

บทคัดย่อ

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency) ได้จัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีหรือ The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) ขึ้นเมื่อปี 1985 (อนุสัญญามีผลบังคับใช้ในปี 1988) โดยมีวัตถุประสงค์ คือ ต้องการกระตุ้นให้มีการเคลื่อนย้ายการลงทุน เพื่อประโยชน์ในการผลิตระหว่างประเทศสมาชิก โดยเฉพาะการกระตุ้นการเคลื่อนย้ายการลงทุนไปสู่ประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา อันเป็นการเสริมกิจกรรมของธนาคารโลก บรรษัทการเงินระหว่างประเทศ และสถาบันการเงินเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศสถาบันอื่น ๆ ซึ่งปัจจุบันมีประเทศที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้แล้ว ประมาณ 173 ประเทศ และประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีเมื่อ วันที่ 21 กรกฎาคม 2543 โดยเป็นประเทศสมาชิกลำดับที่ 156

MIGA มีหน้าที่หลัก 2 ประการคือ

1. รับประกันการลงทุน ในความเสี่ยงที่มีใช้ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ในการลงทุนภายในประเทศสมาชิก
2. ส่งเสริมการลงทุนโดยค้นคว้า กระทำกิจกรรม เพื่อส่งเสริมการเคลื่อนย้ายการลงทุน และการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับโอกาสการลงทุนในประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา เพื่อเสริมสร้างบรรยากาศให้มีการเคลื่อนย้ายการลงทุนต่างชาติไปยังประเทศเหล่านี้

MIGA ได้กำหนดความเสี่ยงที่มีใช้ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ที่ MIGA รับประกันการลงทุนไว้ 4 ประเภทคือ ความเสี่ยงจากการโอนเงิน ความเสี่ยงจากการเวนคืน หรือมาตรการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน ความเสี่ยงจากการผิดสัญญา และความเสี่ยงจากสงคราม และความไม่สงบภายใน แต่อย่างไรก็ตาม MIGA อาจรับประกันความเสี่ยงที่นอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้นได้

ในบรรดาความเสี่ยงที่มีใช้ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ (Non – Commercial Risk) 4 ประเภทนั้น ความเสี่ยงจากการเวนคืนหรือมาตรการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน เป็นความเสี่ยงที่มีโอกาสเกิดขึ้นได้มากที่สุด เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า รัฐบาลผู้รับการลงทุน (Host Country) สามารถที่จะเวนคืนกิจการของผู้ลงทุนต่างชาติได้ หากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและไม่เลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ความหมายของคำว่า การเวนคืนหรือมาตรการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกันในอนุสัญญา ที่ได้รวมเอามาตรการต่าง ๆ เช่นการโอนเป็นของรัฐ การริบทรัพย์สิน การยึดทรัพย์ การอายัดทรัพย์ ไว้ด้วยนั้น ได้หมายถึง การกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ทาง

นิติบัญญัติหรือทางบริหารโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมีผลทำให้ผู้เอาประกันเสียสิทธิในความเป็นเจ้าของหรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุน

ในส่วนของการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น MIGA ได้กำหนดการลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองไว้อย่างหลากหลาย โดยให้รวมถึงการหาประโยชน์ต่าง ๆ จากการมีส่วนเป็นเจ้าของ รวมทั้งเงินกู้ระยะปานกลางหรือระยะยาวทำให้กู้หรือค้ำประกันโดยผู้ถือหุ้นในวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง และการลงทุนโดยตรงรูปแบบต่าง ๆ ตามที่ได้กำหนด

แม้ว่าอนุสัญญาจะได้ให้คำนิยามคำว่า ประเทศผู้รับการลงทุน หรือรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนว่าหมายถึง สมาชิก รัฐบาลของสมาชิก หรือหน่วยงานใด ๆ ของสมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของดินแดนที่เป็นที่ตั้งของการลงทุนที่ได้รับประกันก็ตาม แต่ประเทศผู้รับการลงทุนอาจไม่เป็นเจ้าของดินแดนที่เป็นที่ตั้งของโครงการลงทุนที่ MIGA รับประกันก็ได้ ดังเช่น ที่ประเทศไทยเป็นประเทศผู้รับการลงทุนในโครงการสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 ที่ตั้งอยู่ในประเทศลาว อันเนื่องมาจากการเงินของการสร้างเขื่อนดังกล่าวขึ้นอยู่กับการทำข้อตกลงซื้อพลังงาน (Power Purchase Agreement) ระหว่างประเทศไทยกับประเทศลาว โดยเขื่อนจะผลิตกระแสไฟฟ้าส่งให้กับประเทศไทยเป็นจำนวน 93% ของปริมาณที่ผลิตได้ ประเทศไทยจึงอยู่ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนร่วมกันกับประเทศลาวตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี เป็นระยะเวลาประมาณ 30 ปี ในกรณีดังกล่าวหากประเทศไทยยกเลิกข้อตกลงซื้อพลังงานกับประเทศลาวก็เท่ากับประเทศไทยได้เวนคืนกิจการโครงการสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 แล้ว เนื่องจากสถาบันการเงินที่ให้เงินกู้เพื่อมาสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 ได้ทำประกันการลงทุนไว้กับ MIGA ดังนั้น การที่ประเทศไทยยกเลิกข้อตกลงซื้อพลังงานไฟฟ้ากับประเทศลาวแล้ว จะทำให้ประเทศลาวขาดรายได้ที่จะนำไปชำระหนี้เงินกู้ ส่งผลให้ผู้เอาประกันที่เป็นผู้ให้เงินกู้มาสร้างเขื่อน เสียสิทธิในการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุน ผู้เอาประกันสามารถยื่นข้อเรียกร้องต่อ MIGA ให้ชำระค่าสินไหมทดแทนได้ และเมื่อ MIGA ได้ชำระค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เอาประกันแล้ว MIGA ก็จะได้รับชดเชยจากผู้เอาประกันรายเดิมเรียกค่าสินไหมทดแทนจากประเทศไทยได้ต่อไป

จากการที่อนุสัญญา MIGA ได้กำหนดให้ MIGA สามารถรับชดเชยสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการลงทุนที่ได้ประกันไว้เท่าที่ผู้เอาประกันจะมีต่อประเทศผู้รับการลงทุน และการรับชดเชยต้องได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิก แต่อย่างไรก็ตามในการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 มิได้มีข้อกำหนดเรื่องความสามารถในการรับชดเชยสิทธิของ MIGA ไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทั้งที่การรับชดเชยสิทธิเป็นกลไกที่สำคัญในการคุ้มครองการลงทุน ตามอนุสัญญานี้

ในส่วนพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในนั้น ควรปรับปรุง ให้มีความเป็นสากลมากขึ้น โดยควรให้มีการกำหนดคำนิยามต่าง ๆ ให้ชัดเจน เช่น กำหนดคำนิยามของคำว่า การลงทุน ผู้ลงทุนไทย ผู้ลงทุนต่างชาติ การลงทุนไทยในต่างประเทศ และควรบัญญัติเรื่องการจ่ายค่าสินไหมทดแทน และการระงับข้อพิพาทไว้ด้วย นอกจากนี้ ยังควรเพิ่มข้อยกเว้นในการให้หลักประกันและคุ้มครองการลงทุน ในกรณีที่มีการเวนคืนหรือโอนกิจการ เป็นของรัฐว่า “เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติและมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม”

Abstract

The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency has established the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) in 1985 (The Convention entry has effected in 1988). The objective need to stimulate Investment's flow for productive purpose among member countries and in particular to develop member countries. As supplementing the activities of the International Bank for reconstruction and development the International Finance Corporation and other international finance institutions. Nowadays, there are approximately 173 member countries and Thailand has ratified to be member on 21 July 2000 with the rank 156.

MIGA has 2 main duties as following:

1. Issue guarantee against non-commercial risk in respect of investments for member countries.
2. Carry out research, undertake activities to promote investment flows and disseminate information on investment opportunities in developing member countries, with a view to improve the environment for foreign investment flows to such countries.

MIGA has classified the non-commercial risk into 4 types namely currency transfer risk, expropriation and similar measure risk, breach of contract risk and war and civil disturbance risk. However MIGA may be able to approve the extension of coverage rather than those referred as above.

Among 4 types of non-commercial risk, expropriation risk is that most probability. Due to the generally accepted that host country can expropriate the property of foreign investors without discrimination and for the public purpose. In addition, the term of expropriation and similar measure includes other measure such as nationalization confiscation seizure sequestration and attachment and freezing of assets means and legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit form his investment.

With regard to the eligible investments, MIGA requires the variety of investments which include equity interest, medium-or long-term loans made or guarantee by holders of equity in the enterprise concerned and such forms of direct investment as can be determined.

Although the convention defined host country or host government means a member its government, or any public authority of a member in whose territories an investment is to be located. However, host country could not be able to be the owner whose territories an investment which was located. For example, Thailand is the most country in Nan Theun 2 project which located in Laos. Because of the condition of dam construction depending on power purchase agreement between Thailand and Laos. The dam will produce electricity for Thailand about 93% of total production. Thailand is the host country that join investment with Laos as the MIGA Convention for 30 years. In this case, if Thailand cancels the power purchase agreement, it is tantamount to expropriate Nam Theun 2 project. Because the Bank who gave the loan for constructive the Nam Theun 2 Dam guaranteed that the investment against expropriation risk to MIGA. Therefore, if Thailand cancels the power purchase agreement, Laos will lose their earnings and could not pay debts. The bank who is the holder of a guarantee will have an effect of depriving and substantial benefit. The holder of guarantee can claim for compensation, when MIGA pays or agrees to pay compensation to him. MIGA shall be subrogated to such rights or claim related to the guaranteed investment as the holder of guarantee may have had against Thailand.

Regarding to the MIGA convention, MIGA shall be subrogated to rights or claims related to the guaranteed investment as the holder of a guarantee may have had against the host country and the rights of MIGA as above shall be recognized by the MIGA Coverage Act B.E. 2543 has not the provision of subrogation despite the subrogation is an important mechanic of this convention.

The Investment Promotion Act B.E. 2520 should be improved to be more cosmopolitan. It should provide a different definition defines a clear example of the dictions of Thai investors to invest their foreign investments, Thai investment overseas,

the prescription of compensation the exception of providing security and protection of investment. In the event of expropriation or transfer is a matter of state: "Except for public benefit, without discrimination and pay the appropriate compensation".
