



การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ในประเทศไทย

Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Thailand

สุรพี โพธิสราชา¹

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

80 หมู่ 9 ถนนพหลโยธิน ตำบลบ้านดู่ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

เมลติดต่อ : sompan_pho@hotmail.com

Surapee Pothisaratch²

School of Law, Chiang rai Rajabhat University

80 moo. 9 Paholyothin Rd., Muang District Chiang rai province 57100

เมลติดต่อ : niticrru@gmail.com

บทคัดย่อ

การพัฒนาเศรษฐกิจของโลกในยุคนี้มีอัตราการแข่งขันที่สูงมากจึงทำให้แต่ละประเทศทั่วโลกให้ความสำคัญต่อการค้า การส่งเสริมการลงทุนเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศตนโดยทำความร่วมมือในระดับในทั้งระดับทวิภาคี พหุภาคี ประเทศไทยเองก็มีความร่วมมือต่างๆกับประเทศอื่นเพื่อได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆทางการค้าและด้านอื่นๆหากกล่าวถึงการลงทุน สิ่งที่น่าสนใจสำคัญอย่างยิ่งคือหากรัฐให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนในภาคส่วนของการบริการสาธารณะให้กับรัฐ นักลงทุนต่างชาติมักกังวลถึงเหตุการณ์พิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ จึงต้องมีการเจรจาให้รัดกุมถึงการระงับข้อพิพาท ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกหนึ่งซึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาในการเจรจาการค้าต่างๆคือการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor-State Dispute Settlement - ISDS) ซึ่งเป็นกลไกคุ้มครองนักลงทุนที่มาลงทุนในประเทศไทย โดยสาระสำคัญของ ISDS คือการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องเรียก

¹ อาจารย์

² Lecturer

ค่าเสียหายหรือยกเลิกนโยบายสาธารณะของประเทศนั้นๆได้เข้าไปขัดขวางการทำงานของเอกชน หรือทำให้กำไรที่คาดว่าจะได้ลดลงซึ่งเป็นการสร้างความมั่นใจให้นักลงทุนต่างชาติในการลงทุนว่าจะไม่โดนรัฐเอาเปรียบ กีดกันหรือยกเลิกสัญญา ซึ่งเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือใจให้กับนักลงทุน หากแต่ในทางกลับกันหากนโยบายของรัฐไม่มีความเสถียร หรือความไม่แน่นอนทางการเมืองซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสัญญาของนักลงทุน จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าประเทศไทยมีความพร้อมมากน้อยเพียงใดในการใช้กลไกISDSในการระงับข้อพิพาทนี้ เสียเปรียบหรือไม่ หากการยกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นประโยชน์มากกว่าดำเนินการตามสัญญา คืบหรือไม่กับการนำภาษีประชาชนจ่ายเป็นค่าชดเชยต่างๆให้แก่นักลงทุนต่างชาติ

คำสำคัญ : การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

Abstract

A very high competition of the world economic development in this era affects countries all around the world. Thus trade agreement, investment promotion, and bilateral as well as multilateral cooperation are performed in order to stimulate the better economy in their countries. Thailand is also cooperating with other countries to gain trade and other benefits. In terms of investment especially that the state invites foreign investors to invest in the public sector, foreign investors are often concerned about the investor-state dispute. Thus the negotiation to settle the dispute must be performed concisely. One of the alternative procedures for dispute settlement on trade negotiation is the Investor-State Dispute Settlement – ISDS that is a protection mechanism for investors investing in the country. According to ISDS that investors' ensuring is to confirm for no exploiting, obstructing, and canceling, an additional channel is provided for investors to sue governments or cancel any public policy of the country if it obstructs their operations or potential profit is decreased.³ On the contrary, there is unstable state policy or political instability which may affect investor contracts. Therefore it is doubtful that: "How much Thailand is prepared to use the

³ ISDS: ชุดเลือกไทยไปคุ้มครองนักลงทุน. ทัพย์พิมล เกียรติวาทีรัตนะ <http://waymagazine.org/isds>

ISDS mechanism in this dispute settlement?”, “Is there any disadvantage, and how is it if such termination is an advantage over the implementation of the agreement?”, and “Is it worth of tax paid as compensation for the foreign investors?”

Keywords : Investor-State Dispute Settlement

1. บทนำ ISDS คืออะไร

หากกล่าวถึงISDS(Investor-State Dispute Settlement) หรือการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหลายคนอาจไม่คุ้นหูแต่หากย้อนกลับไปได้ดูข่าวใหญ่ในช่วงปี 2549-2552 มีข่าวดังกรณีที่ดินคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีคำชี้ขาดของตัดสินให้กรมทางหลวงจ่ายค่าเสียหายจำนวน 29 ล้านดอลลาร์ (ประมาณ 1,500 ล้านบาท) ให้แก่บริษัท วอเตอร์บาวน์ จำกัด ผู้รับเหมาจากประเทศเยอรมนี หนึ่งในผู้ถือหุ้นบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้รับสัมปทานโครงการโกลด์เวย์ หรือคดีที่เรียกกันติดปากว่า “คดีค่าโง่ทางด่วน” ซึ่งรัฐต้องนำเงินภาษีประชาชนมาจ่ายค่าเสียหายให้แก่นักลงทุนชาวเยอรมัน หากยกคดีนี้ขึ้นมาก็จะมีคำถามมากมายทำไมไทยจึงเสียเปรียบต้องจ่ายเงินจำนวนมหาศาลให้แก่บริษัทต่างชาติรายนี้ เราจึงควรทำความรู้จักกับ ISDS ให้มากขึ้น

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor - State Dispute Settlement – ISDS) เป็นกลไกภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) หรือความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements – FTAs) กับรัฐบาลของประเทศที่ตนเข้าไปลงทุน เช่น หากรัฐภาคีละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดในความตกลงฯ และส่งผลให้การลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายอย่างแท้จริง นักลงทุนก็จะมีสิทธิใช้กลไก ISDS ในการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์กรและกฎระเบียบและวิธีดำเนินการที่กำหนดในความตกลงฯ เช่น UNCITRAL Arbitration Rules ของสหประชาชาติ หรือ ICSID Additional Facility ของธนาคารโลก

โดยมีกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions – ADR) คือการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยอาจใช้วิธีการเจรจาและการหารือ (Consultation and

Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการประนีประนอมยอมความ (Conciliation) เช่น การระบุให้มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการเชิงปฏิบัติการที่เหมาะสมและเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากกว่าการใช้ข้อบทกฎหมาย การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลเป็นแนวทางใหม่ในการบังคับใช้พันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนที่มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท และทำให้ได้รับความนิยมมากขึ้น เนื่องจากเป็นกลไกที่นักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนชะลอการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้⁴ และในส่วนกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง คณะอนุญาโตตุลาการอาจให้รัฐชำระค่าชดเชยให้กับนักลงทุนตามจำนวนที่กำหนดซึ่งนักลงทุนสามารถใช้ประโยชน์จากความตกลงได้หากการลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายจากมาตรการใดที่ออกโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมาตรการดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการผิดพันธกรณีตามความตกลง นักลงทุนสามารถร้องขอให้รัฐบาลผู้รับการลงทุนดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ โดยเริ่มจากการเจรจาและการหารือ หากการเจรจาไม่ประสบความสำเร็จ นักลงทุนอาจยื่นข้อพิพาทไปยังศาลท้องถิ่น

2.ISDSคืออะไร

ปัจจุบันการลงทุนในประเทศไทยโดยนักลงทุนต่างชาติมีแนวโน้มที่สูงขึ้น การสร้างความมั่นใจให้นักลงทุนจึงเป็นแรงจูงใจอย่างหนึ่ง สิ่งที่นักลงทุนต่างชาติเป็นกังวลและต้องการได้รับความคุ้มครองคือหากมีการลงทุนในประเทศไทยโดยมีคู่สัญญาเป็นรัฐอันมีนโยบายบริการสาธารณะนั้น เอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติจะได้รับการคุ้มครองอย่างไรหากมีข้อพิพาท หรือมีการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ ดังนั้นจึงมีการกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทแบบหนึ่งที่เรียกว่า “ISDS”

⁴ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. การคุ้มครองการลงทุนและการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน. สืบค้นจาก <http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf>.

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ หรือ Investor-State Dispute Settlement (ISDS) เป็นกลไกที่อยู่ภายใต้ความตกลงของรัฐที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ เช่นความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน(Bilateral Investment Treaty-BIT) และ ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement- FTAs)โดยให้สิทธินักลงทุนต่างชาติใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม ได้แก่ กระบวนการการหารือ(Consultation) กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก(Alternative Dispute Resolution – ADR) และกระบวนการอนุญาโตตุลาการ(Arbitration) แทนการขึ้นศาลในประเทศ

อาจกล่าวได้ว่า ISDS เป็นการกลไกการระงับข้อพิพาทที่นักลงทุนปรารถนาและในยุคที่มีการแข่งขันทางการค้าสูงเพื่อเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจของแต่ละประเทศนั้น แต่ละประเทศก็แสวงหาความร่วมมือทางการค้าโดยทำความร่วมมือในทั้งรูปแบบพหุภาคี และทวิภาคี จึงทำให้ FTAs (Free Trade Area หรือFree Trade Agreements)เป็นที่นิยมเพื่อประโยชน์ทางการค้าของประเทศที่เป็นคู่ค้าหรือเป็นพันธมิตรที่ดีต่อกัน หากพิจารณานิยามของFTAs ซึ่งหมายถึง เขตการค้าเสรีหรือข้อตกลงทางการค้าเสรี นั่นคือ ประเทศ 2 ประเทศหรือ หลายประเทศจะรวมกลุ่มกันเพื่อทำการลด ภาษีศุลกากรระหว่างกันให้เหลือน้อยที่สุดหรือไม่มีเลยและใช้อัตราภาษีที่สูงกับประเทศนอกกลุ่ม ดังนั้นประโยชน์เบื้องต้นที่เห็นได้ คือสินค้าของเราหากส่งไปขายยังประเทศในกลุ่มจะมีต้นทุนที่ลดลง เพราะภาษีถูกลง หรือเหลือศูนย์ส่งผลให้สินค้าของเรามีความสามารถในการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ หรือหากนำเข้าเราก็ เสียภาษีในอัตราที่ถูกลงทำให้ต้นทุนในการผลิตสินค้าไม่สูงมากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับคู่แข่งผู้บริโภครู้ก็ได้รับประโยชน์ไปด้วยจากการที่มีสินค้าหลากหลายเข้ามาขาย ทำให้สามารถเลือกซื้อได้ตามราคาและคุณภาพที่ต้องการในราคาที่ถูกลง⁵และยังครอบคลุมเรื่องการเปิดตลาดสินค้า บริการ การลงทุน พิธีการศุลกากรและการอำนวยความสะดวกทางการค้า กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า มาตรการเยียวยาทางการค้า มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช อุปสรรคเทคนิคทางการค้า ทรัพย์สินทาง

⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์สืบค้นจาก <http://www.thaifita.com/thaifita/Home/%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%87/tabid/62/ctl/Details/mid/433/ItemID/4476/Default.aspx>

ปัญญา นโยบายการแข่งขัน การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ความโปร่งใส และการพัฒนาที่ยั่งยืน เป็นต้น จุดที่น่าสนใจอย่างยิ่ง

สำหรับประเทศไทยที่ต้องการนักลงทุนต่างชาติมาลงทุนภายในประเทศ การที่จะดึงดูดความสนใจให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนที่ไทยในภาวะที่มีคู่แข่งในด้านการเป็นผู้รับการลงทุนที่สำคัญอย่างเวียดนามคือการสร้างความมั่นใจให้นักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากสิ่งที่นักลงทุนต่างชาติกังวลใจคือเมื่อมาลงทุนแล้วจะไม่มีความปลอดภัยใดทำให้เขาเสียหาย หรือไม่มีการยึดทรัพย์ มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมไม่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือหากต้องการให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนไม่ว่าจะทำความร่วมมือทางการค้าอย่าง FTAs หรือข้อตกลงอื่นๆ สิ่งที่นักลงทุนปรารถนาให้รัฐไทยคุ้มครองคือการให้ความคุ้มครองการลงทุนผ่านระบบกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน (Investor - State Dispute Settlement – ISDS) ซึ่งจุดสำคัญของ ISDS คือเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติฟ้องเรียกค่าเสียหายกรณีที่รัฐไม่ทำตามนโยบายที่ออกมา เช่น ให้บริษัทต่างชาติลงทุนทำทางด่วนระยะสั้นให้มีการสร้างแข่งขัน หากต่อมารัฐให้นักลงทุนรายอื่นมาประกอบกิจการเดียวกัน บริษัทที่ลงทุนก่อนมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ โดยให้ความคุ้มครองนักลงทุนเพียงส่วนที่เป็นผลกระทบจากมาตรการที่ออกโดยรัฐเท่านั้น ไม่คุ้มครองนักลงทุนจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจตามปกติ การที่สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนและความตกลง FTAs จำนวนมาก กำหนดมาตรการ ISDS เอาไว้ มีผลทำให้คดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ มีจำนวนที่เพิ่มสูงมาก โดยเฉพาะในช่วง 15 ปีที่ผ่านมา โดยในปี พ.ศ. 2552 เพียงปีเดียว มีประเทศผู้รับการลงทุนถึง 81 ประเทศ ที่ถูกฟ้องร้องต่ออนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาท โดยผู้ที่ฟ้องคดีเกือบทั้งหมดเป็นนักลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศที่ถูกฟ้องส่วนใหญ่ มักจะเป็นรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนา

3. ตัวอย่าง

3.1) ปี 2555 บริษัท ฟิลลิปมอริส เอเชีย จำกัด ยักษ์ใหญ่ด้านยาสูบ ฟ้องรัฐบาลประเทศออสเตรเลียที่ออกกฎหมายควบคุมยาสูบ ตัดป้ายเตือนภัยจากการสูบบุหรี่ และบังคับให้ใช้ซองสีเดียวกัน เพราะไม่ต้องการเพิ่มจำนวนผู้สูบบุหรี่รายใหม่ แต่อุตสาหกรรมบุหรี่ไม่ยอมอ้างว่าเป็นการทำลายเครื่องหมายการค้า และทำให้ยอดขายตก โดยกล่าวหาว่ารัฐบาล

ออสเตรเลียกระทำการยึดหรือริบกิจการโดยอ้อม ด้วยการตรากฎหมายกำหนดให้ผลิตภัณฑ์บุหรี่ต้องบรรจุซองแบบที่กำหนดเท่านั้น จึงไปฟ้องศาลออสเตรเลียแต่ศาลฎีกาของออสเตรเลียตัดสินให้ฟิลิปปินส์แพ้ เพราะรัฐบาลมีสิทธิในการออกกฎหมายหรือนโยบายคุ้มครองสุขภาพประชาชน แต่ฟิลิปปินส์ ก็ยังไม่ยอมแพ้ ไปฟ้องรัฐบาลออสเตรเลียผ่านกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือISDS ระบุว่ารัฐบาลออสเตรเลียผิดพันธกรณีของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน(BITs)ระหว่างออสเตรเลียกับฮ่องกง โดยอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลออสเตรเลียเป็นการเวนคืนสิทธิ (Expropriation) ในการใช้เครื่องหมายการค้าของบริษัท และอ้างว่าการตรากฎหมายดังกล่าวเป็นการริบและยึดทรัพย์สินการลงทุนของตน ต่อมาในเดือนธันวาคม 2558 ศาลระหว่างประเทศ ก็ได้พิพากษาให้ฟิลิปปินส์ ชนะ อินเตอร์เนชั่นแนล แพ็คคิตี่ ยื่นฟ้องรัฐบาลออสเตรเลียที่ออกกฎหมายให้ใช้ซองบุหรี่แบบเรียบ โดยสรุปว่าเป็นการละเมิดสิทธิ

3.2)บริษัทวอลเตอร์บาว(Walter Bau ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยช่วงปี2549 สมัยรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร โดยอ้างว่าได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลไทยผิดสัญญา ในโครงการก่อสร้างโกลด์เวย์ หลายประเด็น เช่น ขอให้ลดค่าผ่านทางเหลือ 20 บาทตลอดสาย และมีมาตรการไม่ให้บริษัทปรับค่าผ่านทางนอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องการสร้างทางแข่งขัน เช่น โครงการไฮปเวลล์ การก่อสร้างทางเบี่ยงบนถนนวิภาวดีรังสิต การก่อสร้างสะพานลอยที่แยกสุทธิสารบนถนนวิภาวดีรังสิต การย้ายสนามบินดอนเมืองไปสนามบินสุวรรณภูมิ เป็นต้น

วอลเตอร์บาว ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี พ.ศ. 2545 เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลไทย 30 ล้านยูโร

อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดในวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ระบุว่าประเทศไทยผิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง และต้องชำระค่าชดเชยจำนวน 29.21 ล้านยูโร พร้อมดอกเบี้ยคำนวณตามอัตราดอกเบี้ยระหว่างธนาคารในกลุ่มยูโร ในอัตรา 2 เปอร์เซ็นต์ต่อปี เริ่มตั้งแต่วันที่ 3 ธันวาคม 2549 จนกว่าถึงวันชำระเงิน พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของฝ่ายวอลเตอร์บาว จำนวน 1,806,560 ยูโร รวมทั้งดอกเบี้ยตามอัตราเดียวกับค่าชดเชยความเสียหายโดยอนุญาโตตุลาการมองว่าแม้การกระทำของรัฐบาลไทยจะไม่ได้เป็นการเวนคืนการลงทุนของวอลเตอร์บาวแต่เป็นการละเมิดตามหลักที่เป็นธรรมและยุติธรรมเช่นเดียวกับที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตัดสินในคดี Biwater Gauff v Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22,

Decisionที่เป็นปัญหาการละเมิดหลักLegitimate Expectationหลักการคือประเทศผู้รับการลงทุนมีหน้าที่คุ้มครอง ความคาดหวังที่เป็นธรรม โดยสุจริต และโปร่งใส

จากกรณีศึกษาทั้งสองกรณีจะเห็นว่าในกรณีของบริษัท ฟิลลิปมอริส เอเชีย จำกัดกับรัฐบาลออสเตรเลียมีการขึ้นศาลภายในประเทศโดยให้ศาลของออสเตรเลียพิจารณาและมีคำตัดสินให้ฝ่ายฟิลลิปมอริสแพ้คดีเนื่องจากมองในมุมที่นโยบายของรัฐออกมานั้นเป็นการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน แต่ในมุมมองของนักลงทุนต่างชาติมองเรื่องการเสียผลประโยชน์จากการที่รัฐออกนโยบายดังกล่าวจึงต้องขอใช้กลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนที่ทำโดยออสเตรเลียกับฮ่องกงเพื่อให้มีการคุ้มครองทางการลงทุน ส่วนในคดีของไต้หวัน การที่บริษัทวอลเตอร์บาวเยินฟ้องรัฐบาลไทยผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี ปี พ.ศ. 2545 ที่เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลไทยจนเป็นเหตุให้รัฐบาลไทยต้องจ่ายค่าเสียหายจำนวนมาก แม้รัฐเองมีเจตนาที่จะมีนโยบายที่เป็นประโยชน์กับประชาชน แต่ถ้ากระทบต่อผลประโยชน์ของนักลงทุนจนเป็นเหตุทำให้มีแนวโน้มจะได้ผลกำไรลดน้อยลง นักลงทุนก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลได้ โดยค่าเสียหายที่จ่ายให้แก่บริษัทก็เป็นเงินจากภาษีประชาชน หากมองในมุมนี้การที่รัฐตกลงทำสัญญาเรื่องการลงทุนต่าง ๆ กับนักลงทุนหรือบริษัทต่างชาติ ควรที่จะศึกษาข้อสัญญาหรือแม้กระทั่งการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นสิ่งสำคัญว่าเงื่อนไขในสัญญานั้นเรามีความได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไร

หลังจากเหตุการณ์ที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ประเทศไทยต้องชำระค่าชดเชยให้บริษัทวอลเตอร์ บาวกว่า 30 ล้านยูโรในปลายปี 2552 คณะรัฐมนตรีมีมติในเรื่องการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนทั้งไทยและต่างประเทศโดยระบุให้ “ให้การทำสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอ

คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆไป”⁶ แต่เมื่อมีการเจรจากรอบความร่วมมือทางการค้าอย่าง FTAs ไทย-สหภาพยุโรปก็มีข้อตกลงระบุ “เปิดโอกาสให้สามารถใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท” เป็นการเอาใจนักลงทุนต่างชาติให้มาลงทุนในไทยทั้งที่คดีพิพาทตอนเมืองโกลด์เวย์ของบริษัทวอลเตอร์ บาวคอนไทยยังคงจดจำได้ดีและการเจรจาระหว่าง EU และไทยเรื่องข้อตกลงการค้าเสรี (FTAs) ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2013 โดยทั้งสองฝ่ายต้องการข้อตกลงที่ครอบคลุมในหัวข้อต่าง ๆ เช่น ภาษีการค้าและมาตรการอื่นนอกเหนือจากภาษีการค้า การบริการ การลงทุน การจัดซื้อสาธารณะ ทรัพย์สินทางปัญญา ปัญหาด้านกฎระเบียบและข้อบังคับ และการพัฒนาอย่างยั่งยืนจนถึงปัจจุบัน การเจรจาได้ถูกดำเนินแล้วทั้งหมดสี่รอบ โดยครั้งสุดท้ายสุดจัดขึ้นเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2014 นับตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าว ขณะนี้ ยังไม่มีการกำหนดการเจรจา FTAs รอบใหม่เนื่องจากทหารเข้ายึดอำนาจประเทศไทย⁷

4.สรุป

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor - State Dispute Settlement – ISDS) เป็นกลไกภายใต้ความตกลงสองส่วนได้แก่ 1) ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) 2) ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชน กำหนดว่า “1. สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางการปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” ทั้งนี้ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ กับนานาประเทศ เช่น สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน (BIT) หรือข้อตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTAs) หรือกรณีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเงื่อนไขสำคัญในการกู้ยืมเงินของสถาบันการเงินต่าง ๆ รวมตลอดถึงแหล่งเงินทุนจากองค์กรช่วยเหลือรายใหญ่ รวมถึงปัญหาอื่นใดที่จะตามมาในภายหลังกนั้น หน่วยงานของรัฐจึงอาจนำประเด็นปัญหาหรือความจำเป็นหรือข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้นั้น เสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ได้ ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะได้ตรวจสอบถึงความเหมาะสมของสัญญาได้ด้วย

⁷ https://eeas.europa.eu/headquarters/headquartershomepage/12522/node/12522_th

Agreements – FTAs) กับรัฐบาลของประเทศที่เข้าไปลงทุน กล่าวคือถ้าประเทศไทยมีความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หรือความตกลงการค้าเสรี นั้นหากเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างรัฐเจ้าของประเทศกับนักลงทุนต่างชาติกลไกที่ช่วยในการระงับข้อพิพาทได้แก่ ISDS โดยกลไก ISDS แบ่งออกเป็นสองส่วนคือ

1) กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions) ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยอาจใช้วิธีการเจรจาหรือหารือ (Consultation and Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการประนีประนอมยอมความ (Conciliation)

2) กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ภายใต้องค์การและกฎระเบียบและวิธีดำเนินการที่กำหนดในความตกลงฯ เช่น UNCITRAL Arbitration Rules ของสหประชาชาติ หรือ ICSID Additional Facility ของธนาคารโลก

การที่ประเทศไทยต้องการให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนในประเทศไทยนั้นต้องเป็นสิ่งจูงใจและทำให้นักลงทุนเองมั่นใจในเสถียรภาพ ความมั่นคงของประเทศไทย และที่สำคัญคือเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในกรณีที่นักลงทุนทำสัญญากับภาครัฐของไทย นักลงทุนเองก็ต้องการความมั่นใจว่าตนจะได้รับความเป็นธรรม หรือมีหลักประกันในการลงทุนกรณีมีความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ทั้งทางการเมืองและสังคม อาทิเช่น นโยบายรัฐบาลชุดก่อนมีแนวคิดที่แตกต่างจากรัฐบาลชุดใหม่ ดังนั้นการที่รัฐสร้างความมั่นใจให้นักลงทุนเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง

4.1 ข้อดี ข้อด้อย ของISDS

หากพิจารณาถึงข้อดีหรือผลเสียนั้น การที่รัฐยอมที่จะใช้การระบบกลไกการระงับข้อพิพาทISDS นั้นแม้ในทางทฤษฎีจะดูสวยงามยุติธรรมแต่ในทางปฏิบัติแล้วใครเป็นคนได้เปรียบจนกลายเป็นการเป็นการโอบอุ้มนักลงทุนต่างชาติมากกว่าการรักษาผลประโยชน์ให้แก่รัฐตนที่จะต้องนำภาษีของประชาชนไปจ่ายค่าเสียหายที่เกิดจากการ “ไม่ได้ตั้งใจ” ของนักลงทุน หากพูดถึงหัวใจของ ISDS ก็คือการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงทำให้ผู้ลงทุนเสียประโยชน์หรือมีนโยบายใดที่เป็นเหตุที่ทำให้รัฐเข้ายึดทรัพย์สินของนักลงทุน ปัญหาที่เกิดขึ้นเกิดจากการตีความความหมายคำว่ายึดทรัพย์ โดยการยึดทรัพย์ไม่ได้ถึงการนำทรัพย์สินของนักลงทุนมาเป็นของรัฐ หรือการเวนคืนพื้นที่อุตสาหกรรม แต่ยังตีความโดยกว้างถึงการที่นักลงทุนจะได้รับผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตหรือการที่รัฐมีนโยบาย

กฎหมายใดๆที่ออกมาใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องการลงทุนแล้วทำให้นักลงทุนเสียประโยชน์บางอย่างกลับถูกตีความว่าเป็นการยึดทรัพย์ตามข้อตกลง FTAs หลายฉบับที่ทำกันจึงเห็นได้ว่าในข้อตกลง FTAs หากรัฐมีการยึดทรัพย์ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมถือว่านักลงทุนเกิดความเสียหายที่สามารถจะฟ้องเรียกค่าเสียหายให้รัฐต้องรับผิดชอบได้ แม้ว่านโยบายนั้นจะเป็นประโยชน์กับประชาชนก็ตาม เหมือนอย่างที่อนุญาโตตุลาการตัดสินเรื่องบริษัทวอลเตอร์บาวกับรัฐบาลไทย (คดีดอนเมืองโทลล์เวย์) ที่รัฐบาลไทยแพ้คดีและต้องจ่ายค่าเสียหายที่ได้จากการเก็บภาษีของประชาชนจำนวนมหาศาล จนต้องมาทบทวนถึงความเหมาะสมตามบริบทว่าเราพร้อมที่จะอยู่ในกลไก ISDS ที่นักลงทุนเป็นกลุ่มประเทศที่มีเงินสนับสนุนการลงทุนที่สูงผลักดันให้ใช้กลไก ISDS ในการเจรจาข้อตกลง FTAs ให้ใช้กลไกนี้ซึ่งในทั่วโลกเป็นที่รู้จักถึงความน่ากลัวที่นักลงทุนประเทศที่มีอำนาจในการลงทุนไล่ฟ้องรัฐบาลประเทศที่กำลังพัฒนาหากรัฐทำให้กำไร หรือกำไรที่คาดว่าจะได้รับลดน้อยลงหรืออาจกล่าวได้ว่าอาจเป็นการเปิดช่องให้นักลงทุน ที่มีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) โดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมาย (legal loopholes) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน

หากมองในส่วนของคุณค่าของกลไก ISDS เป็นการสร้างความมั่นใจให้นักลงทุนว่าจะได้รับการคุ้มครอง ไม่ถูกกีดกัน กลั่นแกล้ง หรือโดนละเมิดจากการออกนโยบายของรัฐ เพราะหากมีเหตุใดก็ตามที่ขัดประโยชน์ของนักลงทุน นักลงทุนอาจไม่มั่นใจในกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทย หรือเพื่อความรวดเร็วจึงเลือกที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายผ่านกลไก ISDS อีกทั้งนักลงทุนมีมุมมองว่า ISDS จะส่งเสริมหลักการ Good Governance ของรัฐบาลได้ ซึ่งหากรัฐบาลดำเนินการโดยขาดความระมัดระวัง ไม่เป็นธรรม รัฐบาลก็มีความเสี่ยงในการที่จะถูกนักลงทุนฟ้องได้

สิ่งที่ต้องขบคิดถึงการใช้กลไก ISDS นั้นการตีความ ความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ที่มีการตีความเรื่องสิทธิต่างๆไม่ชัดเจนจนอาจเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบ เช่นสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืน (Expropriation) การยึดทรัพย์ที่ต้องตีความให้ชัดเจนทั้งทางตรงและทางอ้อม ส่วนในมุมมองของรัฐบาลไทยนั้นแม้การทำ FTAs ที่ระบุใช้กลไก ISDS ผ่านอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทนั้นจะเป็นแรงจูงใจให้ต่างชาติเห็นความมั่นคง การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเพื่อให้นักลงทุนยอมมาลงทุน แต่หากเอาใจนักลงทุนมากเกินไปจนเป็นเหตุให้ต้องนำภาษีของประชาชนมาจ่าย

ค่าเสียหายให้แก่นักลงทุนต่างชาติเชื่อว่าประชาชนไม่ผู้จะปลื้มสักเท่าไรหรืออย่างเหตุการณ์ที่บริษัทอลเตอร์บาว ฟ้องรัฐบาลไทยตั้งนั้นการยอมรับกลไก ISDS ในการเจรจาการค้าทั้งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) และความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements – FTAs) ที่นักลงทุนเรียกร้องในประเด็น ISDS นั้นไทยจะต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนรอบคอบถึงผลกระทบที่จะตามมา จนทำให้ถึงถ้อยคำในบทความของณัฐกานต์ กิจประสงค์ “เมื่อ FTAsมาถึง : นักลงทุนต่างชาติได้รับการคุ้มครอง แต่ใครจะคุ้มครองประเทศไทย ในเว็บไซต์สำนักข่าวอิศรา เขียนวันที่ 23 กันยายน 2556 กับประโยค กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน ไม่ใช่ศาลในประเทศ ไม่ใช่ศาลโลก แต่เป็นกลไกที่อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ 3 คนที่ทั้งสองฝ่ายเลือกกันมา และคนกลางที่สองฝ่ายเห็นร่วมกัน ซึ่งหมายความว่าแบบเดียวกับที่ รัชกาลที่ 5 ทรงใช้คำว่า “เสียอิสรภาพนอกอาณาเขต” คล้ายกับที่เราเสียเอกราชไปแล้วครั้งตัว เมื่อยอมรับและทำตามความตกลงนี้”

เอกสารอ้างอิง

การคุ้มครองการลงทุนและการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรมเศรษฐกิจระหว่าง

ประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ**สืบค้นจาก**[http://www.mfa.go.th/](http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf)

[business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf](http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf)

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์**สืบค้นจาก**

<http://www.thaifta.com/thaifta/Home/%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%87/tabid/62/ctl/Details/mid/433/ItemID>

[87/tabid/62/ctl/Details/mid/433/ItemID](http://www.thaifta.com/thaifta/Home/%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%87/tabid/62/ctl/Details/mid/433/ItemID)

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างรัฐกับ เอกชน

สืบค้นจาก[https://eeas.europa.eu/headquarters/headquartershomepage/12522](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquartershomepage/12522/node/12522)

[/node/12522](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquartershomepage/12522/node/12522)