MAI(98)7/REV1, 22 April 1998

- (ซี) โดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย และ
 (ดี) ต้องจ่ายค่าชดเชยทันทีทันใด อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ...

อย่างไรก็ตามในร่างความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน (MAI) ได้มีการกำหนดแนวในการตีความเพื่อขยายความการยึดทรัพย์ ไว้ใน Interpretative note to Article 5⁷⁶ "Expropriation and Compensation" ว่าการยึดทรัพย์ การเวนคืน หรือมาตรการที่เทียบเท่ากับการยึดทรัพย์หรือเวนคืน ต้องใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ดีภาคีไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนต่อความเสียหายของนักลงทุนหรือการลงทุน ที่เกิดจากการออกมาตรการขึ้นภาษี หรือมาตรการทั่วไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่กระทำโดยรัฐ

(ง) องค์การประกันการลงทุนพหุภาคี: The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาจัดตั้งองค์การประกันการลงทุนพหุภาคี ค.ศ. 1985 ซึ่ง MIGA เป็นหน่วยงานหนึ่งของธนาคารโลก (World Bank Group) โดยองค์การนี้จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการลงทุนในกลุ่มประเทศสมาชิก โดยเฉพาะการเข้าไปลงทุนในประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา และเพื่อให้การประกันภัยความเสี่ยงอันมิใช่เชิงพาณิชย์แก่การลงทุนของคนต่างด้าวโดยตรงในประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา เช่น การจำกัดการโอนเงินออกนอกประเทศผู้รับการลงทุน การเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าว การสงครามและการก่อความไม่สงบภายในประเทศของผู้รับการลงทุน และการฝ่าฝืนสัญญาโดยรัฐผู้รับการลงทุน⁷⁷

⁷⁶ Ibid., ANNEX: PACKAGE OF PROPOSALS FOR TEXT ON ENVIRONMENT AND LABOUR (Interpretative note: The reference in Article IV.2.1 to expropriation or nationalisation and "measures tantamount to expropriation or nationalisation" reflects the fact that international law requires compensation for an expropriatory taking without regard to the label applied to it, even if title to the property is not taken. It does not establish a new requirement that Parties pay compensation for losses which an investor or investment may incur through regulation, revenue raising and other normal activity in the public interest undertaken by governments.)

⁷⁷ สัมฤทธิ์ จินดาวงศ์, "ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับลาว ค.ศ.1990," (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2543), หน้า 136.

นอกจากนี้ องค์การประกันการลงทุนพหุภาคี (MIGA) ยังรับประกันในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสัญญาการลงทุนของตนได้ เช่น ไม่สามารถฟ้องร้องรัฐคู่สัญญาต่อศาลภายในของภูมิลำเนา หรือต่ออนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลภายในนั้นเป็นไปอย่างล่าช้า หรือไม่สามารถบังคับตามคำพิพากษาของศาลภายในได้ภายในระยะเวลาอันสมควร เป็นต้น⁷⁸ กรณีดังกล่าวขององค์กรดังกล่าวจะทำการชดเชยค่าเสียหายให้แก่นักลงทุนต่างชาติก่อน แล้วจะรับช่วงสิทธิของนักลงทุนต่างชาตินั้นในการเรียกร้องค่าชดเชยจากรัฐที่กระทำความเสียหายต่อไป

โดยในประเด็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม องค์การประกันการลงทุนพหุภาคี (MIGA) เห็นว่าการออกกฎหมาย หรือการกระทำของรัฐบาล หรือการละเว้นการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนที่มีผลกระทบต่อ การควบคุมทรัพย์สิน หรือต่อผลประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินนั้นถือเป็นการยึดทรัพย์แล้ว และ MIGA กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างการยึดทรัพย์กับการใช้อำนาจเชิงบังคับ โดยให้การยอมรับว่า หากการออกมาตรการต่างๆของรัฐเป็นการใช้อำนาจ Police power โดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ ซึ่ง MIGA ไม่ให้การคุ้มครอง โดยได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาก่อตั้งองค์การประกันการลงทุนพหุภาคี ค.ศ. 1985 ว่า

ข้อ 8.4 กำหนดว่า ไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ ถ้าเป็นการกระทำโดยสุจริต โดยไม่เลือกปฏิบัติ เป็นมาตรการที่ใช้บังคับทั่วไป ซึ่งรัฐนำมาใช้ตามปกติเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจในการคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ การขึ้นภาษี การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เว้นแต่ มาตรการนั้นได้กำหนดขึ้นโดยรัฐบาลผู้รับการลงทุนที่ก่อให้เกิดผลเป็นการริบทรัพย์ เช่น ทำให้ผู้ได้รับการค้าประกันต้องยกเลิกการลงทุนที่ได้รับการค้าประกันนั้น หรือบังคับขายกิจการในราคาที่สร้างความคับแค้นใจต่อนักลงทุน⁷⁹

⁷⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2545), หน้า 49-50.

⁷⁹ No measure shall be deemed to be expropriatory if it constitutes a bona fide nondiscriminatory measure of general application of a kind that governments normally

4.2.3.3 แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาด

แม้ว่าในความตกลงระหว่างประเทศในยุคนั้น จะกำหนดให้การยึดทรัพย์ ครอบคลุมถึงมาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์ ซึ่งก็หมายถึงการยึดทรัพย์โดยอ้อมด้วยก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีการนิยามให้ชัดเจนว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อม หรือมาตรการที่เทียบเท่ากับการยึดทรัพย์นั้นคืออะไร ครอบคลุมมาตรการของรัฐแบบใดบ้าง หรือมีข้อยกเว้นประการใดหรือไม่ที่จะถือว่ามาตรการของรัฐที่ออกมานั้นไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

โดยจากการศึกษาของ OECD (2004) ถึงขอบข่าย ความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อม จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน พบว่า ยังมีแนวคำชี้ขาดที่หลากหลาย โดยสรุปแนวคำชี้ขาดได้ดังนี้

(1) การพิจารณาผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อนักลงทุนต่างชาติ

(ก) การพิจารณาความรุนแรงที่เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจของการลงทุน

คดี *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁸⁰ (The European Court of Human Rights) แม้สิทธิในการใช้ทรัพย์สินของนักลงทุนจะหายไปบางส่วนที่สำคัญ แต่เมื่อปรากฏว่านักลงทุนนั้นยังคงเข้าครอบครอง ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ แม้ว่ามาตรการของรัฐที่ออกมานั้นอาจจะทำให้ทรัพย์สินนั้นขายยากขึ้น แต่ทรัพย์สินนั้นก็ยังคงขายได้อยู่ กรณีเช่นนี้ยังไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์⁸¹

take in the public interest for such purposes as ensuring public safety, raising revenue, protecting the environment, or regulating economic activities, unless the measure is designed by the Host Government to have a confiscatory effect such as causing the Guarantee Holder to abandon the Guaranteed Investment or sell it at a distressed price.

⁸⁰ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Eur. Ct. H. R. A/52 (1982)

⁸¹ (“...although the right [of peaceful enjoyment of possessions] lost some of its substance, it did not disappear...The Court observes in this connection that the [claimants] could continue to utilise their possessions and that, although it became more difficult to sell properties [as a result of the regulations], the possibility of selling subsisted”.)

คดี Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran⁸²(the Iran-United States Claims Tribunal) ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการให้ความเห็น ในคำชี้ขาดว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศ การเข้าแทรกแซงสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของรัฐนั้นต้องถึงขนาดทำให้สิทธิของนักลงทุนนั้นใช้ไม่ได้เลย (so useless) จึงจะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ ทั้งนี้แม้ว่ารัฐจะไม่มีผลประโยชน์ที่จะยึดทรัพย์ของนักลงทุนก็ตาม และแม้ทรัพย์สินนั้นจะยังคงเป็นของนักลงทุนอยู่ก็ตาม⁸³

(ข) การพิจารณาระยะเวลาและความต่อเนื่องในการใช้มาตรการของรัฐ

การจะตัดสินว่า มาตรการของรัฐที่ออกมา มีผลเป็นการยึดทรัพย์หรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาว่า เป็นมาตรการที่มีผลต่อสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินแล้ว ยังต้องพิจารณาด้วยว่า ผลกระทบดังกล่าวถึงขนาดที่ทำให้ไม่สามารถใช้สิทธินั้นได้เลย หากเป็นเพียงผลกระทบในระยะเวลาชั่วคราว เพียงเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

คดี Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran⁸⁴ โดยคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงหลักในการพิจารณาการยึดทรัพย์โดยอ้อมว่า เพียงแต่การเข้าควบคุมทรัพย์สินของเอกชนโดยรัฐบาล ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ของเอกชน แต่การยึดทรัพย์ที่จะทำให้รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยนั้นต้องเป็นการทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน (fundamental rights of ownership) ถูกทำลายลง และจะต้องไม่เป็น

⁸² Starret Housing Corp. v. Iran, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep.122 (1983).

⁸³ Ibid. at 154. (“[I]t is recognised by international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”)

⁸⁴ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. 219 (1984)

การถูกทำลายลงเพียงชั่วคราว (ephemeral)⁸⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มาตรการของรัฐที่ออกมา แม้จะส่งผลกระทบต่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างประเทศก็ตาม หากผลกระทบนั้นไม่ได้เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในความเป็นเจ้าของ เช่น สิทธิในการใช้ การจัดการทรัพย์สิน หรือแม้แต่จะเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่เป็นการกระทบเพียงชั่วคราวระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้นและต่อมามาตรการที่มีผลกระทบนั้นก็ถูกยกเลิกไป เช่นนี้รัฐที่ออกมาตราการชั่วคราวนั้นไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทน⁸⁶

คดี Tecmed v. Mexico⁸⁷ ภายใต้สนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศแม็กซิโก และสเปน ได้กล่าวไว้ในคำตัดสินว่า มาตรการที่ออกโดยรัฐนั้น ถือเป็นกีดกันทรัพย์สินโดยอ้อมได้ หากมาตรการนั้นเป็นการถาวร ไม่เปลี่ยนแปลง และถ้ามาตรการนั้นมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นเป็นต้นว่า มาตรการนั้นส่งผลกระทบต่อคุณค่าทางเศรษฐกิจ ต่อการใช้ การใช้สิทธิ หรือการควบคุมการจัดการทรัพย์สินหรือสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ ยอมรับว่า เจ้าของทรัพย์สินอาจถือว่าถูกยึดทรัพย์สินได้ เมื่อสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน หรือการใช้สิทธิเกี่ยวกับผลประโยชน์ ถูกแทรกแซง แม้ว่าจะไม่มีการโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของ และต้องไม่เป็นมาตรการที่มีผลเป็นการชั่วคราว

(ค) การพิจารณาเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยไม่พิจารณาเจตนาของรัฐ

⁸⁵ OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, Working Papers on International Investment, Number 2004/4, September 2004, p 12. available at www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf

⁸⁶ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. 219 (1984), at 225. (“While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that the deprivation is not merely ephemeral...”)

⁸⁷ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican State, Award, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004), para.116

โดยแนวคำชี้ขาดนี้ปฏิเสธความสัมพันธ์ระหว่างเจตนาในการออกมาตรการของรัฐกับการยึดทรัพย์ กล่าวคือ มาตรการของรัฐที่ออกมา หากมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างประเทศแล้ว ก็ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ของการออกมาตรการของรัฐนั้นเลย

คดี Phelps Dodge⁸⁸ ได้ให้เหตุผลในการตัดสินไว้ว่า แม้เหตุผลในการออกมาตรการของรัฐนั้นจะมีเหตุจูงใจมาจากความต้องการคุ้มครองประโยชน์ของชาติ คุ้มครองการเงิน เศรษฐกิจ หรือสังคม แต่เหตุผลต่างๆที่ว่ามานั้นก็ไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐที่ต้องชดใช้ค่าทดแทนให้กับนักลงทุนที่ต้องเสียหายจากการกระทำของรัฐนั้น⁸⁹

คดี Tippetts case, the Iran-United States กล่าวว่า เจตนาของรัฐมีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบของมาตรการที่เกิดแก่การลงทุน และมาตรการที่แทรกแซงหรือควบคุมมีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงกับการลงทุน⁹⁰

คดี Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica⁹¹ ในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการได้แสดงความเห็นว่า วัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับ

⁸⁸ Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep. at 130.

⁸⁹ “The Tribunal fully understands the reasons why the respondent felt compelled to protect its interests through this transfer of management, and the Tribunal understands the financial, economic and social concerns that inspired the law pursuant to which it acted, but those reasons and concerns cannot relieve the Respondent of the obligation to compensate Phelps Dodge for its loss”)

⁹⁰ The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.

⁹¹ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000).

ประเด็นการจ่ายค่าชดเชย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าทรัพย์สินของเอกชนถูกยึดไปแม้โดยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม รัฐก็ต้องจ่ายค่าชดเชย⁹² นอกจากนี้ยังได้กล่าวต่อไปว่า การออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมก็ถือเป็นการยึดทรัพย์สินได้เหมือนกับมาตรการอื่นๆ ที่ออกมาเพื่อสนองนโยบายของรัฐ แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐหรือระหว่างประเทศ ก็ก่อให้เกิดพันธกรณีของรัฐนั้นต้องใช้ค่าชดเชยความเสียหาย⁹³

คดี Tecmed v. Mexico สนธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศเม็กซิโกและสเปน โดยอนุญาโตตุลาการ กล่าวว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เจ้าของทรัพย์สินอาจถือว่าถูกยึดทรัพย์สินได้ หากมีการแทรกแซงการใช้ หรือแทรกแซงเกี่ยวผลประโยชน์ของเจ้าของ แม้ว่าจะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ความเป็นเจ้าของก็ตาม โดยการแทรกแซงนั้นต้องมีลักษณะเป็นการถาวร ไม่ชั่วคราว นอกจากนี้ยังกล่าวต่อไปว่า เจตนาในการออกมาตรการของรัฐนั้นมีความสำคัญน้อยกว่าผลกระทบของมาตรการที่เกิดขึ้นต่อคุณค่าทางเศรษฐกิจ ต่อการใช้ทรัพย์สิน การใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของ

(2) การพิจารณาวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ

⁹² The panel held that: "While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus be legitimate, the fact that the property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference".

⁹³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000), para. 72. ("Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.")

แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้เห็นว่า หากมาตรการของรัฐนั้นออกมาเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ไม่ขัดกับกฎระเบียบใดๆ ภายในประเทศ และไม่มีลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสัญชาติแล้ว รัฐก็ไม่มีภาระในการที่จะต้องชดเชยความเสียหายให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้มาตรการดังกล่าว โดยคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” หมายถึงประเด็นที่เกี่ยวกับสาธารณสุข (public health) ความปลอดภัย (safety) จริยธรรม (morals) หรือมาตรฐานในการดำรงชีพ (welfare) มาตรการในการกำกับดูแลธุรกิจต่างๆ เช่น การป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและการผังเมือง ซึ่งมาตรการของรัฐเหล่านี้เป็นมาตรการที่ไม่ถือว่าการยึดทรัพย์ เพราะเป็นมาตรการที่ต้องดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม⁹⁴ ตัวอย่างแนวการตีความที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เช่น

คดี *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*⁹⁵ (Iran-U.S. Claims Tribunal)

ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการ เห็นว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับเป็นข้อยกเว้นไม่ถือว่าการยึดทรัพย์โดยอ้อม โดยกล่าวว่า “รัฐไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการสูญเสียทรัพย์สินหรือความเสียหายเปรียบทางเศรษฐกิจ ซึ่งกระทำโดยสุจริต จากมาตรการทางภาษีอากร หรือการกระทำอื่นที่เป็นการใช้อำนาจรัฐเชิงบังคับ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ ...”⁹⁶

⁹⁴ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA”, เสนอต่อสำนักงานเจรจาการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น, พฤษภาคม 2548. หน้า 131-133.

⁹⁵ *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, 23 Iran-U.S. C.T.R. 378. (1989)

⁹⁶ “...A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price...”

คดี Lauder (U.S.) v. Czech Republic ในคดีนี้ได้กล่าวถึงการแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติว่า “...คู่ภาคีสันติสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายทางเศรษฐกิจ อันเนื่องมาจากการออกมาตรการโดยสุจริต เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ”⁹⁷

คดี Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, v. The United Mexican States (สนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างสเปนกับเม็กซิโก) ในคดีนี้แม้จะถูกตัดสินว่าเป็นการยึดทรัพย์สิน แต่ในคำชี้ขาดก็ได้อธิบายว่า “...โดยหลักแล้วการกระทำของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของตน ในกรอบของการใช้อำนาจรัฐเชิงบังคับอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจต่อนักลงทุนบ้าง แต่ทั้งนี้รัฐไม่มีหน้าที่ต้องในการชดเชยค่าทดแทน”⁹⁸

(3) มาตรการของรัฐต้องเป็นมาตรการที่นักลงทุนไม่สามารถคาดภาวะความเสี่ยงล่วงหน้าได้

สิ่งสำคัญที่ทำให้ให้นักลงทุนต่างชาติตัดสินใจเข้ามาตั้งกิจการหรือลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนคือ สภาพแวดล้อมภายในประเทศผู้รับการลงทุนในขณะนั้น เช่น สภาพการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ซึ่งรวมถึง กฎ ข้อบังคับ หรือกฎหมายภายในประเทศดังกล่าวด้วย ดังนั้นการที่ประเทศผู้รับการลงทุน ได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือข้อบังคับในภายหลัง ย่อมถือว่าการทำให้สภาพแวดล้อมของการลงทุนเปลี่ยนแปลงไป จึงถือว่าการที่นักลงทุนต้องเสียหายโดยไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า

⁹⁷ Lauder (U.S.) v. Czech Republic (Final Award) (September 3, 2002) [Online] Available from: www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp (“...Parties to [the Bilateral] Treaty are not liable for economic injury that is the consequence of bona fide regulation within the accepted police powers of the State”.)

⁹⁸ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, v. The United Mexican States, ICSID Award Case No. ARB (AF)/00/2. Para. 119. (the principle that the State’s exercise of its sovereign power within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable)

การประเมินว่ามาตรการของรัฐมีลักษณะเป็นการยึดทรัพย์หรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงที่ว่า มาตรการดังกล่าวส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของสภาพแวดล้อมในการประกอบธุรกิจจากผู้ลงทุนคาดการณ์ไว้เดิมมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ บริษัทเอกชนที่เรียกชดเชยค่าเสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าในขณะที่ตนตัดสินใจลงทุนนั้นตนไม่สามารถคาดหมายว่ารัฐจะมีมาตรการดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจของตนอย่างรุนแรง⁹⁹

อย่างไรก็ดีการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมบางอย่าง ไม่ถือว่าเป็นการเกินความคาดหมายของนักลงทุน เช่น การเปลี่ยนแปลงของระบบการเมือง ระบบเศรษฐกิจ ปัญหาความมั่นคงภายในประเทศ และการรัฐประหาร เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลกระทบต่อธุรกิจทุกนักลงทุนทุกสัญชาติเหมือนกัน ไม่ว่าจะเป็ธุรกิจท้องถิ่นหรือต่างชาติ ยกเว้นในกรณีที่ความรุนแรงเกิดจากการกระทำของรัฐและความเสียหายที่เกิดขึ้นมุ่งเป้าไปที่ธุรกิจต่างชาติเท่านั้น ซึ่งรัฐอาจต้องชดเชยความเสียหายให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครอง ตัวอย่างเช่น

ในคดี Starett Housing Corp. v. Iran ที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งขาดเกี่ยวกับประเด็นความคาดหมายของนักลงทุนไว้ว่า นักลงทุนอิหร่านก็เหมือนกับนักลงทุนประเทศอื่น ๆ ที่ต้องยอมรับความเสี่ยงจากการหยุดงาน การก่อกวนไม่สงบ การเปลี่ยนแปลงทางระบบเศรษฐกิจและระบบการเมือง และการปฏิวัติ โดยความเสี่ยงเหล่านี้ถือว่ามีอยู่ในความคาดหมายของนักลงทุน จึงไม่ถือว่าการยึดทรัพย์¹⁰⁰

⁹⁹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA”, เสนอต่อสำนักงานเจรจาการค้าเสรีไทย- ญี่ปุ่น, พฤษภาคม 2548. หน้า 131-133.

¹⁰⁰ OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, Working Papers on International Investment, Number 2004/4, September 2004, p. 20. Available at www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf (“Investors in Iran, like investors in all other countries, have to assume a risk that the country might experience strikes, lock-outs, disturbances, changes of economic and political system and even revolution. That any of these risks materialised does not

หรือกรณีคดี Oscar Chinn¹⁰¹ ซึ่งตัดสินโดยศาลยุติธรรมถาวรระหว่างประเทศ ได้ตัดสินในประเด็นเดียวกันนี้ว่า ไม่มีบริษัทใดที่สามารถหลีกเลี่ยงจากความเสียหายและความไม่แน่นอน ซึ่งมีเหตุผลมาจากสภาวะทางเศรษฐกิจทั่วไป โดยบางอุตสาหกรรมอาจทำกำไรได้มากในระหว่างช่วงเวลาที่เศรษฐกิจรุ่งเรือง หรือมิฉะนั้นก็จะได้รับผลประโยชน์จากสนธิสัญญาทางการค้าหรือจากปรับเปลี่ยนอัตราภาษีศุลกากร ในทางกลับกันบริษัทเหล่านี้ก็จะไม่ถูกปกป้องจากภัยอันตรายที่เกิดจากสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ในคดีนี้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นเจ้าของโดยรัฐแต่อย่างใด¹⁰²

4.2.4 การยึดทรัพย์โดยอ้อมกับแนวโน้มความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

เนื่องจากในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุนในยุคใหม่ ได้เรียนรู้ปัญหาในการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐ ว่าอาจถูกตีความว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมได้ ดังนั้นจากการศึกษาพบว่า ในหลายๆความตกลงเริ่มหาวิธีในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีเจตนาเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความว่า การออกมาตรการของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการที่เป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นการยึดทรัพย์ของนักลงทุน โดยวิธีการที่นำมาใช้

necessarily mean that property rights affected by such events can be deemed to have been taken".)

¹⁰¹ Oscar Chinn., 1934 P.C. I. J. Ser A/B

¹⁰² OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", Working Papers on International Investment, Number 2004/4, September 2004, p.19. Available at www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf ("No enterprise...can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantage of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change. Where this is the case, no vested rights are violated by the State".)

พบว่ามีการกำหนดให้การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐ ถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ แต่ทั้งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขสำคัญที่ว่า ต้องกระทำโดยสุจริต ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และเพื่อคุ้มครองสุขภาพ ความปลอดภัย สิ่งแวดล้อม ตลอดจนสวัสดิการสังคม จึงจะไม่ถือว่าการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม ตัวอย่างเช่น

4.2.4.1 กฎหมายต้นแบบในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.2004 (US model BIT)¹⁰³ ซึ่งถือเป็นต้นแบบในการที่สหรัฐอเมริกาจะใช้ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการลงทุนกับประเทศอื่นๆ โดยขอบเขตการยึดทรัพย์สินของ US model BIT นั้น ได้กำหนดสาระของการยึดทรัพย์สินไว้ 3 ประเด็นคือ

- (1) การยึดทรัพย์สินทางตรง
- (2) การยึดทรัพย์สินโดยอ้อม
- (3) ข้อยกเว้นมาตรการของรัฐที่ไม่ถือว่าอยู่ในความหมายของการยึดทรัพย์สิน

โดยในส่วนของกรยึดทรัพย์สินโดยอ้อมนั้น ในภาคผนวก B ได้กำหนดปัจจัยในการพิจารณาไว้ 3 ปัจจัยดังนี้คือ

- (1) ผลกระทบที่เกิดจากมาตรการของรัฐต่อนักลงทุน
- (2) ความคาดหวังของนักลงทุนต่างประเทศ
- (3) ลักษณะของมาตรการของรัฐ

ขณะเดียวกันในภาคผนวก B ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ว่า มาตรการหรือการกระทำของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสวัสดิการสาธารณะ ปกป้องอนามัยสาธารณะ ปกป้องความมั่นคงและสิ่งแวดล้อม กรณีเช่นว่านี้ไม่ถือว่าการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม¹⁰⁴

¹⁰³ US Model BIT, 2004, Annex B, Expropriation

¹⁰⁴ (Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.)

นอกจากนั้นข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างอเมริกาที่ทำกับประเทศต่างๆ เช่น ทำกับประเทศออสเตรเลีย กับอเมริกากลาง กับโมริออคโค หรือกับสิงคโปร์ ก็มีการกำหนดให้มาตรการที่รัฐใช้ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ให้ถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม โดยมักจะมีการกำหนดไว้ในภาคผนวกของความตกลงฯ เช่น **ความตกลงการค้าเสรีแบบทวีภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี: ภาคผนวก10-D การยึดทรัพย์**¹⁰⁵: ประเทศภาคียืนยันความเข้าใจว่า

¹⁰⁵ Annex 10-D: Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

4. The second situation addressed by Article 10.9(1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations

(1) มาตรา 10.9(1) (การห้ามยึดทรัพย์สินไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม)¹⁰⁶ กำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงจารีตประเพณีทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยภาระหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวกับการยึดทรัพย์สิน

(2) การกระทำของประเทศภาคีจะไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินหากการกระทำดังกล่าวไม่ไปกระทบสิทธิในทรัพย์สินทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุน

(3) มาตรา 10.9(1) บัญญัติไว้ 2 กรณี กรณีที่ 1 คือ การยึดทรัพย์สินทางตรง เกิดจากการโอนการยึดทรัพย์สินเป็นของรัฐ การเวนคืนการลงทุนของผู้ลงทุนของประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง

(4) กรณีที่ 2 ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 10.9(1) คือ การยึดทรัพย์สินทางอ้อม เกิดจากการกระทำของประเทศภาคีที่ส่งผลกระทบต่อเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สินทางตรง

(เอ) การกำหนดว่าการกระทำใดของประเทศภาคีเข้าข่ายการยึดทรัพย์สินทางอ้อมหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากข้อมูลและข้อเท็จจริงจากการไต่สวนเป็นรายกรณีไป โดยพิจารณาจาก

(1) ผลกระทบเชิงเศรษฐกิจจากการใช้มาตรการของรัฐ ถึงแม้มาตรการของรัฐจะส่งผลกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน แต่ผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยลำพังไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินทางอ้อม

(2) มาตรการของรัฐที่ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของสภาพธุรกิจที่คลาดเคลื่อนไปจากที่นักลงทุนคาดการณ์ไว้มาก

(3) ลักษณะของมาตรการของรัฐ

(บี) โดยทั่วไปแล้ว มาตรการของรัฐที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณะ เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินทางอ้อม ยกเว้นในสภาพการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก (except in rare circumstances)

4.2.4.2 กฎหมายต้นแบบในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศของแคนาดา Canada's model Foreign Investment Promotion and

¹⁰⁶ มาตรา 10.9 (1) ห้ามรัฐดำเนินมาตรการใดๆ ที่เป็นการยึดทรัพย์สิน หรือที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สิน ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ยกเว้น 1) มาตรการดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องบังคับใช้เพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ 2) ไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติ 3) สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศ และ 4) มีการชดเชยความเสียหายอย่างเพียงพอและทันการ

Protection Agreement (FIPA)¹⁰⁷ ได้กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับสิ่งแวดลอมไว้ โดยหากมาตรการของรัฐนั้นออกมาโดยสุจริต เป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะ ปกป้องอนามัยสาธารณะ ปกป้องความมั่นคงและสิ่งแวดลอม กรณีเช่นว่านี้ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

4.2.4.3 The COMESA Common Investment Area ซึ่งเป็นความตกลงในระดับภูมิภาคระหว่างรัฐในภูมิภาคระหว่างแอฟริกาตะวันออกและแอฟริกาใต้ ปี 2007 ได้มีการกำหนดให้การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดลอมของรัฐ ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม

โดยในมาตรา 20.8 กำหนดว่า หากเป็นการสอดคล้องกับสิทธิของรัฐในการออกกฎหมายและหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการใช้อำนาจอธิปไตยเชิงบังคับ หากมาตรการนั้นออกโดยสมาชิกของรัฐ ด้วยความสุจริต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องหรือทำให้ดีขึ้นซึ่ง สวัสดิภาพสาธารณะ สุขอนามัยสาธารณะ ความมั่นคง และสิ่งแวดลอม กรณีดังกล่าวเช่นว่านั้น ไม่ถือว่าการยึดทรัพย์โดยอ้อม ภายใต้มาตรานี้¹⁰⁸

4.2.4.4 ข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างสาธารณะโดมินิกันกับอเมริกากลาง(the Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement (DR-CAFTA) ซึ่งความตกลงการค้าเสรีนี้ได้ลงนามในปี 2004 โดยมีภาคีสมาชิกคือ United States, the Dominican

¹⁰⁷ Canada Model FIPA, Annex B.13(1), Expropriation. (Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.)

¹⁰⁸ Common Market For Eastern And Southern Africa Investment Agreement For The COMESA Common Investment Area, Article 20.8 (Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article.)

Republic, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, and Nicaragua และในความตกลงดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สินของรัฐไว้ใน Article 10.7(1) นอกจากนั้นในภาคผนวกของความตกลงนี้ยังได้กำหนดปัจจัยที่อนุญาโตตุลาการควรใช้ในการพิจารณาว่าเป็นการยึดทรัพย์สินหรือไม่ ดังนี้คือ¹⁰⁹

- (1) ผลกระทบต่อเศรษฐกิจของนักลงทุนอันเกิดจากการกระทำของรัฐ
- (2) การแทรกแซงของมาตรการของรัฐกับความคาดหวังของนักลงทุน
- (3) ลักษณะของการกระทำของรัฐ

แต่อย่างไรก็ตามการกระทำของรัฐจะไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม หากปรากฏว่ามาตรการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสวัสดิภาพสาธารณะ สุขอนามัยสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐ และสิ่งแวดล้อม

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวโน้มของการทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนั้นให้ความสำคัญต่อการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับที่เป็นมาตรการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณะ เช่น ความมั่นคง สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม โดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนโดยอ้อม แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อประโยชน์หรือสิทธิบางประการของนักลงทุนก็ตาม

¹⁰⁹ DR-CAFTA, Annex 10-C(4)(a) a “case-by-case, fact-based inquiry” that must consider: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ในบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

5.1 ภาพรวมข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

5.1.1 ความเป็นมาของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ

ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือถูกร่างขึ้นเมื่อ ปี 1992 โดยข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อ วันที่ 1 มกราคม 1994 มีภาคีสมาชิก 3 ประเทศคือ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโก เขตการค้าเสรีนี้ถูกสร้างขึ้นมาโดยมีความสอดคล้องกับเงื่อนไขของ มาตรา 24 ของ GATT โดยวัตถุประสงค์ของข้อตกลงดังกล่าว เพื่อให้เกิดการค้าเสรีระหว่างประเทศสมาชิก โดยการขจัดอุปสรรคทางการค้าและบริการระหว่างประเทศ ทั้งการยกเลิกภาษีศุลกากร การส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม การขยายโอกาสทางการลงทุน การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และการแก้ไขข้อพิพาททางการค้า¹

5.1.2 โครงสร้างของบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุน

โครงสร้างของบทที่ 11 นี้แบ่งออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ๆ คือ

5.1.2.1 ส่วนที่ 1: การลงทุน

เป็นบทบัญญัติที่กำหนดพันธกรณีของประเทศผู้รับการลงทุน (Host state) ที่ต้องให้การคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติ โดยรูปแบบในการให้การคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน เช่น

(1) การกำหนดหลักปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ทั้งการกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนในประเทศของตน (NT)² การปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)³ และการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติโดยสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (minimum standard of treatment)⁴

¹ North American Free Trade Agreement: Article 102

² Article 1102

³ Article 1103

⁴ Article 1104

(2) การห้ามประเทศผู้รับการลงทุนกำหนดข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไขการลงทุนบางอย่างให้นักลงทุนต้องปฏิบัติ (Performance Requirements)⁵ เช่น ห้ามกำหนดระดับหรือร้อยละการส่งออก ห้ามกำหนดระดับหรือร้อยละในการใช้วัตถุดิบในประเทศ ห้ามบังคับซื้อหรือใช้สินค้าที่ผลิตในประเทศผู้รับการลงทุน หรือบังคับให้ซื้อสินค้าจากบุคคลใดในอาณาเขตรัฐผู้รับการลงทุน ห้ามมิให้มีการบังคับถ่ายทอดเทคโนโลยี กระบวนการผลิต หรือการถ่ายทอดความรู้ต่างๆแก่บุคคลในรัฐผู้รับการลงทุน ห้ามมิให้มีการจำกัดการขายสินค้าและบริการในรัฐผู้รับการลงทุนโดยเชื่อมโยงการขายสินค้าเข้ากับมูลค่าการส่งออกหรือรายได้เงินตราต่างประเทศ

(3) การห้ามยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ ไม่ว่าจะโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมหรือออกมาตราการที่เทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สิน เว้นแต่ เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่เลือกปฏิบัติ และต้องการจ่ายค่าชดเชยให้แก่นักลงทุนต่างชาติ (Expropriation and Compensation)⁶

(4) การให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการโอนเงินหรือทรัพย์สินโดยเสรี (Transfers)⁷ ทั้งนี้เนื่องจากเป้าหมายหลักของการลงทุนคือการแสวงหารายได้ และการหาผลกำไร และสุดท้ายก็หวังที่จะนำรายได้ และผลกำไรนั้นกลับสู่ประเทศของผู้ลงทุน ฉะนั้นจึงมีการกำหนดหลักประกันในการนำและส่งออกเงินทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนได้

(5) ห้ามมิให้มีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของผู้บริหาร (Senior Management and Boards of Directors)⁸ ซึ่งเท่ากับเป็นการให้สิทธิในการควบคุมกิจการโดยชาวต่างชาติอย่างเต็มที่

5.1.2.2 ส่วนที่ 2: การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีและนักลงทุนของรัฐภาคีอื่น

ส่วนที่ 2 นี้ เป็นการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาท (dispute settlement process) ระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนต่างชาติที่เป็นคนชาติของภาคีอื่น กรณีเมื่อเกิดข้อพิพาทด้านการลงทุนขึ้น โดย

⁵ Article 1106

⁶ Article 1110

⁷ Article 1109

⁸ Article 1107

การระงับข้อพิพาทภายใต้ Section B ของบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุนนั้นได้มีการกำหนดหลักการ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญไว้คือ⁹

(1) การปฏิบัติอย่างเสมอภาคต่อนักลงทุนของประเทศภาคีสอดคล้องกับหลักต่างตอบแทนในกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) รับรองกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) การตั้งมั่นในความเป็นธรรมของคณะอนุญาโตตุลาการ

โดยกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนภายใต้ NAFTA เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (state - investor Dispute Settlement) ที่ให้นักลงทุนสามารถที่จะดำเนินคดีโดยฟ้องรัฐได้โดยตรง แต่ก่อนที่คู่กรณีจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ เมื่อเกิดกรณีพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับประเทศผู้รับการลงทุน คู่กรณีต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการปรึกษาหารือหรือการเจรจาต่อรองระหว่างกันเสียก่อน¹⁰ แต่ในกรณีที่ไม้อาจระงับข้อพิพาทด้วยการปรึกษาหารือหรือเจรจากันได้หรือไม่ได้ผล จึงให้นักลงทุนที่ได้รับผลกระทบนั้นเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ภายใต้¹¹

(1) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (The Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States: ICSID Convention) ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID): โดยการไว้ ICSID Convention จะใช้ได้ ในกรณีที่ประเทศของนักลงทุนและประเทศที่นักลงทุนไปลงทุน เป็นสมาชิกของความตกลงนี้;

(2) The ICSID Additional Facility Rules; ใช้ในกรณีที่ประเทศของนักลงทุนหรือประเทศผู้รับการลงทุนลงทุน กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นภาคีความตกลงนี้ หรือ

(3) กฎข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules)

⁹ Article 1115

¹⁰ Article 1118

¹¹ Article 1120

โดยให้นำกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ (Arbitration rules) ไปใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้นๆ เว้นแต่ส่วนที่บทที่ 11 Section B นี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹²

(1) จำนวนอนุญาโตตุลาการและการเลือกอนุญาโตตุลาการ

ในประเด็นจำนวนของคณะอนุญาโตตุลาการ ภายใต้บทที่ 11 Section B ของ NAFTA นี้ กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการว่า ถ้าคู่พิพาทไม่ได้มีการตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายเลือกมา 1 คน และให้คู่กรณีพิพาทตกลงเลือกอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่งเป็นประธาน¹³ แต่ถ้าภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้เรียกร้องให้ระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเพราะคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หรือคู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ในการเลือกอนุญาโตตุลาการฝ่ายที่สาม ให้ตั้งเลขาธิการของ ICSID เป็นอนุญาโตตุลาการ¹⁴

(2) สถานที่ในการอนุญาโตตุลาการ

ส่วนในประเด็นสถานที่ที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการนั้น ถ้าคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น สถานที่ในการอนุญาโตตุลาการให้ทำในดินแดนของรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกของ The New York Convention¹⁵ ทั้งนี้เพื่อเป็นการทำให้แน่ใจได้ว่าจะมีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยการเลือกสถานที่นั้น

(3) กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้บังคับกับข้อพิพาท

ภายใต้มาตรา 1131 ได้กำหนดกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการระงับข้อพิพาท¹⁶ โดยกำหนดให้

(3.1) อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินข้อพิพาทให้สอดคล้องกับข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

¹² Article 1120 (2)

¹³ Article 1123

¹⁴ Article 1124

¹⁵ Article 1130

¹⁶ Article 1131

(3.2) อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักของกฎหมายระหว่างประเทศ (applicable rules of international law)

(3.3) กรณีมีการกำหนดแนวการตีความ โดยคณะกรรมการการค้าเสรี (FTC) แนวการตีความนั้นก็ผูกพันอนุญาโตตุลาการที่ถูกตั้งขึ้นมาที่ต้องตีความตามแนวทางที่คณะกรรมการการค้าเสรีกำหนด

ดังนั้นกฎหมายสารบัญญัติที่อนุญาโตตุลาการจะใช้บังคับกับคดี ก็คือ ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) หลักของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึง การตีความตามที่คณะกรรมการการค้าเสรี (FTC) กำหนดซึ่งกฎหมายต่างๆ ข้างต้นย่อมถูกนำไปใช้ทั้งกับการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) หรือ โดยการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายข้อบังคับของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID Convention) The ICSID Additional Facility Rules และกฎข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) พบว่ากำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกในการปรับใช้และชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้น

โดยในมาตรา 42 ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID Convention) บัญญัติว่า

“(1) ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีตกลงกัน ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกันดังกล่าวให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจใช้บังคับได้”

หรือในบทบัญญัติมาตรา 54 ของ The ICSID Additional Facility Rules ที่กำหนดให้ “อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายที่คู่กรณีได้เลือกบังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาทในกรณีที่คู่กรณี

ไม่ได้ตกลงเลือกไว้ อนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักกฎหมายขัดกันและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในการบังคับใช้กับคดี”¹⁷

และมาตรา 33 (1) ของกฎข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมาย การค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) กำหนดให้ อนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดบังคับใช้กับคดีพิพาท¹⁸

ดังนั้นไม่ว่าข้อพิพาทการลงทุนจะกระทำโดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศ เพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) หรือคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่าง ประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาปรับใช้กับคดีก็คือ ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (บทที่ 11 และรวมถึงแนวการตีความของอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1131) นั่นเอง ตัวอย่างเช่น ในคดี Methanex ที่ใช้ UNCITRAL Arbitration Rules โดย คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า เมื่อมาตรา 33(1) ของ the UNCITRAL Rules กำหนดให้ อนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายที่คู่กรณีเป็นผู้เลือกกับข้อพิพาท ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการต้องใช้ ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (รวมถึงมาตรา 1131) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศกับข้อ พิพาท¹⁹

(4) การกำหนดแนวการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรี (Free Trade Commission: FTC)

การกำหนดแนวการตีความ (Interpretive Statement) ของคณะกรรมการการค้าเสรีนี้ ไม่ ถือว่าเป็นการแก้ไขข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือตามมาตรา 2202 แต่เป็นการทำให้ข้อความที่ ไม่ชัดเจนมีความชัดเจนมากขึ้น เพื่อให้ผู้ตัดสินหรือชี้ขาดคดีได้ตัดสินไปตามแนวการตีความนั้นๆ โดยไม่ให้มีการตีความเป็นอย่างอื่น และเพื่อประโยชน์ไม่ให้เกิดการตัดสินหรือชี้ขาดในคดีหลังแตกต่าง หรือไม่สอดคล้องกับในคดีก่อน โดยวิธีการดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ ดัง

¹⁷ The ICSID Additional Facility Rules: ARBITRATION (ADDITIONAL FACILITY) RULES, Article 54.

¹⁸ The Tribunal is required to apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute

¹⁹ Methanex Corp. v. United States, Final Award, Part II - Chapter B, para. 8.

จะเห็นได้จากในสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา มาตรา 31 (3)²⁰ กำหนดให้ การตีความสนธิสัญญานั้นต้องคำนึงถึงความตกลงต่างๆ ระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาหรือการใช้บังคับความตกลงนั้นๆ ด้วย

ในข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) บทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุนเองก็ได้มี บทบัญญัติที่ให้รัฐภาคีสามารถตกลงที่จะกำหนดแนวการตีความข้อความในสนธิสัญญานี้ได้ โดย บัญญัติไว้ใน มาตรา 1131 (2)²¹ ซึ่งกำหนดให้ คณะกรรมการการค้าเสรีซึ่งเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นตาม มาตรา 2201 ประกอบด้วยผู้แทนระดับรัฐมนตรีของประเทศสมาชิกของข้อตกลงการค้าเสรี อเมริกาเหนือ²² มีอำนาจในการกำหนดแนวการตีความในเรื่องใดๆ ได้ โดยแนวการตีความที่ได้ กำหนดขึ้นนี้มีผลผูกพันอนุญาโตตุลาการที่ต้องตีความหรือชี้ขาดตามแนวการตีความที่ คณะกรรมการการค้าเสรีดังกล่าวกำหนดขึ้น จึงเท่ากับว่าภาคีสมาชิก (โดยผ่าน Free Trade Commission) สามารถตกลงร่วมกันกำหนดแนวการตีความในประเด็นที่ไม่ชัดเจน หรืออาจ กำหนดแนวการตีความเพื่อมุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้

โดยที่ผ่านมา คณะกรรมการการค้าเสรีก็เคยได้ใช้อำนาจตามมาตรา 1131 กำหนดแนว การตีความมาแล้ว เกี่ยวกับประเด็นมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ (Minimum Standard of Treatment) ตามมาตรา 1105 โดยในวันที่ 31 กรกฎาคม 2001 โดย Free Trade Commission ได้ กำหนดแนวการตีความในเรื่องดังกล่าวใน 3 ประเด็น โดยมีประเด็นหนึ่งที่คณะกรรมการการค้าเสรี กำหนดว่า “แม้จะมีการตัดสินว่ามีการละเมิดข้อบทอื่นๆ ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ หรือ ความตกลงระหว่างประเทศอื่น ก็ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการละเมิดมาตรา 1105 (1) ในตัว” ซึ่งแนวการ ตีความของ Free Trade Commission นี้ก็ผูกพันอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ที่ต้องถือตาม ดัง จะเห็นได้จากในคดี Methanex โดยคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการ

²⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, Art.31(3) แต่อย่างไรก็ตามแนวการ ตีความ (Interpretive Statement) ภายใต้สนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญานี้ ไม่ผูกพันผู้ตัดสินที่ต้องยึดถือตามเสมอไป

²¹ Article 1131(2): An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

²² Article 2201

ตีความข้อพิพาทคดีนี้ (RULES OF INTERPRETATION) ว่า มีบ่อเกิดของกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะใช้สำหรับการตีความ คือ แนวการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรีเกี่ยวกับมาตรา 1105 (1) ที่กำหนดขึ้นในวันที่ 31 กรกฎาคม 2001 และ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)

อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากคำชี้ขาดในคดีนี้ก็พบว่า อนุญาโตตุลาการได้นำแนวการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรี (Free Trade Commission) ไปปรับใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทด้วย โดยอนุญาโตตุลาการได้ยกข้อกล่าวอ้างของบริษัท Methanex Corp. ที่อ้างว่า “มาตรการของสหรัฐอเมริกาไม่เจตนาเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างประเทศ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ถือเป็น การละเมิดมาตรา 1102 (หลักปฏิบัติอย่างชาติ) และเท่ากับว่าเป็นการละเมิดหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามมาตรา 1105 ด้วย”²³ โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลว่า แม้ว่าจะมีการชี้ขาดว่าบริษัท Methanex Corp. ถูกเลือกปฏิบัติซึ่งละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติตามมาตรา 1102 ก็ตาม (ซึ่งแท้จริงแล้วอนุญาโตตุลาการพบว่าไม่มีการละเมิดมาตรา 1102) แต่เนื่องจากขัดกับแนวการตีความของ FTC²⁴ ซึ่งเป็นที่ชัดเจนว่าการเลือกปฏิบัติอย่างชาติตามมาตรา 1102 ยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติที่ยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105 (1)²⁵

กรณีดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่า การกำหนดแนวการตีความนี้ (Interpretive Statement) เป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพและสะดวกในการแก้ไขปัญหาความคลุมเครือและความไม่ชัดเจนของข้อความในข้อบทเกี่ยวกับการลงทุนของ NAFTA

5.1.2.3 ส่วนที่ 3: บทนิยาม

²³ Methanex v. United States, Award of 3 August 2005 , Part IV - Chapter C, para.

²⁴ Ibid., Part IV - Chapter C, para. 14

²⁵ Ibid., Part IV - Chapter C, para. 17

ในส่วนนี้เป็นการกำหนดบทนิยามต่างๆ เป็นต้นว่า บริษัทข้ามชาติ หมายถึง บริษัทข้ามชาติ ตามที่นิยามในมาตรา 201 (บทนิยามที่ใช้ทั่วไป) และหมายรวมถึงสาขาของบริษัทข้ามชาตินั้นด้วย²⁶ หรือ disputing investor หมายถึง นักลงทุนที่ฟ้องภายใต้ section B²⁷

อย่างไรก็ดี ใน Section C กลับไม่มีการกำหนดบทนิยามของคำว่า “การยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือมาตรการที่เทียบเท่าการยึดทรัพย์” ว่ามีความหมายครอบคลุมกรณีใดบ้าง รวมถึงไม่มีการกำหนดบทนิยามของคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstance) ว่าหมายถึงอะไร ซึ่งทั้ง 2 คำดังกล่าว เป็นคำที่เป็นปัญหาคลุมเครือ ไม่ชัดเจน และมักจะถูกอ้างในคดีข้อพิพาทการลงทุนภายใต้บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนืออยู่เสมอ ซึ่งผลของการไม่กำหนดดังกล่าว นำมาสู่ปัญหาในการตีความของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในหัวข้อถัดไป

5.2 มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสภาพปัญหา

5.2.1 อารัมภบทข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ

ในข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการค้าและการลงทุนโดยเสรี แล้วยังมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปกับการพัฒนาทางการค้าและการลงทุนด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือมีเป้าหมายหรือเป้าประสงค์ (Goals) ทั้ง ในทางเศรษฐกิจ ทางการเมือง และทางสังคม²⁸

²⁶ Article 1139: Definitions (enterprise means an "enterprise" as defined in Article 201 (Definitions of General Application), and a branch of an enterprise)

²⁷ Article 1139: Definitions (disputing investor means an investor that makes a claim under Section B)

²⁸ PREAMBLE

The Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, resolved to:

...

UNDERTAKE each of the preceding in a manner consistent with environmental protection and conservation;

โดยอารัมภบทของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีดังนี้ คือ

- (1) รับรองว่าการดำเนินการแต่ละวิธีเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจนั้นจะต้องสอดคล้องกับการสงวนรักษาและปกป้องสิ่งแวดล้อม
- (2) สงวนไว้ซึ่งการเปลี่ยนแปลงสิ่งต่างๆ เพื่อปกป้องสวัสดิการสังคม
- (3) ส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืน
- (4) เพิ่มประสิทธิภาพในการพัฒนาและการบังคับใช้กฎหมายและข้อบังคับด้านสิ่งแวดล้อม

แต่อย่างไรก็ดีเป็นที่น่าสังเกตว่า มีคดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางการลงทุนที่อนุญาตตุลาการไม่ได้นำอารัมภบทในส่วนของการพัฒนาที่ยั่งยืนและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไปใช้พิจารณาประกอบการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีเลย เป็นต้นว่า ในคดี Metalclad ซึ่งอนุญาตตุลาการได้มีการกล่าวถึงวัตถุประสงค์ที่สัมพันธ์กับการตีความบทบัญญัติของบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือว่ามีอยู่ 3 ประการ²⁹ คือ

- (1) ความโปร่งใสในการออกกฎ ข้อบังคับและกิจกรรมของรัฐ
- (2) วัตถุประสงค์ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เพื่อการส่งเสริมและการเพิ่มโอกาสของการลงทุนข้ามแดน และสร้างความมั่นใจในการนำไปใช้ปฏิบัติให้สำเร็จเกี่ยวกับการริเริ่มการลงทุน³⁰
- (3) การสร้างความมั่นใจในกรอบการดำเนินการเชิงพาณิชย์ที่คาดหมายได้สำหรับการวางแผนธุรกิจและการลงทุน³¹

PRESERVE their flexibility to safeguard the public welfare;

PROMOTE sustainable development;

STRENGTHEN the development and enforcement of environmental laws and regulations; and

²⁹ IISD, Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights, p.17 [Online] Available from: www.iisd.org

³⁰ Objective of NAFTA is to promote and increase cross-border investment opportunities and ensure the successful implementation of investment initiatives.

และอนุญาโตตุลาการยังเน้นย้ำไปอีกว่า มูลเหตุจูงใจหรือเจตนาเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม ไม่ใช่สาระสำคัญที่จะมีผลต่อการพิจารณาหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อม ซึ่งจะเห็นได้ว่า การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในคดี Metalclad เช่นนี้ ไม่สอดคล้องกับอารัมภบทของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เนื่องจากค่านึงถึงเฉพาะในมิติทางเศรษฐกิจ โดยละเลยมิติทางสิ่งแวดล้อมและทางสังคมที่เป็นส่วนหนึ่งของอารัมภบทของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เช่นกัน

5.2.2 มาตรการสิ่งแวดล้อม

ภายใต้สมมติฐานเรื่องอุทยานมลพิษ (Pollution Haven) กล่าวว่า ประเทศที่มีมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมต่ำ ประเทศนั้นจะได้เปรียบในการผลิตสินค้าเพื่อการส่งออก อีกทั้งยังจูงใจให้มีการย้ายฐานการผลิตสินค้าที่มีแนวโน้มก่อมลพิษมากมาลงทุนในประเทศนั้นเพิ่มขึ้น ดังนั้น ประเทศที่มีมาตรฐานสิ่งแวดล้อมต่ำอาจกลายเป็นแหล่ง “อุทยานมลพิษ” ได้ และถ้ามีการส่งออกมากขึ้น มลพิษจะมีเพิ่มขึ้นไปอีก³² ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศพัฒนาน้อยที่สุดดำเนินนโยบายที่เรียกว่า race to the bottom คือ การลดมาตรฐานสิ่งแวดล้อมเพื่อดึงดูดการลงทุน ภายใต้บทที่ 11 การลงทุนจึงได้กำหนดมาตรการสิ่งแวดล้อมขึ้นโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1114 โดยมีการกำหนดข้อห่วงใยไว้ 2 ประเด็นคือ

(1) รัฐภาคียอมรับว่า เป็นการไม่เหมาะสมในการสนับสนุนการลงทุนที่ หลีกเลียงหรือลดหย่อนมาตรการสุขอนามัย มาตรการความปลอดภัย และมาตรการสิ่งแวดล้อมภายในประเทศของตนเพื่อเป็นการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ³³

³¹ “ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment”.

³² นิรมล สุธรรมกิจ, มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ, เอกสารวิชาการหมายเลข 2 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 98-99.

³³ The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should

(2) นอกจากนั้นเพื่อให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีประสิทธิภาพ ในมาตรา 1114 ยังได้กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถออกกฎหมาย คงไว้ซึ่งกฎหมาย และบังคับใช้กฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้³⁴

อย่างไรก็ตามแม้ว่า บทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากการลงทุนก็ตาม แต่ปรากฏว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่อาจให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เพิ่มสูงขึ้น โดยข้อมูลของศูนย์ ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes) ได้แสดงให้เห็นถึงจำนวนคดีที่ขาดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีจำนวนที่สูงขึ้นทุกปี เช่น ในปี ค.ศ. 2000 จากคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของ ICSID จำนวน 12 คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ 5 คดี ในปี ค.ศ. 2001 จากจำนวน 14 คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ 12 คดี ในปี ค.ศ. 2002 จากจำนวน 19 คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ 15 คดี และในปี ค.ศ. 2003 จากจำนวน 59 คดี เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ 51 คดี

โดยในคดีต่างๆเหล่านี้ ส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ และหลายคดีเกี่ยวข้องกับการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ฐานทรัพยากรธรรมชาติเพื่อเกื้อกูลผู้คนในรุ่นต่อไป และคดีต่างๆเหล่านี้ยังเกี่ยวข้องกับเสรีภาพและอำนาจอธิปไตยของรัฐในอันที่จะกำกับควบคุมนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะในสาขากิจการที่มีความสำคัญและที่มีผลกระทบต่อ

not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

³⁴ 1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

ประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีผลสำคัญต่อการที่รัฐจะกำหนดนโยบายที่เหมาะสมต่อการปกป้องอนุรักษ์ฐานทรัพยากรธรรมชาติของตน รวมทั้งทรัพยากรดิน น้ำ ป่า และสิ่งแวดล้อม³⁵

นอกจากนั้นยังพบว่าในเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) มีปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมเพิ่มขึ้นอย่างมากในประเทศเม็กซิโก ทั้งในด้านมลพิษทางน้ำ มลพิษทางอากาศ ปัญหาขยะของเสียอันตราย เนื่องมาจากการขยายตัวเพิ่มจำนวนโรงงานอุตสาหกรรม ข้อมูลจากรัฐบาลเม็กซิโกระบุว่า ในปี ค.ศ. 1999 เพียงปีเดียวต้นทุนความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจาก NAFTA มีมูลค่าสูงถึง 47 พันล้านเหรียญสหรัฐ³⁶ ก็น่าจะแสดงให้เห็นได้ว่าข้อบัพในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเหล่านั้นไม่มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

โดยสาเหตุที่ทำให้มาตรา 1114 ไม่มีผลในทางปฏิบัติอาจเกิดจากการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เข้มข้น อาจส่งผลกระทบต่อต้นทุนในผลิตสินค้าและบริการของบริษัทข้ามชาติ และอาจมีผลกระทบต่อจำนวนนักลงทุนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศ ทั้งนี้มีงานวิจัยหลายชิ้นให้เห็นว่าการออกมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมมีผลกระทบต่อการแข่งขัน เนื่องจากอาจจะเป็นการเพิ่มต้นทุนการผลิตของนักลงทุน กล่าวคือ ต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับมลพิษ (Pollution-Related Cost) ซึ่งหมายรวมถึงต้นทุนการควบคุมมลพิษ (Cost of Pollution Control) ต้นทุนการทำความสะอาดหรือบำบัด หรือควบคุมคุณภาพน้ำและอากาศก่อนปล่อยสู่ธรรมชาติ (Abatement Cost)³⁷ ซึ่งถือเป็นภาระของบริษัทข้ามชาติหรือนักลงทุนต่างชาติ แต่ถึงอย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าเมื่อเทียบ

³⁵ จักรกฤษ ครอบพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย, สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2548, หน้า 213

³⁶ บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์และวิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ, รายงานการวิจัยเรื่องการศึกษาผลกระทบการจัดตั้งเขตการค้าเสรีของประเทศไทย, ได้รับทุนอุดหนุนจากคณะกรรมการวิจัยและพัฒนาของวุฒิสภาสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, พฤศจิกายน 2548, หน้า 50

³⁷ นิรมล สุธรรมกิจ, มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ, เอกสารวิชาการหมายเลข 2 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 94.

ต้นทุนเหล่านั้นกับค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องใช้เพื่อการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมที่เสียหายไป รวมถึงระยะเวลาที่ยาวนานในการฟื้นฟูแล้วถือว่าน้อยกว่ามาก

5.2.3 การกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions)³⁸

ในข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ยอมรับว่า รัฐภาคีอาจกระทำการใดเป็นการขัดกับข้อตกลงนี้ได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อยกเว้นทั่วไป ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของคน พืช สัตว์ ความปลอดภัย ความมั่นคง สิ่งแวดล้อม ตามต้นแบบของมาตรา 20 ของ GATT โดยข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2101

แต่อย่างไรก็ดี ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 2101 ดังกล่าว กลับไม่ได้ถูกนำไปใช้กับบทบัญญัติในทุกเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ให้นำข้อยกเว้นทั่วไปดังกล่าวมาใช้กับบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุน (Chapter 11: Investment) ซึ่งนั่นก็หมายความว่า การออกมาตรการใดๆ ของรัฐที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกับมาตรการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งแม้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครอง

³⁸ Article 2101: General Exceptions

1. For purposes of:

(a) Part Two (Trade in Goods), except to the extent that a provision of that Part applies to services or investment, and

(b) Part Three (Technical Barriers to Trade) , except to the extent that a provision of that Part applies to services,
GATT Article XX and its interpretative notes, or any equivalent provision of a successor agreement to which all Parties are party, are incorporated into and made part of this Agreement. The Parties understand that the measures referred to in GATT Article XX(b) include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health, and that GATT Article XX(g) applies to measures relating to the conservation of living and nonliving exhaustible natural resources.

สุขภาพคน พืช สัตว์ หรือเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ก็อาจถือว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงนี้ได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แม้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (รวมถึงบทที่ 11) จะมีวัตถุประสงค์และมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอยู่ก็ตาม แต่บทบัญญัติเหล่านั้นกลับไม่สามารถนำมาใช้บังคับเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจมีสาเหตุมาจาก

(1) การที่เขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เกิดขึ้นมาในบริบทเพื่อให้เกิดความร่วมมือทางการค้าของประเทศสมาชิก ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

(2) นอกจากนั้นแม้อารัมภบทของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) จะมุ่งให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม นอกเหนือจากเพื่อพัฒนาทางเศรษฐกิจ แต่อารัมภบทก็ไม่ใช้ข้อบทในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยตรง (no substantive environmental protections)

(3) ในขณะที่ข้อบทในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยตรง ในมาตรา 1114 นั้น ก็ไม่ได้เป็นมาตรการบังคับประเทศภาคีที่ต้องปฏิบัติตามอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 1114 (2) ใช้คำว่า ประเทศภาคี “ควร (should)” ไม่ได้ใช้คำว่า “ต้อง (shall)”

(4) และท้ายที่สุดที่แสดงให้เห็นว่า NAFTA ไม่ได้มุ่งให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจริงจัง คือการที่ระบุอย่างชัดเจนว่า ข้อยกเว้นทั่วไป ซึ่งเป็นมาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างดียิ่งนั้น ไม่ให้นำมาใช้กับข้อบทการลงทุนด้วย

5.3 ปัญหาการตีความคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” และการยึดทรัพย์โดยอ้อม

นอกจากปัญหาการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีปัญหาที่สำคัญอีกประการที่มีผลกระทบต่อ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับการลงทุน และมักก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติอยู่เสมอ คือ ปัญหาในการตีความหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ตามมาตรา 1102 และการยึดทรัพย์โดยอ้อม มาตรา 1110 ของบทที่ 11 เนื่องจากยังมีความไม่ชัดเจนว่ามาตรการอย่างไรบ้างถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม และ จะพิจารณาอย่างไรว่านักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนภายในประเทศอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน ที่จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

และจากความไม่ชัดเจนนี้เอง ได้นำมาสู่ปัญหาในการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ข้อพิพาทที่มีประเด็นหรือข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน แต่กลับมีแนวการวินิจฉัยที่หลากหลาย หรือต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งปัญหาเช่นว่านี้ส่งผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมคือทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนไม่อาจคาดหมายได้เลยว่า การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของตนจะถือว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงฯ หรือไม่

5.3.1 วิเคราะห์การตีความคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” ตามมาตรา 1102

ภายใต้บทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ มาตรา 1102 (หลักปฏิบัติต่างชาติ: NT)³⁹ กำหนดให้

- “1. รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของรัฐภาคีอื่น ไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนของตน ที่อยู่ในสภาวะการณเดียวกัน ทั้งการตั้งกิจการ การขยายกิจการ การจัดการ
2. รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติต่อการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอื่น ไม่ด้อยไปกว่าการลงทุนของนักลงทุนของตน ที่อยู่ในสภาวะการณเดียวกัน ทั้งการตั้งกิจการ การขยายกิจการ การจัดการ...

ซึ่งเมื่อพิจารณาเงื่อนไขการปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ตามมาตรา 1102 พบว่า การที่จะถือว่าเป็นมาตรการหรือการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นการเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติหรือไม่นั้น มีองค์ประกอบอยู่ 2 ส่วน คือ

- (1) พิจารณาว่า นักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติอยู่ในสภาวะการณเดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนภายในประเทศหรือไม่

³⁹ Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

(2) หากอยู่ในสภาวะการณเดียวกัน รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนหรือการลงทุนภายในประเทศของตน

ดังนั้น การพิจารณาว่านักลงทุนในประเทศกับนักลงทุนต่างชาตินั้นอยู่ใน “สภาวะการณเดียวกันหรือไม่” จึงเป็นสิ่งสำคัญต่ออนุญาโตตุลาการในการพิจารณาว่า การกระทำของรัฐเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ ตามมาตรา 1102 หรือไม่ โดยหากพิจารณาแล้วว่า นักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนภายในประเทศ ไม่อยู่ในสภาวะการณเดียวกันแล้ว ประเทศผู้รับการลงทุนก็สามารถปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้อยกว่านักลงทุนในประเทศของตนได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติแต่อย่างใด

แต่ปัญหาสำคัญคือ ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ไม่มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” ไว้ จึงเป็นปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการจะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณาว่านักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนภายในประเทศอยู่ในสภาวะการณเดียวกัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า อนุญาโตตุลาการได้มีการใช้เกณฑ์ในการพิจารณาที่หลากหลาย ทั้งโดยการเทียบเคียงโดยนำเอาเกณฑ์การตีความ คำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” “like product” ของหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายการค้า (Trade Law) มาใช้เพื่อใช้ตีความ คำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” ทั้งที่การค้าและการลงทุนนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกัน (รายละเอียดกล่าวมาแล้วในบทที่ 3) แต่ขณะเดียวกันก็พบว่า อนุญาโตตุลาการในหลายคดีก็ปฏิเสธที่จะนำแนวคิดของกฎหมายการค้ามาใช้ โดยอาจสรุปแนวการตีความ คำว่า “in like circumstances” ของมาตรา 1102 ได้ดังนี้

5.3.1.1 การพิจารณาการแข่งขันกันทางธุรกิจของการลงทุน

แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มนี้ ได้พิจารณา คำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” โดยได้นำเอาแนวการตีความของ “สินค้าชนิดเดียวกัน” ที่มุ่งประเด็นการแข่งขันกันมาพิจารณากล่าวคือ หากนักลงทุนในประเทศกับนักลงทุนต่างชาติประกอบธุรกิจที่เหมือนกัน (same business) หรือว่าเป็นธุรกิจประเภทเดียวกัน (economic sector) เช่นนี้ต้องถือว่าการลงทุนหรือนักลงทุนนั้นอยู่ในสภาวะการณเดียวกันแล้ว โดยอนุญาโตตุลาการไม่นำปัจจัยแวดล้อมอื่นที่สัมพันธ์กับการลงทุนมาประกอบการพิจารณา เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ผลกระทบต่อชุมชนท้องถิ่น หรือไม่คำนึงความมุ่งหมายหรือเจตนาในการออกมาตรการของรัฐ ฯลฯ ตัวอย่างแนวการ

ตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน โดยนำเอาเกณฑ์การตีความ คำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน มาใช้ เช่น

คดี Ethyl Corp. v The Government of Canada โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ในปี 2540 รัฐบาลแคนาดาได้ออกคำสั่งห้ามการนำเข้าและขนย้ายสารผสมน้ำมันเชื้อเพลิงที่เรียกว่า “MMT” โดยให้เหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมีรายงานการวิจัยที่แสดงว่า สารเคมีดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมและก่อมลพิษทางอากาศ แต่คำสั่งห้ามของรัฐบาลแคนาดาดังกล่าวไม่รวมถึงการผลิตและการขายสาร MMT ในแคนาดา บริษัท Ethyl Corp ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันนำเข้ามาสารเคมี MMT มาจำหน่ายในแคนาดา จึงได้ฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดาภายใต้บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ โดยอ้างว่า คำสั่งห้ามดังกล่าวละเมิดพันธกรณีที่แคนาดาทำตามข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เรียกร้องค่าเสียหาย 250 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ซึ่งต่อมารัฐบาลแคนาดาตกลงประนีประนอมกับบริษัท Ethyl Corp โดยยอมจ่ายค่าชดเชยจำนวน 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐให้แก่บริษัท และยอมยกเลิกคำสั่งห้ามนำเข้าและขนย้ายสาร MMT⁴⁰

และแม้ว่าในคดีนี้ จะยังไม่ได้มีคำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีการประนีประนอมกันก่อนก็ตาม แต่เป็นคดีที่แสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของแนวคิด like products ที่มีต่อการตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน ในบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เป็นต้นว่าเมื่อพิจารณาถึงข้ออ้างของบริษัท Ethyl Corp จะเห็นว่า ได้นำเอาแนวคิดเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันมาใช้เป็นข้อต่อสู้ โดยบริษัท Ethyl Corp อ้างว่า เมื่อพิจารณาคูณลักษณะและการใช้ขั้นสุดท้าย (end use) พบว่าสาร MMT ซึ่งเป็นสารที่เพิ่มค่าออกเทนในน้ำมัน เช่นเดียวกับสารเอทานอล สารเมทานอล สาร ETBE และสาร MTBE ดังนั้นจึงถือว่าสารทั้งหมดเหล่านี้เป็นสินค้าที่แข่งขันกันโดยตรง ดังนั้นบริษัทของนักลงทุนแคนาดาที่ผลิตสารเอทานอล สารเมทานอล สาร ETBE และสาร MTBE กับ Ethyl Corp ที่ผลิตสาร MMT จึงอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน⁴¹ ขณะที่รัฐบาลแคนาดาเห็นว่านักลงทุนชาวแคนาดา ไม่ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากมีความแตกต่างกันทั้งลักษณะ

⁴⁰จักรกฤษ ครอบพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย, สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), หน้า 215.

⁴¹ Statement of Claim, Ethyl Corporation v. Government of Canada, 2 October 1997, para.31.

ของกระบวนการผลิต ลักษณะของสินค้า อีกทั้งอุปสงค์และอุปทานในตัวสินค้าก็แตกต่างกัน ดังนั้นสินค้าที่นักลงทุนแคนาดาผลิตภายในแคนาดา จึงไม่ถือว่าอยู่ในสภาพการณ์เดียวกันกับสินค้าที่บริษัท Ethyl Corp ผลิต⁴² ซึ่งเป็นการพิจารณาคำว่า สภาพการณ์เดียวกันโดยพิจารณาปัจจัยที่กว้างกว่า

คดี Pope & Talbot v. Canada⁴³ เป็นกรณีของบริษัท Pope and Talbot ซึ่งเป็นบริษัททำไม้ของสหรัฐ ฟ้องรัฐบาลแคนาดาเป็นจำนวนเงินสูงถึง 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยอ้างว่า รัฐบาลแคนาดาใช้ข้อตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกากับแคนาดา ในเรื่องการค้าไม้ในลักษณะที่เอื้อผลประโยชน์กับผู้ผลิตไม้ของตน ด้วยการตั้งค่าธรรมเนียมจากการทำไม้ต่ำเกินไปซึ่งมีผลให้ราคาไม้ของแคนาดาถูกกว่าราคาไม้ของสหรัฐ จึงเท่ากับเป็นการละเมิดการคุ้มครองการลงทุนของ NAFTA ในส่วนของหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT)

โดยในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงเกณฑ์ในการพิจารณาคำว่า “สภาพการณ์เดียวกัน” ว่า การจะประเมินหรือตัดสินว่านักลงทุนต่างชาตินั้นได้รับการปฏิบัติตาม มาตรา 1102 หรือไม่ ในขั้นแรกต้องเปรียบเทียบกันระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาตินักลงทุนภายในประเทศที่ประกอบธุรกิจเหมือนกัน (same business) หรือใน economic เดียวกัน (same economic sector)⁴⁴ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการได้นำเอาประเด็นการแข่งขันของธุรกิจของนักลงทุนในประเทศและต่างประเทศมาเป็นหลักในการพิจารณา (ใช้เกณฑ์เดียวกับการตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ)

⁴² Statement of Defence, Ethyl Corporation v. Government of Canada, 27 November 1997, para.83.

⁴³ Pope & Talbot v. Canada, Award on the Merits, 10 April 2001, UNCITRAL (NAFTA)

⁴⁴ Ibid., para.78. (“In evaluating the implications of the legal context, the Tribunal believes that, as a first step, the treatment accorded a foreign owned investment protected by Article 1102 (2) should be compared with that accorded domestic investments in the same business or economic sector.”)

และนอกจากนั้นในคดีนี้ยังมีประเด็นที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ การที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่า แม้จะปฏิบัติต่อกลงทุนต่างชาติดีกว่านักลงทุนในประเทศ (ที่ประกอบธุรกิจเหมือนกัน หรือประเภทเดียวกัน) เป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่า มีการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ตามมาตรา 1102 เท่านั้น เพราะหากประเทศผู้รับการลงทุนพิสูจน์ได้ว่า การเลือกปฏิบัติเช่นว่านั้นเกิดจากการดำเนินนโยบายของรัฐที่มีเหตุผล ภายใต้เงื่อนไขว่า ต้องใช้กับทั้งบริษัทในประเทศและต่างประเทศไม่แตกต่างกันทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และต้องไม่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของการลงทุนโดยเสรี เช่นนี้ถือว่าไม่เป็นการละเมิด มาตรา 1102⁴⁵

การให้เหตุผลของอนุญาโตตุลาการข้างต้นดูเหมือนว่า การเลือกปฏิบัติที่เกิดจากนโยบายที่สมเหตุสมผล (นโยบายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของชาติก็น่าจะถือว่าเป็นนโยบายที่สมเหตุสมผล) เป็นข้อยกเว้นหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) แต่แท้จริงแล้ว ไม่ว่ารัฐจะสามารถพิสูจน์ได้ว่า มาตรการหรือนโยบายที่ออกมา นั้นมีความสมเหตุสมผลก็ตาม ก็ยังเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ ตามมาตรา 1102 อยู่ นั่นเอง เพราะเป็นที่แน่นอนว่าการเลือกปฏิบัติต่อกลงทุนต่างประเทศ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลโดยอ้อมไม่สอดคล้องและเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนโดยเสรีทั้งสิ้น

คดี S.D. Myers⁴⁶ โดยคดีนี้ บริษัท S.D. Myers ซึ่งเป็นบริษัทกำจัดของเสียสัญชาติอเมริกัน ต้องการนำเข้าสาร PCBs (polychlorinated biphenyls) จากแคนาดาเพื่อไปเข้ากระบวนการกำจัดที่โรงงานในสหรัฐอเมริกา โดย PCBs เป็นสารหล่อเย็นและหล่อลื่นในหม้อแปลงไฟ และอุปกรณ์ไฟฟ้าอื่นๆ และต่อมาเมื่อสนธิสัญญาบาเซลของสหประชาชาติได้จำกัดการค้าสาร PCBs และสารพิษอื่นๆ และส่งเสริมให้มีการกำจัดสารต่างๆ ในประเทศ ซึ่งทั้งแคนาดาและเม็กซิโกเป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาฉบับนี้

⁴⁵ Pope & Talbot v. Canada, Award on the Merits, 10 April 2001, UNCITRAL (NAFTA), para.78. (“... Differences in treatment will presumptively violate Article 1102(2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or *de facto*, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA.”)

⁴⁶ S.D. Myers Inc. v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000

โดยแคนาดาได้ประกาศห้ามส่งออก PCBs ในเดือนพฤศจิกายน 2538 เพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศ⁴⁷ บริษัท S.D. Myers จึงได้ยื่นฟ้องแคนาดา โดยอ้างว่าระเบียบการห้ามส่งออกสาร PCB ของรัฐบาลแคนาดาละเมิดข้อกำหนดของ NAFTA มาตรา 1102 (หลักปฏิบัติอย่างชาติ) โดยเรียกชดเชยค่าเสียหายทางธุรกิจไม่น้อยกว่า 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ⁴⁸

เมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของบริษัท S.D. Myers ก็จะพบว่า ได้นำแนวความคิดที่ความ คำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน ในกฎหมายการค้า มาอธิบายว่าตนกับนักลงทุนในประเทศแคนาดาอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน โดยในคำฟ้องของบริษัท S.D. Myers กล่าวว่า แคนาดาได้ละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) เพราะ ประกาศห้ามส่งออกสาร PCBs ของแคนาดาจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบริษัทกำจัดขยะสัญชาติอเมริกัน (บริษัท S.D. Myers) ที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศแคนาดา ทำให้ไม่สามารถส่งออก PCBs เพื่อไปกำจัดในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ทั้งๆ ที่บริษัท S.D. Myers ดำเนินกิจการรูปแบบอย่างเดียวกัน (same fashion) กับบริษัทกำจัดขยะสัญชาติแคนาดา จึงเป็นการละเมิดมาตรา 1102⁴⁹

และในคดีนี้อนุญาโตตุลาการก็เห็นด้วยกับการนำแนวความคิดที่ความ คำว่า สินค้าชนิด

⁴⁷ กรรณิการ์ กิจติเวชกุล, “การล้มล้างประชาธิปไตยเพื่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ”, ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-อเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547), หน้า156-157.

⁴⁸ สุจิตรา วาสนาดำรงดี, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน: บทวิเคราะห์ด้านการเจรจาการค้าและการจัดการสิ่งแวดล้อม, โครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม, 2550, หน้า33.[Online], Available from www.measwatch.org

⁴⁹ Howard Mann and Konrad von Moltke, NAFTA's Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment, Working Paper International Institute for Sustainable Development, p. 27. (“...discriminates against American waste disposal operators who wish to operate in Canada by preventing them from processing PCB contaminated waste in the United States. Thus, American waste disposal companies were not permitted to operate in the same fashion as Canadian waste disposal companies.”)

เดียวกัน ในกฎหมายการค้า (มุ่งการแข่งขันกัน) มาใช้พิจารณา โดยกล่าวว่า คำว่า สภาวะการณ์เดียวกันต้องพิจารณาว่านักลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติด้อยกว่านักลงทุนในประเทศที่ประกอบธุรกิจประเภท (sector) เดียวกันหรือไม่ โดยอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คำว่าประเภท (sector) หมายถึง “economic sector” และประเภทของธุรกิจเดียวกัน (business sector)⁵⁰

ท้ายที่สุดคดีนี้อนุญาโตตุลาการของ NAFTA ได้ชี้ขาดให้รัฐบาลแคนาดาต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยเห็นว่า ข้อห้ามการส่งออกของเสียที่มีสาร PCBs ของรัฐบาลแคนาดาขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) โดยผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

5.3.1.2 การพิจารณาโดยคำนึงถึงทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

โดยกลุ่มนี้ปฏิเสธการนำเอาแนวการตีความของ “สินค้าชนิดเดียวกัน” ในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ที่มุ่งพิจารณาการแข่งขันกัน มาใช้สำหรับพิจารณาว่า นักลงทุนในประเทศและนักลงทุนต่างประเทศอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันหรือไม่ เนื่องจากการค้าและการลงทุนนั้นมีความแตกต่างกัน ทั้งลักษณะ พัฒนาการ วัตถุประสงค์ ผลกระทบ ดังนั้นการตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน จึงไม่ควรพิจารณาเฉพาะการแข่งขันกันทางธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นทางเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียว แต่ต้องพิจารณาประเด็นทางสังคม และสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้นด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ต้องพิจารณาทุกประเด็นหรือทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนทั้งหมด แนวคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เช่น

คดี Methanex Corp. v. United States เป็นคดีที่บริษัท Methanex (นักลงทุนแคนาดา)

⁵⁰ S.D.Myers Inc. v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, para.250 (The concept of “like circumstances” invites an examination of whether a non-national investor complaining of less favourable treatment is in the same “sector” as the national investor. The Tribunal takes the view that the word “sector” has a wide connotation that includes the concepts of “economic sector” and “business sector”)

ซึ่งเป็นบริษัทผลิต Methanol ที่ใช้เป็นส่วนประกอบสำคัญในการผลิตสาร MTBE ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ว่า การที่รัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ในน้ำมันเชื้อเพลิง โดยอาศัยงานศึกษาวิจัยของมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียว่า สารเคมีดังกล่าวปนเปื้อนน้ำสำหรับการบริโภค และเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ เป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม ตามมาตรา 1110 และเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ มาตรา 1102 เรียกค่าเสียหายเป็นเงิน 970 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

โดยประเด็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ บริษัท Methanex อ้างว่า แคนาดาไม่มีเจตนาที่จะปกป้องคุ้มครองนักลงทุนในประเทศซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิต Ethanol ทั้งที่ Ethanol และ Methanol เป็นสินค้าที่เหมือนกัน เพราะต่างก็เป็นสารที่เพิ่มออกซิเจนในน้ำมันเบนซินเช่นกัน ดังนั้นนักลงทุนในประเทศแคนาดา (บริษัทที่ผลิต Ethanol) ย่อมอยู่ในสภาวะการณเดียวกัน กับบริษัท Methanex (บริษัทที่ผลิต Methanol)

โดยคดีนี้อนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะตีความคำว่า สภาวะการณเดียวกัน โดยนำการตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกันในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาใช้ โดยอนุญาโตตุลาการให้ความเห็นว่า ในมาตรา 1102 ใช้คำว่า สภาวะการณเดียวกัน ไม่ได้ใช้คำว่า “สินค้าชนิดเดียวกันซึ่งใช้ในการพิจารณาภายใต้ GATT มาตรา 3⁵¹ และหลักปฏิบัติอย่างชาตินี้ (มาตรา 1102) ไม่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายระหว่างประเทศอื่นทั่วไป หรือตั้งอยู่บนแนวคิดทฤษฎีที่อ้างอิงมาจากสนธิสัญญาอื่น เช่น อ้างอิงจาก GATT ดังนั้นกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้โดยตรงคือ ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแลเจตนาของผู้ร่างก็มีความชัดเจนว่า ข้อกำหนดในกฎหมายการค้าต้องไม่นำมาใช้กับข้อกำหนดการลงทุน อนุญาโตตุลาการจึงจะไม่พิจารณาหลักปฏิบัติอย่างชาติจากการแข่งขันกันหรือการทดแทนกันได้ของสินค้า (directly competitive or substitutable goods)⁵²

⁵¹ Final Award, Part IV, Chapter B, para 29.

⁵² Final Award, Part IV, Chapter B, para 37: the text and the drafters' intentions, which it manifests, show that trade provisions were not to be transported to investment provisions. Accordingly, the Tribunal holds that Article 1102 is to be read on its own

เมื่อสาร Ethanol และ Methanol เป็นสารคนละประเภท ดังนั้นบริษัทแคนาดาที่ผลิตสาร Ethanol กับบริษัท Methanex ที่ผลิตสาร Methanol จึงไม่ถือว่าเป็นสภาวะการกีดกัน และเมื่อข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ในน้ำมันเชื้อเพลิง ไม่ได้ปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างนักลงทุนในประเทศและนักลงทุนต่างประเทศที่ผลิตสาร Methanol จึงถือว่าแคนาดาไม่ได้ละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติตามมาตรา 1102 ซึ่งจะเห็นว่าในคดีนี้อนุญาโตตุลาการไม่ได้นำเอาประเด็นการแข่งขันและประเภทของธุรกิจเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณา

คดี United Parcel Service of America (UPS) v. Canada⁵³ ซึ่งแม้จะไม่ใช่คดีเกี่ยวกับประเด็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม แต่อนุญาโตตุลาการได้ชี้ให้เห็นว่า การตีความคำว่า สภาวะการกีดกันต้องไม่พิจารณาเฉพาะประเด็นการแข่งขันกันทางธุรกิจเพียงอย่างเดียว (ไม่ควรนำหลักเกณฑ์การพิจารณา like product มาใช้กับการลงทุน)

โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าการไปรษณีย์แคนาดาซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ ได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมายแต่ผู้เดียวในการรวบรวม การส่งต่อ และการขนส่งจดหมายไปยังผู้รับในประเทศแคนาดา ซึ่งนอกจากธุรกิจผูกขาดดังกล่าว การไปรษณีย์แคนาดายังประกอบธุรกิจที่ไม่เป็นการผูกขาดด้วย ทั้งการให้บริการขนส่งสินค้า บริการขนส่งพิเศษ และบริการส่งพัสดุไปรษณีย์แบบด่วนและแบบธรรมดา ซึ่งธุรกิจที่ไม่ผูกขาดนี้ถือเป็นธุรกิจที่แข่งขันกับบริษัท UPS CANADA ซึ่งเป็นบริษัทในเครือของบริษัท UPS ซึ่งเป็นนักลงทุนสัญชาติอเมริกัน

บริษัท UPS เห็นว่า การประกอบธุรกิจที่ผูกขาด (การรับส่งจดหมาย) ของการไปรษณีย์แคนาดานั้น ย่อมส่งผลให้ธุรกิจที่ไม่ผูกขาดของการไปรษณีย์แคนาดาได้เปรียบบริษัท UPS CANADA เนื่องจากได้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกและโครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน อีกทั้งการที่ศุลกากรแคนาดา (Canada Customs officials) ได้มีการบังคับใช้กฎหมายและพิธีการศุลกากรที่ต่างกันระหว่างการไปรษณีย์แคนาดา และบริษัท UPS Canada ถือว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมาย

terms and not as if the words “any like, directly competitive or substitutable goods” appeared in it.

⁵³ United Parcel Service (UPS) of America Inc. v. Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits, 24 May 2007.

ศาลการอย่างไม่เป็นธรรม ขัดกับหลักปฏิบัติอย่างชาติ มาตรา 1102 ของ NAFTA ทั้งที่บริษัท UPS และการไปรษณีย์แคนาดา อยู่ในสภาวะการณเดียวกัน เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง บริษัท UPS และการไปรษณีย์แคนาดาต่างก็เป็นธุรกิจที่แข่งขันกันในตลาดเดียวกัน (compete in the same market)⁵⁴ และมีส่วนแบ่งการตลาดเดียวกัน (the same market share)⁵⁵ บริษัท UPS จึงเรียกค่าเสียหาย 160 ล้านดอลลาร์

โดยในคดีนี้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า แคนาดาไม่ได้ละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ (มาตรา 1102) ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เนื่องจากการที่จะถือว่านักลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่านักลงทุนในประเทศหรือไม่ ต้องพิจารณาว่านักลงทุนทั้งสองอยู่ในสภาวะการณเดียวกันหรือไม่ และการที่จะพิจารณาว่านักลงทุนอยู่ในสภาวะการณเดียวกันหรือไม่นั้น เห็นว่า ต้องพิจารณาจากทุกสภาวะการณที่เกี่ยวข้อง (all the relevant circumstance)⁵⁶

ดังนั้นเมื่อการขนส่งไปรษณีย์ภัณฑ์โดยการไปรษณีย์แคนาดากับการขนส่งโดยบริษัทเอกชนนั้นมีความแตกต่างกันทั้งในด้าน วัตถุประสงค์ กฎเกณฑ์ การขนส่งและการนำจ่ายไปรษณีย์ภัณฑ์ กรณีนี้จึงจะถือว่าการไปรษณีย์แคนาดากับการขนส่งโดยบริษัทเอกชนอยู่สถานการณ์อย่างเดียวกันไม่ได้⁵⁷ และคณะอนุญาโตตุลาการยังได้ตั้งข้อสังเกตว่า “ความแตกต่างระหว่างการขนส่งไปรษณีย์ภัณฑ์โดยการไปรษณีย์กับการขนส่งโดยบริษัทเอกชนนั้นไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะแต่ในประเทศแคนาดาเท่านั้น แต่ยังเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร องค์กร

⁵⁴ เมื่อวิเคราะห์ข้อเรียกร้องของบริษัท UPS จะเห็นว่าพยายามนำเอาแนวคิดการแข่งขันกันซึ่งเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “like product” มาใช้กับการลงทุน

⁵⁵ UPS Inc. v Canada, Award on merits, 24 May 2007, para.87.

⁵⁶ Ibid., para.87

⁵⁷ Ibid., para.117 (distinguishes between courier and postal traffic on the basis that postal administrations and expert consignment operators have different objects, mandates and transport and deliver goods in different ways and under different circumstances.)

ศุลกากรโลก และสหภาพไปรษณีย์สากล (Universal Postal Union – UPU)⁵⁸ เช่นนี้จึงสรุปได้ว่าการไปรษณีย์แคนาดา กับบริษัท UPS ไม่ได้อยู่ในสภาวะการณเดียวกัน

5.3.1.3 การพิจารณาเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจเกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1102 หลักปฏิบัติอย่างชาติ พบว่าไม่ได้บัญญัติประเด็นเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจในการออกมาตรการหรือการกระทำของรัฐเกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุนไว้ด้วย แต่เมื่อพิจารณาจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในบางคดี กลับพบว่ามีกรณีนำเอาเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจเกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุนมาพิจารณาด้วยกล่าวคือ การละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติตามมาตรา 1102 หรือไม่ (แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มนี้) ต้องพิจารณาภายใต้เงื่อนไขดังนี้คือ

- (1) นักลงทุนต่างชาตินักลงทุนในประเทศอยู่ในสภาวะการณเดียวกันหรือไม่
- (2) นักลงทุนต่างชาติได้รับการปฏิบัติด้อยไปกว่านักลงทุนในประเทศหรือไม่ และ
- (3) มีมูลเหตุจูงใจในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองนักลงทุนในประเทศของตนหรือไม่

ดังนั้นการภายใต้แนวคิดนี้ นักลงทุนต่างชาติที่อ้างว่ามีการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) จะต้องพิสูจน์ให้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศที่อยู่ในสภาวะการณเดียวกัน และแสดงพยานหลักฐานว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้มีมูลเหตุจูงใจจากสัญชาติของนักลงทุน⁵⁹

โดยตัวอย่างข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยนำเอาเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจในการออกมาตรการมาพิจารณาประกอบด้วย เช่น คดี *Methanex v. United States* โดยในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการ เห็นว่า การจะตัดสินว่าการกระทำของรัฐ California เป็นการละเมิดมาตรา 1102 (3) หรือไม่ นักลงทุนต่างชาติต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า รัฐ California มีเจตนาที่จะปกป้องคุ้มครองนักลงทุนในประเทศตนมากกว่านักลงทุนต่างประเทศ (เจตนามุ่งคุ้มครองนักลงทุนภายในประเทศของตน) และต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าบริษัท Methanex กับนักลงทุนในรัฐ California อยู่

⁵⁸ Ibid., para.103

⁵⁹ Professor J.H.H.Weiler, *The Notion of Discrimination in Article 1102 of NAFTA*, Jean Monnet Working Paper 05/05, New York University School of Law, N.Y. Spring 2005, p.12.

ในสภาวะการณ์เดียวกัน⁶⁰

คดี Marvin Feldman ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการกล่าวถึงการพิจารณาการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติไว้ว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าแนวคิดในประเด็นการปฏิบัติอย่างชาติไม่ว่าภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) หรือความตกลงอื่นในลักษณะเดียวกันนี้ มีขึ้นเพื่อจะให้การคุ้มครอง ปกป้องการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานหรือเหตุผลในเรื่องสัญชาติระหว่างนักลงทุนในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ ขณะเดียวกันอนุญาโตตุลาการก็เห็นว่า การแสดงเพียงหลักฐานว่ามีเจตนาเลือกปฏิบัติเพราะเหตุสัญชาติอย่างเดียวกันก็ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติ ตามมาตรา 1102 แต่ยังคงต้องแสดงหลักฐานว่า นักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนในประเทศซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน แต่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน”⁶¹

นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ก็ยังสามารถเน้นย้ำถึงความสำคัญของการที่ต้องพิจารณาเจตนาของรัฐว่า ถ้าไม่นำเจตนาของรัฐมาพิจารณา ก็จะไม่มีความที่อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดได้ว่าการเลือกปฏิบัติของรัฐนั้นเกิดจากเหตุผลในประเด็นสัญชาติของบริษัท Marvin Feldman และยิ่งไปกว่านั้นเท่ากับว่าขาดพยานที่น่าเชื่อถือว่ารัฐมีเจตนาปฏิบัติที่แตกต่าง ดังนั้นถ้าการละเมิดมาตรา 1102 ไม่พิจารณาเจตนา ถือเป็น การจำกัดการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติภายใต้หลักปฏิบัติอย่างชาติอย่างมาก⁶²

⁶⁰ Methanex v. United States, Award of 3 August 2005 (Veeder, Reisman, Rowley), 44 ILM 1345 (2005), Part IV, Chapter B, para.12 (“In order to sustain its claim under Article 1102(3), Methanex must demonstrate, cumulatively, that California intended to favour domestic investors by discriminating against foreign investors and that Methanex and the domestic investor supposedly being favored by California are in like circumstances.”)

⁶¹ Marvin R. Feldman v. Mexico, Award on the Merits (16 Dec.2002), p.181

⁶² Ibid., p.183 (Also, as the Respondent argues, if the motives for the government’s actions should not be examined, there is effectively no way for the Claimant or this Tribunal to make the subjective determination that the discriminatory action of the government is a result of the Claimant’s nationality, again in the absence of

คดี S.D. Myers Inc. v. Canada⁶³ โดยในคดีนี้อนุญาโตตุลาการ กล่าวว่า เจตนาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ แต่เจตนาที่มุ่งคุ้มครองนักลงทุนในประเทศก็ไม่ได้เป็นเหตุขาดในตัวว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ เพราะแม้รัฐที่รับการลงทุนจะออกมาตรการโดยมีเจตนาคุ้มครองนักลงทุนของตนก็ตาม หากไม่มีผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติแต่อย่างใด ดังนั้นเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจในการออกมาตรการเพียงเท่านั้น ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการละเมิดบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุน

โดยสรุปแล้วปัญหาของหลักปฏิบัติอย่างชาติ (NT) ของบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากความไม่ชัดเจนของมาตรา 1102 โดยเฉพาะในประเด็นคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน (like circumstance) ว่ามีความหมายอย่างไร จะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร จึงนำมาสู่การตีความที่หลากหลายของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผลที่ตามมาคือประเทศผู้รับการลงทุนเกิดความลังเล ในการออกมาตรการหรือการกระทำใดๆ เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากเกรงว่าอาจถูกฟ้องให้ต้องใช้ค่าชดเชยความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติ

5.3.2 วิเคราะห์การตีความการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม ตามมาตรา 1110

credible evidence from the Respondent or a different motivation. If Article 1102 violations are limited to those where there is explicit (presumably de jure) discrimination against foreigners, e.g., through a law that treats foreign investors and domestic investors differently, it would greatly limit the effectiveness of the national treatment concept in protecting foreign investors.)

⁶³ S.D. Myers Inc. v. Canada, First Partial Award, 3 November 2000, para.254 (“Intent is important, but protectionist intent is not necessarily decisive on its own. The existence of an intent to favour nationals over non-nationals would not give rise to a breach of Chapter 1102 of the NAFTA if the measure in question were to produce no adverse effect on the non-national complainant. The word “treatment” suggests that practical impact is required to produce a breach of Article 1102, not merely a motive or intent that is in violation of Chapter 11”.)

ภายใต้ บทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ได้บัญญัติหลักการการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนไว้ในมาตรา 1110⁶⁴ ว่า “รัฐภาคีจะไม่ทำการโอนเป็นของรัฐ หรือยึดกิจการของนักลงทุนของรัฐภาคีอื่นที่อยู่ในดินแดนของตน ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือออกมาตรการใดที่มีผลเทียบเท่ากับการโอนเป็นของรัฐหรือเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สินของนักลงทุน เว้นแต่

- (1) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ
- (2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ
- (3) สอดคล้องกับกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายและมาตรา 1105⁶⁵ และ
- (4) จ่ายค่าชดเชยโดยสอดคล้องกับ วรรค 2 ถึงวรรค 6

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติดังกล่าว รวมถึงบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ทั้งหมดกลับไม่พบว่ามีข้อกำหนดค่านิยมของคำว่า การยึดทรัพย์สินโดยอ้อมและมาตรการเทียบเท่าการยึดทรัพย์สิน (measure tantamount to expropriation) แต่อย่างใด จึงนำมาสู่ปัญหาในการตีความของคำดังกล่าว ว่ามีความหมายอย่างไร มีข้อยกเว้นที่จะไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินหรือไม่

จากการศึกษาข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมภายใต้ มาตรา 1110 ข้อตกลง NAFTA ซึ่งให้เห็นว่า การตีความคำว่า “มาตรการที่เทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สิน” หรือการยึดทรัพย์สิน

⁶⁴ Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

⁶⁵ Article 1105(1): “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

ทางอ้อมนั้น ขึ้นอยู่กับการตัดสินหรือดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละกรณีโดยแท้ และเนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่คำพิพากษา จึงไม่ผูกพันอนุญาโตตุลาการในคดีหลังที่ต้องยึดถือตาม ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการมีการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวที่หลากหลายโดยสรุปได้ดังนี้

5.3.2.1 การพิจารณาจากผลกระทบทางเศรษฐกิจของนักลงทุน

โดยแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกลุ่มนี้เห็นว่า การที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า มาตรการของรัฐที่ออกมานั้นมีผลกระทบต่อคุณค่าทางเศรษฐกิจของนักลงทุนหรือไม่ กล่าวคือ หากมาตรการของรัฐนั้นส่งผลกระทบต่อคุณค่าทางเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติอย่างร้ายแรงหรือกระทบในส่วนสำคัญไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก็ต้องถือว่ามีเจตนาหรือวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองก็ตาม หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คืออนุญาโตตุลาการจะไม่พิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเจตนาในการออกมาตรการนั้นว่ามีขึ้นเพื่อการใด แต่พิจารณาเพียงว่าก่อให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือความเสียหายแก่นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติเพียงใดเท่านั้น ตัวอย่างเช่น

คดี Metalclad Corp. v United Mexican States โดยบริษัท Metalclad ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันได้รับสัมปทานให้ก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะในมลรัฐหูลยส์โบโตซี ประเทศเม็กซิโก ต่อมา มีการคัดค้านการก่อสร้างโรงงานด้วยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เทศบาลท้องถิ่นซึ่งเป็นที่ก่อสร้างโรงงานจึงได้ออกคำสั่งระงับใบอนุญาตการก่อสร้าง ทำให้บริษัท Metalclad ไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ และต่อมาผู้ว่าการรัฐได้ออกประกาศให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตพื้นที่อนุรักษ์ บริษัท Metalclad Corp จึงได้ดำเนินการฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการว่า การที่รัฐบาลเม็กซิโกระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงานของบริษัทอเมริกัน และออกกฎหมายให้พื้นที่ที่จะก่อสร้างโรงงานดังกล่าวเป็นเขตอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ถือว่าเป็นการกระทำที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดหรือริบคืนกิจการทางอ้อม (Indirect Expropriation) ตามมาตรา 1110 ภายใต้ข้อตกลง NAFTA

คดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่ามาตรการที่ประเทศเม็กซิโกออกมาเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม และต้องรับผิดชอบค่าเสียหายจำนวน 16 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ให้แก่บริษัท

Metalclad โดยอนุญาโตตุลาการได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดทรัพย์โดยอ้อม (มาตรการที่เทียบเท่าการยึดทรัพย์) ไว้ว่า “การยึดหรือริบคืนกิจการมิได้หมายความว่า การกระทำโดยเปิดเผย จงใจ และรับรู้ถึงการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน แต่รวมถึง การแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งมีผลกระทบต่อความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของนักลงทุนไม่ว่าทั้งหมดหรือในส่วนตัวสำคัญ แม้ว่าการกระทำดังกล่าว ประเทศผู้รับการลงทุนจะมีได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจใดๆ เลยก็ตาม”⁶⁶

นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการยังได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างการยึดทรัพย์โดยอ้อม กับ วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมว่า “ไม่มีความเกี่ยวพันกันระหว่างการยึดทรัพย์โดยอ้อมกับ เจตนาในการออกมาตรการของรัฐ โดยกล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการจะไม่นำเหตุจงใจหรือเจตนาของรัฐในการรักษาระบบนิเวศ มาใช้ประกอบการพิจารณาว่า มาตรการของรัฐนั้นเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือไม่ จึงกล่าวได้ว่า มูลเหตุจงใจหรือเจตนาเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมไม่ใช่ สาระสำคัญที่จะมีผลต่อการพิจารณาหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อม”⁶⁷

⁶⁶ Metalclad Corp. v. United Mexican States, Case Arb(AF)97/1, Final Award, 30 August 2000, para. 103. (expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use of reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.)

⁶⁷ Metalclad Corp. v. United Mexican States, Case Arb(AF)97/1, Final Award, 30 August 2000, para. 111. (“The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal’s finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในคดีนี้อนุญาโตตุลาการพิจารณาเพียงผลกระทบทางเศรษฐกิจที่จะเกิดขึ้นต่อนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น ไม่พิจารณาเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐแต่อย่างใด ซึ่งแนวการตีความเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรืออำนาจในการกระทำการของรัฐ ในฐานะเป็นผู้แทนที่มีหน้าที่ในการดูแล รักษาผลประโยชน์สาธารณะของชาติ และของประชาชน

ยิ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดี THE METALCLAD CASE ที่รัฐไม่ออกใบอนุญาตให้เนื่องจากต้องการรักษาสีงแวดล้อม เนื่องจากมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนว่า สถานที่ก่อสร้างโรงงานตั้งอยู่บนพื้นที่ที่เป็นแหล่งน้ำใต้ดิน แต่ปรากฏว่ารัฐผู้ที่ต้องการรักษาสีงแวดล้อมกลับต้องเป็นผู้จ่ายค่าชดเชย แทนที่จะเป็นบริษัท METALCLAD ซึ่งถือเป็นผู้ก่อมลพิษ ผลของการตีความเช่นนี้ย่อมส่งผลทำให้หลักการ “ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายสีงแวดล้อมระหว่างประเทศไร้ผลในทางปฏิบัติ ในทางกลับกันผู้ก่อมลพิษกลับเป็นผู้ที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย เนื่องจากหากรัฐออกกฎหมายหรือกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อการลงทุนต่างชาติรัฐเองต้องเป็นผู้จ่ายค่าชดเชย

5.3.2.2 การพิจารณาวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ

โดยแนวการตีความของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มนี้ เป็นแนวการตีความที่สนับสนุนการใช้ อำนาจรัฐเชิงบังคับ (Police Power) โดยเห็นว่า เกณฑ์ในการพิจารณาว่าการออกมาตรการของรัฐ นั้นจะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือเป็นมาตรการที่เทียบเท่าการยึดทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติหรือไม่ ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนาของรัฐ โดยหากมาตรการของรัฐดังกล่าว เป็นการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณะ เพื่อความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อคุ้มครอง สีงแวดล้อม เพื่ออนามัยสาธารณะ โดยไม่ขัดกับกฎระเบียบใดๆ ภายในประเทศและไม่มีลักษณะที่ เป็นการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสัญชาติแล้ว กรณีดังกล่าวไม่ถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม และรัฐก็ไม่มีภาระในการที่จะต้องชดเชยความเสียหายให้แก่ธุรกิจที่อาจได้รับผลกระทบจากการ บังคับใช้มาตรการนั้น ตัวอย่างเช่น

ในคดี Methanex Corp. v. United States ซึ่งสหรัฐอเมริกา ถูกบริษัท Methanex (นัก ลงทุนแคนาดา) ฟ้องว่า การที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ใน

น้ำมันเชื้อเพลิงเป็นการยึดทรัพย์สินของบริษัท Methanex โดยอ้อม ตามมาตรา 1110 เนื่องจากการห้ามดังกล่าวส่งผลต่อการผลิต Methanol ที่เป็นส่วนประกอบสำคัญของสาร MTBE ของบริษัท จึงเท่ากับเป็นการยึดทรัพย์สินของตน ทั้งที่มีข้อจริงว่าการที่ออกมาตรการดังกล่าวก็เพื่อป้องกันการปนเปื้อนของสารพิษ และเหตุผลด้านสุขภาพอนามัย

โดยคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดว่า การออกข้อบัญญัติดังกล่าวของ The State of California ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม โดยอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศ การออกมาตรการ ข้อบังคับหรือกฎหมายของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สาธารณะ (รวมวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม) โดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะมีผลกระทบต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ก็ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินที่รัฐต้องจ่ายค่าทดแทน⁶⁸ เมื่อปรากฏว่า การออกข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ในน้ำมันเชื้อเพลิงของ California มีเหตุผลเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (คุ้มครองสิ่งแวดล้อม) ไม่เลือกปฏิบัติ โดยผ่านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินที่รัฐต้องจ่ายค่าชดเชย ตามมาตรา 1110 (1) แต่อย่างไร ข้ออ้างของบริษัท Methanex ว่า the California ban เป็นการยึดทรัพย์สินโดยจึงตกไป⁶⁹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในคดีนี้ อนุญาโตตุลาการได้ให้เหตุผลในการพิจารณา การการยึดทรัพย์สินแตกต่างจากคดี Metalclad Corp กล่าวคือ ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า มีความจำเป็นต้อง

⁶⁸ Methanex Corp. v. United States, Final Award, Part IV, Chapter D, para 7. (“But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable”)

⁶⁹ Final Award, Part IV, Chapter D, para. 15. (“For reasons elaborated here and earlier in this Award, the Tribunal concludes that the California ban was made for a public purpose, was non-discriminatory and was accomplished with due process. Hence, Methanex’s central claim under Article 1110(1) of expropriation under one of the three forms of action in that provision fails. From the standpoint of international law, the California ban was a lawful regulation and not an expropriation.”)

พิจารณาเจตนาและวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ โดยปฏิเสธที่จะพิจารณาเพียงผลกระทบที่มีต่อการลงทุนเพียงอย่างเดียว

คดี Marvin Feldman v. Mexico โดยคดีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับภาษีใน NAFTA โดย นาย Martin Feldman ซึ่งเป็นนักลงทุนชาวสหรัฐอเมริกาได้ลงทุนในบริษัทส่งออกในประเทศ เม็กซิโก ได้ฟ้องรัฐบาลเม็กซิโกว่า รัฐบาลเม็กซิโกใช้มาตรการที่เป็นการยัดอภัยโดยการปฏิเสธที่จะชดเชยภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออกนุหรี ทั้งนี้ รัฐบาลเม็กซิโกให้เหตุผลว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่ส่งออกนุหรีที่ซื้อนุหรีจากร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ มิได้ซื้อจากผู้ผลิตนุหรีโดยตรงจึงไม่มีใบเสร็จรับเงินที่แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับมูลค่าเพิ่มที่รวมอยู่ในราคาของสินค้าจึงไม่สามารถเรียกขอภาษีมูลค่าเพิ่มคืน

แม้ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเป็ข้อพิพาทเกี่ยวกับภาษีอากร แต่ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้มีการตั้งข้อสังเกต เกี่ยวกับการยัดอภัยโดยอ้อมกับการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเอาไว้ว่า “รัฐบาลมีอิสระที่จะกระทำการใดๆเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (protection of the environment) การออกหรือการปรับปรุงข้อบังคับทางภาษี (new or modified tax regimes) การให้การอุดหนุนหรือถอนคืนการอุดหนุนของรัฐ (the granting or withdrawal of government subsidies) การลดหรือเพิ่มระดับภาษี (reductions or increases in tariff levels) การกำหนดเขตพื้นที่ (imposition of zoning restrictions) มาตรการของรัฐที่กล่าวมานี้ แม้จะกระทบต่อการลงทุนก็ไม่ต้องใช้ค่าทดแทนและได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ”⁷⁰

⁷⁰ Marvin Roy Feldman v. The United Mexican States, Award on the Merits. 16 December 2002, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, para.103. (Feldman v. Mexico, the arbitral tribunal stated: "...governments must be free to act in the broader public interest through the protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable government regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this.)

ดังนั้นจะเห็นว่าแนวการตีความของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มนี้ ถือว่า การออกมาตรการของรัฐที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองประโยชน์สาธารณะทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วยนั้น หากไม่เลือกปฏิบัติ ออกมาโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการลงทุนต่างชาติก็เป็นข้อยกเว้นไม่ถือว่า เป็นการยึดทรัพย์โดยที่รัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชย

5.3.2.3 การพิจารณาความต่อเนื่องของมาตรการ

แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มนี้ เห็นว่าการพิจารณาเพียงผลกระทบต่อทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นต่อนักลงทุนต่างชาติเพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม แต่ต้องพิจารณาด้วยว่า มาตรการของรัฐที่เป็นการแทรกแซงสิทธิทางเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาตินั้น เป็นการแทรกแซงอย่างถาวรหรือไม่ เพราะหากมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อแทรกแซงสิทธิทางเศรษฐกิจของการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเพียงชั่วคราว ซึ่งต่อมามาตรการนั้นถูกยกเลิกไปในภายหลัง เช่นนี้ ยังไม่พอที่จะถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ของนักลงทุนโดยอ้อม เช่น

คดี S.D. Myers อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การยึดทรัพย์นั้นจะต้องเป็นการทำให้ความสามารถในการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นหมดไปอย่างถาวร⁷¹ เมื่อปรากฏว่าการห้ามส่งออกสาร PCB มีช่วงเวลาประมาณ 16 เดือน และต่อมาหลังจากนั้น มาตรการดังกล่าวถูกยกเลิกไปในภายหลัง จึงเป็นเพียงมาตรการที่ห้ามเพียงชั่วคราว ยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการยึดทรัพย์ของนักลงทุน⁷²

⁷¹ S.D. Myers v. Canada, Partial Award by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitral Tribunal, Doc. 742416:01 (Nov. 13, 2000), para. 283

⁷² S.D. Myers v. Canada, Partial Award by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitral Tribunal, Doc. 742416:01 (Nov. 13, 2000), para.287-288. ("In this case, the Interim Order and the Final Order were designed to, and did, curb SDMI's initiative, but only for a time. Canada realized no benefit from the

5.3.2.4 การพิจารณาจากความคาดหวังของนักลงทุน

แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกลุ่มนี้เห็นว่า การที่ประเทศผู้รับการลงทุนมีการใช้บังคับมาตรการอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์โดยที่นักลงทุนไม่สามารถคาดการณ์ความเสี่ยงล่วงหน้าได้ ก็อาจเข้าข่ายการใช้มาตรการยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์ เช่น

คดี METALCLAD อนุญาโตตุลาการได้นำเอาประเด็นความคาดหวังของนักลงทุนประกอบการพิจารณาด้วย โดยกล่าวว่า การยึดทรัพย์นั้นรวมถึง การที่รัฐการออกมาตรการที่มีผลเป็นการเข้าแทรกแซงหรือมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของนักลงทุน ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือในบางส่วนสาระสำคัญ หรือมาตรการนั้นมีผลกระทบต่อความคาดหวังที่จะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุน...⁷³

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เมื่อบริษัท Metalclad ซึ่งได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาให้สามารถก่อสร้างหลุมฝังกลบขยะได้ในท้องถิ่นหนึ่งแล้ว เช่นนี้การที่รัฐบาลท้องถิ่นกลับปฏิเสธการประกอบกิจการและใช้อำนาจเพิกถอนใบอนุญาตดำเนินธุรกิจโรงงานกำจัดขยะของบริษัท Metalclad เนื่องจากมีความกังวลเรื่องมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นในพื้นที่ได้และได้มีการออกกฎหมายในภายหลังกำหนดให้พื้นที่ที่จะใช้ดำเนินกิจการเป็นพื้นที่สงวนสำหรับต้นตะบองเพชรและห้ามเอกชนรายใดดำเนินการใดๆ ในพื้นที่นี้อีกต่อไป ย่อมกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันพึงคาดหมายได้จากการลงทุนของนักลงทุน⁷⁴ อันมีผลทำให้บริษัท Metalclad ไม่สามารถประกอบกิจการได้ตามปกติ

measure. The evidence does not support a transfer of property or benefit directly to others. An opportunity was delayed. The Tribunal concludes that this is not an "expropriation" case.")

⁷³ (The arbitral tribunal stated that "expropriation [...] includes [...] interference with property which has the effect of depriving the owner, in whole or significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of the property [...].)

⁷⁴ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID case no. ARB (AF)/97/1, Award, 30 August 2000 (NAFTA), para.106

สรุปแล้วเมื่อวิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นมาตรา 1110 การยึดทรัพย์โดยอ้อม (indirect/tantamount expropriation) ก็พบว่า ยังไม่ชัดเจนถึงเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐอย่างไรถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมเนื่องจากมีแนวการพิจารณาที่หลากหลายไม่ชัดเจน และแม้แนวการตีความของอนุญาโตตุลาการในคดี Methanex Corp. v. United States ที่ว่า มาตรการของรัฐที่มีเจตนาเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ (เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความมั่นคง ฯลฯ) ซึ่งเป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ โดยมีเจตนาสุจริต และผ่านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม เป็นแนวการพิจารณาที่เป็นการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้อำนาจรัฐในการรักษาสิ่งแวดล้อมมากที่สุดก็ตาม แต่หากยังไม่มีการแก้ปัญหาเกี่ยวกับประเด็นความหมายของการยึดทรัพย์โดยอ้อม ก็ไม่มีทางทำให้เกิดการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพได้ ด้วยประเทศผู้รับการลงทุนจะไม่อาจคาดหมายได้ว่าอนุญาโตตุลาการจะตีความการยึดทรัพย์โดยอ้อมกว้างหรือแคบประการใด หรือจะตีความโดยมุ่งคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติหรือมุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากกว่า

5.4 ผลกระทบจากความไม่ชัดเจนของการตีความคำว่า “สภาวะการณ์เดียวกัน” และการยึดทรัพย์โดยอ้อมต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

5.4.1 ผลกระทบต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

จากประสบการณ์ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน ภายใต้บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ พบว่า เกิดกรณีที่ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเกิดการขัดแย้งกับการปฏิบัติตามพันธะกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งในกรณีดังกล่าวพบว่าอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองนักลงทุนยิ่งกว่า กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ให้ข้อบทในการคุ้มครองการลงทุนอยู่เหนือกว่า (Privilege) การปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยหากประเทศผู้รับการลงทุนออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่ออนุวัติการตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่ตนเป็นภาคี แล้วส่งผลกระทบต่อธุรกิจการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ก็จะได้ถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติในการคุ้มครองการลงทุน ต้องใช้ค่าชดเชยแก่นักลงทุนต่างชาติ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าประเทศผู้รับการลงทุนจะให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติตามพันธกรณีของ NAFTA หรือจะปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ก็ย่อมเป็นการละเมิดกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเสมอ

ตัวอย่างเช่นกรณีคดี S.D. Myers Inc. v. Canada ที่ประเทศแคนาดาเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีสถิติสัญญาดังกล่าว โดยอนุสัญญาบาเซล มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการนำเข้า ส่งออก และนำผ่านของเสียอันตรายให้เกิดความปลอดภัย ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย รวมทั้งป้องกันการขนส่งที่ผิดกฎหมายและช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการถ่ายทอดเทคโนโลยีการจัดการของเสียอันตรายอย่างเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม⁷⁵ และกำหนดพันธกรณีให้ภาคีต้องปฏิบัติคือ ภาคีต้องไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี เว้นแต่ ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีนั้นจะจัดการกำจัดของเสียดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญาบาเซล⁷⁶

และเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าว แคนาดาจึงออกระเบียบห้ามการส่งออกสาร PCBs (ซึ่งเป็นสารอันตราย ตามภาคผนวก 1 ของอนุสัญญาบาเซล) ส่งผลให้บริษัท S.D. Myers Inc. ซึ่งเป็นบริษัทที่รับกำจัดของเสียอันตรายที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่มลรัฐโอไฮโอ สหรัฐอเมริกา ได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลแคนาดาที่ห้ามการส่งออกของเสียที่มีสารพีซีบีออกนอกประเทศ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ได้ตัดสินให้รัฐบาลแคนาดาต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยเห็นว่า ข้อห้ามการส่งออกของเสียที่มีสารพีซีบีของรัฐบาลแคนาดาขัดกับ

⁷⁵ สุจิตรา วาสนาดำรงดี, รายงานการศึกษาระดับสมบูรณณ์เรื่อง อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน: บทวิเคราะห์ด้านการเจรจา ด้านการค้าและการจัดการสิ่งแวดล้อม, โครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), ตุลาคม 2550, หน้า 5.

⁷⁶ Art. 11.1: unless they enter into an arrangement or agreement that does not “derogate from the environmentally sound management of hazardous wastes” as required by the Convention.

หลักปฏิบัติอย่างคนชาติ ในบทว่าด้วยการลงทุน (Chapter 11) ของ NAFTA โดยคณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ให้เหตุผลว่า รัฐบาลแคนาดาออกข้อห้ามขึ้นเป็นการชั่วคราวเพื่อที่จะคุ้มครองบริษัทภายในประเทศให้สามารถดำเนินการกำจัดของเสียดังกล่าวแทนบริษัท S.D. Myers

กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ เกิดจากความไม่ชัดเจนของคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการนำเอาหลักเกณฑ์การตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกันมาใช้พิจารณา (มุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นการแข่งขันกันของนักลงทุน) โดยไม่พิจารณาบริบทอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ผลกระทบต่อสังคม ทั้งที่รัฐบาลแคนาดาก็ได้โต้แย้งว่า ข้อห้ามนี้มีขึ้นเพราะรัฐบาลไม่เชื่อว่าสหรัฐฯ จะกำจัดของเสียดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญาบาเซล ซึ่งรัฐบาลแคนาดาเป็นภาคีอยู่ แต่สหรัฐฯ มิได้เป็นภาคี

ผลของคำชี้ขาดทำให้กลุ่มพันธมิตรเพื่อการค้าและสิ่งแวดล้อมแห่งประเทศแคนาดา ได้ยื่นหนังสือต่อกรมการต่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศของแคนาดาเพื่อคัดค้านคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ และเห็นว่า คำตัดสินนี้ได้ขัดขวางการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศของแคนาดาที่มีต่ออนุสัญญาบาเซล และบั่นทอนการบังคับใช้กฎหมายภายในเกี่ยวกับการจัดการของเสียอันตรายอีกด้วย⁷⁷

ดังนั้นกรณีข้อพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers Inc. กับรัฐบาลแคนาดา เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของการตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน ส่งผลให้เกิดผลกระทบต่อมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในประเทศผู้รับการลงทุน รวมถึงกระทบการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีใช้เพียงแต่ปัญหานี้จะเกิดขึ้นกับสมาชิกของ NAFTA เท่านั้น แต่อาจทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างการลงทุนกับ

⁷⁷ สุจิตรา วาสนาดำรงดี, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตราย ในเวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้า: จุดยืนและข้อเสนอของไทย, โครงการหน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), สิงหาคม 2549.

เรื่องสิ่งแวดล้อมกับประเทศอื่นๆ ที่ใช้ข้อตกลง NAFTA เป็นต้นแบบของการทำข้อตกลง FTA กับประเทศอื่น ๆ ด้วย

นอกจากนั้นปัญหาความไม่ชัดเจนในการตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน และการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม ยังส่งผลให้หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (ผู้ที่ก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมมีภาระหน้าที่ต้องดำเนินการป้องกันและควบคุมไม่ให้เกิดการลงทุนหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจของตนมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายหรือเงินในการดำเนินการดังกล่าวมักลงทุนหรือผู้ประกอบการกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้นต้องเป็นผู้รับผิดชอบจ่ายเอง) ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นมาตรการในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นไม่มีผลบังคับ แต่ตรงกันข้ามเท่ากับเป็นการสร้างหลักการใหม่ขึ้นมาว่า ผู้ก่อมลพิษมีสิทธิได้รับค่าเสียหายหากการออกมาตรการหรือการกระทำของรัฐเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมส่งผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุน เช่น

ในคดี THE METALCLAD CASE ที่รัฐไม่ออกใบอนุญาตให้เนื่องจากต้องการรักษาสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนว่า สถานที่ก่อสร้างโรงงานตั้งอยู่บนพื้นที่ที่เป็นแหล่งน้ำใต้ดิน แต่ปรากฏว่ารัฐผู้ที่ต้องการรักษาสิ่งแวดล้อมกลับต้องเป็นผู้จ่ายค่าชดเชยแทนที่จะเป็นบริษัท METALCLAD

ซึ่งท้ายที่สุดความไม่ชัดเจนของการตีความในประเด็นดังกล่าว ย่อมส่งผลให้หลักการและพันธกรณีของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพื่อปกป้องและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอาจไม่ได้รับการปฏิบัติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการยอมให้หลักการคุ้มครองการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติภายใต้บทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ อยู่เหนือกว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และนำมาสู่การที่ประเทศผู้รับการลงทุนอาจจะต้องเลือกว่าจะยอมชดเชยค่าเสียหายให้แก่นักลงทุนต่างชาติเนื่องจากการละเมิดข้อบทการลงทุน หรือรัฐบาลแคนาดาจะถอนจากการเป็นภาคีสมาชิกของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

5.4.2 ผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ

จากการศึกษาคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนของ NAFTA พบว่า การที่กำหนดให้เอกชนหรือนักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะฟ้องรัฐได้โดยตรง ประกอบกับปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติบางเรื่อง เช่น ความหมายของคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน รวมถึงความหมายของคำว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อม จนนำไปสู่ปัญหาการตีความของอนุญาโตตุลาการที่หลากหลาย ทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนเกิดความไม่มั่นใจว่า การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของตนนั้น อนุญาโตตุลาการจะตีความว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือหรือไม่ หรืออนุญาโตตุลาการจะตีความโดยมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ดังนั้นจากปัญหาดังกล่าวจึงนำมาสู่เหตุการณ์ที่เรียกว่า Regulatory chill คือ การที่รัฐไม่พยายามออกกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เข้มงวด หรือไม่บังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ หรือหลีกเลี่ยงที่จะใช้มาตรการกำกับดูแลนักลงทุน ทั้งที่การกระทำของรัฐเหล่านี้ล้วนก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ หากมาตรการนั้นมีผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ ก็มีความเสี่ยงที่รัฐอาจถูกฟ้องร้องจากนักลงทุน และเรียกค่าเสียหายจำนวนมากได้

ตัวอย่างเช่น กรณีบริษัท Ethyl Corp. ฟ้องรัฐบาลแคนาดา อันเนื่องมาจากการที่รัฐบาลแคนาดาออกประกาศห้ามนำเข้าสาร MMT ด้วยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม โดยบริษัทเรียกค่าเสียหาย 250 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ แต่มีการตกลงกันนอกศาลโดยรัฐบาลแคนาดาชดเชยค่าเสียหายให้กับบริษัทสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนเงิน 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และแคนาดายังต้องยกเลิกประกาศห้ามการนำเข้าสาร MMT ด้วยในปี 1998 ซึ่งเท่ากับเป็นการยกเลิกกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยของประชาชน จึงเป็นกรณีที่สะท้อนให้เห็นถึงผลกระทบต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐ

หรือกรณี Metalclad ซึ่งรัฐบาลท้องถิ่นแคนาดาไม่อนุญาตให้บริษัท Metalclad มาตั้งโรงงานในท้องถิ่น ทั้งนี้เนื่องมาจากที่ตั้งดังกล่าวเป็นแหล่งน้ำใต้ดิน ซึ่งการตั้งโรงงานบริเวณนั้นอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศน์ ซึ่งต่อมารัฐบาลท้องถิ่นได้ออกกฎหมายประกาศให้พื้นที่นั้นเป็นพื้นที่อนุรักษ์ แต่ท้ายที่สุดประเทศแคนาดาก็ถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องและต้องชดเชยให้นักลงทุนต่างชาติจำนวนมาก

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แม้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) จะไม่ได้ยกเลิกสิทธิของรัฐในการออกกฎหมาย หรือมาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยตรงก็ตาม แต่โดยข้อเท็จจริง

ต้องถือว่า ประเทศที่รับการลงทุนถูกจำกัดสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยของตนโดยทางอ้อม เพราะหากรัฐใช้อำนาจอธิปไตยของตน ไม่ว่าจะวัตถุประสงค์ของการออกมาตรการหรือกฎหมายนั้น จะเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะก็ตาม แล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติ รัฐก็ต้องชดเชยเงินจำนวนมหาศาลในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติ ทำยที่สุดอาจนำมาสู่การที่ประเทศผู้รับการลงทุนไม่กล้าที่จะออกกฎหมาย หรือไม่กล้าที่จะบังคับใช้กฎหมาย ที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ

5.5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.5.1 บทสรุป

เมื่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติ ดังนั้นภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ประเทศต่างๆ ได้ดำเนินนโยบายในการดึงดูดให้นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศของตน ทั้งการเข้ามาตราการส่งเสริมการลงทุน โดยการให้ประโยชน์ทางภาษีและประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่ภาษี รวมถึงการให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติผ่านความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (IIA) โดยมีการกำหนดรูปแบบในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติไว้หลายประการ ซึ่งรวมถึงประเด็นการห้ามยึดทรัพย์สินนักลงทุนโดยอ้อม (indirect expropriation) และการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างคนชาติของตน (NT) ด้วย

โดยที่หลักการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติผ่านหลักปฏิบัติอย่างชาตินั้น กำหนดให้ประเทศผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนในประเทศของตน ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในประเทศอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (in like circumstance) ดังนั้น คำว่า สถานการณ์เดียวกัน จึงมีความสำคัญในการพิจารณาว่า การกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติอย่างชาติหรือไม่ แต่ประเด็นปัญหาคือ คำว่า สถานการณ์เดียวกันหมายถึงอะไร และมีเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็เป็นปัญหาที่พบในบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ด้วย

ขณะเดียวกันการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติผ่านหลักการห้ามยึดทรัพย์สินโดยอ้อม ก็ยังเป็นปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาในการตีความว่า มาตรการ ช้อบังคับ หรือการกระทำอย่างไรของรัฐ ถือว่าเข้าข่ายเป็นการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติโดยอ้อม ทั้งนี้เนื่องจากในความตกลง

ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งรวมถึงในบทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ก็ไม่ได้กำหนดบทนิยามของคำว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อมเอาไว้

จากปัญหาความไม่ชัดเจนของคำว่า สภาวะการณเดียวกัน และการยึดทรัพย์โดยอ้อมดังกล่าว ทำให้การพิพาทหรือชี้ขาดข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศของศาลหรืออนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป ส่งผลให้เกิดแนวการตีความที่หลากหลาย และไม่ไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ แนวการตีความคำว่า สภาวะการณเดียวกัน มีทั้งแนวการตีความในลักษณะอย่างกว้าง และแนวการตีความในลักษณะอย่างแคบ ขณะที่แนวการตีความคำว่า การยึดทรัพย์โดยอ้อม ก็มีทั้งแนวการตีความที่มุ่งให้การคุ้มครองการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (Police Power: ซึ่งรวมถึงการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม) และแนวการตีความที่มุ่งให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

5.5.1.1 การตีความคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” อย่างกว้าง

แนวการตีความคำว่า สภาวะการณเดียวกัน อย่างกว้างนั้น อนุญาโตตุลาการตีความโดยคำนึงถึงทุกบริบทที่สัมพันธ์กับการลงทุนของนักลงทุนอย่างรอบด้าน เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ประเภทการลงทุน ผลกระทบต่อชุมชน ลักษณะของการลงทุน ฯลฯ โดยปฏิเสธที่จะนำเอาแนวการตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน (like product: มุ่งประเด็นการแข่งขันกันของสินค้า) ซึ่งเป็นแนวคิดของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมาใช้ เนื่องจากมีความแตกต่างกันระหว่างการค้ากับการลงทุน และกฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน เช่น ในคดี Methanex Corp. v. United States คดี United Parcel Service of America (UPS) v. Canada นอกจากนั้นในบางคดียังได้นำมูลเหตุจูงใจหรือเจตนาในการออกมาตรการของรัฐในประเด็นสัญชาติของนักลงทุนมาพิจารณาประกอบด้วย เช่น คดี Methanex v. United States คดี Marvin R. Feldman v. Mexico คดี S.D. Myers Inc. v. Canada

5.5.1.2 การตีความคำว่า “สภาวะการณเดียวกัน” อย่างแคบ

แนวการตีความ คำว่าสภาวะการณเดียวกัน ในลักษณะอย่างแคบนี้ อนุญาโตตุลาการใช้เกณฑ์การตีความคำว่า สภาวะการณเดียวกัน โดยใช้เกณฑ์การพิจารณาเหมือนคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน ของ GATT (ซึ่งเป็นกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ) กล่าวคือ หากนักลงทุนต่างประเทศและนักลงทุนในประเทศประกอบการลงทุนประเภทเดียวกัน (same sector) เช่นนี้ถือว่า นักลงทุน

ในประเทศและนักลงทุนต่างประเทศอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันที่ประเทศผู้รับการลงทุน (Host state) ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเท่าเทียมกันแล้ว โดยไม่นำเอาบริบทอื่นๆ ที่สัมพันธ์กับการลงทุนมาพิจารณา นอกจากนี้ประเด็นการแข่งขันกันทางธุรกิจ เช่น ในคดี Ethyl Corp. v The Government of Canada คดี Pope & Talbot v. Canada คดี S.D.Myers Inc. v. Canada

แนวการตีความในลักษณะอย่างแคบดังกล่าว จึงเท่ากับเป็นการนำหลักปฏิบัติอย่างชาติของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (มาตรา 3 ของ GATT) มาใช้กับหลักปฏิบัติอย่างชาติในกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงถึงว่า การค้ากับการลงทุนมีความแตกต่างกัน ทั้งลักษณะการข้ามแดนของสินค้าและการลงทุน ความเสี่ยงทางธุรกิจ ผลกระทบที่มีต่อประเทศที่นำเข้าสินค้าหรือการลงทุน นอกจากนี้กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศเอง ก็มีความแตกต่างกันในหลายประเด็น ทั้งประเด็นพัฒนาการของกฎหมาย วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมาย การระงับข้อพิพาท ประเด็นข้อยกเว้นทั่วไป (เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม) รวมถึงประเด็นการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดความตกลง

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแนวการตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน ของอนุญาโตตุลาการจะเห็นได้ว่า แนวการตีความที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาโดยคำนึงถึงทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (ทั้งบริบททางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม) เป็นแนวการตีความที่สนับสนุนแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศที่ดีที่สุด อย่างไรก็ตามเมื่อแนวการตีความหรือเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณา คำว่า สภาวะการณ์เดียวกันยังไม่ชัดเจน เช่นนี้ก็เป็นไปได้ว่าการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยการควบคุมกิจกรรมของนักลงทุนต่างชาติที่รัฐเห็นว่ากิจกรรมนั้นอาจก่อมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศตน ก็อาจถูกตีความว่าขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างชาติได้ (หากอนุญาโตตุลาการใช้เกณฑ์การพิจารณาตามแนวการตีความ ที่มุ่งการแข่งขันกันของนักลงทุนเป็นสำคัญ)

5.5.1.3 การตีความคำว่า “การยึดทรัพย์โดยอ้อม”

แม้ว่าหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อมจะมีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน โดยพัฒนามาจากหลัก Regulatory taking จากคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ ค.ศ. 1922 (คดี Pennsylvania Coal Co. v. Mahon) ซึ่งเห็นว่า นอกจากการยึดทรัพย์โดยตรงซึ่งเป็นการโอน

กรรมสิทธิ์ของเอกชนไปเป็นของรัฐแล้ว การยึดทรัพย์นั้นยังรวมถึงกรณีที่รัฐออกมาตรการหรือกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของเอกชนนั้นด้วย (การยึดทรัพย์โดยอ้อม)

แต่เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในประเด็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม ทั้งจากคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาหรือคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ พบว่า มีความหลากหลายและไม่ชัดเจน กล่าวคือ มีทั้งแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่มุ่งให้การคุ้มครองการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (ซึ่งรวมถึงการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม) ขณะเดียวกันก็มีแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่มุ่งให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

(1) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่มุ่งให้การคุ้มครองอำนาจรัฐในเชิงบังคับ

แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เห็นว่า การใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับที่เรียกว่า Police Power ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐออกมาตรการ ข้อบังคับหรือกระทำการใดๆ เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สุขอนามัยสาธารณะ ความมั่นคงแห่งรัฐ ฯลฯ หากกระทำโดยสุจริต โดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ของนักลงทุนโดยอ้อม ซึ่งถือเป็นแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่เอื้อต่อการใช้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการปกป้องสิ่งแวดล้อมในประเทศของตนอันเกิดจากการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศได้เป็นอย่างดี ตัวอย่างแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เช่น

(ก) แนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา เช่น ในคดี Miller v. Schoene คดี KEYSTONE BITUMINOUS COAL ASSN. v. De BENEDICTIS คดี Euclid v. Ambler Realty คดี Lucas v. South Carolina Coastal Council คดี Agins v. City of Timburon

(ข) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น คดี Too v. Greater Modesto Insurance Associates คดี Lauder (U.S.) v. Czech Republic คดี Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, v. The United Mexican States

(ค) แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เช่น คดี Methanex Corp. v. United States คดี Marvin Feldman v. Mexico

(2) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่มุ่งให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เห็นว่า การออกมาตรการ ข้อยกเว้น หรือการกระทำใดๆ ของรัฐผู้รับการลงทุน หากก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติ เป็นมาตรการที่นักลงทุนไม่สามารถคาดคะเนความเสี่ยงล่วงหน้าได้ หรือเป็นมาตรการที่ไม่มี ความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับภาระที่เกิดแก่เจ้าของทรัพย์สิน กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็น มาตรการยึดทรัพย์สินโดยอ้อม ยิ่งไปกว่านั้นในหลายคดีเห็นว่า เจตนาหรือวัตถุประสงค์ในการออก มาตรการของรัฐ เช่น เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือระบบนิเวศ ไม่ควรนำมาใช้ประกอบการ พิจารณาว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอ้อมหรือไม่ ตัวอย่างแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เช่น

(2.1) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่มุ่งพิจารณาผลกระทบต่อผลประโยชน์ทาง เศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติ

แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เห็นว่า หากการออกมาตรการ ข้อยกเว้น หรือการ กระทำใดๆ ของรัฐนั้น หากส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติ กรณี ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติโดยอ้อมแล้ว อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษา หรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ มีการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาที่แตกต่างกันออกไปว่า ผลกระทบต่อ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติมากน้อยเพียงใดจึงจะถือว่า เป็นการยึดทรัพย์สินโดย อ้อมแล้ว กล่าวคือ มีทั้งเกณฑ์ที่พิจารณาจากความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อนักลงทุน พิจารณาจากรยะเวลาและความต่อเนื่องของการใช้มาตรการของรัฐ พิจารณาเฉพาะผลกระทบต่อ เศรษฐกิจของนักลงทุนโดยไม่พิจารณาเจตนาของรัฐ และพิจารณาว่าเจ้าของทรัพย์สินยังมี สิทธิอื่นๆ ที่ใช้ได้หรือไม่

(2.1.1) พิจารณาจากความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อนักลงทุน เช่น

(ก) แนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา เช่น คดี Lucas v. South Carolina Coastal Council คดี Agins v. City of Timburon Palazzolo v. Rhode Island

(ข) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น คดี Sporrong and Lönnroth v. Sweden คดี Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran

(ค) แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรี อเมริกาเหนือ เช่น คดี Metalclad Corp. v United Mexican States

(2.1.2) พิจารณาจากรยะเวลาและความต่อเนื่องในการใช้มาตรการของรัฐ เช่น

(ก) แนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา เช่น คดี First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles. คดี Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency

(ข) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น คดี Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran คดี Tecmed v. Mexico

(ค) แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เช่น คดี S.D. Myers v. Canada

(2.1.3) พิจารณาเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยไม่พิจารณาเจตนาของรัฐ

(ก) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น คดี Phelps Dodge คดี Tippetts case, the Iran-United States คดี Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica คดี Tecmed v. Mexico

(ข) แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เช่น คดี Metalclad Corp. v United Mexican States

(2.1.4) พิจารณาว่าเจ้าของทรัพย์สินยังคงมีสิทธิอื่นๆ ที่ใช้ได้หรือไม่

กรณีนี้พบในแนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา เช่น คดี Andrus v. Allard คดี Penn Central Transportation Co. v New York City

(2.2) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่มุ่งพิจารณาว่า มาตรการของรัฐนั้นเป็น มาตรการที่นักลงทุนสามารถคาดหมายภาวะความเสี่ยงล่วงหน้าได้หรือไม่

แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกลุ่มนี้ เห็นว่า หากมาตรการ ข้อบังคับ หรือการกระทำ ของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่นักลงทุนไม่สามารถคาดหมายภาวะความเสี่ยงได้ล่วงหน้า เมื่อนำมาตรการนั้น มาบังคับใช้กับนักลงทุนต่างชาติหากส่งผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนนั้น เช่นนี้ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินนักลงทุนโดยอ้อม เช่น

(ก) แนวคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา เช่น คดี Penn Central Transportation Co. v. City of New York

(ข) แนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น คดี Starett Housing Corp. v. Iran คดี Oscar Chinn

(ค) แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ เช่น คดี Metalclad Corporation v. The United Mexican States

(2.3) แนวคำพิพากษาที่มุ่งพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับภาระต่อเจ้าของทรัพย์สิน

แนวคำพิพากษาในกลุ่มนี้พบในคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา โดยเห็นว่า หากการกระทำของรัฐนั้นก่อให้เกิดภาระต่อเจ้าของทรัพย์สิน เช่น รัฐจะอนุญาตให้เจ้าของทรัพย์สินกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เจ้าของร้องขอต่อเมื่อเจ้าของทรัพย์สินยอมอุทิศทรัพย์สินบางอย่างแก่รัฐ ซึ่งรัฐอ้างว่าจะนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีเช่นนี้หากปรากฏว่าไม่มีความสัมพันธ์กันระหว่างประโยชน์สาธารณะ (ตามรัฐกล่าวอ้าง) กับภาระต่อเจ้าของทรัพย์สิน เช่นนี้ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์เจ้าของทรัพย์สินนั้น เช่น คดี Nollan v. California Coastal Commission คดี Dolan v. City of Tigard

นอกจากแนวคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในประเด็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมที่หลากหลายไม่ชัดเจน ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จากการศึกษายังพบว่า ความเห็นของนักกฎหมายในประเด็นการยึดทรัพย์โดยอ้อม ก็ยังมีความไม่ชัดเจน กล่าวคือ มีทั้งความเห็นว่าการใช้อำนาจเชิงบังคับของรัฐซึ่งรวมถึงการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นข้อยกเว้นหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อม เช่น ความเห็นของ Brownlie Somarajah และ J.L. Sax ขณะเดียวกันก็มีนักกฎหมายที่เห็นต่างว่า แม้จะเป็นการใช้อำนาจรัฐเชิงบังคับเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หากมีผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนต่างชาติ ก็ถือเป็นการยึดทรัพย์นักลงทุนต่างชาติโดยอ้อมได้ เช่น ความเห็นของ Higgins และ Christie

เช่นนี้เมื่อหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อมภายใต้มาตรา 1110 บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ยังไม่มีการกำหนดคำนิยามให้ชัดเจน รวมทั้งยังมีแนวการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเด็นดังกล่าวที่หลากหลาย ก็ยากที่จะทำให้ประเทศภาคีสมาชิกของ NAFTA แน่ใจได้ว่า มาตรการหรือการกระทำของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือประโยชน์สาธารณะจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นข้อยกเว้นหลักการยึดทรัพย์โดยอ้อม ซึ่งก็หมายความว่า ในขณะที่หากประเทศภาคีสมาชิกของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือออกมาตรการซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแล้วส่งผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ ก็อาจถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องว่าเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมตามมาตรา 1110 และเรียกค่าชดเชยจำนวน

มหาศาลได้ ทำยที่สุดก็อาจทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนไม่กล้าที่จะออกกฎหมาย หรือบังคับใช้กฎหมายเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมของตน

ดังนั้นปัญหาความไม่ชัดเจนของคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน และการยึดทรัพย์โดยอ้อม จึงควรมีการกำหนดแนวการตีความให้ชัดเจน เพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนไม่ต้องคาดเดาอีกต่อไป ว่า การออกมาตรการ ขอบังคับ หรือการกระทำใดๆของตน เข้าข่ายเป็นการละเมิดข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นการออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐ

5.5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนนั้นสามารถออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของตนได้ โดยที่แน่ใจได้ว่าจะไม่เป็นการละเมิดบทที่ 11 ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) การกำหนดแนวการตีความผ่านคณะกรรมการการค้าเสรี (FTC) ตามมาตรา 1131

เมื่อบทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ให้อำนาจแก่คณะกรรมการการค้าเสรี ในการกำหนดแนวการตีความสำหรับบทบัญญัติหรือข้อความที่ไม่ชัดเจน โดยแนวการตีความที่ถูกกำหนดขึ้นนี้ มีผลผูกพันอนุญาโตตุลาการที่ต้องตีความตามที่คณะกรรมการการค้าเสรีกำหนด ดังนั้นเพื่อความชัดเจนว่า การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐถือเป็นการยึดทรัพย์โดยอ้อมหรือไม่ รวมทั้งเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า คำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน นั้นจะพิจารณาอย่างไร การกำหนดแนวการตีความผ่านคณะกรรมการการค้าเสรี จึงเป็นวิธีการที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

(1.1) ประเด็นการตีความการยึดทรัพย์โดยอ้อม ตามมาตรา 1110

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศที่รับการลงทุนจากผลกระทบที่เกิดจากการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ คณะกรรมการการค้าเสรีควรกำหนดแนวการตีความ ให้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐ มีลักษณะ Carve-out คือ ไม่ตกอยู่ในบังคับของการยึดทรัพย์โดยอ้อม กล่าวคือ การออกมาตรการของรัฐเพื่อประโยชน์ในการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมถึงสุขภาพอนามัยของประชาชน แม้ว่ามาตรการดังกล่าวอาจมีผลเป็นการเพิ่มต้นทุน หรือ

ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของนักลงทุนก็ตาม หากเป็นมาตรการที่รัฐออกมาโดยสุจริต และโดยไม่เลือกปฏิบัติแล้ว กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการยึดทรัพย์นักลงทุนต่างชาติโดยอ้อม

ข้อเสนอเช่นว่านี้ประเทศแคนาดาก็เคยเสนอเอาไว้แล้วใน Canada Memo on Investor-State Provisions⁷⁸ กล่าวคือ แคนาดาเคยมีบันทึกถึงประเทศสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก เกี่ยวกับการตีความการยึดทรัพย์โดยอ้อมในปี 1998 โดยในบันทึกนี้กล่าวว่า เงื่อนไขเกี่ยวกับการยึดทรัพย์ภายใต้บทที่ 11 ของข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือก็เหมือนกับความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนอื่นที่ภาคีสมาชิกของ NAFTA ไม่เคยมีเจตนาที่จะให้เงื่อนไขดังกล่าวไปจำกัดสิทธิในการออกกฎหมาย ข้อบังคับของรัฐ ซึ่งในบันทึกนี้แคนาดาเสนอว่า การออกข้อบังคับที่ชอบด้วยกฎหมายและที่สมเหตุสมผลไม่ควรตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการยึดทรัพย์ และแนะนำว่าความแตกต่างระหว่างการออกข้อบังคับที่ต้องจ่ายค่าชดเชยหรือไม่จ่ายค่าชดเชยควรอยู่ที่ว่า การออกมาตรการหรือข้อบังคับนั้น ได้กระทำตามอำเภอใจหรือไม่

นอกจากนั้นในบันทึกนี้แคนาดาได้ตั้งคำถามว่า

- (ก) เป็นไปได้หรือไม่ที่การกระทำของรัฐที่สมเหตุสมผลไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์
- (ข) เป็นไปได้หรือไม่ที่เฉพาะแต่มาตรการของรัฐที่เกิดจากความไม่สุจริต หรือเป็นมาตรการที่กระทำตามอำเภอใจ ซึ่งมีผลกระทบต่อนักลงทุนเท่านั้นที่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์
- (ค) ควรจะกำหนดลงไปให้ชัดเจนหรือไม่ว่า มาตรการของรัฐอะไรบ้างที่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ มาตรการใดไม่ถือเป็นการยึดทรัพย์⁷⁹

อย่างไรก็ดีข้อเสนอของประเทศแคนาดาดังกล่าว ยังไม่ได้รับการตอบรับจากประเทศภาคีสมาชิกอย่างสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกแต่อย่างใด

(1.2) ประเด็นการตีความ คำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstance) ตามมาตรา 1102

ด้วยเหตุที่ลักษณะของการค้ากับการลงทุน รวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับการค้ากับการลงทุนระหว่างประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนั้น การตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน (in like circumstance) โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นเดียวกับ สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ซึ่ง

⁷⁸ “Canada Memo on Investor-State Provisions”, Americas Trade (11 February 1999) 20.

⁷⁹ Ibid. at 21

มุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นการแข่งขันกันเพียงอย่างเดียว จึงไม่เหมาะสมและอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดปัจจัยต่างๆ เพื่อเป็นเกณฑ์ให้อนุญาตตุลาการใช้สำหรับการตีความคำว่า สภาวะการณ์เดียวกัน กล่าวคือ คณะกรรมการการค้าเสรีควรกำหนดแนวการตีความว่า ในการพิจารณาว่านักลงทุนในประเทศกับนักลงทุนต่างชาตินั้นอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันหรือไม่ ต้องพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ที่สัมพันธ์กับการลงทุนทั้งหมด ทั้งบริบททางเศรษฐกิจ บริบททางสังคม และบริบทด้านสิ่งแวดล้อม เช่น พิจารณาจากผลกระทบของการลงทุนต่างชาติต่อสิ่งแวดล้อมของชาติ ภูมิภาค ท้องถิ่น หรือของโลก ผลกระทบต่อบุคคลที่สามหรือของชุมชนท้องถิ่น วัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ ประเภทของการลงทุน การปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น เป็นต้น

(2) การกำหนดข้อยกเว้นทั่วไปให้ครอบคลุมถึงการลงทุนในบทที่ 11

แม้ข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) จะมีข้อยกเว้นทั่วไปที่ให้ภาคีสมาชิกกระทำการโดยไม่สอดคล้องกับข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงฯ ดังกล่าว ตามที่ปรากฏในมาตรา 2101 ซึ่งกำหนดให้นำ GATT มาตรา 20 (บี) และ (จี) มาปรับใช้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณามาตรา 2101 ดังกล่าวพบว่า กำหนดให้นำไปใช้ได้กับบางกรณีเท่านั้น โดยไม่ให้นำข้อยกเว้นทั่วไปดังกล่าวไปใช้กับบทที่ 11 การลงทุนด้วย⁸⁰

ดังนั้นเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของรัฐผู้รับการลงทุน ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) โดยการกำหนดให้นำข้อยกเว้นทั่วไป (general exception) มาใช้บังคับกับการลงทุนด้วย เนื่องจากจะทำให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถออกมาตรการ หรือกระทำการใดๆ ที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในประเทศของตนได้ โดยไม่ต้องกังวลว่าจะถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องเรียกค่าเสียหายแม้มาตรการดังกล่าวจะไม่สอดคล้องกับข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือก็ตาม

⁸⁰ Article 2101: General Exceptions

1. For purposes of:

(a) Part Two (Trade in Goods), except to the extent that a provision of that Part applies to services or investment...

ทั้งนี้การแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงฯดังกล่าว ภาคีสมาชิกสามารถทำได้โดยอาศัยมาตรา 2202⁸¹ ที่กำหนดให้ภาคีสมาชิกสามารถเจรจาตกลงในการแก้ไข เพิ่มเติม ความตกลงนี้ได้ โดยผ่านกระบวนการทางกฎหมายภายในของภาคีสแต่ละประเทศ และถือว่าการแก้ไข เพิ่มเติมนี้เป็นส่วนหนึ่งของความตกลงฯนี้

5.5.3 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัญหาสำคัญ ซึ่งนอกจากปัญหาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตและสุขอนามัยของประชาชนในประเทศแล้ว ยังก่อให้เกิดภาระแก่รัฐที่ต้องสูญเสียงบประมาณจำนวนมหาศาลเพื่อใช้ในการแก้ไขและการฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมให้กลับคืนมา ซึ่งที่มาของปัญหาสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยที่สำคัญประการหนึ่งคือ ปัญหาที่เกิดจากมลพิษของกระบวนการผลิตเพื่อการค้าและการลงทุน โดยจากผลการวิจัยของ Mukhopadhyay (2548)⁸² ซึ่งได้ศึกษาลักษณะการค้าและการลงทุนในประเทศไทยโดยวิเคราะห์เจาะลึกในด้านองค์ประกอบมลพิษ พบว่า การค้ากับต่างประเทศของประเทศไทย มีสัดส่วนของอุตสาหกรรมที่สร้างมลพิษเข้มข้น (pollution terms of trade) เพิ่มขึ้น นอกจากนี้ผลการศึกษาของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ⁸³ ซึ่งปรากฏในรายงานการติดตามประเมินผลการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ⁸⁴ (แผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 9) พบว่าปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยมีแนวโน้มเพิ่มขึ้น ทั้งปัญหาความต้องการใช้ที่ดินเพื่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สูงขึ้นทำให้มีการบุกรุกพื้นที่ป่า ปัญหาการขาดแคลนทรัพยากรน้ำ ปัญหา

⁸¹ Article 2202: Amendments

1. The Parties may agree on any modification of or addition to this Agreement.
2. When so agreed, and approved in accordance with applicable legal procedures of each Party, a modification or addition shall constitute an integral part of this Agreement.

⁸² มิ่งสรรพ ขาวสะอาด, เส้นทางการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมของไทย, เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 2 สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, พฤศจิกายน 2548, หน้า 15.

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

⁸⁴ สัมภาษณ์เผยแพร่ในเดือน มิถุนายน พ.ศ. 2548

ความเสื่อมโทรมของทรัพยากรดิน ปัญหาความสมบูรณ์ของทรัพยากรประมงและชายฝั่งลดปริมาณลงอย่างมาก ปัญหาการปล่อยมลพิษจากการใช้พลังงาน ปัญหาขยะมูลฝอยทั้งในชุมชนเมืองและท้องถิ่นทุกระดับ ปัญหามลพิษทางอากาศโดยเฉพาะฝุ่นละอองในเขตกรุงเทพฯและเมืองใหญ่ รวมถึงปัญหาการของเสียอันตรายและการนำเข้าสารเคมีอันตรายจากต่างประเทศเพื่อใช้ในกระบวนการผลิตในอุตสาหกรรม เช่นนี้แม้ว่าการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจของประเทศจะมีความสำคัญ รัฐบาลก็ไม่อาจละเลยประเด็นผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่เป็นผลมาจากการพัฒนาทางเศรษฐกิจเช่นกัน

ดังนั้นข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทย ในการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศรัฐบาลไทยควรให้ความสำคัญเป็นพิเศษในการเจรจา โดยควรมีแนวทางดังต่อไปนี้

1. ควรสร้างความชัดเจนของคำว่า “การยึดทรัพยากรทางอ้อม” ว่ามีความหมายอย่างไร และครอบคลุมการออกมาตรการของรัฐกรณีใดบ้าง
2. ควรสร้างความชัดเจนของคำว่า “สภาพการณ์เดียวกัน” ว่ามีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร จึงจะถือได้ว่านักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนของประเทศไทยอยู่ในสภาพการณ์เดียวกัน ทั้งนี้ไทยควรเสนอให้ใช้เกณฑ์การพิจารณาที่ครอบคลุมทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับนักลงทุนทั้งมิติทางเศรษฐกิจ มิติทางสังคม และมิติทางสิ่งแวดล้อม เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ผลกระทบต่อสังคม ชุมชน วัตถุประสงค์ในการออกมาตรการของรัฐ หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ประเภทหรือลักษณะของธุรกิจ (sector) ฯลฯ
3. ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีอำนาจในการเจรจาต่อรองน้อย ดังนั้นประเทศไทยควรแสวงหาความร่วมมือกับกลุ่มประเทศอาเซียนที่ไทยเป็นภาคีสมาชิก และประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ เพื่อเพิ่มอำนาจในการเจรจาต่อรอง โดยผลักดันให้การออกมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นข้อยกเว้นไม่ถือเป็นการยึดทรัพยากรโดยอ้อม หรือไม่เป็นการละเมิดความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กวรรณิการ์ กิจติเวชกุล. การลี้ภัยประชากรปีโตยเพื่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ, ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย - สหรัฐอเมริกาผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, 145-158. กรุงเทพฯ : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547.

เกษมา มาลาวรรณ. ความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

กอบกุล ราชะนาคร. พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน. เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 25. สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549. [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา : <http://www.measwatch.org> [2551, มิถุนายน 9]

โกศล ฉันทิกุล. ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน: ความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่15 ฉบับที่ 2 : 8-20.

จักรกฤษ ครอบพจน์ และคณะ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย. สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2548.

จักรกฤษณ์ ครอบพจน์. ความตกลงด้านการลงทุนในเอฟทีเอไทย-สหรัฐ: ก้าวหนึ่งของความพยายามในการสร้างข้อตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน. กรุงเทพฯ : พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3. พิมพ์ครั้งที่ 3. เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 25. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

दनัย ศรีลัมพ์. ค่าตอบแทนในกรณีสิ่งแวดลอมเป็นพิษ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชา
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

ต่างประเทศ. กระทรวง. กรมสนธิสัญญา. สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน.
วารสารกฎหมาย 26 ฉบับที่ 1(2550) : 107-127.

ทัชชฌาย์ ฤกษ์สุด. แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO). กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2546.

นันทพล กาญจนวัฒน์. แนวความคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่าง
ประเทศ: ศึกษากรณีตัวอย่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.1992.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2542.

นิรมล สุธรรมกิจ. มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ. เอกสารวิชาการ
หมายเลข 2 โครงการ WTO Watch (จับประแสงองค์การการค้าโลก). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 2548.

บัญชา ดอกไม้, เอกพล จงวิไลวรรณ. การค้าและการลงทุน: การจัดระเบียบการลงทุนในเศรษฐกิจ
โลก. เอกสารข้อมูลหมายเลข14 โครงการ WTO Watch (จับกระแสโลก). กรุงเทพฯ : โรง
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และวิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ. รายงานการวิจัยเรื่องการศึกษาผลกระทบการจัดตั้ง
เขตการค้าเสรีของประเทศไทย. ได้รับทุนอุดหนุนจากคณะกรรมการวิจัยและพัฒนาของ
วุฒิสภาสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, พฤศจิกายน 2548.

ปานชนก ธนาวุฒิ. การตีความคำว่า "สินค้าชนิดเดียวกัน" ภายใต้ความตกลงการตอบโต้การทุ่ม
ตลาดขององค์การการค้าโลก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

ปิยพัฒน์ บุนนาค. เวียดนามกับความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน: ศึกษาแนว
ความร่วมมือในกรอบของกฎเกณฑ์ระหว่างชาติ. กรุงเทพฯ : สถาบันเอเชียศึกษา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

พัชรภรณ์ อัคร์สุวรรณ. การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจใน
ประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาเศรษฐศาสตร์ คณะ
เศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.

พิริยะ ผลพิรุฬห์. แนวคิดของการลงทุนจากต่างประเทศ. วารสารเศรษฐศาสตร์ธรรมศาสตร์
24,4(2549) : 58-73.

ราชมพ ศรีสุภอรรถ. การนำมาตรการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในกฎหมายเพื่อป้องกัน ควบคุมและ
แก้ไขปัญหามลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชา
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

วิกานดา อรุณสกุล. ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาและซีดี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วิศิษฐ์ ธนาบูรเมธา. การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT).
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
นิติธรรม, 2551.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการใน
การเจรจา JTEPA. เสนอต่อสำนักงานเจรจาการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น, พฤษภาคม 2548.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. เรื่องการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย. รายงานที่ตีพิมพ์ ฉบับที่ 49 เดือนสิงหาคม (2550)

สมบุญธรรม เสี่ยมบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณกิจ, 2549.

สมฤทธิ์ จินดาวงศ์. ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับลาว ค.ศ. 1990. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

สุโขทัยธรรมมาธิราช, มหาวิทยาลัย, สาขาวิชานิติศาสตร์. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ (International Transaction Law) หน่วยที่ 8-15. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัทประชาชนจำกัด (แผนกการพิมพ์), 2528.

สุจิตรา วาสนาดำรงดี. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตรายในเวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้า: จุดยืนและข้อเสนอของไทย, โครงการหน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณสากล, 2549. [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา : <http://www.measwatch.org> [2551, มิถุนายน 9]

สุจิตรา วาสนาดำรงดี. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ เรื่องอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน: บทวิเคราะห์ด้านการเจรจาด้านการค้าและการจัดการสิ่งแวดล้อม. โครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม, 2550.

สุทธาบดี สัตตบุศย์. การโอนเป็นของชาติ. วารสารกฎหมาย ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 : 89-117.

โสภารัตน์ จารุสมบัติ. นโยบายและการจัดการสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 2551.

อนุศักดิ์ สุภาพร. ปัจจัยการกำหนดการลงทุนโดยตรงจากประเทศญี่ปุ่นในอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539.

ภาษาอังกฤษ

Agins v. City of Tiburon, 477 U.S. 55 (1980)

Andrew Paul Newcombe. Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?. Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 1999.

Andrus v. Allard, 444 U.S. 51 (1979)

Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9 (Oct. 27, 2006).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000).

David L. Callies. REGULATORY TAKINGS AND THE SUPREME COURT: HOW PERSPECTIVES ON PROPERTY RIGHTS HAVE CHANGED FROM PENN CENTRAL TO DOLAN, AND WHAT STATE AND FEDERAL COURTS ARE DOING ABOUT IT. Stetson Law Review Vol. XXVIII (1999) : 524-578.

Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994)

Dolzer R.. National Treatment: New Developments. paper presented at the

Ethan Shenkman. Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence Be Helpful In Analyzing Regulatory Expropriation Claims Under International Law?. New York University Environmental Law Journal Volume XI (2003) : 174-197.

Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365 (1926).

First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304 (1987).

Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A/B, No. 7. (1926)

Harvey M. Jacobs. The Future of the Regulatory Takings Issue in the United States and Europe: Divergence or Convergence?. The Urban Lawyer Vol. 40, No. 1 (Winter 2008) : 51-72.

HOLLY DOREMUS. TAKINGS AND TRANSITIONS. JOURNAL OF LAND USE Vol. 19:1 (Fall 2003) : 1-46.

Howard Mann and Konrad von Moltke. NAFTA's Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment. Working Paper International Institute for Sustainable Development. International Institute for Sustainable Development, Working Paper, 1999.

Howard Mann and Von Moltke, Konrad. NAFTA 's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment. IISD working paper, 1999. [Online]. 2008 . Available from: <http://www.iisd.org/pdf/nafta.pdf> [2008, April 7]

Howard Mann. The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles. [Online]. 2008 . Available from: http://www.iisd.org/investment/methanex_background.asp [2008, April 7]

Ian Brownlie. Public International Law. 6th Edition. Oxford University Press, 2003.
ICSID/OECD/UNCTAD Symposium on "Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda", Paris, December 2005.

IISD. Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights. International Institute for Sustainable Development/WWF-US, 2001.

J. Martin Wagner. International Investment, Expropriation and Environmental Protection. Golden Gate University Law Review Vol. 29 (1999) : 465-527.

KEYSTONE BITUMINOUS COAL ASSN. v. DeBENEDICTIS, 480 U.S. 470 (1987)

Konrad von Moltke, Howard Mann. Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11. , Background Paper to the ILSD Tri-National Policy Workshops, Mexico City, March 13; Ottawa, March 18; and Washington D.C., April 11, 2002. [Online] . 2008 . Available from: http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_ilsd_background_en.pdf [2008, April 7]

Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992)

M. Sornarajah. The International Law of Foreign Investment. Cambridge : Cambridge University Press, 1994.

Marvin Roy Feldman v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/99/1.
Award on the Merits, 16 December 2002

Metalclad Corp. v. United Mexican States, Case Arb(AF)97/1, Final Award, 30 August
2000.

Methanex v. United States, Award of 3 August 2005.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, Award,
12 April 2002, 7 ICSID Reports 178.

Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928).

Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887)

Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn. NONDISCRIMINATION IN TRADE AND
INVESTMENT TREATIES: WORLDS APART OR TWO SIDES OF THE SAME
COIN?. 102 A.J.I.L. 48 (January 2008): 48-89.

Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987)

Norway v. US (1922), 1 U.N.R.I.A.A. 307.

Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, Award of 1 July 2004

OECD. Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law.
Working Papers on International Investment, Number 2004/4, September 2004.

OECD. INDIRECT EXPROPRIATION” AND THE “RIGHT TO REGULATE” IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. Working Papers on International Investment, Number 2004/4, September 2004. [Online] . 2008 . Available from: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf> [2008, April 18]

Oscar Chinn. P.C. I. J. Ser A/B, 1934

Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606 (2001)

Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978)

Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922)

Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep.

Pope & Talbot v. Canada, Award on the Merits, 10 April 2001, UNCITRAL (NAFTA)

Richard Schaffer, Beverley Earle and Fillberto Agusti. International Business Law and its Environment. St. Paul : West Publishing Co., 1990.

S.D. Myers v. Canada, Partial Award by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitral Tribunal, Doc. 742416:01 (Nov. 13, 2000),

Sporrong and Lonroth v. Sweden, Eur. Ct. H. R. A/52 (1982)

Starret Housing Corp. v. Iran, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122 (1983).

Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002).

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican State, Award, 29 May 2003.

Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. 219 (1984)

Too v. Greater Modesto Insurance Associates, 23 Iran-U.S. C.T.R. 378. (1989)

UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KEY ISSUES, Volume II. New York and Geneva: UNITED NATIONS, 2004

UNCTAD. Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York and Geneva : United Nations, 2007.

UNCTAD. Environment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York and Geneva : United Nations, 2001.

UNCTAD. Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York and Geneva : United Nations, 2007.

UNCTAD. NATIONAL TREATMENT. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York and Geneva : United Nations, 1999.

UNCTAD. Social Responsibility. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York and Geneva : United Nations, 2001.

UNCTAD. Taking of Property. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York and Geneva : United Nations, 2000.

United Parcel Service (UPS) of America Inc. v. Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits, 24 May 2007.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายนิติลักษณะ แก้วจันดี เกิดเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ.2521 สำเร็จการศึกษาปริญญา
นิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อปีการศึกษา 2544 สอบได้
เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 56 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2549



ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย