

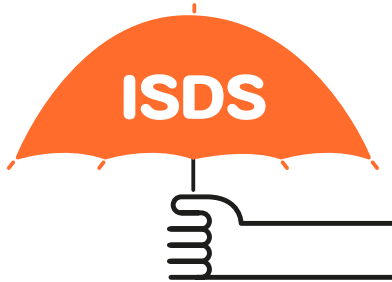
ปีแยร์รักถวิลบับไม่เห็นหัวประชาชน



รักนะ นักลงทุน



การคุ้มครองการลงทุน
และการระงับข้อพิพาท
ระหว่างรัฐและเอกชน



รักนะ

นักลงทุน



บทนำ:
จากเส้นทางสายไหม
ถึงกลไกยุติธรรม

ทลายๆ คนคงรู้จักเส้นทางสายไหม (Silk Road) กันมาบ้างจากสารคดีต่างๆ

เส้นทางคาราวานสินค้าที่พาดผ่านจากจีนสู่ยุโรป ผู้ที่ศึกษาเรื่องราวของมันเชื่อว่า เส้นทางสายไหมคือโลกาภิวัตน์ครั้งแรกของโลก เชื่อมโยงคนสองฝั่งทวีปเข้าหากันด้วยหวังจะค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้า พอมนุษย์เริ่มฉลาดขึ้น สร้างเรือได้ใหญ่ขึ้น เส้นทางสายไหมแต่โบราณจึงสูญเสียบทบาทให้แก่การเดินทางเร็ว ที่มาพร้อมๆ กับการล่าเมืองขึ้นของตะวันตก

ไม่ว่าจะเดินเท้า ขี่อูฐ หรือนั่งเรือ เราคงเห็นได้ว่า มันต่างมีแรงผลักดันจากการค้าขาย การค้าขายจึงถือเป็นกิจกรรมที่สร้างความเปลี่ยนแปลงอย่างใหญ่หลวงให้แก่โลกใบนี้ มันทั้งวางกฎกติกา เป็นตัววัดความมั่งคั่งหรือ

ล่มสลายของอาณาจักร และอื่นๆ อีกมากมาย พ่อค้าต่างเผ่าหลายพันรุ่นบนเส้นทางสายไหมวางขนบธรรมเนียมการซื้อขายกันเอง การเจรจาทางการทูตระหว่างอาณาจักรมักพุ่งการค้าหรือมีตัวพ่อค้าร่วมเดินทางไปด้วย ทำให้ที่ตั้งของช่องแคบมะละกากลายเป็นศูนย์กลางทางการค้าที่สำคัญ...นี่เป็นเพียงบางตัวอย่าง

กระทั่งตอนนี้ ยุค Internet of Things วิธีการค้าขายแบบเก่าๆ ยังคงมีอยู่ ขณะที่รูปแบบใหม่ๆ ก็ก้าวล้ำชนิดที่คนโบราณจินตนาการไม่ออก เราสามารถซื้อสินค้าจากอีกทวีปได้เพียงแค่นิวส์สัมผัส ตรวจสอบราคาน้ำมันในตะวันออกกลาง หรือแม้แต่ลงทุนในตลาดหุ้นของยุโรปขณะที่อยู่ในเมืองไทย



การค้าขายกลายเป็นกิจกรรมที่สร้างความมั่งคั่งและเปลี่ยนแปลงโลก บางบริษัทร่ำรวยกว่าประเทศเล็กๆ บางประเทศ แต่การจะสร้างผลกำไรจากการค้าขายเป็นสิ่งที่ต้องวางแผน ถ้าผลิตสินค้าภายในประเทศต้นทุน

100 บาท แต่ไปผลิตในอีกประเทศหนึ่งต่อให้รวมค่าขนส่ง แล้วต้นทุนก็ยิ่งต่ำกว่า ดังนั้น การนำเงินไป ‘ลงทุน’ ผลิตสินค้าในประเทศอื่น แล้วส่งกลับมาขายคนในประเทศจึงก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่า เป็นตัวอย่างแบบง่าย ๆ ว่าการค้า-การลงทุนมักจะมาคู่กัน

ต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นก่อนว่า การค้า-การลงทุนไม่ใช่เรื่องผิด...โดยตัวมันเอง มันสร้างรายได้เข้าประเทศ สร้างรายได้ให้ผู้คน สร้างนวัตกรรมใหม่ๆ ฯลฯ แต่เมื่อใดก็ตามที่มันถูกขับเคลื่อนด้วยความโลภโมโหสันอันล้นเกินของพ่อค้า ปัญหาใหญ่มักจะตามมาเสมอๆ

การค้า-การลงทุน เป็นเรื่องที่ต้องอาศัยกติกา ต้องเจรจา ต้องตกลงกันว่าอะไรทำได้ ทำไม่ได้ และต้องรักษาสัญญา เมื่อการค้า-การลงทุนขยายตัวครอบคลุมโลกทั้งใบ จึงเป็นเรื่องสมเหตุสมผลที่จะวางกติการ่วมกัน เพื่อให้อยู่ในร่องในรอย ไม่ติดขัด เป็นธรรม และได้ประโยชน์กันทุกฝ่าย

แต่คงเป็นเพราะจังหวะเวลาทางประวัติศาสตร์ ผู้ที่วางกติกามักเป็นคนเพียงบางกลุ่ม แทนที่จะเป็น

ทุกกลุ่ม หลังหายหน้าจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศสหรัฐอเมริกาผู้บอบช้ำน้อยที่สุดในบรรดามหาอำนาจตะวันตกและกลายเป็นผู้นำโลกเสรีจึงถือโอกาสเป็นผู้กำหนดกติกา เริ่มจากก่อตั้งธนาคารโลก (World Bank) และปี 2487 ก็ก่อตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศที่คนไทยรู้จักมักคุ้นในชื่อย่อว่า ไอเอ็มเอฟ (International Monetary Fund: IMF) คล้อยหลังมาอีก 51 ปี องค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ซึ่งเป็นผลพวงจากการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยถูกก่อตั้งขึ้นตามมาในปี 2538 โดยมีเบื้องหลังความคิด ความเชื่อ ความศรัทธาในการ ‘เปิดเสรีทางการค้า’

...ปัจจุบันมีความพยายามจับมือกันของประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ ก่อตั้งองค์กรด้านเศรษฐกิจขนาดใหญ่เพื่อถ่วงดุลกับ 3 องค์กรข้างต้น เพียงแต่ยังอยู่ในระยะตั้งไข่ เช่น กลุ่มบริคส์ (BRICS) คือ บราซิล รัสเซีย อินเดีย จีน และแอฟริกาใต้ จะจัดตั้งธนาคาร New Development Bank (NDB) และตั้งกองทุนเงินสำรองเผื่อกรณีฉุกเฉิน (Contingency Reserve Arrangement: CRA) และเงิน

ยังเป็นเร็วแรงหลักในการก่อตั้ง Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB)...

‘เปิดเสรีทางการค้า’ คืออะไร? แปลความโดยทั่วไปคือใครอยากค้าขาย ใครอยากลงทุนไม่ว่าจะที่ไหน ประเทศใด ก็สามารถทำได้โดยไม่ถูกกีดกัน

คำนี้มีรากฐานความคิดถอยหลังไปได้ถึง Adam Smith บิดาแห่งวิชาเศรษฐศาสตร์คลาสสิก ผู้เชื่อมั่นในกลไกตลาด เชื่อมั่นใน ‘มือที่มองไม่เห็น’ (Invisible Hand) ไม่ว่าสภาพเศรษฐกิจและตลาดจะเป็นอย่างไร หากเราปล่อยให้กลไกตลาดหรือมือที่มองไม่เห็นทำงานของมันไป โดยไม่เข้าไปแทรกแซง สุดท้ายแล้ว ตลาดจะเข้าสู่จุดสมดุลด้วยตัวของมันเอง ซึ่งในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา ทฤษฎีนี้ได้รับการพิสูจน์หลายครั้งว่า ไม่จริง... เสมอไป



มีคำกล่าวอย่างแดกดันว่า...มือที่มองไม่เห็นมักมาพร้อมกับกำปั้นที่มองเห็น

อุดมคติเกี่ยวกับการเปิดเสรีด้านการค้า และขยายไปยังการลงทุน เป็นเรื่องใหญ่ที่ประเทศตะวันตก โดยเฉพาะสหรัฐฯ ดันรนจะทำให้เกิดขึ้นมานานมาก ทว่าการเจรจากันหลายๆ ประเทศหรือพหุภาคีเพื่อหาข้อยุติ ไม่ใช่เรื่องง่ายตาย ที่สำคัญประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ เรียนรู้มากขึ้นๆ ว่า ไม่สามารถละเลยให้ประเทศพัฒนาแล้วกำหนดกติกาตามที่ต้องการเพียงฝ่ายเดียว เพราะมือที่มองไม่เห็นอาจกลายเป็นกำปั้นทุบตีผู้คนในประเทศกำลังพัฒนาได้

ประเทศพัฒนาใหญ่ๆ จึงเปลี่ยนกลยุทธ์ จากการเจรจาแบบพหุภาคีมาใช้วิธีเจรจาเป็นรายประเทศ หรือทวิภาคี พุด่ง่ายๆ คือคุยกันสองต่อสอง ซึ่งทำให้ประเทศพัฒนาแล้วมีอำนาจต่อรองเหนือประเทศกำลังพัฒนา ถ้าประเทศกำลังพัฒนาประเทศนั้นมีภูมิคุ้มกันไม่แข็งแกร่งมากพอ หรือมีรัฐบาลที่เห็นแก่ตัวเลขทางเศรษฐกิจมากกว่ามิติอื่นๆ เรื่องราวก็มักจะจบลงด้วยการเซ็นสัญญาที่เปิดเสรีด้านการค้า การลงทุน

เราจะไม่อธิบายกันยืดยาวตรงนี้ แต่จะหยิบเพียง

ส่วนหนึ่งมาบอกกล่าว โดยเฉพาะส่วนที่เป็นเล่ห์เพทุบายที่กำลังถูกเปิดเผยมากขึ้นทุกขณะทั่วโลก เป็นเหลี่ยมคูกของพ่อค้าที่หยิบฉวยเครื่องมือบางชิ้นจากสนธิสัญญาการเปิดเสรีการลงทุนไปใช้เพื่อกอบโกยกำไรในหนทางที่ไม่ควรจะเป็น



การจะไปลงทุนในประเทศใดๆ อาจเจออุปสรรคเจอการกีดกัน เพราะอย่างไรเสียประเทศผู้รับการลงทุนก็ต้องปกป้องผลประโยชน์ของประเทศตนเอง มองในแง่นี้ ข้อตกลงการเปิดเสรีการลงทุนถือเป็นข้อตกลงที่ช่วยอำนวยความสะดวก ลดข้อกีดกัน แล้วเมื่อมีข้อทะเลาะเบาะแว้งที่ต่างเห็นไม่ตรงกันก็ต้องมีวิธีหาข้อสรุป

จุดนี้เองคือจุดที่เราจะสำรวจตรวจสอบกันว่า วิธีปกป้อง วิธีหาข้อยุติคืออะไร ถูกใช้อย่างผิดที่ ผิดทาง ผิดวัตถุประสงค์อย่างไร เป็นแหล่งกอบโกยผลประโยชน์ของพ่อค้าและนักกฎหมายอย่างไร และทำร้ายผู้คนในประเทศกำลังพัฒนาอย่างไร



ประเด็นที่เราจะพูดคุยกันในบทต่อไป มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า ‘กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน’ หรือไอเอสดีเอส (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) ฟังดูเข้าใจยาก แต่จะขออธิบายผ่านตัวอย่างคร่าวๆ ดังนี้

เหตุการณ์สมมติ-ประเทศหนึ่งเห็นว่าบุหรีเป็นพิษภัยต่อสุขภาพของประชาชน รัฐบาลจึงออกมาตรการเพื่อลดปริมาณการสูบบุหรี เช่น การกำหนดให้ซองบุหรีต้องมีตราสินค้า เป็นแค่ซองขาวๆ เรียบๆ เพื่อลดแรงดึงดูดในการบริโภค เห็นได้ว่าเป็นนโยบายสาธารณะด้านสุขภาพของรัฐ เผอิญว่าบริษัทบุหรีที่ค้าขายอยู่ในประเทศแห่งนี้ไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรง

พอดีว่าประเทศนี้ไปเซ็นสัญญาการเปิดเสรีการลงทุนกับประเทศต้นสังกัดของบริษัทบุหรี ในสัญญามี ‘กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน’ หรือไอเอสดีเอส บริษัทบุหรีจึงหยิบกลไกนี้มาใช้ยับยั้งนโยบายของรัฐบาลและเรียกค่าเสียหายเป็นเงินมหาศาล โดยกล่าวหาว่ารัฐบาลประเทศนั้นทำออกนโยบายที่กระทบ

ต่อการทำกำไรของบริษัทหนึ่งหรือ สอง ก็เป็นการทำลายการลงทุน ซ้ำการฟ้องก็ไม่ได้ฟ้องศาลภายในประเทศ แต่ไปเรียกผู้เชี่ยวชาญกฎหมายด้านการลงทุน 3 คนที่ดูเหมือนว่าจะรู้จักกันดีมาเป็นคนตัดสิน ขณะที่พากรัฐไม่สามารถทำอะไรได้ เพราะถูกบีบจากกติกาก็เห็นไว้ ต้องว่ากันไป ตามกระบวนการที่เต็มไปด้วยความน่าเคลือบแคลงในผลประโยชน์ทับซ้อนต่อตัวผู้ตัดสินข้อพิพาท ค่าทนายความ ค่านักกฎหมายก็สูงอย่างไม่น่าเชื่อ

ที่ดูจะขาดความโปร่งใสและธรรมมาภิบาลอย่างหนัก ก็คือนักกฎหมายของฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายบริษัทหนึ่งหรือ สอง เป็นไปได้ว่าจะมาจากบริษัทกฎหมายเดียวกันกับผู้ตัดสินข้อพิพาททั้ง 3 คน

นี่คือ ‘กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน’ หรือ ไอเอสดีเอสที่ดำรงอยู่

ในความเป็นจริง นี่ไม่ใช่เหตุการณ์สมมติ แต่เกิดขึ้นจริงแล้ว นับร้อยกรณีทั่วโลก ประเทศไทยเองก็เคยถูกฟ้องร้องด้วยไอเอสดีเอส

สิ่งที่ คุณจะสังเกตเห็นได้และเกิดข้อกังขา คือ ทำไม

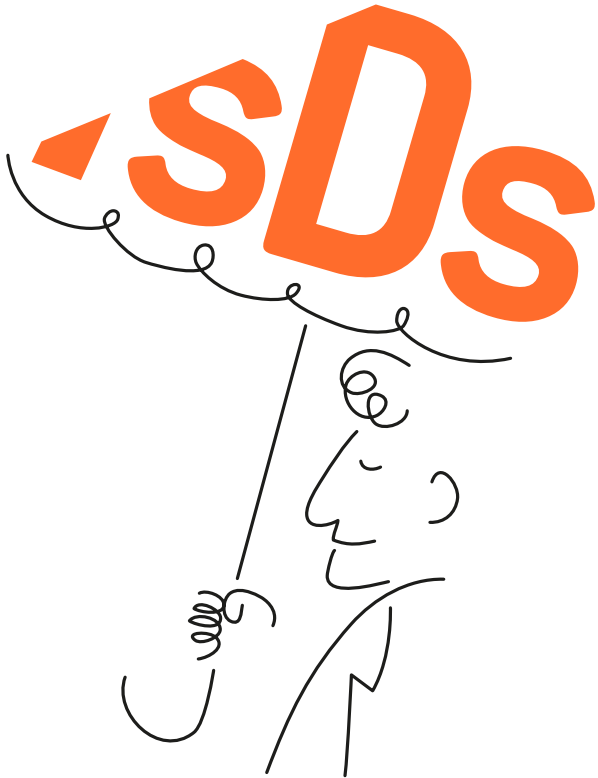
การที่รัฐบาลประเทศใดประเทศหนึ่งจะออกนโยบายที่เป็นคุณประโยชน์ต่อประชาชนของตนจึงถูกขัดขวางจากพ่อค้าที่มีผลประโยชน์ทางธุรกิจเป็นที่ตั้ง? นี่จึงเป็นคำถามที่น่าสนใจ



ในบทต่อไป เราจะมาทำความรู้จัก ‘กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน’ หรือ ไอเอสดีเอส ให้มากขึ้น ลึกซึ้งขึ้น ไล่ดูถึงความเป็นมาเป็นไปของกลไกนี้ว่าทำงานอย่างไร ฟันเฟืองที่หมุนระบบนี้เป็นใคร มีผลประโยชน์ข้องเกี่ยวกับอย่างไร...บางทีคุณอาจตกใจว่า การค้าความลักษณะนี้เป็นธุรกิจที่ทำเงินมหาศาล ไม่แพ้การค้าขายด้วยเช่นกัน

กลไกที่ควรเอื้อให้เกิดการลงทุนที่เสรีและ ‘เป็นธรรม’ แปรเปลี่ยนเป็นกลไกที่แพร่ระบาดของความยุติธรรมให้แก่ผู้คนในประเทศกำลังพัฒนาทั่วโลกได้อย่างไร

ที่สำคัญ ประเทศไทยควรมีทำอย่างไร เท่าทันอย่างไร และรับมืออย่างไร ก่อนจะสายเกินแก้...



การคุ้มครองการลงทุน:
จากการต่อสู้
บนเวทีโลก
ถึงกลยุทธ์บิท

กลไกระจ้บข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือไอเอสดีเอส ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการค้บครองการลททุ ก็เหมือนล้่งอื่่นๆ บนโลกที่มีประวัติศาสตร์ของตัวเอง การรู้ที่มอาจช่วยให้เรารู้ว่าที่ไปของมั้นในอนาคตจะมีหน้าตาอย่างไร

สูตรฮัลล้ VS กทชฎีกาลว

ถอยหลังกลับสู่ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 โลกยังบอบช้ำจากสงคราม พร้อมๆ กับที่หลายประเทศในโลกเริ่มปลดแอกตนเองออกจากร่มเงาอาณานิคม... ความมั่งคั่ง ทรัพยากร องค์ความรู้ต่างๆ ที่เคยได้รับการ

จุนเจือจากประเทศเจ้าอาณานิคมจึงลดลงหรือหายไปแน่นอนว่าบรรดาประเทศเหล่านั้นย่อมต้องการพัฒนาประเทศของตนเอง การเปิดรับเงินลงทุนจากต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศตะวันตกจึงถือเป็นหนทางหนึ่งในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

แต่กลับเกิดความขัดแย้งขึ้น เพราะบางประเทศที่เปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศได้ยึดหรือริบ (Expropriation or Nationalisation) ธุรกิจของนักลงทุนไปเป็นของตน เรียกว่าการยึดคืนทางตรง (Direct Expropriation) เหตุการณ์ทำนองนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้งตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 และถี่ขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1970 หรือ 2513

ตัวอย่างที่โด่งดัง เช่น บริษัท บีพี ของอังกฤษที่ลงทุนขุดเจาะน้ำมันในอิหร่าน เมื่ออิหร่านเห็นว่าบีพีทำกำไรมหาศาลจากทรัพยากรบนผืนแผ่นดินของตน จึงหาเหตุผลที่จะยึดคืนกลับมาเป็นของรัฐเสีย

แต่พอถึงช่วงทศวรรษที่ 90 เป็นต้นมา การยึดคืนก็เปลี่ยนรูปแบบเป็นการยึดคืนกิจการโดยอ้อม (Indirect

Expropriation) ซึ่งมักเป็นไปในลักษณะของการดำเนินนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของธุรกิจ ไม่ใช่การยึดคืนตรงๆ เหมือนก่อนหน้า สิ่งทีถือเป็นการยึดคืนทางอ้อม เช่น การขึ้นภาษีสูงๆ โดยไม่มีหลักเกณฑ์ การบังคับขายหุ้น เป็นต้น เมื่อด้องเผชิญอุปสรรคเหล่านี้ เหล่านี้กลงทุนจึงต้องร้องขอความช่วยเหลือจากประเทศแม่

ประเทศพัฒนาแล้วหรือประเทศอุตสาหกรรมจึงร่วมกันหาวิธีปกป้องการลงทุนของตนในต่างแดนซึ่งกินความถึงการเปิดเสรีการลงทุนด้วย เน้นอนว่าสำหรับประเทศกำลังพัฒนา มองการเปิดเสรีการลงทุนและการคุ้มครองการลงทุนคนละมิติจากประเทศพัฒนาแล้ว เพราะยังมีประเด็นที่ต้องคิหน้าคิหลังให้ถ้ถวนมากกว่าอุดมคติสวยหรูเรื่องการลงทุนเสรีแบบที่ประเทศพัฒนาแล้วโฆษณา

ในห้วงเวลาที่การยึด การริบคืนกิจการ เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ได้เกิดการปะทะกันระหว่างความคิด 2 ชุด ชุดหนึ่งมาจากประเทศพัฒนาแล้ว อีกชุดหนึ่งมีกลุ่มประเทศ

กำลังพัฒนาหนุนหลัง

ความเชื่อชุดแรกมาจากนายคอร์เดลล์ ฮัลล์ (Cordell Hull) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ผู้เสนอ ‘สูตรฮัลล์’ (Hull Formula) เพราะสหรัฐ ไม่พอใจอย่างรุนแรงกรณีรัฐบาลเม็กซิโกยึดคืนกิจการของบริษัทน้ำมันสหรัฐ เมื่อปี 2479 สูตรนี้มีเนื้อหาว่า ประเทศใดที่ยึดทรัพย์สินเอกชนหรือริบกิจการนักลงทุนจะต้องจ่ายค่าชดเชย ‘โดยทันที อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ’ (Prompt, Adequate and Effective)

ปี 2491 จึงเกิดความพยายามผลักดันความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน เพื่อใช้เป็นกติกาค้บครองการลงทุน ใน 56 ประเทศที่ประชุมกันตอนนั้น บรรดาประเทศกำลังพัฒนาต่างจ้บมือกันคัดค้านสหรัฐ ที่พยายามผลักดันเรื่องการคุ้มครองการลงทุนใส่ไปในข้อตกลง

ต้องขยายความคำว่า ‘ไม่เห็นด้วย’ นั่นคือ ประเทศกำลังพัฒนาที่เข้าร่วมประชุมครั้งนั้นมิได้ไม่เห็นด้วยกับข้อตกลงด้านการลงทุนโดยสิ้นเชิง ไม่ใช่การคัดค้านแบบ

สุดโต่ง แต่เป็นการคัดค้านที่เกิดจากการมองเห็นช่องโหว่ในข้อตกลงพหุภาคีด้านการลงทุน เพราะเมื่อสำรวจตรวจสอบกันอย่างจริงจัง ข้อตกลงที่ว่าดูเหมือนจะเอาใจปกป้องนักลงทุนมากกว่าสิ่งอื่นใดทั้งหมด แต่กลับไม่พูดว่า ถ้านักลงทุนสร้างความเสียหายในประเทศอื่นจะมีมาตรการจัดการหรือบทลงโทษอย่างไร

ถึงแม้เวทีระดับนานาชาติจะหาข้อตกลงกันไม่ได้ แต่การพูดคุยกันแค่สองประเทศเพื่อป้องกันการลงทุนยังดำเนินต่อไป สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนหรือบิท (Bilateral Investment Treaties: BIT) ฉบับแรกจึงเกิดขึ้นในปี 2502 ระหว่างเยอรมนีกับปากีสถาน บิทถน เวลานั้น ส่วนใหญ่เป็นการตกลงกันระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา เพื่อเป็นการการันตีว่าบิทจะช่วยปกป้องคุ้มครองการลงทุนของประเทศพัฒนาได้

ส่วนอีกแนวคิดหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลัง เรียกว่าทฤษฎี ‘คาลโว’ (Calvo Doctrine) เป็นทฤษฎีที่ฟากฝั่งประเทศกำลังพัฒนาสนับสนุน เพื่อใช้ตัดง้างกับสูตร

ฮัลล์ เป็นทฤษฎีที่ถูกพูดถึงกันบ่อยมากในช่วงทศวรรษที่ 60 และ 70 โดยเฉพาะในมิติที่ประชุมใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ มติที่ 1803 (XVII) วันที่ 14 ธันวาคม 2505 ที่รับรองอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงอำนาจที่จะริบทรัพย์สินของบุคคลต่างชาติกลับเป็นของรัฐ โดยระบุเพียงว่า รัฐจะต้องชดใช้ค่าชดเชย ‘ที่เหมาะสม’ (Appropriate) เท่านั้น

ปี 2517 เป็นห้วงเวลาที่ที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติต้องลงมติรับรองว่าจะเลือก ‘สูตรฮัลล์’ หรือ ‘ทฤษฎีคาลโว’ ผลที่ออก-ทฤษฎีคาลโวเป็นผู้ชนะ สูตรฮัลล์ที่สนับสนุนโดยสหรัฐฯ ถูกปฏิเสธ พร้อมกันนั้นบรรดาประเทศพัฒนาแล้วในที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติยังได้รับรองกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) โดยข้อ 2(ซี) พูดถึงหลักการจ่ายค่าชดเชย ‘ที่เหมาะสม’ ซึ่งระบุว่า ‘ในกรณีที่มีปัญหาและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกำหนดค่าชดเชย ให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่ทำการริบคืนกิจการ

และภายใต้ต้องการชี้ขาดข้อพิพาทของประเทศดังกล่าว'

ประเทศพัฒนาแล้ว VS ประเทศกำลังพัฒนา

เมื่อเวลาผ่านไป ประเทศกำลังพัฒนาต้องเผชิญวิกฤตเงินกู้ในตอนปลายทศวรรษที่ 1970 หรือ 2513 มุมมองต่อนักลงทุนเริ่มเปลี่ยนจากที่มองว่าเป็นผู้เข้ามาสูบลินทรัพย์ากรของประเทศ กลายเป็นแหล่งทุน แหล่งความรู้ จากที่เคยผลักใสกลายเป็นกักมือเรียก เกิดการสร้างองค์กรและเสาะหาเครื่องมือเชิงนโยบายเพื่อดึงดูดนักลงทุน (ในกรณีของไทยคือสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนหรือบีโอไอ (The Board of Investment of Thailand: BOI))

ดังนั้น เมื่อการเจรจาการค้าพหุภาคีเกิดขึ้นรอบโตเกียวช่วงปี 2516-2522 เดินทางมาถึง สหรัฐฯ เห็นว่าเป็นจังหวะที่ดีที่สุดที่จะผลักดันการเปิดเสรีและการคุ้มครอง

การลงทุนอีกครั้ง แต่ก็ยังเป็นอีกครั้งที่ล้มเหลว เพราะประเทศกำลังพัฒนายังคงตั้งป้อมคัดค้านเช่นในอดีต

ผู้นำโลกเสรีเช่นสหรัฐฯ ยังไม่ยอมลดละความตั้งใจ ปี 2529 การเจรจาพหุภาคีเกิดขึ้นอีกครั้งที่ประเทศอูรุกวัย หรือที่คุ้นหูกันในชื่อการเจรจาอูรุกวัย สหรัฐฯ เสนอข้อตกลงพหุภาคีที่ครอบคลุมการลงทุนระหว่างประเทศในทุกสาขา ทุกประเด็น อีกครั้งและต้องผัดหวังข้ามสาม เมื่อถูกคัดค้านอย่างหนักหน่วงจากประเทศกำลังพัฒนา

ที่ว่า การเจรจาก็คือการเมืองเรื่องการต่อรอง ที่ประชุมยอมประนีประนอมกับสหรัฐฯ ด้วยการบรรจุหัวข้อเรื่องการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า แต่ไม่ยอมเจรจาในประเด็นการลงทุนแบบเต็มรูปแบบ ขณะที่สหรัฐฯ ก็พยายามหาวิธีแทรกเรื่องที่ตนเองต้องการเจรจาใส่เข้าไปซึ่งประเทศกำลังพัฒนาก็ไม่หลงกล

ดูเหมือนว่าสหรัฐฯ อาจจะไม่ล้มเหลวบนเวทีระดับนานาชาติ แต่สหรัฐฯ กลับประสบความสำเร็จในต้นทศวรรษที่ 90 หรือช่วงปี 2533 บนเวทีที่เล็กกว่า ซึ่ง

ทำให้สหรัฐฯ มีอำนาจต่อรองมากกว่า จนสามารถบรรลุข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือหรือนาฟต้า (North American Free Trade Agreement: NAFTA) ที่มีสมาชิกเพียง 3 ประเทศคือ สหรัฐฯ แคนาดา และเม็กซิโก โดยสหรัฐฯ ใส่ระเบียบด้านการลงทุนไว้ในบทที่ 11 ของข้อตกลง

มาถึงตรงนี้คงเห็นได้ว่า การขับเคลื่อนเรื่องการลงทุนเสรีระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาวางอยู่บนความคิดความเชื่อที่แม้จะมีฐานเรื่องการเปิดเสรีเหมือนกัน แต่มีรายละเอียดต่างกัน กลุ่มแรกในฐานะประเทศที่ร่ำรวยกว่า ครอบครองเทคโนโลยีที่เหนือกว่า และส่งออกการลงทุนไปยังประเทศกำลังพัฒนา ต้องการให้เปิดเสรีแบบเต็มที เพราะจะยิ่งช่วยให้ตนได้เปรียบและกอบโกยกำไรได้มากกว่า

ขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาเองก็ไม่ได้ปฏิเสธการลงทุนเสรี เพียงแต่การเปิดเสรีการลงทุนอย่างไร้ข้อจำกัด รวมถึงการคุ้มครองนักลงทุนและวิธีระงับข้อพิพาทที่หวังจะปกป้องสิทธิของนักลงทุนเพียงฝ่ายเดียวและล่วง

ละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนต่างหาก ที่ประเทศกำลังพัฒนาไม่เห็นด้วย เพราะมันเป็นเรื่องอ่อนไหวในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ด้วยอำนาจการต่อรองที่มากกว่า ทักษะการ-ความรู้ เทคโนโลยี เงิน ที่มากกว่า หากปล่อยให้นักลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้วเข้ามาลงทุนอย่างไร้มาตรการกำกับดูแล โดยที่รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนไร้สิทธิไร้เสียงก็ค่อนข้างจะน่ากลัวไม่น้อย กิจกรรมที่ต้องการสงวนไว้ให้แก่นักในประเทศก็ทำไม่ได้

สมมติว่ารัฐบาลประเทศไทยต้องการออกนโยบายปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขภาพ สร้างสวัสดิการสังคม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะใดๆ แต่นักลงทุนต่างประเทศเห็นว่านโยบายเหล่านั้นจะทำให้ผลกำไรของตนลดลงหลงเชื่อคำแนะนำของสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลไทย นอกจากประเทศไทยจะเดินหน้านโยบายไม่ได้แล้ว ยังอาจต้องเสียเงินค่าชดเชยแบบนี้มีเท่ากับอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ ถูกนักลงทุนยื้อแย่งเอาไปหรือ?

ที่สำคัญยิ่งก็คือ คำตัดสินของ 3 อนุญาโตตุลาการเท่าที่ผ่านมาก็ไม่เคยสร้างความชัดเจนใดๆ ว่า สามารถขีดเส้นแบ่งให้เห็นความแตกต่างระหว่างผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ของนักลงทุน (เราจะกลับมาอธิบายเรื่องนี้กันทีหลัง)

เมื่อประเทศพัฒนาแล้ว เปลี่ยนกลยุทธ์

การเจรจาอนุสัญญาดำเนินไปอย่างเข้มข้นกว่าจะสิ้นสุดก็ยึดเยื้อถึงปี 2537 ผลคือสามารถก่อตั้งองค์การการค้าโลกได้สำเร็จในปีนี้ พร้อมกับได้ข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน 2 ฉบับ แต่จะเรียกว่าเป็นชัยชนะของประเทศพัฒนาแล้วก็ไม่เต็มปากนัก เอาเข้าจริงๆ แล้ว ข้อตกลง 2 ฉบับนี้ไม่ได้ครอบคลุมทุกเรื่องการลงทุนอย่างที่ประเทศพัฒนาแล้วต้องการ

ปี 2539 เกิดการประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก

ที่สิงคโปร์ ซึ่งถูกเรียกขานต่อมาภายหลังว่า ‘ประเด็นสิงคโปร์’ (Singapore Issues) ผลของการประชุมรอบนี้คือช่วยให้เรื่องการลงทุนข้ามชาติมีความชัดเจนขึ้นในหลายประเด็น เช่น คำจำกัดความและขอบเขตของการลงทุน ความโปร่งใส การไม่เลือกปฏิบัติ และการระงับข้อพิพาท

พอถึงการประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกในปี 2546 ณ เมืองแคนคูน ประเทศเม็กซิโก ตัวละครหลักเปลี่ยนจากสหรัฐฯ เป็นสหภาพยุโรปหรืออยู่ที่พยายามผลักดันการคุ้มครองการลงทุน และเป็นอีกครั้งที่ประเทศกำลังพัฒนานำโดยยักษ์ใหญ่จากชมพูทวีป-อินเดียคัดค้านอย่างแข็งขันด้วยเหตุผลเดิมเช่นในอดีต

ทว่า ในช่วง 20 ปีมานี้ การลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศขยายใหญ่ขึ้นมาก จากปี 2533 ที่มีมูลค่าการลงทุนทั่วโลก 202,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ พอถึงปี 2555 ตัวเลขกลับเพิ่มเป็น 2 ล้านล้านดอลลาร์ เงินลงทุนส่วนใหญ่มักมาจากประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสหภาพยุโรป การคุ้มครองการลงทุนจึงกลายเป็น

เรื่องสำคัญยิ่งยวด และเมื่อการหาข้อสรุปสุดท้ายเกี่ยวกับการเปิดเสรีการลงทุนและการคุ้มครองการลงทุนบนเวทีระดับโลกยังเป็นความฝันที่ห่างไกล เพราะบรรดาประเทศกำลังพัฒนาเกาะกลุ่มกันคัดค้านอย่างเหนียวแน่น ประเทศพัฒนาแล้วต่างๆ จึงเปลี่ยนยุทธวิธีไปใช้การเจรจาเป็นรายประเทศหรือกลุ่มภูมิภาคย่อยๆ อย่างที่สหรัฐฯ คุยกับแคนาดาและเม็กซิโกจนเกิดนาฟต้า ทั้งที่ว่ากันตามจริงแล้ว เศรษฐกิจเม็กซิโกยังไม่เทียบไม่ได้กับสหรัฐฯ และแคนาดา ซึ่งส่งผลให้เม็กซิโกต้องเสียเปรียบหลายเรื่อง

เมื่อประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่า การเจรจาแบบทวิภาคีแค่สองประเทศจะทำให้ตนได้เปรียบ สามารถใช้อิทธิพลของตนกดดันประเทศคู่เจรจาได้มากกว่า การเจรจาสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนหรือบิทจึงเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก กว่าครึ่งศตวรรษผ่านพ้นนับจากบิทฉบับแรก ปัจจุบัน มีบิทเพิ่มขึ้นเป็นกว่า 3,500 ฉบับทั่วโลก

บิท...เบียว?

สหรัฐฯ และสหภาพยุโรปทำบิทกับหลายประเทศ ซึ่งล้วนแต่กำหนดให้เปิดเสรีการลงทุนและวางมาตรฐานไว้สูงมากในการคุ้มครองการลงทุน แน่แน่นอนว่าไทยและอาเซียนต่างเป็นเป้าหมายของทั้งสหรัฐฯ และสหภาพยุโรปที่ต้องการให้ยอมรับบิท ข้อดีที่ถูกต้องกล่าวถึงเสมอคือผลประโยชน์จากการลงทุน ช่วยรักษาสถานการลงทุนที่มีอยู่ ช่วยให้เกิดการลงทุนเพิ่มในไทย การที่สหรัฐฯ และสหภาพยุโรปพูดคุยกับแต่ละประเทศให้ยอมรับบิท โดยวางมาตรฐานกติกาไว้สูงมากๆ นี่เป็นหนึ่งในยุทธศาสตร์ระยะยาว เพราะเมื่อประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศยอมรับข้อตกลงแล้ว ผู้นำนักที่จะรวมตัวกันออกเสียงคัดค้านในเวทีพหุภาคีเช่นในอดีตก็จะลดลง ถึงตอนนั้น การเปิดเสรีการลงทุนระดับพหุภาคีที่ประเทศพัฒนาแล้วใฝ่ฝันมากกว่าครึ่งศตวรรษก็จะเป็นจริง

โดยหลักการกว้างๆ แล้ว บิทไม่มีอะไรซับซ้อน (แต่ไม่ใช่ว่ามันไม่ซับซ้อน อันที่จริงแล้ว กฎหมาย

คุ้มครองการลงทุนเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ซับซ้อนและเก่าแก่มากที่สุดกฎหมายหนึ่ง) มันเป็นเรื่องมีดด้านนโยบายที่กำรันดีว่า รัฐผู้รับการลงทุนจะให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศจากการยึดหรือเวนคืน มีการปฏิบัติที่เท่าเทียม เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ คือต้องไม่น้อยกว่าที่รัฐนั้นๆ ปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศตนเองและประเทศอื่นๆ และถ้าเกิดข้อพิพาท นักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องร้องรัฐผ่านกลไกอนุญาโตตุลาการได้ เหล่านี้เป็นสิ่งที่สหรัฐฯ และสหภาพยุโรปเรียกร้องกันมานานตั้งแต่ต้นๆ ศตวรรษที่ 20 นั้นเอง

และแล้วสิ่งที่ประเทศกำลังพัฒนาวิตกกังวลกันมานานเกี่ยวกับบิทก็เริ่มปรากฏ เนื้อหาของข้อตกลงเริ่มเปลี่ยนแปลงไปมากจากเดิม เมื่อหลักการคุ้มครองการลงทุนถูกเพิ่มเติมรายละเอียดลงไปและมีเนื้อหากว้างมาก แต่คลุมเครือ โดยเฉพาะเรื่องหลักการการยึดหรือเวนคืนทางอ้อมที่เปิดโอกาสให้ถูกตีความแบบเหวี่ยงแหสิ่งที่เรียกว่า 'กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและ

ภาครัฐ' หรือไอเอสดีเอส (Investor-state Dispute Settlement: ISDS) ในบิท จึงถูกใช้เป็นเครื่องมือให้นักลงทุนต่างชาติฟ้องร้องรัฐได้อย่างง่ายดาย

สถิติจำนวนคดีระหว่างนักลงทุนที่ฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ปี 2557 ที่ผ่านมาปีเดียวมีการฟ้องร้องสูงถึง 568 กรณี และประเทศกำลังพัฒนาถูกฟ้องมากที่สุด

ข้ออ้างที่นักลงทุนต่างชาติใช้ฟ้องรัฐบาลประเทศกำลังพัฒนาก็คือ นโยบายหรือมาตรการต่างๆ ที่รัฐบาลประเทศนั้นออกมาเพื่อปกป้องประชาชนของตน โดยเฉพาะด้านสุขภาพ สังคม และสิ่งแวดล้อม จะกระทบต่อการทำธุรกิจและผลกำไร ถูกตีความว่าเป็นการยึดคืนทางอ้อม จึงต้องฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นเงินก้อนโตเพื่อยับยั้งนโยบายทำนองนี้ เชื่อว่าถึงตรงนี้หลายคนคงเกิดคำถามว่า...เหตุใดจึงมีสนธิสัญญาที่ปล่อยให้ให้นักลงทุนฟ้องรัฐบาลได้ในลักษณะเช่นนี้?

รัฐบาลไทยเองเชื่อว่าจะไม่เคยมีประสบการณ์จากการถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้อง คดีประวัติศาสตร์

และเป็นบทเรียนสำคัญ เกิดขึ้นเมื่อบริษัท Walter Bau AG นักลงทุนเอกชนสัญชาติเยอรมัน ผู้ถือหุ้นรายย่อย ในบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ฟ้องรัฐบาลไทยตามสนธิสัญญาการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ไทยลงนามสนธิสัญญาฯ ฉบับแรกกับเยอรมนีในปี 2504)

Walter Bau AG อ้างว่ามาตรการสาธารณสุขที่รัฐบาลไทยตอนนั้นทำเพื่อแก้ปัญหาการจราจรและเป็นทางเลือกให้ประชาชนที่ใช้ถนนวิภาวดี-รังสิต ถือเป็น การยึดทรัพย์ของบริษัทในทางอ้อมและปฏิบัติต่อบริษัทอย่างไม่เป็นธรรมและเท่าเทียม ค่าเสียหายที่ถูกเรียกร้องมีราคา 115 ล้านดอลลาร์หรือประมาณ 6,000 ล้านบาท ซึ่งกลไกอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ Walter Bau AG ชนะคดี

จะเห็นได้ว่า เครื่องมือที่ใช้แก้ปัญหาเวลารัฐบาลกับนักลงทุนต่างชาติเห็นไม่ตรงกันกลับดูแต่เนื้อหาและคิดเพียงมิติเดียวคือธุรกิจกับผลกำไร โดยไม่สนใจว่านโยบายที่ออกมามีวัตถุประสงค์อะไร นี่จึงไม่ใช่ปัญหา

ที่ประเทศกำลังพัฒนาคิดกันไปเอง งานศึกษาและวิจัยจากหลายสถาบัน รวมถึงการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนาหรือองค์การ (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) พุดไว้ชัดเจนว่า...กลไกระงับข้อพิพาทในการคุ้มครองการลงทุนมีปัญหาทั้งเชิงโครงสร้างและในระดับของการดำเนินการ มันจำเป็นต้องถูกปฏิรูปและสร้างกลไกทางเลือกอื่นๆ ในการระงับข้อพิพาท เช่น กลไกศาลภายในประเทศหรือศาลระหว่างประเทศ แทนการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ

ถึงแม้องค์กรระดับโลกจะออกตัวมากระทุ้งเอง แต่การปฏิรูปที่ว่าก็ยังเป็นเรื่องยาก เพราะบรรดานักลงทุนที่หนุนหลังโดยประเทศพัฒนาแล้วไม่ยอมเสียประโยชน์ที่สำคัญยังมีสำนักงานกฎหมายระดับโลกหลายแห่งที่ทำ 'อุตสาหกรรมการฟ้องร้อง' จนร่ำรวย มาร่วมตั้งป้อมคัดค้าน...

เส้นทางของการคุ้มครอง การลงทุนบนเวทีโลก

ปี พ.ศ.

(ต้นศตวรรษที่ 20)
ประมาณ
2443

ประเทศผู้รับการลงทุนเริ่มเกิดการยึดคืนธุรกิจของ
นักลงทุนจากต่างประเทศ

2479

นายคอร์ดเวลล์ ฮัลล์ (Cordell Hull) รัฐมนตรีว่าการ
กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา เสนอ
'สูตรฮัลล์' (Hull Formula) หลังจากรัฐบาลเม็กซิโก
ยึดคืนกิจการของบริษัทน้ำมันสหรัฐฯ สูตรฮัลล์
มีเนื้อหาว่า ประเทศใดที่ยึดทรัพย์สินเอกชนหรือ
ริบกิจการของนักลงทุนจะต้องจ่ายค่าชดเชย 'โดย
ทันที อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ' (Prompt,
Adequate and Effective)

2491

เกิดความพยายามผลักดันความตกลงพหุภาคีด้าน
การลงทุนที่มีชื่อว่า 'กฎบัตรว่าด้วยองค์การการค้า
ระหว่างประเทศ' (Charter for International Trade
Organization) มีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้งองค์การ
การค้าระหว่างประเทศเพื่อกำกับดูแลด้านการค้า-
การลงทุน แต่ไม่ประสบความสำเร็จ

2502

สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนหรือบิท (Bi-
lateral Investment Treaties: BIT) ฉบับแรกเกิด
ขึ้น ระหว่างเยอรมนีกับปากีสถาน ณ เวลานั้น สนธิ
สัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนส่วนใหญ่เป็นการเซ็น
กันระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลัง
พัฒนา

2503-
2513

ทฤษฎี 'คาลโว' (Calvo Doctrine) พุดถึงและได้รับการ
สนับสนุนจากประเทศกำลังพัฒนา เพื่อต่อสู้
กับสูตรฮัลล์ ทฤษฎีคาลโวกล่าวว่า เมื่อรัฐของ
ประเทศผู้รับการลงทุนริบกิจการจากนักลงทุน
ต่างประเทศจะต้องชดใช้ค่าชดเชย 'ที่เหมาะสม'
(Appropriate)

2504	ไทยลงนามสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนฉบับแรกกับประเทศเยอรมนี
2505	ที่ประชุมใหญ่ขององค์การสหประชาชาติมีมติที่ 1803 (XVII) ในวันที่ 14 ธันวาคม รับรองอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงอำนาจที่จะบริบูรณ์สินของบุคคลต่างชาติกลับเป็นของรัฐ โดยระบุเพียงว่า รัฐจะต้องใช้ค่าชดเชย 'ที่เหมาะสม' (Appropriate)
2513	ประเทศกำลังพัฒนาเผชิญวิกฤตเงินกู้ในตอนปลายทศวรรษที่ 1970 หรือ 2513 ทำให้มุมมองต่อนักลงทุนเปลี่ยนแปลงจากผู้เข้ามาประกอบทรัพยากรของประเทศ เป็นแหล่งทุนแหล่งความรู้ เกิดการสร้างเครื่องมือเชิงนโยบายเพื่อดึงดูดการลงทุน

2516-2522	การเจรจาการค้าพหุภาคีแกตต์รอบโตเกียว สหรัฐฯ ผลักดันประเด็นการเปิดเสรีและการคุ้มครองการลงทุน แต่ล้มเหลว เพราะประเทศกำลังพัฒนาคัดค้าน
2517	ที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติลงมติรับรองทฤษฎีคาลโว และประเทศพัฒนาแล้วยังรับรองกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) โดยข้อ 2(ซี) กล่าวถึงหลักการจ่ายค่าชดเชย 'ที่เหมาะสม' และระบุว่า 'ในกรณีที่มีปัญหาและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกำหนดค่าชดเชย ให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่ทำการริบคืนกิจการและภายใต้องค์การชี้ขาดข้อพิพาทของประเทศดังกล่าว'

2529

การเจรจาทุภาคีแกตต์ที่ประเทศอูกวัย สหรัฐฯ เสนอข้อตลทงพหุภาคีครอบคลุมการลททระหว่างประเทศในททกสาขา แต่ประเทศกำลังพัฒนายังคงค้ดค้านเช่นเดิม ทำให้ข้อเสนอของสหรัฐฯ ตกไปอย่างร้ก้ตาม ที่ประชุมยีนยอมให้บรรจหัวข้อ ‘มาตรการลททที่เกี่ยวกับการค้า’ หรือทริมส์ (Trade-related Investment Measures) แต่ไม่ยีนยอมเจรจารื่องการลททระหว่างประเทศชนิดเต็มรูปแบบ ขณะที่สหรัฐฯ เสนอให้มีการเจรจการค้าบริการ (Trade in Services) ในกรอบการลททระหว่างประเทศเพิ่มเติม แต่ประเทศกำลังพัฒนาค้ดค้าน เพราะเห็นว่าสหรัฐฯ มีวาระช่อนเร้นที่ต้อการให้เกิดการเปิดเสรีการลททผ่านการเจรจในหัวข้อนี้ ส่งผลให้แกตต์ต้อแยกหัวข้อการค้าบริการและการลททระหว่างประเทศออกจกกัน

2533

สหรัฐฯ แคนาดา และเม้กซิกอ ร่วมลงนาม ‘ความตลทงการค้าเสรีอเมริกาเหนือหรือนาฟต้า’ (North American Free Trade Agreement: NAFTA) โดยมีการใส่กฎระเบียบด้านการลททไว้ในบทที่ 11 ของข้อตลทง

2537

ก้อต้องการการค้าโลกหรือตบเบิลยูทีโอ (World Trade Organization: WTO) เกิดข้อตลทงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลทท 2 ฉบับ ได้แก่ ความตลทงว่าด้วยมาตรการการลททที่เกี่ยวกับการค้าหรือทริมส์ (Agreement on Trade Related Investment Measures: TRIMS Agreement) และความตลทงทัวไปว่าด้วยการค้าบริการ (Agreement on Trade in Services) หรือแกตส์ (GATS)

2539

การประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกที่สิงคโปร์ ซึ่งถูกเรียกในภายหลังว่า ‘ประเด็นสิงคโปร์’ (Singapore Issues) มีการต้อคณะทำงานว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการค้ากับการลททขึ้น ช่วยให้รื่องการลททข้ามชาติมีความชัดเจนขึ้นในหลายประเด็น เช่น คำจำกัดความและขอบเขตของการลทท ความโปร่งใส การไม่เลือกปฏิบัติ และการระจบข้อพิพาท

2546

การประชมรัฐมนตรีอื่การการค้าโลก ณ เมืองแคนคูน ประเทศเม็กซิโก สหภาพยุโรปหรืออียู (European Union: EU) เสนอให้เปิดการเจรจาด้านการลรท โดยคาดหวังให้เกิดร้งความตกลงที่มีหลักการคล้ายกับหลักเกณฑ์การลรทในร้งความตกลงว่าด้วยการลรทหรือเอ็มเอไอ (Multilateral Agreement on Investment: MAI) ที่เคยถูกเสนอให้มีการจัดทำขึ้นในกรอบขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาหรือโออีซีดี (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) และเป็นอื่ครั้งที่ประเทศกำลังพัฒนาำโดยอินเดีย คัดด้านการเจรจาในเรื่องนี้

หลังความพยายามเสนอให้เกิดการเจรจาเรื่อง การค้บครองการลรทของประเทศพัฒนาแล้วในเวทีระดับโลกหลายต่อหลายครั้งต้องประสบความล้มเหลว ประเทศพัฒนาแล้วจึงหันไปใช้กลยุทธ์การเจรจาแบบทวิภาคีหรือแบบรายประเทศ หรือกลุ่มภูมิภาคย่อยๆ ซึ่งทำให้ประเทศพัฒนาแล้วมีอำนาจในการต่อรองมากกว่าการเจรจาแบบพหุภาคีที่ประเทศกำลังพัฒนามักกำลังกันคัดด้าน

2549

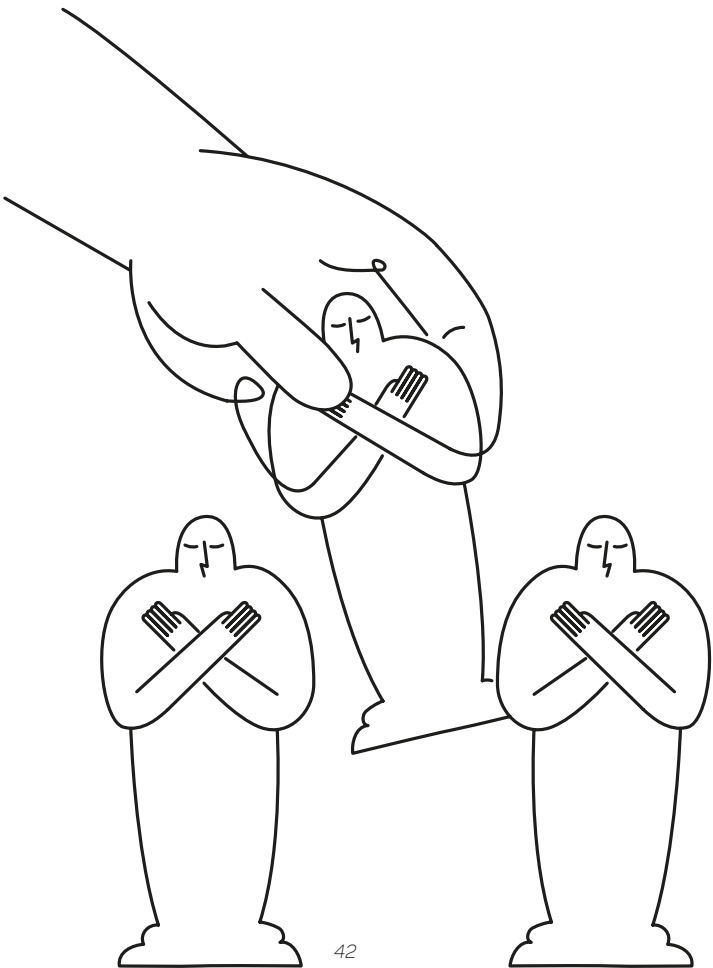
บริษัท Walter Bau AG นักลงทุนเอกชนสัญชาติเยอรมัน ซึ่งถือหุ้นรายย่อยในบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ฟ้องรัฐบาลไทยตามสนธิสัญญาการส่งเสริมและค้บครองการลรทระหว่างไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Walter Bau AG อ้างว่ามาตรการสาธารณสุขที่รัฐบาลไทยขณะนั้นทำเพื่อแก้ปัญหาการจราจรและเป็นทางเลือกให้ประชาชนที่ใช้ถนนวิภาวดี-รังสิตถือเป็นการยึดทรัพย์ของบริษัทในทางอ้อมและปฏิบัติต่อบริษัทอย่างไม่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยเรียกค่าเสียหาย 115 ล้านยูโรหรือประมาณ 6,000 ล้านบาท

2552

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ Walter Bau AG ชนะคดี

2557

เกิดการฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศต่างๆ ผ่าน ‘กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐ’ หรือไอเอสดีเอส (Investor-state Dispute Settlement: ISDS) ที่อยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลรทหรือบีทถึง 568 กรณี โดยรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาคือกลุ่มประเทศถูกฟ้องมากที่สุด



ทำความเข้าใจ
กติกากาการลงทุน

U ทนี้จะว่าด้วยเรื่องหลักการ กฎหมาย อาจเติมไปด้วย ศัพท์แสงเข้าใจยาก ถึงกระนั้น การทำความเข้าใจ เรื่องนี้ถือว่ามีความจำเป็นเพื่อการเข้าใจภาพรวม

เริ่มกันที่ลักษณะต่างๆ ไปกับเรื่องสำคัญๆ ของ หลักการคุ้มครองการลงทุนที่มักปรากฏในสนธิสัญญา ทวิภาคีด้านการลงทุนหรือบิท (Bilateral Investment Treaties: BIT) ที่นานาประเทศใช้อยู่ตอนนี้ ซึ่งหลักปฏิบัติ ที่ใช้กันมีอยู่ 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ

1.กฎระเบียบสำหรับการ เข้ามาลงทุนในประเทศ

ต้องเข้าใจเบื้องต้นก่อนว่า ไม่มีประเทศไหนเปิด ให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศได้เสรีอย่างไม่มีข้อ จำกัด ประเทศไทยเองก็มีการกำหนดอาชีพรงวนไว้ สำหรับคนไทย เช่นเดียวกัน นานาประเทศจะมีกฎหมาย และข้อบังคับที่ห้ามไม่ให้ต่างชาติลงทุนในธุรกิจบางสาขา ไม่ก็กำหนดเงื่อนไขสำหรับการลงทุนของต่างชาติ กฎ ระเบียบที่ว่ามีหลากหลายรูปแบบ ตั้งแต่เข้มงวดที่สุด อย่างการห้ามต่างชาติลงทุนอย่างเด็ดขาดในบางกิจการ เช่น บางประเทศห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนใน กิจการธนาคาร ประกันภัย โทรคมนาคม เป็นต้น จนถึง การอนุญาตให้ลงทุน แต่มีระเบียบคุมในเรื่องอื่นๆ เช่น จำกัดสัดส่วนการถือหุ้น ห้ามคนต่างชาติเป็นผู้บริหาร กิจการ เป็นต้น

ทำไมไม่ต้องทำแบบนี้?...มีเหตุผลอยู่บนความเชื่อ ว่า ถ้าเปิดให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนหรือครอบงำกิจการ

ที่ม้ความสำคัญ ความม้คงของรัฐและต่อผลประโยชน์ของสาธารณชนอาจตกอยู่ในความส้มเสี่ยงจนเกินไป กฎระเบียบแบบนี้ไม่ใช่ม้เฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้น ประเทศอย่างสหรัฐ ก็มีข้อห้ามไม่ให้ชาวต่างชาติเข้าไปลงทุนในบางธุรกิจด้วยเหตุผลด้านความม้คงเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม กฎระเบียบทำนองนี้ไม่จำเป็นต้องออกมาเป็นกฎที่เป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป เพราะในยุคการเปิดเสรี ประเทศต่างๆ ย่อมต้องแสดงให้เห็นว่าตนยึดมั่นในแนวทางนี้ กฎระเบียบที่ก้ดกันแบบชัดแจ้งจึงไม่ค่อยปรากฏ แต่จะมีลักษณะการก้ดกันแบบอ้อมๆ

เพราะมีการก้ดกันการลงทุน จึงเกิด ‘หลักการไม่เลือกปฏิบัติ’ (Non-discrimination Principle) ขึ้น ถ้ารัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนเลือกปฏิบัติกับนักลงทุนบางประเทศ ซึ่งถือเป็นการละเมิดสนธิสัญญา รัฐบาลประเทศนั้นก็ม้สิทธิ์ถูกฟ้องได้ หลักการไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าว ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ใช้กันทั่วๆ ไปในข้อตกลงว่าด้วยการลงทุน หลักการนี้แบ่งออกเป็น 4 ข้อ

1. หลักการปฏิบัติเย้ียงคนชาติ (National Treatment) อธิบายได้ว่า ถ้ารัฐบาลในประเทศนั้นให้สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ก็ตามแก่นักลงทุนในประเทศของตน รัฐบาลประเทศนั้นก็ต้องให้สิทธิและผลประโยชน์เดียวกันแก่นักลงทุนจากประเทศที่เซ็นสัญญาด้วย เหมือนกับว่า นักลงทุนต่างประเทศเป็นคนในประเทศคนหนึ่ง โดยทั่วไปแล้ว ในสนธิสัญญา จะระบุไว้ว่า รัฐบาลต้องปฏิบัติเย้ียงคนในชาติกับพลเมืองของประเทศคู่ภาคีตามข้อตกลงนั้นอย่างทันทีทันใดและไม่มีเงื่อนไข (Immediately and Unconditionally) ซึ่งในภาษากฎหมายจะใช้คำว่า ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศที่ลงนามในบิท ‘ไม่น้อยกว่า’ (No less favorable than) นักลงทุนในประเทศบิทหาเวลาใช้จริงคือ คำว่า ‘ไม่น้อยกว่า’ กลับกลายเป็นว่า รัฐสามารถให้สิทธิและผลประโยชน์ต่างๆ ต่อนักลงทุนต่างชาติ ‘มากกว่า’ ที่ให้แก่ักลงทุนของประเทศตน

2. หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง

(Most-favoured Nation Treatment: MFN) คล้ายคลึงกับข้อแรกตรงที่ว่า ต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างประเทศเหมือนกับนักลงทุนในประเทศ และยัังต้องเหมือนกับนักลงทุนประเทศอื่นๆ (Third parties or Third states) ที่เข้ามาลงทุนด้วย กล่าวคือรัฐจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนจากทุกชาติอย่างเท่าเทียมกัน ยกตัวอย่าง ถ้าประเทศ ก. เข้ามาลงทุนในไทยได้รับการปฏิบัติ สิทธิ และผลประโยชน์ต่างๆ ประเทศ ข. ที่ไทยไปลงนามในบิตด้วย ก็ต้องได้รับการปฏิบัติ สิทธิ และผลประโยชน์เช่นเดียวกับประเทศ ก. ในทุกๆ ขั้นตอนของการลงทุน ดังนั้น ถ้านักลงทุนประเทศใดจะฟ้องรัฐบาลว่าทำผิดหลักการข้อนี้ จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามี การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน (Less Favorable Treatment) แต่การที่หลักการนี้มักเขียนไว้กว้างๆ จนเปิดช่องให้ตีความได้หลายทาง และอาจใช้เป็นข้อฟ้องร้องรัฐได้

3. หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment: FET) เป็นหลักการที่โดย

ส่วนใหญ่แล้วไม่ค่อยถูกเขียนอย่างชัดเจนในสนธิสัญญา

4. หลักความมั่นคงและการคุ้มครองอย่างเต็มที่ (Full protection and security: FPS) หมายความว่ารัฐบาล

ของประเทศคู่สัญญาต้องปกป้องและคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนจากประเทศที่ไปลงนามในบิตด้วยอย่างต่อเนื่องและเต็มที่ เพื่อให้ให้นักลงทุนมั่นใจว่าการลงทุนนั้นจะไม่ถูกทำให้เสียหายด้วยประการใดๆ ปัญหาของหลักการข้อนี้อยู่ตรงถ้อยคำที่ว่า ‘ต่อเนื่อง’ เพราะอาจมีนักลงทุนต่างชาติตีความเหมารวมว่า การที่รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนจะออกนโยบายใดๆ ที่กระทบต่อผลกำไรของนักลงทุน อาจหมายถึงความไม่ต่อเนื่อง ซึ่งถูกใช้เป็นข้อฟ้องร้องได้อีกเช่นกัน

โดยปกติแล้ว ประเทศผู้รับการลงทุนมักจะยึดหลักปฏิบัติซึ่งเป็นสากลนี้ หากไม่รักษาสัญญา นักลงทุนที่เข้ามาลงทุนในประเทศก็มีสิทธิฟ้องร้องรัฐบาลประเทศ

นั้นๆ ได้ ซึ่งอาจจะใช้กลไกศาลภายในประเทศตามปกติ หรือเลือกใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐหรือไอเอสดีเอส

2.กฎระเบียบสำหรับการลงทุนที่ได้เข้ามาในประเทศไทยแล้ว

กฎนี้พุดถึงตอนที่นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้ว ดังที่กล่าวไปตอนต้นว่า ไม่มีประเทศใดในโลกเปิดเสรีโดยไม่มีข้อยกเว้น เมื่อนักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุนแล้ว ประเทศผู้รับการลงทุนมักจะมีกฎระเบียบต่างๆ คอยกำกับดูแลเพื่อคองปกป้องผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจของประเทศ วิธีการที่เห็นเสมอคือการบังคับให้ดำเนินการบางอย่าง (Performance Requirements) เพื่อประโยชน์ของประเทศผู้รับการลงทุน

เช่น การบังคับให้ต้องใช้วัตถุดิบในประเทศ การบังคับถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือการควบคุมการส่งผลกำไรและเงินตราออกนอกประเทศ เป็นต้น

3.กฎระเบียบเพื่อจูงใจการลงทุน

ข้อนี้ไม่มีอะไรซับซ้อนนัก มันคือกฎระเบียบเพื่อดึงดูด เชิญชวน จูงใจ หรือใดๆ ก็ตามให้นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศ เช่น การลดภาษีให้ การให้สินเชื่อ เป็นต้น หน่วยงานหลักๆ ของไทยที่ทำหน้าที่นี้โดยตรงคือบีโอไอ



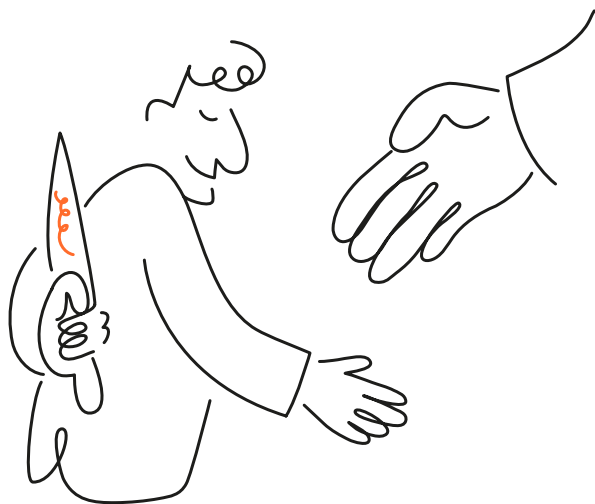
ตามที่เล่าไปในบทก่อนหน้าถึงการยึดคืนกิจการจากนักลงทุนต่างประเทศที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในช่วงศตวรรษที่ 70-80 ทำให้เกิดแนวคิดเรื่องการคุ้มครอง

การลงทุนจากการยึดคินกิจการของรัฐทั้งทางตรงและทางอ้อม ทว่า เมื่อโลกเดินทางมาถึงศตวรรษที่ 21 ดูเหมือนความพยายามคุ้มครองการลงทุนถูกขยายขอบเขตออกไปอย่างไร้ขีดจำกัด ข้อโต้แย้งที่ประเทศกำลังพัฒนาเคยพูดถึง เคยวิตกกังวล ปรากฏขึ้นจริงแล้วในปัจจุบัน

นักลงทุนต่างประเทศเหมารวมเอาว่า การออกกฎหมาย มาตรการ หรือนโยบายใดๆ ของรัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุนที่มุ่งปกป้องประชาชน สิ่งแวดล้อม สุขภาพ ฯลฯ หากสิ่งนั้นกระทบต่อผลกำไรของนักลงทุนต่างประเทศแล้ว ย่อมถือเป็นการทำผิดหลักการคุ้มครองการลงทุนไปด้วย

แรกเริ่มเดิมที การสร้างกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐหรือไอเอสดีเอส (Investor-state Dispute Settlement: ISDS) คงมีขึ้นด้วยเจตนาดี แต่กลับเป็นว่า มันได้กลายเป็นเครื่องจักรปีศาจสำหรับนักลงทุนต่างประเทศและนักกฎหมายบางกลุ่มใช้กลไกนี้เป็นเครื่องมือแสวงหาประโยชน์ในทางที่ไม่ควรจะได้

บทต่อไปจะแสดงให้เห็นว่า กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐหรือไอเอสดีเอส (Investor-state Dispute Settlement: ISDS) บิดเบี้ยวและถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ควรอย่างไร



โฉมหน้า
อันอัปลักษณ์
ของธุรกิจ
ค้าคตคความ

ใดยท่วไป เมื่มีกรณีขัดแย้งในเชิงการค้าขายหรือสัญญา ถ้าเจรจากันแล้วก็ยังไม่สามารถหาข้อยุติได้ คำตอบสุดท้ายมักจบลงด้วยการฟ้องศาลแพ่งให้ช่วยตัดสิน ซึ่งถือเป็นกลไกปกติ

ในกรณีที่รัฐบาลกับนักลงทุนต่างประเทศมีข้อพิพาท เห็นต่างกันในเรื่องผลประโยชน์ ก็ไม่ต่างกับประชาชนทั่วไปที่ต้องมีวิธีระงับข้อพิพาท วิธีหาข้อสรุปตรงนี้เรียกว่า กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐหรือไอเอสดีเอส (Investor-state Dispute Settlement: ISDS)

แต่นักลงทุนไม่ได้ไปฟ้องศาลแพ่ง ศาลปกครองในประเทศผู้รับการลงทุน หรือกลับไปฟ้องศาลในประเทศของตน แต่มีเครื่องมือเฉพาะที่เรียกว่า กระบวนการ

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

อนุญาโตตุลาการก็คือคนกลางที่มาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ทั้งสองฝ่าย เช่น ถ้าคุณทะเลาะกับเพื่อนบ้านจนถึงขั้นจะลงไม้ลงมือ เพื่อนบ้านไกล่เกลี่ยจึงไปตามผู้ใหญ่บ้านที่เป็นที่เคารพนับถือมาห้ามศึก ตกลงหาทางออกที่ทั้งสองฝ่ายพึงพอใจและยอมรับ แล้วเป็นอันจบเรื่องกันไป กรณีนี้ผู้ใหญ่บ้านก็คืออนุญาโตตุลาการ

แล้วเหตุใดเวลารัฐบาลกับนักลงทุนต่างประเทศมีความเห็นไม่ลงรอยกันถึงต้องใช้อนุญาโตตุลาการ ทำไมไม่ฟ้องศาล เหตุผลของมันมีอยู่ว่า...

ที่นิยมใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเพราะช่วยให้นักลงทุนสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีรัฐได้โดยตรง อีกทั้งการที่ฟ้องศาลของรัฐนั้นๆ นักลงทุนก็เกรงว่าศาลจะถูกอิทธิพลทางการเมืองในประเทศแทรกแซง ไหนจะประเด็นเลือกที่รักมักที่ชัง เพราะต้องไม่ลืมว่าผู้พิพากษาก็คือคนในประเทศอาจเกิดความลำเอียงได้ตามประสาปุถุชน รวมทั้งกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ยังมีควมรวดเร็วกว่ากระบวนการทางศาลปกติ นี่จึงเป็นเหตุผล

ที่กฎหมายด้านการลงทุนระหว่างประเทศมักกำหนดให้ใช้วิธีนี้

อนุญาโตตุลาการที่จะมาทำหน้าที่พิจารณาตัดสิน มี 3 คน โดยฝ่ายนักลงทุนเลือก 1 คน ฝ่ายรัฐเลือก 1 คน ส่วนคนสุดท้ายทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายนักลงทุนเป็นผู้เลือก ร่วมกันและทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการทั้ง 3 คนนี้ตัดสินออกมาอย่างไร ทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตาม เพราะถือว่าได้มอบอำนาจ มอบความไว้วางใจให้ไปแล้ว ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เท่ากับว่ารัฐยอมสละอำนาจอธิปไตยทางศาลและโอนอำนาจการพิจารณาคดีให้แก่อนุญาโตตุลาการ

ส่วนขั้นตอนการฟ้องร้องไล่เสียงได้ดังนี้

1. นักลงทุนต่างชาติยื่นข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการไปยังรัฐ ซึ่งทั้งฝั่งนักลงทุนและฝั่งรัฐจะมีนักกฎหมายคอยให้ความช่วยเหลือ

2. นักลงทุนและรัฐร่วมกันเลือกคณะอนุญาโตตุลาการ

3. กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทจะใช้เวลาหลาย

ปี (ทั้งที่เหตุผลของการใช้ระบบนี้คือความรวดเร็ว?) และส่วนใหญ่จะพิจารณาแบบปิดลับ ไม่เผยแพร่ให้สาธารณะรับรู้ บางครั้งถึงกับไม่มีใครรู้ด้วยซ้ำว่ากำลังมีการพิจารณาคดีอยู่

4. อนุญาโตตุลาการจะตัดสินว่า คำร้องฟังขึ้นหรือไม่ ควรเยียวยายังไร แต่ไหน โอกาสที่ฝ่ายรัฐจะคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแทบเป็นไปไม่ได้ กล่าวคือไม่มีการอุทธรณ์ จบแล้วจบเลย

5. รัฐต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ จะอึดออดขัดขึ้นไม่ได้ เพราะคำตัดสินนี้ใช้บังคับได้เกือบทุกแห่งในโลก (ประเทศไทยเคยถูกยึดทรัพย์สินที่อยู่นอกประเทศมาแล้ว)

เรื่องราวต่อจากนี้จะทำให้คุณเห็นชัดเจนยิ่งขึ้นว่า ความเป็นกลาง ความเที่ยงธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในไอเอสดีเอสเป็นเพียงภาพลวงตาเท่านั้น

นักรรทหมายที่ค่าตัว แพงที่สุดในโลก

ไม่มีใครบอกได้ว่าผู้ที่คิดค้นไอเอสดีเอสและนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้คาดคิดไว้หรือไม่ ว่ามันจะกลายเป็นเครื่องมือให้นักลงทุนฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยจากรัฐ และเป็นเครื่องมือทำเงินให้แก่ นักกฎหมาย การตีความว่าอะไรที่รัฐทำให้เกิดความเสียหายต่อการลงทุนถูกขยายออกไปกว้างไกลจนบางที่ก็รู้สึกขัดกับสามัญสำนึก เพราะนักลงทุนไม่ใช่แค่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยจากเงินลงทุนที่สูญเสียไปเท่านั้น แต่ถ้าการกระทำของรัฐถูกคาดการณ์ว่าจะทำให้รายได้ที่นักลงทุนประเมินว่าจะได้รับในอนาคตต้องสูญเสียหรือลดลงก็สามารถฟ้องได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมในประเทศก่อน

กรณีเช่นนี้ไม่ใช่ปัญหาที่รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้นต้องพบเจอ ประเทศพัฒนาแล้วก็ต้องประสบกับการฟ้องร้องจากกลไกนี้ไม่แพ้กัน

โลกทุกวันนี้มีข้อตกลงที่บังคับใช้ไอเอสดีเอสอยู่

กว่า 3,000 ฉบับ ทำให้ยอดการฟ้องคดีพุ่งขึ้นจาก 38 คดีในปี 2539 เป็น 450 คดีในปี 2554 คดีส่วนใหญ่เป็นคดีที่นักลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้วฟ้องร้องรัฐบาลประเทศกำลังพัฒนา

อย่างไรก็ตาม 450 คดีอาจยังไม่ใช่ตัวเลขที่แท้จริง เพราะวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการปิดลับ ไม่ได้เปิดเผยเหมือนศาลยุติธรรมทั่วไป จึงคาดกันว่าจำนวนคดีน่าจะมากกว่าตัวเลขที่ค้นพบ ขณะเดียวกันยอดเงินเรียกค่าเสียหายก็สูงขึ้นเรื่อยๆ อย่างน่าตกใจ มากกว่า 100 คดีที่มีมูลค่าการเรียกร้องสูงมากกว่า 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ถ้าการเรียกร้องค่าเสียหายมหาศาลถึงเพียงนี้ แปลว่าชัยชนะหรือฝ่ายแพ้ันเป็นเดิมพันที่สูงมากของทั้งสองฝ่าย แล้วค่าใช้จ่ายต่างๆ เพื่อจ้างนักกฎหมายมาคอยดูแลคดีให้สูงขนาดไหน นักลงทุนยินดีทุ่มเงินเต็มทีเพื่อแลกกับเม็ดเงินที่ได้มาโดยไม่ต้องอาศัยเรี่ยวแรงในการลงทุนใดๆ เช่นกัน ผังนักกฎหมายก็ยืนยันตีว่าความในคดีประเภทนี้ชนิดทุ่มสุดตัว บริษัทกฎหมายเรียกเก็บ

ค่าแรงนักกฎหมายจากคดีประเภทนี้สูงถึง 1,000 เหรียญสหรัฐต่อชั่วโมง

ข้อมูลจากที่ประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนาหรืออังค์ถัด (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ระบุว่า ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนสูงขึ้นมากในช่วงไม่กี่ปีมานี้ ส่วนองค์กรความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาหรือโออีซีดี (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) ก็เอาตัวเลขค่าใช้จ่ายเฉพาะคดีที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณะมาเปิดเผยให้ดูและพบว่า ค่าใช้จ่ายด้านกฎหมายและการอนุญาตตุลาการเฉลี่ยตกคดีละ 8 ล้านเหรียญสหรัฐ ซึ่งบางคดียังสูงได้อีกถึงกว่า 30 ล้านเหรียญสหรัฐ

มีการวิเคราะห์ข้อมูลค่าใช้จ่ายตอนที่รัฐบาลฟิลิปปินส์สู้คดีกับบริษัท ฟราพอร์ต ของเยอรมนี พบว่าต้องหมดเงินไปถึง 58 ล้านเหรียญสหรัฐ ซึ่งเงินก้อนนี้สามารถนำไปจ่ายเงินเดือนครู 12,500 คนได้ตลอดทั้งปี

หรือนำไปฉีดวัคซีนป้องกันโรคให้เด็กๆ ชาวฟิลิปปินส์ได้ถึง 3.8 ล้านคน

ค่าใช้จ่ายสูงขนาดนี้ สุดท้ายแล้วมันไปอยู่ที่ใครบ้าง...

แน่นอนว่า กว่าร้อยละ 80 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดเข้ากระเป๋านักกฎหมายของทั้งสองฝ่าย ขณะที่อนุญาตตุลาการทั้งสามคนได้ค่าจ้างวันละ 3,000 เหรียญสหรัฐต่อคน ขณะที่ค่าอาหาร ค่าที่พัก ค่าเดินทาง แยกต่างหาก แต่ถ้าเป็นคดีที่เรียกค่าเสียหายหลัก 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐขึ้นไป อนุญาตตุลาการอาจได้ค่าจ้างมากถึง 350,000 เหรียญสหรัฐ หรือ 12,250,000 บาท และโดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้ว อนุญาตตุลาการทั้งสามคนมักกำหนดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแบ่งกันจ่ายค่าจ้างให้แก่ตนเองฝ่ายละครึ่ง ส่วนค่าจ้างนักกฎหมายให้ต่างฝ่ายต่างออก โดยไม่สนว่าผลของคดีจะออกมาในรูปใด จะไม่มีการผลักภาระไปให้ฝ่ายแพ้คดีเป็นผู้จ่ายให้ฝ่ายชนะ ซึ่งเป็นการก้าวนตีว่าบริษัทกฎหมายและอนุญาตตุลาการทั้งสามคนได้รับค่าจ้างของตนอย่างแน่นอน

นอกจากนี้ นักกฎหมายด้านอนุญาโตตุลาการยังมีสิทธิได้เงินเพิ่ม หากคู่กรณียอมความกันได้ก่อนจะมีคำตัดสิน เรียกว่า การทำความตกลงจ่ายค่าทนายแบบที่เรียกตามผลแห่งคดี (Contingency Fee Arrangements) ซึ่งเป็นรูปแบบที่กำลังเป็นที่นิยม ข้อตกลงนี้ นักกฎหมายจะได้ค่าจ้างเต็มจำนวนก็ต่อเมื่อชนะคดีหรือจบคดีได้ในทางที่เป็นประโยชน์ต่อลูกค้าของตน โดยจะแบ่งจากจำนวนเงินที่ลูกค้าความได้รับมา ส่วนจะหักกี่เปอร์เซ็นต์ก็เป็นเรื่องที่ทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันเอง หมายความว่าคดีจะจบเร็วหรือยืดเยื้อ บริษัทที่ปรึกษาทางกฎหมายก็จะได้รับเงินค่าจ้างก้อนโตอยู่ดี ดังกรณีของบริษัท คิง แอนด์ สปัลดิ้ง ได้รับเงินค่าตอบแทนกว่าร้อยละ 80 ของจำนวนเงิน 133 ล้านดอลลาร์สหรัฐจากที่ลูกค้าของบริษัทได้รับมา

ศาสตร์มืด (เพราะ ความรู้คืออำนาจ)

ไม่มีใครรู้เหตุผลแท้จริงว่า ทำไมค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการถึงสูงมาก ถึงกระนั้นก็มีข้อมูลเพียงพอทำให้สันนิษฐานได้ประมาณหนึ่งว่าเป็นเพราะเหตุใด

ในธุรกิจการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระดับโลก มีบริษัทใหญ่ๆ ที่เป็นผู้นำตลาดอยู่ 3 เจ้า ได้แก่ สำนักงานกฎหมายเพรชฟิลด์ส บรูกเฮาส์ แตรินเจอร์ ในสหราชอาณาจักร, วัตต์ แอนด์ เคส และคิง แอนด์ สปัลดิ้ง ในสหรัฐฯ เมื่อนับรวมกับเจ้าอื่นๆ ในตลาดธุรกิจการอนุญาโตตุลาการที่รับทำคดีมากที่สุดจะมีอยู่ด้วยกัน 20 เจ้า ซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในสหรัฐฯ ตัวบริษัทเพรชฟิลด์สแห่งเดียวอ้างว่า เขาทำคดีระหว่างนักลงทุนกับรัฐมากกว่า 165 คดี

มีเรื่องที่น่าแปลกไม่น้อยเรื่องหนึ่งคือ ตัววิชาความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระดับโลก

โลก แทบจะไม่ต่างกับศาสตร์มืดในยุคกลางของยุโรป เพราะมันไว้กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดที่จะใช้เป็นมาตรฐานเหมือนเวลาเปิดตำราประมวลกฎหมาย กล่าวอีกทางหนึ่งคือไม่มีตำราเล่มไหนประมวลเรื่องการอนุญาตตุลาการด้านการลงทุนออกมาให้ศึกษาทำความเข้าใจเลย ต้องเข้าใจว่านักกฎหมายเป็นอาชีพผูกติดกับเหตุผลและตัวหนังสือในตำรากฎหมาย ดังนั้นจึงทำให้นักกฎหมายไม่น้อยรู้สึกลับสนและอึดอัดเมื่อต้องยุ่งเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการด้านการลงทุน

นอกจากนี้ รูปแบบวิธีพิจารณาคดียังไม่เหมือนกับภาพที่เราคุ้นเคยจากในชีวิตจริงหรือในภาพยนตร์ บางคนบอกว่ามันแทบจะดูไม่เป็นการพิจารณาคดีทางกฎหมายด้วยซ้ำ ผู้ที่เคยมีโอกาสเห็นและกลับมาเล่าให้ฟัง บอกว่าบุคคลข้างนอกที่ไม่รู้อาจคิดว่ามันเป็นการประชุม อบรม หรืองานสัมมนามากกว่าการพิจารณาคดี และก็มักจัดกันตามโรงแรมมากกว่าสถานที่ราชการ

เมื่อธุรกิจอนุญาตตุลาการเป็นธุรกิจที่ผูกขาดตัววิชาความรู้ก็ดูคลุมเครือ ขาดหลักเกณฑ์ มีแค่

นักกฎหมายไม่กี่บริษัทที่ผูกขาดความรู้เอาไว้ ก็เหมือนกับที่ฟรานซิส เบคอน นักปรัชญาชาวอังกฤษพูดไว้นานแล้วว่า ความรู้คืออำนาจ ซ้ำมันยังเป็นคติความประเพณีที่มีเดิมพันสูงมาก ดังนั้น ราคาที่ต้องจ่ายให้แก่ นัก (ธุรกิจ) กฎหมายและอนุญาตตุลาการจึงสูงมากตามแต่คนกลุ่มนี้จะตั้งราคา

สิ่งที่อันตรายที่สุดของระบบอนุญาตตุลาการด้านการลงทุน

ความฉ้อฉลของวงการธุรกิจอนุญาตตุลาการยังไม่จบ...

กลับไปที่ตัวอย่างกรณีคุณทะเลาะกับเพื่อนบ้าน สมมติว่านาย ก. ไปบอกกับเพื่อนบ้านที่เป็นคู่กรณีของคุณว่า ให้เลือกนาย เอ. มาเป็นคนไกลเกลี่ยข้อพิพาท

เพราะเขากับนาย เอ. รู้จักสนิทสนมกัน ลองนึกดูว่าถ้าคนกลางที่จะมาแก้ไขข้อขัดแย้งให้คุณเกิดสนิทสนมกับฝ่ายตรงข้าม คุณจะมั่นใจหรือว่าจะได้รับความเป็นธรรม

ยิ่งกว่านั้น สมมติว่าคนที่มาเป็นคนกลางให้มีผลประโยชน์บางอย่างร่วมกันกับเพื่อนบ้านของคุณ และถ้าเพื่อนบ้านคุณเป็นฝ่ายชนะ คนกลางจะยิ่งได้ประโยชน์ คุณจะอยากได้คนกลางแบบนี้หรือไม่

เชื่อว่าคำตอบคือ 'ไม่'

แต่ นี่คือสิ่งที่เกิดขึ้นในแวดวงธุรกิจอนุญาโตตุลาการ

มีคำพูดของนักกฎหมายอนุญาโตตุลาการฯ ที่ต้นพลังปากพูดให้คนอื่นได้ยินว่า

“ตอนนี้ ผมมีคดีย่อยในการพิจารณาของ [อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศระดับหัวแถวผู้หนึ่ง] ผมไปสัมภาษณ์ที่ไหนก็พบท่านทุกครั้ง เราอ่านหนังสือของกันและกัน แต่คู่ต่อสู้ของผมในคดีนี้นะ...มีดแปดด้านไม่รู้อะไรเลย [...] ในหมู่ผู้ร่วมงานทุกคนในกลุ่มเรา นะ [...] เราได้เคยไปว่าความต่อหน้าอนุญาโตตุลาการ

ทุกคนที่ควรแก้การรู้จักแล้ว ไม่ใช่แค่ครั้งเดียว แต่หลายครั้งแล้วในช่วงหลายปีที่ผ่านมา เพราะฉะนั้นเราจึงรู้เรื่องภายในทุกอย่าง”

แล้วอนุญาโตตุลาการมาจากไหน พวกเขา ก็คือนักกฎหมายจากบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย จากแวดวงวิชาการ หรือเคยมีตำแหน่งในรัฐบาล นำแปลกใจไม่น้อยว่า คนที่จะทำหน้าที่สำคัญอย่างการชี้ขาดข้อพิพาทระดับรัฐกลับไม่ต้องมีการขึ้นทะเบียนใดๆ ทั้งสิ้น ลองนึกถึงทนายความหรือแพทย์ที่ต้องมีใบประกอบวิชาชีพ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ต้องพึ่งพาใบรับรอง เมื่องานง่าย รายได้ดี นักกฎหมายหลายพันคนจึงต้องการเข้าสู่อาชีพอนุญาโตตุลาการ แต่มีไม่กี่คนที่มีโอกาสได้รับเลือก เพราะสังคมของอนุญาโตตุลาการคือสังคมชนชั้นสูงที่ผูกขาดเอาไว้สำหรับคนกลุ่มเล็กๆ (เราจะขยายความเรื่องนี้ในตอนต่อไป) จะดีแค่ไหนถ้าอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระและทำหน้าที่อย่างตรงไปตรงมาโดยไม่ขึ้นกับใครหรือองค์กรใด

แต่ความจริงแสนอัปยศณ์ พบว่า อนุญาโต-

ตุลาการถึง 24 คน เป็นนักกฎหมายอาวุโสของบริษัทที่
ปรึกษากฎหมายชั้นนำที่ทำธุรกิจอนุญาตตุลาการ

หมายความว่าถ้ารัฐบาลไทยถูกฟ้องจากนักลงทุน
นักลทงจ้างบริษัทที่ปรึกษาด้านกฎหมายแห่งหนึ่งมา
ว่าความให้ ตัวอนุญาตตุลาการที่นักลทงเลือกก็เป็น
คนของบริษัทกฎหมายแห่งนี้ คุณคาดหวังหรือเปล่าว่า
คำตัดสินของอนุญาตตุลาการรายนี้จะเที่ยงตรง เมื่อ
ชัยชนะของฝ่ายนักลทงหมายถึงเงินก้อนโตที่จะไหล
เข้าบริษัทที่อนุญาตตุลาการนี้สังกัดอยู่

อาจเถียงได้ว่า ไทยเราก็สามารถตั้ง
อนุญาตตุลาการจากบริษัทกฎหมายที่รัฐบาลจ้างได้
เช่นกัน ถูกต้อง แต่ประเด็นอยู่ที่ว่าผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ
พอจะมานั่งเป็นอนุญาตตุลาการด้านการลทงบนโลก
ใบนี้มีอยู่ไม่มาก เราจะแน่ใจได้อย่างไรว่าคนที่เราเลือก
เป็นอนุญาตตุลาการจะไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนใดๆ
แอบเร้นอยู่

ประเด็นสำคัญจริงๆ คือ เราควรปล่อยให้
การพิจารณาคดีที่มีเงินเดิมพันสูงๆ ข้องเกี่ยวกับอำนาจ

อธิปไตยของประเทศในการออกนโยบายเพื่อดูแล
ประชาชนของตน ไปผูกไว้กับกระบวนการพิจารณาที่
ไม่โปร่งใส กับนักกฎหมายและอนุญาตตุลาการที่มีผล
ประโยชน์แฝงเร้นหรือ?

ผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) คือ
หนึ่งในปัญหาที่อันตรายที่สุดของระบบอนุญาตตุลาการ
ด้านการลทง

บริการให้คำปรึกษา (หรือนัยหนึ่งคือวิธี การกำมาหากิน)

เหล่านักกฎหมายและนักอนุญาตตุลาการยังมัก
จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับช่องทางการฟ้องร้องแก่นักลทง
สำหรับฟ้องเรียกค่าชดเชยจากรัฐบาลประเทศต่างๆ
พวกเขากลายเป็นนายหน้าค้าคดีความ ซึ่งหลายครั้งคือ

การค้ำคตบิบนหายนะทางเศรษฐกิจของผู้นั้นในประเทศหนึ่งๆ เช่นกรณีของอาร์เจนตินาในวันที่ต้องเผชิญวิกฤตเศรษฐกิจเมื่อปี 2544 ซึ่งบีบให้รัฐบาลอาร์เจนตินาต้องออกนโยบายเพื่อกอบกู้ ความพยายามจะกอบกู้เศรษฐกิจของประเทศถูกนักธุรกิจอนุญาตตุลาการเล่นแร่แปรธาตุว่ากระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนจากบริษัทข้ามชาติ ผลคือรัฐบาลอาร์เจนตินาถูกฟ้องกว่า 40 ครั้ง และล้มค่าตัดสินในปลายปี 2551 ซึ่งทำให้อาร์เจนตินาต้องจ่ายค่าชดเชยรวมเป็นเงินถึง 1,150 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเท่ากับเงินเดือนเฉลี่ยต่อปีของครูชาวอาร์เจนตินา 150,000 คน หรือของแพทย์ประจำโรงพยาบาลรัฐ 95,800 คน องค์การสหประชาชาติยอมรับว่า ไอเอสดีเอสทำให้ความสามารถในการต่อสู้กับวิกฤตทางการเงินและเศรษฐกิจของรัฐด้อยประสิทธิภาพลง

คงจะเป็นจินตนาการที่ไม่เกินจริงนัก ถ้าจะคิดว่าบริษัทที่ปรึกษาทางกฎหมายที่ทำธุรกิจอนุญาตตุลาการจะมีแผนกหนึ่งโดยเฉพาะ คอยติดตามข่าวสารจากต่างประเทศทั่วโลก แล้วหาช่องให้แก่นักลงทุนว่าจะฟ้อง

เรียกค่าเสียหายในประเด็นใด

ยังมีกลวิธีอื่นๆ อีกมากมายที่บริษัทที่ปรึกษาด้านกฎหมายใช้ทำมาหากินกับไอเอสดีเอส เราจะขอยกตัวอย่างกลวิธีอีกหนึ่งรูปแบบที่ค่อนข้างซับซ้อนพอสมควร ไอเอสดีเอสเป็นข้อกำหนดที่อยู่ในบิทประเทศหนึ่งอาจลงนามในบิทกับหลายประเทศ แปลว่า 'ไม่ได้มีบิทแค่สัญชาติเดียว บริษัทกฎหมายจะแนะนำให้นักลงทุนที่เป็นลูกค้าของตนทำสิ่งที่เรียกว่า 'การจัดโครงสร้างบริษัทเพื่อคุ้มครองนักลงทุน' มันคืออะไร?

สมมติว่าคุณเป็นนักลงทุนจากสหรัฐฯ ที่ต้องการเข้าไปลงทุนในจีน เผอิญว่าจีนไม่มีสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับสหรัฐฯ แต่มีกับเนเธอร์แลนด์ บริษัทกฎหมายจะแนะนำให้คุณนำบริษัทของคุณไปจดทะเบียนที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ แล้วจึงค่อยเข้าไปลงทุนในจีน หมายความว่าบริษัทของคุณที่ลงทุนในจีนเป็นบริษัทจากเนเธอร์แลนด์ที่คุณแค่จดทะเบียนลงบนกระดาษเท่านั้น แต่คุณจะได้รับบริการคุ้มครองการลงทุนผ่านบิทระหว่างจีนกับเนเธอร์แลนด์... แน่แน่นอนว่าบริการประเภทนี้ไม่ฟรี

หรือถ้าคุณไปลงทุนในประเทศที่มีสัญญาบิตต่อกัน ก็ไม่ได้แปลว่าคุณจะทำแบบตัวอย่างข้างบนไม่ได้ ซ้ำยัง จะช่วยให้นักลงทุนสามารถฟ้องรัฐบาลในเรื่องเดียวกันได้ ถึง 2 คดี (หรือมากกว่า) ถ้าอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ ฝ่ายรัฐบาลแพ้ทั้งสองคดี เท่ากับว่าฝ่ายรัฐบาลต้องจ่ายค่าเสียหายในคดีเดียวกันถึง 2 ครั้ง กรณีนี้เคยเกิดขึ้นแล้ว เมื่อโรนัลด์ ลอเดอร์ มหาเศรษฐีในธุรกิจเครื่องสำอางชาว สหรัฐฯ ฟ้องรัฐบาลสาธารณรัฐเช็กที่มีบิตกับสหรัฐฯ ขณะ เดียวกัน สาธารณรัฐเช็กก็เซ็นบิตกับเนเธอร์แลนด์ด้วย ลอเดอร์จึงฟ้องอีกรอบในเรื่องเดียวกันโดยใช้บิตระหว่าง สาธารณรัฐเช็กและเนเธอร์แลนด์

นายหน้าค้าคดี

ขอพูดถึงอีกหนึ่งกลวิธีการหาผลประโยชน์ผ่าน ไอเอสดีเอส ซึ่งขอเรียกวินี้ว่า ‘นายหน้าค้าคดี’

สมมติว่า นักลงทุนต่างประเทศรายหนึ่งมองเห็น

ช่องทางฟ้องร้องรัฐบาลไทย ครั้นจะจ้างบริษัทที่ปรึกษา ด้านกฎหมายมาจัดการให้ก็มีค่าใช้จ่ายสูง นักลงทุนรายนี้ จึงลาล่าละลังไม่กล้าฟ้องเพราะเกรงว่าจะไม่คุ้มค่า ส่วน คุณซึ่งเป็นมหาเศรษฐีและรับรู้ข้อมูลความบาดหมาง ระหว่างนักลงทุนรายนี้กับรัฐบาลไทย พิจารณาแล้วว่า ถ้าฟ้อง ฝ่ายนักลงทุนมีโอกาสชนะอยู่บ้าง คุณจึงติดต่อ ไปยังบริษัทของนักลงทุนรายนี้ และยื่นข้อเสนอว่าจะออก ค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีส่วนหนึ่งให้ โดยมีข้อตกลงว่า ถ้าชนะคดีจะต้องหักเปอร์เซ็นต์จากค่าชดเชยให้คุณ ซึ่ง ส่วนใหญ่จะอยู่ที่ร้อยละ 20-50 แล้วแตตกลงกัน

นี่คืออุตสาหกรรมการลงทุนที่กำลังเติบโตอย่าง เรียงๆ มีข้อมูลว่าธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเงินหลายแขนง ทั้งธนาคาร กองทุนบริหารความเสี่ยง และบริษัทประกันภัย ก้าวเข้ามาหาโอกาสในฐานะนายหน้าค้าคดี บริษัทที่มี ชื่อเสียง เช่น จูริติคของอังกฤษลงทุนเฉลี่ยต่อคดีที่ 7.5 ล้านเหรียญสหรัฐฯ ส่วนเบอร์ฟอร์ดของสหรัฐฯ เฉลี่ย คดีละ 8 ล้านเหรียญสหรัฐฯ เป็นต้น แม้ผลตอบแทนจะ แตกต่างกันไปตามมูลค่าที่เรียกชดเชย แต่โดยเฉลี่ยแล้ว

ผลตอบแทนจะอยู่ประมาณร้อยละ 30-50

การเกิดขึ้นของการลงทุนของนายหน้าค้าคดีช่วยกระตุ้นยอดการฟ้องร้องให้เพิ่มขึ้น ในออสเตรเลียเป็นตัวอย่างชัดเจน เมื่อจำนวนคดีสูงขึ้นประมาณร้อยละ 16.5 หลังจากเปิดช่องให้บุคคลที่ 3 สามารถจ่ายเงินสมทบทุนการฟ้องร้องได้ เพราะฝ่ายนักลงทุนเห็นว่าไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงเพียงลำพัง การฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยชนิดนี้จึงเพิ่มขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้วไม่มีใครหยิบมาฟ้องร้องกัน วันเสียแต่จะมีนายทุนช่วยออกเงินให้

มาพิจารณา อนุญาโตตุลาการ

เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นอาชีพรายได้งาม และทรงอิทธิพล นักกฎหมายจำนวนมากจึงใฝ่ฝันจะเข้าสู่วงการ แต่มันก็เหมือนแวดวงชนชั้นสูงทั่วโลกที่การเหยียบย่างเข้าสู่วงการไม่ใช่เรื่องง่ายดาย กลุ่ม

อนุญาโตตุลาการเป็นแวดวงที่มีสโมสรของตน ไม่ใช่สโมสรแบบที่มีอาคารของตนเองหรือมีป้ายบอกแก่สาธารณชน แต่เป็นในรูปของการรวมตัวของคนกลุ่มเล็กๆ ที่เกาะกลุ่มกันอย่างแน่นเหนียวและไม่เปิดรับคนนอก เพื่อให้สามารถกุมอำนาจในแวดวงอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนได้เบ็ดเสร็จ คนในแวดวงกฎหมาย นักวิชาการด้านกฎหมาย หรือนักข่าวที่เกาะติดเรียกลีสโมสรนี้ว่า แวดวงชั้นใน, กลุ่มของชายแก่ผู้ยิ่งใหญ่ที่เป็นคนคอเดียวกัน หรือมาเฟียของการอนุญาโตตุลาการ

แล้วใครกันที่จะสามารถผาดานเข้าสู่ชนชั้นอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าไม่นับว่าต้องอยู่ในวงการกฎหมายมานานพอ ก็ดูเหมือนจะมีอยู่สัก 3 เงื่อนไข-เข้าใจหรืออีกนัยหนึ่งคือเข้าข้างนักธุรกิจ นักลงทุน ถึงกับมีศาสตราจารย์ชื่อดังในสาขาอนุญาโตตุลาการคนหนึ่งกล่าวไว้อย่างตลกร้ายว่า อนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องอะไรก็ได้ทั้งนั้น ยกเว้นกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

สอง-ต้องมาจากประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะ

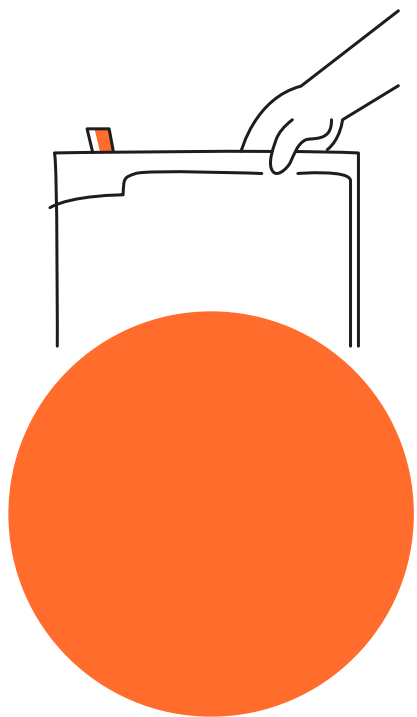
ในอเมริกาเหนือและยุโรปตะวันตก ตรวจสอบดูสัดส่วน
อนุญาตตุลาการจะพบว่า มาจากสองภูมิภาคข้างต้น
ถึงร้อยละ 69 สำหรับคดีทั้งหมดที่ยื่นฟ้องต่อศูนย์ระงับ
ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศหรือไอซีเอสไอดี
และสาม-ต้องเป็นผู้ชาย อันที่จริงก็ไม่เชิงว่า
ต้องเป็นผู้ชาย แต่อนุญาตตุลาการส่วนใหญ่เป็นผู้ชาย
มีผู้หญิงเพียงร้อยละ 4 เท่านั้น

ชนชั้นนำในวงการอนุญาตตุลาการด้านการลงทุน
มีชื่อเสียงมีอยู่ 15 คน ในที่นี้ขอยกตัวอย่างเพียง 5 รายชื่อ
ซึ่งเป็นอนุญาตตุลาการที่งานชุกที่สุด

1. ปริจิตต์ สเตรีน จากฝรั่งเศส **39 คดี**
2. ชาร์ลส์ บราวเฮอร์ จากสหรัฐฯ **33 คดี**
3. ฟรานซิสโก ออร์เรโก วิชา จากชิลี **30 คดี**
4. มาร์ค ลาลองด์ จากแคนาดา **30 คดี**
5. แอล อีฟส์ ฟอर्टีเย จากแคนาดา **28 คดี**



ระบบอันพิกลพิการดำรงอยู่ได้เพราะมีผู้คอย
ค้ำจุน ผลประโยชน์มหาศาลเป็นแรงผลักดันให้ฝ่ายต่างๆ
ที่ได้รับผลประโยชน์-นักกฎหมาย อนุญาตตุลาการ
นักลงทุน ต้องการให้มั่นคงอยู่ ผ่านการตอบโต้กับฝ่าย
ที่ไม่เห็นด้วย ผ่านงานวิชาการตามวารสารวิชาการ ซึ่งมีความ
เกี่ยวพันกับบริษัทที่ปรึกษาทางกฎหมาย ผ่านการ
เข้าไปเป็นที่ปรึกษาของรัฐบาลต่างๆ แล้วหาเหตุผลให้
ยอมรับไอเอสดีเอส หรือแม้กระทั่งการทำตัวเป็นผู้เสนอ
การปฏิรูประบบไม่จริงใจเพื่อหลีกเลี่ยงความเปลี่ยนแปลง
ใหญ่ๆ ที่มีเสียงเรียกร้องมากขึ้นทุกขณะ



ไอเอสดีเอส:
บทเรียนจากทั่วโลก

เมื่อพอจะรู้จักการคุ้มครองการลงทุนและกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาครัฐหรือไอเอสดีเอส (Investor-state Dispute Settlement: ISDS) กันมาพอสมควรแล้ว ต่อไปนี้ คือกรณีศึกษาที่หลายประเทศในโลกต้องพบเผชิญจากการที่นักลงทุนใช้ไอเอสดีเอสเป็นเครื่องมือฟ้องร้องรัฐบาลเพื่อยับยั้งการดำเนินนโยบายสาธารณะ ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นรุกรานอำนาจอธิปไตยในการกำหนดนโยบาย ทั้งด้านสาธารณสุขสิ่งแวดล้อม และเศรษฐกิจ

แอฟริกาใต้: การเยียวยาความ อยุติธรรมที่ถูกจัดวาง

หลังการแบ่งแยกสีผิวหรืออาพาร์ไทด์ (Apartheid) ในแอฟริกาใต้สิ้นสุดลงปี 2550 รัฐบาลแอฟริกาใต้จึงออกกฎหมายสร้างเสริมอำนาจทางเศรษฐกิจแก่นักลงทุนดำ (Black Economic Empowerment Act) เพื่อเยียวยาความอยุติธรรมจากอาพาร์ไทด์ กฎหมายนี้กำหนดให้บริษัทเหมืองแร่ต้องโอนหุ้นในครอบครองของตนส่วนหนึ่งให้แก่พนักงานลงทุนดำ ทำให้ปีเอโร ฟอเรสติ (Piero Foresti) บริษัทจากอิตาลี ฟ้องรัฐบาลแอฟริกาใต้บนฐานของสนธิสัญญาการลงทุนที่แอฟริกาใต้ทำไว้กับอิตาลีและลักเซมเบิร์ก ข้อพิพาทนี้จบในปี 2553 เมื่อปีเอโร ฟอเรสติ ได้รับใบอนุญาตใหม่ ทั้งยังได้ลดจำนวนหุ้นที่ต้องโอนให้แก่พนักงานลงทุนดำลงจำนวนมาก

อาร์เจนตินา: วิกฤตการเงินกับการรุมทึ้งของ 40 บริษัท

ปี 2540 ประเทศไทยเผชิญวิกฤตต้มยำกุ้ง ช้ำยังลามระบาศไปหลายประเทศทั่วโลก ปี 2544-2545 วิกฤตก็ลามมาถึงอาร์เจนตินา เพื่อรับมือกับวิกฤตเศรษฐกิจครั้งมโหฬาร รัฐบาลอาร์เจนตินาจึงต้องสั่งตรึงราคาค่าสาธารณูปโภค พร้อมกับลดค่าเงินลง กลายเป็นว่าความพยายามรับมือวิกฤตของรัฐบาลอาร์เจนตินากลับโดนกลุ่มนักลงทุนจาก 40 บริษัท-ซีเอ็มเอส เอเนอร์จี (CMS Energy) จากสหรัฐฯ, สูเอซ และ วิวองดี (Suez and Vivendi) จากฝรั่งเศส, แองเกลียน วอเตอร์ (Anglian Water) จากสหราชอาณาจักร และอากวาส เด บาร์เซโลนา (Aguas de Barcelona) จากสเปน รุมฟ้องร้องให้อาร์เจนตินาจ่ายเงินชดเชยรายได้ที่ต้องสูญเสียไปหลายล้านเหรียญสหรัฐจากนโยบายข้างต้น

เม็กซิโก: เมื่อบริษัทเอกชนไม่อนุญาตให้ปกป้องสิ่งแวดล้อม

เดือนมกราคม ปี 2536 บริษัทอเมริกันนามว่า เมตาแคลด ผู้ได้รับสัมปทานจากรัฐบาลเม็กซิโกในการก่อสร้างโรงกำจัดขยะในมลรัฐซานหลุยส์โปโตซี แต่ต่อมามีการกล่าวหาถึงการทุจริตในการออกสัมปทานให้แก่บริษัทนี้ และยังคงคัดค้านการก่อสร้างจากเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม จนเทศบาลท้องถิ่นต้องออกคำสั่งระงับใบอนุญาตก่อสร้างเมื่อเดือนตุลาคม ปี 2537 โรงงานกำจัดขยะของเมตาแคลดจึงต้องยกเลิกไปโดยปริยาย เดือนกันยายน ปี 2540 ผู้ว่าราชการซานหลุยส์โปโตซีออกรัฐบัญญัติประกาศให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตพื้นที่อนุรักษ์ ซึ่งเท่ากับปิดประตูตายสำหรับโรงงานแห่งนี้

เมตาแคลดจึงหยิบฉวยไอเอสดีเอสในข้อตกลง

นาฟต้าหรือความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement: NAFTA) โดยอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการย้ดหรือริบค้ดนการตามมาตรา 1110 การตัดสินใจพิพาทมาถึงบทสรุปในเดือนสิงหาคม ปี 2543 อนุญาตตุลาการวินิจฉัยให้รัฐบาลเม็กซิโกจ่ายแพ้งและต้องจ่ายเงินชดเชย 16.7 ล้านเหรียญสหรัฐให้แก่เมตาแคลด

จุดน่าสนใจของคำวินิจฉัยนี้คือ การตัดสินใจให้การกระทำของรัฐชานหลยส์โปโตซีในฐานะตัวแทนของรัฐบาลเม็กซิโกเท่ากับเป็นการย้ดหรือริบค้ดนการทางอ้อมตามมาตรา 1110 บทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้าที่ว่า

‘การย้ดหรือริบค้ดนการนี้ได้มีความหมายแต่เพียงการกระทำโดยเปิดเผย จงใจ และรับรู้ถึงการนำไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน แต่รวมถึงการแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของนักลงทุน ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่

เพียงบางส่วน แม้ว่ากระทำได้กล่าวนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจใดๆเลยก็ตาม’

มาตรานี้ถูกมนุษย์อนุญาตตุลาการตีความแบบกว้าง และเพิกเฉยต่อมิติด้านสิ่งแวดล้อมโดยสิ้นเชิง จนทำให้ความพยายามที่จะปกป้องสิ่งแวดล้อมของรัฐบาลท้องถิ่นต้องกลายเป็นหมัน

แคนาดา: สิ่งแวดล้อมไร้ค่าในข้อตกลงนาฟต้า?

มีงานศึกษาวิจัยพบว่า สารเอ็มเอ็มที (MMT) ส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมและยังสร้างมลพิษทางอากาศ จึงเป็นเหตุผลในปี 2540 รัฐบาลแคนาดาออกคำสั่งห้ามนำเข้าและขนย้ายสารเอ็มเอ็มทีตัวนี้ด้วยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งคำสั่งห้ามนี้ใช้เฉพาะกับการนำเข้าสารเคมีจากต่างประเทศ ไม่รวมถึงการผลิตและการขายสารเอ็มเอ็มทีในแคนาดา

บริษัทสัญชาติอเมริกัน เอธิล คอร์พ (Ethyl Corp) ผู้นำเข้าสารเคมีเอ็มเอ็มทีรายใหญ่จึงส่งฟ้องรัฐบาลแคนาดาด้วยการฟ้องร้องภายใต้บทที่ 11 ของนาฟต้า อ้างว่าคำสั่งนี้ละเมิดพันธกรณีที่แคนาดามีอยู่ตามนาฟต้า พร้อมกับเรียกค่าชดเชยเป็นเงิน 251 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

เดือนกรกฎาคมปีต่อมา รัฐบาลแคนาดาตัดสินใจประนีประนอมกับเอธิล คอร์พ โดยยอมจ่ายค่าชดเชย 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐทั้งที่ไม่ได้ทำอะไรผิดและต้องยอมยกเลิกคำสั่งห้ามนำเข้าและขนย้ายสารเอ็มเอ็มที

สหรัฐอเมริกา: ผู้นำโลกเสรี ก็ไม่มีข้อยกเว้น

แม้เหยื่อของไอเอสดีเอสส่วนใหญ่จะเป็นประเทศกำลังพัฒนา แต่เชื่อว่าประเทศพัฒนาแล้วจะรอดพ้น สหรัฐอเมริกาเจ้าแห่งการเปิดเสรีก็ไม่ใช่ออกยกเว้น เพียงแต่กรณีต่อไปนี้ ผลลัพธ์ดูจะแตกต่าง

ไปบ้าง

3 ธันวาคม 2542 บริษัท เมเชเน็กซ์ ของแคนาดาฟ้องร้องรัฐบาลสหรัฐฯ ตามบทที่ 11 ของนาฟต้าเช่นเดียวกัน

ต้นเหตุการฟ้องมาจากงานวิจัยของมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียที่ว่า การใช้สารเคมี MTBE ทำให้เกิดการปนเปื้อนน้ำที่ใช้สำหรับการบริโภคและเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ มลรัฐแคลิฟอร์เนียเลยออกข้อบัญญัติห้ามใช้สาร MTBE ในน้ำมันเชื้อเพลิง

บริษัท เมเชเน็กซ์ ผู้ผลิตและจำหน่ายสาร MTBE รายใหญ่ จึงฟ้องรัฐแคลิฟอร์เนียว่ายึดและริบคืนกิจการของตน และละเมิดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ พร้อมเรียกค่าเสียหายเป็นเงิน 970 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

3 สิงหาคม 2548 คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดให้ยกข้อเรียกร้องของเมเชเน็กซ์ทั้งหมด โดยให้เหตุผลว่ากฎข้อบังคับของรัฐที่ตราขึ้นและที่บังคับใช้โดยไม่เลือกปฏิบัติเพื่อปกป้อง

สาธารณประโยชน์ ซึ่งก็คือกฎหมายสิ่งแวดล้อมในกรณีนี้ ไม่ถือว่าเป็นการยึดหรือริบกิจการของนักลงทุน

สิ่งหนึ่งที่เราเห็นได้จากกรณีนี้และกรณีก่อนหน้าคือความไม่คงเส้นคงวาของคำตัดสิน แม้ว่ากรณีที่เกิดขึ้นจะมีความคล้ายคลึงกัน

ออสเตรเลีย: **สุขภาพประชาชน VS ธุรกิจบุหรี่**

กรณีนี้เป็นการขัดแย้งระหว่างรัฐบาลออสเตรเลียกับบริษัทบุหรี่ยักษ์ใหญ่ของโลก-ฟิลิป มอร์ริส

เรื่องมีอยู่ว่าปี 2554 รัฐบาลออสเตรเลียต้องการออกกฎหมายฉบับหนึ่งที่กำหนดให้ผลิตภัณฑ์บุหรี่ต้องบรรจุซองแบบที่กำหนดเท่านั้น ในที่นี้คือซองสีขาวเรียบๆ ไม่มีตราสินค้าปรากฏบนซองบุหรี่ และคำโฆษณาใดๆ (Plain Packaging Laws for Tobacco Products) ซึ่งทำให้ฟิลิป มอร์ริสไม่พอใจมาก ในทางตรงกันข้าม

กลับต้องมีภาพสีที่แสดงให้เห็นพิษภัยของบุหรี่ต่อสุขภาพหน้าซำต้องมีภาพขนาดใหญ่กว่าร้อยละ 80 ของหน้าซองบุหรี่ ทั้งนี้ทั้งนั้นก็เพื่อปกป้องสุขภาพของประชาชนชาวออสเตรเลีย

การที่รัฐบาลออสเตรเลียต้องกำหนดนโยบายเข้มงวด เนื่องจากทุกๆ ปี คนออสเตรเลียประมาณ 15,000 รายต้องตายจากโรคร้ายที่มีบุหรี่เป็นสาเหตุ ต้องสูญเสียความสามารถในการผลิตมูลค่ารวมถึง 31,500 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย ซึ่งข้อมูลจากวารสารเวชศาสตร์ป้องกันในสหรัฐอเมริกาตีพิมพ์ผลทดสอบด้านการรับรู้คำเตือนบนซองบุหรี่ พบว่า ร้อยละ 83 ของอาสาสมัครสามารถจดจำคำเตือนบนซองบุหรี่ได้ ถ้าบนซองใช้กราฟิกเน้นคำเตือนด้วยอักษรตัวโตๆ มากกว่าภาพผลจากการสูบ

บริษัท ฟิลิป มอร์ริส เอเชีย จำกัด (Philip Morris Asia Limited) ในฮ่องกง ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัทฟิลิป มอร์ริส จำกัด อีกทีหนึ่ง จึงใช้ไอเอสดีเอสในบิทที่ออสเตรเลียเซ็นไว้กับฮ่องกงมาใช้ฟ้องร้องรัฐบาล

ออสเตรเลียในวันที่ 21 พฤศจิกายน 2554 ด้วยข้อกล่าวหาว่ารัฐบาลออสเตรเลียกระทำการยึดหรือริบกิจการโดยอ้อม (Indirect Expropriation) โดยอ้างว่าการบังคับให้ติดฉลากเตือนอันตรายขนาดใหญ่บนซองบุหรี่เท่ากับขัดขวางไม่ให้บริษัทแสดงเครื่องหมายการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดการสูญเสียส่วนแบ่งตลาดจำนวนมาก

ถึงเวลานี้ คดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่ว่าผลจะออกมาเป็นไหน เชื่อแน่ว่าจะมีผลต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะของรัฐบาลออสเตรเลียและรัฐบาลประเทศอื่นๆ ในอนาคต เพราะถ้าแพ้ บริษัทข้ามชาติอื่นๆ ก็อาจใช้คดีนี้เป็นตัวอย่างสำหรับฟ้องร้องรัฐบาลอื่นๆ ต่อไป

จึงมีต้องแปลกใจ ถ้าการเจรจาเขตการค้าเสรีที่ใหญ่ที่สุดในโลกอย่างความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์เศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก หรือทีพีพี (Trans-Pacific Partnership: TPP) ที่สหรัฐฯ เป็นโต้โผใหญ่ รัฐบาลออสเตรเลียจะไม่เห็นด้วยให้ใส่กลไกไอเอสดีเอสลงไปใน

ข้อตกลง ขณะที่บริษัท ฟิลลิป มอร์ริส กลับเสนอผู้แทนทางการค้าสหรัฐฯ ว่า กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งยวด เพราะจะช่วยป้องกันไม่ให้รัฐบาลต่างชาติสร้างข้อจำกัดกีดกันทางการค้า

เยอรมนี: ห้ามจำกัด ห้ามหยุด ห้ามรักแม่น้ำ

แม้เยอรมนีจะเป็นยักษ์เศรษฐกิจของสหภาพยุโรป และมีนายกรัฐมนตรีหญิงแกร่งอย่างแองเกลา แมร์เคิล แต่ก็ไม่ได้ช่วยให้เยอรมนีอยู่รอดปลอดภัยจากไอเอสดีเอส

กรณีนี้ไม่ต่างกับออสเตรเลีย เมื่อรัฐบาลเยอรมนีพยายามจะออกมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมกับโรงไฟฟ้าถ่านหิน โดยจำกัดการใช้และการระบายน้ำหล่อเย็นจากโรงไฟฟ้าถ่านหิน แต่ถูกขัดขวางจากบริษัททิวเทินฟิลล์ บริษัทยักษ์ใหญ่ด้านพลังงานของสวีเดน โดยฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลเยอรมนีสูงถึง 1,400 ล้านยูโร

พร้อมดอกเบีย ยอรมนีเก็อบจะต้องเสียเงินทั้งที่ไมได้ทำอะไรผิด โชคดีว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเจรจากันได้ก่อนจะมีคำตัดสิน โดยทางฝั่งรัฐบาลเยอรมนียอมลดระดับมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมในระดับที่วัลเทินฟิลล์พอใจ ซึ่งนั้นก็ทำให้ผลกระทบจากโรงไฟฟ้าถ่านหินของวัลเทินฟิลล์ต่อแม่น้ำเอลเบ ในเมืองฮัมบูร์ก หนักหน่วงขึ้น

ครั้นถึงปี 2554 เกิดแผ่นดินไหวครั้งใหญ่ที่ฟูกุชิมะ ประเทศญี่ปุ่น สร้างความสูญเสียต่อชีวิตผู้คนและทรัพย์สินจำนวนมาก ความเสียหายร้ายแรงส่วนหนึ่งมาจากการระเบิดของโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ เหตุการณ์นี้แปรเปลี่ยนเป็นคลื่นสึนามิในการต่อต้านโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ไปทั่วโลก จนรัฐบาลเยอรมนีตัดสินใจเลิกใช้พลังงานนิวเคลียร์ เช่นเดียวกับคดีก่อนหน้านี้ ปี 2555 วัลเทินฟิลล์ เจ้าของโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ 2 แห่งในเยอรมนีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลเยอรมนีเป็นเงิน 3,700 ล้านยูโร ฐานทำให้สูญเสียกำไรที่ควรจะได้ ทั้งที่ตอนรัฐบาลเยอรมนีตัดสินใจว่าไม่เอานิวเคลียร์แล้ว โรงไฟฟ้าทั้งสองแห่งนี้ไม่ได้เดินเครื่องผลิตไฟฟ้าแต่อย่างใด

การฟ้องร้องทั้งสองคดีเกิดขึ้นตามสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty) ซึ่งมีกลไกไอเอสดีเอสอยู่ข้างในไม่ต่างกับบีท

(กรณีข้างต้นชวนให้คิดถึงประเทศไทยที่ภาครัฐพยายามผลักดันโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ แน่แน่นอนว่าเราไม่มีเทคโนโลยีจะสร้างโรงไฟฟ้าเองได้ ต้องอาศัยบริษัทต่างชาติเท่านั้น หากเราเซ็นบีทไว้กับประเทศเจ้าของเทคโนโลยีโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ หากเกิดเหตุไม่คาดฝันในอนาคต การชยับตัวเพื่อแก้ไขปัญหาจากโรงไฟฟ้านิวเคลียร์อาจยุ่งยากกว่าที่คิด และอาจถูกฟ้องเช่นเดียวกับรัฐบาลเยอรมนี)



แล้วจะเอาอย่างไร
กับไอเอสดีเอส

เพราะปัญหาที่ไอเอสดีเอสสร้างขึ้น ทำให้หลายประเทศ
 หลีกเสี่ยง ปฏิเสธ และไม่ยอมรับกไลนี้ ถึงขั้น
 ประกาศตัวว่าจะเจรจาสนธิสัญญาด้านการลงทุน
 กับประเทศฉั้น ต้องไม่มีไอเอสดีเอสอยู่ในหัวข้อเจรจา
 ขณะเดียวกันก็มีแรงผลักดันจากหลายส่วนนำเสนอ
 แนวความคิดเพื่อการปฏิรูปไอเอสดีเอส

Anti ISDS

ประเทศกำลังพัฒนาหลายแห่งเห็นว่า ไอเอสดีเอส
 ให้อำนาจทางเศรษฐกิจเกินพอดีแก่บรรษัทข้ามชาติ ใน
 ทางตรงกันข้าม อำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำกับดูแล

ตลาดและความคุ้มครองกรรมของนักลงทุนกลับถดถอย
 ลง เวเนซุเอลาเป็นหนึ่งในตัวอย่างที่ประกาศถอนตัวจาก
 ศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ใน
 ปี 2555 หลังจากถูกตัดสินให้จ่ายเงินชดเชย 907 ล้าน
 เหรียญสหรัฐแก่บริษัท เอ็กซอน โมบิล (Exxon Mobil)
 เพราะรัฐบาลเวเนซุเอลาทำการริบและยึดคืนกิจการของ
 เอ็กซอน โมบิล ภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า
 รัฐบาลเวเนซุเอลาผิดเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานที่ทำไว้
 กับเอ็กซอน โมบิล

ขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาทางฝั่งเอเชีย มีไม่กี่
 ประเทศที่จะกลับมัดข้อกับประเทศตะวันตก ยกให้ญูจาก
 ชมพูทวีป-อินเดียเป็นอีกหนึ่งประเทศที่คัดค้านไอเอสดีเอส
 อย่างรุนแรงและไม่ยอมรับข้อเสนอของสหภาพยุโรปที่
 จะเอาไอเอสดีเอสใส่ไว้ในเอฟทีเอ ยิ่งกว่านั้น เมษายน ปี
 2555 รัฐบาลอินเดียยังประกาศตัวว่า อินเดียจะไม่ยอม
 ให้มีไอเอสดีเอสในสนธิสัญญาใดๆ ทั้งสิ้น ช้ำยังจะขอ
 เจรจาทบทวนเรื่องไอเอสดีเอสในความตกลงเอฟทีเอ
 ที่ทำไปแล้วกับเกาหลีใต้และสิงคโปร์อีกด้วย

ทำไมอินเดียถึงกล้าท้าทายขนาดนี้ นั่นก็เพราะรัฐบาลอินเดียถูกบรรดานักลงทุนใช้ไอเอสดีเอสฟ้องร้องอยู่หลายคดีด้วยกัน เช่น คดี White Industries Australia Limited v the Republic of India ภายใต้บิทธะหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย และคดี Vodafone v The Republic of India ซึ่งเป็นบิทธะหว่างเนเธอร์แลนด์กับอินเดีย กรณีเหล่านี้ทำให้คนอินเดียเดือดดาลและต่อต้านไอเอสดีเอสจนกดดันให้รัฐบาลอินเดียมีท่าทีดังกล่าวออกมา

ไม่ใช่แค่ประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้นที่ไม่พอใจกับไอเอสดีเอส ประเทศพัฒนาแล้วก็มีข้อข้อยกเว้นยกตัวอย่างรัฐบาลออสเตรเลียช่วงที่พรรคแรงงานยังคงทำหน้าที่แสดงท่าทีชัดเจนกับคนออสเตรเลียว่า ออสเตรเลียจะไม่ยอมรับไอเอสดีเอสในความคิดที่จะทำในอนาคต ซึ่งเป็นนโยบายที่เกิดขึ้นจากข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการ Australian Productivity Commission ปี 2553 รายงานชิ้นนี้สรุปว่า ไอเอสดีเอสจะทำให้ออสเตรเลียเกิดความเสี่ยงด้านการเงินและนโยบาย แต่กลับให้ผลประโยชน์น้อยนิด

แก่นักลงทุนออสเตรเลีย จึงมีการเสนอให้นักลงทุนออสเตรเลียใช้มาตรการแบบอื่นเพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของตน เช่น การประกันภัยซึ่งให้ผลตอบแทนคุ้มค่าง่าใช้ไอเอสดีเอส

บวกกับบทเรียนเจ็บปวดที่เคยได้รับจากไอเอสดีเอส เหตุนี้เองข้อตกลงเอฟทีเอระหว่างสหรัฐกับออสเตรเลียและความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ จึงไม่มีการพูดถึงไอเอสดีเอสเพราะไม่เห็นความจำเป็นต้องมีอีกทั้งประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ต่างก็มีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพอยู่แล้ว ไอเอสดีเอสจึงเหมาะกับการนำไปใช้กับประเทศกำลังพัฒนาที่ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมยังล่าหลังและไร้ประสิทธิภาพ แล้วถ้าวันหนึ่ง ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ พัฒนาจนทัดเทียมประเทศตะวันตกแล้ว ไอเอสดีเอสก็จะถูกยกเลิกไปในที่สุด

อันที่จริง นี่ก็เป็นวิธีคิดแบบล้าหลังประการหนึ่งของประเทศพัฒนาแล้ว ที่ยังไปไม่พ้นกรอบแบบนักล่าอาณานิคม ที่เชื่อว่าประเทศอื่นๆ ต้องพัฒนาดีกว่าตนเอง ฐานความเชื่อแบบนี้เปิดโอกาสให้นักลงทุนข้ามชาติหลีกเลี่ยงอำนาจอธิปไตยทางการศาลของประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการลงทุน

การที่ไอเอสดีเอสมีอยู่ในข้อตกลงนาฟต้าก็เพราะสหรัฐฯ และแคนาดาเห็นว่าระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของเม็กซิโกยังไม่ก้าวหน้าเพียงพอ ซึ่งคาดการณ์ว่าเม็กซิโกคงโดนนักลงทุนรุมฟ้อง แต่กลับผิดคาด ปลายหกของไอเอสดีเอสในบทที่ 11 ของนาฟต้ากลับหันมาทิ่มแทงรัฐบาลสหรัฐฯ และแคนาดา มากกว่ารัฐบาลเม็กซิโก ทั้งสหรัฐฯ และแคนาดาต้องต่อสู้พาดพิงกับระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อปกป้องนโยบายสาธารณะของตนไม่ต่างกับรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ ประสบ

นอกจากนี้ การลงทุนข้ามชาติไม่ได้ผูกขาดว่าต้องมาจากประเทศพัฒนาแล้วอีกต่อไป ประเทศกำลังพัฒนา

หลายประเทศก็ออกไปลงทุนในประเทศพัฒนาแล้วเช่นกัน เห็นได้จากที่สหภาพยุโรปและสหรัฐฯ กลายเป็นประเทศผู้รับการลงทุนรายใหญ่ที่สุดของโลก แล้วก็ถูกฟ้องผ่านเครื่องมือไอเอสดีเอสมากมายหลายคดี ประเทศพัฒนาแล้วที่เคยสนับสนุนไอเอสดีเอสอย่างแข็งขันจึงไม่แน่ใจเสียแล้วว่าไอเอสดีเอสจะเป็นผู้พิทักษ์นักลงทุนอย่างที่เคยคิดกันมานาน

ไอเอสดีเอส ระบบเจ้าปัญหา

พอปัญหามาถึงตัว บรรดาประเทศพัฒนาแล้วจึงเห็นว่าต้องลุกขึ้นมาทำอะไรสักอย่าง เกิดการตั้งคำถามว่าไอเอสดีเอสคือคำตอบของการลงทุนอย่างที่เคยเชื่อตามๆ กันมาจริงหรือไม่ จนได้บทสำรวจตรวจสอบไอเอสดีเอสและกลุ่มที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องออกมาดังนี้

1. ไอเอสดีเอสให้สิทธิเกินสมควรแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งยังเป็นกรให้สิทธิแบบเลือกปฏิบัติ (Discriminatory) เพราะให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติฝ่ายเดียว แต่คนในประเทศและนักลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนกลับไม่ได้รับสิทธิพิเศษ เท่ากับสร้างช่องโหว่ให้นักลงทุนต่างชาติใช้สิทธิทางกฎหมายล้มนโยบายสาธารณะของรัฐ

2. ระบบอนุญาโตตุลาการแบ่งแยกแตกต่างจากระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ บางครั้งบางคราก็ถึงกับลดความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายภายในลง แล้วแทนที่คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการจะใช้เป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อไปก็ไม่ใช่ มันกลับผูกพันเฉพาะคู่พิพาทในแต่ละคดี แม้คดีต่อมาอื่นๆ มีลักษณะคล้ายคลึงกัน อนุญาโตตุลาการในคดีหลังก็อาจตัดสินแตกต่างไป ส่วนประเด็นอื่นๆ ก็อย่างที่ว่ากันมาแล้ว เช่น ความไม่โปร่งใส มีผลประโยชน์ทับซ้อน ไร้หลักเกณฑ์ที่แน่นอน เป็นต้น

3. วัตถุประสงค์หลักของระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุนคือการตัดสินว่า รัฐที่ถูกฟ้องต้องจ่ายชดเชยให้นักลงทุนหรือไม่ ขณะที่การรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นแค่ประเด็นหยาบหยาบที่ไม่ต้องสนใจ ทั้งที่เป็นเรื่องสำคัญต่อการสร้างบรรยากาศการลงทุนและการส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ แต่ไอเอสดีเอสดูเหมือนจะสร้างความริ้วฉานระหว่างกันเสียมากกว่า

4. ไอเอสดีเอสถูกใช้เป็นเครื่องมือข่มขู่รัฐมิให้ออกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ นโยบาย หรือมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนดังที่เราเห็นมาแล้วในบทก่อนหน้า ซึ่งแม้ว่าต้นทุนการต่อสู้คดีและหากพ่ายแพ้จะต้องเสียเงินสูงลิ่ว แต่ต้นทุนที่สูงกว่านั้นก็คือนต้นทุนความเสียหายจากการที่นโยบายนั้นไม่ถูกนำมาใช้ เช่นกรณีออสเตรเลียกับบริษัทหรีร์ ฟิลิป มอร์ริส หากฝ่ายหลังชนะ ย่อมหมายความว่าความเสียหายต่อสุขภาพของประชาชนและค่าใช้จ่ายด้านสุขภาพที่ตามมาอาจ

สูงกว้าหลายเท่าตัว

5. นักกฎหมายด้านการลงทุนมีผลประโยชน์ก้อนใหญ่กับไอเอสดีเอส ดังนั้น คนกลุ่มนี้จึงเป็นผู้ที่อยากให้การระบบนี้ดำรงอยู่มากที่สุด ซึ่งเราสามารถเห็นได้จากพฤติกรรมต่างๆ ดังนี้

- สนับสนุนให้มีการฟ้องร้องเพื่อขยายจำนวนและค่าใช้จ่ายของคดีให้สูงขึ้น

- ผลักดันอยู่เบื้องหลังให้ประเทศต่างๆ ยอมทำสนธิสัญญาการลงทุน

- ส่งเสริมให้ใช้คำคลุมเครือในบทซึ่งจะช่วยให้อนุญาโตตุลาการตีความในทางที่เป็นมิตรกับนักลงทุนและเพิ่มโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาท

- พิจารณากฎหมายการลงทุนจากมุมมองการค้าเพียงมิติเดียว แทนที่จะนึกถึงประโยชน์สาธารณะ หลักสิทธิมนุษยชน และการพัฒนาที่ยั่งยืน

- เคลื่อนไหวต่อสู้เพื่อรักษาและขยายระบบการอนุญาโตตุลาการและบท ผ่านแวดวงวิชาการและการ

วิ่งเต้นต่อต้านการปฏิรูปไอเอสดีเอส

- ทำงานร่วมกับกองทุนเก็งกำไรจากการลงทุนที่จัดหาเงินสนับสนุนให้บรรษัทฟ้องร้องรัฐบาลประเทศต่างๆ ให้มากขึ้น

ไอเอสดีเอส... ยังจำเป็นหรือไม่?

เพราะมีปัญหามากมายเช่นนี้ จึงเกิดคำถามต่างๆ ว่า ในบริบทโลกปัจจุบันนี้ไอเอสดีเอสยังมีความจำเป็นอยู่หรือไม่

จะตอบคำถามนี้ได้ ต้องย้อนกลับไปดูว่าวัตถุประสงค์ของไอเอสดีเอสคืออะไร ซึ่งได้กล่าวไปแล้ว เพราะนักลงทุนกลัวคดี ความลำเอียงของศาล การแทรกแซงจากรัฐ กระบวนการยุติธรรมและกฎหมายที่ไม่ได้มาตรฐานสากล และความล่าช้า ซึ่งเมื่อนำข้อวิตกเหล่านี้มาสำรวจตรวจสอบกับไอเอสดีเอสดูอีกที

อนุญาตตุลาการมีความเที่ยงตรง ไร้อคติ และผลประโยชน์ทับซ้อนหรือไม่ การพิจารณาคดีมีความโปร่งใสและเปิดเผยหรือไม่ กระบวนการยุติธรรมปกติเปิดให้ทั้งสองฝ่ายสามารถอุทธรณ์ได้ แล้วไอเอสดีเอสเปิดโอกาสหรือไม่ ในสนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนที่กล่าวถึงไอเอสดีเอสระบุให้อนุญาตตุลาการต้องเป็นอิสระจากรัฐ แต่กลับไม่มีระบุว่าเป็นอิสระจากนักลงทุน ดูเหมือนว่าไอเอสดีเอสไม่เป็นกลไกที่เที่ยงตรงอย่างที่คิด

ย้อนกลับไปอ่านบทที่ 4 บางที่คำตอบที่ได้น่าจะชัดเจนเพียงพอ

ข้ออ้างประการหนึ่งของประเทศพัฒนาแล้วคือระบบกฎหมาย ศาล และกระบวนการยุติธรรมของประเทศกำลังพัฒนามีปัญหา ถ้าสมมติฐานนี้เป็นจริงเหตุใดบิทที่ประเทศพัฒนาแล้วเซ็นกันเองถึงยังต้องมีกลไกนี้อยู่ หรือว่าระบบกฎหมาย ศาล และกระบวนการยุติธรรมของประเทศพัฒนาแล้วก็มีปัญหาเช่นกัน ดังนั้นวัตถุประสงค์หลักของการคงไอเอสดีเอสไว้จึงอาจไม่ใช่

ข้ออ้างคลาสสิกนี้แล้วก็ไม่ได้

มีคนตั้งข้อสงสัยเกิดมากขึ้นเรื่อยๆ ว่าเราอาจต้องไปดูว่าในกระบวนการเจรจาใคร? คือผู้ที่ลอบบีให้มีไอเอสดีเอสและใคร? ที่ได้ผลประโยชน์มากที่สุด ซึ่งคำตอบที่ได้มักไม่พ้นบริษัทข้ามชาติและองค์กรกฎหมาย

อีกหนึ่งคำถามสำคัญที่จะช่วยไขความกระจ่างว่าไอเอสดีเอสจำเป็นอยู่หรือ คือการดูว่าไอเอสดีเอสเป็นเครื่องมือที่ช่วยดึงดูดการลงทุนอย่างที่มักพูดๆ กันจริงหรือไม่

ประเด็นนี้ต้องให้ความเป็นธรรมกับไอเอสดีเอสพอสมควร เพราะยังไม่ถึงงานศึกษาวิจัยใดที่ระบุได้ชัดเจนฟันธงว่าไอเอสดีเอสไม่ดึงดูดการลงทุน แต่ก็ยังไม่ถึงงานใดยืนยันได้เช่นกันว่าไอเอสดีเอสดึงดูดการลงทุนด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการก็หาวิธีตอบคำถามอย่างอ้อมๆ โดยการไปดูว่า แล้วปัจจัยอะไรที่นักลงทุนใส่ใจเวลาจะเลือกไปลงทุนในประเทศหนึ่งๆ ซึ่งปรากฏว่าอันดับแรกๆ ที่นักลงทุนใช้พิจารณาคือเสถียรภาพ

ทางการเมือง บรรยากาศการลงทุน นโยบายทางภาษี และเงื่อนไขการเคลื่อนย้ายเงิน เป็นต้น โดยมีไอเอสดีเอสอยู่ในอันดับท้ายๆ ของปัจจัยที่ถูกพิจารณา ออสเตรเลียเป็นหนึ่งในตัวอย่างที่กลับไปทบทวนคุณสมบัติสัญญาต่างๆ ที่ทำได้หลังจากถูกฟิลิป มอร์ริสฟ้อง และก็พบว่า ไอเอสดีเอสไม่ใช่ตัวแปรสำคัญของนักลงทุนต่างชาติที่ใช้พิจารณาเข้ามาลงทุนในออสเตรเลีย

แบบนี้ต้องปฏิรูป

เมื่อไอเอสดีเอสถูกสำนักงานกฎหมายและบรรษัทข้ามชาติหยิบฉวยไปใช้เป็นเครื่องมือแสวงหาผลประโยชน์และสกัดกั้นนโยบายสาธารณะ เราจะทำอะไรได้บ้างเพื่อหยุดยั้ง

แน่นอนว่า ผู้มีอำนาจที่จะเซ็นรับหรือไม่รับไอเอสดีเอสไม่ใช่ประชาชนทั่วไป แต่คือผู้บริหารประเทศประชาชนจึงจะต้องสร้างแรงกดดันให้มากพอแก่

นักการเมืองและผู้บริหารประเทศให้มองเห็นข้อบกพร่องของไอเอสดีเอส แนวทางสุดขั้วเลยคือไม่ยอมรับไอเอสดีเอส ซึ่งก็มีแล้วที่ประกาศไม่ยอมรับ

ขณะเดียวกันสายปฏิรูป (ต้องดูให้ตีว่าปฏิรูปจริงหรือเป็นแค่เพทุบายของสำนักงานกฎหมายที่แสวงปฏิรูปเพื่อรักษาไอเอสดีเอสเอาไว้) ก็นำเสนอหนทางที่จะทำให้ไอเอสดีเอสไม่กลายเป็นเครื่องมือหาผลประโยชน์

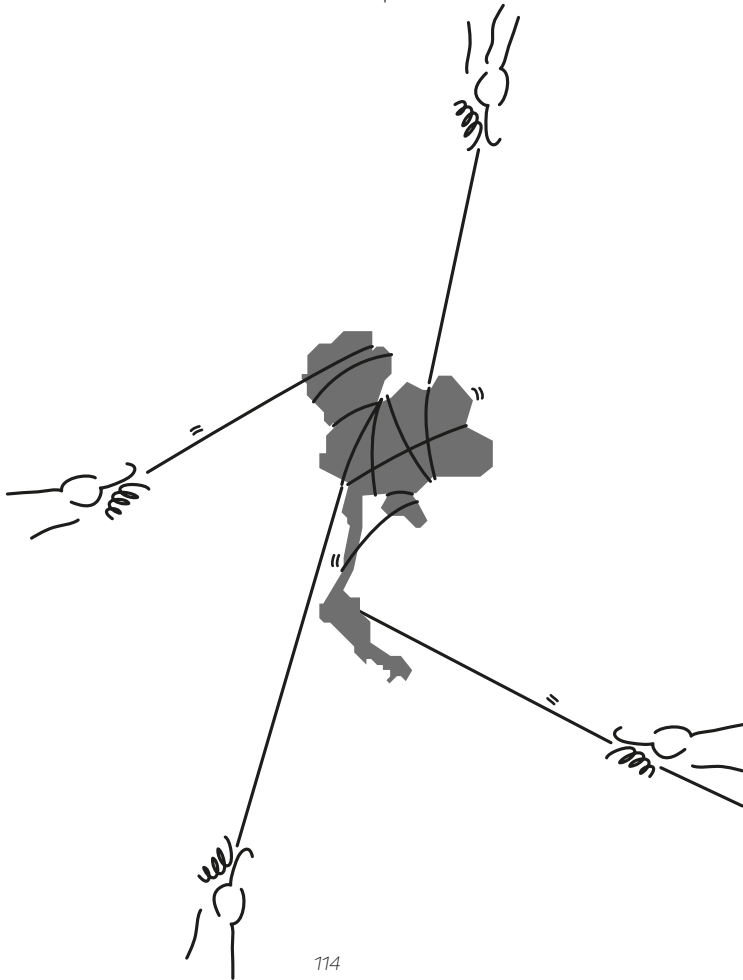
1. ควรสร้างองค์กรที่มีความอิสระ โปร่งใส มีผู้พิพากษา (ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการ) ที่เป็นกลาง ปราศจากผลประโยชน์ทับซ้อน ซึ่งอาจมาจากตัวแทนจากทุกประเทศทั่วโลก มาทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทด้านการลงทุนแบบเดิม
2. สร้างกฎเกณฑ์ กติกา และหลักจรรยาบรรณให้ชัดเจน เพื่อป้องกันผลประโยชน์ทับซ้อนระหว่างบทบาทอนุญาโตตุลาการกับที่ปรึกษาบริษัทกฎหมาย

3. กำหนดเพดานค่าใช้จ่ายสูงสุดที่จะจ่ายให้นักกฎหมายและอนุญาโตตุลาการ
4. สนธิสัญญาการลงทุนจะต้องเขียนถ้อยคำและนิยามต่างๆ ให้ชัดเจน ไม่ให้อนุญาโตตุลาการ บริษัทกฎหมาย และบริษัทข้ามชาติ นำไปตีความแบบเหวี่ยงแหเพื่อเข้าข้างนักลงทุน
5. ในสนธิสัญญาต้องสร้างกลไกผูกมัดนักลงทุนให้ปฏิบัติตามกฎหมายท้องถิ่นและกฎหมายของประเทศนั้นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสุขภาพ สิ่งแวดล้อม แรงงาน การเก็บภาษีอากร และสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะบังคับให้อนุญาโตตุลาการต้องนำเรื่องเหล่านี้มาประกอบการพิจารณาด้วยเวลาตัดสินชี้ขาด ไม่ใช่มองแค่มิติของการลงทุนเพียงอย่างเดียวเช่นที่เป็นมา
6. ถ้ารัฐบาลใดจะวิ่งเต้นขอความสนับสนุน พบปะและคำแนะนำใดๆ ที่ได้รับจากวงการอุตสาหกรรม

อนุญาโตตุลาการ บริษัทที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานกฎหมาย หรือเป็นรายบุคคล เกี่ยวกับนโยบายการลงทุนของรัฐ ก็ควรแสดงความโปร่งใสให้สาธารณชนได้รับรู้

บรรดาข้อเสนอเหล่านี้เกิดขึ้นเพื่อหวังจะสร้างกติกาท่าบังคับที่ชัดเจน รัดกุม ลดการมีผลประโยชน์ทับซ้อน และทำให้กลไกมีความเป็นมนุษย์มากขึ้น แทนที่จะมองแต่เรื่องการลงทุนโดยไม่สนใจมิติอื่นๆ อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอเหล่านี้ยังเป็นความพยายามที่ถูกต่อต้านขัดขวางอย่างหนักหนักจากกลุ่มผลประโยชน์ที่ไม่ต้องการให้ไอเอสดีเอสได้รับการปรับปรุง

ถึงกระนั้น บางความเห็นก็ว่าเพียงพอไม่เพียงพอจะเยียวยาความพิกลพิการของไอเอสดีเอสได้ เพราะมันยังคงเป็นระบบที่ให้สิทธินักลงทุนข่มขู่หรือฟ้องร้องได้เพียงฝ่ายเดียว ทั้งยังขาดกลไกให้ชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากการลงทุนของบริษัทข้ามชาติฟ้องกลับหรือเรียกร้องค่าเสียหาย ดังนั้น หนทางเดียวที่จะจบปัญหาคือการยกเลิกไอเอสดีเอสโดยสิ้นเชิง



ไทยควรทำอะไร
ก่อนถูกรัฐประหาร
โดยคุณ

Wดถึงไอเอสดีเอสมาตั้งหลายบท ได้เวลาที่จะพูดถึงประเทศไทยแล้วว่ามีทำอย่างไรกับไอเอสดีเอสเบื้องต้นต้องรับรู้ก่อนว่า ในอดีตประเทศไทยได้เซ็นสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนหรือบีทเอาไว้แล้วหลายฉบับและมีการใส่ไอเอสดีเอสเอาไว้ ซึ่งก็ไม่ได้เขียนไว้รัดกุมและการคุ้มครองตัวเองที่แข็งแกร่งนัก

อาจเป็นความโชคดีที่ว่ารัฐบาลไทยถูกฟ้องร้องน้อยครั้งจากนักลงทุนจากประเทศที่เราไปเซ็นสนธิสัญญาด้วย ส่วนหนึ่งเป็นเพราะนักลงทุนจากต่างประเทศหรือแม้แต่นักลงทุนไทยเองยังไม่รู้ว่าไอเอสดีเอสอยู่และไม่เข้าใจการทำงานของมัน อีกทั้งในแง่การทำธุรกิจแล้วหากไม่หนักหนาสาหัสอย่างถึงที่สุดจริงๆ คงไม่มีนักธุรกิจคนไหนอยากมีปัญหาเกี่ยวกับรัฐบาลประเทศที่ตนไปลงทุน มี

แต่จะหาทางพูดคุย เจรจา ประนีประนอมกันเพื่อรักษาความสัมพันธ์ระยะยาวเสียมากกว่า อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าจะนั่งนอนใจได้ เพราะสถิติแสดงให้เห็นว่ามีจำนวนการฟ้องร้องเพิ่มสูงขึ้น ดังนั้น จึงต้องหาทางกลับไปแก้ไขสนธิสัญญาที่เคยทำไปแล้ว

ขณะที่บีทรุ่นใหม่ ๆ ก็มีความพยายามจะเขียนนิยาม เงื่อนไข และกลไกป้องกันตัวเองให้มีความรัดกุมยิ่งขึ้นกว่าบีทฉบับเก่า แต่ประเด็นนี้ก็ไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะประเทศไทยไม่ใช่ประเทศใหญ่โต ทรงอิทธิพล ซ้ำเศรษฐกิจของเรายังต้องพึ่งพาการส่งออกและการลงทุนเป็นเครื่องจักรสำคัญ ซึ่งประเทศหรือกลุ่มประเทศที่ค้าขายและลงทุนกับไทยมากเป็นอันดับต้นๆ ก็คือสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปหรืออียู

อียูเป็นคู่ค้าสำคัญอันดับ 4 และเป็นตลาดส่งออกอันดับ 3 ของไทย ปี 2554 เราค้าขายกับอียูมากกว่า 1.2 ล้านล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 9.3 ของการค้ารวมของไทย โดยเป็นมูลค่าการส่งออก 7.3 แสนล้านบาท ส่วนด้านการลงทุน อียูเป็นผู้ลงทุนอันดับ 2 ของไทย การลงทุน

โดยตรงจากอียู ในปี 2554 สูงถึง 100,232 ล้านบาท อุตสาหกรรมที่สหภาพยุโรปเข้ามาลงทุนในไทย ได้แก่ เคมีภัณฑ์และกระดาษ อีเล็กทรอนิกส์และเครื่องใช้ไฟฟ้า เหมืองแร่ และเซรามิกส์ ผลิตภัณฑ์โลหะและเครื่องจักร อุตสาหกรรมเบา สิ่งทอ การเกษตรและผลิตภัณฑ์เกษตร และธุรกิจการค้าบริการ

ด้านสหรัฐฯ เมื่อบารัค โอบามาขึ้นเป็น ประธานาธิบดีสหรัฐฯ ก็ผลักดันนโยบายหันกลับมาให้ความสำคัญกับเอเชีย (Pivot to Asia) ทั้งในมิติเศรษฐกิจ ความสัมพันธ์ และความมั่นคง พร้อมกับเดินหน้าความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์ทางเศรษฐกิจระหว่างมหาสมุทรแปซิฟิกหรือทีพีพี (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement: TPP) ด้วยเหตุผลหลายข้อ ทั้งความต้องการสร้างผลงาน ความคาดหวังว่าข้อตกลงทางเศรษฐกิจนี้จะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจสหรัฐฯ และเพื่อสกัดกั้นอิทธิพลของจีนที่กำลังผงาดในภูมิภาคนี้ ปัจจุบัน ทีพีพี มีสมาชิกทั้งสองฟากฝั่งมหาสมุทรแปซิฟิก 12 ประเทศ ถือเป็นเขตการค้าเสรีที่ใหญ่ที่สุดในโลก มีมูลค่ากว่า

ร้อยละ 40 ของมูลค่าผลผลิตของทั้งโลก

ไทยกับอียูเคยเจรจาข้อตกลงเขตการค้าเสรีหรือ เอฟทีเอ (Free Trade Area: FTA) กันมาก่อน ก่อนจะหยุดชะงักไปเพราะผลของการรัฐประหาร 22 พฤษภาคม 2557 ส่วนที่พีพีรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร จนถึง พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ต่างก็ให้ความสนใจจะเข้าร่วมไม่ต่างกัน มองในแง่ผลประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจที่ไทยจะได้รับแล้ว นับว่าไทยเราปฏิเสธได้ยาก

โคลแม็กช้อยู่ตรงนี้ ตรงที่ว่าทั้งเอฟทีเอไทย-อียู และที่พีพีต่างก็มีการระงับข้อพิพาทไอเอสดีเอส ถ้าไทยไม่ยอมรับ ไอเอสดีเอสก็อาจตกขบวนเศรษฐกิจ แต่ถ้ายอมรับก็อาจหมายถึงความเสียหายจากการที่นโยบายสาธารณะต่างๆ ถูกสกัดกั้น

กรณีศึกษาจากแคนาดา เมื่อคำพิพากษา ถูกแทรกแซง

ลองมาดูกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศแคนาดา เพื่อช่วยให้เห็นภาพว่าไอเอสดีเอสจะส่งผลกระทบต่ออย่างไรกับไทย โดยเฉพาะด้านสุขภาพ ซึ่งเป็นประเด็นที่กระทบกับคนวงกว้าง

เรื่องมีอยู่ว่า บริษัทยาอเมริกันนามว่า อีไล ลิลลี (Eli Lilly) เจ้าของยา Strattera จดสิทธิบัตรไว้ว่ายาตัวนี้รักษาโรคซึมเศร้า แต่เมื่อทดลองกลับพบว่าไม่ได้ผลอย่างที่คิดจึงต้องหยุดทดลองในปี 2534 พอปี 2537 อีไล ลิลลีให้การสนับสนุนการศึกษาของโรงพยาบาลแมสซาชูเซตส์แล้วพบว่ายาตัวเดียวกันนี้มีผลช่วยรักษาโรคสมาธิสั้น อีไล ลิลลีจึงใช้โอกาสนี้ขอต่ออายุสิทธิบัตรยา Strattera ที่กำลังจะหมดอายุ โดยระบุว่าใช้แก้โรคสมาธิสั้น เพื่อจะผูกขาดสิทธิบัตรต่อไปอีก ทั้งที่เป็นยา

ตัวเดิมทุกอย่าง

บริษัทยาของแคนาดาชื่อ เทฟฟา (Teva) ยอมรับไม่ได้ ตัดสินใจฟ้องให้เพิกถอนสิทธิบัตรยาดังกล่าว ศาลชั้นต้นของแคนาดาตัดสินให้เทฟฟาชนะ โดยให้เหตุผลว่า ยาของอีไล ลิลลีไม่ใช่ของใหม่ เป็นสารตัวเดิม และไม่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นแต่อย่างใด ทว่า คดีนี้ยังยืดเยื้อต่อถึงศาลอุทธรณ์

5 กรกฎาคม 2554 ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น ช้ำยังตอกย้ำว่าการออกสิทธิบัตรโดยไม่ถูกต้องของอีไล ลิลลี ทำให้บริษัทฯ ชื่อสามัญของแคนาดาเสียโอกาส

7 พฤศจิกายน 2555 อีไล ลิลลีจึงใช้ไอเอสดีเอสในบทว่าด้วยการลงทุนของข้อตกลงนาฟตาฟ้องรัฐบาลแคนาดา อ้างว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ให้เพิกถอนสิทธิบัตรยา Strattera เป็นการยึดหรือริบคืนกิจการโดยอ้อม พร้อมกับเรียกร้องค่าเสียหายสูงถึง 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ปัจจุบัน คดีนี้ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

จากกรณีอีไล ลิลลี จะเห็นได้ชัดว่า ไอเอสดีเอสสามารถเข้าแทรกแซงอำนาจศาลภายในประเทศได้และทำให้ยา Strattera ที่น่าจะหมดสิทธิบัตรแล้วกลับมีแนวโน้มว่าจะถูกยืดอายุออกไปอีกกลายเป็นสิทธิบัตรที่ไม่มีวันสิ้นสุดหรือ Evergreening นี้ย่อมาหมายความว่าแทนที่ยา Strattera จะมีราคาถูกลงกลับยังคงแพงเหมือนเดิมซ้ำเจ้าอื่นก็ผลิตไม่ได้เนื่องจากติดสิทธิบัตร

ลองจินตนาการว่า หากเป็นประเทศไทยกับยาที่มีผลต่อความเป็นความตายของผู้ป่วย เช่น ยารักษาโรคเอดส์หรือโรคหัวใจ ยาที่ติดสิทธิบัตรทั้งที่ไม่ควรจะได้จะสร้างต้นทุนการเข้าถึงยาสูงขนาดไหน เรามาดูกัน

ระหว่างปี 2543-2553 เมืองไทยมีคำขอสิทธิบัตรที่เข้าข่ายเป็น Evergreening จำนวน 2,188 คำขอ เพื่อยืดอายุการผูกขาดออกไป โดยรายการชื่อสามัญทางยา 59 รายการที่นำมาวิเคราะห์ผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายด้านยา พบว่า เป็นคำขอรับสิทธิบัตรแบบ Evergreening ที่ทำให้เกิดการผูกขาดตลาดตั้งแต่ปี 2539 - 2571 คิดเป็นมูลค่าสะสมประมาณ 8,477.7 ล้านบาท และถ้าพิจารณา

เฉพาะผลกระทบที่เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่ปี 2539-2553 ก็พบว่าประเทศไทยเสียโอกาสในการประหยัดงบประมาณไปแล้วถึง 1,177.6 ล้านบาท พุดง่าย ๆ คือ ถ้าไม่มีสิทธิบัตรเจ็ดชั่วโคตรเหล่านี้ ประเทศไทยจะประหยัดค่ายาได้ถึง 8,500 ล้านบาท

สมมติเหตุการณ์ว่ามีใครสักคนจะฟ้องศาลให้ยกเลิกสิทธิบัตรเจ็ดชั่วโคตรหรือรัฐจะวางกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันไม่ให้บริษัทขอสิทธิบัตรเจ็ดชั่วโคตรได้ แต่บริษัทยาข้ามชาติกลับเอาสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมาใช้แล้วบอกว่าเป็นการยึดทรัพย์สินทางอ้อมและใช้ไอเอสดีเอสฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาล หรือถ้ายังจำกันได้สมัย นพ.มงคล ณ สงขลา เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข มีการประกาศมาตรการบังคับใช้สิทธิ์หรือซีแอล (Compulsory Licensing: CL) กับยาบางตัว เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเข้าถึงยาราคาถูก การประกาศซีแอลครั้งนั้นสามารถช่วยชีวิตผู้ป่วยได้เป็นจำนวนมาก แต่ก็สร้างความไม่พอใจให้กับบริษัทยาข้ามชาติหลายรายแล้วถ้าไทยยอมรับบิทและไอเอสดีเอส คงไม่ต้องอธิบาย

ว่าจะเกิดอะไรขึ้น

ขอธิบายลลลอีกกนดเพื่อให้เห็นภาพ ตามปกติ แล้ว การค้าระดับโลกมีกฎเกณฑ์ที่วางแนวทางเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา เรียกว่า ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวพันกับการค้าหรือทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เพราะเป็นการวางมาตรฐานขั้นต่ำให้ทรัพย์สินทางปัญญายังคงเป็นเครื่องมือผลักดันให้เกิดการคิดประดิษฐ์ สร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ แต่ก็ไม่ให้มันสร้างการผูกขาดและค้่ากำไรจนเกินควร โดยเฉพาะกับประเทศกำลังพัฒนาที่เทคโนโลยียังด้อยกว่าประเทศพัฒนาแล้วซึ่งมักครอบครองทรัพย์สินทางปัญญามากกว่า ถ้าปล่อยให้การผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปตามใจประเทศพัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนาอย่างไทยอาจหมดตัวได้ เพราะไม่มีความสามารถหาเงินมาจ่ายให้กับสินค้าและบริการต่างๆ ที่ดีดลสิทธิบัตร

ขณะที่ประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

สหรัฐฯ และอียูกลับพยายามผลักดันสิ่งที่เรียกว่าทริปส์พลัส (TRIPs+) ข้อใหญ่ใจความของสิ่งนี้ก็ค้ือต้องการเพิ่มการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มากขึ้นกว่าที่ทริปส์ได้วางหลักการไว้ (แน่นอนว่าประเทศกำลังพัฒนาไม่เห็นด้วย) ซึ่งการเจรจาเอฟทีเอทุกครั้งสหรัฐฯ และอียูจะต้องพ่วงเอาทริปส์พลัสเข้าไปอยู่ในข้อตกลงให้ได้ ที่พีพีและเอฟทีเอไทย-อียูก็ไม่ใช่อ้อยกเว้น

ทีพีพีและเอฟทีเอ ไทย-อียู ระวังภัยแอบแฝง

การที่ไทยจะเจรจาเพื่อเข้าร่วมทีพีพีและเอฟทีเอไทย-อียูโดยที่การ์ดไม่สูงพอจึงสุ่มเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะสูญเสีย อย่างในร่างความตกลงทีพีพี บทที่ว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนก็ใช้หลักการเดียวกับนาฟต้า ซึ่งเป็นสนธิสัญญาตัวกับที่อิล ลิลลีใช้ฟ้องรัฐบาลแคนาดา ย่อมจะทำให้ประเทศไทยไม่สามารถยึดหรือริบคืนกิจการที่

เป็นของคนชาติประเทศคู่เจรจา ไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม เว้นเสียแต่จะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สาธารณะ ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ ต้องชอบด้วยกฎหมาย และต้องจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอ เป็นธรรม และโดยไม่ชักช้าให้แก่นักลงทุน ฟังดูไม่เลวร้าย

แต่ก็ไม่ใช่เสียทีเดียว ต้องไม่ลืมว่า การยึดหรือริบคืนกิจการทางอ้อม คือสิ่งที่ถูกตีความอย่างกว้างขวาง เช่น กรณีบริษัทบุหรี่ฟ้องรัฐบาลออสเตรเลีย แล้วประเทศไทยที่ของบุหรี่เต็มไปด้วยภาพโรคร้ายจากบุหรี่ วันใดที่เราลงนามจะเกิดอะไรขึ้นตามมา รัฐบาลไทยคงไม่สามารถออกกฎหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้ การกระทำใดๆ ที่จะเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนนักลงทุนสหรัฐก็อาจนำไอเอสดีเอสมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลไทย

ทำนองเดียวกัน เอฟทีเอไทย-ฮังการีไม่ได้สวยงามไปกว่ากันสักเท่าไร เมื่อทางดูจะพบว่า มีการจำกัดอำนาจรัฐที่จะออกกฎระเบียบ นโยบาย และมาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ เพราะมีการกำหนดคำนิยามของ ‘มาตรการของรัฐ’ ไว้กว้างๆ ครอบคลุม

ทุกอย่างที่ประกาศและปฏิบัติโดยรัฐ ทั้งกฎหมาย ข้อกำหนด ข้อบังคับ ประกาศ นโยบาย และอื่นๆ

นิยามของคำว่า นักลงทุน ก็มีลักษณะกว้างมากเช่นกัน ครอบคลุมถึงสาขาและตัวแทนบริษัท อีกทั้งยังครอบคลุมถึงระยะก่อนการลงทุนหรือ Pre-establishment (ระยะก่อนการลงทุนหมายถึงระยะดำเนินการก่อนที่จะเข้าไปจัดตั้งกิจการในประเทศผู้รับการลงทุน โดยปกติประเทศผู้รับการลงทุนแต่ละประเทศจะมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกัน เช่น กำหนดประเภทกิจการที่ห้ามต่างชาติลงทุน การกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้น หรือข้อจำกัดในการอนุญาตให้ทำงาน) ขณะที่คำนิยามของการลงทุนก็กว้างและคลุมเครือ มันครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิด ผลกำไรหรือประโยชน์ที่จะได้รับในอนาคต และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

เหล่านี้เป็นเพียงส่วนน้อยเท่านั้น แต่ก็เปิดช่องโหว่ขนาดใหญ่ไว้ให้นักลงทุนต่างชาติใช้ไอเอสดีเอสฟ้องร้องรัฐบาลไทยได้ทั้งสิ้น

Umbrella Clause

ระหว่างปิดต้นฉบับนี้ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (TPP) ได้ข้อสรุป แม้จะมีข้อยกเว้นจำนวนหนึ่งที่ทำให้การลงทุนของ TPP ดูเสมือนดีขึ้น แต่ในความเป็นจริงมีสิ่งที่ชุกช่อนอยู่ในนั้นมากมาย

ใน TPP ยังมีสิ่งที่เรียกว่า Umbrella Clause ซึ่งเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่น่าวิตก

Umbrella Clause คืออะไร อาจจะเป็นเรื่องยากพอสมควรที่จะอธิบายหรือทำความเข้าใจสิ่งนี้ เพราะแม้แต่ผู้ที่ศึกษาเรื่องการเปิดเสรีการค้าคุ้มครองการลงทุน ก็ยอมรับว่า Umbrella Clause ยังเป็นหัวข้อที่มีความคลุมเครือ ฟังแล้วเหมือนเป็นเรื่องตลก แต่ถ้าคุณไม่เข้าใจว่า Umbrella Clause คืออะไร แปลว่าคุณเข้าใจมันถูกในระดับหนึ่งแล้ว

ขอให้ใส่ใจกับคำว่า Umbrella เป็นหลัก มีความหมายว่า ‘ร่ม’ ซึ่งแสดงนัยของการครอบคลุมสิ่งอื่นๆ ไว้ โดยปกติของบิทในบทว่าด้วยการลงทุนมักจะระบุนิยามของคำต่างๆ ให้ชัดเจน เช่น การลงทุนคืออะไร นักลงทุนเป็นใคร เป็นต้น แต่ในบิทจะถูกเติม Umbrella Clause ลงไป มักถูกเขียนไว้อย่างกว้างๆ ครอบคลุมทุกๆ พันธกรณีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งอยู่นอกเหนือสิ่งที่เขียนไว้ในบิท ย่อมหมายความว่าหากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนทำผิดสัญญาอื่นๆ ที่แม้ว่าจะไม่ได้เขียนไว้ในบิท แต่ Umbrella Clause ครอบคลุมไปถึง รัฐบาลนั้นก็ มีสิทธิ์โดนฟ้องได้

ทั้งนี้เพื่อเป็นการการันตีให้แก่การลงทุนอีกชั้นหนึ่งว่า สนธิสัญญาฉบับนั้นๆ จะให้การคุ้มครองนักลงทุนอย่างครอบคลุมและสามารถฟ้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนได้อย่างแน่นอน

ใน TPP มีการระบุถึง Umbrella Clause ที่ครอบคลุม 3 กิจกรรมคือ

1. กิจกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ เช่น เหมืองแร่ น้ำมัน เป็นต้น
2. สาธารณูปโภคพื้นฐาน เช่น น้ำประปา ไฟฟ้า โทรศัพท์ เป็นต้น
3. โครงสร้างพื้นฐาน เช่น ถนน ทางรถไฟ ท่าเรือ เป็นต้น

กิจกรรมทั้ง 3 ลักษณะนี้จะถูกนับรวมอยู่ใน Umbrella Clause ด้วย แม้ว่าในบิทจะไม่ได้รับไว้ เท่ากับว่าหากบริษัทต่างประเทศเข้ามาลงทุนในกิจการเหล่านี้จะถูกคุ้มครองทันที โดยไม่ต้องมานั่งตีความให้เสียเวลา และสามารถใช้ออเอสดีเอสในบิท (แม้ว่าตัวมันเองจะอยู่นอกเหนือข้อตกลงในบิท) ฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนได้

ตัวอย่างที่ใกล้ตัวและมีความเป็นไปได้มากที่สุด ก็เช่นกรณีรถไฟความเร็วสูงที่ประเทศไทยเคยไปพูดคุยกับประเทศญี่ปุ่นให้มาเป็นผู้ลงทุนก่อสร้าง ซึ่งญี่ปุ่นเองก็เป็นหนึ่งในสมาชิก TPP และถ้าไทยเข้าร่วมสนธิสัญญานี้ ย่อมเท่ากับไทยแบกรับความเสี่ยงตรงนี้ โดยไม่มีทางหลีกเลี่ยง

ดังนั้น สิ่งที่ไทยต้องทำคือจะต้องไม่มีการยอมรับ Umbrella Clause เข้ามารวมในบทว่าด้วยการลงทุนในทุกกรณี

รัฐไทยจะเอาอังกง ก้บไอเอสดีเอส

ประเด้นสำคัญอยู่ตรงที่ว่า รัฐบาลไทยมีท่าทออย่างรก้บที่พีพีและเอฟทีเอไทย-อียู ซึ่งคาดการณได้ไม่ยากว่ารัฐบาล รวมถึงภาคธุรกิจของไทย ย่อมต้องเห็นดีเห็นงามก้บการเข้าร่วมในข้อตกลงทั้งสอง เพราะมีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมหาศาลเป็นเดิมพัน ซึ่งแปลว่าไทยอาจต้องยอมรับการค้บครองการลททุและไอเอสดีเอส

ท่าทอของกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ ก็เป็นท่าทอที่ที่น่าวิตกกังวลไม่น้อย เนื่องจากเอกสารที่ทางกรมฯ จัดทำขึ้นพุดถึงแต่คุณงามความดีของไอเอสดีเอสเพียงด้านเดียว ซึ่งก็น่าจะสะท้อนแนวคิดสนับสนุนไอเอสดีเอสได้ในระดับหนึ่ง ในเอกสารดังกล่าวเขียนถึงไอเอสดีเอสว่า

1. ให้สิทธินักลงทุนเข้าสู่กระบวนการระง้บข้อพิพาทก้บรัฐผู้รับการลททุที่มีประสิทธิภาพ
2. สร้างความม่่นใจให้กับนักลงทุนที่จะมีทางเลือกในการระง้บข้อพิพาท นอกเหนือจากการดำเนินคดีภายใต้กระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ
3. เพิ่มขีดความสามารถแก่นักลงทุนไทยที่จะแสวงหาโอกาสทางธุรกิจด้วยการไปลงทุนในต่างประเทศ
4. รัฐผู้รับการลททุยังคงมีอำนาจเต็มในการกำหนดนโยบายที่เป็นสาธารณประโยชน์ โดยการใช้กลไกระง้บข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดในความตกลงและมีความเสียหายต่อการลงทุนของนักลงทุนอย่างแท้จริงเท่านั้น
5. การดำเนินกระบวนการระง้บข้อพิพาทจะไม่มีผลให้รัฐผู้รับการลททุต้องยกเลิกระเบียบหรือกฎหมายภายใน

และการชดเชยความเสียหายจากการฉ้อโกงจะ ต้องไม่เกินความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

6. การคุ้มครองการลงทุนและกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือไอเอสดีเอส เป็นการสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของนักลงทุน รวมทั้งผลประโยชน์ที่รัฐได้รับจากการลงทุนของเอกชน และกำหนดขอบเขตในการดำเนินนโยบายพัฒนาประเทศที่เหมาะสม

เชื่อว่าหน่วยงานรัฐจะมีความคิดความเห็นต่อไอเอสดีเอสเป็นเนื้อเดียวกัน บทเรียนที่ไทยได้รับจากการถูกบริษัท Walter Bau AG นักลงทุนสัญชาติเยอรมัน ผู้ถือหุ้นรายย่อยในบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ฟ้อง จนทำให้รัฐบาลถูกตัดสินให้ชดเชยค่าเสียหายถึง 6,000 ล้านบาท ยังเป็นเหตุการณ์ที่ทิ่มแทงจิตใจหลายฝ่าย หรือตัวอย่างของอาร์เจนตินาที่ความพยายามแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจในประเทศ ถูกบรรดานักลงทุนเอาไปใช้เป็นเหตุฟ้องเรียกค่าเสียหายหน่วยงานรัฐของไทยที่ดูแลเรื่องเศรษฐกิจตระหนักและ

ตระหนักเป็นอย่างดี จึงมีการศึกษา ติดตาม และคอยส่งความคิดเห็นให้ทางรัฐบาลอยู่เสมอ โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการถ่ายโอนเงินตราข้ามประเทศ การปริวรรตเงินตรา ซึ่งเป็นประเด็นที่หน่วยงานรัฐด้านเศรษฐกิจยินยอมไม่ได้เด็ดขาด ส่วนหนึ่งเป็นเพราะบทเรียนจากวิกฤตปี 2540 ที่ทำให้ตระหนักว่า ไทยจำเป็นต้องมีเครื่องมือพร้อมรับมือวิกฤตเศรษฐกิจ และไม่มีทางยอมให้นักลงทุนต่างชาติใช้ไอเอสดีเอสขัดขวางอย่างที่ทำกับอาร์เจนตินา

เขียนให้ชัด ยกการ์ดให้สูง ก่อนถูกรัฐประหารโดยคุณ

ถึงแม้จะมีการกระดาน ตรวจสอบ ถ่วงดุลกันเองในหมู่หน่วยงานราชการ ก็เชื่อว่าจะนิ่งนอนใจได้ เพราะหน่วยงานแต่ละแห่งสัมผัสเสียงดังไม่เท่ากัน บางหน่วยงานอาจจะสนใจประเด็นเกี่ยวกับเศรษฐกิจ แต่อาจไม่ได้สนใจ

ประเต็นทรัพย์สินทางปัญญาหรือประเต็นผลกระทบด้าน
สิ่งแวดล้อม จุดสำคัญจึงอยู่ที่การสร้างเกราะป้องกันหรือ
Safe Guard ที่แข็งแรง

ทำอย่างไร?

ทั้งที่พีพีและเอฟทีเอไทย-อียู (และอื่นๆ ใน
อนาคต) คือข้อตกลง ข้อตกลงคือสิ่งที่คู่เจรจาท้องพูดคุย
ต่อรอง แลกเปลี่ยนผลประโยชน์ แล้วเขียนลงในสัญญา
ดังนั้น การจะยกการ์ดให้สูงเข้าไว้ก็คือการกำหนดนิยาม
ต่างๆ ให้ชัดเจน ไม่ให้มีช่องให้ตีความแบบเหวี่ยงแห
เพื่อป้องกันการฟ้อง ซึ่งกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อ
การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ฉบับที่ได้รับความ
เห็นชอบจากรัฐสภา เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2553 ใน
สมัยรัฐบาลอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ถือเป็นกรอบการเจรจาที่
ค่อนข้างรัดกุม แม้จะยังไม่ดีที่สุดในที่สุดก็ตาม (ดูได้ในภาค
ผนวก)

จะยกการ์ดสูงอย่างไร คือการดำเนินการตาม
ข้อเสนอข้างล่างนี้

1. เขียนให้ชัดในบทนำว่า เป้าหมายของการลงทุนก็เพื่อ
ให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน ส่วนเนื้อหาในบทนำด้วยการ
ลงทุนต้องเขียนด้วยว่าจะไม่มีผลทำให้รัฐบาลประเทศคู่
ภาคีไม่สามารถปฏิบัติตามพันธะกรณีที่มีภายใต้สนธิ-
สัญญาฉบับอื่นๆ ได้

2. เขียนให้ชัดว่า ‘การลงทุน’ และ ‘นักลงทุน’ คืออะไร

- ต้องไม่นิยามคำว่า การลงทุน ‘ไว้กว้างๆ และ
คลุมเครือ เพราะจะทำให้รัฐบาลต้องตามไปคุ้มครองให้
กับการกระทำใดๆ ก็ตามที่นักลงทุนอ้างว่าเป็นการลงทุน
เช่น ทรัพย์สินทางปัญญาที่ควรจะใช้กติกาของทริปส์
ไม่ใช่ทริปส์พลัสที่แฝงเข้ามา หรือการเก็งกำไรระยะสั้น
ในตลาดหุ้นก็ไม่ควรถือว่าเป็นการลงทุน เป็นต้น และจะ
ถือเป็นการลงทุนก็ต่อเมื่อมีการเข้ามาลงเงิน ลงแรง สร้าง
สิ่งปลูกสร้าง ข้อวัตรปฏิบัติ ฯลฯ บรรดาขั้นตอนก่อนนำเงิน
เข้ามาลงทุนไม่ถูกนับรวม อีกทั้งจะต้องการเป็นลงทุนที่
คำนึงถึงคุณภาพและการพัฒนาที่ยั่งยืน เช่น เป็นการ
ลงทุนระยะยาว ปฏิบัติตามกฎหมายภายในประเทศ เคารพ

สิทธิมนุษยชนและสิทธิชุมชน ใส่ใจสิ่งแวดล้อม และความรับผิดชอบต่อสังคม เป็นต้น

- ใครคือนักลงทุน? นักลงทุนคือผู้ที่มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่แท้จริงเท่านั้น ไม่ใช่แค่มาจดทะเบียนที่ตั้งเฉยๆ แต่ไม่มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจใดๆ และจะต้องเป็นนักลงทุนจากคนในชาติของประเทศคู่ภาคีเท่านั้น ไม่นับนักลงทุนจากประเทศที่สาม เพื่อป้องกันไม่ให้นำมาเทียบใช้ไอเอสดีเอสมาฟ้องร้องรัฐบาล

3. เขียนรายละเอียดหลักการคุ้มครองการลงทุนต่างๆ ให้ชัดเจน เป็นรูปธรรม ไม่ปล่อยให้ขึ้นกับการตีความหรือกำหนดขอบเขตภายหลัง ซึ่งหลักการที่จะต้องระมัดระวังเป็นพิเศษ คือ

- หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ต้องเขียนให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์การพัฒนาที่ยั่งยืนของประเทศ สงวนอาชีพและนโยบายบางอย่างที่มีความสำคัญต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน หรือไม่กีดกันการส่งออกไปเลย

- หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favored Nation) เขียนให้ชัดว่าภายใต้หลักการนี้ รัฐบาลจะไม่ปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีให้น้อยกว่าการปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศอื่น ๆ ยกเว้นรายการที่สงวนไว้ ไม่ก็จำกัดหลักการนี้ให้อยู่ภายใต้แนวการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างประเทศที่มีอยู่แล้วภายในประเทศ

- หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) เขียนให้ชัดว่า ‘เป็นธรรม’ และ ‘เท่าเทียม’ คืออะไร เพราะหลักการนี้มักถูกนักลงทุนหยิบไปใช้ฟ้อง เวลาที่รัฐบาลทำอะไรลงไปแล้วกระทบผลกำไรในอนาคตของบริษัท หรือถ้าเขียนไม่ได้ก็ไม่ต้องใส่

4. เขียนให้ชัดถึงสิทธิของรัฐบาลที่จะออกกฎระเบียบมาตรการ และนโยบายที่มีเจตนาเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีความจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ รวมถึงหากมีคำตัดสินคดีของศาลยุติธรรมในประเทศซึ่ง

สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศ กฎระเบียบ มาตรการและนโยบาย จะต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ ชอบธรรมและไม่ถือเป็น ‘การยึดทรัพย์ทางอ้อม’ โดยรัฐ (ลองดูกรณีบริษัทอิล ลิลลี ฟ้องรัฐบาลแคนาดา)

5. เขียนให้ชัดว่าไม่เอากลไกระง้บข้อพิพาทระหว่างรัฐ และนักลงทุนโดยระบบอนุญาโตตุลาการ ข้อนี้คงไม่ต้อง อธิบายซ้ำอีกว่าทำไม

6. เขียนให้ชัดว่า เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐบาลและ นักลงทุนจากประเทศภาคีจะต้องใช้กระบวนการยุติธรรม ภายในประเทศก่อน ถ้าข้อพิพาทยังไม่ได้รับการแก้ไข จนเป็นที่ยุติก็ให้ไปใช้กลไกระง้บข้อพิพาททางเลือกที่ ไม่ใช่ไอเอสดีเอส



อย่างไรก็ตาม การจะเรียกร้องให้รัฐบาลยกการ์ด สูงๆ ใช่ว่าจะทำได้ง่ายๆ มันขึ้นกับชั้นเชิงการเจรจาและ จุดยืนที่หนักแน่นมั่นคง และอาจต้องเผชิญกับแรงกดดัน จากประเทศคู่เจรจา นักลงทุนต่างประเทศ และนักลงทุน ไทยเอง ลองนึกชื่อบริษัทใหญ่ๆ ของไทยขึ้นมาสักชื่อ ในใจ รับรองว่าในบรรดาชื่อที่นึกได้จะมีบริษัทไทยที่ สนับสนุนไอเอสดีเอสรวมอยู่ด้วย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ ของประชาชนอย่างเราๆ ท่านๆ ที่จะต้องสร้างแรงกดดัน จากข้างล่างส่งต่อไปยังผู้บริหารประเทศ

หากปล่อยให้รัฐบาลและกลุ่มธุรกิจไทยดำเนินการ กันเอง กว่าจะรู้สึกตัวอาจสายเกินไป ถึงตอนนั้น เราอาจ ตกอยู่ในสภาพถูกรัฐประหารตลอดเวลา เพราะอำนาจ อธิปไตยที่รัฐเคยมีถูกแทรกแซงจากนักลงทุน มันคือการ รัฐประหารโดยทุน

และเราไม่ควรปล่อยให้มันเกิดขึ้น...มิใช่หรือ

ภาคผนวก

กรอบการเจรจาความตกลง เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

(ฉบับที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2553)

1. หลักการและเหตุผลการ เสนอกรอบการเจรจา

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมุ่งประสงค์เพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันจะคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนไทยซึ่งไปลงทุนในประเทศคู่ภาคีความตกลงฯ เช่นกัน ความตกลงฯ ไม่มีสาระในส่วนของ

การเปิดเสรีการลงทุน ซึ่งต่างกับความตกลงการค้าเสรี โดยความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมุ่งให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้เข้ามาอยู่ในประเทศแล้ว แต่ก็ถือเป็นความตกลงทางเศรษฐกิจที่อาจมีนัยเข้าช่วยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรค 2 เพราะอาจเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมอย่างกว้างขวาง และผูกพันการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ จึงควรเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบกรอบการเจรจาก่อน

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นความตกลงแบบฉบับที่ใช้ร่างมาตรฐานในการเจรจา และสาระในการเจรจากับแต่ละประเทศจะคล้ายคลึงกัน เพราะใช้มาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับกันระหว่างประเทศ กรอบการเจรจาจึงควรเป็นกรอบเดียวที่สามารถใช้ในการเจรจากับทุกประเทศคู่เจรจา โดยในการเจรจาอาจปรับเปลี่ยนถ้อยคำ และสาระ รวมถึงมาตรการที่จำเป็น เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการลงทุนของประเทศนั้นๆ

2. กรอบการเจรจาที่ ขอความเห็นชอบ

การเจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนควรสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นและยอมรับให้กับนักลงทุนต่างประเทศในการเข้ามาลงทุนในไทย และจะเป็นประโยชน์กับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศว่าจะได้รับการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงฯ ในมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล โดยในการเจรจาความตกลงฯ ต้องคำนึงถึงทำที่ มาตรการที่จำเป็น และผลประโยชน์ของไทยและคู่เจรจาประกอบด้วย ซึ่งควรครอบคลุมประเด็นหลัก ดังนี้

2.1 ขอบเขตความตกลงฯ ควรจำกัดเฉพาะการลงทุนทางตรง (foreign direct investment: FDI) โดยให้ความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐบาลกำหนด

2.2 การส่งเสริมและการเอื้ออำนวยการลงทุนแก่

กันและกัน

2.3 การปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง และการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่ได้เข้ามาในราชอาณาจักรแล้ว

2.4 การปฏิบัติที่เป็นธรรม เท่าเทียมกัน และให้การคุ้มครองอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

2.5 การคุ้มครองการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน

2.6 การชดเชยความสูญเสียจากเหตุการณ์รุนแรงที่เกิดในประเทศที่ลงทุน

2.7 การโอนเงินลงทุนและผลตอบแทนโดยเสรี

2.8 การรับช่วงสิทธิตามความตกลงฯ

2.9 การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน และระหว่างรัฐกับรัฐ

2.10 โดยคำนึงถึงพัฒนาการการเจรจาในกรอบความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความยินยอมร่วมกันของคู่เจรจา อาจพิจารณาให้รวม

ถึง มาตรการที่จำเป็น และเหมาะสมเพื่อรักษาประโยชน์
สาธารณะ เช่น สิ่งแวดล้อม สุขภาพสาธารณะ มาตรการ
เพื่อปกป้องดุลการชำระเงิน นโยบายเศรษฐกิจมหภาค

2.11 การเจรจาในทุกระดับขั้นตอนที่ให้น้ำหนักถึง
เท่าที่ มาตรการที่จำเป็น และผลประโยชน์ของไทยและ
คู่เจรจาประกอบด้วย

เอกสารแนบกรอบการเจรจาความตกลง
เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

1. ภูมิหลังการจัดทำความ ตกลงเพื่อการส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุน

ไทยได้เริ่มเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและ
คุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ.
1960 และได้ลงนามความตกลงดังกล่าวกับเยอรมนีเป็น
ประเทศแรกในปี 1961 (มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1966)
หลังจากนั้น ไทยได้เจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริม
และคุ้มครองการลงทุนกับหลาย ประเทศเรื่อยมา
ปัจจุบันประเทศไทยมีความตกลงฯ ที่ลงนาม

แล้วจำนวน 42 ฉบับ ซึ่งในจำนวนนี้ 35 ฉบับมีผลใช้บังคับไปแล้ว นอกจากนี้ ประเทศไทยอยู่ในระหว่างการจัดทำความตกลงฯ กับ 54 ประเทศ ซึ่งในจำนวนนี้อยู่ระหว่างการแลกเปลี่ยนร่างความตกลงฯ จำนวน 40 ประเทศ อยู่ระหว่างการเจรจาจำนวน 8 ประเทศ เสร็จแล้ว และกำลังจะเสนอผลการเจรจาต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาจำนวน 2 ประเทศ และลงนามแล้ว อยู่ระหว่างการแลกเปลี่ยนหนังสือหนังสือเพื่อให้ความตกลงฯ มีผลใช้บังคับจำนวน 4 ประเทศ

ขณะนี้ การจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างมากทั่วโลก โดยปัจจุบัน ได้มีการจัดทำความตกลงฯ รวมเป็นจำนวน 2,676 ฉบับ (ข้อมูลเมื่อปลายปี 2551) ซึ่งเฉพาะปี 2551 ได้มีการเจรจาจัดทำความตกลงฯ ไปทั้งหมด 59 ฉบับ

2. วัตถุประสงค์และประโยชน์จากการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ที่ผ่านมา ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากเงินลงทุนต่างประเทศในการสร้างความเจริญเติบโต พัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขัน และสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบเศรษฐกิจและภาคเอกชนไทย โดยประเทศไทยมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศมาโดยตลอด มูลค่าเงินลงทุนจากต่างประเทศ ตามสถิติของธนาคารแห่งประเทศไทยในช่วงปี 2551 คิดเป็นมูลค่า 251,519.34 ล้านบาท นอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (บีโอไอ) ได้รายงานไว้ในปี 2552 ยอดขอรับการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ ขยายตัวเพิ่มขึ้นร้อยละ 18 เมื่อเทียบกับปี 2551 โดยมีเงินลงทุนกว่า 3 แสนล้านบาท

นอกจากนี้ ประเทศไทยได้เริ่มพัฒนาจากการเป็นประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุน โดยนักลงทุนไทยเริ่มออกไปลงทุนในภูมิภาคต่างๆ มากขึ้น โดยเฉพาะในประเทศเพื่อนบ้านและอาเซียน แม้ว่า การส่งออกการลงทุนจะยังมีสัดส่วนที่น้อยอยู่แต่ก็มีแนวโน้มว่าจะเติบโตขึ้นในอนาคต

นอกเหนือจากผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจแล้ว ยังมีปัจจัยที่สำคัญอีกหลายประการที่มีผลต่อความดึงดูดในการลงทุน อาทิ ความมั่นคงทางการเมือง ความชัดเจนแน่นอนของระบบกฎหมายที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ การให้หลักประกันว่าจะไม่เวนคืนทรัพย์สินของเอกชน เป็นของรัฐโดยไม่ยุติธรรม ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การลงทุนมีความเชื่อมั่นว่า ประเทศที่เข้ามาลงทุน หรือประเทศที่ไปลงทุนมีความมั่นคง และนำเข้าไปลงทุน ความเชื่อมั่นดังกล่าวจะมีมากหรือน้อย ย่อมขึ้นอยู่กับมาตรฐานระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับระหว่างกัน

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นกรอบความร่วมมือสำคัญที่จะสร้างความมั่นใจ

ให้กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย รวมทั้งให้กับนักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศว่า การลงทุนของตนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน โดยจะได้รับความคุ้มครองการเวนคืน ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง รวมทั้งได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันกับการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนอื่นๆ และสามารถทำธุรกรรมทางออนไลน์ได้อย่างเสรี ทั้งนี้ หากเกิดปัญหาใดๆ ขึ้น นักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการได้

3. สารของกรอบความตกลงฯ

ข้อ 3.1 ขอบเขตของความตกลงฯ

ความตกลงฯ จะกำหนดขอบเขตความคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเฉพาะการลงทุนทางตรง

(foreign direct investment: FDI) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐบาลกำหนดไว้ตามแนวทางประกาศคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุน (Certificate of approval for protection – C.A.P)

ข้อ 3.2 การส่งเสริมและการเอื้ออำนวยการลงทุนแก่กันและกัน

ภาคีสัญญาตกลงที่จะร่วมมือกันสนับสนุนและเสริมสร้างบรรยากาศที่เอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนของนักลงทุนของภาคีสัญญาที่ได้เข้ามาในราชอาณาจักรแล้วตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น ซึ่งอาจรวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือแจ้งให้กันทราบถึงกฎระเบียบต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

ข้อ 3.3 การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ภาคีสัญญาตกลงจะปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนที่ได้เข้ามาในราชอาณาจักรแล้วของนักลงทุน

ของภาคีสัญญาเช่นเดียวกับคนชาติของตนเอง โดยจะไม่มีทางเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ภาคีสัญญาต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของภาคีสัญญาเช่นเดียวกับนักลงทุนของภาคีสัญญาประเทศอื่นๆ

ข้อ 3.4 การปฏิบัติที่เป็นธรรม เท่าเทียมกัน และให้การคุ้มครองอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของ นักลงทุนต่างชาติ

ภาคีสัญญาตกลงจะปฏิบัติต่อนักลงทุนของภาคีสัญญาอย่างเป็นธรรมเท่าเทียมกันและคุ้มครองอย่างเต็มที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อ 3.5 การคุ้มครองการเวนคืนและการชดเชยค่าเสียหายจากการเวนคืน

ภาคีสัญญาให้การคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนทั้งทางตรง หรือ มาตรการอย่างอื่นที่มีผลเท่าเทียมกับการเวนคืน หากจะเวนคืนจะต้องเป็นไปเพื่อความมุ่งประสงค์สาธารณะ ตามกฎหมาย ไม่เลือกปฏิบัติ

บัติ และมีการชำระค่าทดแทนโดยพลัน มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม

ข้อ 3.6 การชดเชยความสูญเสียจากเหตุการณ์รุนแรงที่เกิดในประเทศที่ลงทุน

นักลงทุนของภาคีสัญญาจะได้รับความคุ้มครองจากความสูญเสียเนื่องจากสงคราม การปฏิวัติหรือภาวะฉุกเฉินที่คล้ายคลึงในส่วนของค่าทดแทนการทำให้กลับคืนสภาพเดิมและค่าสินไหมทดแทนที่เกี่ยวกับความสูญเสีย

ข้อ 3.7 การโอนเงินลงทุนและผลตอบแทนโดยเสรี

ภาคีสัญญารับรองการโอนเงินลงทุนและผลตอบแทนตามวิธีการที่กำหนดโดยกฎหมายของตน

ข้อ 3.8 รับรองการรับช่วงสิทธิตามความตกลงฯ

กรณีนักลงทุนได้รับการชดเชยความเสียหายแล้ว โดยให้ผู้ที่ชดเชยความเสียหายให้กับนักลงทุนสามารถรับ

ช่วงสิทธิเข้ามาเป็นคู่กรณีกับรัฐบาลได้

ข้อ 3.9 การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน และระหว่างรัฐกับรัฐ

หากนักลงทุนประสบปัญหาข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการผิดพันธกรณีตามความตกลงฯ ของรัฐ นักลงทุนสามารถเสนอขอระงับข้อพิพาท โดยศาลภายในประเทศที่มีเขตอำนาจหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 3.10 มาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ

รัฐบาลออกมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะได้ เช่น สิ่งแวดล้อม สุขภาพ สาธารณะ มาตรการเพื่อปกป้องดุลการชำระเงิน นโยบายเศรษฐกิจมหภาค โดยคำนึงถึงพัฒนาการการเจรจาในกรอบความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและความยินยอมร่วมกันของคู่เจรจา

รายชื่อประเทศคู่เจรจาของไทยที่อยู่ในข่าย การใช้กรอบการเจรจาความตกลงฯ

กรอบการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและ
คุ้มครองการลงทุนที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอจะ
ใช้เป็นกรอบสำหรับเจรจาจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับคู่เจรจา ซึ่งมีประเทศอยู่ใน
ในข่าย 4 กลุ่ม ได้แก่ 1) กลุ่มที่กำลังจะเริ่มการเจรจา /
อยู่ระหว่างการแลกเปลี่ยนร่างความตกลง 2) กลุ่มซึ่งได้
เริ่มการเจรจาไปแล้วแต่การเจรจายังไม่แล้วเสร็จ 3) กลุ่ม
ที่อาจมีการแก้ไขความตกลงฯ ในอนาคต 4) กลุ่มที่มี
ศักยภาพและไทยอาจประสงค์จะเริ่มการเจรจาในอนาคต

การเสนอกรอบการเจรจาฯ ดังกล่าวไม่มีผล
และไม่เกี่ยวกับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครอง
การลงทุนที่ได้เจรจาเสร็จสิ้นและมีผลบังคับใช้แล้ว ทั้งนี้
กลุ่มประเทศทั้ง 4 กลุ่มข้างต้นจำแนกได้ ดังนี้

กลุ่มที่ 1 อยู่ระหว่างการแลกเปลี่ยนร่างความตกลง
(38 ประเทศ)

ได้แก่ อาร์เมเนีย ไชปรัส กัวเตมาลา คาซัคสถาน
โอมาน ปาปัวนิวกินี กาตาร์ ซูดาน สหรัฐอาหรับเอ
มิเรตส์ มองโกเลีย แอลเบเนีย แอลจีเรีย ออสเตรีย
บอสเนีย บูร์กินาฟาโซ เอลซัลวาดอร์ เอธิโอเปีย
ลัตเวีย ลิเบีย มอริเชียส โมซัมบิก ปานามา โปรตุเกส
ซีเรีย ยูเครน อุซเบกิสถาน คิวบา จิบูตี กาบอง กรีซ
เคนยา ลิทัวเนีย มาลี นามิเบีย ไนจีเรีย ปากีสถาน
แอฟริกาใต้ และวานูอาตู

กลุ่มที่ 2 อยู่ระหว่างการเจรจาร่างความตกลง (6
ประเทศ)

ได้แก่ ฝรั่งเศส อิหร่าน อิตาลี โมร็อกโก รัสเซีย
และตูนิเซีย

กลุ่มที่ 3 ความตกลงมีผลบังคับใช้แล้วและอาจมีการ
แก้ไขในอนาคต (17 ประเทศ) ได้แก่ โรมาเนีย บัลแกเรีย

สาธารณรัฐเช็ก เบลโกลักเซมเบิร์ก แคนาดา จีน
โครเอเชีย ฮังการี เปรู โปแลนด์ สาธารณรัฐเกาหลี
สโลเวเนีย สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร
ฟินแลนด์ และเนเธอร์แลนด์

กลุ่มที่ 4 อาจทำการเจรจาในอนาคต (21 ประเทศ)

ได้แก่ โตโก ไนจีเรีย สาธารณรัฐประชาธิปไตย
คองโก แองโกลา แกมเบีย บอตสวานา เลโซโท
สวาซิแลนด์ แทนซาเนีย เซเชลส์ แซมเบีย แคเมอรูน
ไลบีเรีย ยูกันดา เม็กซิโก คอสตาริกา ซิลี เบลารุส
บารห์เรน เดิร์กเมนีสถาน และอาเซอร์ไบจาน



กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ
กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ
10 กันยายน 2553

ISDS รักนะ นักลงทุน

การคุ้มครองการลงทุนและการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน
ISBN: 978-616-329-068-7

ผู้เขียน กฤษฎา สุภวรรธนะกุล
บรรณาธิการ อวยพร แต่ชุตระกุล กรรณิการ์ กิจดิเวชกุล
เจ้าของ กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน (FTA Watch)
สนับสนุนโดย มูลนิธิเข้าถึงเอดส์

มูลนิธิเข้าถึงเอดส์
48/282 ถ.รามคำแหง ซอย 104
แขวง/เขตสะพานสูง กทม. 10240

Created by
Pen Thai Publishing
Tel: 02-736-9918
waymagazine.org
waymagazine@yahoo.com

INVESTOR-STATE
DISPUTE
SETTLEMENT

ISBN: 978-6163290687



9 786163 290687