รายงานทีดีอาร์ไอ

ฉบับที่ 49 เดือนสิงหาคม 2550

การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย

ISSN 0859-0036

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

ISSN 0859-0036
รายงานทีดีอาร์ไอ ฉบับที่ 49 เดือนสิงหาคม 2550
เรื่อง การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย

พิมพ์ครั้งที่ 1 เดือนสิงหาคม 2550
จำนวน 800 เล่ม
(สงวนลิขสิทธิ์)

ลิขสิทธิ์เป็นของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย
เลขที่ 565 ซอยรามคำแหง 39 เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310
โทรศัพท์ (02) 718-5460
โทรสาร (02) 718-5461-62
Internet: http://www.info.tdri.or.th
Email: publications@tdri.or.th

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) ได้เผยแพร่ “รายงานทีดีอาร์ไอ” (มีชื่อเดิมว่า “สมุดปกขาวทีดีอาร์ไอ”) มาตั้งแต่เดือนสิงหาคม 2536 โดยคัดสรรกลั่นกรองงานวิจัยต่างๆ มานำเสนออย่างเรียบง่ายเพื่อจุดประกายให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์

“รายงานทีดีอาร์ไอ” มีโอกาสรับใช้สังคมไทยเป็นระยะๆ แบบรายสะดวก อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมในปัจจุบันเป็นไปอย่างรวดเร็วและซับซ้อนขึ้น “รายงานทีดีอาร์ไอ” จึงจะมาพบกับผู้อ่านเป็นรายเดือนด้วยรูปเล่มกะทัดรัดซึ่งห่อหุ้มเนื้อหาที่แน่นกระชับ และยังคงนำเสนอเรื่องราวต่างๆ อย่างเรียบง่ายแบบเป็นมิตรต่อความสนใจใคร่รู้ของผู้อ่านทั่วไป

นอกจากนี้ จะมีการนำงานวิจัยจำนวนหนึ่งซึ่งมีแนวคิดเกี่ยวเนื่องกันมาจัดทำเป็น “รายงานทีดีอาร์ไอ ฉบับพิเศษ” เป็นครั้งคราวด้วย

การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย*

บทนำ

ปัจจุบันประเทศไทยมีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับประเทศต่างๆ อย่างกว้างขวาง และเป็นฐานการผลิตและการลงทุนที่สำคัญแห่งหนึ่งของภูมิภาค การขยายตัวด้านการค้าและการลงทุนอย่างต่อเนื่องทำให้ไทยจัดทำข้อตกลงทางการค้ากับประเทศต่างๆ (ทั้งในระดับพหุภาคีและทวิภาคี) เพื่อส่งเสริมการลงทุน (โดยเฉพาะการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ หรือ foreign direct investment: FDI) และคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมโดยนโยบายรัฐของประเทศผู้รับการลงทุน หลักการนี้ปรากฏในข้อตกลงหลายฉบับ เช่น ข้อตกลงการค้าเสรีทวิภาคี (FTA) และสนธิสัญญาการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty: BIT) เป็นต้น

แม้การจัดทำข้อตกลงเหล่านี้จะก่อให้เกิดผลดีต่อการขยายตัวด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ แต่รัฐบาลก็ต้องระมัดระวังมากขึ้นในการใช้นโยบายและมาตรการต่างๆ ที่อาจกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้

---

* ปรับปรุงและศึกษาเพิ่มเติมจาก "โครงการวิจัยการค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐ" (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2549) และ "โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA" (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2548) ในเรื่องมาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ (expropriation) โดย กิรติพงศ์ แนวมาลี นักวิจัยอาวุโส ฝ่ายการวิจัยแผนงานเศรษฐกิจรายสาขา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ผู้ศึกษาเพิ่มเติมขอขอบคุณ ผศ. ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำหรับการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นที่มีประโยชน์ เนื้อหาในบทความเป็นการนำเสนอแนวความคิดทางวิชาการเท่านั้น ไม่สามารถนำไปอ้างอิงในทางกฎหมาย ความคิดเห็นทั้งหมดเป็นของผู้ทำการศึกษา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

อำนาจรัฐใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบการโดยปรกติสุขของนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองตามข้อตกลง

ในต่างประเทศประเด็นสำคัญที่มักเกิดเป็นกรณีพิพาทอยู่เนืองๆ คือ กรณีที่เอกชนต่างชาติอ้างสิทธิฟ้องคดีต่อรัฐจากการใช้มาตรการที่มีผลเป็นการเวนคืนทรัพย์ (expropriation) หรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐซึ่งขัดกับข้อตกลง เช่น เมื่อเดือนมีนาคม 2550 ได้เกิดกรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นคดีแรกภายหลังการจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกากลาง (CAFTA) ที่มีผลใช้บังคับในปี 2549 และเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างดำเนินคดี โดยในคดีนี้บริษัท Railroad Development Corporation (RDC) แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยื่นฟ้องการรถไฟแห่งประเทศกัวเตมาลาว่าได้กระทำการเพิกถอนสิทธิสัมปทานการเดินรถไฟของบริษัท Ferrovias Guatemala (FVG) ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่ตั้งในประเทศกัวเตมาลาโดยมิได้จ่ายค่าชดเชยอันเป็นการกระทำที่เข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ซึ่งขัดต่อข้อตกลง CAFTA ในขณะเดียวกันรัฐบาลกัวเตมาลาก็โต้แย้งว่า FVG เป็นฝ่ายผิดสัญญาสัมปทานอันเป็นเหตุให้รัฐต้องเสียประโยชน์ รัฐจึงสามารถเพิกถอนสิทธิสัมปทานโดยไม่จ่ายค่าชดเชย (ดู http://www.rrdc.com/article_03_23_2007_first_investor_state_CAFTA_case_Inside_US_Trade.pdf)

แม้จากประสบการณ์ที่ผ่านมาจะชี้ให้เห็นว่า รัฐมักประสบความสำเร็จในการต่อสู้คดีกับเอกชนในกรณีพิพาทลักษณะนี้ แต่สิ่งที่รัฐควรตระหนักอย่างยิ่งก็คือ การใช้มาตรการอันมีผลกระทบต่อนักลงทุนที่ได้รับสิทธิความคุ้มครองอาจทำให้รัฐถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย และอาจทำให้นักลงทุนต่างชาติขาดความเชื่อมั่นในการบริหารจัดการของหน่วยงานรัฐ ด้วยเหตุนี้คำถามที่เกิดขึ้นคือ เราจะสามารถป้องกันและยับยั้งข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการของรัฐอันอาจเป็นการแทรกแซงประโยชน์ของเอกชน (ไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่) ได้อย่างไร

บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสาระสำคัญของข้อบทเรื่องการคุ้มครองนักลงทุนจากการถูกเวนคืนทรัพย์หรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์อย่างไม่เป็นธรรมทั้งที่ปรากฏในข้อตกลงการค้าเสรีต่างๆ เช่น ข้อตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ข้อตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระหว่างไทยกับญี่ปุ่น (JTEPA) และ BIT และพิจารณาว่าในปัจจุบันมีการตีความเรื่องการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์อย่างไรบ้าง โดยศึกษาจากคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศและประเด็นการตีความในเรื่องนี้ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังศึกษาต่อไปว่าประเทศไทยมีมาตรการใด (ทั้งที่เคยเกิดขึ้นในอดีตและเกิดขึ้นในปัจจุบัน) ซึ่งอาจถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ที่รัฐบาลอาจต้องมีภาระจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ประกอบการ

ต่างชาติที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อหามาตรการป้องกันมิให้หน่วยราชการไทยออกมาตรการที่อาจละเมิดบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองนักลงทุนจากการถูกเวนคืนทรัพย์หรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์อย่างไม่เป็นธรรม

1. เหตุผลของการคุ้มครองการลงทุน และบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนทรัพย์

การขยายตัวด้านการค้าการลงทุนทำให้ประเทศต่างๆ เปิดรับการลงทุนจากต่างชาติอย่างกว้างขวางเพื่อส่งเสริมให้เกิดการดึงดูดเงินลงทุนจากต่างประเทศ เพิ่มการจ้างงานในประเทศ รวมทั้งเกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่แรงงานและผู้ประกอบการท้องถิ่นภายในประเทศ

การศึกษาจำนวนมาก เช่น Dee and Hanslow (2000) ยืนยันว่าการเปิดเสรีด้านการลงทุนไม่ว่าเพื่อผลิตสินค้าหรือให้บริการต่างก่อให้เกิดผลดีต่อประเทศผู้รับการลงทุนทั้งสิ้น และประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่หากมีการพัฒนาความพร้อมภายในเพื่อรองรับการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นระบบสาธารณูปโภคต่างๆ แรงงาน ตลอดจนกฎหมายและระเบียบภายในที่เอื้ออำนวยต่อการแข่งขันและสอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่ประเทศผู้รับการลงทุนเข้าร่วมเป็นภาคี ไม่ว่าจะเป็นความตกลงพหุภาคี (องค์การการค้าโลก หรือ WTO) หรือความตกลงการค้าเสรีทวิภาคี

ในขณะเดียวกันการเปิดเสรีด้านการลงทุนก็ก่อให้เกิดผลดีต่อนักลงทุนต่างชาติด้วย เนื่องจากในปัจจุบันความสามารถในการแข่งขันขึ้นอยู่กับปัจจัยด้านต้นทุนเป็นสำคัญ การแสวงหาโอกาสการลงทุนในต่างประเทศที่มีความพร้อมทางด้านเศรษฐกิจ ตลาด ตลอดจนปัจจัยการผลิตและการบริการที่มีความได้เปรียบทางต้นทุนจึงมีความสำคัญอย่างมาก และการเปิดเสรีด้านการลงทุนยังเกื้อหนุนให้นักลงทุนต่างชาติสามารถขยายการลงทุน และสะสมความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจได้อย่างต่อเนื่องด้วย

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการลงทุนโดยเฉพาะการลงทุนโดยตรง (direct investment) มีต้นทุนสูง และเป็นต้นทุนจม (sunk cost) ซึ่งหมายความว่าผู้ลงทุนไม่สามารถโอนย้ายสินทรัพย์ที่ลงทุนหากกฎ กติกาในการกำกับดูแลของภาครัฐเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจในภายหลัง ดังนั้นประเทศต่างๆ จึงพยายามที่จะจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อกำหนดเงื่อนไขและกติกาที่ชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันว่าการลงทุนของนักลงทุนของตนในต่างแดนจะได้รับการคุ้มครอง (เช่น การคุ้มครองการลงทุนจากการจลาจลในประเทศ) และไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐผู้รับการลงทุน

แม้การคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติเป็นเรื่องจำเป็น แต่ก็ต้องคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนโดยเฉพาะอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลธุรกิจเอกชนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมด้วย เนื่องจากในบางครั้งรัฐมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการควบคุมหรือแทรกแซงที่อาจส่งผลกระทบในเชิงลบต่อธุรกิจต่างด้าวเพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศ

ภายใต้ข้อตกลง FTA และ BIT[1] ซึ่งใช้กับทั้งด้านการลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิตและด้านการค้าบริการ[2] ได้มีการวางกรอบการใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากการใช้มาตรการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐ[3] ซึ่งโดยทั่วไประบุว่า เอกชนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนภายใต้ข้อตกลงต้องได้รับการคุ้มครองจากมาตรการเวนคืนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน เว้นแต่เป็นการใช้มาตรการเวนคืนหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์โดยรัฐซึ่งเข้าเงื่อนไขสี่ประการ คือ

1) เพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) โดยไม่เลือกปฏิบัติ

3) ด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและเป็นธรรม และ

4) ได้จ่ายค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม พอเพียง และไม่ชักช้า

---

[1] ประเทศไทยได้ลงนามจัดทำ BIT กับประเทศต่างๆ ตั้งแต่ปี 2504 จนถึงปัจจุบันรวมทั้งสิ้น 39 ฉบับ (ข้อมูลจากเว็บไซต์ของกระทรวงการต่างประเทศซึ่งดูได้ที่ http://www.mfa.go.th/web/1969.php)

[2] เช่น Article 90.4 ของ JTEPA กำหนดให้ใช้บทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองจากการเวนคืนกับการลงทุนภาคอุตสาหกรรมและการค้าบริการทั้งหมด และใช้กับเฉพาะกิจการที่ได้เข้ามาตั้งในประเทศแล้ว Article 1101 ของข้อตกลง NAFTA ให้ใช้คุ้มครองการลงทุนทุกลักษณะยกเว้นบริการด้านการเงิน หรือ Article 2 ของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments) กำหนดให้ใช้กับการลงทุนทั้งหมดที่ได้เข้ามาจัดตั้งกิจการตามเงื่อนไขของกฎหมายภายในประเทศและได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วเท่านั้น

[3] เช่น Article 102.1 ของ JTEPA Article 1110.1 ของข้อตกลง NAFTA หรือ Article 4 ของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ดังนั้นหากรัฐบาลมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขสี่ประการนี้ นักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับความเสียหายจากมาตรการดังกล่าวก็มีสิทธิยื่นฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐโดยผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้[4]

ถึงแม้ว่าข้อตกลง FTA และ BIT ได้ระบุให้สิทธิแก่นักลงทุนไว้เช่นนี้ก็ตาม แต่ประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความทางกฎหมาย ได้แก่ 1) ขอบเขตความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ครอบคลุมทรัพย์สินใดบ้าง และ 2) มาตรการเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์หรือมาตรการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมที่ระบุในข้อตกลงต่างๆ คืออะไร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

2. หลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการเวนคืนทรัพย์

2.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อบทการลงทุน

เมื่อพิจารณาบทนิยามเรื่องการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อตกลง FTA ฉบับต่างๆ และ BIT พบว่า โดยทั่วไปได้ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทั้ง**ที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง** เช่น อสังหาริมทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ หุ้น เงิน พันธบัตร สิทธิเรียกร้องในหนี้เงิน ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิสัมปทาน ใบอนุญาต รวมทั้งสิทธิเรียกร้องตามสัญญาที่มีมูลค่าต่างๆ

อย่างไรก็ตาม แม้นิยามการลงทุนในข้อตกลง FTA และ BIT โดยทั่วไปจะครอบคลุมทรัพย์สินที่กว้างขวาง แต่ก็มีข้อตกลงบางฉบับที่กำหนดไว้แตกต่างจากข้อตกลงอื่นๆ เช่น JTEPA (ซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินการ) ได้ตีกรอบนิยามของการลงทุนให้จำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นของนักลงทุนโดยตรง โดยไม่นับรวมทรัพย์สินของนักลงทุนในตลาดหุ้น (portfolio investment) หรือสถาบันการเงินที่ปล่อยกู้ระยะสั้นกว่าห้าปีให้แก่ธุรกิจในประเทศภาคี และได้กำหนดประเภทรายการของทรัพย์สินที่จะได้รับ

---

[4] เช่น Article 106 ของ JTEPA กำหนดว่า หากนักลงทุนไม่สามารถเจรจากับรัฐบาลได้สำเร็จและไม่ได้ยื่นคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศ เช่น ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง นักลงทุนก็สามารถดำเนินการยื่นฟ้องคดีต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแทนได้ แต่หากยื่นฟ้องแล้วก็จะถูกตัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลในประเทศซ้ำอีกเพื่อป้องกันปัญหาการขัดแย้งกันของผลคำตัดสิน ส่วน Article 9 ของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และ Section B ใน Chapter 11 ของข้อตกลง NAFTA กำหนดให้ยื่นฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเท่านั้น

การคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน (กำหนดนิยามในลักษณะปิด หรือ closed list)[5] แต่ข้อตกลง NAFTA กลับกำหนดนิยามไว้อย่างกว้างขวางและคุ้มครองการลงทุนที่เกิดจากการลงทุนทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ในขณะที่ BIT ระหว่างไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกำหนดนิยามการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองไว้เป็นรายการตัวอย่างและสามารถเปลี่ยนแปลงได้[6] ดังนั้น ภายใต้ JTEPA กรอบนิยามเรื่องทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองจึงมีขอบเขตที่ชัดเจนและเคร่งครัดมากกว่าที่ข้อตกลง NAFTA มีอยู่ในปัจจุบัน

จากขอบเขตนิยามการลงทุนข้างต้น ประเทศผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องให้การคุ้มครองการลงทุนแก่นักลงทุนของชาติคู่สัญญา การกระทำใดๆ ที่ขัดต่อข้อตกลง เช่น การออกมาตรการที่มีผลเป็นการลิดรอนสิทธิความเป็นเจ้าของ สิทธิสัมปทานหรือใบอนุญาตโดยไม่จ่ายค่าชดเชย ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่นักลงทุนในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐผู้รับการลงทุน และจากแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในหลายๆ คดี เช่น คดีของ Wena Hotel กับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์[7] หรือคดีของ S.D. Myers, Inc. กับรัฐบาลแคนาดา[8] หรือคดีของ Pope & Talbot, Inc. กับรัฐบาลแคนาดา[9] ต่างก็ยอมรับว่า การคุ้มครองการลงทุนไม่ได้จำกัดแต่เพียงทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่น อสังหาริมทรัพย์ เครื่องจักร เงินลงทุน หุ้น พันธบัตร อย่างที่คนทั่วไปเข้าใจเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงสิทธิอื่นๆ ที่ไม่มีรูปร่างด้วย เช่น สิทธิความเป็นเจ้าของ สิทธิสัมปทาน ใบอนุญาต หรือแม้กระทั่งอำนาจการบริหารจัดการธุรกิจ

---

5 Article 91 (j)(i)-(iii) ของ JTEPA

6 Article 1139 ของข้อตกลง NAFTA และ Article 1.1 ของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

7 *Wena Hotel v. Arab Republic of Egypt,* ICSID case no. ARB/98/4, Award on Merits, 8 December 2000, para. 98 (http://www.investmentclaims.com/decisions/Wena-Egypt-FinalAward-8Dec2000.pdf)

8 *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000 (NAFTA), para. 281, 282 (http://www.investmentclaims.com/decisions/SDMyers-Canada-1stPartialAward-13Nov2000.pdf)

9 *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Interim Award on Merits, 26 June 2000, para. 96 (http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-InterimAward-26June2000.pdf)

2.2 การเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือมาตรการเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์

โดยทั่วไปการเวนคืนทรัพย์หมายถึงการใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐอันมีผลทำให้เกิดการโอนสิทธิในทรัพย์สินจากเอกชนไปยังรัฐหรือบุคคลที่สามเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง การเวนคืนทรัพย์จำแนกได้เป็นสองลักษณะ คือ 1) การเวนคืนทรัพย์โดยตรง และ 2) การใช้มาตรการอันมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์หรือการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อม (tantamount to expropriation or indirect expropriation)

การเวนคืนทรัพย์โดยตรงเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ เช่น การโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ (nationalization) การริบทรัพย์ (confiscation) การยกเลิกความเป็นเจ้าของ (dispossession) แม้จะเรียกชื่อต่างกันแต่ในทางปฏิบัตินับเป็นการเข้าแย่งการครอบครองทรัพย์สินจากเอกชนโดยตรง ส่วนการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมมักเกิดขึ้นในลักษณะการเข้าแทรกแซงหรือสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินของเอกชนมากกว่าการที่รัฐจะเข้าไปครอบครองกรรมสิทธิ์แทนที่เจ้าของเดิม มาตรการที่ถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมที่ผ่านมา ได้แก่ มาตรการขึ้นภาษีที่มากเกินเหตุหรือไม่มีหลักเกณฑ์ การบังคับขายหุ้นกิจการ การกีดกันมิให้ใช้หรือสามารถจัดหาวัตถุดิบหรือแรงงานโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น

แม้ความตกลงระหว่างประเทศเรื่องการคุ้มครองการลงทุนโดยทั่วไปจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากมาตรการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ แต่ปัจจุบันยังไม่มีความตกลงใดๆ ระบุรายชื่อหรือประเภทมาตรการที่ถือเป็นมาตรการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากการวินิจฉัยว่ามาตรการใดของรัฐเป็นการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือไม่นั้นต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่หลากหลายประกอบ อย่างไรก็ตาม การศึกษาของ OECD (2004) ได้ชี้ให้เห็นว่า การใช้มาตรการที่จะถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยนั้นต้องมีลักษณะสำคัญอย่างน้อยสามประการ ได้แก่

2.2.1 เป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์อย่างรุนแรง

มาตรการที่จะถือได้ว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์นั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายในเชิงธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การสูญเสียความเป็นเจ้าของ (ownership) และอำนาจบริหารจัดการ การเสื่อมมูลค่าของสินทรัพย์อย่างรุนแรง แต่หากเป็นมาตรการที่เพียงแต่กระทบโอกาสในเชิงธุรกิจและเกิดขึ้นเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งก็อาจยังไม่เพียง

พอที่จะถือว่าเกิดผลกระทบอย่างรุนแรงและเข้าข่ายมาตรการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ได้ เช่น การใช้มาตรการจำกัดการส่งออกของภาครัฐซึ่งมีผลกระทบต่อความสามารถในการทำกำไรของกิจการนั้น จะยังไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์ตราบใดที่มาตรการดังกล่าวยังไม่กระทบต่อความเป็นเจ้าของและอำนาจบริหารของนักลงทุน และมิได้เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจในภาพรวม[10] กฎหมายปกครองของไทยก็มีหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันที่ห้ามรัฐกระทำการใดๆ ที่เกินกว่าเหตุโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์และผลลัพธ์ที่ตามมา

2.2.2 เป็นมาตรการที่ขาดความชัดเจน ไม่โปร่งใส และใช้บังคับอย่างไม่เสมอภาค

โดยหลักการแล้วการใช้บังคับมาตรการจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบธรรมตามกฎหมาย ดังนั้นการใช้มาตรการที่ขาดความชัดเจน ไม่โปร่งใส และไม่เสมอภาคย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้

คดีของ Metalclad กับสหรัฐเม็กซิโกเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับโครงสร้างอำนาจของหน่วยงานภาครัฐอาจเป็นเหตุให้มาตรการของรัฐถูกตีความได้ว่าเป็นมาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ ในกรณีนี้ Metalclad ซึ่งเป็นบริษัทฝังกลบขยะพิษสัญชาติอเมริกันได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางของสหรัฐเม็กซิโกให้สามารถก่อสร้างหลุมฝังกลบขยะได้ในท้องถิ่นหนึ่ง แต่ต่อมารัฐบาลท้องถิ่นนั้นปฏิเสธที่จะให้ผู้ประกอบการดำเนินการและอ้างอำนาจในการถอนใบอนุญาตกิจการที่บริษัทได้รับจากรัฐบาลกลางเนื่องจากมีความกังวลเรื่องมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นในพื้นที่ได้ ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีชื่อว่า International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ชี้ว่า มาตรการถอนใบอนุญาตดังกล่าวถือเป็นการเวนคืนทรัพย์ที่ทำให้ผู้ประกอบการรายนี้ไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เนื่องจากแม้อำนาจในการพิจารณาอนุมัติและถอนใบอนุญาตจะเป็นของหน่วยงานท้องถิ่น แต่ผู้ประกอบการรายนี้ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางให้เข้ามาประกอบกิจการได้ ประกอบกับได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรจากตัวแทนของรัฐบาลกลางว่าสามารถเข้ามาประกอบกิจการได้โดยไม่ต้องให้รัฐบาลท้องถิ่นอนุมัติอีก ดังนั้นการเพิกถอนสิทธิใบอนุญาตโดยรัฐบาลท้องถิ่นจึงเป็นการใช้อำนาจที่ขัดกับอำนาจของรัฐบาลกลาง การ

[10] เรื่องเดียวกัน, para. 100, 101 และ footnote 87.

ใช้อำนาจเพิกถอนโดยไม่โปร่งใสดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลเท่ากับการเวนคืนทรัพย์[11]

2.2.3 เป็นมาตรการที่นักลงทุนไม่สามารถคาดภาวะความเสี่ยงล่วงหน้าได้

โดยทั่วไปนอกจากมาตรการที่ใช้บังคับจะต้องไม่มีโทษย้อนหลังต่อผู้บริสุทธิ์แล้ว ยังจะต้องให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างด้าวด้วยว่า สิทธิและผลประโยชน์ต่างๆ อันชอบด้วยกฎหมายที่นักลงทุนพึงได้รับจะต้องได้รับการคุ้มครองด้วย หากรัฐใช้บังคับมาตรการอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์ดังกล่าวโดยที่นักลงทุนไม่สามารถคาดภาวะความเสี่ยงล่วงหน้าได้ ก็อาจเข้าข่ายการใช้มาตรการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์เช่นกัน

ที่ผ่านมาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เคยมีคำตัดสินที่รับรองสิทธิประโยชน์ดังกล่าว ดังตัวอย่างในคดีของ Metalclad กับสหรัฐเม็กซิโก ซึ่ง ICSID ได้ชี้ให้เห็นว่าการที่รัฐบาลท้องถิ่นปฏิเสธการประกอบกิจการและใช้อำนาจเพิกถอนใบอนุญาตดำเนินธุรกิจโรงงานกำจัดขยะของบริษัท Metalclad และยังออกกฎหมายในภายหลังกำหนดให้พื้นที่ที่จะใช้ดำเนินกิจการเป็นพื้นที่สงวนสำหรับต้นตะบองเพชรและห้ามเอกชนรายใดดำเนินการใดๆ ในพื้นที่นี้อีกต่อไป ทั้งๆ ที่ตัวแทนของรัฐบาลกลางได้ให้การรับรองว่าบริษัท Metalclad สามารถเข้ามาประกอบกิจการได้นั้น ย่อมกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันพึงคาดหมายได้จากการลงทุนของนักลงทุน[12] และทำให้ผู้ประกอบการรายนี้ไม่สามารถประกอบกิจการได้ตามปกติ

---

[11] *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID case no. ARB (AF)/97/1, Award, 30 August 2000 (NAFTA), para. 106 (http://www.investmentclaims.com/decisions/Metalclad-Mexico-Award-30Aug2000-Eng.pdf)

[12] เรื่องเดียวกัน, para. 103.

3. มาตรการของไทยที่อาจเข้าข่ายมาตรการเวนคืนทรัพย์ ซึ่งรัฐบาลอาจต้องมีภาระจ่ายค่าชดเชยความเสียหาย แก่นักลงทุนต่างชาติภายใต้ข้อบทการคุ้มครองการลงทุน ระหว่างประเทศ

3.1 มาตรการที่มีความเสี่ยงในอดีต

การศึกษาโดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (2549) พบว่า มาตรการของไทยในอดีตที่**อาจ**ถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมโดยไม่จ่ายค่าชดเชยอย่างเป็นธรรมและพอเพียงซึ่งขัดต่อข้อบทการคุ้มครองการลงทุนน่าจะมีสองมาตรการได้แก่

3.1.1 การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรคมนาคม

เมื่อต้นปี 2546 รัฐบาลได้ออกพระราชกำหนดจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับบริการโทรคมนาคมเป็นครั้งแรกโดยกำหนดอัตราภาษีสูงสุดร้อยละ 50 แต่ประกาศจัดเก็บจริงในขณะนั้นที่อัตราร้อยละ 2 ของรายได้จากกิจการโทรศัพท์พื้นฐานและร้อยละ 10 ของรายได้จากกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือวิทยุโทรคมนาคมระบบเซลลูล่าร์ มีการตั้งข้อสังเกตอย่างกว้างขวางว่า มาตรการภาษีดังกล่าวมีเป้าหมายชัดเจนว่าต้องการแปลงส่วนแบ่งรายได้ส่วนหนึ่งที่ผู้ประกอบการเอกชนซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานต้องจ่ายให้แก่รัฐวิสาหกิจคู่สัญญาในรูปภาษีสรรพสามิตให้แก่กระทรวงการคลัง ปัญหาก็คือภาษีดังกล่าวมีผลในการกีดกันการแข่งขันของผู้ประกอบการรายใหม่ เนื่องจากผู้ประกอบการรายใหม่ต้องจ่ายภาษีนี้เต็มอัตรา ในขณะที่ผู้รับสัมปทานเดิมสามารถนำภาษีดังกล่าวไปหักลดค่าสัมปทานได้

การศึกษาสรุปได้ว่า **หากในขณะนั้นมีบริษัทโทรคมนาคมต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองการลงทุนอยู่** มาตรการภาษีดังกล่าวอาจถูกร้องเรียนว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์ (ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม) และอาจมีการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อฟ้องเรียกค่าชดเชยด้วยเหตุผลดังนี้

- โดยทั่วไปภาษีสรรพสามิตจะจัดเก็บจากสินค้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เช่น น้ำมันเชื้อเพลิง หรือสินค้าที่มีผลกระทบต่อสุขภาพ เช่น บุหรี่ เพื่อให้สินค้าเหล่านี้มีราคาแพงขึ้นและมีการบริโภคลดลง ในขณะที่บริการโทรคมนาคมถือเป็นบริการที่มีประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม จึงไม่ควรถูกจัดเก็บภาษีสรรพสามิต และส่วนใหญ่ในต่างประเทศก็ไม่มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม

♦ การออกพระราชกำหนดในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแทนการออกพระราชบัญญัติอาจถูกตีความว่า เป็นการกำหนดมาตรการที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากล เพราะเป็นกระบวนการที่รวบรัด ไม่มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสีย และขาดเหตุผลที่ต้องดำเนินการแบบเร่งรัด แม้ศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้ตีความไปแล้วว่าการออกพระราชกำหนดนี้ไม่ขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่จากสภาพปัญหาดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายภายในของไทยมุ่งเน้นแต่เพียงการป้องกันไม่ให้พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ แต่กลับไม่ได้มีระบบป้องกันมิให้กฎหมายขัดกับสนธิสัญญาที่ไทยได้ผูกพันไว้กับต่างประเทศ ซึ่งในที่สุดแล้วอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจตีความในลักษณะที่แตกต่างออกไปในการพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับข้อผูกพันภายใต้ความตกลงการค้าเสรีหรือสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนหรือไม่

3.1.2 การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับผลิตภัณฑ์เบียร์

ในช่วงปี 2546 กรมสรรพสามิตได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับผลิตภัณฑ์เบียร์โดยกำหนดอัตราภาษีเป็นสัดส่วนของราคาขายหน้าโรงงาน (คือราคาที่รวมต้นทุน กำไร และภาษีที่เกี่ยวข้อง) ดังต่อไปนี้

♦ เบียร์ระดับสูง (premium) เป็นเบียร์คุณภาพดีที่มีราคาค่อนข้างสูง หรือเป็นเบียร์ยี่ห้อที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศที่ผลิตในประเทศไทย จัดเก็บภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ 55 ของราคาขายหน้าโรงงาน ซึ่งกรมสรรพสามิตประเมินราคาดังกล่าวไว้ที่ 37.95 บาทต่อขวดบรรจุ 640 มิลลิลิตร หรือคิดเป็นภาระภาษี 20.87 บาทต่อขวด

♦ เบียร์ระดับกลาง (standard) เป็นเบียร์ที่มีคุณภาพรองลงมาจากกลุ่มเบียร์ระดับสูงและมีราคาขายระดับปานกลาง จัดเก็บภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ 55 ของราคาขายหน้าโรงงาน ซึ่งกรมสรรพสามิตประเมินราคาดังกล่าวไว้ที่ 36.95 บาทต่อขวดบรรจุ 640 มิลลิลิตร หรือคิดเป็นภาระภาษี 20.32 บาทต่อขวด

♦ เบียร์ระดับล่าง (economy) เป็นเบียร์คุณภาพต่ำที่สุดและมีราคาขายค่อนข้างต่ำ จัดเก็บภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ 55 ของราคาขายหน้าโรงงานเช่นเดียวกับเบียร์ระดับกลาง แต่กรมสรรพสามิตประเมินราคาขายหน้าโรงงานที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณภาระภาษีไว้ที่ 27.2 บาทต่อขวดบรรจุ 640 มิลลิลิตร หรือคิดเป็นภาระภาษี 14.96 บาทต่อขวด

ในช่วงต้นปี 2548 ผู้ผลิตเบียร์สองรายแจ้งราคาขายหน้าโรงงานเพื่อผลิตเบียร์ “A ไลท์” และ “B ไลท์” ไว้ในกลุ่มเบียร์ระดับล่าง บริษัท A ผู้ต้องการผลิตเบียร์ “A ไลท์”

แจ้งราคาขายหน้าโรงงานไว้ที่ขวดละ 27.2 บาท ในขณะที่บริษัท B ผู้ต้องการผลิตเบียร์ “B ไลท์” แจ้งราคาขายหน้าโรงงานไว้ที่ขวดละ 10.46 บาท

บริษัท A เป็นผู้ประกอบการในตลาดมาเป็นเวลานานโดยผลิตเบียร์ในระดับกลางภายใต้ยี่ห้อ “A กลาง” ซึ่งเป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายว่าเป็นเบียร์คุณภาพดีในประเทศ ส่วนบริษัท B เข้าสู่ตลาดหลังบริษัท A และผลิตเบียร์ราคาต่ำคือเบียร์ “B ไลท์” ขึ้นมาเพื่อแข่งขันกับเบียร์ “A กลาง” บริษัท A จึงเสนอสินค้าเบียร์ราคาถูกออกมาใหม่ในชื่อ “A ไลท์” เพื่อรักษาตลาดระดับล่าง

กรมสรรพสามิตพิจารณาให้เบียร์ “A ไลท์” อยู่ในกลุ่มเบียร์ระดับกลาง ในขณะที่พิจารณาให้เบียร์ “B ไลท์” อยู่ในกลุ่มเบียร์ระดับล่างตามที่ยื่นขอ แม้ผู้ผลิตเบียร์ “A ไลท์” จะเสนอราคาขายหน้าโรงงานที่ 27.2 บาทตามเกณฑ์ของกรมสรรพสามิตก็ตาม การพิจารณานี้ส่งผลให้เบียร์ “A ไลท์” มีภาระภาษีสูงกว่าเบียร์ “B ไลท์” ถึง 5.36 บาทต่อขวด ในขณะเดียวกันกรมสรรพสามิตตัดสินว่าบริษัท B ต้องเสียภาษีจากการคิดตามราคาขายหน้าโรงงานที่ไม่ต่ำกว่า 27.2 บาทแม้จะเสนอราคาขายหน้าโรงงานที่ต่ำกว่าตัวเลขนี้อย่างมากก็ตาม บริษัท A ยื่นหนังสือขอคำชี้แจงหลักเกณฑ์การพิจารณาของกรมสรรพสามิต เนื่องจากเห็นว่าเกณฑ์การพิจารณาการกำหนดราคาขายหน้าโรงงานที่กรมสรรพสามิตใช้ไม่ใช่วิธีการกำหนดมูลค่าของเบียร์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่เป็นธรรมต่อบริษัท รวมทั้งอาจเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการในตลาดซึ่งส่งผลต่อความสามารถในการแข่งขันด้านราคา

กรมสรรพสามิตชี้แจงว่า เบียร์ “A ไลท์” และเบียร์ “A กลาง” มีต้นทุนการผลิตใกล้เคียงกัน (ต่างกันเพียงขวดละสองบาท) แต่มีกำไรไม่เท่ากันเท่านั้น เนื่องจากเบียร์ “A กลาง” เป็นเบียร์ที่ขายในตลาดระดับบนจึงมีราคาสูงกว่า กรมสรรพสามิตเห็นว่าการจัดให้เบียร์ “A ไลท์” เป็นเบียร์ระดับล่างจึงไม่เหมาะสม แต่ควรจะจัดให้อยู่ในระดับกลาง และให้เหตุผลประกอบว่าเบียร์ยี่ห้อ “A” เป็นเบียร์ที่มีชื่อเสียงของประเทศซึ่งกรมสรรพสามิตได้จัดให้เป็นเบียร์ระดับกลางที่มีภาพลักษณ์ชัดเจนว่ามีคุณภาพสูงกว่าระดับล่าง จึงไม่ควรใช้ชื่อเสียงของเบียร์ระดับกลางมาทำการตลาดให้แก่เบียร์ “A ไลท์” และเสียภาษีในอัตราที่ต่ำกว่า

ดังนั้น**หากบริษัท A เป็นบริษัทต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองการลงทุน** ก็อาจร้องเรียนว่า การกำหนดอัตราภาษีสรรพสามิตดังกล่าวของกรมสรรพสามิตเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ เนื่องจากมีองค์ประกอบหลายประการดังต่อไปนี้

- การยึดถือเครื่องหมายการค้าเป็นเกณฑ์ในการจัดเก็บภาษีไม่ใช่วิธีการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขาดหลักการ

- การจัดเก็บภาษีจากการกำหนดราคาขายหน้าโรงงานไว้แตกต่างกันสำหรับสินค้าประเภทเดียวกันโดยไม่มีหลักการชัดเจนเป็นการกระทำที่เลือกปฏิบัติ
- เนื่องจากอัตราภาษีที่จัดเก็บเพิ่มขวดละ 5.36 บาทมีมูลค่าประมาณร้อยละ 20 ของราคาขายหน้าโรงงานที่บริษัท A เสนอไป (ขวดละ 27.2 บาท) จึงเป็นภาระค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง ซึ่งส่งผลให้เบียร์ "A ไลท์" ไม่สามารถแข่งขันกับเบียร์ "B ไลท์" ได้อย่างแน่นอน จึงอาจถูกตีความได้ว่าเป็นความเสียหายขั้นรุนแรงมากพอที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์

3.2 มาตรการที่มีความเสี่ยงในปัจจุบัน

ในปัจจุบันมาตรการที่อาจถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมและอาจก่อให้เกิดภาระแก่รัฐบาลที่จะต้องจ่ายค่าชดเชยจากการเวนคืนทรัพย์แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อตกลงการคุ้มครองการลงทุน BIT และ FTA ที่ไทยได้ลงนามไปก็คือ การเสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542)

ภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 รัฐบาลพลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์ โดยกระทรวงพาณิชย์ได้เสนอร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยอ้างเหตุผลเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจและเพื่อจัดระเบียบการประกอบธุรกิจภายในประเทศให้มีความโปร่งใส ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวได้แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาสำคัญสองเรื่อง ได้แก่ 1) การแก้ไขนิยาม "คนต่างด้าว" โดยเพิ่มเติมเรื่องสิทธิออกเสียง (voting right) ของนักลงทุนต่างด้าว และ 2) การกำหนดบทเฉพาะกาลสำหรับเงื่อนเวลาที่ให้นักลงทุนต่างด้าวต้องแจ้งกระทรวงพาณิชย์ถึงสถานะของการเป็นกิจการต่างด้าว และให้ธุรกิจตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติทั้งบัญชีหนึ่งและบัญชีสองมีโอกาสปรับโครงสร้างองค์กรธุรกิจให้เป็นไปตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ทั้งในเรื่องหุ้นและสิทธิออกเสียงภายในกำหนดเวลาสามปี มิฉะนั้นจะมีความผิดทั้งทางแพ่งและอาญาและถูกสั่งเลิกกิจการ

อย่างไรก็ตาม ร่างแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองประเด็นอาจถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมที่รัฐบาลอาจต้องจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความคุ้มครองด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1) กฎหมายหลักฉบับแรกที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวคือประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 (ปว. 281) ซึ่งมีจุดประสงค์สำคัญในการกำหนด

หลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศเพิ่มมากขึ้น

ปว. 281 ได้จำกัดสัดส่วนหุ้นส่วนของคนต่างด้าวในธุรกิจตามบัญชีแนบท้ายประกาศไว้ไม่เกินร้อยละ 49 (สำหรับธุรกิจที่ปรากฏในบัญชีแนบท้าย (ก)-(ค)) และได้ระบุความหมายของ "คนต่างด้าว" ในข้อ 3 ของ ปว. 281 ไว้ดังนี้

> *"คนต่างด้าว หมายถึง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมตลอดถึง*
>
> *(1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว*
>
> *(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใด"*

จากนิยามดังกล่าว การพิจารณาเรื่องหุ้นส่วนของคนต่างด้าวให้ความสำคัญทั้งเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นและจำนวนหุ้นส่วนของคนต่างด้าวในบริษัทควบคู่กันไป ดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในเรื่องนี้ในกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด (เดือนเด่นและสุณีพร ใน เดือนเด่น สุณีพร และสฤณี 2549, 23-27)

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศใช้เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแทน ปว. 281 ได้กำหนดนิยามของคนต่างด้าวไว้ใหม่ดังต่อไปนี้

> *"(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย*
>
> *(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย*
>
> *(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้*
>
> *(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น*
>
> *(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)*
>
> *(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือ นิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น"*

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีเงื่อนไขการเข้ามาถือหุ้นของคนต่างด้าวที่ผ่อนปรนมากกว่ากรณี ปว. 281 เนื่องจากกำหนดสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติจากการถือหุ้นและการลงทุนโดยตรงเท่านั้นโดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องจำนวนผู้ถือหุ้นที่ต้องเป็นคนไทยที่ต้องมีไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง และไม่มีเงื่อนไขเรื่องจำนวนกรรมการที่เป็นคนไทยที่ต้องเป็นไปตามอัตราส่วนเงินทุนของคนไทย มีเพียงการระบุว่าการถือหุ้นแทนในลักษณะ “นอมินี” ยังคงเป็นความผิดทางกฎหมายเท่านั้น (เดือนเด่นและสุณีพร ใน เดือนเด่น สุณีพร และสฤณี 2549, 27-30) ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นักลงทุนต่างชาติจึงสามารถเข้ามามีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลไทยโดยการถือหุ้นทางอ้อมผ่านบริษัทโฮลดิ้ง (holding company) หรือโดยการถือหุ้นบุริมสิทธิ์ที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากได้

อย่างไรก็ตาม ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวที่อยู่ระหว่างการยกร่างและปรับปรุงในขณะนี้ได้เพิ่มเติมประเด็นสิทธิในการออกเสียงในการพิจารณานิยาม “คนต่างด้าว” ดังต่อไปนี้

> *“คนต่างด้าว หมายถึง*
> *(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย*
> *(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย*
> *(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้*
> *(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2)..... หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด...”*[13]

ในร่างแก้ไขกฎหมายนี้แม้รัฐจะมิได้เข้ามายึดทรัพย์โดยตรง แต่ประเด็นที่เสนอเข้ามาใหม่ก็มีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมที่รัฐอาจต้องมีภาระจ่ายค่าชดเชย เนื่องจากร่างแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นมาตรการบังคับทางอ้อมให้นักลงทุนต่างด้าวต้องดำเนินการในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเพื่อลดสิทธิออกเสียงที่มีอยู่เดิมให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่ กล่าวคือ ต้องขายหุ้นสามัญที่มีอยู่เพื่อให้

---

[13] มาตรา 3 (1) (2) (3) ของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

สิทธิในการออกเสียงลดลงต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของสิทธิออกเสียงทั้งหมดในกิจการ หรือเปิดโอกาสการเพิ่มทุนเพื่อให้ผู้ถือหุ้นคนไทยเข้ามาลงทุนมากขึ้นเพื่อเพิ่มสิทธิออกเสียงในที่ประชุมให้เกินกว่ากึ่งหนึ่งของสิทธิออกเสียงทั้งหมด

ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าจะดำเนินการโดยวิธีใดก็ตาม การใช้มาตรการดังกล่าวจะทำให้นักลงทุนต่างด้าวต้องสูญเสียสิทธิอำนาจในการบริหารจัดการอย่างรุนแรงซึ่งกฎหมายเดิมรับรอง (acquired rights) และอาจเข้าข่ายการใช้มาตรการที่มี**ผลย้อนหลัง**อันเป็นผลร้ายต่อผู้บริสุทธิ์ซึ่งนักลงทุนไม่อาจคาดเดาความเสี่ยงลักษณะนี้ได้ ดังนั้นการที่รัฐออกมาตรการเพื่อจัดระเบียบโดยการแก้กฎหมายซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อนักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับความคุ้มครองตาม BIT โดยมิได้มีการชดเชยอย่างเป็นธรรมจึงอาจถูกมองว่าเป็นการใช้มาตรการเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ที่ขัดต่อข้อตกลงได้ ยกเว้นในกรณีที่มีข้อกำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายใหม่ไม่ใช้บังคับกับผู้ประกอบการรายเดิม (grandfather clause) ซึ่งจะวิเคราะห์ในประเด็นที่สองต่อไป

2) ในปัจจุบันพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดบัญชีธุรกิจสงวนสำหรับคนไทยและแบ่งประเภทธุรกิจที่ได้รับการคุ้มครองตามความจำเป็นออกเป็นสามบัญชี ได้แก่

บัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการโดยเด็ดขาดด้วยเหตุผลพิเศษ มีจำนวนทั้งสิ้นเก้ารายการ เช่น ทำนา ทำไร่ หนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์

บัญชีสอง เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ธุรกิจตามบัญชีสองนี้ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการเว้นแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์อนุมัติให้ประกอบกิจการได้โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กิจการตามบัญชีนี้มีจำนวนทั้งสิ้น 13 รายการ เช่น ผลิตอาวุธ ขนส่ง ผลิตเครื่องดนตรีไทย เลี้ยงไหม ค้าของเก่า

บัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว อธิบดีกรมทะเบียนการค้ามีอำนาจอนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีนี้ได้โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กิจการตามบัญชีนี้มีจำนวนทั้งสิ้น 21 รายการ เช่น ทำประมง บัญชี กฎหมาย สถาปัตยกรรม วิศวกรรม ตัวแทน นายหน้า รวมทั้งธุรกิจบริการอื่นๆ ที่ประกาศในกฎกระทรวงซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางมาก

อย่างไรก็ตาม ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือสิทธิออก

เสียงข้างมากซึ่งเป็นนิติบุคคลไทยตามกฎหมายเดิมมีความประสงค์จะดำเนินกิจการตามบัญชีสงวนภายใต้โครงสร้างการถือหุ้นเดิมต่อไป ก็จะต้องดำเนินการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัติแก้ไขฉบับนี้มีผลใช้บังคับ[14] โดย

ก) หากเป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองจะได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการต่อไปได้อีกเพียงสามปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัติแก้ไขฉบับนี้มีผลใช้บังคับ[15] ในขณะเดียวกันก็ต้องดำเนินการแก้ไขโครงสร้างต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับเงื่อนไขของพระราชบัญญัติแก้ไขฉบับนี้ และหากฝ่าฝืนก็ให้ถือว่าธุรกิจนั้นประกอบกิจการโดยไม่ได้รับอนุญาตและมีความผิดตามกฎหมายโดยมีโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับตั้งแต่ห้าแสนถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วนแล้วแต่กรณี[16]

ข) หากเป็นธุรกิจตามบัญชีสาม (ธุรกิจบริการ) ก็สามารถประกอบกิจการต่อไปได้โดยไม่มีกำหนดจนกว่าจะยุบเลิก[17]

การเพิ่มเติมเนื้อหากฎหมายข้างต้นอาจมองได้ว่ามีการใช้มาตรการเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ซึ่งรัฐอาจต้องจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุนที่ได้รับผลกระทบ เนื่องจากเนื้อหาร่างกฎหมายฉบับใหม่ได้กำหนด “บทเฉพาะกาล” เพื่อให้โอกาสธุรกิจทั้งสองกลุ่มได้ปรับตัวไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองสามารถประกอบกิจการต่อไปได้อีกเพียงสามปีนับแต่วันที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ และต้องดำเนินการแก้ไขโครงสร้างการถือหุ้นและอำนาจบริหารจัดการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามเงื่อนไขหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทันที หากฝ่าฝืนก็จะมีโทษทั้งทางแพ่งและอาญา แต่สำหรับธุรกิจในบัญชีสาม กฎหมายกลับกำหนดไว้เพียงให้ธุรกิจต้องดำเนินการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเท่านั้น และยังสามารถประกอบกิจการต่อไปได้จนกว่าจะ

---

[14] มาตรา 10 วรรค 1 ของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

[15] มาตรา 10 วรรค 2 (1) ของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

[16] มาตรา 5 ของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

[17] มาตรา 10 วรรค 2 (2) ของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

เลิกกิจการโดยไม่ต้องแก้ไขโครงสร้างการถือหุ้นและอำนาจบริหารจัดการเหมือนกรณีธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสอง

การยกร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาเช่นนี้จึงอาจถูกมองได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ก่อให้เกิดผลเสียกับธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสอง เพราะแม้ว่ารัฐบาลจะอ้างเหตุผลเรื่องความจำเป็นในการจัดระเบียบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มีอยู่เป็นจำนวนมากในประเทศไทยให้มีความชัดเจน และต้องการแก้ไขปัญหาการหลบเลี่ยงกฎหมายที่เคยเกิดขึ้นมาก็ตาม แต่รัฐบาลกลับไม่ใช้บังคับกฎหมายในลักษณะเดียวกันกับธุรกิจตามบัญชีสามอย่างเคร่งครัด ดังนั้น นอกจากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจะไม่มีความโปร่งใสในแง่หลักการแล้ว ยังถือเป็นการโอบอุ้มธุรกิจตามบัญชีสามซึ่งมีเป็นจำนวนมากในขณะนี้ให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้แม้ไม่ได้ปรับโครงสร้างใดๆ ตามกฎหมายใหม่ ทำให้เกิดความได้เปรียบเหนือผู้ประกอบการในธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองที่จะต้องปรับโครงสร้างทางธุรกิจของตน และอาจเป็นการบังคับทางอ้อมให้นักลงทุนต่างชาติเหล่านี้ต้องถอนการลงทุนออกไปโดยไม่สมัครใจ

อนึ่ง รัฐอาจยกข้ออ้างเรื่องการใช้อำนาจรัฐในเชิงบังคับ (police power) เพื่อจะไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุน และกล่าวอ้างเรื่องความจำเป็นทางเศรษฐกิจในการจัดระเบียบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ผลการศึกษาในต่างประเทศชี้ให้เห็นว่า แม้จะยังไม่มีทฤษฎีทางกฎหมายที่แน่ชัดรองรับการใช้อำนาจเชิงบังคับดังกล่าวในขณะนี้ แต่นักทฤษฎีกฎหมายต่างก็ยอมรับว่าควรมีอำนาจนี้อยู่ อย่างไรก็ตาม การจะยกข้ออ้างเรื่องการใช้อำนาจเชิงบังคับได้นั้น รัฐจะต้องชี้ให้เห็นว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการใช้อำนาจตามปกติซึ่งมุ่งต่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ โดยมีเจตนาบริสุทธิ์และไม่เลือกปฏิบัติ (Sornarajah 2004, 357-358)

ดังนั้นประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากรัฐบาลไทยถูกฟ้องร้องจะสามารถอ้างเหตุผลเรื่องความจำเป็นดังกล่าวเพื่อออกกฎหมายอันมีเนื้อหาลิดรอนสิทธิ และมีลักษณะเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวในกิจการต่างๆ ได้หรือไม่ เพียงไร หรืออีกนัยหนึ่งรัฐอาจต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการออกกฎหมายในลักษณะนี้มีความสอดคล้องหรือไม่ เพียงไรกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องหลักความจำเป็นอย่างแท้จริง (necessity) และหลักความได้สัดส่วน (proportionality) ที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชนจากการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว (เช่น ระหว่างมูลค่าทางเศรษฐกิจที่คนไทยได้รับเพิ่มขึ้นจากอำนาจสิทธิออกเสียงที่เพิ่มขึ้นกับการที่นักลงทุนต่างชาติเสียสิทธิในการบริหารจัดการธุรกิจจนกระทบต่อมูลค่าสินทรัพย์ทาง

ธุรกิจที่มีอยู่ และต้องตัดสินใจขายกิจการที่ลงทุนในประเทศไทยแล้วไปลงทุนในประเทศอื่นแทน)

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การศึกษานี้พบว่า บทบัญญัติเรื่องการเวนคืนทรัพย์ภายใต้ข้อบทการลงทุนที่ปรากฏในข้อตกลง FTA และ BIT นั้น นับเป็นบทบัญญัติที่สำคัญในการคุ้มครองการลงทุนจากการใช้มาตรการใดๆ ของรัฐที่มีผลเป็นการลิดรอนหรือแย่งการครอบครองทรัพย์สินของเอกชน การใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิความเป็นเจ้าของหรือการบริหารจัดการอย่างรุนแรงจะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์สี่ประการ คือ 1) เพื่อประโยชน์สาธารณะ 2) โดยไม่เลือกปฏิบัติ 3) ด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและเป็นธรรม และ 4) ได้จ่ายค่าชดเชยอย่างเป็นธรรมและพอเพียง

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่องการเวนคืนทรัพย์ดังกล่าวยังมีความไม่ชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องนิยามของมาตรการที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์ซึ่งต้องอาศัยการตีความทางกฎหมายและข้อเท็จจริงจำนวนมากประกอบการพิจารณา แต่การตัดสินขององค์กรอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในหลายคดีก็ได้วางแนวพิจารณาไว้โดยพิเคราะห์จากองค์ประกอบสำคัญสามประการดังที่กล่าวมาแล้ว คือ 1) ต้องมีความเสียหายร้ายแรงต่อมูลค่าทรัพย์สินหรือความเป็นเจ้าของหรือสิทธิตามสัญญา 2) ต้องเป็นมาตรการที่ใช้บังคับอย่างไม่โปร่งใส ไม่เสมอภาค และเลือกปฏิบัติ และ 3) ต้องเป็นมาตรการที่นักลงทุนไม่สามารถคาดภาวะความเสี่ยงจากการใช้บังคับมาตรการและผลกระทบล่วงหน้าได้

เมื่อนำแนวพิจารณาดังกล่าวมาวิเคราะห์เนื้อหามาตรการของไทยที่เคยใช้บังคับในอดีต พบว่า มีสองมาตรการที่**อาจ**ถูกตีความว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมที่รัฐบาลอาจต้องจ่ายค่าชดเชย คือ การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรคมนาคม และการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับผลิตภัณฑ์เบียร์ ซึ่งในอนาคตรัฐบาลต้องพยายามหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการที่มีลักษณะเช่นนี้ซ้ำอีก มิฉะนั้นนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาอาจฟ้องร้องรัฐได้

นอกจากนี้ ในปัจจุบันมาตรการที่อาจถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อม คือ ความพยายามในการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบกับ**ผู้ประกอบการ**ภายใต้กฎหมายเดิมอย่างรุนแรง เนื่องจากร่างแก้ไขกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงแต่ปรับปรุงนิยามของคนต่างด้าว

โดยให้พิจารณาเรื่องสิทธิการออกเสียงควบคู่ไปกับการพิจารณาเรื่องจำนวนหุ้น แต่ยังกำหนดให้ผู้ประกอบการเดิมที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองที่ต้องการประกอบกิจการต่อไปต้องดำเนินการปรับโครงสร้างธุรกิจให้สอดคล้องกับกฎหมายใหม่ภายในระยะเวลาสามปีนับแต่วันที่กฎหมายนี้ใช้บังคับอีกด้วย มิฉะนั้นจะมีความผิดตามกฎหมายและอาจถูกศาลสั่งให้เลิกกิจการในที่สุด

อนึ่ง เพื่อป้องกันมิให้มาตรการดังกล่าวถูกตีความว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์ทางอ้อมที่อาจก่อให้เกิดภาระแก่รัฐบาลในการจ่ายค่าชดเชยตามบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนทรัพย์ภายใต้ BIT ที่ไทยผูกพันอยู่ในปัจจุบัน การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ควรพิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ฉบับแก้ไข ควรมีผลผูกพันเฉพาะกับผู้ประกอบการรายใหม่เท่านั้น และไม่ควรมีผลย้อนหลังที่เป็นโทษต่อธุรกิจที่เข้ามาประกอบกิจการโดยชอบตามกรอบกฎหมายเดิม มิฉะนั้นนักลงทุนจะขาดความเชื่อมั่นว่า ในอนาคตจะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในลักษณะที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ทำให้การลงทุนมีความเสี่ยงสูง

2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ฉบับแก้ไข ไม่ควรกำหนดแนวทางการปรับตัวของบริษัทต่างชาติในลักษณะเลือกปฏิบัติระหว่างกลุ่มกิจการตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองกับกิจการตามบัญชีสาม กล่าวคือ หากจะดำเนินการเอาผิดกับนักลงทุนต่างชาติที่ละเมิดกฎหมายใหม่โดยไม่ยอมปรับตัวภายในระยะเวลาสามปี ก็ควรใช้บังคับข้อกำหนดนี้กับธุรกิจทุกประเภทอย่างเท่าเทียมกัน หรือหากจะไม่เอาโทษกับผู้ประกอบการเดิมดังเช่นกรณีบัญชีสาม ก็ควรใช้บังคับมาตรการนี้กับธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสองเช่นเดียวกัน การเลือกปฏิบัติอาจทำให้ภาพลักษณ์ของรัฐบาลเสื่อมเสียในสายตาของนักลงทุน เนื่องจากอาจถูกมองว่าเป็นการดำเนินการเพื่อหวังผลทางการเมืองมากกว่าการจัดระเบียบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอย่างแท้จริง

3) หากมีความจำเป็นต้องออกกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับอย่างจริงจัง รัฐควรมีข้อมูลสนับสนุนความจำเป็นในการออกมาตรการที่มีผลกระทบต่อนักลงทุน และข้อมูลด้านผลกระทบที่จะเกิดขึ้น เช่น มีข้อมูลจำนวนบริษัทผู้ประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสามที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนคำจำกัดความของ “คนต่างด้าว” แนวทางดำเนินการของบริษัทเหล่านี้ในการปรับตัวให้เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายใหม่ รวมทั้งภาระค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่ผู้ลงทุนต้องแบกรับ ตลอดจนการประเมินความเสียหายต่อธุรกิจและเศรษฐกิจไทยในกรณีที่ไม่มีการ

ปรับปรุงนิยามของ “คนต่างด้าว” เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นในการออกมาตรการดังกล่าว และได้มีการวิเคราะห์ถึงข้อดีและข้อด้อยอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้ว

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กระทรวงการต่างประเทศ. *ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ.* คำแปลอย่างไม่เป็นทางการ. http://www.mfa.go.th/jtepa/jtepa.html.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุณีพร ทวรรณกุล. 2549. “การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย” ใน *นอมินี: เบื้องหลังกลเกมทางธุรกิจของพ่อค้ายุคโลกาภิวัตน์,* เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ สุณีพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเพ่นบุ๊คส์.

ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ. …. (ที่ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2550). http://www.dbd.go.th/fristP/draftfba.pdf.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. 2548. *โครงการศึกษาการลงทุนและการเปิดเสรีภาคบริการในการเจรจา JTEPA.* เสนอต่อสำนักงานเจรจาเขตการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น กระทรวงการต่างประเทศ. กรุงเทพฯ.

_____. 2549. *โครงการวิจัยการค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐ.* เสนอต่อกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ. กรุงเทพฯ.

ภาษาอังกฤษ

Dee, Philippa, and Kevin Hanslow. 2000. *Multilateral Liberalisation of Services Trade*. Productivity Commission Staff Research Paper. http://www.pc.gov.au/research/staffres/multilatlib/index.html.

North American Free Trade Agreement. Chapter 11. http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160.

OECD. 2004. *"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*. Working Papers on International Investment, No. 2004/4, September. Paris.

Sornarajah, M. 2004. *The International Law on Foreign Investment.* 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press.

Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments. http://www.mfa.go.th/internet/agreement/3/germany.en.pdf.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

565 ซอยรามคำแหง 39 เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

โทรศัพท์ 02 718 5460 โทรสาร 02 718 5461-62

Website: http://www.info.tdri.or.th