

การตีความและการปรับใช้หลักประติบัติแย้งคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

นางสาวกฤตยา วุฒิสินธ์



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2557

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF NATIONAL TREATMENT PRINCIPLE UNDER  
INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

Miss Kritaya Vuttisant



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2014

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การตีความและการปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติใน
	ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน
โดย	นางสาวกฤตยา วุฒิสินธุ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	อาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(อาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

.....กรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(อาจารย์ ดร.วิลาวรรณ มังคละธนะกุล)

กฤตยา วุฒิสันต์ : การตีความและการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF NATIONAL TREATMENT PRINCIPLE UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.โชติกา วิทยาวรากุล, 126 หน้า.

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติถือเป็นข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศที่สำคัญที่มักปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หลักการดังกล่าวกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐภาคีไม่ด้อยไปกว่าที่ให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ มีปัญหาการตีความและการปรับใช้ข้อบทนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความและปรับใช้คำว่า “สถานการณ์เดียวกัน” และคำว่า “การปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่า”

คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์และแนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐก่อให้เกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่ ตลอดจนเหตุผลอันชอบธรรมที่รัฐสามารถเลือกปฏิบัติได้

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทราบแนวทางและหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตีความและปรับใช้หลักดังกล่าว จากการศึกษา ผู้วิจัยพบว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ทำให้ความหมายและการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีความชัดเจนมากขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาหลัก .....

# # 5485952234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: NATIONAL TREATMENT / INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

KRITAYA VUTTISANT: THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF NATIONAL TREATMENT PRINCIPLE UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS.

ADVISOR: CHOTIKA WITTAYAWARAKUL, Ph.D., 126 pp.

The national treatment principle is one of the important investment protection provisions in International Investment Agreements. The principle provides that the treatment accorded to the foreign investor and investment shall not be less favorable than that accorded to the domestic investor and investment, in like circumstances. However, in practice, there are problems concerning the interpretation and application of the national treatment principle, especially the terms “in like circumstances” and “no less favourable treatment”.

The awards of arbitral tribunals constituted under the International Investment Agreements has an essential role in laying criteria and providing guidance for the interpretation and application of this principle; including the determination of the domestic comparator and the criteria for considering if the act of state is considered as a less favorable treatment, as well as the criteria of the justifiable discrimination.

Thus, the researcher decides to study the awards of arbitral tribunals relating to the national treatment principle in order to ascertain how the national treatment principle is interpreted and applied. The study concludes that the arbitral awards have clarified the meaning and the application of the principle.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2014

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องด้วยความกรุณาจากท่านคณาจารย์ทั้งหลายที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาให้ความรู้และมุมมองทางวิชาการแก่ผู้เขียน ในที่นี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล เป็นอย่างสูงที่ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ ให้ความรู้ คำแนะนำ ชี้แนะมุมมองและแนวคิดอันเป็นประโยชน์ยิ่งแก่ผู้เขียน พร้อมทั้งคอยสนับสนุน ให้คำปรึกษา ให้โอกาส เวลา และสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์ ที่ให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้ความรู้ แนวคิด คำแนะนำ และให้ความเมตตาแก่ผู้เขียนเสมอมา ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล และดร. วิลาวรรณ มังคละธนะกุล ที่ให้ความกรุณาตอบรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ให้คำปรึกษา คำแนะนำ ข้อชี้แนะ พร้อมทั้งข้อคิดต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ยิ่งแก่ผู้เขียนเพื่อนำไปใช้ปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้ดียิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณจุฬาลักษณ์ พิณะ คุณอรชนันท์ บุญมี คุณนันท์นที สุนทรพิมล คุณสิปปวันต์ แสงรุ่งเรือง รวมถึงเพื่อนๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศที่ช่วยเหลือในเรื่องต่างๆ รวมถึงให้กำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา

สุดท้ายนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงไม่ได้หากไม่ได้รับการสนับสนุนด้านแรงใจจากคุณพ่อและคุณแม่ ผู้ให้สติปัญญา ให้โอกาสทางการศึกษา สร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้เขียน เป็นแรงสนับสนุน แรงผลักดันส่งเสริมให้ผู้เขียนมีกำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์เสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ศึกษาบ้าง ผู้เขียนขออวยมอบคุณความดีเหล่านี้แต่บิดา มารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีความผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐาน.....	7
1.4 ขอบเขตการวิจัย.....	7
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
บทที่ 2 หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน.....	9
2.1 ลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศ.....	9
2.2 การลงทุนระหว่างประเทศภายใต้การควบคุมของรัฐ.....	13
2.2.1 การควบคุมช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน.....	14
2.2.1.1 การควบคุมการเข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุน.....	14
2.2.1.2 การกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน.....	14
2.2.2 การควบคุมช่วงหลังการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน.....	15
2.2.2.1 การจำกัดอำนาจในฐานะผู้ถือหุ้น.....	15
2.2.2.2 การควบคุมเรื่องสัดส่วนความเป็นเจ้าของ.....	15
2.2.2.3 การควบคุมการดำเนินธุรกิจโดยรัฐผู้รับการลงทุน.....	15
2.2.2.4 การควบคุมเรื่องอื่นๆ.....	16
2.3 ความเป็นมา วัตถุประสงค์ และความหมายของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle).....	17

2.4 หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	26
2.4.1 ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (Bilateral Investment Treaties –BITs).....	27
2.4.2 ความตกลงเขตการค้าเสรี (Free trade Agreements หรือ FTAs).....	30
2.4.3 ความตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน .....	32
2.5 หลักการตีความหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ .....	37
2.5.1 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 31 .....	38
2.5.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 32 .....	42
บทที่ 3 ข้อบทและปัญหาการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติใน ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	47
3.1 ความตกลงที่มีข้อบทให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ .....	48
3.1.1 ความตกลงที่มีการกำหนดขอบเขตหรือนิยามในการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ (Investors/Investments).....	48
3.1.2 ความตกลงที่มีการกำหนดช่วงเวลาในการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ (Pre – establishment and Post - establishment) .....	51
3.1.2.1 การให้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติช่วงก่อนการจัดตั้งกิจการ (Pre-establishment).....	52
3.1.2.2 การให้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติช่วงหลังการจัดตั้งกิจการ (Post-establishment).....	52
3.1.2.3 การให้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติช่วงก่อนและหลังการจัดตั้งกิจการ (Pre and post-establishment).....	54
3.1.3 ความตกลงที่มีการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นในการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ..	54
3.1.3.1 การกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวกับสถานการณ์เดียวกัน (same, identical and like circumstances) .....	55
3.1.3.2 การกำหนดเงื่อนไขเรื่องรูปแบบกิจกรรมหรืออุตสาหกรรม .....	58



3.1.4 ความตกลงที่มีการกำหนดข้อยกเว้นในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ .....	59
3.1.4.1 ข้อยกเว้นทั่วไป (General exception).....	59
3.1.4.2 ข้อยกเว้นเฉพาะ (Subject-specific exception).....	61
3.1.4.3 กำหนดประเภทอุตสาหกรรมไว้เป็นการเฉพาะ (Industry-specific exceptions) .....	62
3.2 ความตกลงที่ไม่มีข้อบทให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ.....	62
3.3 ปัญหาในการตีความและปรับใช้ข้อบทให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ.....	63
บทที่ 4 แนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่เพิ่มขึ้นตาม ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	67
4.1 ขั้นตอนการตีความและปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามแนวคำตัดสินของ คณะอนุญาโตตุลาการ .....	67
4.2 การกำหนดตัวเปรียบเทียบ(Comparator)ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In like circumstances).....	70
4.2.1 ลักษณะการประกอบธุรกิจหรือภาคเศรษฐกิจ.....	71
4.2.2 คุณลักษณะและวิธีปฏิบัติของธุรกิจที่ลงทุน.....	80
4.2.3 ความสามารถในการแข่งขันหรือทดแทนกัน (Competitive Relationship).....	83
4.2.4 ข้อพิจารณาอื่นๆ เกี่ยวกับสัญญาการลงทุนและนักลงทุน.....	87
4.3 แนวทางการพิจารณาการปฏิบัติที่ด้อยกว่า (less favorable treatment).....	91
4.3.1 รูปแบบการปฏิบัติที่ด้อยกว่า.....	92
4.3.1.1 การเลือกปฏิบัติทางกฎหมาย (De Jure Discrimination) .....	93
4.3.1.2 การเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง (De Facto Discrimination) .....	94
4.3.2 ความสำคัญของเจตนา.....	98
4.3.3 ระดับการให้การปฏิบัติ (Level of Treatment).....	100
4.4 เหตุผลที่ชอบธรรมของรัฐผู้รับการลงทุนในการเลือกปฏิบัติ .....	103

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	113
5.1 บทสรุป .....	113
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	117
รายการอ้างอิง .....	120
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	126



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในศตวรรษที่ผ่านมา การลงทุนระหว่างประเทศมีบทบาทและความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของโลกเพิ่มมากขึ้น อันเนื่องมาจากการที่รัฐมีการออกนโยบายที่มีลักษณะเปิดเสรีมากขึ้น เพื่อดึงดูดการลงทุนที่มีประสิทธิภาพจากต่างชาติให้เข้ามาทำการลงทุนมากขึ้น<sup>1</sup> โดยการลงทุนระหว่างประเทศถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา<sup>2</sup> เนื่องจากการลงทุนระหว่างประเทศก่อให้เกิดประโยชน์ในหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคม หรือด้านเทคโนโลยี ในมุมมองของประเทศผู้รับการลงทุน (Host State) การลงทุนระหว่างประเทศถือเป็นปัจจัยสำคัญซึ่งช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนให้ดีขึ้น<sup>3</sup> ซึ่งประเทศผู้รับการลงทุนคาดหวังว่าการลงทุนระหว่างประเทศจะช่วยให้เกิดการจ้างงาน การส่งออก เพิ่มรายได้ รวมทั้งได้รับการถ่ายทอดทางเทคโนโลยี<sup>4</sup> ส่งผลให้ผลผลิตมวลรวมภายในประเทศสูงขึ้น รายได้ประชาชาติสูงขึ้นและส่งผลให้ประชาชนในประเทศกำลังพัฒนามีชีวิตความเป็นอยู่ดีขึ้น ในมุมมองของประเทศของผู้ลงทุน (Home State) การลงทุนระหว่างประเทศส่งผลให้ประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบและทรัพยากรธรรมชาติได้มากขึ้น และสามารถจ้างแรงงานราคาถูกได้<sup>5</sup> การลงทุนระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่ทั้งประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศผู้ลงทุนให้ความสำคัญอย่างมากและต่างก็ได้รับประโยชน์จากการลงทุนระหว่างประเทศดังกล่าว

---

<sup>1</sup> UNCTAD, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2009, [http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf), p.9

<sup>2</sup> OECD, Survey of OECD Work on International Investment. OECD Working Papers on International Investment, 1998/01, OECD Publishing, [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-1998\\_1.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-1998_1.pdf), p.6

<sup>3</sup> UNCTAD, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, p. 1

<sup>4</sup> OECD, The Economics of International Investment Incentives, <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/2487874.pdf>, p. 165

<sup>5</sup> ชุมพร ปัจจุบันทร์, “กฎหมายและมาตรการที่สนับสนุนการส่งออกทุน,” ใน ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน่วยที่ 8-15 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), หน้า 11-5.

ในการนี้ เมื่อนักลงทุนต่างชาติเข้าไปทำการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนก็ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนนั้นๆ โดยประเทศผู้รับการลงทุนสามารถกำกับดูแลควบคุมและคัดกรองการลงทุนเฉพาะที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศผู้รับการลงทุนได้<sup>6</sup> หรือออกมาตรการทางการลงทุนอื่นๆ มาเป็นเครื่องมือในการควบคุมได้ เช่น การกำหนดเขตการลงทุน จำกัดสัดส่วนการนำเข้า-ส่งออก เป็นต้น นอกจากนี้ ประเทศผู้รับการลงทุนยังสามารถออกกฎหมาย ขอบบังคับ และมาตรการเพื่อให้สิทธิประโยชน์ที่เหนือกว่าแก่คนชาติและกิจการของคนชาติได้ รวมถึงการที่รัฐผู้รับการลงทุนสามารถออกกฎหมายเพื่อยึดกิจการ การเวนคืน หรือการเพิกถอนใบอนุญาตในการประกอบกิจการของนักลงทุนต่างชาติได้โดยไม่มีการจ่ายค่าทดแทน (Compensation) ที่เพียงพอ มีประสิทธิภาพ และล่าช้า<sup>7</sup> ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจที่จะลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนที่มีการให้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย ขอบบังคับที่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือการที่ไม่มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองนักลงทุนที่ชัดเจนและเพียงพอ ในขณะที่ประเทศผู้รับการลงทุนมักให้เหตุผลในการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากเห็นว่าคนชาติหรือกิจการของคนชาติยังไม่มี ความเข้มแข็ง จำต้องอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐ ไม่เช่นนั้นอุตสาหกรรมภายในประเทศอาจล่มสลายได้ หรือเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของคนชาติหรือเพื่อต้องการให้คนชาติสามารถมีอำนาจในการแข่งขันเหนือต่างชาติและกิจการของต่างชาติได้ หรือเหตุผลอื่นๆที่รัฐเห็นว่าจำเป็น<sup>7</sup> ทำให้เกิดปัญหาว่ารัฐจะออกกฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ มาเพื่อเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนคนชาติหรือการลงทุนของคนชาติกับนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติได้หรือไม่ เพียงใด มีเหตุผลใดบ้างที่รัฐสามารถอ้างเพื่อเลือกปฏิบัติได้

ตัวอย่างเช่น คดี *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*<sup>8</sup> ซึ่งเป็นคดีที่นักลงทุนจากประเทศอิตาลีและบริษัทในลักเซมเบิร์ก ซึ่งถือเป็นนักลงทุนกลุ่มใหญ่ที่เข้าไปทำการลงทุนในทรัพยากรแร่ในประเทศแอฟริกาได้ร่วมกันฟ้องร้องประเทศแอฟริกาใต้ โดยอ้างถึงการกระทำของแอฟริกาใต้ภายใต้โปรแกรมการชุดแร่ที่ชื่อว่า Black Economic Empowerment (BEE) ละเมิดพันธกรณีในสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างแอฟริกาใต้และ

<sup>6</sup> ลาวัญย์ ณนัตศิลป์กุล, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเสรีการลงทุนของประเทศไทย,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 21 (2552): 1.

<sup>7</sup> Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties* (UK: Oxford university press, 2010c), p. 245.

<sup>8</sup> Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No ARB(AF)/07/1Award, 4 August 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>

ประเทศอิตาลีและสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างแอฟริกาใต้และเบลเยียมและลักเซมเบิร์ก โดยแอฟริกาใต้ได้ออกกฎหมายที่ชื่อว่า The Natural and Petroleum Resource Act ในปี ค.ศ. 2004 กฎหมายดังกล่าวส่งผลให้กิจการเหมืองแร่และปิโตรเลียมที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติกลายเป็นของแอฟริกาใต้ และบังคับให้นักลงทุนชาวต่างชาติต้องทำการขายหุ้นจำนวนร้อยละ 20 ให้แก่ชาวพื้นเมืองของแอฟริกาใต้ อันมีลักษณะเป็นการยึดกิจการของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของชาติ โดยไม่มีการให้ค่าตอบแทนที่เพียงพอ มีประสิทธิภาพและทันทีทันใด ตามที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระบุไว้ โดยในคดีดังกล่าว นักลงทุนและบริษัทต่างชาติฟ้องว่าการกระทำของแอฟริกาใต้เป็นการละเมิดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากนักลงทุนชาวต่างชาตินั้นได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าที่คนชาติได้รับ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการออกมาตรการนี้พบว่าแอฟริกาใต้ต้องการคุ้มครองคนชาติ โดยต้องการเพิ่มการมีส่วนร่วมของคนชาติในการแข่งขันทางภาคเศรษฐกิจ เพื่อเพิ่มโอกาสของคนในชาติและเพิ่มการมีส่วนร่วมของคนชาติในการเป็นเจ้าของ การจัดการ และการควบคุมกิจกรรมในระบบเศรษฐกิจของประเทศ

ในคดี *SD Myers Inc v Government of Canada*<sup>9</sup> ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers, Inc. (SDMI หรือโจทก์) กับประเทศแคนาดา ซึ่งโจทก์เป็นบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา ประกอบธุรกิจกำจัดสารพิษอันตรายได้ฟ้องร้องประเทศแคนาดาเกี่ยวกับการออกคำสั่งระงับการส่งออกสาร Polychlorinated Biphenyl (PCB) เพื่อไปทำลายในประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อกล่าวหาหนึ่งที่โจทก์อ้างคือ การกระทำของแคนาดาละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ส่วนประเทศแคนาดาอ้างเหตุผลในการเลือกปฏิบัติว่าเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม และเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแคนาดา (Canadian Environmental Protection Act หรือ CEPA) และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซล (Basel Convention) ที่แคนาดาเป็นภาคี

ในปัจจุบันประเทศทั้งหลายส่วนใหญ่เป็นภาคีของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (International Investment Agreement หรือ IIAs) ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หมายถึงความตกลงระดับทวิภาคีหรือระดับภูมิภาคที่มีบทบัญญัติเรื่องการให้ความคุ้มครอง

<sup>9</sup> S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, 13 November 2000, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>

การลงทุนของต่างชาติ หรือมีบทบัญญัติที่กำหนดสิทธิหรือหน้าที่ของนักลงทุนต่างชาติ ประเทศผู้รับการลงทุนและหรือประเทศผู้ลงทุน<sup>10</sup> ซึ่งเป็นกรอบทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่รับการลงทุนกับนักลงทุนจากรัฐภาคี เพื่อใช้ในการกำกับดูแลการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>11</sup> เช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty หรือ BITs) ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement หรือ NAFTA) สนธิสัญญาอนุสัญญาบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty) ความตกลงว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Comprehensive on Investment Agreement หรือ ACIA) เป็นต้น ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service) ก็เป็นอีกความตกลงที่มีการกล่าวถึงการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากในบริการหมวด 3 คือการที่ผู้ให้บริการของสมาชิกหนึ่งผ่านการจัดตั้งทางพาณิชย์ในอาณาเขตของสมาชิกอื่น การบริการรูปแบบดังกล่าวมีลักษณะเป็นการลงทุนแบบหนึ่ง<sup>12</sup> ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีสถานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างรัฐ การละเมิดความตกลงระหว่างประเทศมีผลเท่ากับเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda)<sup>13</sup>

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์สำคัญอยู่สองประการ ประการแรกคือเพื่อส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ และประการที่สองเพื่อคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติ<sup>14</sup> โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติที่เหมาะสมและสมควรเกี่ยวกับนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้ให้นักลงทุนต่างชาติเกิดความมั่นใจในกฎหมายและการปฏิบัติของประเทศผู้รับการลงทุน เป็นการสร้างหลักประกันให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน และป้องกัน

<sup>10</sup> UNCTAD, World Investment Report 2014, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf) , p.25

<sup>11</sup> ลาวัญย์ ถนัดศิลป์กุล, “แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ,” ใน ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน้าที่ 8-15, (นนทบุรี: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), หน้า 8-81.

<sup>12</sup> Andrew Newcombe and Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (The Netherlands; Kluwer Law International, 2009), p.1

<sup>13</sup> Paul E. Comeaux, Protecting foreign investment under international law: legal aspect of political risk, (NewYork: Oceana Publication, Inc, 1996), p.99

<sup>14</sup> Jeswald W. Salacuse, The law of investment treaties ,p. 109

ความเสี่ยงต่อการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะใช้อำนาจที่ตนมีไปในทางที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือส่งผลกระทบต่อการลงทุน<sup>15</sup> ในความตกลงดังกล่าวประกอบด้วยพันธกรณีในการปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติสองประเภทด้วยกัน คือพันธกรณีที่มีลักษณะเด็ดขาด (Absolute Treatment) กับพันธกรณีที่มีลักษณะสัมพันธ์ (Relatives Treatment) โดยพันธกรณีที่มีลักษณะเด็ดขาด หมายถึงพันธกรณีที่ให้การปฏิบัติตามบทนิยามและความหมายของมาตรฐานดังกล่าวขึ้นกับสถานการณ์แห่งข้อเท็จจริง<sup>16</sup> เช่น หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) หลักการได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ (full protection and security) แก่นักลงทุนต่างชาติ ส่วนพันธกรณีที่มีลักษณะสัมพันธ์ (Relatives Treatment) คือหลักปฏิบัติที่ต้องอ้างอิงกับการปฏิบัติที่ให้แก่การลงทุนอื่น หมายถึง หลักที่รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนของรัฐภาคีหนึ่งดังที่ตนให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนที่เป็นคนชาติและนักลงทุนของชาติอื่น<sup>17</sup> ได้แก่ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favour Nation หรือ MFN) และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment หรือ NT) ส่วนข้อบทที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน เช่น ข้อบทเรื่องการโอนเงินกลับประเทศ (Transfer of funds) และการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Investor-State dispute settlement) เป็นต้น<sup>18</sup>

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เป็นหลักการสำคัญภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) โดยเป็นหลักที่รัฐผู้รับการลงทุนให้เพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติว่าจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับการลงทุนไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติแก่คนชาติภายใต้สถานการณ์เดียวกัน หลักดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อเป็นการให้หลักประกันว่าคนชาติและคนต่างด้าวจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันภายใต้สถานการณ์เดียวกัน ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว นักลงทุนต่างชาติก็จะเกิดความกังวลว่ารัฐผู้รับ

<sup>15</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, “สิทธิของเอกชนผู้ลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศ”, ใน ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน้าที่ 8-15(นนทบุรี: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), หน้า 12-9

<sup>16</sup> OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment 2004/03, September 2004, [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf), p. 2

<sup>17</sup> Ibid, page 2

<sup>18</sup> Stephan W. Schill, The Multilateralization of international investment law, (UK: Cambridge University Press, 2009c), p. 66

การลงทุนอาจใช้อำนาจไปในทางเลือกปฏิบัติ เอื้อประโยชน์ต่อคนชาติ ซึ่งส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติ ต้องเสียประโยชน์

อย่างไรก็ตาม แม้หลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติจะเป็นหลักการที่สำคัญและมักบัญญัติไว้ใน ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศหลายฉบับ แต่ข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติที่ ปรากฏในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศต่างๆ มีลักษณะการบัญญัติแบบกว้างๆ ส่งผล ให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนของตัวบทในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง เช่น ปัญหาการ กำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติหรือการลงทุนของคนชาติภายใต้สถานการณ์เดียวกัน (Like circumstances) ซึ่งไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนว่าอย่างไรจะถือว่าเป็น สถานการณ์เดียวกันที่ควรได้รับการปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติ ทั้งนี้ หากตีความตัวเปรียบเทียบกว้าง เกินไปจะส่งผลกระทบต่อเป็นการจำกัดอำนาจรัฐผู้รับการลงทุนในการออกกฎเกณฑ์ มาตรการอื่นๆ ที่ จำเป็น แต่หากตีความแคบเกินไปก็จะส่งผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติ อาจไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร ปัญหาความไม่ชัดเจนอีกประการของข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติ เบียดเบียนคนชาติ คือ ปัญหาในการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนก่อให้เกิดการปฏิบัติที่ ด้อยกว่าหรือไม่ (Less Favourable Treatment) การปฏิบัติที่ด้อยกว่าที่ก่อให้เกิดการละเมิดหลัก ปฏิบัติเบียดเบียนคนชาตินั้นควรเกิดจากการเลือกปฏิบัติทางข้อกฎหมายหรือจากข้อเท็จจริง รวมถึง เรื่องระดับของการให้การปฏิบัติ ซึ่งไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ส่งผลให้เกิดปัญหาในการ ปรับใช้หลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติกับข้อเท็จจริง ส่งผลต่อการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ของรัฐ โดยทำให้รัฐเกิดความไม่มั่นใจที่จะออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ เนื่องจากไม่ทราบแน่ชัดว่าการ กระทำดังกล่าวของรัฐจะส่งผลให้เกิดการละเมิดหลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติหรือไม่ นอกจากนี้ยัง รวมถึง ปัญหาว่าเหตุผลที่ชอบธรรมเรื่องใดบ้างที่รัฐผู้รับการลงทุนสามารถให้การเลือกปฏิบัติได้ หลักเกณฑ์ในการถือว่าเป็นเหตุผลที่ชอบธรรมควรจะเป็นอย่างไร

ความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย การลงทุน ทำให้คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญในการให้ความหมายและความ ชัดเจนของหลักนี้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการต่างๆ เพื่อให้ทราบ ความหมายและแนวทางสำหรับปรับใช้ข้อบทหลักปฏิบัติเบียดเบียนคนชาติกับคดีในอนาคต แม้ว่าโดย หลักแล้วคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น แต่ในหลายๆคดีเห็น



ได้ชี้วัดว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีหลังๆ มีการนำคำตัดสินในคดีก่อนมาเป็นบรรทัดฐานและแนวทางในการวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งช่วยให้การปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติกับข้อเท็จจริงมีความชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในประเทศที่เกี่ยวกับหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติจากข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้น โดยทำการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในประเทศที่ว่าคำตัดสินหรือหลักการที่อนุญาโตตุลาการใช้มีส่วนช่วยในการกำหนดหลักเกณฑ์การตีความหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอย่างไร ทำให้การตีความหลักดังกล่าวมีความชัดเจนยิ่งขึ้นหรือไม่ อย่างไร และนัยของการตีความดังกล่าวต่อประเทศไทย

## 1.3 สมมติฐาน

เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้ให้ความหมายหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติไว้อย่างชัดเจนทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ การตีความและการปรับใช้ข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศช่วยทำให้การตีความและการปรับใช้หลักดังกล่าวมีความชัดเจนมากขึ้น

## 1.4 ขอบเขตการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์หลักกฎหมายจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ อันได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties หรือ BITs) ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Area Agreement หรือ NAFTA) และวิเคราะห์คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ได้ทราบถึงแนวทางการตีความหลักประติบัติเชิงคนชาติของคณะอนุญาโตตุลาการ และได้ทราบนัยสำคัญของแนวทางการตีความดังกล่าวต่อประเทศไทย
2. เพื่อให้ได้ทราบแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงที่ใช้ในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในส่วหลักประติบัติเชิงคนชาติ



## บทที่ 2

### หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เป็นหลักสำคัญในหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) โดยเป็นหลักที่กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ<sup>1</sup> และเป็นหลักประกันที่สำคัญในการคุ้มครองประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติในการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>2</sup> โดยหลักดังกล่าวปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหนึ่งในข้อบทที่มีลักษณะให้ความคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนว่าการลงทุนของต่างชาติจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ขจัดความกังวลของนักลงทุนที่เกรงว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปไตยออกกฎหมาย มาตรการหรือให้การปฏิบัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติ อันอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหาย

ในบทนี้จะศึกษาถึงลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศ การปฏิบัติของรัฐต่อนักลงทุนต่างชาติ ความเป็นมา วัตถุประสงค์ และความหมายของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ รวมถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนประเภทต่างๆ ตลอดจนหลักการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

#### 2.1 ลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศ

การลงทุน (Investment) หมายถึงการที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้าไปใช้ทรัพยากรอันมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อให้ได้รับกำไรหรือผลตอบแทน ซึ่งคำว่าการลงทุนถูกใช้ใน 2 แนวทางด้วยกัน

<sup>1</sup> Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, p. 148

<sup>2</sup> ชุมพร บัณฑิตานนท์, “สิทธิของเอกชนผู้ลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศ”, ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน* หน่วยที่ 8-15 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), หน้า 12-9

กล่าวคือ แนวแรก ใช้ในกระบวนการทำธุรกรรมของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเพื่อทำการลงทุน<sup>3</sup> เช่น การซื้อหุ้น เป็นต้น ส่วนแนวทางที่สอง ใช้กับสินทรัพย์อันเป็นผลมาจากการลงทุน ดังนั้น การลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment) หมายถึง การที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจากประเทศหนึ่งได้เคลื่อนย้ายทุนจากประเทศของตนมาลงทุนในอีกประเทศหนึ่ง โดยคาดว่าจะได้รับผลตอบแทนที่สูงกว่าในประเทศของตน<sup>4</sup> ซึ่งการลงทุนนี้อาจจะเป็นการลงทุนทางตรงต่างประเทศ (Foreign Direct Investment- FDI) หรือการลงทุนโดยอ้อม (Indirect Investment or portfolio Investment)

การลงทุนทางตรงต่างประเทศ (Foreign Direct Investment- FDI) หมายถึง การเคลื่อนย้ายการลงทุน สินทรัพย์ของการลงทุน เข้าหรือออกจากประเทศหนึ่งสู่อีกประเทศหนึ่ง<sup>5</sup> และนักลงทุนมีสิทธิเกี่ยวกับการบริหารจัดการที่ลงทุน<sup>6</sup> โดยมีสัดส่วนความเป็นเจ้าของมากกว่าร้อยละ 10<sup>7</sup> การลงทุนทางตรงต่างประเทศก่อให้เกิดผลดีหลายประการแก่ประเทศผู้รับการลงทุน เช่น ทำให้รายได้ของคนในประเทศสูงขึ้น เพิ่มการจ้างงาน ช่วยถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับประเทศผู้รับการลงทุน แต่ในทางกลับกันหากประเทศผู้รับทุนมีภาวะการพึ่งพาการลงทุนจากต่างประเทศสูงเกินไปก็อาจก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจของตนได้เช่นกัน ส่วนประเทศของผู้ลงทุน (Home State) การลงทุนระหว่างประเทศส่งผลให้ประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบและทรัพยากรธรรมชาติได้มากขึ้น และสามารถจ้างแรงงานราคาถูกได้<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for foreign Capital* (UK: Oxford University Press, 2013), p.3

<sup>4</sup> Ibid, p.14

<sup>5</sup> ณ์กษ์ กุสิสร, *ธุรกิจระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 215

<sup>6</sup> สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”, *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 1-7* (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2553), หน้า 1-37

<sup>7</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for foreign Capital*, p.14

<sup>8</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, “กฎหมายและมาตรการที่สนับสนุนการส่งออกทุน”, ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน่วยที่ 8-15* (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2553), หน้า 11-5.

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development-OECD)<sup>9</sup> และกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund -IMF) ได้ให้ความหมายของการลงทุนทางตรงต่างประเทศว่า หมายถึง รูปแบบหนึ่งของการลงทุนระหว่างประเทศที่นักลงทุนของประเทศหนึ่งเข้ามาทำการลงทุนในอีกประเทศหนึ่งโดยมีเป้าหมายในการได้รับสร้างผลตอบแทนจากการลงทุนนั้น และมีเจตนาถาวรของการลงทุนในระยะยาว โดยมีพันธกิจสำคัญต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี ความชำนาญ การบริหารและการขยายตลาด ไปยังประเทศปลายทาง<sup>10</sup> นอกจากนี้ การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (The United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD)<sup>11</sup> ให้ความหมายการลงทุนทางตรงต่างประเทศว่า หมายถึง การลงทุนระยะยาวที่นักลงทุนได้รับผลตอบแทนและมีการอำนาจควบคุมหรือบริหารในการลงทุนที่นักลงทุนได้ลงทุนในอีกประเทศหนึ่ง<sup>12</sup> โดยผู้ลงทุนสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล รวมทั้งรัฐบาล ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการลงทุนโดยตรงจากภาคเอกชนเป็นหลัก

ส่วนการลงทุนทางอ้อม ( Indirect or Portfolio Investment) หมายถึง การลงทุนโดยผู้ลงทุนผ่านทางการซื้อหุ้น หรือหลักทรัพย์ของบริษัทในต่างประเทศ ได้แก่ หุ้นสามัญ หุ้นบุริมสิทธิ เป็นต้น โดยมุ่งหวังผลตอบแทนจากหลักทรัพย์นั้นๆ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของเงินปันผล ดอกเบี้ย หรือกำไรส่วน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>9</sup> OECD, OECD Benchmark: Definition of Foreign Direct Investment (Fourth Edition, 2008), <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>, p.17

<sup>10</sup> “...a category of international investment made by a resident entity in one economy (direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise resident in an economy other than that of the investor (direct investment enterprise). “Lasting interest” implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the direct investor on the management of the direct investment enterprise....”

<sup>11</sup> UNCTAD, World Investment Report 2007: Transitional Corporations, Extractive Industries and Development, [http://unctad.org/en/Docs/wir2007\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/wir2007_en.pdf) , p.245

<sup>12</sup> “Foreign direct investment (FDI) is defined as a n investment involving a long-term relationship and reflecting a lasting interest and control by a resident entity in one economy (foreign direct investor or parent enterprise) in an enterprise resident in an economy other than that of the foreign direct investor (FDI enterprise or affiliate enterprise or foreign affiliate)....”

ทุน แต่ไม่ได้มุ่งหวังในการเข้าไปบริหารจัดการบริษัท<sup>13</sup> ทั้งนี้ ความแตกต่างระหว่างการลงทุนทางตรงต่างประเทศกับการลงทุนโดยอ้อมไม่ใช่เรื่องรูปแบบของการลงทุน แต่เป็นเรื่องการมีอำนาจในการควบคุมและบริหาร ซึ่งการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศมีขนาดใหญ่พอที่นักลงทุนต่างชาติจะสามารถควบคุมการลงทุนได้ ในขณะที่การลงทุนทางอ้อมไม่ได้มุ่งหวังในการเข้าไปบริหารจัดการบริษัท<sup>14</sup>

ถึงแม้ว่าการลงทุนระหว่างประเทศจะมีความเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ แต่ทั้งสองเรื่องก็มีความแตกต่างกัน เนื่องจากการค้าระหว่างประเทศเป็นเรื่องการแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการเพื่อเงิน และเมื่อการแลกเปลี่ยนเสร็จสิ้น ผู้ขายและผู้ซื้อก็ไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันอีก ในขณะที่การลงทุนระหว่างประเทศมีระยะเวลาการดำเนินการที่นานกว่าและเมื่อผลสำเร็จก็ยังคงความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนและการลงทุนที่เข้าไปลงทุน<sup>15</sup>

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับมีการให้กำหนดถึงความหมายของการลงทุน เช่น ความตกลงเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>16</sup> ที่มีการกำหนดความหมายของการลงทุนไว้ในเรื่องบทนิยาม ซึ่งส่วนใหญ่จำกัดเฉพาะการลงทุนทางตรง โดยให้ความหมายการลงทุนในลักษณะที่กว้างมาก ครอบคลุมสินทรัพย์ที่มีอยู่ในขณะนั้นและที่อาจสร้างขึ้นใหม่ในอนาคต<sup>17</sup> ดังนี้

การลงทุน หมายถึง สินทรัพย์ทุกชนิด รวมทั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งแต่ไม่จำกัดเพียง

(ก) สัมหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์และสิทธิในทรัพย์สินอื่นใด เช่น จ้างนอง สิทธิยึดหน่วง หรือจำนำ

<sup>13</sup> Jeswald W. Salacuse, The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for foreign Capital, p.15

<sup>14</sup> Ibid, p.15

<sup>15</sup> Ibid, p.23

<sup>16</sup> Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Article 1

<sup>17</sup> สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”, ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 1-7, หน้า 1-38

- (ข) หุ้่น พันธบัตร และหุ้่นกู้ในบริษัท ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้น ณ ที่ใดก็ตาม หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของบริษัทนั้น
- (ค) สิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เงินหรือให้ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีมูลค่าทางการเงิน
- (ง) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและอุตสาหกรรม รวมทั้งสิทธิที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบอุตสาหกรรม ความลับทางการค้า กระบวนการทางเทคนิค และค่าความรู้และค่านิยม
- (จ) สัมปทานทางธุรกิจ ซึ่งได้รับตามกฎหมายหรือตามสัญญา รวมทั้งสัมปทานในการค้นหา เพาะปลูก ขุด หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

คำจำกัดความข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างสินทรัพย์ที่อยู่ในความหมายของการลงทุน สิ่งอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้อาจรวมอยู่ในความหมายของการลงทุนได้เช่นกัน

## 2.2 การลงทุนระหว่างประเทศภายใต้การควบคุมของรัฐ

ตามความหมายของการลงทุนระหว่างประเทศที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อนหน้านี้แสดงให้เห็นว่าการลงทุนระหว่างประเทศทำให้นักลงทุนจากรัฐหนึ่งต้องมาอยู่ภายใต้กฎหมายของอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้อำนาจในการให้การประติบัติต่างๆ แก่นักลงทุน ในการลงทุนระหว่างประเทศ รัฐผู้รับการลงทุนอาจมีการให้การประติบัติแก่นักลงทุนต่างชาติเหมือนที่ให้การประติบัติแก่นักลงทุนที่เป็นคนชาติ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศมีการออกกฎหมายหรือข้อบังคับภายในเพื่อใช้บังคับแก่นักลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะ<sup>18</sup> เช่น การลงทุนจากต่างชาติที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นความมั่นคงทางการเมืองหรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และเหตุผลด้านผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่นักลงทุนคนชาติมีความสามารถในการแข่งขันที่ต่างกัน รัฐผู้รับการลงทุนก็มักจะมีการควบคุมการประติบัติที่ให้นักลงทุนต่างชาติ สอดคล้องตามนโยบายของรัฐผู้รับการลงทุนในการปกป้องคุ้มครองเศรษฐกิจภายในจากการคุกคามทางกิจกรรมของการลงทุนต่างชาติ<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Yuri Shima, *The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey*, *OECD Working Papers on International Investment 2015/01*, <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2015-01.pdf>, p.8

<sup>19</sup> Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law* (United States, Oxford University Press Inc, 2007), p. 177

ในการควบคุมนักลงทุนต่างชาติสามารถแบ่งการควบคุมออกเป็น 2 ช่วงด้วยกัน คือ การควบคุมช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน และการควบคุมช่วงหลังการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

### 2.2.1 การควบคุมช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

การควบคุมการลงทุนต่างชาติช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนนั้นครอบคลุมตั้งแต่การให้เข้ามา (Admission) การจัดตั้ง (Establishment) และการได้มา (Acquisition) ซึ่งการปฏิบัติที่นักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับ โดยการควบคุมที่รัฐผู้รับการลงทุนมักกำหนดเพื่อควบคุมหรือจำกัดการลงทุน เช่น

2.2.1.1 *การควบคุมการเข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุน* มาตรการที่ใช้ควบคุม เช่น การกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่ให้คนต่างชาติทำ การจำกัดจำนวนการลงทุนต่างชาติในประเภทธุรกิจที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจหรือตามนโยบายแห่งรัฐ การควบคุมว่าการลงทุนต้องสอดคล้องกับกฎหมายภายในเรื่องการจัดตั้งบริษัท การพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการลงทุนก่อนการลงทุนหรือเริ่มประกอบกิจการ การตรวจสอบสัดส่วนความเป็นเจ้าของของนักลงทุนต่างชาติ และการจำกัดรูปแบบการเข้ามาลงทุน เช่น ไม่อนุญาตให้เข้ามาลงทุนผ่านการควบกิจการ การจำกัดพื้นที่หรือบริเวณในการเช่าลงทุน เป็นต้น<sup>20</sup>

2.2.1.2 *การกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน* ซึ่งแบ่งได้ 2 ประเภท กล่าวคือ

เงื่อนไขทั่วไป เช่น การกำหนดว่าการลงทุนของต่างชาติต้องมีการปฏิบัติให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น เงื่อนไขด้านสิ่งแวดล้อม เงื่อนไขด้านความปลอดภัย และศุลกากร เป็นต้น

<sup>20</sup> UNCTAD, Admission and Establishment, UNCTAD Series on issues in international investment agreement. 2002, [http://unctad.org/en/Docs/iteiit10v2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit10v2_en.pdf), p. 8-9



เงื่อนไขเรื่องเงินลงทุน เช่น การกำหนดจำนวนเงินลงทุนขั้นต่ำ การมีหลักประกัน  
เพื่อการถอนเงินจากสถาบันทางการเงิน เป็นต้น<sup>21</sup>

## 2.2.2 การควบคุมช่วงหลังการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

การควบคุมของรัฐผู้รับการลงทุนช่วงหลังการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน เป็นการควบคุมที่รัฐผู้รับการลงทุนให้แก่การลงทุนต่างชาติในเรื่องการจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ซึ่งการลงทุน (Sale or other disposition of investments) เกี่ยวกับเรื่องนี้ การควบคุมหรือจำกัดการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติหลังการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน เช่น

2.2.2.1 *การจำกัดอำนาจในฐานะผู้ถือหุ้น* เช่น การควบคุมการถือหุ้น การจำกัดประเภทหุ้นที่นักลงทุนต่างชาติสามารถถือได้ซึ่งส่วนใหญ่เป็นหุ้นประเภทที่ไม่มีสิทธิออกเสียง การจำกัดเรื่องการโอนหุ้นของนักลงทุนต่างชาติว่าไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาต รวมถึงการจำกัดสิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นในเรื่องต่างๆ เช่น สิทธิในการได้รับเงินปันผล หรือการถูกปฏิเสธไม่ให้ได้รับข่าวสาร เป็นต้น

2.2.2.2 *การควบคุมเรื่องสัดส่วนความเป็นเจ้าของ* เช่น การจำกัดสัดส่วนความเป็นเจ้าของนักลงทุนต่างชาติห้ามมากกว่าร้อยละ 50 การกำหนดให้ความเป็นเจ้าของโอนไปยังคนชาติเมื่อครบกำหนดเวลา เป็นต้น

2.2.2.3 *การควบคุมการดำเนินธุรกิจโดยรัฐผู้รับการลงทุน* เช่น การที่รัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนกำหนดสิทธิในการแต่งตั้งกรรมการบริษัท การกำหนดสัญชาติของผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการ และการกำหนดให้ต้องปรึกษารัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนก่อนมีมติในเรื่องต่างๆ เป็นต้น<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Ibid

<sup>22</sup> UNCTAD, Admission and Establishment, UNCTAD Series on issues in international investment agreement. 2002, p. 10

#### 2.2.2.4 การควบคุมเรื่องอื่นๆ เช่น ภาษี การจ้างงานคนชาติ การถือครองที่ดิน เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย การให้การประติบัติและควบคุมการลงทุนของต่างชาติได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวว่าจะเข้ามาลงทุนในธุรกิจใดได้บ้าง โดยกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนารวมถึงประเทศไทยด้วย เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวช่วยส่งเสริมให้บริษัทและอุตสาหกรรมท้องถิ่นพัฒนาไปถึงระดับที่สามารถแข่งขันตามกลไกตลาดได้ กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงเป็นเครื่องมือปกป้องธุรกิจท้องถิ่นในรัฐของตนเองให้อยู่รอดได้

พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีลักษณะควบคุมและจำกัดการลงทุนทั้งก่อนการเข้ามาลงทุนหรือหลังการเข้ามาลงทุน สำหรับการให้การประติบัติก่อนการเข้ามาลงทุนนั้น มีการกำหนดเงื่อนไขว่าการที่คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจได้ต้องได้รับใบอนุญาตจากผู้มีอำนาจ เช่น อธิบดีหรือรัฐมนตรีเสียก่อน<sup>23</sup> ทั้งนี้ ในการพิจารณาต้องคำนึงถึงผลดี ผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ตลอดจนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีของประเทศ และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น

ในพระราชบัญญัตินี้ได้มีการแบ่งประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ โดยแบ่งเป็น 3 ประเภท ดังนี้

1. ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ ได้แก่ กิจการหนังสือพิมพ์ กิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน การทำป่าไม้ และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติการค้าที่ดิน เป็นต้น
2. ธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ส่วนใหญ่เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อ

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 7

ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เช่น การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุงอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรมของไทย การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน

3. ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี เช่น การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ การทำกิจการบริการทางกฎหมาย การทำกิจการโรงแรม เป็นต้น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังควบคุมและจำกัดการลงทุนหลังเข้ามาลงทุนด้วย เช่น การกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใดให้ใช้บังคับตามกฎหมายเฉพาะ<sup>24</sup> การกำหนดทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าสองล้านบาท<sup>25</sup> และหากเป็นการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ซึ่งกำหนดห้ามคนต่างชาติประกอบธุรกิจ เว้นแต่ ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีนั้น ก็มี การกำหนดเงื่อนไขว่าในการประกอบธุรกิจต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น<sup>26</sup> รวมถึงการให้อำนาจอธิบดีในการเพิกถอนการลงทุนด้วย

### 2.3 ความเป็นมา วัตถุประสงค์ และความหมายของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle) หากตีความตามความหมายทั่วไปจาก Black Law Dictionary คำว่า National หมายถึงสมาชิกของรัฐหรือบุคคลที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐ ส่วนคำว่า Treatment หมายถึง การกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลหนึ่งต่ออีก

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 13

<sup>25</sup> พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 14

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มาตรา 15

บุคคลหนึ่ง<sup>27</sup> ดังนั้น หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle) จึงหมายถึง หลักที่กำหนดให้รัฐต้องให้การปฏิบัติแก่บุคคล นิติบุคคล สินค้า บริการ หรือการลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งไม่น้อยไปกว่าที่ให้แก่บุคคล นิติบุคคล สินค้า บริการ หรือการลงทุนของคนชาติ<sup>28</sup> โดยไม่เลือกปฏิบัติบนฐานเรื่องสัญชาติ (Nationality) ทั้งนี้ ผู้รับประโยชน์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คือ นักลงทุน (investors) และการลงทุน (investments)<sup>29</sup> หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีหลักการที่สำคัญอยู่ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ

1. พันธกรณีที่มีลักษณะสัมพัทธ์ (Relatives Treatment) อันหมายถึง เป็นการปฏิบัติที่ต้องมีการอ้างอิงและเปรียบเทียบกับกรปฏิบัติที่รัฐให้แก่คนชาติ<sup>30</sup>
2. พันธกรณีในการให้การปฏิบัติอยู่บนฐานแห่งความตกลง (Treaty Based Obligation) ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน พันธกรณีในการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นไปตามความตกลง เนื่องจากอนุญาโตตุลาการและนักวิชาการมีความเห็นว่าการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติยังไม่ถือเป็นพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้ว่าการให้การปฏิบัติตามหลักดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของหลายๆรัฐ จนสามารถถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ แต่หลักดังกล่าวก็ยังไม่ถือเป็นพันธกรณีทางกฎหมาย เนื่องจากรัฐยังไม่มีความเชื่อว่ารัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>31</sup>

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นหลักที่มีความสำคัญทั้งในทางเศรษฐกิจและในทางกฎหมาย ในด้านเศรษฐกิจนั้น หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นการให้หลักประกันแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่น้อยไปกว่าที่ให้กับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ และเป็น

<sup>27</sup> Black's Law Dictionary, Fourth Pocket Edition, 2011

<sup>28</sup> Katia Yannaca-small, *Arbitration under international investment agreement, A guide to the key issue*, (UK : Oxford University press, 2010c), p.411

<sup>29</sup> UNCTAD, National Treatment Vol. 4, UNCTAD series on issues in international investment agreement. ( Geneva; Switzerland: United Nations Publication, 1999), p. 9

<sup>30</sup> OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, p. 2

<sup>31</sup> Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *The law and practice of investment treaties: Standard of treatment*, p. 149

หลักประกันว่ารัฐจะไม่ออกมาตราการที่ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติ ทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติมีโอกาสในการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน<sup>32</sup> ส่วนความสำคัญในทางกฎหมายในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นหลักประกันว่าจะได้รับความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย และได้รับการปกป้องจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน<sup>33</sup>

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีความเป็นมาที่ยาวนานในทางการค้าระหว่างประเทศตั้งแต่สมัยกฎหมายฮีบรู (Hebrew Law) โดยในศตวรรษที่ 12 ถึง 13 สนธิสัญญาสันนิบาตฮันซีเอติก (Hanseatic League Treaties) ถือเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่มีการกล่าวถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้ค้าต่างชาติกับผู้ค้าที่เป็นคนชาติ ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 17 ถึง 18 การค้ามีความซับซ้อนมากขึ้น จึงเริ่มกำหนดขอบทเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยมีการนำไปใช้ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการเดินเรือ (Friendship, Commerce, and Navigation Agreements) ซึ่งทำขึ้นระหว่างประเทศมหาอำนาจของยุโรป จนกระทั่งในปลายศตวรรษที่ 19 ถึง 20 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง และกลายเป็นหลักหนึ่งในสนธิสัญญาทางการค้า นอกจากนี้ หลักดังกล่าวยังปรากฏในสนธิสัญญาอื่นๆ ด้วย เช่น อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) เป็นต้น<sup>34</sup> ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นบทบังคับที่รัฐสมาชิกจะต้องให้การปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหมือนกับที่ให้แก่คนชาติ<sup>35</sup>

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเริ่มเข้ามามีบทบาทในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศอย่างชัดเจนในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ระบบเศรษฐกิจมีความเป็นระหว่างประเทศมากขึ้น เป็นยุคที่การค้าและการลงทุนเริ่มขยายตัวอย่างมาก ส่งผลให้รัฐมีการให้ความสำคัญกับสถานะทางกฎหมายของคนต่างชาติและการคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ความตกลงระหว่างประเทศในประเทศแถบยุโรปและสหรัฐอเมริกา มีการ

<sup>32</sup> Ibid, p.151

<sup>33</sup> Ibid, p.151

<sup>34</sup> Michael Trebilcock, “ The National Treatment Principle in International Trade law ”, *American Law & Economics Association Annual Meeting* ( 2004): 1-2

<sup>35</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment Agreement: Key issues*, Volume 1, 2004, p.163

กำหนดเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำในการให้การประติบัติแก่คนต่างชาติไว้ ในขณะเดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการประติบัติแก่คนต่างชาติก็มีการพัฒนาในความตกลงเชิงพาณิชย์หลายฉบับ โดยร่างความตกลงว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจากความเสียหายที่เกิดกับบุคคลต่างด้าวหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าว (Draft on International responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens) เป็นความตกลงฉบับแรกๆ ที่มีการกำหนดถึงหน้าที่ของรัฐในการชดเชยค่าเสียหายต่อคนต่างด้าวหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือละเว้นการกระทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ<sup>36</sup> โดยมีหลักการสำคัญว่าคนชาติเสียหายเท่ากับรัฐเสียหาย อย่างไรก็ตาม ร่างความตกลงฉบับดังกล่าว ในการที่รัฐของคนต่างด้าวจะใช้สิทธิฟ้องแทนคนชาติให้รัฐรับผิดชอบนั้นต้องผ่านกระบวนการทางศาลภายในแห่งรัฐนั้นเสียก่อน<sup>37</sup>

ในศตวรรษที่ 20 รัฐมหาอำนาจซึ่งส่วนใหญ่มีสถานะเป็นรัฐผู้ลงทุนได้ยืนยันเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติในการได้รับการประติบัติขั้นต่ำ (Minimum Standards) ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เกี่ยวกับเรื่องนี้ มาตรฐานในการได้รับการประติบัติขั้นต่า่นั้นมีความคล้ายคลึงกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรมและการประติบัติที่ได้รับการยอมรับจากรัฐที่เจริญ (civilized states) ในประเทศแถบยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีการกล่าวถึงเรื่องนี้ใน the American Society of International law ว่า<sup>38</sup>

ทุกประเทศมีพันธกรณีในการให้แก่คนชาติของอีกประเทศ ซึ่งสิทธิประโยชน์ภายใต้กฎหมายเดียวกัน การจัดการเดียวกัน การคุ้มครองเดียวกัน และการชดเชยจากความเสียหายอย่างเดียวกัน เช่นเดียวกับที่ให้แก่คนชาติ และให้ความคุ้มครองที่ไม่ด้อยกว่าที่ให้แก่คนชาติ<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Draft on International responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, Article 1, [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_106.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_106.pdf)

<sup>37</sup> Andrew Newcombe & LLuisParadell, *The law and practice of investment treaties: Standard of treatment*, p.6

<sup>38</sup> Ibid, p 12

<sup>39</sup> “Each country is bound to give to nationals of another country in its territory the benefit of the same laws, the same administration, the same protection, and the same redress for injury which it gives to its own

หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติได้ถูกพัฒนามาจากมาตรฐานในการได้รับการประติบัติขั้นต่ำ โดยเริ่มได้รับการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนในร่างอนุสัญญาว่าด้วยการประติบัติแก่ต่างชาติ ปี 1929 (The Draft Convention on the Treatment of Foreigners year 1929) ซึ่งกำหนดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติไว้อย่างกว้าง โดยข้อ 1 ของอนุสัญญาปี 1929 บัญญัติไว้ว่า “คนต่างชาติมีสิทธิที่จะกระทำธุรกรรมทางการค้าในทุกรูปแบบอยู่บนเงื่อนไขเดียวกับคนชาติ”<sup>40</sup> นอกจากนี้ ยังขยายการคุ้มครองออกไปไม่ว่าทางกฎหมาย (de jure) และทางข้อเท็จจริง (de facto) อีกด้วย<sup>41</sup>

สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ข้อพิพาทเรื่องการได้รับการประติบัติของนักลงทุนต่างชาติได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วเป็นผลมาจากการสิ้นสุดของยุคล่าอาณานิคมส่งผลให้เกิดรัฐใหม่จำนวนมาก รัฐใหม่เหล่านี้ได้มีการนำนโยบายเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม (Socialist economic policies) มาใช้ ซึ่งการดำเนินนโยบายดังกล่าวมีหลักสำคัญที่รัฐเข้าไปควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ในยุคดังกล่าว รัฐต่างๆ เริ่มมีความตระหนักถึงปัญหาการไม่มีองค์ระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานกลางสำหรับดูแลการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศโดยตรง<sup>42</sup> ทำให้เกิดแนวคิดในการจัดทำกรอบทางกฎหมายสำหรับการค้าและลงทุนระหว่างประเทศ โดยได้มีความพยายามในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือ International Trade Organization (ITO) ซึ่งในการเจรจาเพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศได้มีการกำหนดขอบเขตเรื่องการให้ความคุ้มครองการลงทุนซึ่งรวมถึงหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ท้ายที่สุดก็ไม่สามารถตกลงกันได้ ในการประชุมครั้งสุดท้ายที่เมืองฮาวานา ประเทศคิวบา ได้มีการประกาศกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter for the International Trade Organization) ซึ่งในกฎบัตรดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองทางการลงทุนอย่างสั้นๆว่า ห้ามการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผลหรือไม่ชอบธรรม (Prohibition on unreasonable or justifiable action) ซึ่งก็คือหลักการไม่เลือกประติบัติ และให้อำนาจองค์การ

---

citizen's, and neither more nor less: provided the protection which the country gives to its own citizens conforms to the established standard of civilization.”

<sup>40</sup> Article 1 foreign nationals would be entitled to conduct commercial Transactions of every kind on the same terms as nationals

<sup>41</sup> Article 7 Foreigners were to be placed on terms of complete equality, de jure and de facto

<sup>42</sup> ภัทรกิตติ์ เนตินิยม, “องค์การการค้าระหว่างประเทศ”, *ประมวลสาระชุดวิชาธุรกิจและการเงินระหว่างประเทศ* หน้าที่ 1-15 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2556), หน้า 15

การค้าระหว่างประเทศในการให้ข้อเสนอแนะในการทำความเข้าใจทวิภาคีหรือพหุภาคีทั้งหลาย อย่างไรก็ตาม กฎบัตรฮาวายังไม่มีผลบังคับใช้ส่งผลให้การจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศไม่เป็นผลสำเร็จ เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาไม่ผ่านให้สัตยาบัน<sup>43</sup>

ในช่วงค.ศ. 1940-1960 องค์กรต่างๆ ที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐได้มีการจัดทำกรอบทางกฎหมายสำหรับการลงทุนระหว่างประเทศจำนวน 4 ฉบับ ที่ได้รวมถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ด้วย ได้แก่

1. International code of Fair Treatment for Foreign Investment ค.ศ. 1949 จัดทำโดยหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce) โดยตราสารดังกล่าวมีการกำหนดเรื่องมาตรฐานในการให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของต่างชาติ เช่น การให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง การห้ามการกีดกันการโอนเงินกลับ การให้ค่าชดเชยที่เป็นธรรมสำหรับการเวนคืนกิจการตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งมีการกำหนดไว้ว่ารัฐสมาชิกต้องไม่เลือกปฏิบัติแก่นักลงทุนจากรัฐสมาชิกอื่นและต้องให้การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่คนชาติ<sup>44</sup>
2. Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for foreign investment and foreign investment court จัดทำโดย International Law Association เป็นร่างอนุสัญญาอันมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือในกรณีเกิดข้อพิพาทที่ไม่สมเหตุผลหรือเลือกปฏิบัติและข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตีความ โดยมีการจัดตั้ง Foreign Investment Court เพื่อพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุน

---

<sup>43</sup> Andrew Newcombe & LLuisParadell, The law and practice of investment treaties: Standard of treatment, pp.19-20

<sup>44</sup> International code of Fair Treatment for Foreign Investment, Article 3, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/73-volume-3.pdf>

“The High Contracting Parties shall take no discriminatory political, legal or administrative measures designed to hamper investments in their territories by the nationals of the other High Contracting Parties. They shall give to investments originating with the other High Contracting Parties treatment no less favourable than to investments made by their own nationals. In the case, however, of investments immediately concerned with national defence, special conditions may, if necessary, be imposed.”



3. Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention 1959) เป็นร่างอนุสัญญาฉบับหนึ่งที่มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองนักลงทุน โดยในอนุสัญญามีการกล่าวถึงการเพิ่มระดับการให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนของต่างชาติดังกล่าว การให้หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม การให้การคุ้มครองจากการเวนคืนกิจการไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และมีการบัญญัติถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐทางอนุญาโตตุลาการ<sup>45</sup> อย่างไรก็ตาม ร่างความตกลงดังกล่าวก็ไม่ได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เพียงแต่บัญญัติว่าทรัพย์สินของต่างชาติจะต้องไม่ถูกทำให้ด้อยค่าโดยไม่สมเหตุสมผลหรือมีการใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติเท่านั้น<sup>46</sup>
4. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (1961 Harvard Draft) เป็นร่างอนุสัญญาที่มีการกำหนดหน้าที่ของรัฐว่าต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าว รัฐต้องให้การชดเชยในการกระทำหรือละเว้นการกระทำดังกล่าว แต่ผ่านกระบวนการของศาลภายในแล้ว

ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ 1960 องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD) ได้จัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติปี ค.ศ. 1967 (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 1976) ซึ่งร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากร่างอนุสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ ปี 1959 (Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention 1959))<sup>47</sup> ทั้งนี้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติปี ค.ศ. 1967 นี้ถือเป็นร่างต้นแบบสำหรับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

<sup>45</sup> Stephan W. Schill, *The Multilateralization of international investment law*, pp.35-36

<sup>46</sup> Article 1 Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures.

<sup>47</sup> Stephan W. Schill, *The Multilateralization of international investment law*, p.36

อย่างไรก็ดี ร่างอนุสัญญาดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวไว้ในมาตรา 1(a) ว่าห้ามไม่ให้มีการใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติเท่านั้น<sup>48</sup>

“รัฐภาคี จะต้องรับรองการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่ทรัพย์สินของชาติอื่น จะต้องให้การปกป้องและความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินเหล่านั้นภายใต้อาณาเขตและจะต้องไม่มีการจัดการ การบำรุงรักษา การใช้ หรือการเพิกถอนโดยไม่มีเหตุสมควรหรือโดยมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติ”

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติปี ค.ศ. 1967 ดังกล่าวมีการกำหนดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้อย่างชัดเจน โดยมีการกล่าวถึงรูปแบบในการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับทรัพย์สินว่า อาจเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ

- (1) เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติซึ่งเป็นชาติเดียวกัน (Nationals of the same foreign state party)
- (2) เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติซึ่งเป็นคนละชาติ (Nationals of different foreign state parties)
- (3) เป็นการเลือกปฏิบัติคนต่างชาติที่เป็นภาคีและฝ่ายที่สาม (Nationals of foreign state party and a third state;)
- (4) เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติกับคนชาติ (Nationals of a foreign state party and domestic nationals)

ท้ายที่สุด ร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐสมาชิกของ OECD โดยมีสาเหตุสำคัญมาจากความขัดแย้งในเรื่องระดับการให้ความคุ้มครองการลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>49</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ร่างอนุสัญญาฉบับจะไม่ประสบความสำเร็จ แต่ร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าวก็มีอิทธิพลสำคัญต่อสนธิสัญญาทวิภาคี เนื่องจากมี

<sup>48</sup> Article 1(a) Each party shall all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures.

<sup>49</sup> Stephan W. Schill, *The Multilateralization of international investment law* , p.36

การนำร่างอนุสัญญาดังกล่าวไปใช้ในต้นแบบสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT Model) ของประเทศฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น<sup>50</sup>

ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (The OECD Multilateral Agreement on Investment 1998 หรือ MAI) เป็นความตกลงที่พยายามจัดทำขึ้นจากแรงผลักดันของสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญที่ต้องการให้มีการเปิดเสรีการลงทุนและการจัดระเบียบการลงทุนในระบบเศรษฐกิจโลกตามมาตรฐานการเปิดเสรีที่กว้างและลึก ทั้งด้านการเปิดรับการลงทุน การคุ้มครองการลงทุน ตลอดจนกลไกการระงับข้อพิพาทในเรื่องการลงทุนให้มีประสิทธิภาพสูงสุด<sup>51</sup> เพื่อเป็นการกำหนดกรอบในการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศแก่ทั้งสมาชิกของ OECD และรัฐที่ไม่ใช่สมาชิก<sup>52</sup> โดยในความตกลงดังกล่าวได้มีข้อบ่งชี้เรื่องการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติทั้งช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนและหลังการเข้ามาลงทุน อย่างไรก็ตามความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนก็ไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากรัฐสมาชิกแห่ง OECD ไม่สามารถตกลงในบางประเด็นที่สำคัญได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเรียกร้องของสหภาพยุโรปที่ต้องการยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งในกลุ่มเศรษฐกิจระดับภูมิภาค และประเด็นที่รัฐสามารถให้การเลือกปฏิบัติได้ เช่น เรื่องวัฒนธรรม แรงงาน หรือมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อม เป็นต้น<sup>53</sup> รวมถึงในการเจรจาความตกลงพหุภาคีดังกล่าว ไม่เปิดโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนามีส่วนร่วมในการเจรจาด้วย<sup>54</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นในเรื่องกลไกการระงับข้อพิพาทที่สหรัฐต้องการนำกลไกการระงับข้อพิพาทที่ใช้ในความตกลงการค้าเสรีภูมิภาคเขตอเมริกาเหนือ (NAFTA) มาใช้ในความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน ซึ่งเป็นสาเหตุประการสำคัญที่ทำให้การเจรจาล้มเหลว เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่เกรงว่าการเปิดเสรีการลงทุนจะทำให้กลุ่มทุนจากประเทศอุตสาหกรรมหลังไหลเข้าไปควบคุมการค้า และอาจทำลายธุรกิจภายในประเทศของประเทศกำลังพัฒนา ประกอบกับการที่ประเทศที่กำลังพัฒนาเกรงว่าตนเองจะสูญเสียอำนาจอธิปไตย

<sup>50</sup> Ibid, p.39

<sup>51</sup> ลาวัญย์ ถนัดศิลป์กุล, “แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ”, ใน ประมวลสารคดีวิชาการเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน้าที่ 8-15(นนทบุรี: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), หน้า 8-88

<sup>52</sup> Stephan W. Schill, The Multilateralization of international investment law , p.53

<sup>53</sup> Ibid, p.54

<sup>54</sup> Ibid, p. 55

เพราะว่าไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการเจรจาของความตกลงการค้าเสรีภูมิภาคเขตอเมริกาเหนือ (NAFTA)

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความล้มเหลวของความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนเกิดจากการที่ไม่มีการบัญญัติรองรับความต้องการของประเทศกำลังพัฒนาและเศรษฐกิจในช่วงที่ผ่านมา<sup>55</sup> แม้จะล้มเหลวครั้งแล้วครั้งเล่า สหรัฐอเมริกายังพยายามผลักดันต่อไป แต่ก็ไม่มีท่าทีในการจะประสบความสำเร็จ ท้ายที่สุดสหรัฐอเมริกาต้องใช้กลยุทธ์ใหม่ โดยหันมาผลักดันประเด็นการเปิดเสรีการลงทุนไว้ในความตกลงการค้าเสรีทวิภาคีแทน<sup>56</sup> ในขณะที่ยังคงความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาได้เผยแพร่ร่างกรอบนโยบายสำหรับการลงทุน ซึ่งมีเนื้อหาคล้ายกับความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนแทน ทั้งนี้หลักประติบัติยึดโยงคนชาติภายใต้ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุน ก็มีการบัญญัติไว้นักลงทุนและการลงทุนจากชาติภาคีสมาชิกจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างน้อยต้องไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนของคนชาติในประเทศผู้รับการลงทุนนั่นเอง ทั้งในเรื่องของการตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารงาน การจัดการและการขาย โดยตรงจะต้องไม่เลือกปฏิบัติสำหรับเงื่อนไขต่างๆ ทั้งก่อนและหลังการเข้ามาเปิดกิจการในประเทศผู้รับการลงทุน<sup>57</sup>

#### 2.4 หลักประติบัติยึดโยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในหัวข้อก่อนผู้เขียนได้กล่าวถึงความเป็นมาของหลักประติบัติยึดโยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งถึงแม้ว่าในความตกลงระหว่างประเทศจะไม่ได้มีการกำหนดหลักประติบัติยึดโยงคนชาติเอาไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กล่าวรวมๆ ในเรื่องหลักการไม่เลือกประติบัติและการให้การประติบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ แต่ร่างความตกลงและอนุสัญญาเหล่านั้นถือได้ว่าเป็นแนวทางที่สำคัญอันนำมาสู่การกำหนดหลักประติบัติยึดโยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในปัจจุบัน

<sup>55</sup>David Collins, A new role for the WTO in international investment law: Public Interest in the Post-Neoliberal period, [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=david\\_collins](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=david_collins) , p.5

<sup>56</sup>Stephan W. Schill, *The Multilateralization of international investment law* , p.56

<sup>57</sup> บัญชา ดอกไม้ และ เอกพล จงวิไลวรรณ, *การค้าและการลงทุน การจัดระเบียบการลงทุนในเศรษฐกิจโลก* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 27

#### 2.4.1 ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (Bilateral Investment Treaties –BITs)

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) คือ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลของสองประเทศหรือมากกว่าร่วมกันจัดทำขึ้น เพื่อกำหนดพันธะกรณีในการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้รับอนุญาตเข้ามาในประเทศตามกฎหมายท้องถิ่นของประเทศนั้นๆ<sup>58</sup> โดยความตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น รวมถึงคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติให้เกิดความเชื่อมั่นว่าจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้นข้อบทในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงประกอบด้วยข้อบทที่สำคัญในสองเรื่องด้วยกัน คือข้อบทที่มีลักษณะเป็นการให้การส่งเสริมการลงทุน เช่น การโอนเงินและผลกำไรโดยเสรี และการระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยไม่จำเป็นต้องใช้ศาลท้องถิ่น กับข้อบทที่เป็นการให้ความคุ้มครองการลงทุน เช่น การให้การประติบัติที่เท่าเทียมเป็นธรรมและการคุ้มครองอย่างเต็มที่ การได้รับความคุ้มครองจากการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน การให้การประติบัติเยี่ยงชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง และหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นต้น

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เป็นความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐ เริ่มมีบทบาทสำคัญขึ้นในปลายศตวรรษที่ 19 เนื่องจากสมัยนั้นรัฐอาณานิคมเริ่มได้รับอิสรภาพและอำนาจอธิปไตยคืนมา หลังจากที่ได้อยู่ภายใต้อาณานิคมของรัฐอื่นเป็นเวลาหลายปี ซึ่งผลจากการได้อิสรภาพดังกล่าวรัฐเหล่านี้จึงพยายามรักษาอำนาจอธิปไตยของตนอย่างเต็มที่<sup>59</sup> โดยอ้างอำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่ในการครอบครองและ ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติรวมถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ตลอดจนการเวนคืนกิจการเป็นของรัฐด้วย การจัดทำความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจึงมีขึ้นมาเพื่อแก้และป้องกันปัญหาจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้อำนาจรัฐอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

<sup>58</sup> ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นมากกว่าที่คิด, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กระทรวงการต่างประเทศ, <http://www.mfa.go.th/business/contents/files/cooperation-20120412-163243-085695.pdf>

<sup>59</sup> David Collins, A new role for the WTO in international investment law: Public Interest in the Post-Neoliberal period, [http://openaccess.city.ac.uk/654/2/Collins\\_New%20Role%20for%20the%20WTO.pdf](http://openaccess.city.ac.uk/654/2/Collins_New%20Role%20for%20the%20WTO.pdf); p.2

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมีความสำคัญอย่างมากต่อระบบเศรษฐกิจโลก เนื่องจากการดึงดูดให้ต่างชาติเข้ามาทำการลงทุนในประเทศต่างๆ มากขึ้น<sup>60</sup> ประกอบกับการลงทุนจากต่างประเทศเป็นพลังขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจที่สำคัญ เป็นช่องทางสำคัญในการทำให้เงินตราต่างประเทศไหลเข้ามา ช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจภายในประเทศ และมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากประเทศผู้ลงทุนด้วย<sup>61</sup> ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมีวัตถุประสงค์สำคัญอยู่สองประการด้วยกัน กล่าวคือ

ประการแรก เป็นการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่นักลงทุนของรัฐผู้ลงทุนที่มาทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งหลักที่มีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองทางการลงทุน เช่น การให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมเป็นธรรมและการคุ้มครองอย่างเต็มที่ การได้รับความคุ้มครองจากการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน การให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้ออนุเคราะห์ยิ่ง และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ทั้งนี้ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศมักเป็นการให้หลังการเข้ามาลงทุน

ประการสอง เพื่อส่งเสริมการลงทุนให้เป็นไปได้เป็นอย่างดี ในขณะที่วัตถุประสงค์อีกประการในทัศนะของประเทศพัฒนาแล้ว ก็เพื่อเป็นการตอบโต้แนวโน้มปฏิบัติระหว่างประเทศที่ประเทศกำลังพัฒนามักมีการเวนคืนการลงทุนของต่างชาติในช่วงปี 1950 ถึงปี 1970<sup>62</sup> ซึ่งข้อบทที่มีลักษณะเป็นการให้การส่งเสริมการลงทุน เช่น การโอนเงินและผลกำไรโดยเสรี และการระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยไม่จำเป็นต้องใช้ศาลท้องถิ่น

การทำความเข้าใจความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนถือว่ามีความจำเป็นและมีความสำคัญมากในยุคปัจจุบันที่การค้าและการลงทุนกำลังเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว แต่รัฐยังคงมีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดดูแลการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ในการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน รัฐที่รับการลงทุนจึงต้องพิจารณาข้อกำหนด ข้อจำกัด หรือข้อ

<sup>60</sup>Kristen Bondietti, Inconsistencies in treatment of foreign in trade agreement, Australia's open investment future, [http://www.ipa.org.au/library/publication/1229471497\\_document\\_bondietti\\_paper.pdf](http://www.ipa.org.au/library/publication/1229471497_document_bondietti_paper.pdf), p.1

<sup>61</sup> Surya P. Subedi, *International Investment law, Reconciling Policy and principle*, (North America: Hart publishing, 2012c), p. 83

<sup>62</sup> Paul E. Comeaux, *Protecting foreign investment under international law: legal aspect of political risk*, p.101

สงวนอย่างรอบคอบ ควบคู่ไปกับการมีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการท้องถิ่นหรือนักลงทุนในประเทศมิให้ถูกจำกัดโดยการผูกขาด หรือจำกัดการค้ารูปแบบต่างๆ อย่างไม่เป็นธรรม โดยหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นมีจุดประสงค์สำคัญเพื่อเป็นการสร้างหลักประกันว่านักลงทุนจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่คนชาติได้รับ<sup>63</sup>

ประเทศในแถบยุโรป ส่วนใหญ่ประสบความสำเร็จในการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนตั้งแต่ปลายทศวรรษ 1950 โดยความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฉบับแรกเป็นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างเยอรมนีและปากีสถานใน ปี 1959 ทั้งนี้ เนื้อหาในสนธิสัญญาฉบับแรกนี้มีความใกล้เคียงกับร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ ปี 1967 (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property year 1976)<sup>64</sup> และในต้นทศวรรษ 1980 ที่ประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่มีต้นแบบหรือกรอบซึ่งเป็นแนวทางในการเจรจาเพื่อจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีกับประเทศกำลังพัฒนา แม้ว่า การเจรจากับประเทศที่พัฒนาแล้วจะเริ่มจากการเจรจากับแบบแผนดังกล่าว แต่บทบัญญัติในต้นแบบดังกล่าวก็ล้วนมีพื้นฐานบนหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นในกรณีที่รัฐมีการเวนคืน รัฐผู้ทำการเวนคืนต้องจ่ายค่าทดแทนเพื่อการนั้น<sup>65</sup> ทั้งนี้ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฉบับแรกของประเทศไทย คือ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับเยอรมนี ในปี พ.ศ. 2504

หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักหนึ่งที่ได้รับการยอมรับและปรากฏในความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหลายฉบับ ซึ่งข้อบทมักกำหนดให้การให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติช่วงหลังเข้ามาจัดตั้งกิจการ<sup>66</sup> ตัวอย่างเช่น ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศแคนาดา (Agreement between The Government of Canada and The

<sup>63</sup> Ibid, p.102

<sup>64</sup> Stephan W. Schill, *The Multilateralization of international investment law* , p.40

<sup>65</sup> Paul E. Comeaux, *Protecting foreign investment under international law: legal aspect of political risk*, p.102

<sup>66</sup> UNCTAD. *National Treatment*, Vol. 4, UNCTAD series on issues in international investment agreement, p.19

Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments 1997) ที่มีการกำหนดข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ว่าข้อ 4 แห่งความตกลง ซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้

“Each Contracting Party shall, subject to paragraphs (2) and (3) below, grant to investments or returns of investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than that which, in like circumstances, it grants to investments or returns of its own investors with respect to the expansion, management, conduct, operation and sale or disposition of investments.”

ข้อบทข้างต้นกำหนดให้รัฐต้องให้การปฏิบัติอันเกี่ยวกับการขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) แก่การลงทุนหรือนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งไม่ต้อยกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติภายใต้สถานการณ์เดียวกัน

#### 2.4.2 ความตกลงเขตการค้าเสรี (Free trade Agreements หรือ FTAs)

เขตการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA) หมายถึง การรวมกลุ่มเศรษฐกิจโดยมีเป้าหมายเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างกันภายในกลุ่มลงให้เหลือน้อยที่สุด หรือเป็นร้อยละ 0 และใช้อัตราภาษีปกติที่สูงกว่ากับประเทศนอกกลุ่ม การทำเขตการค้าเสรีในอดีตมุ่งในด้านการเปิดเสรีด้านสินค้า (goods) โดยการลดภาษีและอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีเป็นหลัก แต่เขตการค้าเสรีในระยะหลังๆ นั้น รวมไปถึงการเปิดเสรีด้านบริการ (services) และการลงทุนด้วย

โดยปกติ ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้เกิดการเปิดเสรีการลงทุน (liberalization) โดยความตกลงในระดับภูมิภาคมีวัตถุประสงค์ส่วนใหญ่ในการรวมกลุ่มกันเพื่อเปิดเสรีทางการค้าในกลุ่มภูมิกษณานั้นๆ ซึ่งในความตกลงดังกล่าวก็จะมีบทบัญญัติต่างๆ ที่ส่งเสริมให้การเปิดเสรีเป็นไปอย่างราบรื่น ปราศจากอุปสรรค ทั้งนี้ บทบัญญัติในเรื่องหลักประตบติเยี่ยงคนชาติก็เป็นบทบัญญัติหนึ่งที่ปรากฏในความตกลงระดับภูมิภาคฉบับต่างๆ เป็นจำนวนมาก โดยหลักประตบติเยี่ยงคนชาติในความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้



เคลื่อนย้ายสินค้าหรือการลงทุนเป็นไปอย่างเสรี สินค้าจากรัฐภาคีหนึ่งจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติเมื่อเทียบกับสินค้าภายในจากรัฐรับการเปิดเสรี

ความตกลงเขตการค้าเสรีบางฉบับไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดการค้าเสรีเท่านั้น แต่มีเรื่องการลงทุนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เนื่องมาจากการการลงทุนระดับภูมิภาคเพิ่มบทบาทความสำคัญมากขึ้น จึงทำให้เริ่มมีการนำเรื่องการลงทุนเข้ามากำหนดไว้ความตกลงเขตการค้าเสรี เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปอเมริกาเหนือ หรือ NAFTA (ค.ศ 1994) เป็นความตกลงที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะร่วมมือกันแสวงหาตลาดส่งออกและลดต้นทุนการผลิตสินค้า เพื่อให้มีราคาถูกลงสามารถแข่งขันกับตลาดโลกได้ เพื่อส่งเสริมการจ้างงาน การเคลื่อนย้ายแรงงาน ที่จะผลิตสินค้าให้ได้ราคาถูกลงและมีคุณภาพ และเพื่อส่งเสริมธุรกิจขนาดเล็กลให้ขยายตัวและมีประสิทธิภาพสูง ความตกลงเขตการค้าเสรีในทวีปอเมริกาเหนือ นอกจากจะมีบทบัญญัติด้านการค้าแล้ว ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนด้วย ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในบทที่ 11 โดยในความตกลงดังกล่าวมีการบัญญัติหลักการที่เป็นการส่งเสริมให้เกิดการลงทุน อย่างไรก็ตามความกังวลในการที่รัฐจะใช้อำนาจในทางมิชอบ ก็เป็นความกังวลที่สำคัญที่อาจส่งผลต่อการตัดสินใจเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้ ดังนั้นในความตกลงดังกล่าวก็มีการบัญญัติหลักการคุ้มครองนักลงทุนด้วย เพื่อให้ให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจและเข้ามาทำการลงทุนในประเทศของตน

หลักการไม่เลือกปฏิบัติจึงถือเป็นหลักการสำคัญที่จะช่วยเสริมสร้างความมั่นใจของนักลงทุนในการเข้ามาทำการลงทุนให้มากขึ้น ซึ่งหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก็ถือเป็นหนึ่งในหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่รัฐจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งในความตกลงเขตการค้าเสรีในทวีปอเมริกาเหนือก็มีการบัญญัติถึงหลักดังกล่าวด้วย โดยเป็นความตกลงทางการลงทุนที่มีการกำหนดเงื่อนไขในการได้รับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ว่านักลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจะได้รับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก็ต่อเมื่อการลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาตินั้นอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่เหมือนกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ โดยจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่ต่ำกว่าที่คนชาติได้รับภายใต้สถานการณ์นั้น ความตกลงเขตการค้าเสรีในทวีปอเมริกาเหนือได้มีการบัญญัติถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA ที่บัญญัติไว้ว่า

### 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.

พันธกรณีเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ 1102 ข้างต้นได้ระบุถึงประเทศภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนจากประเทศภาคีสมาชิกอื่นไม่น้อยไปกว่านักลงทุนหรือการลงทุนในประเทศ ตั้งแต่เริ่มต้นจัดตั้งการลงทุนจนถึงการจำหน่ายการลงทุนนั้น

มีข้อสังเกตว่าข้อบทเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศกับความตกลงเขตการค้าเสรีมีความแตกต่างกัน เนื่องจากในความตกลงเขตการค้าเสรีส่วนใหญ่มักเป็นการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตั้งแต่ก่อนการเข้ามาลงทุน เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของความตกลงที่ต้องการส่งเสริมให้การลงทุนเป็นไปอย่างเสรี ในขณะที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศจะเป็นการให้การปฏิบัติหลังการเข้ามาลงทุนเป็นส่วนใหญ่

#### 2.4.3 ความตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

นอกเหนือจากความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ และความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีการกำหนดข้อบทเกี่ยวกับการลงทุน ยังมีความตกลงอื่นๆ ที่มีข้อบทเรื่อง

การลงทุน เช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service หรือ GATS) ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA) เป็นต้น

ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service หรือ GATS) คือ กฎเกณฑ์ที่ใช้กำกับดูแลการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิก WTO โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศมีการขยายตัวภายใต้เงื่อนไขของความโปร่งใสและการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ โดยขอบเขตของ GATS จะกำหนดหลักการให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกถือปฏิบัติและกำหนดให้มีการเจรจาขึ้นข้อเสนอการเปิดตลาดระหว่างกัน ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการเป็นความตกลงในกรรมสารสุดท้าย ซึ่งเป็นผลของการประชุมรอบอุรุกวัย ถือว่าเป็นข้อตกลงแม่บทเกี่ยวกับกฎเกณฑ์หรือกติกาของการค้าบริการ<sup>67</sup>

การบริการหมายถึงสินค้าบริการทุกชนิด ยกเว้น บริการที่ให้บริการโดยหน่วยงานของรัฐ และการค้าบริการ หมายถึง กระบวนการส่งผ่านบริการจากผู้ให้บริการถึงผู้รับบริการ<sup>68</sup> ทั้งนี้ รูปแบบการให้บริการภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการมีอยู่ด้วยกัน 4 ช่องทาง (Modes of supply) คือ

1. การให้บริการจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง (Cross-border services) ซึ่งเป็นลักษณะการให้บริการทางคมนาคมระหว่างประเทศ การขนส่งสินค้าหรือคนโดยสารระหว่างประเทศ โดยทางเครื่องบิน เรือ รถยนต์ รถไฟ<sup>69</sup>
2. การให้บริการในประเทศหนึ่งแก่ผู้ใช้บริการของอีกประเทศหนึ่ง (Consumption abroad) โดยที่ผู้รับบริการ (Service consumer) จะมาจากประเทศหนึ่ง ส่วนผู้ให้บริการ (Service supplier) จะเป็นคนชาติหรือนิติบุคคลของอีกประเทศหนึ่ง เช่น การให้บริการแก่นักท่องเที่ยวต่างชาติ เป็นต้น

<sup>67</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์, “สิทธิของเอกชนผู้ลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศ”, ในประมวลวารสารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 12 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), หน้า 12-34

<sup>68</sup> พรเทพ บุญญาอภิกุล, “GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ” (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 39

<sup>69</sup> สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”, ประมวลสารชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 1-7, หน้า 1-29

3. การให้บริการจากต่างประเทศผ่านสาขาในประเทศที่รับบริการ (Commercial entities) ซึ่งมีลักษณะที่ผู้ให้บริการในต่างประเทศจัดตั้งสถานประกอบการที่เป็นสาขาในประเทศที่รับบริการนั้น
4. การให้บริการจากต่างประเทศผ่านบุคคลในประเทศ (Presence of natural persons) ซึ่งมีลักษณะการให้บริการโดยบุคคลธรรมดาของประเทศหนึ่งในดินแดนของอีกประเทศหนึ่ง เช่น การเป็นตัวแทนหรือนายหน้าในการให้บริการ

ทั้งนี้ รูปแบบการให้บริการตามหมวด 3 การให้บริการจากต่างประเทศผ่านสาขาในประเทศที่รับบริการมีลักษณะเป็นการลงทุนระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง จึงกล่าวได้ว่า GATS เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุนด้วย

ในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATs นี้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 17<sup>70</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

ในสาขาที่ระบุไว้ในตารางของตน และภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดใดๆ ที่กำหนดไว้ในนั้น สมาชิกแต่ละรายจะให้การปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการของสมาชิกอื่นใด ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการที่บังพวngที่มีผลต่อการให้บริการที่เป็นการอนุเคราะห์ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่สมาชิกรายนั้นได้แก่การบริการและผู้ให้บริการเดียวกัน (like services and service suppliers)

หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการถือเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งในเรื่องการค้าเสรีการค้าบริการที่ช่วยให้การเปิดเสรีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้รัฐสมาชิกจึงจะต้องเจรจาเกี่ยวกับการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ โดยรัฐต้องแสดงเจตนาชัดเจนในตารางว่าจะมีการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ มีเงื่อนไขในการให้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งก็เป็น

<sup>70</sup>Article XVII National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.

เทคนิคในการเจรจาอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ โดยหลักการแล้วหากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขอย่างใด รัฐสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยจะออกมาในรูปของการปฏิบัติเสมอด้วยคนชาติหรือรูปแบบอื่นใดจากที่ได้ให้คนชาติก็ได้ แต่จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการแข่งขันในสาขาบริการ หรือให้การปฏิบัติแก่ผู้ให้บริการด้อยกว่าที่ให้กับคนชาติที่ประกอบกิจการในสาขาบริการที่เหมือนกันหรือเป็นผู้ให้บริการในสาขาบริการเดียวกัน

ทั้งนี้ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) กับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางภาษีและการค้า มีความแตกต่างกัน เนื่องจาก พันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางภาษีและการค้าใช้บังคับกับการค้าสินค้าโดยทั่วไป ในทางตรงกันข้ามสำหรับการค้าบริการ พันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไม่ได้ถูกนำไปปรับใช้กับทุกมาตรการที่มีผลกระทบต่อการค้าบริการ โดยหลักดังกล่าวจะผูกพันรัฐสมาชิกเฉพาะเมื่อรัฐสมาชิกมีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะมีการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในบริการที่กำหนดไว้ โดยบริการใดที่จะมีการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะต้องระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of specific commitments) อย่างไรก็ตาม หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ให้ก็อยู่บนเงื่อนไขและอยู่บนข้อจำกัดตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน เช่น สัญชาติหรือภูมิลำเนาของผู้บริหาร จำนวนเงินที่ลงทุน ข้อจำกัดในการซื้อและถือครองที่ดิน การให้สิทธิพิเศษทางภาษีแก่ผู้ผลิตภายใน เป็นต้น<sup>71</sup> ในกรณีที่รัฐสมาชิกมีการกำหนดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ รัฐสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่บริการภายในประเทศ ข้อ 17 แห่งความตกลงว่าด้วยการค้าบริการวางหลักไว้ว่าในการบังคับใช้จะต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 ชั้นด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรกพิจารณามาตรการดังกล่าวจะกระทบการค้าบริการหรือไม่ ประการที่สอง พิจารณาว่าบริการของต่างชาติกับของคนชาติเป็นประเภทเดียวกันหรือไม่ (Like service) และประการสุดท้าย พิจารณาว่าบริการของต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่<sup>72</sup>

ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009 หรือ ACIA) เป็นความตกลงอีกฉบับที่มีการกำหนดขอบทเรื่องการลงทุนเอาไว้ โดยความตกลง

<sup>71</sup> รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และสมบูรณ ศิริประชัย, กฎหมาย WTO เล่มที่หนึ่ง : กฎกติกาทั่วไป (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดา, 2552), หน้า 87

<sup>72</sup> The Law and Policy of the World Trade Organization , p.440

ด้านการลงทุนอาเซียน คือ ความตกลงที่เป็นการผนวกรวมระหว่างความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Agreement-AIA) กับความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (ASEAN Investment Guarantee Agreement- IGA) โดยเป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการเปิดเสรีการลงทุน การคุ้มครอง การส่งเสริมการลงทุน และการอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน รวมอยู่ในความตกลงฉบับเดียว<sup>73</sup> ในการเปิดเสรีจะเป็นไปตามความสมัครใจของประเทศอาเซียนซึ่งสามารถเลือกเปิดเสรีในสาขาหรือเวลาที่มีความพร้อมได้ โดยจะต้องทยอยลดหรือยกเลิกข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุน และจะต้องไม่มีการออกกฎระเบียบใหม่ที่เข้มงวดขึ้นหรือเพิ่มสาขาที่สงวนมากขึ้น<sup>74</sup> ซึ่งทุกประเทศในอาเซียนมีการเปิดเสรีการลงทุนใน สาขาเกษตร ประมง ป่าไม้ เหมืองแร่ อุตสาหกรรมการผลิต และบริการที่เกี่ยวข้องกับ 5 สาขาข้างต้น สำหรับประเทศไทยมีการกำหนดสาขาบริการที่ไทยได้สงวนรายการสาขาการลงทุนไว้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

สำหรับการคุ้มครองและการลงทุนมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันให้นักลงทุนมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างยุติธรรมและเพียงพอ โดยมีการกำหนดข้อบทเรื่องการให้การประติบัติ เช่น มีการชดเชยค่าเสียหายกรณีมีการยึดทรัพย์ การเวนคืนหรือเกิดเหตุการณ์ไม่สงบ นักลงทุนต้องสามารถเคลื่อนย้ายเงินลงทุนได้อย่างเสรี หรือหากรัฐทำผิดพันธกรณีและก่อให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุน นักลงทุนสามารถฟ้องรัฐภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ รวมถึงการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติด้วย

ข้อบทการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเป็นการให้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติทั้งก่อนและหลังการเข้ามาลงทุน โดยกำหนดไว้ในข้อ 5 แห่งความตกลง<sup>75</sup> โดย

<sup>73</sup> Association of Southeast Asian Nations, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement: A Guidebook for Businesses and Investors*, 2013, <http://www.asean.org/images/resources/2014/Feb/2013%207.%20Jul%20-%20ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%20ACIA%201st%20Reprint.pdf>, pp.2-3

<sup>74</sup> Ibid, p. 3

<sup>75</sup> ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT, Article 5 National Treatment

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

กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องให้การปฏิบัติอันเกี่ยวกับการจัดตั้ง (Establishment) การได้มา (Acquisition) การขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) แก่นักลงทุนและการลงทุนของอีกรัฐสมาชิกหนึ่งไม่ด้อยกว่าที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติภายใต้สถานการณ์เดียวกัน

## 2.5 หลักการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากมีบทบัญญัติคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติแล้วยังมีบทบัญญัติที่เป็นการส่งเสริมการลงทุนด้วย ซึ่งรวมถึงการระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องใช้ศาลท้องถิ่น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศมักจะระบุไว้ในความตกลงว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับความตกลงดังกล่าวให้ระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นการระงับข้อพิพาทโดยใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ เช่น The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), International Chamber of Commerce เป็นต้น หรือเป็นการระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)<sup>76</sup>

ในทางปฏิบัติ การตีความความตกลงต่างๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้รวบรวมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาดังที่ปรากฏอยู่ในข้อ 31 ถึง 33 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับ

---

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

<sup>76</sup> Michael Mcilwrath and John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide* (Kluwer Law International, 2010), p. 369

การยอมรับในที่ประชุมยกร่างอนุสัญญาดังกล่าวโดยไม่มีการออกเสียงคัดค้านแต่อย่างใดโดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ประมวลหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวที่มีอยู่แล้วโดยนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และได้รับการยืนยันว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีพิพาทหลายคดี เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับอาณาเขต (Territorial Dispute) ระหว่าง Libyan Arab Jamahiririya กับ Chad ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 31 และข้อ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในคดี Oil Platform ระหว่างอิหร่านกับสหรัฐอเมริกา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันเช่นเดียวกันว่ากฎหมายสนธิสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 31 และข้อ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>77</sup> นอกจากนี้ กฎเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามข้อ 31 และข้อ 32 ดังกล่าวก็จะนำไปใช้ในการตีความสนธิสัญญาทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาที่ทำขึ้นก่อนที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะมีผลบังคับหรือสนธิสัญญาที่รัฐภาคีมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม<sup>78</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็มีการอ้างถึงหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในการตีความความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นเรื่องที่ยากเนื่องจากเหตุสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ถ้อยคำในความตกลงมีลักษณะการบัญญัติแบบทั่วไปและมีความไม่ชัดเจน เช่น คำว่าการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งคนทั่วไปอาจตีความได้แตกต่างกัน ประการที่สอง ข้อเท็จจริงและความซับซ้อนของการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>79</sup>

### 2.5.1 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 31

หลักการในการตีความสนธิสัญญาถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 31 และ 32 โดยในข้อ 31 กล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความ ข้อ 32 กล่าวถึงการ

<sup>77</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 145-146

<sup>78</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 146

<sup>79</sup> Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p.139



นำวิธีเสริม (supplementary mean) มาใช้ประกอบการตีความ ในกรณีที่บทบัญญัติในสนธิสัญญามีความไม่ชัดเจนหรือกำกวม ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี คณะอนุญาโตตุลาการจะเริ่มกระบวนการในการตีความโดยอ้างถึงข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา<sup>80</sup> ซึ่งกำหนดหลักทั่วไปในการตีความไว้ว่า

1. การตีความสนธิสัญญาต้องตีความโดยสุจริต (Good Faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำ (Terms) ที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้นในบริบท (Context) ของถ้อยคำเหล่านั้น ในกรณีที่ถ้อยคำใดมีความหมายพิเศษ รัฐภาคีควรจะกำหนดความหมายพิเศษแห่งถ้อยคำนั้นไว้ในสนธิสัญญาด้วย หลักการในการตีความนี้เป็นผลมาจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) และหลักที่ว่าเจตนาของคู่ความสะท้อนจากถ้อยคำที่ปรากฏ<sup>81</sup> ทั้งนี้ แหล่งที่มาของถ้อยคำที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมาจาก 3 แหล่งที่มา กล่าวคือ

<sup>80</sup> Article 31 Vienna Convention on the law of treaties

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:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

<sup>81</sup> United Nations, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966,

1.1 ข้อมูลจากรัฐบาล (Government Sources) รัฐบาลมักมีการเปิดเผยถ้อยคำในความตกลงที่มีการตกลงกันไว้ในเอกสารทางการ รวมถึงการเผยแพร่ในเว็บไซต์ของทางการที่มีการเปิดเผยทั้งความตกลงทั้งฉบับและภาคผนวกแห่งความตกลงนั้นๆ<sup>82</sup>

1.2 ข้อมูลจากองค์กรระหว่างประเทศ (International Organization Sources) องค์กรระหว่างประเทศหลายองค์กรก็เป็นที่ยอมรับถ้อยคำที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น องค์กรสหประชาชาติ (United Nations) การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) องค์กรระดับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐ (ICSID) โดยองค์กรระหว่างประเทศเหล่านี้มีการรวบรวมข้อบทกฎหมายจำนวนมาก ทั้งความตกลงทวิภาคีระดับภูมิภาค และระดับพหุภาคีที่หลากหลาย<sup>83</sup>

1.3 ข้อมูลจากหน่วยงานที่ไม่ได้เป็นหน่วยงานของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นฐานข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่รวบรวมความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คำตัดสินของคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ และข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น The Electronic information system for International Law (EISIL) The International Treaty Arbitration (ITA) หรือ Investmentclaim.com เป็นต้น<sup>84</sup>

ซึ่งในการพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการเริ่มพิจารณาความหมายของถ้อยคำในสนธิสัญญานั้นๆ โดยมักอ้างถึงความหมายตามพจนานุกรม<sup>85</sup>

2. การตีความสนธิสัญญาต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา (Object and Purpose) โดยพิจารณาจากบริบทของถ้อยคำ อารัมภบท (Preamble) ภาคผนวกต่างๆ (Annexes) หรือความตกลงอื่นที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญานั้นหรือเอกสารใดๆที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายยอมรับว่ามีความเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาดังกล่าว เช่นจดหมายโต้ตอบทางการทูตระหว่างสองรัฐสมาชิก อาจถูกนำมาพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งที่มีส่วนช่วยในการตีความ

<sup>82</sup> Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, pp. 140-141

<sup>83</sup> Ibid, pp.142-143

<sup>84</sup> Ibid, p.144

<sup>85</sup> Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p.146

ทั้งนี้ การตีความโดยพิจารณาจากอารัมภบทเป็นหลักนำไปสู่การตีความที่ให้ประโยชน์แก่นักลงทุน อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการบางท่านเห็นว่าการตีความดังกล่าวเป็นการตีความเกินขอบเขตของวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา<sup>86</sup>

3. การตีความสนธิสัญญา นอกจากการนำอารัมภบท ภาคผนวกต่างๆ ตลอดจนข้อความตกลงและตราสารอื่นๆอันเกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีมาพิจารณาประกอบบริบทแห่งสนธิสัญญาแล้ว ในข้อ 31(3) ยังกำหนดว่าการตีความสนธิสัญญานั้นยังต้องคำนึงถึง

(a) ความตกลงต่างๆระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา หรือการบังคับใช้ความตกลงนั้นๆ

(b) แนวปฏิบัติของรัฐ (practice) ในการบังคับใช้สนธิสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดความตกลงระหว่างรัฐเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา

(c) กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีด้วย<sup>87</sup>

ตัวอย่างเช่น คำประกาศ (Declaration) ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ต้องตีความดังเช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *S.D. Myers Inc v Canada*<sup>88</sup> มีการนำความตกลงว่าด้วยการเคลื่อนย้ายขยะกากพิษข้ามพรมแดนระหว่างประเทศแคนาดาและสหรัฐอเมริกา (Canada-USA Transboundary Agreement on hazardous waste) และความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านสิ่งแวดล้อม (North America agreement on Environmental Co-operation) มาช่วยในการพิจารณากรอบเรื่องการเคลื่อนย้ายสารพิษข้ามพรมแดน หรือในคดี *LG & E v Argentina*<sup>89</sup> ที่คณะอนุญาโตตุลาการให้ความเห็นว่าในความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ ไม่ได้มีการกำหนดนิยามของคำว่าเวนคืนเอาไว้ และไม่มีการกำหนดไว้ว่ามาตรการใด การกระทำใด ที่อาจก่อให้เกิดการเวนคืน ดังนั้นเมื่อความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

<sup>86</sup> Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International investment law*, p.32

<sup>87</sup> จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2*, หน้า 148-149

<sup>88</sup> S.D.Myers, Inc. v. Government of Canada, *Partial Award*, 13 November 2000

<sup>89</sup> LG & E v Argentina, *ICSID case No. ABR/02/1, Decision on Liability*, 3 October 2006

ไม่ได้กำหนด คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องหันไปดูกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อประกอบการพิจารณา<sup>90</sup>

### 2.5.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 32

นอกจากการตีความสนธิสัญญาโดยการพิจารณาจากถ้อยคำและบริบทแห่งตัวสนธิสัญญาเองแล้ว ข้อ 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยวิธีการตีความสนธิสัญญา<sup>91</sup> กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำวิธีเสริม (supplementary mean) ซึ่งอยู่นอกตัวบทแห่งสนธิสัญญามาเป็นสิ่งที่ช่วยในการค้นหาความหมายที่แท้จริงแห่งถ้อยคำในสนธิสัญญาได้ ซึ่งวิธีเสริมนั้น หมายถึงงานเตรียมร่าง (Travaux Préparatoires) ของสนธิสัญญา ตลอดทั้งพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อม (Circumstances) ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญามาพิจารณาช่วยในการตีความสนธิสัญญา ในกรณีที่ใช้วิธีการตีความโดยพิจารณาจากถ้อยคำในสนธิสัญญาและบริบทต่างๆ แห่งถ้อยคำนั้นๆ ตลอดจนวัตถุประสงค์ และความมุ่งประสงค์แล้ว ยังปรากฏว่าถ้อยคำเช่นว่านั้นยังมีความหมายคลุมเครือ (Ambiguous) หรือไม่ชัดเจน (Obscure) หรือนำไปสู่ผลที่เห็นได้ชัดเจนว่าเหลวไหล (Absurd) หรือไร้เหตุผล (unreasonable) อยู่<sup>92</sup> จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการเสริมตามมาตรา 32 นี้เพื่อช่วยในการตีความที่สามารถนำมาใช้เพื่อสนับสนุนความหมายของถ้อยคำในการตีความได้<sup>93</sup> รวมถึงร่างความตกลงฉบับต้นแบบ (Model or Prototype treaties) ด้วย<sup>94</sup>

ในอดีตความตกลงบางฉบับมีปัญหาในเรื่องเอกสารที่ใช้ประกอบการตีความ เนื่องจากในการเจรจาไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถอ้างถึงงานเตรียม

<sup>90</sup> Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p.150

<sup>91</sup> Vienna Convention on the law of treaties, Article 32 Supplementary means of interpretation

“Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

<sup>92</sup> จุฬพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2*, หน้า 149

<sup>93</sup> Jeswald W. Salacuse, *The law of investment treaties*, p.153

<sup>94</sup> *Ibid*, p.155

ร่างดังกล่าวได้ เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีของอเมริกาเหนือ (NAFTA) ที่ในอดีตไม่มีการเปิดเผยเอกสารที่ได้จากการเจรจาซึ่งปัญหาดังกล่าวนำไปสู่ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุน ในประเด็นเรื่องการเข้าถึงข้อมูล จนในที่สุด NAFTA Free Trade Commission ได้มีการประกาศให้เผยแพร่ข้อมูลในช่วงการเจรจาก่อตั้งความตกลง NAFTA ได้ในปี 2004 คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Noble Ventures V Romania* ได้กล่าวถึงวิธีเสริมว่าหมายถึง “สิ่งที่อยู่นอกตัวบทแห่งสนธิสัญญา ซึ่งรวมถึง งานเตรียมร่าง และพฤติการณ์แวดล้อม เพื่อการยืนยันเรื่องความหมายของถ้อยคำซึ่งจะมี ส่วนช่วยในการตีความสนธิสัญญาดังกล่าว”<sup>95</sup>

ในการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักกำหนดให้ ระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการตีความข้อพิพาทหรือปัญหาความไม่ชัดเจน อันเกี่ยวกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องตีความตาม หลักกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ทั้งนี้ การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีและต้องตีความเป็นรายการมีไป ถึงแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะอาจตีความความตกลงระหว่างประเทศต่างกัน แต่ บทบัญญัติอันเป็นสารบัญญัติ (substantive provision) ภายใต้อาณัติเหล่านั้นมีความคล้ายคลึง กันในรูปแบบและเนื้อหา การตีความและคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการต่างก็พัฒนามาจากแนว ทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยกัน<sup>96</sup> คำตัดสินของคดีที่มีมาก่อนก็มีบทบาทสำคัญ เปรียบเสมือนเครื่องนำทางหรือแนวทางในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการของคดีในอนาคต ถึงแม้ว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคำตัดสินที่มีมาก่อนนั้นไม่มีผลผูกพันในคดีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ยกเว้นแต่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้น ตามที่ปรากฏในข้อ 59<sup>97</sup> แห่ง ธรรมนูญจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice 1945) แต่ในทางปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการมีการอ้างถึงคำตัดสินที่มีมาก่อนเพื่อเป็นแนวทางใน

<sup>95</sup> Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International investment law*, p.32

<sup>96</sup> Jeffery P. Commission, Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *Journal of International Arbitration* 24 (2007): 141

<sup>97</sup> Statute of the international court of justice Article 59;

“The decision of the court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”

การปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38<sup>98</sup> แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยคำตัดสินที่มีมาก่อนจะช่วยรักษาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความสม่ำเสมอของกฎหมาย ช่วยสร้างความเข้มแข็งของแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการและเพิ่มบทบาทของคำตัดสินที่มีมาก่อน<sup>99</sup> คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *AES Corp v Argentina*<sup>100</sup> ได้มีการกล่าวถึงคุณค่าของคำชี้ขาดที่มีมาก่อนว่าคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละท่านมีอำนาจอธิปไตยของตนเอง ดังนั้นแนวทางการแก้ปัญหาสามารถแตกต่างกันได้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีการเปรียบเทียบกับคำตัดสินที่มีมาก่อนแล้ว และก็สามารถรับแนวทางแก้ปัญหาอย่างเดียวกันได้ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีก็ไม่ได้ตัดสินตามคำพิพากษาที่มีมาก่อน ในบางครั้งคณะอนุญาโตตุลาการก็รับแนวทางการแก้ปัญหาที่แตกต่างกันออกไป<sup>101</sup>

ทั้งนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติส่วนมากมักปรากฏภายใต้ความตกลง NAFTA และคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลง NAFTA จึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวคำตัดสินในหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ ถึงแม้ว่าแนวทางการตีความยังไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกันอย่างชัดเจนก็ตาม<sup>102</sup>

## สรุป

หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติถือเป็นหลักสำคัญในหลักการไม่เลือกประติบัติ โดยเป็นหลักที่กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนให้การประติบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติไม่ด้อยไปกว่าที่ให้นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ ซึ่งการประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้นักลงทุนหรือการ

<sup>98</sup> Statute of the internal court of justice Article 38;

The court , whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(d) Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teaching of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for determination of rules of law.

<sup>99</sup> Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International investment law*, p.33

<sup>100</sup> AES Corporation v The Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction*, 26 April 2005

<sup>101</sup> *Ibid*, p.36

<sup>102</sup> Andrea K. Bjorklund, “The National Treatment Obligation”, *Arbitration under International Investment Agreement: A guide to the key issues*, Katia Yannaca-small(UK: Oxford University Press, 2010), p. 418

ลงทุนของคนต่างชาติเป็นไปตามขอบเขตที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่ละฉบับ โดยหลักแล้ว นักลงทุนต่างชาติควรได้รับการปฏิบัติเหมือนนักลงทุนที่เป็นคนชาติ อย่างไรก็ตาม หากการให้การปฏิบัติที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ ไม่ว่าจะ เป็นความมั่นคงทางการเมืองหรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือเหตุผลด้านผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ รัฐผู้รับการลงทุนอาจมีการจำกัด ควบคุม หรือเลือกปฏิบัติได้ทั้งช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนหรือช่วงหลังการเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ รูปแบบในการจำกัดหรือควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งส่วนมากจะเป็นการควบคุมด้านการถือหุ้นและการบริหารธุรกิจ<sup>103</sup> หลักดังกล่าวมีความเป็นมาที่ยาวนาน โดยแรกเริ่มปรากฏและบังคับใช้ในทางการค้าระหว่างประเทศ แต่เมื่อการลงทุนระหว่างประเทศมีการขยายตัวเพิ่มมากขึ้นและมีบทบาทสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของโลกมากขึ้น จึงได้มีการนำมาหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมาใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศด้วย

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักที่มีความสำคัญและปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับ ไม่ว่าจะ เป็นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงเขตการค้าเสรีต่างก็มีการบัญญัติถึงหลักดังกล่าว ซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่างๆ จะ เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งความตกลงนั้นๆ เช่น ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีวัตถุประสงค์สำคัญในการให้ความคุ้มครองและสร้างหลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยกว่าที่คนชาติได้รับ หรือในความตกลงเขตการค้าเสรีที่บางฉบับมีการกำหนดเรื่องการลงทุนก็มีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติรวมไว้ด้วย ดังนั้นหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญในสองด้านด้วยกัน คือ ช่วยให้การเปิดเสรีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

ในส่วนท้ายของบทนี้ ผู้เขียนยังกล่าวถึงหลักที่ใช้ในการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา กล่าวคือ การตีความสนธิสัญญาต้องตีความโดยสุจริตตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำที่ปรากฏในสนธิสัญญา รวมถึงต้องคำนึงถึง

<sup>103</sup> สมบูรณ์ เสริมบุตร, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”, ประมวลสารคดีวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน้าที่ 1-7, หน้า 1-47

วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้นด้วย หลักการตีความในบทนี้จะถูกนำไปใช้ในบท 4  
ต่อไป ทั้งนี้ รูปแบบในการบัญญัติหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย  
การลงทุนจะได้ทำการศึกษาในบทถัดไป





### บทที่ 3

## ข้อบทและปัญหาการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใน ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในบทก่อนผู้เขียนได้อธิบายถึงลักษณะของการลงทุนระหว่างประเทศ การควบคุมการลงทุนต่างประเทศของรัฐ ความเป็นมา วัตถุประสงค์ และความหมายของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ รวมถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับต่างๆ ตลอดจนหลักการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติถือเป็นบทบัญญัติสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ โดยหลักดังกล่าวกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติที่ไม่ต้องไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง การให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหว เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นทางเศรษฐกิจและทางการเมืองค่อนข้างมาก ดังนั้น รัฐทั้งหลายจึงมักระบุนเงื่อนไขในการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ<sup>1</sup> ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษารูปแบบของข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่างๆ รวมถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งส่งผลต่อการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับข้อเท็จจริง

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีการกำหนดข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป โดยสามารถแบ่งการกำหนดข้อบทในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ 2 กลุ่ม ได้แก่ ความตกลงระหว่างประเทศที่มีข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่มีข้อบทการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

---

<sup>1</sup> UNCTAD, International Investment Agreements: Key Issues Volume 1, National Treatment, p. 161

### 3.1 ความตกลงที่มีข้อบทให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

โดยทั่วไป ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะมีการกำหนดข้อบทให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ เนื่องจากถือเป็นข้อบทที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ ในประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งส่วนใหญ่เป็นรัฐผู้ลงทุนนั้นให้ความสำคัญในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอย่างมากโดยมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน ทั้งนี้จากผลการสำรวจของธนาคารโลกพบว่า หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับและปรากฏใน investment code มากกว่า 50 ฉบับ ซึ่งประเทศกำลังพัฒนามีการศึกษาแนวทางและรับข้อบทเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติ<sup>2</sup> จากการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนพบว่าความตกลงส่วนใหญ่มีการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ โดยสามารถแบ่งรูปแบบข้อบทเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นในการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

#### 3.1.1 ความตกลงที่มีการกำหนดขอบเขตหรือนิยามในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Investors/Investments)

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับมีการนำเรื่องขอบเขตหรือนิยาม (Scope and definition) มาใช้เป็นข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยในความตกลงจะมีการกำหนดไว้ในข้อบทว่า รัฐผู้รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเฉพาะการลงทุน (Investment) หรือจะให้ทั้งนักลงทุนและการลงทุน (Investor and Investment) ในการกำหนดว่าจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเฉพาะการลงทุนนั้น โดยรัฐจะมีการกำหนดความหมายของการลงทุนไว้ในบทนิยามและส่วนใหญ่จะไม่ครอบคลุมถึงการลงทุนโดยอ้อม (Portfolio investment)<sup>3</sup> โดยรัฐสามารถกำหนดกิจกรรมทางธุรกิจหรือประเภทการลงทุนที่จะให้ความการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่มีการกำหนดข้อบทให้ครอบคลุมทั้งการลงทุนและตัวนักลงทุน แต่ก็มีข้อตกลงบางฉบับที่อาจจะให้ความคุ้มครองแค่การลงทุน ความตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ และความตกลงการค้าเสรี (ด้านการ

<sup>2</sup> International Investment Agreements: Key Issues, National Treatment, p. 165

<sup>3</sup> Ibid, p. 181

ลงทุน) ส่วนใหญ่จะมีข้อบทที่ให้การคุ้มครองทั้งนักลงทุนและการลงทุน ตัวอย่างเช่น ร่างความตกลงฉบับมาตรฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Model Bilateral Investment Treaty 2012) ข้อ 3<sup>4</sup> ที่กำหนดว่า

“1. รัฐสมาชิกควรให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนของตนภายใต้สถานการณ์เดียวกันอันเกี่ยวกับการจัดตั้ง การได้มา การขยาย การจัดการ การดำเนินการ การปฏิบัติการ และและการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน

2. รัฐสมาชิกควรให้การปฏิบัติแก่การลงทุนไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่การลงทุนของตนภายใต้สถานการณ์เดียวกันอันเกี่ยวกับการจัดตั้ง การได้มา การขยาย การจัดการ การดำเนินการ การปฏิบัติการ และและการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน”

ทั้งนี้ ความหมายของการลงทุนที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกำหนดมีความหมายที่กว้างมาก ครอบคลุมสินทรัพย์ที่มีอยู่ในขณะนี้และที่อาจสร้างขึ้นใหม่ในอนาคต<sup>5</sup> ตัวอย่างเช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์รัฐเยอรมนี (Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 2002) ที่มีการกำหนดขอบเขตของการลงทุนไว้ในข้อ 1 แห่งความตกลง ดังนี้

การลงทุน หมายถึง สินทรัพย์ทุกชนิด รวมทั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งแต่ไม่จำกัดเพียง

<sup>4</sup> Article 3: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other 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 in its territory.

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

<sup>5</sup> สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน”, *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 1-7* (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2553), หน้า 1-38.

- (ฉ) สัมปทานทรัพย์สินและอสังหาริมทรัพย์และสิทธิในทรัพย์สินอื่นใด เช่น จ้างนอง สิทธิยึดหน่วง หรือจำนำ
- (ช) หุ้น พันธบัตร และหุ้นกู้ในบริษัท ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้น ณ ที่ใดก็ตาม หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของบริษัทนั้น
- (ซ) สิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เงินหรือให้ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีมูลค่าทางการเงิน
- (ฌ) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและอุตสาหกรรม รวมทั้งสิทธิที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบอุตสาหกรรม ความลับทางการค้า กระบวนการทางเทคนิค และค่าความรู้และค่านิยม
- (ญ) สัมปทานทางธุรกิจ ซึ่งได้รับตามกฎหมายหรือตามสัญญา รวมทั้งสัมปทานในการค้นหา เพาะปลูก ขุด หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ในขณะเดียวกันความตกลงดังกล่าวก็มีการกำหนดความหมายของนักลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงนี้ว่าหมายถึง บุคคลธรรมดาของรัฐสมาชิกหรือนิติบุคคลของรัฐสมาชิก ซึ่งกำลังทำ หรือได้ทำการลงทุน ในดินแดนของรัฐสมาชิกอื่นใด และนิติบุคคล ซึ่งเป็นองค์กรตามกฎหมายใดๆ ที่ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นโดยชอบภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับของรัฐสมาชิก

การกำหนดขอบเขตหรือนิยามในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ นอกจากจะมีการบัญญัติในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแล้ว ในความตกลงการค้าเสรี (ด้านการลงทุน) ก็มีการกำหนดขอบทในเรื่องนี้ด้วยเช่นกัน เช่น ในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement : NAFTA) ที่มีการกำหนดขอบทเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในข้อ 1102<sup>6</sup> โดยครอบคลุมทั้งการลงทุนและนักลงทุนเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อ 1102 กำหนดว่า รัฐสมาชิกต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนและการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง

<sup>6</sup> 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.

(Establishment) การได้มา (Acquisition) การขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้การปฏิบัติแก่คนชาติภายใต้สถานการณ์เดียวกัน

ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009 หรือ ACIA) ซึ่งเป็นความตกลงที่เป็นการรวมกันระหว่างความตกลงเขตการลงทุนอาเซียนที่เป็นความตกลงเพื่อเปิดเสรีการลงทุนและความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของอาเซียน อันมีวัตถุประสงค์ในเรื่องการเปิดเสรีการลงทุน การคุ้มครอง การส่งเสริมการลงทุน และการอำนวยความสะดวกรวมอยู่ในความตกลงฉบับเดียวกัน ซึ่งมีการกำหนดถึงพันธกรณีในการให้การปฏิบัติต่างๆ รวมถึงการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติด้วยเช่นกัน โดยข้อ 5 แห่งความตกลงกำหนดว่า รัฐภาคีต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนและการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง (Establishment) การได้มา (Acquisition) การขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้การปฏิบัติแก่คนชาติภายใต้สถานการณ์เดียวกัน<sup>7</sup>

### 3.1.2 ความตกลงที่มีการกำหนดช่วงเวลาในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Pre – establishment and Post - establishment)

ในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเรื่องช่วงเวลาที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยสามารถแบ่งช่วงเวลาในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้ 3 ช่วง กล่าวคือ

<sup>7</sup> Article 5 National Treatment

1. Each Member State shall accord to investors of any other Member State treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the admission, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Member State shall accord to investments of investors of any other Member State treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investment in its territory of its own investors with respect to the admission, conduct, operation and sale or other disposition of investments.

### 3.1.2.1 การให้หลักประกันสิทธิเยี่ยงคนชาติช่วงก่อนการจัดตั้งกิจการ (Pre-establishment)

การให้การประสิทธิเยี่ยงคนชาติช่วงก่อนการจัดตั้งกิจการ หมายถึง การที่รัฐผู้รับการลงทุนมีการให้การประสิทธิเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติก่อนการเข้ามาลงทุน<sup>8</sup> ซึ่งกิจกรรมในช่วงก่อนการจัดตั้งกิจการมีทั้งการให้เข้ามา (Admission) การจัดตั้ง (Establishment) และการได้มา (Acquisition) การกำหนดข้อบทในรูปแบบดังกล่าว รัฐผู้รับการลงทุนยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการควบคุมและกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุนภายในรัฐผู้รับการลงทุนได้ผ่านทางกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมา<sup>9</sup> อย่างไรก็ตาม รูปแบบการบัญญัติข้างต้นไม่ค่อยเป็นที่ปรากฏ เนื่องจากในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่มักเป็นการให้การประสิทธิเยี่ยงคนชาติทั้งก่อนและหลังการจัดตั้งกิจการ ไม่ค่อยปรากฏความตกลงที่ให้เฉพาะก่อนการจัดตั้งกิจการ

### 3.1.2.2 การให้หลักประกันสิทธิเยี่ยงคนชาติช่วงหลังการจัดตั้งกิจการ (Post-establishment)

การให้หลักประกันสิทธิเยี่ยงคนชาติช่วงหลังการจัดตั้งกิจการเป็นรูปแบบการบัญญัติที่เป็นที่นิยมอย่างมากในประเทศกำลังพัฒนา ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ โดยเฉพาะความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมักมีการกำหนดการให้หลักประกันสิทธิเยี่ยงคนชาติหลังการจัดตั้งกิจการ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการคงไว้ซึ่งอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการที่ให้การประสิทธิเยี่ยงคนชาติ ซึ่งหมายความว่า รัฐผู้รับการลงทุนจะให้การประสิทธิเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนและการลงทุนของต่างชาติภายหลังการจัดตั้งกิจการในรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว<sup>10</sup> โดยรวมถึงการจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขาย

<sup>8</sup>Investment Provisions in Trade Agreement: Critical issues, International Development Economics Associations, [www.networkideas.org/alt/may2011/Investment\\_policy\\_note.pdf](http://www.networkideas.org/alt/may2011/Investment_policy_note.pdf) ; p.3

<sup>9</sup>United Nation conference on trade & development, International Investment Agreement: Key issues, Volume 1, 2004, p.186

<sup>10</sup>Investment Provisions in Trade Agreement: Critical issues, International Development Economics Associations, [www.networkideas.org/alt/may2011/Investment\\_policy\\_note.pdf](http://www.networkideas.org/alt/may2011/Investment_policy_note.pdf); p.3

หรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ซึ่งการลงทุน (Sale or other disposition of investments) เช่น สนธิสัญญาผูกพันพลังงาน (The Energy Charter Treaty หรือ ECT) ข้อ 10(7)<sup>11</sup> ที่มีการบัญญัติว่า รัฐภาคีจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่การลงทุนอันเกี่ยวกับการจัดการ การซ่อมแซมบำรุง การใช้ประโยชน์ และการจำหน่าย ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ให้แก่การลงทุนของคนชาติ

นอกจากนี้ การให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายหลังการจัดตั้งกิจการยังรวมถึงกรณีที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนที่ได้รับเข้ามาลงทุนตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐนามิเบีย (Treaties between the Federal Republic of Germany and the Republic of Namibia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments 1994) ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 2 และ 3 แห่งความตกลงดังกล่าว โดยในข้อ 2<sup>12</sup> เป็นการกำหนดว่าการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองจะต้องเป็นการลงทุนที่สอดคล้องกับกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอนุมานได้ว่าจะเป็นการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหลังการจัดตั้งกิจการ ส่วนข้อ 3<sup>13</sup> เป็นการกำหนดเกี่ยวกับการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของต่างชาติไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่คนชาติ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

<sup>11</sup> Article 10 (7) Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors or of the Investors of any other Contracting Party or any third state and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable.

<sup>12</sup> Article 2

1. Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by nationals or companies of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its legislation.

<sup>13</sup> Article 3

1. Neither Contracting Party shall subject investments in its territory owned or controlled by nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than it accords to investments of its own nationals or companies or to investments of nationals or companies of any third State

### 3.1.2.3 การให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติช่วงก่อนและหลังการจัดตั้งกิจการ (Pre and post-establishment)

รูปแบบการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งช่วงก่อนและหลังการจัดตั้งกิจการนั้น เป็นรูปแบบการกำหนดที่ผสมระหว่างการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติสองแบบตามที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยมีจุดเริ่มต้นมาจากแนวปฏิบัติในความตกลงของประเทศสหรัฐอเมริกา การบัญญัติรูปแบบดังกล่าว ปรากฏในร่างความตกลงฉบับมาตรฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Model Bilateral Investment Treaty 2012) และในร่างความตกลงฉบับมาตรฐานของประเทศแคนาดา (Canada Model Bilateral Investment Treaty 2004) รวมถึงในในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement : NAFTA) ซึ่งกำหนดหน้าที่ของรัฐในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนและการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไว้ดังนี้

#### 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.

### 3.1.3 ความตกลงที่มีการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับมีการบัญญัติรูปแบบข้อบท การให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยมีกำหนดเงื่อนไขพิเศษหรือข้อยกเว้นในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ได้แก่



3.1.3.1 การกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวกับสถานการณ์เดียวกัน  
(same, identical and like circumstances)

การกำหนดเงื่อนไขการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน นั้นมักเกี่ยวข้องกับสถานการณ์แวดล้อมหรือสภาพการณ์แวดล้อม ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในกรณีที่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาตินั้นอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับ นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ (in like circumstances) ซึ่งในการบัญญัติอาจมีการใช้ถ้อยคำในการบัญญัติที่ต่างกัน เช่น คำว่า Same circumstances หรือ identical circumstances ดังที่ปรากฏในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และ ไอร์แลนด์เหนือกับประเทศเบลีซ (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Belize for the Promotion and Protection of Investment 1982) ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 3 แห่งความตกลง ดังนี้

Article 3 National Treatment and Most Favoured nation Provision

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment no less favourable than that which accords in the same circumstances to investments or returns of nationals or companies of any third State.

ทั้งนี้ การบัญญัติเงื่อนไขของการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยการใช้คำว่า Same หรือ Identical ส่งผลเป็นการจำกัดให้ต้องตีความในแนวแคบและค่อนข้างยากในการพิสูจน์ถึงความเหมือนของสถานการณ์ดังกล่าว และรูปแบบการบัญญัติโดยใช้คำดังกล่าวไม่ค่อยเป็นที่พบเห็น

อีกรูปแบบหนึ่งที่พบในข้อบทในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่เป็นที่นิยมและปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับด้วยกัน คือคำว่า “in like circumstances” หรืออาจมีการบัญญัติโดยใช้คำที่ต่างกัน เช่น like situations หรือ similar situation เป็นต้น

รูปแบบการบัญญัติดังกล่าวพบในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมถึงในความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีด้วย เช่น ความตกลง NAFTA

#### 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.

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศหลายฉบับก็มีรูปแบบการบัญญัติเงื่อนไขในการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะการกำหนดเงื่อนไขว่าการลงทุนของคนชาติและการลงทุนของนักลงทุนต่างต้องอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เช่นความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศเกาหลีกับประเทศจีน (Agreement on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of China) ซึ่งมีกำหนดการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในข้อ 3 แห่งความตกลง ดังนี้

#### Article 3 Treatment of Investment

1. Each Contracting Party shall in its territory 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 expansion, operation,

management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments....

ร่างความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนจัดทำโดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD commentary on the draft multilateral agreement on investment 1998 (MAI)) กล่าวถึงความไม่ชัดเจนของคำว่าสถานการณ์เดียวกันในการข้อยกเว้นเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยตอนยกยกร่างมีความคิด 2 แนวคิด ได้แก่

แนวคิดแรก คำว่า “ในสถานการณ์เดียวกัน” ไม่ควรถูกนำมาใช้กับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งนั้นเป็นหลักที่ต้องอาศัยการเปรียบเทียบ และในหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ก็ยอมรับเรื่องการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ในกรณีที่เหตุผลที่ชอบธรรมอยู่แล้ว<sup>14</sup> จึงเห็นว่าคำว่าสถานการณ์เดียวกันเป็นคำที่ไม่จำเป็นเนื่องจากเป็นการบัญญัติคำดังกล่าวในตัวบทเป็นการเปิดช่องว่างให้มีการเลือกปฏิบัติได้

แนวคิดที่สอง ควรบัญญัติคำว่า “ในสถานการณ์เดียวกัน” เนื่องจากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งเป็นหลักที่สัมพันธ์กันและเป็นหลักที่ต้องอาศัยการเปรียบเทียบทั้งคู่ โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นการเปรียบเทียบระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติดกับคนชาติ ในขณะที่หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งเป็นการเปรียบเทียบระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติดด้วยกัน ซึ่งหลักทั้งสองมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นไม่ว่าในทางข้อเท็จจริงหรือทางข้อกฎหมาย<sup>15</sup> ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติสามารถทำได้ หากมีนโยบายแห่งรัฐหรือเหตุผลอันชอบธรรมและสมเหตุสมผลรองรับไว้ในมุมมองของแนวคิดที่สองมองว่า คำว่าในสถานการณ์เดียวกัน จึงมีขึ้นเพื่อยืนยันว่าการเปรียบเทียบระหว่างการลงทุนและนักลงทุนต้องอยู่บนฐานเรื่องคุณลักษณะ (Characteristic) ที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์แห่งการเปรียบเทียบนั้น สภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้อง เพื่อประกอบการพิจารณาว่าการลงทุนหรือนักลงทุนที่เป็นคนชาติใดบ้างที่เหมาะสมในการนำมาใช้เป็นตัวเปรียบเทียบ

<sup>14</sup> The Multilateral Agreement on Investment; Commentary to the Consolidated Text, Organization for Economic Co-operation and Development, 1998, <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> , p.11

<sup>15</sup> Andrea K. Bjorklund, The National Treatment Obligation, p. 411

### 3.1.3.2 การกำหนดเงื่อนไขเรื่องรูปแบบกิจกรรมหรืออุตสาหกรรม

ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับมีการระบุรูปแบบกิจกรรมหรืออุตสาหกรรมที่รัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ การกำหนดดังกล่าวเป็นการจำกัดการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเนื่องจากการกำหนดประเภทกิจกรรมหรืออุตสาหกรรมที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในภาคผนวกแนบท้ายความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนดังกล่าว (Positive list) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATs) เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนในประเด็นนี้ โดยหลักไม่มีอุตสาหกรรมใดหรือรูปแบบกิจกรรมใดที่จะได้รับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก่อนการเข้ามาลงทุนเว้นแต่ จะได้มีการตกลงกันไว้กับรัฐผู้รับการลงทุนเป็นพิเศษ (“No industry and/or activity is made subject to national treatment at the pre-establishment phase until and unless it is specifically agreed upon by the host state”)

นอกจากนี้ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับมีรูปแบบการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอีกรูปแบบหนึ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนจะทำการกำหนดประเภทกิจการหรือในเรื่องที่ผู้รับการลงทุนจะไม่ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในท้ายความตกลง (Negative list) ซึ่งประเภทธุรกิจหรือเรื่องที่รัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในส่วนใหญ่มักมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นที่สำคัญทางเศรษฐกิจ คือ ธุรกิจที่รัฐผู้รับการลงทุนยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันหรือเป็นประเภทธุรกิจที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน

ทั้งนี้ ในบางความตกลงไม่ได้ระบุอุตสาหกรรมที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เพียงแต่กำหนดรูปแบบกิจกรรมที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ รูปแบบกิจกรรม เช่น การจัดตั้ง (Establishment) การได้มา (Acquisition) การขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) เป็นต้น

### 3.1.4 ความตกลงที่มีการกำหนดข้อยกเว้นในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ประเภทข้อยกเว้นของการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติสามารถแบ่งได้ 3 กลุ่ม ดังนี้

3.1.4.1 *ข้อยกเว้นทั่วไป (General exception)* ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช เป็นต้น ปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนน้อยที่มีการกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป และความตกลงที่มีการระบุเรื่องข้อยกเว้นก็มักจะนำข้อยกเว้นในความตกลง GATT ข้อ 20<sup>16</sup> หรือข้อยกเว้นในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ข้อ 14<sup>17</sup> มาเป็นแนวทางในการบัญญัติข้อยกเว้น ซึ่งในความตกลง GATT มีการกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องดังต่อไปนี้

<sup>16</sup> GATT, Article XX: General Exceptions

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 the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

<sup>17</sup> GATS, Article XIV: General Exceptions

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 trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:

- (a) necessary to protect public morals or to maintain public order;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:
  - (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts;
  - (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;

- (a) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- (c) มาตรการเกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกทองคำหรือเงิน
- (d) มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงของแอกต์รวมทั้งกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวกับการบังคับทางศุลกากร การบังคับการผูกขาดที่ดำเนินการภายใต้วรรคสี่ของมาตรา 2 และมาตรา 17 การคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์และการป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการหลอกลวง
- (e) เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ใช้แรงงานของนักโทษ
- (f) กำหนดขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสมบัติแห่งชาติซึ่งเป็นคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี
- (g) เกี่ยวกับการอนุรักษ์แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถใช้หมดไปได้ หากมาตรการเช่นว่านั้นได้ทำให้เกิดผลพร้อมกับการจำกัดการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศ

ส่วนข้อยกเว้นในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการก็มีข้อยกเว้นบางเรื่องที่เหมาะสมกับข้อยกเว้นในความตกลง GATT ได้แก่ มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นต้น

เนื่องจากมีความตกลงระหว่างประเทศจำนวนไม่มากที่มีการระบุถึงเรื่องข้อยกเว้นไว้ในความตกลง ดังนั้นจึงก่อให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกันของข้อยกเว้น โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับมีการนำข้อยกเว้นของ GATT มาใช้ ในขณะที่บางความตกลงมีการนำข้อยกเว้นของ GATS มาใช้ แนวปฏิบัติของรัฐก็ไม่สอดคล้องกันไปด้วยเนื่องจากบางความตกลงมีการระบุข้อยกเว้น บางความตกลงก็ไม่มีกำหนดข้อยกเว้นไว้<sup>18</sup> ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ เช่น ร่างความตกลงฉบับมาตรฐานของประเทศแคนาดา (Canada

(iii) safety;

<sup>18</sup> Andrew Newcombe, General Exception in International Investment Agreement, Draft Discussion Paper prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference, [http://www.biicl.org/files/3866\\_andrew\\_newcombe.pdf](http://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf), pp.1-2

Model Bilateral Investment Treaty 2004) ที่มีการกำหนดข้อยกเว้นทั่วไปไว้ในข้อ 10 แห่งความตกลง ซึ่งกำหนดเงื่อนไขของการใช้มาตรการข้อยกเว้นว่าต้องไม่มีลักษณะการใช้โดยอำเภอใจ (arbitrary) หรือ เลือกระปฏิบัติอย่างที่ไม่อาจอธิบายได้ หรือในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุน หรือเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง โดยกำหนดข้อยกเว้นไว้ในเรื่องดังนี้<sup>19</sup>

- (a) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย
- (c) เกี่ยวกับการอนุรักษ์แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถใช้หมดไปได้

3.1.4.2 ข้อยกเว้นเฉพาะ (Subject-specific exception) เป็นการที่รัฐผู้รับการลงทุนระบุเรื่องที่ไม่ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ รวมถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในภาคผนวกท้ายความตกลง ตัวอย่างเช่น เรื่องภาษี<sup>20</sup> เรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้อนุสัญญาทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ<sup>21</sup> มาตรการในการบริการทางการเงิน<sup>22</sup> การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ<sup>23</sup> เป็นต้น

<sup>19</sup> Canada BITs Model 2004, Article 10 General Exceptions

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

- (a) to protect human, animal or plant life or health;
- (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement;
- (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

<sup>20</sup> Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Mongolian people's Republic on the mutual promotion and protection of investment  
Article 7 Exceptions

The provisions of this Agreement relative to the granting of treatment not less favourable than that accorded to the investors of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege which may be extended by the former Contracting Party by virtue of:

- ...
- (b) any international agreement or domestic legislation relating wholly or mainly to taxation.

<sup>21</sup> US BITs Model 2012, Article 14 Non-Conforming Measures

...

### 3.1.4.3 กำหนดประเภทอุตสาหกรรมไว้เป็นการเฉพาะ (Industry-specific exceptions)

รัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิสงวนสิทธิในการให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ อันเนื่องมาจากประเด็นเรื่องเศรษฐกิจ (national economics) และนโยบายทางสังคม (social policy) โดยรูปแบบดังกล่าวมีที่มาจากสนธิสัญญาไมตรีพาณิชย์และการเดินเรือ (Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Agreement) และได้ถูกนำมาใช้ในความตกลงความตกลงอื่นๆ เช่น US BIT, NAFTA, Canada –Chile FTA การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวส่งผลให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถให้การปฏิบัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติได้

สำหรับประเทศกำลังพัฒนามักอ้างว่าเรื่องข้อยกเว้นเพื่อการพัฒนา (development exception) ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้มีการออกนโยบายและมาตรการพิเศษที่ให้ประโยชน์และสิทธิประโยชน์แก่การลงทุนของคนชาติ เพื่อเป็นการเพิ่มความเข้มแข็งของธุรกิจและความสามารถในการแข่งขัน

## 3.2 ความตกลงที่ไม่มีข้อยกเว้นให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ไม่มีข้อยกเว้นให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีจำนวนน้อยและไม่เป็นที่นิยม ความตกลงที่ไม่มีข้อยกเว้นให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้เกิดจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ประสงค์จะให้การปฏิบัติที่รัฐให้แก่คนชาติแก่ต่างชาติ หรือรัฐผู้รับการลงทุนมี

(4.) Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles and in Article 5 of the TRIPS Agreement.

<sup>22</sup> Canada BITs Model, Article 9 : Reservations and Exceptions

...

(6.) For greater certainty, Article 3 of this Agreement shall not apply to the granting by a Party to a financial institution of an exclusive right to provide activities or services forming part of a public retirement plan or statutory system of social security.

<sup>23</sup> NAFTA, Article 1108: Reservations and Exceptions

...

(7.) Articles 1102, 1103 and 1107 do not apply to:

- (a) procurement by a Party or a state enterprise; or
- (b) subsidies or grants provided by a Party or a state enterprise, including government supported loans, guarantees and insurance.



เหตุผลที่เฉพาะเจาะจงไว้ เช่น ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน (ASEAN for the Protection and Promotion of Investment 1987) และในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศจีนกับประเทศสวีเดน (Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Sweden on the Mutual Protection of Investments 1982) ที่มีการกำหนดการปฏิบัติที่จะให้แก่นักลงทุนต่างชาติไว้ในข้อ 2 แห่งความตกลง<sup>24</sup> อย่างไรก็ตาม ไม่มีการบัญญัติถึงการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ในปัจจุบันประเทศจีนได้ปรับเปลี่ยนนโยบายให้มีข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว<sup>25</sup>

### 3.3 ปัญหาในการตีความและปรับใช้ข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

การบัญญัติหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักมีรูปแบบการบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ แต่ส่วนใหญ่ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรก นักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติต้องอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน และประเด็นที่สอง การปฏิบัติที่ได้รับจะต้องไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐภาคีให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ ซึ่งการบัญญัติแบบกว้างๆ ดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถกำหนดรูปแบบหรือหลักเกณฑ์ในการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้อย่างอิสระรูปแบบการบัญญัติข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่มีความไม่ชัดเจนอันนำมาซึ่งปัญหาในการปรับหลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง

ทั้งนี้ ปัญหาในการตีความและปรับใช้ข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ส่วนใหญ่มักเกิดจากความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งสามารถแบ่งได้ดังนี้

<sup>24</sup> Agreement on the Mutual Protection of Investments ,Article 2

“(1) Each Contracting State shall at all times ensure fair and equitable treatment to the investments by investors of the other Contracting State.

(2) Investments by investors of either Contracting State in the territory of the other Contracting State shall not be subjected to a treatment less favourable than that accorded to investments by investors of third States..”

<sup>25</sup> UNCTAD. National Treatment, Vol. 4, UNCTAD series on issues in international investment agreement, p. 16

1. ปัญหาการกำหนดตัวเปรียบเทียบ (Comparator) ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In like circumstances) ข้อบทเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งเป็นที่นิยมและพบในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนหลายฉบับ ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) รวมถึงความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ก็เป็นความตกลงที่มีข้อบทในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้บริการเดียวกัน (Like Service) ในความตกลงเหล่านี้มีรูปแบบการบัญญัติในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้อย่างกว้างๆ ว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีไปกว่า (no less favourable treatment) ที่คนชาติได้รับภายใต้สถานการณ์เดียวกัน (like circumstances) โดยในความตกลงบางฉบับมีการบัญญัติโดยใช้คำที่แตกต่างกันไป เช่น like situation, similar situation หรือ same circumstances ในอดีตความตกลงว่าด้วยการลงทุนของสหรัฐฯ มีการบัญญัติโดยใช้คำว่า like situation แต่ต่อมาได้มีการเปลี่ยนเป็นคำว่า in like circumstances แทน<sup>26</sup> ข้อบทในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นข้อบทที่ต้องอาศัยการเปรียบเทียบระหว่างต่างชาติดกับคนชาติ ซึ่งการจะเปรียบเทียบต้องมีการระบุตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติว่าอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ข้อบทการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไม่มีการให้ความชัดเจนในประเด็นดังกล่าวส่งผลให้เกิดปัญหาในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง เช่น ปัญหาเรื่องหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ การประกอบธุรกิจเดียวกันสามารถถือเป็นตัวเปรียบเทียบที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันได้หรือไม่ เพียงพอหรือไม่ การประกอบธุรกิจที่แข่งขันกันหรือมีความสามารถในการทดแทนกันถือเป็นตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกันหรือไม่ อิทธิพลของการตีความคำว่าสินค้านิดเดียวกันขององค์การการค้าโลกต่อการตีความสถานการณ์เดียวกันมีบทบาทและนัยสำคัญหรือไม่ อย่างไร

ตัวอย่างเช่น คดี *Methanex Corporation v United States of America*<sup>27</sup> โจทก์ซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติมีความเห็นว่าตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกันไม่จำเป็นต้องเป็นต้องประกอบธุรกิจประเภทเดียวกัน แต่ควรหมายรวมถึงตัวเปรียบเทียบที่มีประกอบธุรกิจอันมี

<sup>26</sup> Audolf Dolzer and Christoph Schreier, *Principles of International Investment law*, p.179

<sup>27</sup> *Methanex Corporation v United States of America*, Award part 4 chapter B, 3 August 2005

ความสามารถในการแข่งขันหรือทดแทนกันได้ โดยโจทก์มีการอ้างถึงแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันขององค์การการค้าโลก ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจเมทานอลและผู้ประกอบธุรกิจเอทานอลควรถือเป็นตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกัน โจทก์กล่าวอ้างว่าลูกค้าในภาคธุรกิจมีการใช้ทั้งสารเอทานอลและเมทานอลในลักษณะสารที่สามารถทดแทนกันได้ ประกอบกับสารทั้งสองก็มีคุณสมบัติของสารที่คล้ายกัน หรือการที่นักลงทุนต่างชาติกล่าวอ้างว่าตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมภายใต้สถานการณ์เดียวกันควรมีจำนวนตัวเปรียบเทียบมากกว่าหนึ่ง เนื่องจากข้อบทหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติมีการบัญญัติคำว่าการลงทุนหรือนักลงทุนในรูปพหูพจน์ กล่าวคือ คำว่า Investors หรือ Investments หรือ การที่นักลงทุนต่างชาติในคดี คดี *Bayindir Insaat Tirizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* มีการกล่าวอ้างในการพิจารณาเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบควรต้องพิจารณาเงื่อนไขหรือขอบเขตของการลงทุนประกอบด้วย เป็นต้น

ในขณะที่รัฐผู้รับการลงทุนมักปฏิเสธว่าการลงทุนของโจทก์กับการลงทุนของคนชาติไม่ถือว่าอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากรัฐมีนโยบายที่ชอบธรรมในการเลือกประติบัติไว้หรือการที่รัฐผู้รับการลงทุนอ้างถึงการลงทุนของโจทก์อยู่ระหว่างการตรวจสอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ในขณะที่การลงทุนของคนชาติไม่อยู่ระหว่างการตรวจสอบ จึงไม่ถือว่าอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เป็นต้น

จากตัวอย่างข้างต้น แสดงให้เห็นว่าโจทก์และรัฐผู้รับการลงทุนต่างก็ให้ความเห็นเรื่องตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกันด้วยเหตุผลต่างกัน เนื่องจากตัวบทไม่มีความชัดเจนส่งผลให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีการตีความข้อบทความตกลงที่แตกต่างกันออกไป

**2. ปัญหาการพิจารณาว่ามีการประติบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่** ในข้อบทการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติทุกความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะมีการกำหนดว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติต้องได้รับการประติบัติที่ไม่ด้อยกว่าการประติบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับ ซึ่งการบัญญัติในลักษณะดังกล่าวต้องอาศัยการเปรียบเทียบ แต่ไม่มีความชัดเจนในประเด็นเรื่องการได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าอันจะนำไปสู่การละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติต้องเป็นผลมาจากการเลือกประติบัติทางกฎหมายหรือทางข้อเท็จจริง เจตนาในการเลือกประติบัติมีความสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาหรือไม่ เรื่องระดับในการให้การประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้แก่ต่างชาติหรือการได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าซึ่งจะนำไปสู่การละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาตินั้น นักลงทุน

หรือการลงทุนของต่างชาติต้องได้รับผลกระทบหรือความเสียหายในระดับไหน ตัวอย่างเช่น ในคดี *SD Myers Inc v Government of Canada* โจทก์ซึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติดกล่าวอ้างว่าโจทก์ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าจากการออกคำสั่งระงับการส่งออกสาร Polychlorinated Biphenyl (PCB) ข้ามพรมแดน โดยโจทก์อ้างว่ามาตรการดังกล่าว แคนาดาไม่เจตนาให้ความช่วยเหลือการลงทุนของคนชาติให้สามารถแข่งขันได้ เป็นต้น

**3. ข้อพิจารณาเรื่องเหตุผลที่ชอบธรรมของรัฐผู้รับการลงทุน** ซึ่งส่งผลให้การเลือกปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนไม่เป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับมีการกำหนดเรื่องที่ไม่ต้องการให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ อย่างไรก็ตามในความตกลงส่วนใหญ่ไม่มีการกำหนดถึงข้อยกเว้นทั่วไปเอาไว้ จึงเป็นที่น่าพิจารณาว่าเหตุผลที่ชอบธรรมในเรื่องใดบ้างที่สามารถเป็นเหตุผลในการที่รัฐสามารถให้การปฏิบัติที่เป็นเลือกปฏิบัติได้

## สรุป

ข้อบทเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รัฐผู้รับการลงทุนมีรูปแบบการบัญญัติข้อบทแบบกว้าง ซึ่งส่วนใหญ่มักมีการกำหนดเงื่อนไขในการให้การปฏิบัติ ไม่ค่อยมีกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยไม่มีเงื่อนไข เนื่องจากการให้หลักดังกล่าวรัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติไม่ด้อยไปกว่าที่ให้นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ รัฐผู้รับการลงทุนส่วนใหญ่มีการกำหนดเงื่อนไขในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติว่า นักลงทุนและการลงทุนของคนต่างชาติกับนักลงทุนและการลงทุนของคนชาติต้องอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งเป็นคำที่ไม่สร้างความชัดเจนใดๆ และส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง นอกจากนี้ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนของการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า คู่กรณีทั้งสองรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติมีความเห็นเรื่องความหมายของการปฏิบัติที่ด้อยกว่าที่ต่างกัน ปัญหาความไม่ชัดเจนในถ้อยคำของข้อบทนำมาซึ่งปัญหาในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือที่สำคัญที่ช่วยสร้างความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจะได้ทำการศึกษาแนวทางและหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้เพื่อสร้างความชัดเจนในบทถัดไป

## บทที่ 4

### แนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตาม ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในบทก่อนหน้าผู้เขียนได้กล่าวถึงรูปแบบการบัญญัติหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และชี้ให้เห็นความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาตินำมาสู่ปัญหาในการตีความและปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง ข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การประติบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐผู้ลงทุนไม่ด้อยไปกว่าที่ให้กับนักลงทุนหรือการลงทุนที่เป็นของคนชาติ ปัญหาในการปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติโดยเฉพาะความตกลงที่มีการกำหนดข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติที่มีเงื่อนไข คือ การลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติที่จะได้รับหลักดังกล่าวต้องอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In like circumstances) กับการลงทุนหรือนักลงทุนที่เป็นคนชาติและปัญหาการตีความคำว่าประติบัติที่ไม่ด้อยกว่า รวมถึงเรื่องเหตุผลที่ชอบธรรมของรัฐผู้รับการลงทุนในการเลือกประติบัติ ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นการบัญญัติแบบกว้างๆ ส่งผลให้หลักดังกล่าวมีปัญหาความไม่ชัดเจนในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาแนวทางและหลักเกณฑ์การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติเพื่อวิเคราะห์ว่าการตีความและปรับใช้หลักดังกล่าวทำให้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติมีความชัดเจนขึ้นหรือไม่ อย่างไร รวมถึงศึกษาประเด็นที่คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเท่าที่ควร

#### 4.1 ขั้นตอนการตีความและปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติส่งผลให้เกิดปัญหาในการปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติกับข้อเท็จจริง คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการช่วยสร้างความชัดเจนในการตีความหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า

องค์ประกอบของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาตินั้นประกอบด้วยสององค์ประกอบที่สำคัญ กล่าวคือ การกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติและการเปรียบเทียบการประติบัติของนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติว่าได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับหรือไม่ ดังนั้น ในการกำหนดแนวทางและประเด็นที่คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยหรือรัฐผู้รับการลงทุนละเมิดหลักพันธกรณีเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามที่นักลงทุนหรือรัฐผู้ลงทุนกล่าวอ้างหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการมีการคำนึงถึงหลักการและองค์ประกอบที่สำคัญของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ แนวทางและขั้นตอนในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการจึงสะท้อนให้เห็นถึงหลักการของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวทางในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นการละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ ดังนี้<sup>1</sup>

ขั้นตอนแรก การกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติที่อยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ

ขั้นตอนที่สอง การพิจารณาว่านักลงทุนหรือการลงทุนของชาตินั้นได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าตัวเปรียบเทียบที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับ

ขั้นตอนสุดท้าย พิจารณาว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีเหตุผลที่ชอบธรรมรองรับการกระทำที่เป็นการเลือกประติบัติหรือไม่

ทั้งนี้ ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะเริ่มพิจารณาตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณานักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติที่กล่าวอ้างนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ โดยในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่มีการกำหนดถึงขอบเขตในการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติไว้ กล่าวคือต้องเป็นการประติบัติ (Treatment) ที่เกี่ยวข้องกับในช่วงก่อนการเข้ามาลงทุนและหรือช่วงหลังการเข้ามาลงทุน

<sup>1</sup> Katia Yannaca small, Arbitration under inter4national investment agreement , p.419

การประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้ในช่วงก่อนการเข้าลงทุนจะเป็นการประติบัติในเรื่องกิจกรรมการจัดตั้ง (Establishment) การได้มา (Acquisition) ตัวอย่างเช่น ในคดี *Cross Border Trucking Services* กรณีพิพาทระหว่างประเทศเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการเข้ามาประกอบธุรกิจให้บริการรถบรรทุกในสหรัฐอเมริกาว่าจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจของสหรัฐอเมริกาเสียก่อน ซึ่งถือเป็นการประติบัติอันเกี่ยวกับกิจกรรมในการจัดตั้งบริษัทอยู่ภายใต้ขอบเขตการได้รับการคุ้มครองตามข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งสหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่ให้นักลงทุนเม็กซิโกเข้าไปประกอบธุรกิจรถบรรทุกในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยอ้างเหตุผลเรื่องมาตรฐานความปลอดภัย ซึ่งตามพันธกรณีในเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ รัฐผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ในการให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากการเลือกประติบัติ<sup>2</sup>

ส่วนการประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้ในช่วงหลังการเข้ามาลงทุนจะเป็นการประติบัติในเรื่องการขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ในคดี *United Parcel Service of America v Government of Canada* ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างบริษัท United Parcel Service of America (UPS) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประกอบกิจการส่งเอกสารและพัสดุขนาดเล็กกับประเทศแคนาดา ซึ่ง UPS กล่าวอ้างว่าแคนาดาละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติเนื่องจาก UPS ได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าจากการบังคับใช้กฎหมายภาษีศุลกากรและไม่ได้รับเงินอุดหนุนจากโครงการ Publications assistance Program (PAP) ของแคนาดา<sup>3</sup> ซึ่งการได้รับการประติบัติอันเกี่ยวกับภาษีศุลกากรและการได้รับเงินอุดหนุนเป็นการประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการในการจัดส่งเอกสารและพัสดุ และถือเป็นการประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้แก่แก่นักลงทุนหรือการลงทุนภายหลังที่เข้ามาทำการลงทุนในรัฐที่รับการลงทุนนั้นแล้ว ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการว่าการกระทำดังกล่าวของแคนาดาละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นไว้ว่านักลงทุนต่างชาติต้องพิสูจน์ว่าการให้การประ

<sup>2</sup> *Cross Border Trucking Services*, File No. USA-MEX-98-2008-01, Final Report of the Panel, 6 February 2001, para 19

<sup>3</sup> *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, ICSID, Award on the Merit, 24 May 2007, para 85

ติบัติของแคนาดาเกี่ยวกับ การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Conduct) การปฏิบัติการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายจ่ายโอนอื่นๆ ของการลงทุน (Sale or other disposition of investments) อันเป็นขอบเขตแห่งการลงทุนที่กล่าวไว้ในความตกลง NAFTA<sup>4</sup> ทั้งนี้ หากการกระทำที่ถูกล่าไ้อ้างไม่อยู่ในขอบเขตของการประติบัติที่ได้รับความคุ้มครองจากหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ คณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามสามขั้นตอนที่กำหนดเป็นแนวทางไว้

#### 4.2 การกำหนดตัวเปรียบเทียบ(Comparator)ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In like circumstances)

ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติส่วนใหญ่เป็นผลมาจากปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เนื่องจากรูปแบบการบัญญัติข้อบทดังกล่าวเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างๆเท่านั้น ไม่มีการกำหนดแนวทางในการพิจารณาและกำหนดตัวเปรียบเทียบ ส่งผลให้เกิดปัญหาการปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติกับข้อเท็จจริง<sup>5</sup> จากการศึกษาคดีพิพาทอันเกี่ยวกับหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติพบว่านักลงทุนต่างชาติส่วนใหญ่กล่าวอ้างว่าการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศผู้รับการลงทุนนั้นอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับการลงทุนของคนชาติโดยอ้างเหตุผลว่าการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเป็นกิจกรรมทางธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกันกับการลงทุนของนักลงทุนที่เป็นคนชาติ ดังนั้นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติควรได้รับการประติบัติที่เหมือนกันกับการลงทุนของคนชาติที่ได้รับ สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีการกำหนดไว้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน อย่างไรก็ตาม ในมุมมองของรัฐผู้รับการลงทุนเห็นว่าแม้ว่าการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจะประกอบกิจกรรมทางธุรกิจหรือมีลักษณะแห่งการประกอบธุรกิจเดียวกันกับการลงทุนของนักลงทุนที่เป็นคนชาติ แต่ก็อาจไม่ถึงว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันเนื่องจากรัฐมีเหตุผลอื่นที่ชอบธรรมที่จะถือว่าการลงทุนของนักลงทุนอยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างจากการลงทุนของคนชาติ

<sup>4</sup> Ibid, paras 83-84

<sup>5</sup> Andrew Newcombe, The law and practice of international treaties; standard of treatment, p.159



ในการพิจารณาว่ารัฐได้ให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนไม่ด้อยกว่านักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการเริ่มพิจารณาโดยทำการกำหนดตัวเปรียบเทียบ (Comparators) ที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติที่ถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In like circumstances) ในเรื่องนี้ จากการศึกษาคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆ พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการกำหนดแนวทางการระบุตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน โดยสามารถแบ่งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาได้ ดังนี้

#### 4.2.1 ลักษณะการประกอบธุรกิจหรือภาคเศรษฐกิจ

หลักเกณฑ์สำคัญที่คณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีใช้เป็นหลักเกณฑ์พิจารณาเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ คือ ประเภทการประกอบธุรกิจหรือภาคเศรษฐกิจ โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าการลงทุนของคนชาติที่อยู่ในธุรกิจประเภทเดียวกัน หรืออยู่ภายใต้ภาคส่วนทางเศรษฐกิจเดียวกัน (same business or same sector) กับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางการแข่งขันระหว่างกัน<sup>6</sup> โดยอ้างถึง National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises 1993 ซึ่งจัดทำโดยองค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development หรือ OECD) ซึ่งได้กำหนดแนวปฏิบัติในเรื่องปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ โดยเห็นว่า

คำว่าสถานการณ์เดียวกัน ตัวเปรียบเทียบระหว่างการลงทุนหรือนักลงทุนของต่างชาติกับการลงทุนหรือนักลงทุนที่เป็นคนชาตินั้น จะมีความสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อเป็นการลงทุนที่อยู่ในภาคเดียวกัน (same sector)<sup>7</sup>

อย่างไรก็ดี ใน OECD Declaration 1993 ได้มีการกล่าวเพิ่มเติมไว้ว่าจะต้องมีการพิจารณาถึงหลักอื่นด้วย เช่น วัตถุประสงค์แห่งนโยบายแห่งรัฐของรัฐภาคี ควรถูกนำมาใช้พิจารณาเพื่อตีความ

<sup>6</sup> Andrew Newcombe, The law and practice of international treaties; standard of treatment, p.165

<sup>7</sup> Ibid, p.166

คำว่าสถานการณ์เดียวกันระหว่างตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติกับคนต่างชาติ แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ<sup>8</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีได้มีการนำแนวทางดังกล่าวมาใช้ประกอบการให้เหตุผลในการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติ ตัวอย่างเช่น

(ก) คดี *Pope & Talbot Inc. v Canada* เป็นคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีการกล่าวถึงการนำแนวทางของ OECD มาใช้ในการพิจารณาและกำหนดตัวเปรียบเทียบอย่างชัดเจน โดยคดีดังกล่าวเป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท Pope & Talbot Inc. (Pope หรือ โจทก์) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบธุรกิจโรงงานไม้แปรรูปจำนวน 3 แห่งในจังหวัดบริติส โคลัมเบีย ประเทศแคนาดา กับประเทศแคนาดา เกี่ยวกับการปฏิบัติของประเทศแคนาดาในการจำกัดปริมาณการส่งออกไม้แปรรูปในจังหวัดบริติส โคลัมเบีย (British Columbia) แอลเบอร์ตา (Alberta) ออนตาริโอ (Ontario) และควิเบก (Quebec) ของแคนาดาตามข้อตกลงระหว่างสหรัฐกับแคนาดาว่าด้วยเรื่องการค้าไม้ (Softwood Lumber Agreement (SLA)) ซึ่งโจทก์เห็นว่าละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเมื่อเทียบกับผู้ผลิตและส่งออกไม้แปรรูปในจังหวัดอื่นที่ไม่ถูกจำกัดการส่งออก

ทั้งนี้ ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการกำหนดตัวเปรียบเทียบ คณะอนุญาโตตุลาการเริ่มการพิจารณาโดยการพิจารณาล้อยคำของข้อบทแห่งความตกลงนั้นตามหลักการตีความของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และได้ให้ความหมายของคำว่าสถานการณ์เดียวกัน (like circumstances) ว่า

ความหมายของคำว่าสถานการณ์ (Circumstances) นั้นไม่มีความหมายที่แน่ชัดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี และความหมายสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามข้อเท็จจริง ส่วนคำว่าเหมือน (Like) มีความหมายค่อนข้างกว้าง มีความหมายได้ตั้งแต่คำว่าเหมือนจนถึงคำว่าแบบเดียวกัน (similar to identical) ดังนั้น คำว่าสถานการณ์เดียวกัน จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงร่วมด้วย<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ibid

<sup>9</sup> Pope & Talbot v. Government of Canada, *Award on the Merit phase 2*, 10 April 2001, para 75

ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการนอกจากจะพิจารณาความหมายของถ้อยคำตามข้อบทแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการยังต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งความตกลง NAFTA ด้วย ซึ่งความตกลง NAFTA มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้การค้าและการลงทุนเป็นไปอย่างเสรี คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า

ตัวเปรียบเทียบของนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาตินั้นควรนำไปเปรียบเทียบกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติที่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันหรืออยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน (same business or economic sector) การได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันสันนิษฐานได้ว่ามีการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติเกิดขึ้น เว้นแต่จะมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลตามนโยบายแห่งรัฐ แต่ต้องไม่เป็นการแบ่งแยกระหว่างบริษัทต่างชาติกับคนชาติหรือขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ในเรื่องการลงทุนเสรีของความตกลง NAFTA<sup>10</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกำหนดลักษณะการประกอบธุรกิจหรือภาคเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอในการพิจารณา ใน OECD Declaration 1993 ได้มีการกล่าวเพิ่มเติมไว้ว่าจะต้องมีการพิจารณาถึงหลักอื่นด้วย เช่น วัตถุประสงค์แห่งนโยบายแห่งรัฐของรัฐภาคี ควรถูกนำมาใช้พิจารณาเพื่อตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกันระหว่างตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติกับคนต่างชาติ แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าวิธีการที่คณะอนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในการตีความข้อ 1102 อยู่บนพื้นฐานว่าการเลือกปฏิบัติต้องไม่เกิดจากสัญชาติของนักลงทุนต่างชาติ

(ข) คดี *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada* เป็นอีกคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีการนำ National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises 1993 ซึ่งจัดทำโดย OECD มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน โดยเป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers, Inc. (SDMI หรือโจทก์) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา ประกอบธุรกิจกำจัดสารพิษอันตรายกับประเทศแคนาดา เกี่ยวกับการออกคำสั่งระงับการส่งออกสาร

<sup>10</sup> Ibid, para 78

Polychlorinated Biphenyl (PCB)<sup>11</sup> เพื่อไปทำลายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแคนาดาอ้างว่า เพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแคนาดา (Canadian Environmental Protection Act หรือ CEPA)<sup>12</sup> และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซล (Basel Convention)<sup>13</sup> ที่ แคนาดาเป็นภาคี โจทก์เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติเมื่อเทียบกับบริษัท Chem-Security และ Cintec ของคนชาติที่ประกอบกิจการกำจัดสารพิษอันตรายเหมือนกัน

ในการพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้เห็นว่าการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติว่า ต้องอยู่ในภาคส่วนทางเศรษฐกิจเดียวกัน (same sector) กับการลงทุนของต่างชาติ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำว่า ภาคส่วนทางเศรษฐกิจ หรือ sector เป็นคำที่มีความหมายกว้าง ซึ่งหมายรวมถึง Economic sector และ Business sector<sup>14</sup>

จากคดีข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่าแนวทางของ OECD มีส่วนสำคัญในการพิจารณาตีความคำว่า สถานการณ์เดียวกันของคณะอนุญาโตตุลาการ แม้จะไม่ปรากฏเป็นที่แน่ชัดว่าคณะอนุญาโตตุลาการ นำแนวทางของ OECD เข้ามาผ่านหลักการตีความข้อไหน แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีการนำแนวทางของ OECD เข้ามาช่วยการตีความตามข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เนื่องจากแนวทางของ OECD ดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติและองค์กร OECD ก็ถือเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวปฏิบัติต่างๆ รวมถึงถือเป็นวิธีเสริม (supplementary mean) ตามข้อ 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญาที่มีส่วนช่วยในการตีความ เนื่องจากการตีความตามข้อความในข้อบทยังไม่มี ความหมายที่ชัดเจนหรือ

<sup>11</sup> Polychlorinated biphenyl (PCBs) หมายถึงกลุ่มของสารเคมีจำพวกสารอินทรีย์ที่มีคลอรีนเป็นส่วนประกอบหลัก สารกลุ่มนี้มีประมาณ 209 ชนิด โดยเป็นสารที่มนุษย์สังเคราะห์ขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1930 ในทางอุตสาหกรรมมีการใช้เป็นส่วนผสมของวัสดุต่างๆ และ ใช้เป็นสารป้องกันไฟฟ้ารั่วในเครื่องใช้ไฟฟ้า สาร PCB เป็นสารที่ใช้เวลาในการย่อยสลายค่อนข้างนาน การกำจัดสารดังกล่าวออกจากสิ่งแวดล้อมสามารถกำจัดได้โดยใช้ความร้อนสูง กระบวนการทางเคมี หรือการฝังกลบ เป็นต้น

<sup>12</sup> ซึ่งมีใจความสำคัญในการระงับการส่งออกของเสีย PCB จากแคนาดาไปทุกประเทศยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกา ในการส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานพิทักษ์สิ่งแวดล้อมแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Environmental Protection Agency หรือ US EPA) เสียก่อน

<sup>13</sup> อนุสัญญาที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม จากของเสียอันตราย ภายใต้อนุสัญญาดังกล่าวมีการห้ามการส่งออกและการนำเข้าสู่สารอันตรายจากรัฐหรือไปยังรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาบาเซล เว้นแต่ การขนย้ายสารพิษดังกล่าวจะมีความตกลงทวิภาคี พหุภาคี กำกับไว้แต่ต้องเข้มงวดไม่น้อยกว่าอนุสัญญาบาเซล

<sup>14</sup> Pope & Talbot v. Government of Canada, Award on the Merit phase 2, para 250

คลุมเครืออยู่ ดังนั้น การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการจึงสอดคล้องกับหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการตีความกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีไม่ได้มีการกล่าวอ้างถึงแนวทางของ OECD แต่ก็มีแนวทางตีความตัวเปรียบเทียบในอย่างแคบหรืออย่างเคร่งครัด โดยมีการนำแนวคิดของหลักเกณฑ์ที่ว่าตัวเปรียบเทียบควรมีลักษณะแห่งการประกอบธุรกิจที่เหมือนกันมาใช้ในการพิจารณา ตัวอย่างเช่น คดี *Marvin Feldman v Mexico* กรณีพิพาทระหว่างนาย Marvin Roy Feldman ผู้บริหารชาวสหรัฐอเมริกาของบริษัท Corporacion de exportaciones Mexicanas S.A. de C.V. (CEMSA) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายเม็กซิกัน ประกอบกิจการจัดจำหน่ายหรือส่งออกบุหรี่กับประเทศเม็กซิโก เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับภาษีคืนจากการส่งออกบุหรี่ไปต่างประเทศตามกฎหมาย Impuesto Especial Sobre produccion y servicios (IESP) ของเม็กซิโกและการจดทะเบียนเป็นบริษัทเพื่อการค้าและการส่งออก (Export Trading Company) โจทก์อ้างว่าการปฏิเสธการคืนภาษีและจดทะเบียนเป็นบริษัทเพื่อการค้าและการส่งออกละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากบริษัท Mercados 1 และ Mercados 2 ของคนชาติที่ประกอบกิจการจัดจำหน่ายและส่งออกบุหรี่เหมือนกันได้รับการคืนภาษีและได้รับจดทะเบียน

ในการพิจารณาว่าการลงทุนของโจทก์อยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับบริษัทจำหน่ายบุหรี่เพื่อการส่งออกที่คนชาติเป็นเจ้าของ ซึ่งคือบริษัท Mercados 1 และ Mercados 2 หรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นในเรื่องการกำหนดตัวเปรียบเทียบว่า

ในบรรดาผู้ประกอบการทั้งหลาย (universe of firm) ตัวเปรียบเทียบที่ถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน คือ ผู้ประกอบกิจการซื้อมาและจำหน่ายไปและส่งออกบุหรี่ (reselling and exporting cigarettes) บริษัทเม็กซิกันอื่นที่ประกอบธุรกิจอื่น เช่น การผลิตบุหรี่ ร่วมกับการส่งออกบุหรี่ก็ไม่ถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน<sup>15</sup>

<sup>15</sup>Marvin Feldman v. Mexico, ICSID case no. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para 171

คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าโจทก์และบริษัท Mercados 1 และ Mercados 2 อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากทั้งสองประกอบธุรกิจซื้อหรือเพื่อส่งออกต่างประเทศเหมือนกันและทั้งสองก็ซื้อหรือจากผู้ขายปลีก เช่น Walmart หรือ Sam's Club เหมือนกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Marvin Feldmen v Mexico* นั้นมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากการพิจารณาตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกัน ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรพิจารณาแค่ลักษณะการประกอบธุรกิจที่เหมือนกัน แต่ควรมีลักษณะการดำเนินการธุรกิจบางประการที่เหมือนกันด้วย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Feldmen* ได้ให้เหตุผลในการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้ชัดเจนดีแล้ว

จากการศึกษาการให้เหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Pope & Talbot Inc. v Canada, S.D. Myers, Inc. v Government of Canada* และ *Marvin Feldmen v Mexico* พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวมีแนวทางการตีความและการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่แคบหรือเคร่งครัด โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวเห็นสอดคล้องกันว่าตัวเปรียบเทียบควรประกอบธุรกิจเดียวกันหรืออยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกัน อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Marvin Feldmen v Mexico* มีแนวทางการตีความและกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เคร่งครัดกว่าคดีอื่น กล่าวคือ ตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันจะต้องมีลักษณะการประกอบธุรกิจหรือมีกิจกรรมในการดำเนินธุรกิจที่เหมือนกัน การมีกิจกรรมทางธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งที่แตกต่างกันไม่ถือว่าเป็นตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ทั้งนี้ แนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการที่แคบเกินไปอาจส่งผลให้นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควรและอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีมีความเห็นว่าการตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกันควรตีความแนวกว้าง ไม่ควรพิจารณาตัวเปรียบเทียบเฉพาะที่มีลักษณะการประกอบกิจการเดียวกันหรืออยู่ภายใต้ภาคส่วนทางเศรษฐกิจที่เหมือนกัน<sup>16</sup> เนื่องจากวัตถุประสงค์และเป้าหมายที่

<sup>16</sup> Fernando Gonzalez Rojas, *The Notion of Discriminatory in Article 1102 of NAFTA*, Jean Monnet Working Paper 05/05, <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000036001-000037000/000036347.pdf> , p.14

สำคัญของหลักประตบัตติเยียงคนชาติเพื่อป้องกันไม่ให้มีการเลือกประตบัตติระหว่างนักลงทุนหรือการ ลงทุนของต่างชาติกับของคนชาติ ดังนั้นแล้ว ในการระบุดัวเปรียบเทียบที่จะใช้ในการพิจารณา จึงไม่ ควรถูกจำกัดด้วยประเภทกิจการหรือการลงทุน<sup>17</sup>

ตัวอย่างเช่น คดี *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador* กรณีพิพาทระหว่าง บริษัท Occidental Exploration and Production Company (OEPC หรือโจทก์) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา ประกอบกิจการ ส้ารวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศเอกวาดอร์ เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับการคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจาก การซื้ออุปกรณ์เพื่อดำเนินการส้ารวจและผลิตน้ำมันภายใต้สัญญาระหว่างโจทก์กับบริษัท Petroecuador ซึ่งมีรัฐเอกวาดอร์เป็นเจ้าของจาก servicio de Rentas Internas (SRI) การที่ เอกวาดอร์ออกมติที่ 664 ลงวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 2001 ซึ่งมีผลเป็นการปฏิเสธการจ่ายค่าภาษีคืน ให้แก่ OEPC และบริษัทอื่นที่อยู่ในอุตสาหกรรมน้ำมัน รวมถึงให้โจทก์คืนเงินจำนวนก่อนที่เคยได้รับ ในช่วงตุลาคม 2000 – พฤษภาคม 2001 เป็นการละเมิดหลักประตบัตติเยียงคนชาติ เมื่อเทียบกับการ ประตบัตติที่บริษัทคนชาติที่ทำการส่งออกสินค้าทั้งหลาย เช่น ผู้ประกอบการส่งออกดอกไม้ แร่ และ ผลิตภัณฑ้อาหารทะเล ไม้ กล้วย และปาล์มน้ำมันแอฟริกัน ที่ได้รับการคืนภาษีมูลค่าเพิ่ม

โจทก์เห็นว่าความหมายของ คำว่าสถานการณัเดียวกัน ไม่ควรหมายถึงอุตสาหกรรมหรือ บริษัทที่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันหรืออยู่ในภาคส่วนทางเศรษฐกิจเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตน้ำมัน แต่ควรหมายถึงบริษัทที่เป็นผู้ส่งออกทั่วไป แม้จะประกอบธุรกิจต่างกันก็ตาม<sup>18</sup> ส่วนเอกวาดอร์โต้แย้ง ว่า คำว่าสถานการณัเดียวกัน ควรหมายถึงบริษัทที่อยู่ในธุรกิจประเภทเดียวกันเท่านั้นและเห็นว่าการ ประตบัตติดังกล่าว ผู้ผลิตน้ำมันทุกรายก็ได้รับการประตบัตติที่เหมือนกัน การเปรียบเทียบไม่สามารถ ขยายไปถึงธุรกิจประเภทอื่นได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของนโยบายการคืนภาษีมูลค่าเพิ่ม เพื่อให้เกิด ความมั่นใจว่าเงื่อนไขในการแข่งขันจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Ibid

<sup>18</sup> Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration Administered Case no. UN 3467, Final Award, 1 July 2004, para 168

<sup>19</sup> Ibid, paras 171-172

คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาข้อบทแห่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาอเมริกากับประเทศเอกวาดอร์ (Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning Encouragement and Reciprocal Protection of Investment) ข้อ 2 (1)<sup>20</sup> ร่วมกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งระบุถึงพันธกรณีในการให้การปฏิบัติแก่การลงทุนและกิจการที่เกี่ยวข้องไม่ด้อยไปกว่าที่คนชาติได้รับในสถานการณ์เดียวกัน โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า

คำว่าสถานการณ์เดียวกันไม่ควรดูตีความอย่างแคบตามที่เอกวาดอร์โต้แย้ง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติคือ เพื่อคุ้มครองนักลงทุนเปรียบเทียบกับผู้ผลิตภายในประเทศ และวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่สามารถบรรลุได้หากมีการระบุประเภทธุรกิจ<sup>21</sup>

นอกจากการพิจารณาข้อบทแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยเห็นว่าหลักดังกล่าวในทางการลงทุนแตกต่างจากการค้าระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า

<sup>20</sup> Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning Encouragement and Reciprocal Protection of Investment , ARTICLE II

“1. Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty. Each Party agrees to notify the other Party before or on the date of entry into force of this Treaty of all such laws and regulations of which it is aware concerning the sectors or matters listed in the Protocol. Moreover, each Party agrees to notify the other of any future exception with respect to the sectors or matters listed in the Protocol, and to limit such exceptions to a minimum. Any future exception by either Party shall not apply to investment existing in that sector or matter at the time the exception becomes effective. The treatment accorded pursuant to any exceptions shall, unless specified otherwise in the Protocol, be not less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of nationals or companies of any third country.”

<sup>21</sup> Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador, Award, para 173



คำว่าสถานการณ์เดียวกันอาจหมายถึงผู้ส่งออกทุกรายที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน ในขณะที่สินค้าต้องเป็นสินค้าที่แข่งขันกันโดยตรงหรือสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้<sup>22</sup> ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนี้ แตกต่างกับวัตถุประสงค์ในความตกลงว่าด้วยการองค์การการค้าโลก โดยวัตถุประสงค์ภายใต้สนธิสัญญานี้ เพื่อคุ้มครองไม่ให้ผู้ส่งออกเสียประโยชน์ในตลาดต่างประเทศ อันเกิดจากภาษีทางอ้อมในประเทศต้นกำเนิดแห่งสินค้า ในขณะที่วัตถุประสงค์ของความตกลง GATT เพื่อป้องกันสินค้านำเข้าไม่ให้ถูกกีดกันทางการแข่งขันกับสินค้าภายในจากภาษีหรือกฎหมาย<sup>23</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าคดี *Occidental* นี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้น้ำหนักในการพิจารณา วัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมากกว่าการพิจารณาถ้อยคำแห่งข้อบท โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเพื่อหลีกเลี่ยงการที่ผู้ส่งออกจะเสียประโยชน์ในตลาดต่างประเทศอันเกิดจากภาษีทางอ้อม และเห็นว่าไม่ควรให้ผู้ส่งออกอยู่ในสถานะที่เสียประโยชน์ เมื่อเทียบกับผู้ส่งออกรายอื่น ซึ่งการที่คณะอนุญาโตตุลาการตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกันอย่างกว้างส่งผลต่อการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องสัญชาติของนักลงทุน และไม่ต้องพิจารณาเรื่องเหตุผลที่ชอบธรรมรองรับการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม แนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการที่กว้างเกินไปอาจก่อให้เกิดผลกระทบในการออกมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นอย่างมาก ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Occidental* นี้เป็นการตีความที่กว้างเกินไป เนื่องจากเป็นการขยายตัวเปรียบเทียบไปอีกภาคธุรกิจหนึ่ง ซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจของโจทก์ อันจะถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันได้ ถึงแม้ว่าการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการจะให้น้ำหนักและความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำตามข้อบทก็เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาด้วยตามหลักการตีความสนธิสัญญาที่กำหนดไว้ในข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

<sup>22</sup> Ibid, para 176

<sup>23</sup> Ibid, para 175

นอกจากประเด็นการกำหนดตัวเปรียบเทียบแล้ว ประเด็นเรื่องจำนวนตัวเปรียบเทียบเป็นอีกประเด็นที่คู่ความในบางคดีมีการกล่าวอ้างถึงเพื่อเป็นแนวทางหนึ่งในการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ<sup>24</sup> ข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศมีการบัญญัติค่าว่าการลงทุนหรือนักลงทุนในรูปพหุพจน์ กล่าวคือ คำว่า Investors หรือ Investments ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนหรือจำเลยเห็นว่าการตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกันควรมีจำนวนตัวเปรียบเทียบมากกว่าหนึ่งเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติ การมีตัวเปรียบเทียบเพียงหนึ่งเดียวอาจไม่เหมาะสม

ในเรื่องนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Pope & Talbot Inc. v Canada* และ *Marvin Feldman v Mexico* เห็นสอดคล้องกันว่าตามหลักทั่วไปว่าด้วยการตีความ การบัญญัติโดยใช้รูปแบบพหุพจน์ห้ามให้มีการบังคับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติกับข้อเท็จจริงที่มีตัวเปรียบเทียบเพียงหนึ่งเดียว ข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA มีหลักการสำคัญคือการให้รัฐภาคีได้รับการประติบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ไม่มีหลักฐานแสดงถึงเจตนาว่าต้องมีนักลงทุนมากกว่าหนึ่งคนก่อนที่เงื่อนไขจะถูกบังคับใช้ได้<sup>25</sup> และแม้จะมีนักลงทุนหรือกิจการของคนชาติเพียงแห่งเดียวที่อยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันก็ถือได้ว่ามีตัวเปรียบเทียบ<sup>26</sup> การที่คณะอนุญาโตตุลาการตีความว่าการมีตัวเปรียบเทียบเพียงหนึ่งเดียวก็ถือว่ามีตัวเปรียบเทียบแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการมีความเหมาะสม เนื่องจากวัตถุประสงค์ของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นไปเพื่อคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติ ดังนั้นแล้ว ในการปรับใช้หลักดังกล่าวจึงควรเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองจากหลักดังกล่าวและช่วยให้การบังคับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติมีประสิทธิภาพมากขึ้น

#### 4.2.2 คุณลักษณะและวิธีปฏิบัติของธุรกิจที่ลงทุน

คุณลักษณะ (characteristic) และวิธีปฏิบัติ (manner) แห่งการลงทุนนั้นเป็นหลักเกณฑ์อีกประการที่คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีมีการนำมาประกอบการพิจารณากำหนดตัวเปรียบเทียบซึ่ง

<sup>24</sup> Andrea K. Bjorklund, "The National Treatment Obligation", *Arbitration under International Investment Agreement: A guide to the key issues*, p. 427

<sup>25</sup> *Pope & Talbot Inc v. The Government of Canada*, Award, para 37

<sup>26</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*, Award, para 167

อยู่ในสถานการณ์เดียวกันได้ ตัวอย่างเช่น คดี *United Parcel Service of America v Government of Canada* กรณีพิพาทระหว่างบริษัท United Parcel Service ของประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศแคนาดา โดยโจทก์กล่าวหาว่าแคนาดาละเมิดพันธกรณีในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลง NAFTA เนื่องจากแคนาดาไม่ได้ให้การปฏิบัติที่ดีที่สุดแก่โจทก์เหมือนที่ให้แก่คนชาติ โจทก์อ้างว่าโจทก์ได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าจากการบังคับใช้กฎหมายภาษีศุลกากรของแคนาดา และได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าในการบังคับใช้โครงการ Publications assistance Program (PAP) ของแคนาดา เนื่องจากโจทก์ไม่ได้รับเงินสนับสนุนตามโครงการดังกล่าว โจทก์เห็นว่าแคนาดาให้การปฏิบัติที่ดีกว่าแก่กิจการไปรษณีย์แคนาดา (Canada Post) ซึ่งเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐบาลของประเทศแคนาดา

ในการพิจารณาประเด็นว่าโจทก์และ Canada Post ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ นั้น โจทก์กล่าวอ้างว่าการลงทุนของโจทก์อยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับ Canada Post เนื่องจากเป็นการลงทุนในตลาดเดียวกันและมีส่วนแบ่งทางการตลาดเดียวกัน ในขณะที่แคนาดาอ้างว่าให้การปฏิบัติทางภาษีศุลกากรแก่ทั้งคนชาติและโจทก์ในการพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบ คณะอนุญาโตตุลาการมีการอ้างถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยพิธีการศุลกากรที่เรียบง่ายและสอดคล้องกันหรืออนุสัญญาเกียวโต (The International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs procedures หรือ Kyoto Convention) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยพิธีการศุลกากรมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาว่าบริการทางไปรษณีย์ (mail) กับบริการจัดส่งพัสดุ (courier) นั้นเป็นตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ โดยในอนุสัญญาเกียวโตได้มีการแยกภาคผนวกระหว่างบริการทางไปรษณีย์กับบริการขนส่งด่วนแยกออกจากกัน นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังมีการพิจารณาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางด้านศุลกากรจากประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และองค์การศุลกากรโลกซึ่งให้ความเห็นถึงความแตกต่างของบริการทางไปรษณีย์กับบริการขนส่งด่วน ดังนี้

ความแตกต่างของบริการทางไปรษณีย์ (mail) กับบริการขนส่งด่วน (express carrier) เช่น

- มีฐานทางสนธิสัญญาที่ต่างกันและมีกฎหมายภายในรองรับแตกต่างกัน

- บริการทางไปรษณีย์มักเป็นการส่งระหว่างบุคคลธรรมดาด้วยกันเอง หรือเป็นการส่งจากบริษัทไปยังบุคคลธรรมดา แต่บริการขนส่งด่วนมักใช้ระหว่างบริษัทกับบริษัท
- บริการทางไปรษณีย์ไม่มีความสัมพันธ์กับผู้ส่ง ในขณะที่บริการขนส่งด่วนมีการลงทะเบียนลูกค้าและลูกค้ามีการกลับมาใช้ซ้ำ เป็นต้น<sup>27</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าวัตถุประสงค์ วิธีการขนส่ง และสถานการณ์ของบริการทางไปรษณีย์กับบริการขนส่งด่วนมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าลักษณะของสินค้าของโจทก์และ Canada Post ที่ทำการจัดส่งมีความแตกต่างกัน เนื่องจากสินค้าของ Canada Post ส่วนใหญ่เป็นจดหมายซึ่งมีจำนวนมาก ในขณะที่สินค้าของโจทก์เป็นสินค้าที่มีความหลากหลาย

นอกจากนี้ โจทก์ยังกล่าวอ้างว่าได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าจากโครงการ Publications assistance Program (PAP) ของแคนาดาที่ให้เงินอุดหนุนเฉพาะการบริการทางไปรษณีย์ที่ดำเนินการโดย Canada Post Corporation บริษัทซึ่งจัดตั้งภายใต้กฎหมาย Canada Post Corporation ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าว Canada Post และมีสถานะเป็นองค์กรหนึ่งภายใต้รัฐบาลแคนาดา โครงการ Publications assistance Program (PAP) ส่งผลให้ Canada Post ได้รับเงินอุดหนุนเพื่อการจัดส่งไปรษณีย์ไปทั่วประเทศแคนาดาแต่เพียงผู้เดียว ไม่มีการให้เงินสนับสนุนแก่ผู้ให้บริการส่งเอกสารที่ดำเนินการโดยเอกชน โจทก์ซึ่งไม่ได้รับเงินอุดหนุนดังกล่าวเห็นว่าการกระทำของแคนาดาเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าบริษัท United Parcel Service of America (UPS หรือโจทก์) ซึ่งบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประกอบกิจการส่งเอกสารและพัสดุขนาดเล็กไม่ถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับ Canada Post เนื่องจากโจทก์ไม่ได้ประกอบกิจการให้บริการจัดส่งจดหมายภายในประเทศแคนาดา โครงการ PAP จึงไม่สามารถบังคับใช้กับโจทก์ได้ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่าโจทก์และ Canada Post ไม่ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน

<sup>27</sup> United Parcel Service of America v. Government of Canada, Award, paras 99-104

อย่างไรก็ตาม ในคดี *United Parcel Service of America v Government of Canada* มีข้อสังเกตจาก Dean Ronald A Cass อนุญาโตตุลาการชาวอเมริกันได้ให้ความเห็นแย้งเรื่องตัวเปรียบเทียบไว้ โดยเห็นว่าแคนาดาละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากเห็นว่า UPS และ Canada Post ถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ลักษณะการประกอบของบริษัททั้งสองก็มีลักษณะเป็นงานประจำ (routinely) เหมือนกัน<sup>28</sup> และทั้งสองก็ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันเกี่ยวกับศุลกากร (Custom Treatment) และมีการเลือกปฏิบัติในนโยบายเกี่ยวกับราคา (Discriminatory treatment in pricing policy) ดังนั้น การกระทำของแคนาดาจึงเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีข้างต้นมีแนวทางการพิจารณาตัวเปรียบเทียบที่ค่อนข้างลงรายละเอียดมากกว่าคดีอื่น แต่ก็มีความเหมาะสม เนื่องจากหากพิจารณาวัตถุประสงค์และลักษณะการประกอบธุรกิจของโจทก์และ Canada Post แล้วพบว่าการประกอบธุรกิจของ Canada Post คือการให้บริการไปรษณีย์ถือเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งและเป็นการบริการที่ครอบคลุมทั่วประเทศแคนาดา ดังนั้นแล้วการที่ Canada Post ได้รับเงินอุดหนุนจากโครงการ PAP ก็เนื่องจากรัฐต้องการให้ความช่วยเหลือต้นทุนในการจัดส่งจดหมายทั่วประเทศ ซึ่งมีต้นทุนที่ค่อนข้างสูง ในขณะที่โจทก์ประกอบธุรกิจจัดส่งพัสดุ (courier) มีวัตถุประสงค์และลักษณะแห่งการประกอบธุรกิจในทางการค้ามากกว่า ลูกค้านี่ใช้บริการธุรกิจของโจทก์ส่วนใหญ่เป็นบริษัท ส่วนลูกค้าของ Canada Post เป็นชาวแคนาดาทั่วไป ดังนั้นแล้วผู้เขียนเห็นว่าการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ จึงมีความเหมาะสมแล้ว

#### 4.2.3 ความสามารถในการแข่งขันหรือทดแทนกัน (Competitive Relationship)

แนวทางการวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกในการตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” (like products) เป็นข้อกล่าวอ้างประการสำคัญประการหนึ่งซึ่งคู่กรณีในข้อพิพาทมีความเห็นว่าควรนำแนวทางดังกล่าวมาใช้ในการตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศสมัยแรกก็มีความพยายามในการกำหนดเรื่องการลงทุนเอาไว้ ดังนั้นเมื่อความตกลง

<sup>28</sup> Andrea K. Bjorklund, “The National Treatment Obligation”, *Arbitration under International Investment Agreement: A guide to the key issues*, Katia Yannaca-small(UK: Oxford University Press, 2010), p. 424

ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีการบัญญัติคำว่า “สถานการณ์เดียวกัน” เอาไว้ จึงควรนำแนวทางการพิจารณาและการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้องค์การการค้าโลกมาพิจารณา<sup>29</sup> ทั้งนี้ตามแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันขององค์การการค้าโลก สินค้าที่มีคุณสมบัติที่แข่งขันกันได้หรือทดแทนกันได้ก็ถือเป็นสินค้าชนิดเดียวกันแล้ว

คณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในหลายคดีได้มีการนำแนวทางการวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกมาพิจารณาว่าควรใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวเปรียบเทียบภายใต้คำว่าสถานการณ์เดียวกันในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ การตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันตามหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลง WTO คณะอนุญาโตตุลาการก็จะพิจารณาถึงรูปลักษณะ คุณสมบัติ ผู้ใช้งานของสินค้าทั้งสอง ตลอดจนสินค้าที่สามารถแข่งขันหรือทดแทนกันได้ด้วย

ตัวอย่างเช่น ในคดี *Methanex Corporation v United States of America* กรณีพิพาทระหว่างบริษัท Methanex Corporation (Methanex หรือโจทก์) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายแห่งรัฐแอลเบอร์ตา ประเทศแคนาดาที่ประกอบกิจการผลิต ขนส่ง และขายเมทานอล (Methanol) กับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยโจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์และผู้ผลิตเมทานอลรายอื่นอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับผู้ผลิตเอทานอล (Ethanol) การกระทำของสหรัฐอเมริกาที่ห้ามการใช้เมทานอลในสารส่วนผสมของแก๊สโซลีนเป็นการละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ

ประเด็นเรื่องตัวเปรียบเทียบในคดีนี้ โจทก์มีความเห็นว่าผู้ผลิตเมทานอลถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับผู้ผลิตเอทานอล เนื่องจากเมทานอลและเอทานอล มีคุณสมบัติและความสามารถเดียวกัน สามารถใช้ทดแทนกันได้ เนื่องจากสารทั้งสองต่างก็เป็นสารเคมีที่มีออกซิเจน (oxygenates) เหมือนกัน ซึ่งเป็นสารที่ใช้ในสารส่วนผสมของแก๊สโซลีน อ้างอิงตามรายการสินค้าที่จัดทำโดยองค์การพิทักษ์สิ่งแวดล้อมแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Environmental Protection Agency หรือ U.S. EPA) และลูกค้าก็ให้การประติบัติแก่สินค้าทั้งสองในลักษณะทดแทนกัน เช่น ในธุรกิจน้ำมันมีการซื้อทั้งเอทานอลและเมทานอลเพื่อใช้ในการประกอบ

<sup>29</sup> Andrew Newcombe & LLuis Paradell, *The law and practice of investment treaties, standard of treatment*, pp.170-171

กิจการ ช่วงก่อนที่รัฐแคลิฟอร์เนียจะออกคำสั่งระงับการใช้สาร MTBE โจทก์ขายเมทานอลให้ธุรกิจน้ำมันเพื่อการผลิต MTBE แต่หลังจากการออกคำสั่งระงับการใช้สาร MTBE ผู้ประกอบกิจการโรงกลั่นก็หันไปทำการสั่งซื้อเอทานอลแทน ซึ่งพิสูจน์ได้ว่าลูกค้ามีการเลือกทดแทนกันระหว่างเอทานอลและเมทานอล นอกจากนี้ โจทก์ได้อ้างถึงความเห็นทางกฎหมายของ Dr Claus-Dieter Ehlermann และแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าตัวทดสอบความเหมือนที่แม่นยำที่สุดและเป็นสากลคือความสามารถในการแข่งขัน จึงเห็นว่าถือว่าผู้ผลิตเอทานอลและผู้ผลิตเมทานอลอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ส่วนสหรัฐอเมริกาอเมริกามีความเห็นว่าการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติบนฐานเรื่องเชื้อชาติของนักลงทุน โดยจะต้องทำการเปรียบเทียบการปฏิบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติได้รับกับที่นักลงทุนหรือการลงทุนที่เป็นคนชาติ ซึ่งในการเปรียบเทียบประเด็นเรื่องสัญชาติเห็นได้ชัดที่สุดภายใต้คำว่าสถานการณ์เดียวกันเนื่องจากเป็นคำที่มีความยืดหยุ่นในการวิเคราะห์ ในกรณีที่ไม่มียกเว้นที่เป็นคนชาติสำหรับเปรียบเทียบกับนักลงทุนต่างชาติ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมองไกลมากกว่าเรื่องสัญชาติหรือเชื้อชาติ โดยสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเอทานอลและเมทานอลมีคุณสมบัติทางเคมีที่ต่างกัน และส่วนประกอบในผลิตภัณฑ์ก็ใช้ประโยชน์สุดท้ายก็ต่างกัน เอทานอลเป็นสารเคมีที่มีออกซิเจน ในขณะที่เมทานอลมีไฮโดรเจน สิ้นค้าทั้งสองจึงถือว่ามีได้อยู่ในเลขพิกัดศุลกากร (Tariff Classification) เดียวกันตามระบบพิกัดศุลกากรระบบฮาร์โมนิซ (Harmonized System of Tariff) และการใช้ของผู้บริโภคก็ต่างกัน เนื่องจากสินค้าทั้งสองไม่ได้แข่งขันกัน สหรัฐอเมริกาได้เน้นย้ำถึงแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันตามความตกลง GATT มีวัตถุประสงค์และเป้าหมายที่แตกต่างจากความตกลง NAFTA

ในการพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาค่าของข้อบทที่ปรากฏในข้อบท 1102 ที่ว่านักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐสมาชิกต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยกว่าที่รัฐให้แก่การลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน คำกล่าวอ้างของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในประเด็นเรื่องเอทานอลและเมทานอลซึ่งถือเป็นแนวทางที่คู่กรณีอ้างถึงเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน รวมทั้งพิจารณาวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ 1102 แห่ง

ความตกลง NAFTA โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหากละเลยในการเลือกตัวเปรียบเทียบที่เหมือนกันและเลือกใช้ตัวเปรียบเทียบที่มีความเหมือนน้อยกว่าเป็นการไม่เหมาะสม<sup>30</sup> และเห็นว่า

ในข้อบทที่ปรากฏในข้อ 1102 ไม่มีส่วนใดที่ให้ใช้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และคำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน (like product)<sup>31</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างความตกลง NAFTA ประกอบด้วยโดยพบว่าคำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ไม่เคยถูกใช้ในบริบทของการลงทุน ซึ่งจะใช้คำว่า like circumstances เท่านั้น ถ้าหากผู้ร่างต้องการให้ตีความในแนวทางเดียวกับ GATT ก็น่าจะมีการระบุถึงการแข่งขันกันโดยตรงหรือทดแทนกัน แต่ผู้ร่างก็ไม่ได้ใส่ถ้อยคำดังกล่าวในข้อ 1102 แสดงว่าผู้ร่างมีเจตนาไม่ใช้คำดังกล่าวกับการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>32</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าในคดีนี้ โจทก์มีการเปรียบเทียบการลงทุนในธุรกิจเมทานอลกับการลงทุนในธุรกิจเอทานอล ซึ่งเป็นธุรกิจคนละประเภท ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมในคดีนี้คือผู้ผลิตเมทานอล ไม่ใช่ผู้ผลิตเอทานอลตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ทั้งนี้ มาตรการห้ามใช้เมทานอลของรัฐแคลิฟอร์เนีย ผู้ผลิตเมทานอลที่เป็นคนชาติก็ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับโจทก์ จึงไม่มีการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเกิดขึ้น

การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวเป็นที่น่าพิจารณาว่าตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมจำเป็นต้องประกอบกิจการที่เหมือนกันเสมอไปหรือไม่ หากข้อเท็จจริงพบว่าผู้ผลิตเอทานอลส่วนใหญ่เป็นคนชาติ ในขณะที่ผู้ผลิตเมทานอลส่วนใหญ่เป็นของคนต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนอาจมีการออกมาตรการที่ให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ผลิตเอทานอล ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อผู้ผลิตเมทานอลที่เป็นคนต่างชาติ นอกจากนี้ คำตัดสินในคดีนี้ยังสะท้อนให้เห็นเจตนารมณ์ของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ปฏิเสธการนำแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้องค์การการค้าโลกมาปรับใช้ในการตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกัน โดยมีเหตุสำคัญสองประการกล่าวคือ

<sup>30</sup> Methanex Corporation v. United States of America, Award part 4 chapter B, 3 August 2005, para 17

<sup>31</sup> Ibid, para 29

<sup>32</sup> Ibid, paras 33-34



ประการแรก ข้อบทเรื่องหลักประติบัติแย้งคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่มีข้อความใดที่ระบุให้ใช้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศและคำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน รวมถึงไม่มีการบัญญัติที่ให้หมายรวมถึงสินค้าที่แข่งขันกันโดยตรงหรือทดแทนกันด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าวเป็นการตีความตามถ้อยคำแห่งข้อบทสอดคล้องกับหลักการในการตีความสนธิสัญญาที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 31 ที่วางหลักในการตีความว่า การตีความสนธิสัญญาต้องตีความโดยสุจริต (Good Faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำ (Terms) ที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้นในบริบท (Context) ดังนั้น เมื่อข้อบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่มีการบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำเดียวกับในข้อบทเรื่องสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้องค์การการค้าโลกแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ในการร่างความตกลงของผู้ร่างที่ไม่ต้องการให้การพิจารณาความตกลงทั้งสองในแนวทางเดียวกัน

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของหลักประติบัติแย้งคนชาติในความตกลง GATT แตกต่างกับวัตถุประสงค์ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการในการตีความสนธิสัญญาที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้อ 31 ที่นอกจากการพิจารณาถ้อยคำแห่งข้อบทแล้ว ในการตีความคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา (Object and Purpose) ด้วย โดยวัตถุประสงค์ของหลักประติบัติแย้งคนชาติในความตกลง GATT เป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้มีการประติบัติต่อผลิตภัณฑ์นำเข้าจากต่างประเทศโดยกีดกันผลิตภัณฑ์ภายในประเทศของตน ในขณะที่วัตถุประสงค์ของหลักประติบัติแย้งคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นไปเพื่อคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติให้ได้รับการประติบัติที่ไม่ด้อยกว่าที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับ

#### 4.2.4 ข้อพิจารณาอื่นๆ เกี่ยวกับสัญญาการลงทุนและนักลงทุน

คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีได้มีการนำข้อพิจารณาอื่นๆ เกี่ยวกับสัญญาการลงทุนและนักลงทุนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่านักลงทุนหรือการลงทุนของคนต่างชาติอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติหรือไม่ ตัวอย่างเช่น คดี *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan* กรณีพิพาทระหว่างบริษัท

Bayindir Insaat Tirizm Ticaret Ve Sanayi A.S. (Bayindir หรือโจทก์) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายแห่งประเทศไทย ประกอบธุรกิจก่อสร้างทางด่วนหรือโครงการก่อสร้างอื่นที่มีขนาดใหญ่กับประเทศปากีสถาน เกี่ยวกับการก่อสร้างทางด่วน 6 ช่อง ภายใต้โครงการ Pakistan Islamabad-Peshawar Motorway (the M1 Project) โจทก์เห็นว่ามีผลกระทบหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากโจทก์ได้รับการปฏิบัติที่ต่ำกว่าที่บริษัท PMC-JV บริษัทก่อสร้างของคนชาติ เนื่องจากสัญญาใหม่ที่ประเทศปากีสถานทำกับบริษัท PMC-JV มีข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ดีกว่าและได้รับระยะเวลาในการก่อสร้างที่มากกว่าที่โจทก์ได้รับ ในขณะที่ประเทศปากีสถานโต้แย้งว่าการลงทุนของโจทก์ไม่อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับ PMC-JV โดยอ้างเหตุผลเรื่องเงื่อนไขทางการเงิน ระดับความเชี่ยวชาญและขอบเขตงานที่แตกต่างกัน<sup>33</sup>

ในการพิจารณาว่ามีผลกระทบหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ 2(2) แห่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศตุรกีและประเทศปากีสถาน<sup>34</sup> (Agreement Between the Republic of Turkey and the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments) หรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการเริ่มการพิจารณาในประเด็นที่ว่าโจทก์ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับนักลงทุนอื่นหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าโจทก์และPMC-JV ไม่ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากสัญญาระหว่างโจทก์และ PMC-JV นั้นไม่เหมือนกัน แม้ว่าจะเกี่ยวข้องกับโครงการก่อสร้าง the M1 Project เหมือนกัน คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงเงื่อนไขและสภาพแวดล้อมของสัญญาของโจทก์และของ PMC-JV ร่วมด้วย<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Bayindir Insaat Tirizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para 397

<sup>34</sup> Agreement Between the Republic of Turkey and the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments , Article 2(2)

“Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors of any third country, whichever is the most favourable”

<sup>35</sup> Bayindir Insaat Tirizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, para 400

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีพบว่าหน่วยงานทางด่วนแห่งชาติของประเทศปากีสถาน (The National Highway Authorities (NHA))<sup>36</sup> ได้เข้าทำสัญญากับโจทก์เพื่อการก่อสร้างทางด่วน 6 ช่อง ภายใต้โครงการ Pakistan Islamabad-Peshawar Motorway (the M1 Project) โดย NHA ต้องจ่ายเงินค่าก่อสร้างล่วงหน้า (mobilization advance) ให้แก่โจทก์ และโจทก์ต้องหารันตีจากธนาคารจำนวนเท่ากับเงินล่วงหน้า ซึ่งจำนวนเงินการันตีจะค่อยๆ ลดลงเมื่อมีการชำระค่าก่อสร้างเป็นรอบๆ จาก NHA ตามงานที่ได้มีการตรวจรับ ซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขทางการเงิน (Financial term) ตามสัญญาแล้ว โครงการก่อสร้างดังกล่าวจะต้องเสร็จสมบูรณ์ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2000 แต่โครงการก็ประสบปัญหาล่าช้าจนต้องขยายเวลาส่งมอบงานเป็นเดือนธันวาคม ค.ศ. 2000 จนท้ายที่สุด NHA จึงยกเลิกสัญญาที่ทำกับโจทก์

ในการพิจารณาประเด็นว่าการลงทุนของโจทก์กับของ PMC-JV นั้นถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการพิจารณาเงื่อนไขทางการเงิน และสภาพแวดล้อมของสัญญาระหว่าง NHA กับโจทก์ และระหว่าง NHA กับ PMC-JV ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าโจทก์และPMC-JV ไม่ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันเนื่องจากสัญญาระหว่าง NHA กับโจทก์ และระหว่าง NHA กับ PMC-JV มีความแตกต่างกันในเรื่องเงื่อนไขทางการเงิน (Financial term) เกี่ยวกับการจ่ายเงินล่วงหน้า (mobilization advance) ที่ PMC-JV ไม่ได้รับประโยชน์จากการจ่ายเงินล่วงหน้าเช่นเดียวกับที่โจทก์ได้รับ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังมีการพิจารณาถึงระดับความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ (the level of experiences and expertise) โจทก์ได้รับค่าจ้างที่สูงกว่า PMC-JV เนื่องจากมีประสบการณ์การก่อสร้างงานโครงการใหญ่ๆ ในขณะที่ PMC-JV ไม่มี และ NHA ก็มีความคาดหวังจากโจทก์มากกว่าในเรื่องอุปกรณ์ที่ทันสมัยและความมีประสิทธิภาพของอุปกรณ์ และด้านขอบเขตงาน (the scope of works) เนื่องจากในการก่อสร้างทางด่วนตอนแรกมีจำนวน 4 ช่องทางและโจทก์ก็ได้ก่อสร้างไปแล้วบางส่วน อย่างไรก็ตามการที่มีการขยายช่องทางจาก 4 ช่องทางไป 6 ช่องทางทำให้ PMC-JV ต้องมีการแก้งานหลายอย่าง

<sup>36</sup> หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ National Highway Authorities Act 1991 เพื่อรับผิดชอบงานวางแผน พัฒนา ดำเนินการ และซ่อมแซมทางด่วนและถนนสายหลักภายในประเทศปากีสถาน และอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลประเทศปากีสถาน

จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีทั้งสองข้างต้นพบว่า ถึงแม้ว่าตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติจะประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันหรืออยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกันก็อาจไม่ถือเป็นตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมีข้อพิจารณาอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น คุณลักษณะ วิธีปฏิบัติ เงื่อนไข และสภาพการณ์ทางการลงทุนของตัวเปรียบเทียบ เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีการนำเงื่อนไข และสภาพการณ์ทางการลงทุนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบ มีความเหมาะสม เนื่องจากการตีความอย่างเคร่งครัดในคดีนี้ทำให้ได้ตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสม อย่างไรก็ตามก็มีข้อพึงระวังว่าการตีความที่เคร่งครัดเกินไปอาจส่งผลให้นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติอาจไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ เนื่องจากเงื่อนไขในการพิจารณามีความเข้มข้นขึ้นและต้องอาศัยการตีความตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

จากการศึกษาแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการข้างต้นพบว่า คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการมีส่วนช่วยให้ปัญหาความไม่ชัดเจนของคำว่าสถานการณ์เดียวกันในข้อบทหลักประติบัติแย้งคนชาติมีความชัดเจนยิ่งขึ้น แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัด เนื่องจากยังมีแนวความเห็นในการตีความที่ไม่ตรงกันอยู่บ้างในบางคดี แต่จากคำตัดสินที่ผ่านมาได้สร้างแนวทางหรือหลักการบางประการในการตีความบ้างแล้ว กล่าวคือ แนวทางในการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากลักษณะการประกอบธุรกิจเดียวกันหรืออยู่ในภาคเศรษฐกิจเดียวกันเป็นสำคัญ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีมีการพิจารณาที่ลึกกว่านั้น มีการนำคุณลักษณะและวิธีปฏิบัติ ตลอดจนเงื่อนไข และสภาพการณ์ทางการลงทุน เพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยที่ว่า การตีความเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบควรตีความอย่างเคร่งครัด ซึ่งอาจมีการพิจารณาข้อพิจารณาอื่นๆร่วมด้วย นอกเหนือจากลักษณะการประกอบธุรกิจ เพื่อให้ได้ตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม การตีความตัวเปรียบเทียบก็ไม่ควรข้ามไปคนละภาคเศรษฐกิจหรือมีลักษณะการประกอบธุรกิจที่แตกต่างกันมากไป นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะนำแนวทางตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ต้องการการค้าโลก มาใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกับความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศมีการใช้ถ้อยคำในการบัญญัติที่ต่างกัน

ประกอบกับวัตถุประสงค์ของทั้งสองความตกลงก็ต่างกันด้วย ส่วนประเด็นที่คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มีความชัดเจน คือ หลักเกณฑ์ในการแบ่งความแตกต่างระหว่างประเภทธุรกิจกับภาคส่วนทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

จากการศึกษาคำตัดสินของของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อกำหนดตัวเปรียบเทียบนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความข้างต้นสอดคล้องกับหลักการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการตีความตามถ้อยคำที่ปรากฏในข้อบทและมีการคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของความตกลงร่วมด้วยเห็นได้จากการที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธไม่นำแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันมาใช้ในบริบทของการลงทุน อันเนื่องมาจากข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในทางการค้ากับในทางการลงทุนมีการใช้ถ้อยคำที่ไม่เหมือนกัน และความตกลงทั้งสองก็มีวัตถุประสงค์แห่งความตกลงที่ต่างกัน อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีก็ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติมากกว่าถ้อยคำ แต่แนวทางการตีความดังกล่าวยังไม่ปรากฏว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดตัวเปรียบเทียบ

#### 4.3 แนวทางการพิจารณาการประติบัติที่ด้อยกว่า (less favorable treatment)

ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติอีกประการหนึ่งคือปัญหาการตีความว่ามี การประติบัติที่ด้อยกว่าเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่มีการกล่าวไว้อย่างกว้างว่ารัฐภาคีต้องให้การประติบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของอีกรัฐภาคีไม่ด้อยกว่าที่ให้แก่คนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งประเด็นความไม่ชัดเจนของคำว่าได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่านั้นเป็นประเด็นถัดมาที่คณะอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาหลังกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติแล้วซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันเรียบร้อยแล้ว จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆพบว่าหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณานักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่า มีดังนี้

#### 4.3.1 รูปแบบการประติบัติที่ด้อยกว่า

ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการว่ามีการประติบัติที่ด้อยกว่าเกิดขึ้นหรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการเริ่มการพิจารณาด้วยคำแห่งความตกลงและให้ความหมายของการประติบัติ ซึ่งความหมายของการประติบัติตามพจนานุกรม Oxford English ให้ความหมายถึง การประพฤติ พฤติกรรม การกระทำต่อบุคคลหนึ่ง (Conduct, behavior, action towards a person) ทั้งนี้ในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีได้มีการให้ความหมายการประติบัติไว้ ดังนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *S.D. Myers Inc v Government of Canada* ได้มีการให้ความหมายของคำว่า การประติบัติว่าหมายถึง การประติบัติ เป็นเรื่องของผลกระทบจากการประติบัติ (Practical Impact) ที่จะก่อให้เกิดการละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ<sup>37</sup>

ส่วนคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Siemen* ได้ให้ความเห็นว่า การประติบัติ หมายถึง พฤติกรรมแห่งนิติบุคคลหรือบุคคล ในขณะที่โจทก์ในคดี *Canfor* ได้มีความพยายามในการแบ่งความแตกต่างระหว่างการประพฤติ (conduct) กับการประติบัติ (treatment) โดยโจทก์เห็นว่าการประพฤติ หมายถึง สิ่งที่เจ้าหน้าที่รัฐกระทำ ในขณะที่การประติบัติหมายถึง การกระทำที่เจ้าหน้าที่รัฐประพฤติต่อนักลงทุนเป็นการเฉพาะ<sup>38</sup> อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธคำกล่าวอ้างของโจทก์ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการประพฤติหมายถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ ส่วนการประติบัติหมายถึง ผลกระทบหรือผลจากการประพฤติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนที่เป็นประเด็น คำว่าการประติบัติเป็นการตรงกันข้ามกับคำว่ามาตรการ (measure) ที่เน้นการประพฤติแห่งรัฐ<sup>39</sup>

การประติบัติที่ด้อยกว่า สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท คือ การเลือกประติบัติทางกฎหมายและการเลือกประติบัติทางข้อเท็จจริง

<sup>37</sup> S.D.Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, para 254

<sup>38</sup> Canfor Corporation v United States, para 150

<sup>39</sup> Andrew Newcombe & LLuis Paradell, *The law and practice of investment treaties. standard of treatment*, p. 182

#### 4.3.1.1 การเลือกปฏิบัติทางกฎหมาย (De Jure Discrimination)

การเลือกปฏิบัติทางกฎหมาย หมายถึง การที่รัฐผู้รับการลงทุน หรือหน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุนออกกฎหมาย กฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เป็น การเลือกปฏิบัติแก่คนต่างชาติ มีการให้สิทธิหรือให้การปฏิบัติแก่คนชาติที่ต่ำกว่าที่ให้แก่คนต่างชาติ การเลือกปฏิบัติทางข้อกฎหมายที่ไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงตัวเปรียบเทียบ เพียงแค่มาตรการดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติก็เพียงพอแล้ว<sup>40</sup> ในกรณีพิพาทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติส่วนใหญ่รัฐผู้รับการลงทุนมักกล่าวหาว่ากฎหมายที่ออกไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากทั้งนักลงทุนและการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนและการลงทุนของคนชาติต่างก็ได้รับการปฏิบัติภายใต้กฎหมายที่เหมือนกัน จึงถือได้ว่าการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไม่ได้รับการปฏิบัติที่ต่ำกว่า

จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นการเลือกปฏิบัติทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับของรัฐผู้รับการลงทุนในบางคดีมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ในคดี *ADF Group Inc v United States of America* ที่สหรัฐอเมริกา มีการบังคับใช้ The Buy America Act ซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องการใช่วัตถุดิบภายในประเทศ (Special Provision regarding the use of domestic material) ในการก่อสร้างทางด่วนตามโครงการ Springfield Interchange โดยผลจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวส่งผลให้วัตถุดิบในการก่อสร้างหรือเหล็กกล้าที่จะนำมาใช้ในโครงการก่อสร้างต้องมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น วัตถุดิบที่ไม่ได้มีแหล่งที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริกา จะไม่สามารถนำมาใช้ในโครงการก่อสร้างได้ เนื่องจากการก่อสร้างทางด่วนดังกล่าวมีการกำหนดคุณสมบัติเหล็กที่จะใช้ในการก่อสร้าง<sup>41</sup> จึงกล่าวได้ว่ากฎหมาย The Buy America Act เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติและมีการกำหนดเรื่องที่ทำให้การเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ พิจารณาเห็นว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวเป็นเรื่องกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Government Procurement) ซึ่งในความตกลง NAFTA มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนไว้

<sup>40</sup> Katia Yannaca-small, The National Treatment Obligation, Arbitration under international investment agreement: A guide to the key issues, p.420

<sup>41</sup> ADF Group Inc. v. United States of America, *ICSID Case No. ABR(AF)/00/1, Award*, 9 January 2003, para

ในข้อ 1108<sup>42</sup> ว่าเป็นข้อยกเว้นว่ารัฐจะไม่นำหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมาบังคับใช้ ดังนั้น รัฐผู้รับการลงทุนสามารถเลือกปฏิบัติได้

#### 4.3.1.2 การเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง (De Facto Discrimination)

การเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง หมายถึง ผลของการบังคับใช้กฎหมาย ข้อบังคับ มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ในการพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการ จะต้องเปรียบเทียบการปฏิบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติได้รับเปรียบเทียบกับการปฏิบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ในหลายคดีพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มีแนวการพิจารณาการปฏิบัติที่ด้อยกว่าโดยพิจารณาจากผลกระทบต่อที่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติได้รับ (Practical Impact) จากการปฏิบัติของรัฐเป็นสำคัญและไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวฐานมาจากประเด็นเรื่องสัญชาติหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

(ก) คดี *Marvin Feldman v Mexico* กรณีพิพาทระหว่างนาย Marvin Roy Feldman ผู้บริหารชาวสหรัฐอเมริกาของบริษัท Corporacion de exportaciones Mexicanas S.A. de C.V. (CEMSA) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายเม็กซิกัน ประกอบกิจการจัดจำหน่ายหรือส่งออกบูทรีกับประเทศเม็กซิโก เกี่ยวกับการปฏิบัติของเม็กซิโกในเรื่องการคืนภาษีจากการส่งออกบูทรีไปต่างประเทศตามกฎหมาย Impuesto Especial Sobre produccion y servicios (IESP) และการจดทะเบียนเป็นบริษัทเพื่อการค้าและการส่งออก (Export Trading Company) โดยโจทก์ได้เปรียบเทียบการปฏิบัติที่บริษัท Mercados1 และ Mercados 2 ของคนชาติที่ประกอบกิจการจัดจำหน่ายและส่งออกบูทรีเหมือนกัน ซึ่งบริษัทของคนชาติได้รับการคืนภาษีและได้รับจดทะเบียนเป็นบริษัทเพื่อการค้าและการส่งออก

<sup>42</sup> NAFTA, Article 1108 Reservation and Exception

...

7. Articles 1102, 1103 and 1107 do not apply to:

(a) procurement by a Party or a state enterprise; or

(b) subsidies or grants provided by a Party or a state enterprise, including government supported loans, guarantees and insurance.



ในการพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการมีการคำนึงถึงกรอบแนวคิดของเรื่องหลักประติบัติ  
 เยี่ยงคนชาติในความตกลง NAFTA โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า

ไม่มีถ้อยคำใดในข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA ที่ต้องแสดงให้เห็นว่าหลัก  
 ประติบัติเยี่ยงคนชาติต้องเป็นผลมาจากเรื่องสัญญาของนักลงทุน แค่แสดงให้เห็น  
 ว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าการลงทุนของ  
 คนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันก็เพียงพอแล้ว<sup>43</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการให้ความเห็นว่าหากการละเมิดข้อ 1102 ถูกจำกัดว่าการเลือก  
 ประติบัติต้องเกิดจากข้อบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐผู้รับการลงทุนอันเกี่ยวกับการประติบัติต่อนักลงทุน  
 ต่างชาติกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติต่างกันนั้น จะเป็นการจำกัดประสิทธิภาพของแนวคิดเรื่องหลักประ  
 ติบัติเยี่ยงคนชาติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ<sup>44</sup>

หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวพบว่าโจทก์ถือว่าอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับ  
 การประกอบกิจการของบริษัท Mercados1 และ Mercados 2 แล้ว ประเด็นต่อมาคณะ  
 อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณาว่าโจทก์ได้รับผลกระทบและได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่าที่  
 นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติได้รับหรือไม่ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณา  
 ข้อเท็จจริงแห่งคดี ในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าโจทก์ได้รับการประติบัติที่ด้อยกว่า เนื่องจาก  
 โจทก์ได้รับการปฏิเสธการคืนภาษีจำนวน 2.35 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพื่อการส่งออกในช่วงตุลาคมถึง  
 พฤศจิกายน ค.ศ. 1997 ตามกฎหมาย IESP และถูกปฏิเสธการจดทะเบียนเป็นบริษัทเพื่อการค้าและ  
 การส่งออก (Export Trading Company) ซึ่งผลจากการที่รัฐบาลเม็กซิโกปฏิเสธไม่ขึ้นทะเบียนเป็นผู้  
 ส่งออกให้แก่โจทก์นั้น ส่งผลให้กรมศุลกากรของเม็กซิโกไม่สามารถออกเอกสารให้โจทก์เพื่อทำการ  
 ส่งออกบุหรี่ได้ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ไม่สามารถส่งออกสินค้าตามปกติได้ ในขณะที่บริษัท  
 Mercados1 และ Mercados 2 ซึ่งเป็นบริษัทคนชาติได้รับการคืนภาษีและได้รับการจดทะเบียน  
 คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาและวินิจฉัยว่าเม็กซิโกละเมิดพันธกรณีเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ  
 ตามข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA

<sup>43</sup> Marvin Feldman v. Mexico, Award, para 181

<sup>44</sup> Ibid, para 183

(ข) คดี *S.D. Myers Inc v Government of Canada* เป็นอีกคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญเรื่องผลของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers, Inc. (SDMI หรือโจทก์) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา ประกอบธุรกิจกำจัดสารพิษอันตรายกับประเทศแคนาดา เกี่ยวกับการออกคำสั่งระงับการส่งออกสาร Polychlorinated Biphenyl (PCB) เพื่อไปทำลายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแคนาดาอ้างว่าเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแคนาดา (Canadian Environmental Protection Act หรือ CEPA) และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซล (Basel Convention) ที่แคนาดาเป็นภาคี โจทก์เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเมื่อเทียบกับบริษัท Chem-Security และ Cintec ของคนชาติที่ประกอบกิจการกำจัดสารพิษอันตรายเหมือนกัน

ในการพิจารณาหลังจากคณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกันและคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าการลงทุนของโจทก์ถืออยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับการลงทุนของคนชาติ คือ บริษัท Chem-Security และ Cintec แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่โจทก์ได้รับนั้นดีไปกว่าการปฏิบัติที่ตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติได้รับหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้ความเห็นว่า

ในการพิจารณาว่ามาตรการเป็นการขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่นั้นจะต้องทำการพิจารณาว่าผลกระทบในทางปฏิบัติของมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่ไม่สมเหตุสมผลแก่คนชาติอยู่เหนือคนต่างชาติหรือไม่ (disproportionate benefits) หรือไม่<sup>45</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีและพบว่าคำสั่งระงับการส่งออกชั่วคราวและคำสั่งระงับการส่งออก ให้การปฏิบัติที่ดีกว่าแก่คนชาติแคนาดาเหนือคนต่างชาติ เนื่องจากผลของมาตรการดังกล่าวส่งผลให้โจทก์และการลงทุนของโจทก์ถูกกีดกันในการดำเนินธุรกิจ ทำให้โจทก์เสียประโยชน์ในการแข่งขันกับบริษัทแคนาดา เนื่องจากโจทก์ต้องมีการขนย้ายสาร PCB ไปทำลายที่ประเทศสหรัฐอเมริกา คำสั่งระงับห้ามการส่งออกดังกล่าวทำให้โจทก์มีต้นทุนในการทำลายสาร PCB ที่สูงขึ้นเนื่องจากต้องใช้อุปกรณ์และเครื่องมือในประเทศแคนาดา ทั้งนี้

<sup>45</sup> S.D.Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, para 252

จากหลักฐาน เช่น บันทึกและคำกล่าวของรัฐมนตรีสิ่งแวดล้อมที่กล่าวถึงนโยบายเรื่อง PCB ว่าควรถูกทำลายในแคนาดาและโดยคนแคนาดา (PCB waste should be disposed of... in Canada by Canadians) สุนทรพจน์ที่รัฐมนตรีไปพูดต่อ Canadian Bar Association Environmental Section ก็ได้เน้นย้ำว่าแคนาดาได้ปฏิบัติตามพันธกรณีใน Basel convention ที่ให้กำจัดสาร PCB ด้วยตัวแคนาดาเอง และการที่ผู้ผลิตภายในประเทศทั้ง Chem security และ Cintec ได้เข้าพบรัฐมนตรีเนื่องจากเกรงว่าบริษัทโจทก์จะคุกคามและลดความสามารถในการดำเนินการของบริษัทนั้น ล้วนแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามาตรการดังกล่าวมีเจตนาในการคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เป็นของชาติจากการแข่งขันกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งโจทก์อยู่ในสถานะที่ดึงดูดลูกค้าได้ดีกว่า เนื่องจากให้ราคาบริการที่ดีกว่า ประกอบกับมีประสบการณ์และความน่าเชื่อถือ โจทก์จึงมีความสามารถในการประกอบธุรกิจที่เหนือกว่าบริษัทของชาติ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่าการกระทำของรัฐบาลแคนาดาเป็นการละเมิดพันธกรณีเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA<sup>46</sup>

จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวพบว่าโจทก์ได้รับนั้นการประติบัติที่ด้อยกว่าที่นักลงทุนหรือการลงทุนของชาติได้รับ โดยโจทก์ได้รับความเสียหาย ถูกกีดกันใน การดำเนินธุรกิจ และสูญเสียโอกาสในการประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นการประติบัติที่โจทก์ควรได้รับ เนื่องจากโจทก์ถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับการลงทุนของชาติ

นอกจากนี้ จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีพบว่าข้อพิพาทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติส่วนใหญ่มักมีความเกี่ยวข้องกับมาตรการหรือการประติบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนให้หลังการเข้ามาจัดตั้งกิจการในประเทศผู้รับการลงทุนแล้ว โดยปกติแล้ว ในกรณีที่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติถือว่าอยู่ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับการลงทุนของชาติก็ควรได้รับการประติบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่นักลงทุนหรือการลงทุนของชาติได้รับ นักลงทุนหรือการลงทุนของคนต่างชาติควรได้รับการประติบัติเหมือนกันตามที่กฎหมาย กฎเกณฑ์หรือมาตรการใดๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมาเพื่อให้การประติบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของชาติ ซึ่งจากการศึกษาคำตัดสินเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศสามารถแบ่งการประติบัติที่ด้อยกว่าว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการได้รับภาษีคืน (Tax rebates) มาตรการระงับการส่งออก (Export Ban) กระทบวงการทาง

<sup>46</sup> Ibid, paras 255-256

ศุลกากร (Custom Authorities) ข้อกำหนดเรื่องการใช้สินค้าภายใน (Domestic Fabrication requirement) การบริหารสัญญา (Contract administration practice) เป็นต้น<sup>47</sup>

#### 4.3.2 ความสำคัญของเจตนา

เจตนาในการเลือกปฏิบัติเป็นประเด็นที่คู่กรณีในหลายคดีมีการยกขึ้นมากว่าอ้าง โดยอ้างถึงแนวทางการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลง GATT ข้อ 3<sup>48</sup> ซึ่งมีการนำเรื่องเจตนาในการคุ้มครองคนชาติ (As to afford protection to domestic production) มาเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาว่ามาตรการของรัฐละเมิดพันธกรณีในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ คู่กรณีแห่งคดีเห็นว่าควรนำเรื่องเจตนามาใช้พิจารณาในคดีว่าด้วยการลงทุนด้วย กล่าวคือพิจารณาว่าออกกฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมาตรการใดที่เกี่ยวข้องของรัฐผู้รับการลงทุนมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องคุ้มครองหรือให้สิทธิพิเศษแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติหรือไม่<sup>49</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ปฏิเสธในการนำเรื่องเจตนาของรัฐผู้รับการลงทุนมาใช้ประกอบการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่ต่อกว่าเกิดขึ้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

<sup>47</sup> Andrew Newcombe & LLuis Paradell, The law and practice of investment treaties, standard of treatment, pp. 184-185

<sup>48</sup> The General Agreement on Tariffs and Trade, Article 3 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.**

<sup>49</sup> M. Sornarajah, The international law on Foreign investment, p.339

(ก) ในคดี *Marvin Feldmen v Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า

การกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติพิสูจน์ว่าการเลือกประติบัติของรัฐผู้รับการลงทุน เป็นผลมาจากเรื่องสัญญาหรือไม่นั้น เป็นการสร้างภาระแก่โจทก์ เนื่องจากข้อมูล ส่วนใหญ่จะอยู่กับฝ่ายรัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุน จึงเป็นไปได้ที่โจทก์จะพิสูจน์ ว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีเจตนาเลือกประติบัติเนื่องจากสัญญาของนักลงทุน<sup>50</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นการให้นักลงทุนต่างชาติเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าการเลือก ประติบัติดังกล่าวมีสาเหตุมาจากเรื่องสัญญาของนักลงทุนเป็นการก่อภาระแก่นักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากข้อมูลส่วนใหญ่จะอยู่กับฝ่ายรัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุน จึงเป็นการยากที่นักลงทุนต่างชาติ จะพิสูจน์ถึงเจตนาของรัฐผู้รับการลงทุนว่ามีการเลือกประติบัติอันเนื่องมาจากเรื่องสัญญา

(ข) ในคดี *S.D. Myers Inc v Government of Canada* คณะอนุญาโตตุลาการได้นับย้ำว่า การมีหลักฐานว่ารัฐมีเจตนาในการคุ้มครองคนชาติไม่จำเป็นเสมอไปว่าจะมีการละเมิดหลักประติบัติ เยี่ยงคนชาติเกิดขึ้น ยังต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญอีกเรื่อง คือ ต้องมีการได้รับการประติบัติที่ต่ำกว่า และได้มีความเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า

เจตนาเป็นเรื่องสำคัญ แต่เจตนาในการให้ความคุ้มครองหรือให้สิทธิพิเศษแก่คนชาติ เหนือกว่าคนต่างชาตินั้นไม่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA หากมาตรการดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อนักลงทุนหรือการลงทุน ของต่างชาติ ทั้งนี้การละเมิดพันธกรณีข้อ 1102 ควรดูผลกระทบ (impact) จากการ ประติบัติมากกว่าเรื่องเจตนา<sup>51</sup>

แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะมีความเห็นว่าเจตนาไม่ใช่สิ่งสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในการ พิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการมีการพิจารณาเจตนาของประเทศแคนาดาในการออกคำสั่งชั่วคราว ระวังการส่งเอกสาร PCB ด้วย จากหลักฐานของคู่ความทั้งสอง เช่น บันทึกและคำกล่าวของรัฐมนตรี สิ่งแวดล้อมที่กล่าวถึงนโยบายของแคนาดาการกำจัดกาก PCB ควรทำในแคนาดาโดยคนแคนาดา

<sup>50</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*, Award, para 183

<sup>51</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, para 254

(PCB waste should be disposed of... in Canada by Canadians) การที่ผู้ผลิตภายในประเทศ ทั้ง Chem security และ Cintec เข้าพบรัฐมนตรีเนื่องจากเกรงว่าบริษัทโจทก์จะคุกคามและลดความสามารถในการดำเนินการของบริษัททั้งสอง รวมถึงการเป็นภาคี Basel Convention ของแคนาดา ซึ่งเป็นเหตุผลที่แคนาดายกขึ้นมาเพื่อสนับสนุนเหตุผลในการเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หลักฐานข้างต้นสะท้อนให้เห็นเจตนาของแคนาดาในการออกคำสั่งระงับการส่งออกชั่วคราวและคำสั่งระงับการส่งออกเพื่อช่วยเหลืออุตสาหกรรมภายในประเทศจากการแข่งขันกับสหรัฐอเมริกา และเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยผลของคำสั่งดังกล่าวส่งผลให้โจทก์และการลงทุนของโจทก์ถูกกีดกันในการดำเนินธุรกิจ ทำให้โจทก์เสียประโยชน์ในการแข่งขันกับบริษัทแคนาดา การกระทำของรัฐบาลแคนาดาเป็นการละเมิดพันธกรณีเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA

นอกจากคดีข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นได้มีการเน้นย้ำว่าเจตนาไม่ใช่สิ่งสำคัญ เช่น คดี *Siemens A.G. v The Argentine Republic* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวมีความเห็นว่า เจตนาไม่ใช่องค์ประกอบที่จำเป็นในการพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นหรือไม่ ผลกระทบจากมาตรการดังกล่าวจะเป็นตัวสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ<sup>52</sup>

#### 4.3.3 ระดับการให้การปฏิบัติ (Level of Treatment)

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่มักมีการบัญญัติข้อบทในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ว่ารัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ (no less favourable treatment OR treatment no less favourable) อย่างไรก็ตาม บางความตกลงระหว่างว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศกำหนดว่าการปฏิบัติควรเหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน (same or as favourable as) ในขณะที่ความตกลงบางฉบับมีบทบัญญัติที่ว่าจะให้การปฏิบัติที่มากกว่า (which is more

<sup>52</sup> Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID case no. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para 321

favourable) ให้แก่คนชาติ<sup>53</sup> ประเด็นเรื่องระดับในการให้การปฏิบัติเป็นอีกประเด็นอันเป็นผลมาจากความไม่ชัดของบทบัญญัติในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ไม่มีการกำหนดถึงระดับการให้การปฏิบัติที่ชัดเจนว่าระดับการให้การปฏิบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติควรเป็นการให้การปฏิบัติระดับมาตรฐานที่ให้แก่กลุ่มของนักลงทุนคนชาติหรือเป็นการให้การปฏิบัติที่ดีที่สุด<sup>54</sup> ซึ่งข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีลักษณะเป็นการบัญญัติอย่างกว้าง ไม่มีการระบุรายละเอียดเกี่ยวกับระดับการให้การปฏิบัติที่นักลงทุนต่างชาติควรได้รับ

จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆ พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่าระดับการให้การปฏิบัติควรเป็นการให้การปฏิบัติที่ดีที่สุด (best treatment) เช่น คดี *Pope & Talbot Inc. v Canada* ซึ่งแคนาดาหรือจำเลยในคดีกล่าวอ้างถึงความตกลง NAFTA ในข้อบท 1102(2) และ (3) มีการบัญญัติโดยใช้คำที่ต่างกัน ดังนั้นการให้การปฏิบัติก็ควรต่างกัน โดยข้อบท 1102(2)<sup>55</sup> มีการบัญญัติโดยใช้คำว่า no less favourable treatment ในขณะที่ข้อบท 1102(3)<sup>56</sup> มีการบัญญัติโดยใช้คำว่า no less favorable than the most favourable treatment โดยแคนาดาเห็นว่ากรณีที่ข้อบท 1102(2) ไม่มีการบัญญัติคำว่า than the most favorable treatment ต่อท้ายเป็นการเปิดช่องอนุญาตให้รัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนสามารถให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนต่างชาติที่ด้อยกว่าการปฏิบัติที่ดีที่สุดได้ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการตีความตามถ้อยคำที่ปรากฏในข้อบทโดยมีความเห็นว่า

---

<sup>53</sup> Andrea K. Bjorklund, "The National Treatment Obligation", *Arbitration under International Investment Agreement: A guide to the key issues*, p. 436

<sup>54</sup> Ibid, p. 430

<sup>55</sup> NAFTA, Article 1102

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.

<sup>56</sup> NAFTA, Article 1102

3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

พันธกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนในการให้การปฏิบัติที่ดีที่สุด (best treatment) ต่อการลงทุนใดๆที่เกิดขึ้นในประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน ไม่เพียงให้การปฏิบัติที่ดีที่สุดที่สุดเฉพาะการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น<sup>57</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่า การบัญญัติโดยใช้คำที่ต่างกันไม่ได้นำมาซึ่งความแตกต่างในการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนภายใต้ข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA ซึ่งในการตีความคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องตีความข้อ 1102(1) และ (2) ด้านหนึ่งและตีความข้อ 1102(3) อีกด้านหนึ่ง โดยตีความมาตรฐานในการได้รับการปฏิบัติว่าต้องเป็นการปฏิบัติที่ดีที่สุดที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ในการนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้ความหมายของคำว่า การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่า (no less favorable) ว่า หมายถึง ที่เท่ากัน ไม่ดีกว่าหรือด้อยกว่า การปฏิบัติที่ดีที่สุดที่ให้แก่ตัวเปรียบเทียบ (equivalent to, not better or worse than, the best treatment accorded to the comparator)<sup>58</sup>

ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Marvin Feldman v Mexico* ก็ได้ให้ความเห็นไปในทิศทางเดียวกับกับคดีข้างต้น โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในความตกลง NAFTA ไม่ได้ระบุชัดแจ้งว่าการปฏิบัติที่นักลงทุนต่างชาติได้รับต้องเป็นการปฏิบัติที่ดีที่สุดที่ให้แก่นักลงทุนที่เป็นคนชาติหรือเป็นเพียงการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนที่เป็นคนชาติ เนื่องจากในข้อ 1102(1) และ (2) ไม่มีข้อความ most favorable treatment ต่อท้ายเหมือนข้อ 1102(3) แม้ว่าข้อ 1102(1) และ (2) จะไม่มีการใช้ถ้อยคำดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนต่างชาติต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันที่ใช้แก่นักลงทุนที่เป็นคนชาติ (most favorably treated domestic investor)<sup>59</sup>

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการตีความเรื่องระดับการให้การปฏิบัติจากคดีข้างต้นเป็นการตีความตามข้อบทเนื่องจากในข้อ 1102(3) ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการปฏิบัติที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติตามข้อ 1102(1) และ(2) ต้องเป็นการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ดีที่สุดแห่งรัฐหรือจังหวัดนั้น อย่างไรก็ตาม ข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความ

<sup>57</sup> Pope & Talbot Inc. v The Government of Canada, Award, para 41

<sup>58</sup> Ibid, para 42

<sup>59</sup> Marvin Feldman v. Mexico, Award, para 185



ตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่มีการกำหนดข้อบทเหมือนข้อ 1102(3) แห่งความตกลง NAFTA จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณากันต่อไปว่าในกรณีที่ข้อบทไม่มีการบัญญัติไว้ ระดับการให้การปฏิบัติจะมีความแตกต่างหรือไม่ อย่างไร

จากการศึกษาแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการมีส่วนช่วยให้ปัญหาความไม่ชัดเจนในการพิจารณาเรื่องการได้รับการปฏิบัติที่ต่อยกว่ามีความชัดเจนมากขึ้น กล่าวคือ แนวทางการพิจารณาว่ามีการปฏิบัติที่ต่อยกว่าเกิดขึ้นหรือไม่ นั้นที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ ครอบคลุมรูปแบบการเลือกปฏิบัติทั้งทางข้อกฎหมาย (De Jure Discrimination) และ การเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง (De Facto Discrimination) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีการให้นำหนักกับผลจากการปฏิบัติของรัฐ (Practical Impact) ว่าการปฏิบัติที่ต่อยกว่าจะต้องส่งผลให้นักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายหรือเสียผลประโยชน์ที่ไม่ได้สัดส่วน (Disproportionate Benefits) โดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้นำหนักมากนักในประเด็นเรื่องสัญชาติของนักลงทุน (Nationality) และเจตนาในการให้ความคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ (Intent) ตามแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงองค์การการค้าโลก เนื่องจากการพิสูจน์เป็นไปได้ยากและข้อมูลที่เกี่ยวข้องก็อยู่กับฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุน ทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ ส่วนประเด็นที่คำตัดสินยังไม่มีคำตอบชัดเจน เช่น ระดับการให้การปฏิบัติ แม้ว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจะมีการพูดถึงประเด็นดังกล่าวมาบ้าง แต่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้เหตุผลที่ชัดเจนมากนัก

#### 4.4 เหตุผลที่ชอบธรรมของรัฐผู้รับการลงทุนในการเลือกปฏิบัติ

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น ในการพิจารณาว่ามีการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดขั้นตอนในการพิจารณาเอาไว้ ประการแรก คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นกลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกับกับนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ ประการต่อมา ก็จะพิจารณาว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติได้รับการปฏิบัติที่ต่อยกว่าหรือไม่ และประการสุดท้าย พิจารณาว่ารัฐผู้รับการลงทุน เหตุผลที่ชอบธรรมในการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งนี้ แม่ว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติจะอยู่ในสถานการณ์เดียวกันและได้รับการปฏิบัติที่ต่อยกว่าจากรัฐผู้รับการลงทุนก็อาจไม่ละเมิดหลักประ

ตีบตีแย่งคนชาติได้ หากรัฐผู้รับการลงทุนมีเหตุผลที่ชอบธรรมและสมเหตุสมผลในการเลือกประติบัติดังกล่าว<sup>60</sup>

จากการศึกษาแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะนำเรื่องเหตุผลที่ชอบธรรมมาพิจารณาภายหลังจากที่มีการกำหนดตัวเปรียบเทียบและการพิจารณาว่ามีได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเกิดขึ้นแล้ว โดยเหตุผลที่รัฐผู้รับการลงทุนกล่าวอ้างมักเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น เป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกเก็บอากรตอบโต้ เพื่อป้องกันไม่ให้อุตสาหกรรมน้ำตาลในประเทศล้มละลาย หรืออาจเป็นเหตุผลเรื่องความปลอดภัย เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

(ก) คดี *Pope & Talbot Inc. v Canada* กรณีพิพาทระหว่างบริษัท Pope & Talbot Inc. (โจทก์) ของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบธุรกิจโรงงานไม้แปรรูปในจังหวัดบริติช โคลัมเบีย ประเทศแคนาดา กับรัฐบาลประเทศแคนาดาอันเกี่ยวกับมาตรการจำกัดโควต้าในการส่งออกไม้แปรรูปตามข้อตกลงระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาอเมริกากับแคนาดา (Softwood Lumber Agreement (SLA)) ใน 4 จังหวัด กล่าวคือ จังหวัดบริติช โคลัมเบีย (British Columbia) แอลเบอร์ตา (Alberta) ออนแทรีโอ (Ontario) และควิเบก (Quebec) โดยผู้ผลิตและส่งออกไม้ใน 4 จังหวัดดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานส่วนกลางก่อนการส่งออกไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแคนาดาอ้างเหตุผลว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกเก็บอากรตอบโต้ (countervailing duty (CVD)) จากกระทรวงพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีและพบว่าปัญหาไม้เนื้ออ่อนระหว่างประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกา มีมาก่อนการเข้าทำข้อตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา กับแคนาดาว่าด้วยเรื่องการค้าไม้ (Softwood Lumber Agreement (SLA)) และพบว่ามาตรการควบคุมการส่งออกไม้เนื้ออ่อนถูกบังคับใช้เฉพาะ 4 จังหวัดที่ถูกระบุไว้เป็นพิเศษ จังหวัดอื่นในประเทศแคนาดาสามารถส่งออกไม้เนื้ออ่อนได้โดยไม่ถูกจำกัดการส่งออก ทั้งนี้ ในระหว่างการเจรจากับประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อกำหนดจังหวัดที่จะถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษนั้นได้พิจารณาถึงเหตุผล

<sup>60</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, p.250

และข้อพิพาทเรื่องการค้าไม้เนื้ออ่อนระหว่างประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกาตลอด 20 ปีที่ผ่านมา โดยไม้เนื้ออ่อนจาก 4 จังหวัดที่ถูกระบุไว้ที่ส่งไปยังสหรัฐอเมริกาคิดเป็นร้อยละ 95 ของการส่งออกไม้ทั้งหมดของแคนาดา และไม้เนื้ออ่อนจาก 4 จังหวัดดังกล่าวถูกเก็บอากรตอบโต้ (countervailing duty (CVD)) จากกระทรวงพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>61</sup> การออกมาตรการควบคุมการส่งออกที่ครอบคลุมจังหวัดที่ถูกระบุไว้เป็นพิเศษนั้นถือว่ามีเหตุผลที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกเก็บอากรตอบโต้จากสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวยังกระทบนักลงทุนชาวแคนาดามากกว่า 500 รายเช่นเดียวกับที่โจทก์ได้รับ คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่านักลงทุนภายใต้จังหวัดที่ถูกระบุไว้เป็นพิเศษไม่ถือว่าในสถานการณ์เดียวกันกับผู้ผลิตในจังหวัดอื่น จึงไม่เป็นการละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 1102 แห่งความตกลง NAFTA<sup>62</sup>

(ข) คดี *GAMI Investment, Inc v The Government of the United Mexico states* เป็นอีกหนึ่งคดีที่มีการรัฐผู้รับการลงทุนมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลในการเลือกประติบัติ โดยเป็นกรณีพิพาทระหว่างโจทก์ คือบริษัท GAMI Investments Inc. (GAMI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้รับกิจการโรงงานน้ำตาลจากรัฐบาลเม็กซิโกภายใต้โครงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization program) ในประเทศเม็กซิกันจำนวน 5 แห่งด้วยกันคือ Tala, Lazaro Cardenas, San Pedro, San Francisco, และ Benito Juarez โดยแห่งที่ 1-4 ผลิตน้ำตาลมาตรฐาน ในขณะที่แห่งที่ 5 ผลิตน้ำตาลทรายขาวบริสุทธิ์ ซึ่งการลงทุนของโจทก์ถือเป็นผู้ผลิตน้ำตาลรายใหญ่ลำดับที่ 4 ในประเทศเม็กซิโก การที่เม็กซิโกออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน (the Expropriation Decree) ส่งผลให้โรงงานน้ำตาลจำนวน 22 แห่งถูกเวนคืนตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งรวมถึงโรงงานน้ำตาลทั้ง 5 แห่งของโจทก์ด้วย<sup>63</sup> เม็กซิโกอ้างว่าการเวนคืนกิจการน้ำตาลเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เนื่องจากโรงงานน้ำตาลจำนวนเกือบครึ่งหนึ่งดำเนินการโดยไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ ซึ่งรัฐต้องเข้าไปให้ความช่วยเหลือ

<sup>61</sup> Pope & Talbot v. Government of Canada, Award, para 86

<sup>62</sup> Ibid, paras 87-88

<sup>63</sup> Gami Investments, Inc v The Government of the United Mexican States, *Final Award*, 15 November 2004, para 17

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจาก มาตรการดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับนโยบายที่ชอบธรรม (Legitimate goal of policy) เพื่อป้องกันไม่ให้อุตสาหกรรมน้ำตาลตกอยู่ภายใต้กิจการที่ล้มละลาย ทั้งนี้การปรับใช้มาตรการดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นการกีดกันการสร้างโอกาสที่เท่าเทียมกัน<sup>64</sup>

คดีทั้งสองข้างต้นสะท้อนให้เห็นเหตุผลของรัฐผู้รับการลงทุนในเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดโควตาการส่งออกไม้แปรรูปเพื่อป้องกันการถูกเก็บอากรตอบโต้ และการเวนคืนกิจการเพื่อป้องกันไม่ให้อุตสาหกรรมน้ำตาลตกอยู่ภายใต้กิจการที่ล้มละลาย ซึ่งถือว่าเป็นเหตุผลที่สมเหตุสมผล เพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ การปรับใช้มาตรการดังกล่าว ยังไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างบริษัทต่างชาติกับคนชาติ เนื่องจากนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติในสองคดีข้างต้นก็ได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน

(ค) คดี *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada* กรณีพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers, Inc. (SDMI หรือโจทก์) บริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา ประกอบธุรกิจกำจัดสารพิษอันตรายกับประเทศแคนาดา เกี่ยวกับการออกคำสั่งระงับการส่งออกสาร Polychlorinated Biphenyl (PCB) เพื่อไปทำลายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแคนาดาอ้างว่ามาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช รวมถึงเพื่อคุ้มครองด้านสิ่งแวดล้อม เนื่องจากสาร PCB ถือเป็นสารพิษหนึ่งภายใต้ The Environmental Contaminants Act ของแคนาดา นอกจากนี้ สาร PCB เป็นสารที่ใช้เวลาในการย่อยสลายค่อนข้างนาน การกำจัดสารดังกล่าวออกจากสิ่งแวดล้อมสามารถต้องกำจัดได้โดยใช้ความร้อนสูง กระบวนการทางเคมี หรือการฝังกลบ เป็นต้น การออกมาตรการของแคนาดาเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแคนาดา (Canadian Environmental Protection Act หรือ CEPA) และสอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซล (Basel Convention) ที่ห้ามการส่งออกและการนำเข้าสารอันตรายจากรัฐหรือไปยังรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาบาเซล

---

<sup>64</sup> Ibid, para 114

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการพบว่า การออกมาตรการของแคนาดาไม่ได้เป็นไปได้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อม แต่มีวัตถุประสงค์ทางอ้อมในการปกป้องอุตสาหกรรมของคนชาติให้สามารถแข่งขันได้<sup>65</sup>

(ง) คดี *Cross-Border Trucking Services*<sup>66</sup> กรณีพิพาทระหว่างประเทศเม็กซิโก (โจทก์) กับสหรัฐอเมริกาในประเด็นการละเมิดพันธกรณีหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติข้อ 1202<sup>67</sup> และ 1102 ภายใต้ความตกลง NAFTA โดยโจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเนื่องจากสหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่ให้ผู้ขับรถบรรทุกชาวเม็กซิกันขับรถเข้าไปในรัฐแคลิฟอร์เนีย นิวเม็กซิโก อริโซนา และเท็กซัส ของประเทศสหรัฐอเมริกาและปฏิเสธไม่ให้บริษัทหรือผู้ประกอบการในกิจการรถบรรทุกจากประเทศเม็กซิโกมาให้บริการในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าการกระทำของสหรัฐอเมริกาชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีเหตุผลที่ชอบธรรมในเรื่องความปลอดภัย ทำให้สหรัฐอเมริกาสามารถให้การเลือกปฏิบัติได้ สหรัฐอเมริกาเห็นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการรถบรรทุกของเม็กซิโกแตกต่างจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกา การควบคุมตามกฎหมายก็ต่างกันเป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมายที่ต่างกัน เช่น มาตรฐานที่กำหนดชั่วโมงขับรถของคนขับรถบรรทุกและอุปกรณ์เกี่ยวกับความปลอดภัยของรถบรรทุก

ในการพิจารณาว่ามีการละเมิดหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของความตกลง NAFTA ที่ว่าเพื่ออุปสรรคทางการค้า และเพื่ออำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายสินค้าหรือบริการข้ามพรมแดนระหว่างรัฐสมาชิก<sup>68</sup> คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า

<sup>65</sup> S.D. Myers, Inc. v Government of Canada, para 195

<sup>66</sup> คดี *Cross-Border Trucking Services* เป็นกรณีพิพาทซึ่งตัดสินโดย NAFTA Panel ไม่ได้ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่คดีดังกล่าวถือเป็นแนวทางในการตีความหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในคดีนี้ได้

<sup>67</sup> NAFTA, Article 1202 National Treatment

1. Each Party shall accord to service providers of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own service providers.

<sup>68</sup> Cross border Trucking Services, Final Report of the Panel, 6 February 2001, para.258

การเลือกปฏิบัติต้องไม่เกินความจำเป็นในเรื่องเหตุผลอันชอบธรรม เช่น เรื่องความปลอดภัย และการเลือกปฏิบัติดังกล่าวต้องเท่าเทียมกับการปฏิบัติที่ให้แก่ผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติ<sup>69</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่สหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่ให้ผู้ขับรถบรรทุกชาวเม็กซิกันขับรถเข้าไปในประเทศสหรัฐอเมริกาและและปฏิเสธไม่ให้บริษัทหรือผู้ประกอบการในกิจการรถบรรทุกจากประเทศเม็กซิโกมาให้บริการในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหากสหรัฐอเมริกาจะอ้างถึงมาตรฐานเรื่องความปลอดภัย สหรัฐอเมริกาก็จะต้องกระทำโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป อย่างไรก็ตาม ความตกลง NAFTA อนุญาตให้มีการห้ามมิให้ผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิก NAFTA ประกอบกิจการอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลง NAFTA<sup>70</sup>

ทั้งนี้ เหตุผลที่ชอบธรรมในการเลือกปฏิบัติที่ปรากฏในคดีข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ในการออกมาตรการต่างๆ รัฐผู้รับการลงทุนมีอำนาจและดุลยพินิจในการกำหนดเหตุผลที่รัฐเห็นว่ามี ความสำคัญต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ รัฐก็สามารถออก มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติได้ ส่วนการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวจะถือเป็นมาตรการที่ชอบ ธรรมด้วยเหตุผลหรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาถึงเจตนาและการปฏิบัติที่รัฐกระทำ ว่าก่อให้เกิดการปฏิบัติที่ด้อยกว่าแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติหรือไม่และนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีข้างต้นมีแนวโน้มยอมรับเหตุผลที่ชอบธรรม ต่างๆ ตามที่รัฐผู้รับการลงทุนกล่าวอ้าง ไม่ว่าจะเป็น เหตุผลเรื่องสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัย หรือ เหตุผลอื่นๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนเห็นว่าจำเป็น ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้วินิจฉัยเรื่องหลักเกณฑ์ ในการจะถือเป็นเหตุผลที่ชอบธรรมให้รัฐสามารถให้การเลือกปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการเปิด โอกาสให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างเต็มที่ คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางการ ตีความเหตุผลในการเลือกปฏิบัติของรัฐอย่างกว้าง เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐออกมาตรการที่มีความ

<sup>69</sup> Ibid

<sup>70</sup> Ibid, para 300

ยึดหยุ่นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่จำเป็นและเป็นการเฉพาะได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการตีความดังกล่าวมีความเหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้มีการกล่าวถึงเงื่อนไขในการเลือกปฏิบัติว่าต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ และการเลือกปฏิบัติดังกล่าวต้องไม่ขัดกับวัตถุประสงค์แห่งความตกลงนั้นๆ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีมีการกล่าวเพิ่มเติมด้วยว่าการเลือกปฏิบัติต้องไม่เกินความจำเป็น (necessary) เพื่อการบรรลุในวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องความจำเป็นยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในปัจจุบันยังไม่มีแนวทางการที่ชัดเจนในเรื่องนี้ว่าการปฏิบัติที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุผลที่ชอบธรรมควรมีหลักเกณฑ์อย่างไร ขอบเขตของรัฐผู้รับการลงทุนในเรื่องนี้ควรเป็นอย่างไร นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจน กล่าวคือ ประเด็นเรื่องมาตรการที่ชอบธรรมนั้นต้องเป็นมาตรการที่กีดกันทางการลงทุนน้อยที่สุดหรือไม่ (least investment restrictive measure) มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนหรือไม่ (Necessary and Proportionality)<sup>71</sup>

## สรุป

ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนสามารถแบ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวออกเป็นสองประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ ปัญหาการตีความและการกำหนดตัวเปรียบเทียบซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In Like circumstances) และปัญหาการตีความและการพิจารณาว่ามีการได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่ (No Less Favourable Treatment) ซึ่งความไม่ชัดเจนของข้อบทในประเด็นดังกล่าวส่งผลให้เกิดปัญหาการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง ในการพิจารณาข้อพิพาทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการกำหนดแนวทางและประเด็นที่คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณา

<sup>71</sup> Andrew Newcombe, *The law and practice of international treaties: standard of treatment*, p.178

ขั้นแรก คณะอนุญาโตตุลาการจะกำหนดตัวเปรียบเทียบที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ ซึ่งจากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆ พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการกำหนดตัวเปรียบเทียบ (Comparators) ที่เป็นนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ โดยพิจารณาจากลักษณะการประกอบธุรกิจหรือภาคเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ ตัวเปรียบเทียบควรเป็นการลงทุนที่อยู่ในธุรกิจประเภทเดียวกันหรืออยู่ภายใต้ภาคส่วนทางเศรษฐกิจเดียวกัน (same business or same economic sector) อ้างอิงจาก National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises 1993 ซึ่งจัดทำโดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development หรือ OECD) คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีมีการนำข้อพิจารณาอื่นๆ เช่น คุณลักษณะและวิธีปฏิบัติทางธุรกิจ รวมถึงเงื่อนไข หรือขอบเขตของการลงทุน มาใช้ประกอบการพิจารณาว่านักลงทุนและการลงทุนของคนชาติกับนักลงทุนและการลงทุนของต่างชาติอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะนำหลักเกณฑ์การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade หรือ GATT) มาใช้ในการตีความคำว่าสถานการณ์เดียวกันภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ขั้นที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาตินั้นได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าตัวเปรียบเทียบที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับหรือไม่ จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางในการพิจารณาว่าการปฏิบัติที่ด้อยกว่าครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติทางข้อกฎหมายและการเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง สำหรับการเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง คณะอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญกับผลกระทบจากการปฏิบัติของรัฐ (Practical effect) ที่กระทบต่อนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการว่าปฏิเสธที่นำเรื่องเจตนาในการคุ้มครองคนชาติ (As to afford protection to domestic production) ตามแนวทางการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้ามาใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเจตนาไม่ใช่สิ่งจำเป็นในการพิจารณาการละเมิดพันธกรณีเรื่องหลักปฏิบัติ



เยี่ยงคนชาติ ในเรื่องระดับการให้การปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆ มีความเห็นเป็นสองแนวว่าการปฏิบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนควรให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาตินั้นควรเป็นการปฏิบัติที่ดีที่สุดหรือเป็นปฏิบัติทั่วไป อย่างไรก็ตามจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆ ยังไม่มีการให้ความชัดเจนในประเด็นนี้เท่าที่ควร

ขั้นสุดท้าย คณะอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณารัฐผู้รับการลงทุนมีเหตุผลที่ชอบธรรมรองรับการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าเหตุผลที่ชอบธรรมที่รัฐผู้รับการลงทุนมีการกล่าวอ้างมักเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น เป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกเก็บอากรตอบโต้ เพื่อป้องกันไม่ให้อุตสาหกรรมน้ำตาลในประเทศล้มละลาย หรืออาจเป็นไปเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ทั้งนี้ ในการพิจารณาเรื่องเหตุผลที่ชอบธรรมของคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เคร่งครัดและแน่นอน เหตุผลที่ชอบธรรมเป็นดุลยพินิจของรัฐในการพิจารณา แต่การอ้างเหตุผลที่ชอบธรรมต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติกับของคนชาติ

คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทและเป็นเครื่องมือสำคัญในการช่วยสร้างความชัดเจน ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าในการตีความคณะอนุญาโตตุลาการมีการตีความตามถ้อยคำแห่งข้อบท และคำนี้ถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งความตกลงนั้นร่วมด้วย สอดคล้องกับแนวทางการตีความที่ระบุไว้ในข้อ 31 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งกำหนดหลักการตีความไว้และถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เห็นได้จากการที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธการนำแนวทางการทางกรตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันมาใช้ในบริบทการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากความตกลงทั้งสองมีการใช้คำที่แตกต่างกัน รวมถึงมีวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งความตกลงที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีพิจารณาและกำหนดตัวเปรียบเทียบโดยให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมากกว่าการตีความตามถ้อยคำ แต่แนวทางการตีความดังกล่าวยังไม่ปรากฏในคำตัดสินคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่น

จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นปัญหาไม่ชัดเจนของหลัก  
ประติบัติเยี่ยงคนชาติมีความเห็นว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการมีส่วนช่วยให้การตีความและ  
การปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีความชัดเจน  
และกระจ่างชัดขึ้นได้ ถึงแม้ว่า ในบางประเด็นแนวทางการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มี  
ความชัดเจน หรือยังไม่มีทำให้เหตุผลในเรื่องนั้นมากนัก กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มี  
ความหมายและแนวทางที่ชัดเจนในการแบ่งระหว่างประเภทกิจการกับภาคส่วนทางเศรษฐกิจ เรื่อง  
ระดับการให้การประติบัติ เป็นประเด็นที่คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่ให้ความชัดเจนเท่าที่ควร และ  
ประเด็นเรื่องเหตุผลในการเลือกประติบัติของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน  
ในเรื่องนี้ว่าการประติบัติที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุผลที่ชอบธรรมควรมีหลักเกณฑ์อย่างไร ขอบเขต  
ของรัฐผู้รับการลงทุนในเรื่องนี้ควรเป็นอย่างไร นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งยังไม่มี  
ความชัดเจนและคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มีกล่าวถึงประเด็นเหล่านี้ กล่าวคือ ประเด็นเรื่องมาตรการ  
ที่ชอบธรรมนั้นต้องเป็นมาตรการที่กีดกันทางการลงทุนน้อยที่สุดหรือไม่ (least investment  
restrictive measure) มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักความจำเป็นและ  
ความได้สัดส่วนหรือไม่ (Necessary and Proportionality) ทั้งนี้ สำหรับประเด็นที่คณะ  
อนุญาโตตุลาการยังไม่ได้ตีความให้ความชัดเจนในเรื่องนั้นๆ เป็นเรื่องที่ต้องทำการศึกษากันต่อไป

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมาพบว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เป็นหลักที่กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติไม่ด้อยไปกว่าที่ให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ โดยหลักดังกล่าวถือเป็นหลักการสำคัญในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยเป็นหลักที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างความเชื่อมั่นและหลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับ หลักดังกล่าวมีการกำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงเขตการค้าเสรีต่าง เป็นต้น ซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่างๆ จะเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งความตกลงนั้นๆ

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีรูปแบบหรือมาตรฐานในการบัญญัติข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่แตกต่างกันไป รัฐทั้งหลายสามารถกำหนดขอบเขต ช่วงเวลา หรือเงื่อนไขในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของนักลงทุนต่างชาติได้ ซึ่งรูปแบบที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่นิยมบัญญัติ คือ การกำหนดเงื่อนไขในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติต้องอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน (In Like circumstances) กับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ และต้องมีข้อความที่กำหนดว่านักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่คนชาติได้รับ (No Less Favourable Treatment) โดยถ้อยคำแห่งข้อบทที่บัญญัติในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมีลักษณะเป็นการใช้ถ้อยคำแบบกว้างๆ ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอันนำไปสู่ปัญหาความไม่ชัดเจนในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง

สำหรับประเด็นเรื่อง ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นปัญหาที่มีสาเหตุมาจากการใช้ถ้อยคำในข้อบทที่มีลักษณะการใช้คำแบบกว้างๆ ที่ไม่มีความหมายที่ชัดเจน เช่น คำว่าสถานการณ์เดียวกัน (In Like circumstances) ซึ่งไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณา ทั้งนี้ จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนพบว่า การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีไป (Case by Case) ตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี จากการศึกษาพบว่าแนวทางในการกำหนดตัวเปรียบเทียบเป็นกลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติที่อยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกันกับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนต่างชาติ คณะอนุญาโตตุลาการมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการกำหนดตัวเปรียบเทียบ ดังนี้

แนวทางแรก ตัวเปรียบเทียบที่เป็นกลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนควรประกอบธุรกิจประเภทหรืออยู่ในภาคส่วนทางเศรษฐกิจเดียวกัน (Same Business or Same Economic Sector) กล่าวคือมีลักษณะการประกอบธุรกิจที่เหมือนกัน ซึ่งอ้างอิงจาก National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises 1993 ซึ่งจัดทำโดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development-OECD) เช่น โจทก์ประกอบกิจการจัดจำหน่ายบุหรี่เพื่อส่งออกต่างประเทศ ตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติที่เหมาะสมคือบริษัทซึ่งประกอบกิจการจัดจำหน่ายบุหรี่เพื่อส่งออกต่างประเทศเช่นเดียวกับโจทก์ บริษัทคนชาติที่ประกอบกิจการผลิตบุหรี่และจัดจำหน่ายบุหรี่เพื่อส่งออกต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นตัวเปรียบเทียบภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากมีกิจกรรมการดำเนินธุรกิจบางประเด็นที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีมีการนำลักษณะหรือวิธีปฏิบัติทางการลงทุน รวมถึงเงื่อนไขหรือสภาพแวดล้อมทางการลงทุนมาใช้พิจารณาการกำหนดตัวเปรียบเทียบด้วย

ในทางตรงกันข้ามในบางคดี คณะอนุญาโตตุลาการมีการตีความกว้างกว่านั้น โดยเห็นว่าตัวเปรียบเทียบไม่ควรถูกจำกัดด้วยประเภทของกิจการ เนื่องจากหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติมีวัตถุประสงค์สำคัญในการป้องกันและห้ามมิให้รัฐผู้ลงทุนมีการออกกฎหมายหรือมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติ ดังนั้นตัวเปรียบเทียบจึงไม่ควรถูกจำกัดด้วยประเภทกิจการ

แนวทางที่สอง ตัวเปรียบเทียบควรพิจารณาเรื่องความสามารถในการแข่งขันหรือทดแทนกัน ตามแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกัน (like products) ภายใต้องค์การการค้าโลกมาใช้ในการพิจารณาตีความการประกอบกิจการภายใต้สถานการณ์เดียวกัน โดยตัวเปรียบเทียบที่เป็นคนชาติ ไม่จำเป็นต้องประกอบกิจการที่เหมือนกันกับโจทก์ เพียงแค่ประกอบกิจการที่มีลักษณะแข่งขันกันหรือทดแทนกันได้ก็ถือเป็นตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมภายใต้สถานการณ์เดียวกัน อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธแนวทางการตีความดังกล่าว

แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัด เนื่องจากยังมีแนวความเห็นในการตีความที่ไม่ตรงกันอยู่บ้างในบางคดี แต่จากคำตัดสินที่ผ่านมาก็ได้สร้างแนวทางหรือหลักการบางประการในการตีความบ้างแล้ว

ส่วนประเด็นเรื่อง การปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติกับข้อเท็จจริงนั้น เนื่องจากหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักที่ต้องอาศัยการเปรียบเทียบระหว่างคนต่างชาติดกับคนชาติ ดังนั้น การปรับใช้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติจึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างการประติบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติได้รับกับการประติบัติที่นักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติได้รับการลงทุนของต่างชาติ ได้รับการประติบัติที่ดีกว่าหรือไม่ (No Less Favourable Treatment) ซึ่งไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาเอาไว้ จากการศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ พบว่าการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีไป (Case by Case) ตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี อย่างไรก็ตาม ในหลายคดีมีแนวทางการพิจารณาว่ามีการประติบัติที่ดีกว่าเกิดขึ้นหรือไม่นั้นที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ ครอบคลุมรูปแบบการเลือกประติบัติทั้งทางข้อกฎหมาย (De Jure Discrimination) และ การเลือกประติบัติทางข้อเท็จจริง (De Facto Discrimination) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีการให้น้ำหนักกับผลจากการประติบัติของรัฐ (Practical Impact) ว่าการประติบัติที่ดีกว่าจะต้องส่งผลให้นักลงทุนหรือการลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายหรือเสียผลประโยชน์ที่ไม่ได้สัดส่วน (Disproportionate Benefits) โดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้น้ำหนักมากนักในประเด็นเรื่องสัญชาติของนักลงทุน (Nationality) และ เจตนาในการให้ความคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ (Intent) ตามแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงองค์การการค้าโลก เนื่องจากการพิสูจน์เป็นไปได้ยากและ

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องอยู่กับฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุน ทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้

เหตุผลที่ชอบธรรมและสมเหตุสมผลของรัฐผู้รับการลงทุนก็เป็นปัจจัยประการสำคัญในการพิจารณาว่ากลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับกลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการให้ความเห็นว่าหากรัฐผู้รับการลงทุนมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลและชอบธรรมรองรับไว้ กลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติกับกลุ่มนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติแม้จะประกอบธุรกิจเดียวกันและได้รับการปฏิบัติที่ต่อกันก็ไม่ได้ถือว่าอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน อย่างไรก็ตาม ยังมีบางประเด็นที่เกี่ยวข้องซึ่งยังไม่มีคำตอบชัดเจนและคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มีกรกล่าวถึงประเด็นเหล่านี้ กล่าวคือ ประเด็นเรื่องมาตรการที่ชอบธรรมนั้นต้องเป็นมาตรการที่กีดกันทางการลงทุนน้อยที่สุดหรือไม่ (least investment restrictive measure) มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนหรือไม่ (Necessary and Proportionality) ทั้งนี้ สำหรับประเด็นที่คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้ตีความให้ความชัดเจนในเรื่องนั้นๆ เป็นเรื่องที่ต้องทำการศึกษากันต่อไปในภายภาคหน้า

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาตีความและให้เหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการสอดคล้องกับหลักการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของการตีความสนธิสัญญา เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมีการตีความโดยสุจริตตามถ้อยคำแห่งข้อบทและตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญา แสดงให้เห็นจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธแนวทางการตีความขององค์การการค้าโลก โดยมีเหตุผลสำคัญที่ว่าข้อบทของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่มีถ้อยคำเหมือนข้อบทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในทางการค้าระหว่างประเทศ และวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงทั้งสองมีความแตกต่างกัน จึงไม่สามารถนำแนวทางการตีความคำว่าสินค้าชนิดเดียวกันมาใช้ในบริบทการลงทุนระหว่างประเทศได้

จากประเด็นปัญหาไม่ชัดเจนของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอันนำไปสู่ปัญหาในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริง ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการมีส่วนช่วยให้การตีความและการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใน

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีความชัดเจนและกระจ่างชัดขึ้น ถึงแม้ว่า ในบางประเด็นแนวทางการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มีความชัดเจน หรือยังไม่มีการให้เหตุผลในเรื่องนั้นมากนัก เช่น ประเด็นเรื่องการแบ่งระหว่างประเภทกิจการกับภาคส่วนทางเศรษฐกิจ ประเด็นเรื่องระดับการให้การปฏิบัติ ประเด็นเรื่องเหตุผลของรัฐผู้รับการลงทุนในการเลือกปฏิบัติที่ยังไม่มีความชัดเจนว่าเหตุผลเรื่องใดบ้างที่จะถือเป็นเหตุผลที่ชอบธรรมในการเลือกปฏิบัติ รวมถึงมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติของรัฐ ว่าควรมีการคำนึงถึงหลักความจำเป็น (Necessary) และหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดการกีดกันทางการลงทุนน้อยที่สุด (least investment restrictive measure) หรือไม่ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการยังไม่มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวเท่าที่ควร

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบัน ประเทศไทยมีความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ ที่มีผลใช้บังคับไปแล้วจำนวน 37 ประเทศและอยู่ระหว่างเจรจาจัดทำอีกกว่า 50 ประเทศ (ข้อมูลปี 2557)<sup>1</sup> ซึ่งในความตกลงเหล่านี้มีการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะต่างตอบแทนกัน กล่าวคือ ในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนประเทศไทยจะต้องให้ความคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ ในขณะที่เดียวกันการที่นักลงทุนจากประเทศไทยเข้าไปลงทุนในรัฐอื่นนั้น นักลงทุนคนไทยก็ จะได้รับการคุ้มครองการลงทุนจากรัฐที่นักลงทุนเข้าไปลงทุนด้วยเช่นกัน ซึ่งประเทศไทยมีสถานะเป็นทั้งรัฐผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน<sup>2</sup> โดยรูปแบบข้อบทในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมักเป็นการให้โดยมีเงื่อนไขว่านักลงทุนและการลงทุนของต่างชาติต้องอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (In Like circumstances) กับนักลงทุนหรือการลงทุนของคนชาติ

อย่างไรก็ตาม การเจรจาและทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของประเทศไทยในระยะหลัง มีความพยายามหลีกเลี่ยงการบัญญัติการใช้คำที่ไม่มีความชัดเจน เช่น คำว่า

<sup>1</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นมากกว่าที่คิด, <http://www.mfa.go.th/business/contents/files/customize-20140602-100942-243117.pdf>, หน้า 2

<sup>2</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, แนวทางการใช้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ สำหรับนักลงทุนไทย, <http://aspa.mfa.go.th/aspa/upload/pdf/invest.pdf>, หน้า 1

สถานการณ์เดียวกันในข้อบทรื่องการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ เช่น ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรฮัชไมต์จอร์แดน (Agreement Between The Government of the Kingdom of Thailand and The Government of the Hashemite Kingdom of Jordan for the Promotion and Protection of Investments 2005) ทั้งนี้ ในความตกลงบางฉบับมีการกำหนดข้อยกเว้นในการให้หลักประติบัติเยี่ยงคนชาติไว้อย่างชัดเจนว่าประเภทธุรกิจใดที่รัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติโดยกำหนดไว้ในภาคผนวก เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยและประเทศแคนาดา (Agreement between The Government of Canada and The Government of the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments 1997) ซึ่งทั้งสองประเทศได้กำหนดภาคธุรกิจที่จะไม่ให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ โดยประเทศไทยสงวนไม่ให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติเกี่ยวกับภาคเกษตรกรรม ในขณะที่แคนาดาสงวนการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติในบริการสาธารณะ เป็นต้น

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่เคยมีข้อพิพาทกับนักลงทุนเรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติ แต่รัฐก็ควรให้ความสำคัญและพิจารณาหลักเกณฑ์และแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นที่มีปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทรื่อง ซึ่งถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ผูกพันในคดีต่อมา แต่ก็สร้างบรรทัดฐานเพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาในอนาคตได้

สำหรับข้อเสนอแนะต่อประเทศไทย ประเทศไทยสามารถนำหลักเกณฑ์และแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นความไม่ชัดเจนของข้อบทรื่องหลักประติบัติเยี่ยงคนชาติมาปรับใช้กับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยได้ รวมถึงสามารถนำไปเป็นข้อสังเกตในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในอนาคตได้ โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าประเทศไทยสามารถนำแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ได้ ดังนี้

1. ด้านเนื้อหาในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยประเทศไทยควรมีการกำหนดความหมายของถ้อยคำในความตกลงที่ไม่มีความชัดเจนให้มีความชัดเจน เช่น คำว่าสถานการณ์เดียวกัน (In Like circumstances) ควรระบุให้ชัดเจนว่าในการตีความจะ



พิจารณาจากหลักเกณฑ์ในเรื่องใดบ้าง ลักษณะการประกอบธุรกิจ ภาคส่วนทางเศรษฐกิจ หรือมีข้อพิจารณาอื่นที่เห็นว่าควรนำมาพิจารณาร่วมด้วยหรือไม่ คำว่า การปฏิบัติที่ต่ำกว่า (Less Favourable Treatment) ประเทศไทยควรกำหนดให้ชัดเจนว่าการปฏิบัติอันเกี่ยวกับเรื่องใดที่รัฐจะไม่ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและควรกำหนดไว้ในชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หรือในเรื่องระดับการให้การปฏิบัติ ประเทศไทยควรกำหนดให้ชัดเจนว่าระดับการปฏิบัติที่ประเทศจะให้แก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติจะเป็นการปฏิบัติที่ดีที่สุดหรือเป็นการปฏิบัติระดับมาตรฐาน

2. ด้านกระบวนการในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยประเทศไทยอาจมีการเจรจากับรัฐที่ประเทศไทยมีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอยู่หรือกำลังจะทำในอนาคต เพื่อกำหนดแนวทางการตีความความตกลง (Note of Interpretation) และทำให้การตีความถ้อยคำในความตกลงดังกล่าวมีความชัดเจนมากขึ้น
3. ด้านการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือ มาตรการของรัฐผู้รับการลงทุน โดยแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะช่วยส่งเสริมและสร้างความตระหนักแก่รัฐผู้รับการลงทุนในการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการต่างๆ ที่อาจส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่ต่ำกว่าแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ ซึ่งอาจนำไปสู่ข้อพิพาทเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในอนาคตได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีข้อเสนอแนะสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการ โดยผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาเหตุผลที่ชอบธรรมของรัฐในการเลือกปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการควรมีการนำเรื่องหลักความจำเป็น (Necessary) หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดการกีดกันทางการลงทุนน้อยที่สุด (least investment restrictive measure) มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย เนื่องจากการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันยังไม่มีมีการพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าว

## รายการอ้างอิง

*Adf Group Inc. V. United States of America*, Award (2003).

Andrew, Newcombe, and LLuis Paradell. *The Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment*. The Netherland: Wolters Kluwer law and business, 2009.

Association of Southeast Asian Nations. "Asean Comprehensive Investment Agreement: A Guidebook for Businesses and Investors." <http://www.asean.org/images/resources/2014/Feb/2013%207.%20Jul%20-%20ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%20ACIA%201st%20Reprint.pdf>

*Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.S. V. Islamic Republic of Pakistan* ICSID Case No. ARB/03/29 Award (2009).

Bjorklund Andrea K. *Arbitration under International Investment Agreement; a Guide to the Key Issues*. UK: Oxford university press, 2010.

Campbell, McLachlan, Laurence shore, and Matthew Weiniger. UK: Oxford university press, 2008.

Central European Free Trade Agreement. "Central European Free Trade Agreement Issue Paper." *National Treatment Restrictions and Review of Bilateral Investment Treaties 2* (2010).

Comeaux Paul E., and N. Stephan Kinsella. *Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk*. Oceana Publication Inc., 1996.

Cremades Bernardo M. "The Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America." *Business Law International*, no. 53 (2006).

*Cross Border Trucking Services*, Final Report of the Panel ( 2001).

David Collins. "A New Role for the Wto in International Investment Law: Public Interest in the Post-Neoliberal Period."

[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=david\\_collins](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=david_collins)

- Dolzer Rudolf. "National Treatment: New Developments." In *Symposium Co-Organized by ICSID, OECD and UNCTAD*, 2005.
- Fernando Gonzalez Rojas. "The Notion of Discriminatory in Article 1102 of Nafta, Jean Monnet Working Paper 05/05."
- Gami Investments, Inc V the Government of the United Mexican States*, Final Award (2004).
- Garcia- Mora Manuel R. "The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law." *Marquette law review* 33 (1950).
- International Development Economics Associations. "Investment Provisions in Trade Agreement, Critical Issues." [www.networkideas.org/alt/may2011/Investment\\_policy\\_note.pdf](http://www.networkideas.org/alt/may2011/Investment_policy_note.pdf).
- Ioana, Tudor. *Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. UK: Oxford university press, 2008.
- Jeffery P. Commission. "Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence." *Journal of International Arbitration* 24 (2007).
- Jeswald W. Salacuse. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. UK: Oxford University Press, 2013.
- Johnson Jon R. "Essential Disciplines of the National Treatment Obligation under Nafta Chapter Eleven." <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/treatment-e.pdf>
- Jurgen, Kurtz. "The Use and Abuse of Wto Law in Investor-State Arbitration : Competition and Its Discontents." *The European Journal of International law*, no. 2 (2009).
- Kristen Bondiotti. "Inconsistencies in Treatment of Foreign in Trade Agreement, Australia's Open Investment Future." [http://www.ipa.org.au/library/publication/1229471497\\_document\\_bondiotti\\_paper.pdf](http://www.ipa.org.au/library/publication/1229471497_document_bondiotti_paper.pdf).
- Marvin Feldman V. Mexico*, ICSID ( 2002).
- Methanex Corporation V. United States of America*, Award part 4 chapter B (2005).

- Michael, McIlwraith, and John Savage. *International Arbitration & Mediation: A Practical Guide*. The Netherlands: Wolters Kluwer law and business, 2010.
- Michael, Trebilcock. "The National Treatment Principle in International Trade Law " In *American Law & Economics Association Annual Meeting*, 2004.
- Molike Konrad von. "An International Investment Regime? Issues of Sustainability, International Institute for Sustainable Development." <https://www.iisd.org/pdf/investment.pdf>
- Monique, Sasson. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International and Municipal Law*. The Netherlands: Wolters Kluwer law and business, 2010.
- Moshe, Hirsch. "Interactions between Investment and Non Investment Obligations in International Investment Law, International Law Forum." *The Hebrew University of Jerusalem* (2006).
- Muchlinski, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. United States: Oxford University Press Inc, 2007.
- Newcombe, Andrew. "General Exception in International Investment Agreement." [http://www.biicl.org/files/3866\\_andrew\\_newcombe.pdf](http://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf).
- Occidental Exploration and Production Company V. The Republic of Ecuador*, Final Award, ( 2004).
- OECD. "The Economics of International Investment Incentives." <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/2487874.pdf>
- . "Guidelines for Multinational Enterprises." <http://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>
- . "Oecd Benchmark: Definition of Foreign Direct Investment ", edited by Fourth Edition, 2008.
- OECD Working Papers on International Investment 2004/03. "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law." September 2004.
- OECD Working Papers on International Investment. "Survey of Oecd Work on International Investment." OECD Publishing, 1998/01.

- Organization for Economic Co-operation and Development. "The Multilateral Agreement on Investment; Commentary to the Consolidated Text." <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.
- Piero Foresti, Laura De Carli & Others V. The Republic of South Africa*, ICSID Case No ARB(AF)/07/1Award ( 2010).
- Pope & Talbot V. Government of Canada*, Award ( 2001).
- Rudolf, Dolzer, and Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. UK: Oxford university press, 2008.
- S.D.Myers, Inc. V. Government of Canada*, Partial Award ( 2000).
- Salacuse Jeswald W. *The Law of International Investment Treaties*. UK: Oxford university press, 2010.
- Sanchez, Mussi Adriana. "International Minimum Standard of Treatment ". *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (2008).
- Schill Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. UK: Cambridge university press, 2009.
- Siemens A.G. V. The Argentine Republic*, Award (2007).
- Silva, Martins Alaxandre Marues da. "The Principle of Non-Discrimination in Bilateral Investment Treaties: Lessons for Brazil." *The George Washington University school of Business & Public Management institute of Brazilian Issues* (2011).
- Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*. UK: Cambridge university press, 2010.
- Subedi, Surya P. *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*. North America: Hart publishing, 2012.
- Subedi Surya P. *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*. Hart Publishing, 2010.
- Susan, Franck. "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration." *Harvard international Journal* 50 (2009).
- UNCTAD. "Admission and Establishment." *UNCTAD Series on issues in international investment agreement* (2002).

- . "The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries." In *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2009.
- . "World Investment Report ", 2014.
- UNCTAD. "Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking." Geneva, 2007.
- . "International Investment Agreements: Key Issues." Geneva; Switzerland, 2004.
- . "National Treatment." In *UNCTAD series on issues in international investment agreement*. Geneva, 1999.
- . "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies." Geneva; Switzerland, 2012.
- UNDP Asia-Pacific Trade and Investment Initiative "Investment Provisions in Free Trade Agreements and Investment Treaties: Opportunities and Threats for Developing Countries." In *UNDP Asia-Pacific Trade and Investment Initiative Discussion paper*, 2005.
- "United Nationsdraft Articles on the Law of Treaties with Commentaries 1966, ." [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_1\\_1966.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf)
- United Parcel Service of America V. Government of Canada*, , ICSID (2007).
- World Investment Report :UNCTAD. "Transitional Corporations, Extractive Industries and Development." 2007.
- Yannaca, Small Katia. *Arbitration under International Investment Agreement:A Guide to the Key Issues*. UK: Oxford university press, 2010.
- Yuri Shima. "The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey." *OECD Working Papers on International Investment* (2015).
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- ชุมพร ปัจจุสานนท์. "กฎหมายและมาตรการที่สนับสนุนการส่งออกทุน." In *ประมวลสารเศรษฐศาสตร์กฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน* หน้าที่ 8-15. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

- . "สิทธิของเอกชนผู้ลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศ." In ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน่วยที่ 8-15. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.
- ณัฏช์ กุลิสร. ธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- ทัชชฌัย ฤกษ์สุด. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ องค์การการค้าโลก: บททั่วไป. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- บัญชา ดอกไม้ และ เอกพล จงวิลัยวรรณ. การค้าและการลงทุน การจัดระเบียบการลงทุนในเศรษฐกิจโลก กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- พรเทพ เบญญาอภิกุล. *Gats* ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ภัทรกิติดี เนตินิยม. "องค์การการค้าระหว่างประเทศ." In ประมวลสาระชุดวิชาธุรกิจและการเงินระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-15. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2556.
- รังสรรค์ ชนะพรพันธุ์ และ สมบูรณ์ ศิริประชัย. กฎกติกา *Wto* เล่มที่หนึ่ง : กฎกติกาทั่วไป กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดา, 2552.
- ลาวัญญ์ ถนัดศิลป์กุล. "แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ." In ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน หน่วยที่ 8-15. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.
- . "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเสรีการลงทุนของประเทศไทย." วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 21 (2552).
- ลาวัญญ์ ถนัดศิลป์กุล, [ออนไลน์], . แหล่งที่มา "ผลกระทบการเจรจา Fta ไทย-สหรัฐ : ในบทว่าด้วยการลงทุนต่อประเทศไทย " [www.measwatch.org/project/3051](http://www.measwatch.org/project/3051)
- สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร. "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน." In ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน หน่วยที่ 1-7. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวกฤตยา วุฒิสันต์ เกิดเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2531 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเซนต์ฟรังซิสซาเวียร์ คอนแวนต์ สายศิลปศาสตร์-คณิตศาสตร์ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิตจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สาขากฎหมายธุรกิจ เมื่อปีการศึกษา 2553 ต่อมาในปีการศึกษา 2554 ได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในสาขากฎหมายระหว่างประเทศ

