

ค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ
ภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน
Compensation in Case of Expropriation of Private Property
Under the ASEAN Economic Community

ศทวภูมิ เรียบรอบกิจ*

บทคัดย่อ

เรื่องเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐและค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ 3 กลุ่มคือ 1) กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป 2) สนธิสัญญาสองฝ่าย และ 3) ความตกลงหลายฝ่าย

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ไม่มีกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ในขณะที่ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นผู้ลงทุนส่วนใหญ่เห็นว่า การเวนคืนต้องเป็นไปเพื่อจุดประสงค์สาธารณะเท่านั้นและจะต้องมีค่าสินไหมทดแทนที่เป็นธรรม (Just Compensation) ซึ่งได้แก่ค่าสินไหมทดแทนที่จ่ายโดยพลัน (Prompt) อย่างพอเพียง (Adequate) ซึ่งได้แก่ราคาตลาด และปริวรรติไปเป็นเงินสกุลอื่นได้โดยง่าย (Effective) สิ่งนี้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของความยุติธรรมระหว่างประเทศ (Minimum Standard of International of Justice หรือ MSIJ) ซึ่งประเทศกำลังพัฒนากลับบัญชีเสรีความมั่งคั่งของมาตรฐานขั้นต่ำของความยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในสายตาของประเทศเหล่านี้ ค่าสินไหมทดแทนจะต้องเป็นไปตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) กล่าวคือ ประเทศผู้ดำเนินมาตรการการเวนคืนปฏิบัติต่อคนชาติอย่างไร คนต่างชาติก็มีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งเป็นแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ชาวอาเจนตินาชื่อ Carlos Calvo และภายหลังต่อมาได้รับการยอมรับจากหลายประเทศในฐานะที่เป็นลัทธิคัลโว (Calvo Doctrine)

ดังนั้นหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับการเวนคืนและค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นจึงไม่มีความแน่นอน

ด้วยเหตุดังกล่าวประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศในกลุ่มอาเซียนและประเทศไทยจึงหันไปทำความตกลงสองฝ่ายเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties) สำหรับ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต เรื่อง “ค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน”, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.

ความตกลงประเภทนี้ที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศในกลุ่มอาเซียนทั้ง 6 ประเทศได้แก่ ลาว พม่า เวียดนาม กัมพูชา อินโดนีเซียและฟิลิปปินส์จะมีลักษณะที่สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศและมีส่วนที่เพิ่มเติมไปกว่านั้นคือ มาตรการที่เปรียบเทียบเสมือนการเวนคืน (Measure Tantamount to Expropriation)

หนึ่งในบริบทของอาเซียน ประเทศสมาชิกอาเซียนประสบความสำเร็จในการทำความตกลงหลายฝ่ายเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกัน ซึ่งล่าสุดคือ ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน(ASEAN Comprehensive Investment Agreement)

โดยที่กฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 3 กลุ่มนี้ใช้บังคับกับการลงทุนหนึ่งการลงทุนใดพร้อมกัน ประเด็นทางกฎหมายจึงมีอยู่ว่าจะใช้ความตกลงประเภทไหนบังคับ ซึ่งในขณะนี้ยังไม่มีคำตอบชัดเจน ต้องรอพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ต่อไป

ABSTRACT

Generally speaking, expropriation of private property and its associated issues of compensation within the ASEAN context are governed by three groups of law, namely 1) general international law, 2) bilateral investment treaties and 3) multilateral investment agreements.

With respect to general international law, there is no universally recognized principle of international law applicable to foreign direct investment (FDIs). While the developed countries, which are mainly the home states and their investors, adhere to the minimum standards of international justice (MSIJ) which proclaims that there shall be no expropriation except for public purpose and against just compensation which is prompt, adequate and effective, the developing countries which are mainly the host states subscribe to the Calvo Doctrine (CD) which adheres to national treatment, whereby national standards are supreme. In their eyes, whatever the host state has done to its own citizens, the foreign investors shall be treated the same.

As a result, there is no certainty as to which principle of general international law the host state shall apply to the FDIs.

Accordingly, many ASEAN Member States, including Thailand, have turned to bilateral investment treaties (BITs), which are agreements between the home and the host states, for the promotion and protection of their investments. Thailand has concluded BITs with six ASEAN countries including Laos, Myanmar, Vietnam, Cambodia, Indonesia and Philippines.

The ASEAN Member States also conclude many ASEAN Instruments, which are multilateral treaties, pertaining to FDIs, such as ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

Since the three groups of law are applicable to the FDIs at the same time and since there is no rule of international law decides which kind of law prevails in the case of conflict, uncertainly still persists. This must await future development of international law .

บทนำ

ปรากฏการณ์ของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก และการแข่งขันทางการค้าที่เพิ่มมากขึ้น เป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้อาเซียนตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องรวมตัวกันให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น เพื่อให้อาเซียนเติบโต มีความเจริญก้าวหน้าและความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ และมีความมั่งคั่งร่วมกัน ผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนได้เห็นชอบเมื่อปี พ.ศ. 2545 ให้จัดตั้ง “ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน” (Asian Economic Community หรือ AEC) ภายในปี พ.ศ. 2558 ซึ่งมีรากฐานมาจากการนำความร่วมมือและความตกลงทางเศรษฐกิจที่อาเซียนได้ดำเนินการมาระยะหนึ่งแล้ว มาต่อยอดให้มีผลเป็นรูปธรรมและมีความเป็นแบบแผนมากยิ่งขึ้น อาทิ ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน ความตกลงด้านการส่งเสริมการลงทุนอาเซียน ความตกลงด้านการท่องเที่ยวของอาเซียน และความตกลงว่าด้วยความร่วมมือด้านอุตสาหกรรมอาเซียน เป็นต้น¹ “ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน” ถือเป็น 1 ใน 3 เสาหลัก² ของ “ประชาคมอาเซียน”³ มีการกำหนด

¹สมาคมอาเซียน – ประเทศไทย (ASEAN Association – Thailand), กระทรวงการต่างประเทศ, “การวางรากฐานของประชาคมอาเซียนด้วยสามเสาหลัก” : ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น, ใน http://www.asean-thailand.org/h2_4.html, (last visited 10 April 2012)

²เสาหลักทั้ง 3 ของ “ประชาคมอาเซียน” ประกอบไปด้วย

1. ประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน มุ่งให้ประเทศในภูมิภาคอยู่ร่วมกันอย่างสันติ มีระบบแก้ไขความขัดแย้งระหว่างกันได้ด้วยดี มีเสถียรภาพอย่างรอบด้าน มีกรอบความร่วมมือเพื่อรับมือกับภัยคุกคามความมั่นคงทั้งรูปแบบเดิมและรูปแบบใหม่ ๆ เพื่อให้ประชาชนมีความปลอดภัยและมั่นคง
2. ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน มุ่งให้เกิดการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจ และการอำนวยความสะดวกในการติดต่อค้าขายระหว่างกัน อันจะทำให้ภูมิภาคมีความเจริญมั่งคั่ง และสามารถแข่งขันกับภูมิภาคอื่นๆ ได้
3. ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน เพื่อให้ประชาชนแต่ละประเทศอาเซียนอยู่ร่วมกันภายใต้แนวคิดสังคมที่เอื้ออาทร มีสวัสดิการทางสังคมที่ดี และมีความมั่นคงทางสังคม

³เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2546 ผู้นำอาเซียนได้ร่วมลงนามในปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมืออาเซียน ที่เรียกว่า ข้อตกลงบาหลี 2 เห็นชอบให้จัดตั้ง “ประชาคมอาเซียน” คือ การให้อาเซียนรวมตัวเป็นชุมชนหรือประชาคมเดียวกันให้สำเร็จภายในปีพ.ศ. 2563 แต่ต่อมาได้ตกลงร่นระยะเวลาจัดตั้งให้เสร็จในปีพ.ศ. 2558

วัตถุประสงค์ตามวิสัยทัศน์อาเซียน ค.ศ. 2020 ที่จะให้ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีความมั่นคง มั่งคั่ง และสามารถแข่งขันกับภูมิภาคอื่นๆ ได้

เหตุผลที่มาสสนับสนุนให้อาเซียนต้องเร่งรัดเพื่อให้บรรลุเป้าหมายการเป็นประชาคม เศรษฐกิจอาเซียน อันเนื่องมาด้วยภายหลังตั้งแต่ปี พ.ศ.2523 ภูมิภาคเอเชียเป็นภูมิภาคหนึ่ง ที่ประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ เข้ามาเป็นจำนวนมากเมื่อเทียบกับ ประเทศในกลุ่มกำลังพัฒนาอื่นๆ ดังจะเห็นได้ว่าการที่ประเทศในอาเซียนมกติดอันดับ 1 ใน 10 ของ ประเทศกำลังพัฒนาที่มีการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติไหลเข้ามาลงทุนมากที่สุด ทั้งนี้เนื่องจาก อาเซียนมีปัจจัยที่เอื้อต่อการลงทุนหลายประการ ทั้งค่าจ้างแรงงานที่ต่ำ ทรัพยากรธรรมชาติที่อุดม สมบูรณ์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันการที่กลุ่มประเทศอาเซียนต่างเร่งดึงดูดเม็ดเงิน การลงทุนจากต่างชาติหรือจากประเทศในภูมิภาคเดียวกันก็ตามนี้เอง ที่ทำให้ประเทศในกลุ่ม อาเซียนลี้มตระหนักถึงความพร้อมของตนเองที่มีอยู่ว่า เมื่อใดก็ตามที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับการลงทุน ขึ้นแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมา เป็นของรัฐ ค่าทดแทนที่รัฐจะต้องมีการจ่ายให้แก่เอกชนนั้นจะยึดหลักตามพันธกรณีใดมาใช้บังคับ เพื่อให้ปัญหาดังกล่าวเป็นที่ยุติ มีความพึงพอใจและเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย

ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ในกรอบการลงทุนของกลุ่มประเทศอาเซียนคือในเรื่องของการจ่ายค่า ทดแทนความเสียหายในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ เพราะที่ผ่านมาตาม หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General Principles of International Law) ไม่มีความชัดเจนที่ แน่นนอน มีความขัดแย้งกันในสองแนวคิดหลักระหว่างรัฐผู้ส่งออกการลงทุน (Home Country) ที่ส่วน ใหญ่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วได้มีการไปลงทุนในดินแดนของรัฐอื่น จึงต้องการให้ความคุ้มครอง นักลงทุนสัญชาติของตนเอง เพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมสูงสุดจากรัฐผู้รับการลงทุนนั้น (Host Country) ซึ่งมักเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ที่ไม่ต้องการให้ประเทศผู้ลงทุนหรือกลุ่ม ประเทศที่พัฒนาแล้วใช้กฎหมายระหว่างประเทศมาอยู่เหนืออำนาจอธิปไตยของตนเอง

ด้วยเหตุประการฉะนี้ นักลงทุนจึงขาดความเชื่อมั่นในหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ดังกล่าว ภายหลังต่อมาจึงทำให้เกิดความตกลงสองฝ่าย หรือสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties หรือ BITs) ในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน ด้วยกัน โดยจะให้ความคุ้มครองนักลงทุนสัญชาติของตนที่ไปทำการลงทุนในดินแดนของรัฐอื่น ระหว่างกันมาบังคับใช้ขึ้นแทนกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนี้

แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์ของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในภูมิภาคต่างๆ ของโลก และการแข่งขันทางการค้าที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้ภายหลังต่อมาหลายประเทศในภูมิภาค ต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในกลุ่มอาเซียนได้ร่วมกันจัดทำความตกลงว่าด้วยการลงทุนของ อาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement หรือ ACIA) ขึ้นมาใช้บังคับขึ้นอีก เพื่อเป็นหลักประกันในการที่จะให้รัฐภาคีสมาชิกปฏิบัติตาม โดยมีลักษณะเป็นการส่งเสริมและให้ ความคุ้มครองนักลงทุนสัญชาติของตนระหว่างกัน

ดังนั้น จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นที่ว่าเมื่อต้องมีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนไปเป็นของรัฐแล้ว ค่าทดแทนความเสียหายที่จะได้รับนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหานี้ได้เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน ประเทศเหล่านี้จะเลือกพันธกรณีใดมาใช้บังคับ ระหว่างหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป หรือ สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน ซึ่งถือได้ว่าพันธกรณีเหล่านี้มีความซ้ำซ้อนกันอยู่

ปัญหาเกี่ยวกับค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ปัญหาการเลือกใช้พันธกรณีภายใต้ระหว่าง หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General Principles of International Law) หรือสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศในกลุ่มอาเซียน (Bilateral Investment Treaties) และความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement) ในเรื่องค่าทดแทนความเสียหายในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐของประเทศสมาชิกอาเซียน

หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General Principles of International Law) ในเรื่องของมาตรฐานในการปฏิบัติต่อกันต่างด้าวในส่วนที่เกี่ยวกับค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของเอกชน (คนต่างด้าว) มาเป็นของรัฐ ซึ่งมีใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็คือมาตรฐานการปฏิบัติต่อกันต่างด้าวเยี่ยงคนชาตินั้น (National Treatment Standard) และมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (International Minimum Standard)

หลักการใช้มาตรฐานการปฏิบัติต่อกันต่างด้าวเยี่ยงคนชาตินั้น (National Treatment Standard) เป็นที่รู้จักกันในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มละตินอเมริกาและแอฟริกาซึ่งเป็นไปตามทฤษฎี Calvo (Calvo Doctrine) ที่ถือว่าคนต่างด้าวไม่ควรมีสิทธิพิเศษใดๆ นอกเหนือไปจากสิทธิที่รัฐให้แก่คนชาติของตน หากคนต่างด้าวได้รับความเสียหายในดินแดนของรัฐไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำของปัจเจกชนในรัฐนั้น หรือจากการกระทำของรัฐนั้นเองก็ตาม คนต่างด้าวซึ่งได้รับความเสียหายจะได้รับการเยียวยาก็แต่เฉพาะวิธีการเยียวยาซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายภายในหรือข้อบังคับที่ใช้ภายในของรัฐเท่านั้น ซึ่งทฤษฎี Calvo นี้ถูกมองว่าเป็นการนำหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในลักษณะเด็ดขาดมาใช้เพื่อเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ⁵ และนอกจากนี้การใช้สิทธิทางศาลก็ต้องเป็นศาลภายในประเทศของรัฐนั้นอย่างเดียว โดยไม่รองรับการให้ใช้สิทธิของศาลระหว่างประเทศแต่อย่างใด

⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (เล่ม 2), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554), หน้า 214-215.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนในกลุ่มประเทศดังกล่าวถูกเวนคืนเป็นของรัฐ ซึ่งในสายตาของรัฐในกลุ่มละตินอเมริกาเห็นว่า การจ่ายค่าทดแทนแก่กิจการและทรัพย์สินของเอกชนซึ่งถูกเวนคืนไม่ควรเกินไปกว่าจำนวนที่รัฐจะชดใช้ให้แก่คนชาติของตนสำหรับกิจการและทรัพย์สินประเภทเดียวกัน⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประเทศที่กำลังพัฒนาเหล่านี้เห็นว่าเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของคนชาติหรือของคนต่างด้าวก็ตามควรตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแต่ละรัฐ⁷ แต่ในสายตาของรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวผู้ลงทุนแล้วกลับเห็นว่า การเวนคืนกิจการหรือทรัพย์สินตลอดทั้งการชดใช้ค่าทดแทนให้แก่คนต่างด้าว นั้นไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ต้องถือว่าทฤษฎี Calvo นี้เป็นทฤษฎีที่อ้างหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะที่เข้มงวดจนถึงขนาดที่เป็นการฝ่าฝืนสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐอื่น

ส่วนความเห็นของประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือประเทศผู้ส่งออกการลงทุน (Host Country) โดยเฉพาะประเทศอเมริกาและประเทศในกลุ่มยุโรป (ยูโรโซน) เห็นว่า มาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) เกี่ยวกับการเวนคืนหรือการโอนกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของรัฐอื่นจะถือว่าสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้นต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้คือ⁸

1. ต้องเป็นการเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะ (Public Purposes) กล่าวคือ เป็นการเวนคืนหรือการโอนกิจการหรือทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้มิใช่เป็นการเวนคืน หรือการโอนเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง
2. การเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะนั้น จะต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่คนต่างด้าวตามมูลค่าเต็มจำนวนของกิจการหรือทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนหรือโอนเป็นของรัฐในลักษณะที่ไม่ชักช้า (Prompt) และเพียงพอ (Adequate) ต่อกิจการหรือทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนหรือโอนไป และต้องเป็นค่าสินไหมทดแทนที่มีประสิทธิภาพ (Effective) กล่าวคือ ต้องชดใช้เป็นสกุลเงินที่สามารถแลกเปลี่ยนได้ทันทีและ

⁶ Henkin et al., at 749; Akehurst, id. ; fatouros, International Law and the Third World, 50 Va. L. Rev., 1964, 783,807-11., อ้างถึงใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (เล่ม 2), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554), หน้า 222.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

⁸ Michael Akehurst, at 91-92; Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States (1965), Sections 187-190, อ้างถึงใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (เล่ม 2), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554), หน้า 221.

3. ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เกี่ยวกับประเภทของกิจการและทรัพย์สินที่เวนคืนหรือโอนไป

เมื่อวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ก็ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ยังคงถกเถียงและขัดแย้งกันอยู่ ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้เองที่ทำให้รัฐต่างๆ ทั่วโลกส่วนใหญ่ยังคงไม่มีความเชื่อมั่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในเรื่องดังกล่าว เพราะเห็นว่ายังคงไม่มีความแน่นอน และชัดเจนเพียงพอระหว่างกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา อันที่จะทำให้สามารถยึดถือปฏิบัติให้เป็นแนวทางเดียวกันได้ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลายประเทศโดยเฉพาะประเทศในกลุ่มของอาเซียนจึงเลือกที่จะทำสนธิสัญญาทวิภาคี (สองฝ่าย) ขึ้นมาใช้บังคับระหว่างกันแทน

เนื้อหาบทบัญญัติภายในของสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับกลุ่มประเทศอาเซียน⁹ ล้วนแล้วแต่มีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน และสัมพันธ์กับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ กล่าวคือ

1. การเวนคืนโดยมีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Purpose)
2. การเวนคืนโดยการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)
3. การเวนคืนจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชย
4. ต้องอยู่ภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นทั้ง 4 ข้อนี้ ถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ขั้นต่ำที่ต้องพึงมีในทุกสนธิสัญญาของแต่ละประเทศ เพราะถ้าหากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปแล้ว อาจทำให้สนธิสัญญานั้นนั้นไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามเนื้อหาในสนธิสัญญาอาจจะมี ความแตกต่างกันออกไปได้เล็กน้อย ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายใน หรือ รูปแบบการปกครอง หรือ สภาพสังคมและเศรษฐกิจของรัฐนั้นได้ ในที่นี้คือบทบัญญัติข้อที่ 7 ของประเทศลาว และข้อที่ 8 ของประเทศเวียดนาม ที่ระบุไว้แตกต่างจากรัฐอื่นเล็กน้อย คือ ในกรณีที่มีการจ่ายเงินทดแทนการเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐแล้ว ให้สิทธิรัฐสามารถจ่ายเงินค่าทดแทนดังกล่าวเป็นงวดๆ หรือ เป็นการแบ่งจ่ายตามที่ตกลงกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินค่า

⁹ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศในกลุ่มอาเซียนแล้วทั้งหมด 6 ประเทศ คือ ประเทศกัมพูชา วันลงนาม 29 มีนาคม ค.ศ. 1995 (พ.ศ. 2538) และวันที่ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับ 18 เมษายน ค.ศ. 1997 (พ.ศ. 2540) ประเทศพม่า วันลงนาม 14 มีนาคม ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551) และวันที่ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับ (ไม่ปรากฏข้อมูล) ประเทศฟิลิปปินส์ วันลงนาม 30 กันยายน ค.ศ. 1995 (พ.ศ. 2538) และวันที่ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับ 6 กันยายน ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) ประเทศลาว วันลงนาม 22 สิงหาคม ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) และวันที่ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) ประเทศเวียดนาม วันลงนาม 30 ตุลาคม ค.ศ. 1991 (พ.ศ. 2534) และวันที่ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) และประเทศอินโดนีเซีย วันลงนาม 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) และวันที่ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) ส่วนที่เหลืออีก 3 ประเทศ คือ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย และ ประเทศบรูไนดารุสซาลาม ยังคงอยู่ระหว่างการเจรจา

ทดแทนในลักษณะทันที (Prompt) อันมีลักษณะเหมือนกับมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) และเหมือนกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย กัมพูชา พม่า (ส่วนประเทศสิงคโปร์ มาเลเซียและบรูไนดารุสซารามนั้นยังคงไม่มีการจัดทำสนธิสัญญาดังกล่าวกับประเทศไทยในขณะนี้)

นอกจากนี้ บทบัญญัติในสนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยและประเทศพม่าในข้อที่ 6 วรรคสอง ที่ถือว่ามีความแตกต่างออกไปจากฉบับอื่นๆ กล่าวคือ ในการชำระค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐนั้นจะต้อง**รวมถึงดอกเบี้ย**ในอัตราที่ใช้บังคับในดินแดนของภาคีสัญญานั้นตั้งแต่วันครบกำหนดชำระจนถึงวันที่มีการชำระ และถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้ยังมีความเหมือนกับความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน(ACIA) ในข้อที่ 14 วรรค 3 อีกด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่มีการล่าช้า การชดเชยจะรวมถึง**ดอกเบี้ย**ในอัตราที่เหมาะสมตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐสมาชิกผู้ทำการเวนคืน ค่าชดเชย รวมถึงดอกเบี้ยต่างๆ ที่เกิดขึ้นจะถูกชำระในสกุลเงินตราที่ใช้ลงทุนตั้งแต่แรก หรือหากมีคำร้องขอจากผู้ลงทุน จะถูกชำระในสกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี

แต่อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในข้อบทดังกล่าวข้างต้นนี้ ก็ถือว่ายังคงสอดคล้องและอยู่บนพื้นฐานตามมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศอยู่นั่นเอง

สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties หรือ BITs) ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศถือได้ว่า สัญญา 2 ฝ่าย ย่อมใช้บังคับเหนือสัญญาหลายฝ่าย เพราะ ยึดถือหลักเจตนาที่ได้ตกลงทำสัญญาร่วมกันเป็นหลัก กล่าวคือ เป็นนิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาที่แท้จริงของทั้ง 2 ประเทศภาคีสัญญาและมีผลใช้บังคับในทางกฎหมายในที่สุด ประเทศภาคีสัญญาไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใดก็ตามได้ตัดสินใจ หรือ ผ่านความเห็นชอบจากกระบวนการทางกฎหมายภายในของรัฐนั้นหรือประเทศของตนมาเป็นที่ยอมรับแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม หลักที่ว่าสัญญา 2 ฝ่ายย่อมใช้บังคับเหนือสัญญาหลายฝ่ายก็ไม่เป็นที่สรุปแน่นอนตายตัวเสมอไป เพราะถ้าหากว่าสัญญาที่มาทีหลังซึ่งได้แนวปฏิบัติมาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนั้นก็อาจมีผลที่ทำให้มีสถานะอยู่เหนือสัญญา 2 ฝ่ายที่มีผลใช้บังคับมาก่อนได้ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement หรือ ACIA)

เมื่อได้วิเคราะห์ถึงความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน(ACIA) นั้น ถือได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องการจ่ายค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐนั้น **ย่อมอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ** กล่าวคือ ในการจ่ายค่าชดเชยนั้นจะต้องเป็นค่าชดเชยที่เป็นธรรม ซึ่งต้องมีการชำระที่ไม่ล่าช้า พอเพียง และมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ เป็นสกุลเงินที่สามารถแลกเปลี่ยนกันได้ทันที แต่อย่างไรก็ตาม ในข้อที่ 14 วรรค 3 นั้น ถือได้ว่าเป็นจุดอ่อนของความตกลงนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่มีการชำระล่าช้า ค่าชดเชย

ดังกล่าวจะต้อง**รวมถึงดอกเบี้ย**ในอัตราที่เหมาะสมตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐสมาชิกผู้ทำการเวนคืนอีกด้วย

ส่วนเงื่อนไขในการเวนคืนเป็นของรัฐตาม ACIA นั้น มีลักษณะที่เหมือนกับกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General Principles of International Law) เรื่องของค่าทดแทนในกรณีเวนคืนหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ ในลักษณะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ และเหมือนเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน(BITs) อยู่ด้วยกัน 4 ประการ ที่กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติหากโอนหรือเวนคืนทรัพย์สินที่ใช้ลงทุนของคนต่างชาติ ได้แก่ 1. การโอนเป็นของรัฐโดยมีจุดประสงค์เพื่อสาธารณะ (Public Purpose) 2. การโอนกิจการเป็นของรัฐโดยการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) 3. การโอนกิจการเป็นของรัฐโดยต้องมีการจ่ายค่าทดแทน และ 4. ต้องอยู่ภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้เอง จากการที่ผู้เขียนได้อธิบายเหตุผลทั้งหมดมาแล้วข้างต้น การพิจารณาปัญหานี้จึงกล่าวได้ว่า เมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนมีปัญหาที่เกี่ยวกับค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐแล้ว หลักที่จะสามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องดังกล่าวได้นั้นคงเหลือแต่เพียงสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน(BITs) กับ ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) ซึ่งถือว่ามีความซ้ำซ้อนกันอยู่ หากเกิดปัญหากรณีแบบนี้ขึ้นแล้ว จะใช้หลักการใดมาพิจารณาเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยได้ข้อสรุปในหลักการพิจารณาว่า ถ้าพึงใช้สิทธิตามพันธกรณีหนึ่งไปแล้ว จะมาขอใช้สิทธิอีกพันธกรณีหนึ่งอีกได้หรือไม่ นั้น หรือ จะสามารถใช้สิทธิได้ทั้งสองพันธกรณีควบคู่กันไป

สรุปและข้อเสนอแนะ

จากเหตุผลที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น คงเหลือแต่เพียงสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) กับ ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) ซึ่งถือว่ามีความซ้ำซ้อนกันอยู่ หากเกิดปัญหาในเรื่องของกรณีค่าทดแทนในการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐแล้ว ประเทศสมาชิกอาเซียนควรพิจารณา ดังนี้

1. ตามหลัก “กฎหมายพิเศษย่อมมีผลเหนือกว่ากฎหมายทั่วไป หรือ กฎหมายเฉพาะย่อมยกเว้นกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (lex specialis derogat legi generali) เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน(BITs) ที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศในกลุ่มอาเซียน มีลักษณะเป็น ความตกลงเฉพาะ(พิเศษ)ที่เกิดขึ้นจากความตกลงร่วมกันของทั้งสองฝ่าย ส่วนความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) มีลักษณะเป็นความตกลงทั่วไป ที่เกิดขึ้นจากความตกลงร่วมกันของทุกประเทศสมาชิกอาเซียน ดังนั้น ถ้าคู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เลือกใช้สิทธิตามสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ที่มีลักษณะเป็นความตกลงเฉพาะแล้ว ก็ไม่สามารถใช้สิทธิตามความตก

ลงไปในความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) ได้อีก เพราะกฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน (same subject matter) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่สัญญาสองฝ่ายยอมใช้บังคับเหนือสัญญาหลายฝ่าย หรือ

2. ตามหลัก “กฎหมายที่ออกมาภายหลังย่อมยกเว้นกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่อง เดียวกัน” (lex posterior derogat legi priori) อาจกล่าวได้ว่า สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) ที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศในอาเซียนตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น เมื่อยึดจากวันที่มีผลบังคับใช้แล้ว BITs เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อน ส่วนความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) นั้นเพียงจะมีผลใช้บังคับทีหลัง BITs ทำให้ ACIA ย่อมยกเว้นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน (same subject matter) เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนทรัพย์สินด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้นแล้ว หากนำหลัก “lex posterior derogat legi priori” มาปรับใช้เมื่อเกิดข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวขึ้นแก่ประเทศสมาชิกอาเซียนแล้ว พันธกรณีที่ต้องนำมาปรับใช้เพื่อให้ข้อพิพาทนั้นยุติก็คือ ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) นั้นเอง หรือ

3. ปรับใช้ได้ทั้งสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) และความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน (ACIA) เพราะต่างมีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ มีเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในการโอนหรือการเวนคืนเป็นของรัฐที่เหมือนกัน (ตามที่ได้อธิบายไปแล้ว) ดังนั้น จึงเลือกพันธกรณีใดมาบังคับใช้ก็ได้

แต่อย่างไรก็ตาม การจะใช้หลักกฎหมายเฉพาะย่อมยกเว้นกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน (lex specialis derogat legi generali) และกฎหมายที่ออกมาภายหลังย่อมยกเว้นกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน (lex posterior derogat legi priori) จะต้องดูว่าเนื้อหาสาระในเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องเดียวกันหรือไม่ (same subject matter) เพราะถ้าไม่ใช่เรื่องเดียวกันแล้วย่อมไม่สามารถนำหลักดังกล่าวข้างต้นมาปรับใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ตามก็อาจจะไม่ได้เป็นเรื่องเดียวกันครบสมบูรณ์ทั้ง 100 เปอร์เซ็นต์เสมอไป ดังนั้น ประเทศในกลุ่มอาเซียนจึงต้องมีความยืดหยุ่นระหว่างกัน เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจในอันโกลันี่ ฉะนั้น ถ้าหากมีข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว ประเทศในกลุ่มอาเซียนจึงควรหันมาใช้วิธีการเจรจาปรึกษาหารือระหว่างกัน (ASEAN WAY) แบบถ้อยทีถ้อยอาศัยที่ยึดถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลาช้านาน

นอกจากนี้เห็นสมควรให้ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ใช้ระยะเวลาในการปรับตัวในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากความเหลื่อมล้ำของระดับการพัฒนาในแต่ละประเทศยังคงมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะประเทศกัมพูชา ลาว พม่า และเวียดนาม (CLMV) ที่ยังคงไม่มีความพร้อมในหลายๆเรื่อง อาทิเช่น กฎหมายภายใน โครงสร้างทางสังคม เศรษฐกิจ เป็นต้น และถ้าหากจะให้ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตในเรื่องดังกล่าวสามารถคลี่คลายได้ในเวลาอันรวดเร็ว เห็นสมควรว่าประเทศในกลุ่มอาเซียนควรกำหนดไว้อย่างชัดเจนในความตกลงพหุภาคี หรือความตกลงว่าด้วยการลงทุนของอาเซียน ซึ่งถือเป็นกรอบความตกลงร่วมกันในระดับภูมิภาคเพื่อ

เป็นการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกว่า ถ้ามีความชำชองถึงข้อบพไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีใดก็ตามในเรื่องค่าทดแทนในกรณีการเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐแล้วนั้น ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องใช้ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ใช้บังคับเท่านั้น