

เวนคืนมาเป็นขององค์กรหรือบุคคลอื่น นอกจากรัฐก็ได้ เช่น องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น หรือประชาชนในกรณีการเวนคืนเพื่อการปฏิรูปที่ดิน เป็นต้น⁴

การเวนคืน (Expropriation)⁵ คือการเข้ายึดทรัพย์สินของเอกชน เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์สาธารณะ การเข้ายึดอุตสาหกรรมของสหรัฐอเมริกาที่ตั้งในต่างประเทศโดยรัฐบาลต่างประเทศ

การเวนคืนเป็นการกระทำของรัฐบาลในการยึดทรัพย์สินของเอกชน Eminent Domain เป็นคำนิยามทางกฎหมาย (eminent domain หมายถึง สิทธิของรัฐบาลในการถือเอาที่ดินใด ๆ ภายในประเทศไปทำสาธารณประโยชน์) อธิบายสิทธิของรัฐบาลที่จะทำเช่นนั้น ในสหรัฐ สิทธินี้ได้รับการยอมรับทางอ้อมโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 ซึ่งแถลงว่า “ทรัพย์สินของเอกชน (จะไม่) จะถูกยึดเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนอย่างเที่ยงธรรม” ศาลได้ตีความขอบเขตของมาตรานี้ของอำนาจที่จะเวนคืนว่าเป็นนัยของอำนาจตนเองที่ยังคงอยู่

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 42 ได้บัญญัติในเรื่องการเวนคืนไว้ว่า

“การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกิจการของรัฐเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน การอนุรักษ์โบราณสถาน และแหล่งทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นและต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับ ความเสียหายในการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การกำหนดค่าทดแทนตามวรรคหนึ่ง ต้องกำหนดให้อย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงราคาซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาด การได้มา สภาพและที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ ความเสียหายของผู้ถูกเวนคืน และประโยชน์ที่รัฐ และผู้ถูกเวนคืนได้รับจากการใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ไว้ให้ชัดแจ้ง ถ้ามิได้ใช้เพื่อการนั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว ต้องคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

4. นฤมล กาญจนพงษ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2, น.18.

5. West's Encyclopedia of American Law, Volume 4, West Group.

การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทตามวรรคสามและการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไปให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)⁶

Encyclopedia Dalloy ได้ให้ความหมายของคำว่า การโอนเป็นของรัฐว่าหมายถึง “การใดอันกระทำโดยอำนาจมหาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิแห่งทรัพย์สินของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลในประเภทแห่งกิจการใด ๆ มาเป็นของรัฐ ทั้งนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย”⁷

The World Book Encyclopedia ได้ให้ความหมายว่า การโอนเป็นของรัฐ “คือการควบคุมและเป็นเจ้าของในกิจการอุตสาหกรรมต่าง ๆ ของชาติโดยรัฐบาลประเทศนั้น ๆ อุตสาหกรรมต่าง ๆ ที่รัฐโอนมาดำเนินการนั้น ปกติจะเป็นกิจการเพื่อสาธารณูปโภคในประเทศ สังคมนิยมบางประเทศรัฐจะเข้าดำเนินการที่สำคัญทั้งหมดทั้งด้านเศรษฐกิจและการเมืองโดยมีความมุ่งหมายเพื่อผลผลิตที่ดีกว่าและเพื่อบริการประชาชน”⁸

การโอนเป็นของรัฐเป็นปรากฏการณ์ที่สืบเนื่องมาจากหลักอธิปไตยของรัฐอันเป็นอำนาจสิทธิเด็ดขาดของรัฐที่จะกระทำการใด ๆ ที่เห็นว่าเหมาะสมภายในดินแดนของตนตามหลักอธิปไตยเหนือดินแดน (Territorial Sovereignty) หรือกระทำต่อคนชาติของตนตามหลักอธิปไตยเหนือบุคคล (personal sovereignty) โดยจะต้องไม่เป็นการแทรกแซงกิจการหรือสิทธิของรัฐอื่น และไม่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁹

6. See, Kevin T. Jacobs and Matthew G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and “Americanization” in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, Texas International Law Journal, Summer 2008, pp.359-400.

7. สุธาบดี สัตตบุษย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.87.

8. The world Book Encyclopedia 1977, U.S.A. Volume 14, อ้างในนฤมล กาญจนพงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.20.

9. Paul Sieghart, “The International Law of Human Right”, 2 nd edition, oxford : Clarendon press, 1983, p.11, อ้างในนฤมล กาญจนพงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.13.

หลักอธิปไตยถาวรของรัฐ (permanent sovereignty) หมายความว่า รัฐผู้มียุติปไตยเหนือดินแดนของตนย่อมไม่สูญเสียไป ซึ่งความสามารถตามกฎหมายในอันที่จะเปลี่ยนแปลงจุดมุ่งหมายหรือวิธีการในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตน ทั้งนี้ไม่ว่าจะได้มีข้อตกลงใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับการแสวงหาประโยชน์นั้น ๆ ไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม หลักอธิปไตยถาวรของรัฐจึงเป็นสาเหตุของการที่กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันให้อิทธิพลสิทธิของคนต่างด้าวเป็นของชาติได้ นอกจากนี้สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้ลงมติต่อเนื่องยืนยันหลักการนี้หลายครั้งหลายหนและยังปรากฏในมาตรา 2 วรรค 1 บทที่ 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States)¹⁰ ดังนั้นการโอนกิจการเป็นของรัฐ (Nationalization) จึงเป็นสิ่งที่รัฐต่าง ๆ สามารถทำได้เสมอโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ที่จะทำให้การโอนเป็นของรัฐมีผลสมบูรณ์¹¹

1. การโอนเป็นของรัฐต้องเป็นมาตรการซึ่งรัฐได้กระทำลงโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อมหาชนหรือเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ
 2. การโอนเป็นของรัฐนั้นต้องเป็นมาตรการซึ่งรัฐได้กระทำลงไปโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (non – discrimination)¹²
 3. รัฐจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าของกิจการผู้เสียหายด้วย
- ข้อแตกต่างระหว่างการเวนคืน (Expropriation) กับการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)¹³

1. วัตถุประสงค์

การเวนคืน มีจุดมุ่งหมายเฉพาะเรื่อง เช่น การปฏิรูปที่ดินและมักมีการเปลี่ยนจุดมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินนั้น ๆ เช่น เวนคืนที่ดินเพื่อทำถนน

การโอนเป็นของชาติหรือการโอนเป็นของรัฐ มีจุดมุ่งหมายในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม จึงมักไม่มีการเปลี่ยนจุดมุ่งหมายของการใช้ทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมก่อนการโอนเป็นของชาติ เช่น การโอนกิจการธนาคารเป็นของชาติ

10. สุธาบดี สัตตบุศย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 91.

11. เพิ่งอ้าง, น. 91.

12. See, Justin R. Mariles, "Public Purpose, Private Losses : Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law", Journal of Transnational Law and Policy, Spring, 2007, pp.275-336.

13. สุธาบดี สัตตบุศย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 89.

2. ขั้นตอน

การเวนคืนจะทำตามขั้นตอนแห่งตัวบทกฎหมายที่มีอยู่โดยหลักการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน จำกัดอำนาจรัฐสภาในการออกกฎหมายเวนคืนเฉพาะ เช่น เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการผังเมือง เพื่อการพัฒนาการเกษตร การอุตสาหกรรม เพื่อการปฏิรูปที่ดินและเพื่อสาธารณะประโยชน์อย่างอื่น เป็นต้น

การโอนเป็นของชาติ ไม่จำต้องคำนึงถึงขอบข่ายดังกล่าว เมื่อรัฐเห็นจำเป็นย่อมออกกฎหมายโอนเป็นของชาติได้เสมอ

3. ค่าสินไหมทดแทน

การเวนคืน มีการชดเชยค่าเสียหายตามกระบวนการที่กำหนดไว้

การโอนเป็นของชาติ เป็นการกระทำที่เปิดโอกาสน้อยที่เจ้าของทรัพย์สินจะบังคับตามสิทธิที่ดินเคยมี ค่าสินไหมทดแทนจึงมักไม่ค่อยได้รับและถึงจะได้รับก็ไม่เต็มตามความสูญเสียที่ผู้ถูกโอนประสบ

อย่างไรก็ตาม ในทางตำรากฎหมายระหว่างประเทศนักนิติศาสตร์บางท่านใช้คำว่า การเวนคืน (Expropriation) ปะปนกับคำว่า การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) เช่น S.Friedman ซึ่งเขียนหนังสือเรื่อง Expropriation in International Law ใช้คำว่า “expropriation” ในความหมายเดียวกันกับ “Nationalization”¹⁴ และ M.Sornarajah ผู้เขียนหนังสือเรื่อง The International Law on Foreign Investment ใช้คำว่า expropriation กับคำว่า nationalization ในความหมายที่เหมือนกัน

นอกจากนี้ในข้อตกลงบางข้อตกลง เช่น ข้อตกลงการลงทุนพหุภาคี (The Multilateral Agreement on Investment (MAI) ของ OECD¹⁵ ได้บัญญัติให้การเวนคืนกับการโอนกิจการเป็นของรัฐอยู่ในหัวข้อเรื่องการเวนคืนและค่าสินไหมทดแทน ดังนี้

14. นฤมล กาญจนพงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.19.

15. See, Riyaz Dattu, “A Journey from Havana to Paris : The Fifty – Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment”, Fordham International Law Journal, November – December, 2000, pp.275-316.

ข้อ 5 การเวนคืนกิจการและค่าสินไหมทดแทน

1. คู่สัญญาจะไม่เวนคืนกิจการหรือโอนกิจการการลงทุนเป็นของรัฐในดินแดนของนักลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือใช้มาตรการใด ๆ ที่เทียบเท่ากับการเวนคืนหรือการโอนกิจการยกเว้น

- a) มีจุดประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์สาธารณะ
- b) อยู่บนหลักการไม่เลือกปฏิบัติ
- c) สอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายและ
- d) สอดคล้องกับการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่ทันที, เพียงพอและมีประสิทธิผล

จึงอาจกล่าวได้ว่าการเวนคืนกิจการ (Expropriation) กับการโอนกิจการเป็นของรัฐ (Nationalization) แม้จะมีความแตกต่างกันในเรื่องของคำนิยาม ความหมาย วัตถุประสงค์ ขั้นตอนรวมถึงการจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ในปัจจุบัน มักมีการใช้คำทั้งสองสลับกันไปมา

อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปแล้ว จะไม่มีการแยกความหมายของ Expropriation และ Nationalization ทั้งสองคำนี้ และเป็นที่เข้าใจกันว่า Nationalization เป็นแบบหนึ่งของ Expropriation ซึ่งในสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยส่วนมากจะใช้คำว่า การเวนคืน (Expropriation) กับการโอนเป็นของรัฐ (Nationalization) โดยเมื่อใช้คำว่า การเวนคืนแล้ว จะมีความหมายครอบคลุมการโอนเป็นของรัฐ¹⁶

จึงอาจกล่าวได้ว่า ความหมายของคำว่า การเวนคืนกิจการ (Expropriation) กับคำว่า การโอนกิจการเป็นของรัฐ (Nationalization) ปัจจุบันมีความหมายที่ใกล้เคียงกันมาก

การริบทรัพย์สิน (Confiscation) เป็นการโอนทรัพย์สินของเอกชนเป็นของรัฐ ลักษณะหนึ่ง การริบทรัพย์สินมีหลักฐานปรากฏว่าเริ่มมีขึ้นตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งในสมัยนั้นใช้บังคับกับ

16. Samuel, K.B.A., "International Law and Foreign Investment Reappraisal", 37 The International and Comparative Law Quarterly, 596 (1988). อ้างใน โชติรส เพศประเสริฐ, "สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ", (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.24.

ทรัพย์สินของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในกรุงเอเธนส์แล้วถูกเนรเทศ
ทรัพย์สินทั้งหมดก็จะถูกริบให้ตกเป็นของกรุงเอเธนส์¹⁷

การริบทรัพย์สินจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษผู้กระทำความผิดและเมื่อรัฐได้อิน
ทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐแล้ว ก็จะไม่มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับเอกชนไม่ว่าจะ
เป็นค่าสินไหมทดแทนบางส่วนหรือเต็มจำนวนความสูญเสียก็ตาม

ดังนั้น การริบทรัพย์สิน (Confiscation) จึงเป็นคำที่มีความหมายแตกต่างจากการ
เวนคืน (Expropriation) และการโอนกิจการเป็นของรัฐ (Nationalization) อย่างชัดเจน

2.2 หลักการเวนคืนกิจการ¹⁸

ในอดีตการโอนกิจการหรือทรัพย์สินเป็นของรัฐเป็นสิ่งต้องห้ามไม่สามารถกระทำได้
เว้นแต่จะเป็นการกระทำเพื่อจุดประสงค์ในทางสาธารณะ ประเทศผู้รับการลงทุนจึงจะโอนกิจการ
หรือทรัพย์สินของผู้ลงทุนหรือกระทำการใดๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการโอนกิจการของรัฐได้
แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกัน
โดยทั่วไปแล้วว่า ประเทศผู้รับการลงทุนมีสิทธิที่จะบังคับโอนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุน
ต่างชาติไปเป็นของตน

2.2.1 หลักการเวนคืนตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การเวนคืนหรือการโอนกิจการเป็นของรัฐ เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในโลกมาตั้งนาน
แล้ว เท่าที่ปรากฏหลักฐานนั้น พบว่า เริ่มมีขึ้นตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งเป็นการโอนทรัพย์สินของ
เอกชนมาเป็นของรัฐในรูปของการริบทรัพย์สิน (Confiscation)¹⁹

การริบทรัพย์สินในสมัยกลาง เป็นการโอนเป็นของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์
ร่วมกันของประชาชนซึ่งทรัพย์สินที่รัฐจะทำการโอนนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินของคนต่างด้าวด้วย²⁰

17. นฤมล กาญจนพงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 14.

18. See, Justin R. Mariles, *supra* note 12, pp.275 – 336.

19. Gillion White, Nationalization of Foreign Property, (London : Stevens & Sons Limited, 1961). p.32. อ้างในโชติรส เพศประเสริฐ, “สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง ไทย-จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.22.

20. นฤมล กาญจนพงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.14.

ภายหลังการปฏิวัติในประเทศไทยซึ่งได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบของการปกครองประเทศไปในลักษณะที่ยึดถือส่วนรวมเป็นสำคัญ จึงได้มีการนำเอามาตรการนาชาตินิยมมาใช้เพื่อให้ทรัพย์สินของส่วนบุคคลตกมาเป็นของรัฐเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม และนับตั้งแต่ ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา ภัยพิบัติอันเนื่องมาจากผลของสงครามโลกครั้งที่สอง และความจำเป็นในการฟื้นฟูประเทศ จึงทำให้บรรดารัฐทั้งหลาย ทั้งมหาอำนาจและด้อยพัฒนาต่างหันมาใช้วิธีการโอนเป็นของรัฐบ่อยครั้งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มักจะโอนเอากิจการของบริษัทต่างประเทศ ซึ่งเข้ามาลงทุนกระทำการผลิตในประเทศของตน เช่น บริษัทขุดเจาะน้ำมัน บริษัทที่ทำเหมืองแร่ บริษัทที่เข้ามากิจการสาธารณูปโภค ทั้งการผลิตกระแสไฟฟ้า หรือการขนส่ง การโทรคมนาคม ฯลฯ ซึ่งบริษัทต่างประเทศทั้งหลายเหล่านี้ ต่างได้นำทรัพย์สินตลอดจนเทคโนโลยีที่มีคุณค่ามาให้รัฐเจ้าของดินแดน แต่ในที่สุด รัฐผู้มีอธิปไตยเหนือดินแดนของตนก็พยายามหาหนทางที่จะเอากิจการทั้งหลาย ที่มีประโยชน์ต่อรัฐอย่างมหาศาลนั้น มาเป็นของรัฐด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันไปสุดแต่แต่ละอย่าง²¹

การเวนคืนหรือการโอนกิจการเป็นของรัฐหลังสงครามโลกครั้งที่สอง นอกจากรัฐจะกระทำไปเพื่อฟื้นฟูประเทศแล้ว บางครั้งก็กระทำไปเพื่อความเป็นธรรมในสังคม หรือแม้แต่เพื่อความมั่นคงของประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจทั้งหลาย เพราะประเทศอาณานิคมเก่าเหล่านั้นไม่ได้ต้องการแต่เพียงเอกราชทางการเมืองเท่านั้น แต่ยังต้องการเอกราชทางเศรษฐกิจด้วย ทั้งนี้เพราะรัฐเหล่านั้นจำนวนไม่น้อยที่เศรษฐกิจขึ้นอยู่กับทรัพยากรธรรมชาติเพียงอย่างเดียวหรือไม่ก็อย่าง รัฐจึงมีความต้องการที่จะเข้าไปมีบทบาทในอุตสาหกรรมต่าง ๆ เสียเอง และเพื่อสกัดกั้นไม่ให้ชาติมหาอำนาจครอบงำเศรษฐกิจของตนอีกต่อไป²²

21. สุธาบดี สัตตบุศย์, "การโอนเป็นของรัฐ (The Nationalization)", วารสารกฎหมาย 15 , น.85 – 86. (มิถุนายน 2525).

22. โชติรส เพศประเสริฐ, "สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.22 – 23.

ตามความคิดแบบเก่า (Classical Theory) เห็นว่าการพรากเอาไปซึ่งทรัพย์สินของคนต่างชาติเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ดังนั้น เมื่อกระทำไปแล้วย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องชดเชยคืนให้ไป แต่ถ้าหากไม่สามารถที่จะคืนให้ได้ก็ต้องชดเชยราคาตามมูลค่าทรัพย์สิน ณ วันที่ก่อความเสียหายนั้น²³

ตามแนวความคิดแบบเก่านั้น ผู้ลงทุนต่างชาติจะมีฐานะพิเศษกว่าคนชาติตรงที่ แม้รัฐจะสามารถยึดทรัพย์สินของคนชาติได้โดยไม่ต้องชดเชยค่าเสียหาย แต่รัฐไม่อาจจะทำเช่นเดียวกันกับผู้ลงทุนต่างชาติได้ ต่อมาภายหลังยุคปลดปล่อยอาณานิคม เริ่มมีความตื่นตัวในเรื่องอำนาจอธิปไตย (sovereignty) และความเป็นชาตินิยมมากขึ้น รัฐทุกรัฐมีความเสมอภาคกัน แต่ละรัฐจะมีอำนาจอธิปไตยและทรัพย์สินในดินแดนของตน ซึ่งเรียกว่า หลักอำนาจอธิปไตยดินแดน อันเป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป ดังนั้น การเวนคืนหรือการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนนั้น รัฐย่อมมีอำนาจที่จะกระทำได้²⁴

2.2.2 หลักการเวนคืนกิจการตามข้อมติสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ

1. ข้อมติที่ 1803 (XII) ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือ

ทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over National Resources, 1962) เกี่ยวกับคดี Texaco V. Libya ข้อ 4 กำหนดว่า

“การโอนเป็นของรัฐ การเวนคืน หรือ การยึดทรัพย์ ควรจะอยู่บนพื้นฐานหรือเหตุผลของสาธารณประโยชน์ ความปลอดภัย หรือประโยชน์ของชาติ ซึ่งได้รับการรับรองไว้เช่นเดียวกับความสำคัญของปัจเจกชนหรือผลประโยชน์ของเอกชนนั้น ทั้งคนชาติและต่างชาติ กรณีดังกล่าวเจ้าของทรัพย์สินจะได้รับค่าชดเชยซึ่งเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับในรัฐที่ทำการโอน มาตรการดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ_____”

2. ข้อมติที่ 3281 (XXIX) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐต่าง ๆ (Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974) โดยในข้อ 2 (2) มีการกำหนดสิทธิของรัฐในการโอนหรือเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติว่า

23. “The Chorzow Factory Case “Permanent Court of International Justice”, (1928) p.6.

24. โชติรส เพศประเสริฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, น.23.

“(C) การโอน การเวนคืน หรือการโอนกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินของคนต่างชาติ กรณีที่มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม โดยรัฐที่ยอมรับมาตรการดังกล่าว นั้น การยึดทรัพย์ต้องผูกพันกับกฎหมาย กฎเกณฑ์ และสิ่งแวดล้อม ซึ่งพิจารณาแล้วว่ามีเกี่ยวข้อง” ²⁵

จากข้อมติดังกล่าว กลุ่มประเทศที่มีพัฒนาแล้ว ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุนนั้น มิได้คัดค้านสิทธิในการโอนหรือเวนคืนทรัพย์สินของประเทศผู้รับการลงทุนแต่อย่างใด แต่บรรดาประเทศผู้ส่งออกการลงทุนเหล่านั้น จะคัดค้านในเรื่องค่าชดเชยความเสียหายที่เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศต่างๆ ต่างก็ได้ยอมรับในเรื่องสิทธิในการโอนกิจการ หรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติให้เป็นของประเทศผู้รับการลงทุน แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด

2.2.3 หลักการเวนคืนกิจการของธนาคารโลก (World Bank) ²⁶

หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการเวนคืนกิจการ

การเวนคืนกิจการโดยรัฐในผลประโยชน์ทรัพย์สินของคู่สัญญาที่ไม่ใช่รัฐต่างประเทศที่ตั้งอยู่ภายในดินแดนของรัฐ จะถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าการเวนคืนกิจการนั้น

- 1) มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะ
- 2) ไม่เลือกปฏิบัติ
- 3) ประกอบด้วยค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรมหรือเป็นธรรม
- 4) ที่อย่างน้อยที่สุดในสถานการณ์ปกติ การเวนคืนกิจการจะไม่ใช่การฉ้อฉล

ข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ

ในหลักการข้างต้น คำว่า “เวนคืนกิจการ” และ “การเวนคืนกิจการ” จะใช้ในความหมายที่กว้างที่สุดที่จะรวมทุกแบบของการแทรกแซงไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยรัฐกับผลประโยชน์ในทรัพย์สินของคู่กรณีที่มีใช้รัฐต่างประเทศ รวมถึงสิ่งที่อ้างว่าเป็นการโอนกิจการเป็น

25. D.J.Harris, “Case and Materials on International Law”, 3 rd ed, (London Sweet & Maxwell, 1983), p.423 อ้างในโชติรส เพศประเสริฐ, “สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย – จีน : วิเคราะห์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.25 – 26.

26. See, M.Sornarajah, “The International Law on Foreign Investment”, Cambridge (English) : Cambridge University Press, 1994, p.211.

ของชาติ (Nationalization) การบังคับซื้อ (Appropriations) การจัดให้ทรัพย์สินเป็นของกลาง (Socialization) และการริบทรัพย์สิน²⁷

ความเป็นมาของการออกแนวทาง (Guidelines) ของธนาคารโลก

ในข้อ 13 ของกฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่องค์การสหประชาชาติริเริ่มศึกษาและแนะนำเพื่อจุดประสงค์สนับสนุนการพัฒนาที่ก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศและรวบรวมขึ้นเป็นประมวลกฎหมาย และในปี ค.ศ. 1947 ที่ประชุมใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ตั้งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) เพื่อรับผิดชอบการจัดทำประมวลกฎหมายระหว่างประเทศและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ²⁸

ธนาคารโลกในฐานะที่เป็นองค์กรระหว่างประเทศองค์การหนึ่งขององค์การสหประชาชาติ ได้จัดตั้งคณะทำงานที่แต่งตั้งโดยประธานธนาคารโลก โดยมีจุดประสงค์เพื่อพัฒนารอบของกฎหมายสำหรับการปฏิบัติในการลงทุนต่างประเทศอยู่ในวิธีการปฏิบัติทั่วไป ซึ่งหมายถึงการใช้แนวโน้มทั่วไปที่กลั่นจากกฎหมายที่มีอยู่ในฐานะที่เป็นจุดตั้งต้นและเพิ่มองค์ประกอบเข้าไปเพื่อการปฏิบัติที่ดีที่สุด ด้วยเหตุนี้ แนวทาง (guidelines) ต่าง ๆ จึงเกิดขึ้น เพื่อเป็นตัวแทนในส่วนกฎหมายเพื่อการพัฒนา (de lege ferenda) และในส่วนของกฎหมายที่รับรองกันโดยทั่วไป (lex lata)²⁹

แนวทาง (Guidelines) การเวนคืนกิจการของธนาคารโลก

ในอารัมภบทได้แนะนำแนวทาง (Guidelines) แก่ประเทศสมาชิกในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไปที่ต้องปฏิบัติตามในการยอมรับและปฏิบัติต่อการลงทุนของภาคเอกชนจากต่างประเทศ อารัมภบทได้เน้นย้ำอย่างชัดเจนว่า แนวทางจะไมควรถูกใช้เป็นข้อผูกพันใด ๆ ใน

27. John A. Westberg and Bertrand P. Marchais, "General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists", In Ibrahim F.I. Shihata, "Legal Treatment of Foreign Investment Disputes The World Bank Guidelines", Martinus Nijhoff Publisher, 1993, pp. 338 – 339.

28. Ibrahim F.I. Shihata, "Legal Treatment of Foreign Investment Disputes The world Bank Guidelines", martinus Nijhoff Publisher, 1993, p 61.

29. Ibrahim F.I. Shihata, *Ibid*, p.62.

กฎหมายระหว่างประเทศ ถ้ากฎหมายระหว่างประเทศนั้นอยู่บนพื้นฐานของสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณี แนวทางจึงมีจุดประสงค์เพื่อให้หมดข้อสงสัย³⁰

แนวทางนี้ได้เป็นมาตรฐานอย่างที่สุดแต่เป็นการก้าวที่สำคัญในวิวัฒนาการของมาตรฐานระหว่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในฐานะเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์ในการยอมรับและปฏิบัติต่อการลงทุนจากต่างประเทศของภาคเอกชนโดยมิได้ทำให้ข้อผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศได้รับความเสียหาย³¹

แม้แนวทางจะไม่มีลักษณะของการเป็นข้อผูกพัน แต่อย่างไรก็ตามแนวทางที่ไม่มีข้อผูกพันนี้ ก็มีความสำคัญทางกฎหมายในฐานะที่เป็นสิ่งสะท้อนความเห็นของรัฐหรือองค์กรต่าง ๆ คณะทำงานซึ่งเป็นผู้จัดทำแนวทางได้ยอมรับด้วยความจริงใจว่ากฎหมายระหว่างประเทศในประเด็นการลงทุนระหว่างประเทศนั้นไม่ชัดเจนและเป็นปัญหาที่ต้องโต้เถียงกัน³² สิ่งนี้จึงเหตุผลที่ว่าคณะทำงานได้จัดเตรียมแนวทางเพื่อแนะนำมากกว่าจัดทำร่างประมวลกฎหมาย

แนวทางได้กำหนดเรื่องการเวนคืนกิจการไว้ในแนวทาง IV Section 1 ว่ารัฐจะไม่เวนคืนหรือยึดการลงทุนของภาคเอกชนต่างประเทศทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของรัฐหรือใช้มาตรการซึ่งมีผลคล้ายกัน ยกเว้นว่าได้กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายในความสุจริตใจเพื่อจุดประสงค์สาธารณะโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสัญชาติและมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม

จะเห็นว่าแนวทางในการเวนคืนเริ่มต้นด้วยถ้อยคำที่เป็นประโยคปฏิเสธ³³ โดยได้ระบุว่า รัฐจะไม่เวนคืนกิจการการลงทุน การลงทุนจากต่างประเทศ ยกเว้น เป็นการเวนคืนโดยความสุจริตใจ (good faith) โดยมีจุดประสงค์ของการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติว่าการลงทุนที่ถูกเวนคืนนั้น ผู้ลงทุนจะมีสัญชาติใดและต้องมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม

30. Ibrahim F.I.Shihata, *Ibid*, p.67.

31. Ibrahim F.I.Shihata, "Legal Framework for The Treatment of Foreign Investment", Volume 5, The International Bank for Reconstruction and Development/ The world Bank, 1992.

32. M.Sornarajah, *supra note* 19, p.212.

33. *Ibid*, p.219.

ซึ่งอาจสรุปได้ว่าแนวทาง (Guidelines) การเวนคืนกิจการของธนาคารโลก (World Bank) นั้น จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ

- 1) เป็นการกระทำภายใต้กระบวนการทางกฎหมาย
- 2) โดยความสุจริตใจโดยมีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ
- 3) ไม่มีการเลือกปฏิบัติ
- 4) มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม

แนวทางกำหนดการเวนคืนกิจการไว้อย่างกว้าง ทั้งนี้เพื่อรวมการเวนคืนกิจการแบบบางส่วนและการเวนคืนกิจการแบบทั้งหมดเข้าไว้ด้วยกัน นอกจากนี้ การเวนคืนแบบคืบคลาน (creeping expropriation) ซึ่งเป็นผลจากการถูกตัดสิทธิ์การเจ้าของการลงทุนหรือการควบคุมหรือรายได้จากการลงทุน หรือสนับสนุนกิจกรรมของสหภาพแรงงานที่ทำลายความสามัคคี หรือการกำหนดมาตรการข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งทั้งหมดนั้นมีผลกระทบต่อกิจการเทียบเท่ากับการเข้าครอบครองทรัพย์สินจากเจ้าของเดิมทันที

จากข้อกำหนดที่ว่ารัฐต่าง ๆ จะไม่เลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนบนพื้นฐานของสัญชาติในการโอนกิจการ สิ่งนี้เป็นการบอกให้ทราบถึงข้อกำหนดทั่วไปของการไม่เลือกปฏิบัติ ในแนวทางยังกำหนดด้วยว่า การเวนคืนกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมักใช้อ้างเพื่อเป็นเหตุผลอันสมควรสำหรับการเวนคืน ส่วนการเวนคืนโดยสุจริตใจ สิ่งนี้เป็นการพยายามที่จะตรวจสอบความสุจริตรอบคอบ โดยอนุญาตให้รัฐทำการตัดสินใจเวนคืนบนหลักการนี้

2.2.4 หลักการเวนคืนกิจการตาม OECD ³⁴

ความเป็นมาของ OECD

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development) หรือ OECD จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1961 ปัจจุบันสำนักงาน OECD ตั้งอยู่ที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส OECD พัฒนามาจาก OEEC (Organisation for European Economic Co-operation) ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารจัดการเงินช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกาและแคนาดาภายใต้แผนการมาร์แชล (Marshall Plan) โดยองค์กร OEEC มี

34. See Heather Bowman, "If I Had a Hammer : The OECD Guidelines for Multinational Enterprises as Another Tool To Protect Indigenous Rights to Land", Pacific Rim Law and Policy Journal, September, 2006, pp.703-732.

วัตถุประสงค์เพื่อการบูรณะฟื้นฟูสภาพเศรษฐกิจและสังคมของยุโรป ซึ่งกำลังประสบความเสียหายอย่างหนักภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2³⁵

บทบาทของ OECD

นับตั้งแต่จัดตั้ง OECD ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1961 เป็นต้นมา OECD มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจในหมู่ประเทศสมาชิก ปรับปรุงประสิทธิภาพ การบริหารจัดการ ส่งเสริมการค้าเสรีและให้ความช่วยเหลือเพื่อการพัฒนาทั้งในประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา OECD จึงเป็นเวทีความร่วมมือด้านเศรษฐกิจและการพัฒนา โดยเป็นการแลกเปลี่ยนข้อคิดเห็นระหว่างประเทศสมาชิกในการจัดการกับปัญหาต่าง ๆ บนพื้นฐานของการศึกษาวิจัยอย่างรอบคอบและเป็นกลาง เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปร่วมระดับนโยบายภายในประเทศให้สอดคล้องกับแนวทางหรือ guidelines ดังกล่าวนั้น³⁶

ปัจจุบัน OECD ประกอบไปด้วยสมาชิกทั้งหมด 30 ประเทศ³⁷ ได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ ไอร์แลนด์เหนือ อิตาลี ญี่ปุ่น เกาหลี ลักเซมเบิร์ก เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ โปแลนด์ โปรตุเกส สาธารณรัฐสโลวัก สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ตุรกี สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา โดยประเทศไทยอยู่ในระหว่างการเตรียมตัวเข้าเป็นสมาชิก

ในการจัดทำแนวทาง (guidelines) เริ่มจากกระบวนการหารือและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในหมู่ประเทศสมาชิกใช้หลัก peer reviews/ peer pressure ซึ่งเป็นการโน้มน้าวด้วยเหตุผลทางวิชาการกับการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและการเรียนรู้จากประสบการณ์ของประเทศอื่น ๆ ที่เป็นสมาชิกและไม่เป็นสมาชิก ซึ่งการปฏิบัติตาม guidelines จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาของประเทศสมาชิกเอง OECD จึงมีบทบาทที่สร้างสรรค์ในการมีอิทธิพลต่อความคิดเชิงนโยบายของกลุ่มประเทศสมาชิก แต่อย่างไรก็ตามประเทศสมาชิกอาจไม่ปฏิบัติตาม guidelines ได้ เนื่องจาก OECD ไม่มีการกำหนดบทลงโทษประเทศสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามแนวทางหรือ guidelines

แนวทางหรือ guidelines ของ OECD จึงเป็นช่องทางของการขยายอิทธิพลทางความคิด เพื่อโน้มน้าวการเปลี่ยนแปลงนโยบายของประเทศต่าง ๆ ให้อยู่บนพื้นฐานของค่านิยมที่

35. แหล่งที่มา [http : // www.oecd.org](http://www.oecd.org)

36. แหล่งที่มา [http : // www.mfa.go.th](http://www.mfa.go.th)

37. แหล่งที่มา [http : // www.oecd.org](http://www.oecd.org)

กลุ่มประเทศสมาชิกให้ความสำคัญ เช่น เรื่องสิทธิ (rights) ความเที่ยงธรรม (equity) และความยุติธรรม (fairness) ซึ่งแนวทางหรือ guidelines มีประโยชน์อย่างมากในการปรับเปลี่ยนนโยบายภายในประเทศให้สอดคล้องกับสถานการณ์ระหว่างประเทศในภาวะปัจจุบันการเวนคืนกิจการตามแนวทาง OECD

OECD ได้จัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของคนต่างประเทศขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทาง (guidelines) ในการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างด้าวที่เข้าไปลงทุนในประเทศที่เวนคืนกิจการโดยที่ร่างอนุสัญญานี้ คณะกรรมาธิการของ OECD ได้จัดทำขึ้น โดยคำแนะนำของที่ประชุมสภา OEEC (Organization for European Economic Co – operation) ในปี ค.ศ. 1960 โดยมีผู้แทนและผู้เชี่ยวชาญจาก 15 ประเทศสมาชิกของ OEEC ได้เข้าร่วมจัดทำด้วย

ซึ่งข้อกำหนดในอนุสัญญานี้จะไม่กระทบต่อสิทธิของฝ่ายใดที่จะยอมรับหรือห้ามการยึดทรัพย์สินหรือการลงทุนเงินทุนภายในดินแดนโดยคนชาติของอีกฝ่ายหนึ่ง³⁸

แนวทางการยึดทรัพย์สินของ OECD³⁹

Article 3 การยึดทรัพย์สินไม่มีฝ่ายใดจะใช้มาตรการใด ๆ ตัดสิทธิโดยตรงหรือโดยอ้อม ในทรัพย์สินของชาติของอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าปราศจากเงื่อนไขต่อไปนี้

- 1) มาตรการถูกใช้ในผลประโยชน์สาธารณะและภายใต้วิธีปฏิบัติของกฎหมาย
- 2) มาตรการต้องไม่เลือกปฏิบัติหรือตรงข้ามกับการยอมรับใด ๆ ซึ่งฝ่ายก่อนหน้านี้อาจกำหนด

ได้กำหนด

3) มาตรการต้องไปด้วยกันกับข้อกำหนดสำหรับการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรม ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะแสดงถึงมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ได้รับผลกระทบค่าสินไหมทดแทนจะถูกจ่ายโดยไม่ล่าช้าและจะโอนจำนวนเท่าที่จำเป็นในการทำให้เกิดผลสำหรับประเทศที่มีสิทธิได้รับ

ข้อกำหนดสำหรับการยึดทรัพย์สินที่ถูกต้องตามกฎหมาย

1. หน้าที่และขอบเขต

ใน Article 3 ได้ยอมรับเป็นนัย ๆ ว่าสิทธิอธิปไตยของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ตัดสิทธิความเป็นเจ้าของ ซึ่งได้รวมทรัพย์สินของคนต่างด้าว ซึ่งอยู่ภายในดินแดนได้ใน

38. Draft convention on the Protection of Foreign Property, Article 1 (b), p.7.

39. Draft convention, *Ibid*, Article 3, p.17.

การดำเนินตามจุดประสงค์ทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม การปฏิเสธสิทธิในการตัดสินใจความเป็นเจ้าของนั้นจะเป็นการพยายามแทรกแซงกับอำนาจในการออกกฎข้อบังคับทางการเมืองและสังคม ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่า รัฐมีความอิสระและมีความสามารถที่จะตัดสินใจความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินได้ ก่อนอื่นสิทธิจะต้องไปด้วยกันกับหน้าที่ของรัฐในการเคารพและคุ้มครองทรัพย์สินของคนต่างด้าวโดยการกำหนดข้อกำหนดที่จะจ่ายค่าชดเชยให้กับคนต่างด้าวถ้าทรัพย์สินของคนต่างด้าวถูกยึด

b) ดังนั้น, เงื่อนไข 5 ประการซึ่งต้องได้รับการยินยอมกับสิ่งที่เกี่ยวข้องตามการยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศ : มาตรการจะต้องถูกใช้โดย 1) ในผลประโยชน์สาธารณะ 2) ภายใต้วิธีปฏิบัติของกฎหมาย 3) ไม่เลือกปฏิบัติ และ (4) ดำเนินการในความสัมพันธ์ถึงทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องโดยรัฐที่ต้องดำเนินการปฏิบัติและ (5) จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรมและเป็นผล ซึ่งใน Article 3 (3) ได้ตั้งองค์ประกอบพื้นฐานของความคิด “ค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรม” ไว้

2. ทรัพย์สินที่ต้องคุ้มครอง

Article 3 อ้างถึงทรัพย์สินโดยทั่วไป คำนี้ถูกใช้ในอนุสัญญาในความหมายที่กว้างที่สุดและได้รวมสิทธิในการทำสัญญาเข้าไว้ด้วย

3. การยึดทรัพย์สิน⁴⁰

a) ในกรณีของการตัดสินใจโดยตรง (การเวนคืนหรือการโอนกิจการเป็นของรัฐ) การสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเป็นสิ่งที่ต้องยอมรับของมาตรการ โดยการใช้วลี “ตัดสินใจ.....โดยตรงหรือตัดสินใจ.....โดยอ้อม” ในเนื้อหาของ Article อย่างไรก็ตาม ความตั้งใจในการใช้มาตรการใด ๆ ให้สำเร็จกับเจตนาในการตัดสินใจคนชาติอย่างผิดทำนองคลองธรรม ในสิทธิของเขามีผลทำให้เขาได้รับความเสียหาย เช่น การห้ามคนชาติขายทรัพย์สินของเขาหรือบังคับให้คนชาติขายทรัพย์สินในราคาที่ไม่ยุติธรรม

b) Article 3 กล่าวถึงการตัดสินใจในทรัพย์สิน การคุ้มครองต่อการแทรกแซงที่ผิดกฎหมายกับการใช้มาตรการโดยไม่มีเหตุผลสมควรหรือการเลือกปฏิบัติ หลักการที่กำหนดใน Article 1 การแทรกแซงอาจเป็นการตัดสินใจทางอ้อม ขึ้นอยู่กับขนาดและระยะเวลาของการแทรกแซง แม้ว่ามันอาจจะทำให้เข้าใจว่าเป็นมาตรการชั่วคราว มีขั้นตอนที่เจ้าของทรัพย์สินไม่

40. Draft convention, *Ibid*, p.18.

สามารถครอบครองและใช้ประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินของเขาได้ โดยเฉพาะใน Article 3 หมายถึง “การโอนกิจการเป็นของรัฐแบบคืบคลาน” (creeping nationalization) ภายใต้มาตรการนี้หรือมาตรการที่ถูกกฎหมายได้ใช้ในทางที่เป็นการตัดสินคดีคนต่างด้าวในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของเขา โดยไม่มีการกระทำที่เป็นการเฉพาะเจาะจงใด ๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการตัดสินคดีแบบทันที เช่น การแจ้งเก็บภาษีที่เกินจริง การห้ามการแจกจ่ายเงินปันผล การกำหนดตัวผู้บริหาร การห้ามไล่เจ้าหน้าที่ออกจากงาน การปฏิเสธการเข้าถึงวัตถุดิบหรือใบอนุญาตนำเข้าส่งออก

c) การยึดทรัพย์สินภายในความหมายของข้อ Article จะต้องมิผลทำให้ได้รับความเสียหายในสิทธิหรือทรัพย์สิน มิฉะนั้นข้อเรียกร้องจะฟังไม่ขึ้น

4. ผลประโยชน์สาธารณะ

เพื่อที่จะตรงกันกับกฎของกฎหมายระหว่างประเทศ การยึดทรัพย์สินจะต้องถูกอ้างเหตุผลสนับสนุนโดยผลประโยชน์สาธารณะ คือ มาตรการต้องได้รับการยอมรับในผลประโยชน์ของรัฐ หรือ หน่วยงานการเมืองใด ๆ ดังนั้น การยึดที่กระทำอย่างเปิดเผยสำหรับจุดประสงค์สาธารณะ แต่ความจริงถูกใช้โดยบุคคลเพียงคนเดียว เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และก่อให้เกิดข้อเรียกร้องในความเสียหาย อีกประการหนึ่งการกำหนดการยึดทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะ ไม่สำคัญที่ว่าสิทธิในทรัพย์สินผ่านไปถึงรัฐหรือถึงคนชาติ

5. แนวคิดของการปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมาย⁴¹

ก) ในสาระสำคัญ ข้อความของแนวคิดของการปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมาย ทำให้มันคล้ายกันกับข้อกำหนดของหลักนิติรัฐ “Rule of Law” แนวคิดของแองโกล – แซกซอน, หรือ “Rechtsstaat” (ตามที่เข้าใจในกฎหมายภาคพื้นทวีป) ที่ใช้ในข้อตกลงระหว่างประเทศ ข้อความของแนวคิดนี้ไม่ถูกทำให้หมดสิ้นโดยการอ้างถึงกฎหมายภายในประเทศ ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คำว่า “ตามกระบวนการทางกฎหมาย” ของแต่ละประเทศต้องตรงกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ

ข) ในมุมมองที่หลากหลายที่ให้ความหมายแนวคิดของการปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมาย คำนิยามที่ถูกต้องของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเรื่องยาก ในการวิเคราะห์คำว่า การปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมาย ที่ถูกใช้ในสนธิสัญญาทวิภาคีสหรัฐบางฉบับ ได้แสดงนัยว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐได้ยึดทรัพย์สิน มาตรการที่ใช้ต้องเป็นอิสระจากคำตัดสินของ

41. Draft convention, *Ibid*, p.19.

อนุญาโตตุลาการ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นหรือคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ ต้องได้รับการปกป้องอย่างเต็มที่ กลไกในทางบริหารหรือทางศาลจะต้องใช้ให้สอดคล้องกันอย่างน้อยที่สุด มาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ คำว่าปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมายได้บรรจุองค์ประกอบที่เป็นทั้งเนื้อหาและวิธีพิจารณาความ

ค) หนึ่งในการคุ้มครองที่สมควรจะได้รับการอ้างถึงเป็นพิเศษในแง่ของ ความสำคัญคือ ความถูกต้องตามกฎหมายของมาตรการที่ใช้โดยรัฐผู้เวนคืน และจำนวนค่าสินไหมทดแทนควรจะอยู่ในดุลพินิจของศาล (ในกรณีที่รัฐธรรมนูญของประเทศได้อนุญาตให้ทำได้) หลักนี้ไม่ทำให้ศาลเกิดความเสียหาย ตราบเท่าที่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษายังคงมีอยู่

ง) การวิเคราะห์นี้ได้แสดงให้เห็นว่า แนวคิด “ดำเนินกระบวนการตามกฎหมาย” ที่ใช้ในเนื้อหาของข้อตกลงระหว่างประเทศ หมายความว่า คนชาติของคู่กรณีอาจจะถูกตัดสินสิทธิในทรัพย์สินโดยมาตรการที่ใช้โดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งภายใต้การคุ้มครองและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายภายในและโดยหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ

6. การเลือกปฏิบัติ

ภายใต้ Article 1 (a) ของอนุสัญญา คำว่า “การจัดการ การบำรุงรักษา การใช้ การใช้ประโยชน์และการกำจัดออก” ของทรัพย์สินจะไม่ทำให้ได้รับความเสียหายโดยมาตรการการไม่เลือกปฏิบัติ การห้ามได้ขยายมาถึงภายใต้ Article 3 ในเรื่องการตัดสินสิทธิในทรัพย์สิน สิ่งนี้เป็นมาตรการที่แหลมคมในการลงทุน เช่นเดียวกับ การยอมรับโดยคู่กรณีที่เวนคืนทรัพย์สินตลอดระยะเวลาที่ระบุในสัญญาที่ข้อผูกพันต้องได้รับการเคารพ

2.3 MIGA กับข้อกำหนดการเวนคืนกิจการ

ในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี ข้อ 11 ได้กำหนดความเสี่ยงด้านการเวนคืน (Expropriation) หรือมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกันไว้ ดังนี้

“การกระทำหรือละเว้นกระทำการใดๆ ทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมีผลทำให้ผู้เอาประกันเสียสิทธิในการเป็นเจ้าของ หรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุน เว้นแต่ว่าเป็นมาตรการไม่เลือกปฏิบัติที่ใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งรัฐบาลใช้ตามปกติ โดยความมุ่งประสงค์จะจัดระเบียบทางเศรษฐกิจในดินแดนของตน”⁴²

42. Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency, Article 11.

2.3.1 ข้อกำหนดความเสี่ยงของการเวนคืนกิจการและมาตรการที่คล้ายกัน ⁴³

2.3.1.1 เหตุความสูญเสียที่ได้รับความคุ้มครอง

เพื่อให้สอดคล้องกับ Article 11 (a) (ii) ของอนุสัญญาองค์กรผู้รับประกันอาจกำหนดความคุ้มครองสำหรับความสูญเสียที่เกิดขึ้นจากมาตรการของรัฐบาลผู้รับการลงทุน ซึ่งมีผลกระทบต่อการเสียชีวิตของผู้เอาประกันในความเป็นเจ้าของ หรือการควบคุม หรือได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากโครงการการลงทุนโดยการคุ้มครองอาจรวมมาตรการที่เนื่องมาจากรัฐบาลผู้รับการลงทุน ดังนี้ การเวนคืนกิจการ (expropriation), การโอนกิจการเป็นของรัฐ (nationalization), การริบทรัพย์สิน (confiscation), การอายัดทรัพย์ (sequestration), การยึดทรัพย์ (seizure) และการ attachment and freezing Asset

การคุ้มครองอาจกำหนดมาตรการซึ่งป้องกันผู้เอาประกันจากการใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของเหนือการลงทุนพร้อมด้วยมาตรการซึ่งตัดสิทธิความเป็นเจ้าของด้วย ในกรณีของการลงทุนแบบ equity interest สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองอาจเป็นสิทธิในเงินปันผลและกำไร สิทธิในการควบคุมและสิทธิในการจำหน่ายจ่ายโอนผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินได้อย่างอิสระ ในกรณีของการลงทุนทางตรงแบบที่ไม่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองอาจเป็นสิทธิเรียกร้องต่อวิสาหกิจโครงการสำหรับการจ่ายที่ได้ตกลงกัน สิทธิของการโอนข้อเรียกร้องไปสู่บุคคลที่สามและสิทธิในการเข้าร่วมในการจัดการของโครงการลงทุน การคุ้มครองอาจกำหนดมาตรการซึ่งป้องกันผู้เอาประกันจากการใช้เงินทุนหรือบังคับค่าสินไหมทดแทนต่อเจ้าหน้าที่ในประเทศผู้รับการลงทุน

การคุ้มครองอาจกำหนดมาตรการซึ่งป้องกันการตัดสิทธิผู้เอาประกันในกำไรที่ได้มาจากการลงทุนในจำนวนที่ระบุในสัญญาและดำเนินการตามขอบเขตของความคุ้มครอง ซึ่งมาตรการดังกล่าวอาจกระทบ

- 1) เงินทุนและสินทรัพย์ที่มีตัวตนของวิสาหกิจโครงการ
- 2) การดำเนินการหรือการถือประโยชน์ของโครงการลงทุน
- 3) ความสามารถของวิสาหกิจโครงการในการปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้เอาประกันในกรณีการลงทุนเป็นแบบการลงทุนทางตรงที่ไม่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน

43. Operational Regulations (As amended by The Board of Directors Through October 1, 2007), Paragraph 1.29 – 1.31.

2.3.1.2 ข้อบังคับของรัฐบาล ⁴⁴

เพื่อให้สอดคล้องกับ Article 11 (a) (ii) ของอนุสัญญาการคุ้มครองจะไม่ได้รับการกำหนดให้ขัดแย้งกับมาตรการไม่เลือกปฏิบัติของการใช้โดยทั่วไป ซึ่งรัฐบาลทำเป็นปกติในประโยชน์สาธารณะสำหรับวัตถุประสงค์ออกกฎบังคับกิจกรรมทางเศรษฐกิจในดินแดน เช่น การเก็บภาษีทั่วไป ภาษีศุลกากรและการควบคุมราคาและข้อบังคับทางเศรษฐกิจอื่น ๆ พร้อมด้วยการออกกฎหมายแรงงาน กฎหมายสิ่งแวดล้อม และมาตรการสำหรับการบำรุงรักษาความปลอดภัยสาธารณะ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองอาจกำหนดมาตรการซึ่งไม่มีในเกณฑ์ข้างต้นทั้งหมด แม้ว่าใช้อำนาจทางข้อบังคับของรัฐบาลโดยเฉพาะ ถ้าเกิดการลำเอียงต่อผู้เอาประกันหรือมีเจตนาให้มีผลกระทบต่อการใช้ทรัพย์สิน เช่น สาเหตุมาจากนักลงทุนละทิ้งการลงทุน หรือขายการลงทุนในราคาต่ำมาก

การคุ้มครองอาจถูกกำหนดให้ต่อต้านกับชุดของมาตรการที่ออกโดยรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งผลที่ได้จากการรวมชุดต่าง ๆ กันของมาตรการเป็นการเวนคืนกิจการ ซึ่งถ้าหากใช้มาตรการเพียงอย่างเดียว จะไม่ประสบความสำเร็จ ภายในข้อยกเว้นที่กล่าวถึงข้างต้น สถาบันจะต้องแน่ใจว่าจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายในสิทธิของประเทศสมาชิกหรือของนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคี สนธิสัญญาอื่น ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ

2.3.1.3 ขอบเขตของการคุ้มครอง ⁴⁵

สัญญาประกันจะระบุขอบเขตของการคุ้มครองมาตรการเวนคืนกิจการและมาตรการที่คล้ายกัน องค์การผู้รับประกันอาจเลือกกำหนดความคุ้มครองในกรณีความเสียหายบางส่วนหรือทั้งหมดของการลงทุนโดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์

ความเสียหายทั้งหมดของการลงทุนอาจถูกมองว่าเกิดขึ้น ถ้าเป็นผลของมาตรการที่คุ้มครอง

- 1) ผู้เอาประกันไม่สามารถที่จะใช้สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองขั้นต้นสำหรับระยะเวลา 365 วันติดต่อกันหรือระยะเวลาอื่นตามที่สัญญาประกันอาจระบุ หรือ
- 2) โครงการลงทุนได้ยุติการดำเนินงานลงในช่วงระยะเวลานั้น

44. Operational Regulations, para 1.36 – 1.38.

45. Operational Regulations, para 1.39 – 1.41.

ความเสียหายทั้งหมดของการลงทุนอาจถูกมองความเห็นว่าได้เกิดขึ้น ถ้าภายหลังจากที่เหตุการณ์ที่ได้รับคุ้มครองได้เกิดขึ้น สถาบันยอมรับว่าผู้เอาประกันได้โอนสิทธิทั้งหมด ข้อเรียกร้องหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับส่วนที่ได้รับคุ้มครองของการลงทุน

การคุ้มครองอาจถูกกำหนดในกรณีของความเสียหายบางส่วนหรือทั้งหมดในเหตุการณ์ของการตัดสินใจอย่างถาวรของ

- 1) สิทธิที่ได้รับคุ้มครองของผู้เอาประกัน
 - 2) ทุนหรือทรัพย์สินที่มีตัวตนอื่น ๆ ของวิสาหกิจโครงการ
- การคุ้มครองจะถูกจำกัดถึงกรณีความสูญเสียทั้งหมดของการลงทุนในกรณีของ

มาตรการ

- 1) ป้องกันผู้เอาประกันจากการใช้สิทธิที่คุ้มครองหรือ
- 2) ดำเนินการหรือใช้ประโยชน์ของการลงทุนลดน้อยลงอย่างเห็นได้ชัด

ในส่วนของการลงทุนทางตรงที่ไม่อยู่ในรูปของหลักทรัพย์หรือตัวเงิน การคุ้มครองอาจถูกกำหนดในกรณีของความเสียหายทั้งหมดหรือบางส่วนที่เป็นผลมาจากมาตรการของรัฐบาล ผู้รับการลงทุนต่อวิสาหกิจโครงการ ซึ่งทำให้เป็นไปไม่ได้สำหรับผู้เอาประกันที่จะได้รับผลตอบแทนจากโครงการลงทุนสำหรับระยะเวลา 365 วันติดต่อกันหรือระยะเวลาอื่นตามที่สัญญาประกันอาจระบุ

ในวลีที่ว่า “กระทำการใด ๆ ทางนิติบัญญัติหรือทางบริหาร” ในข้อกำหนดได้รวมมาตรการต่าง ๆ โดยฝ่ายบริหาร แต่ไม่ใช่มาตรการที่ใช้โดยองค์การตุลาการในการปฏิบัติตามหน้าที่

โดยปกติมาตรการต่าง ๆ ถูกใช้โดยรัฐบาลในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การออกกฎหมายภาษีอากร กฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายแรงงาน พร้อมด้วยมาตรการปกติสำหรับบำรุงรักษาความปลอดภัยสาธารณะ มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่ได้เจตนาที่จะได้รับการคุ้มครองโดยข้อกำหนดการคุ้มครองความเสี่ยงจากการถูกเวนคืนกิจการนี้ ถ้าไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้เอาประกัน

ในการนิยามมาตรการต่าง ๆ นี้ ในทางปฏิบัติของสถาบัน สถาบันไม่มีความมุ่งหมายที่จะทำให้เกิดความเสียหายในสิทธิของประเทศสมาชิกหรือนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี สนธิสัญญาอื่น ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶

46. Commentary on Convention, no.14.

2.3.2 การกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ ทางนิติบัญญัติ หรือทางบริหาร โดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน

เกณฑ์เพิ่มเติมสำหรับเหตุการณ์ความสูญเสียที่ได้รับความคุ้มครอง

เพื่อให้สอดคล้องกับ Article 11 (a) (ii) ของอนุสัญญา มาตรการที่คุ้มครองอาจรวมถึง การกระทำทางกฎหมายและการกระทำทางบริหาร การกระทำทางกฎหมายโดยตัวของมันเอง อาจได้รับการคุ้มครอง ถ้าเพียงการเวนคืนกิจการหรือกระบวนการทางกฎหมายที่คล้ายกัน ไม่ต้องการให้มีการออกกฎหมายหรือข้อบังคับสำหรับการสนับสนุนอีกต่อไป

มาตรการคุ้มครองอาจรวมการละเว้นการกระทำทางบริหารที่ผู้มีอำนาจในการบริหารอยู่ภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายที่จะกระทำและได้รับการบอกกล่าวโดยผู้ลงทุน แต่ไม่ใช่การละเว้นทางกฎหมายหรือการตัดสินของศาลอิสระหรืออนุญาโตตุลาการ

ในกรณีของการละเว้นทางบริหาร มาตรการที่คุ้มครองจะต้องถูกเห็นสมควรว่าได้เกิดขึ้น 90 วัน หลังจากวันซึ่งผู้มีอำนาจบริหารมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำหรือช่วงเวลาอื่น ๆ ที่อาจถูกระบุในสัญญาประกัน

ในทุก ๆ กรณี มาตรการต้องมีเหตุมาจากรัฐผู้รับการลงทุน มาตรการอาจอ้างเหตุผลว่ามาจากรัฐผู้รับการลงทุนไม่เพียงแต่รัฐบาลกระทำหรือละเว้นการกระทำเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการอนุมัติการให้อำนาจ การให้สัตยาบันหรือการกระทำโดยตรงหรือละเว้นการกระทำ

จุดประสงค์ของย่อหน้าข้างบน, คำว่า “รัฐบาลผู้รับการลงทุน” อาจได้รับการนิยามในสัญญาประกันตามที่ได้ขยายไปถึง ตัวอย่าง รัฐบาล de facto เหนือดินแดนซึ่งโครงการลงทุนตั้งอยู่

ภายใต้ ข้อ Article 11 (a) (ii) ของอนุสัญญานี้ บัญญัติสำหรับกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดมาตรการที่เนื่องมาจากรัฐบาลผู้รับการลงทุน โดยมาตรการที่คุ้มครองจะต้องเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหารหรือละเว้นการกระทำที่เป็นที่ชัดเจนว่าการละเว้นการกระทำทางนิติบัญญัติ คำตัดสินของศาลอิสระหรือคณะอนุญาโตตุลาการไม่คุ้มครอง มาตรการต่างๆ การกระทำทางนิติบัญญัติโดยตัวของมันเองคุ้มครองเพียงถ้าการเวนคืนกิจการหรือการกระทำทางนิติบัญญัติที่คล้ายกันไม่บังคับให้ต้องใช้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์อื่นใดเป็นเครื่องมือ⁴⁷

47. Ghassan Ossman, “Legal and Institutional Aspects of the Multilateral Investment Guarantee Agency as The Fifth Affiliate of The World Bank Group”, Journal of International Banking Law, 1996, p.370.

การละเว้นกระทำการในทางบริหารได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่ได้รับการคุ้มครอง ถ้าหน่วยงานบริหารของประเทศผู้รับการลงทุนไม่กระทำภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้หน่วยงานบริหารนั้นต้องกระทำหลังจากที่หน่วยงานได้รับแจ้งโดยผู้ถือประกัน ถ้าผู้เอาประกันไม่ร้องขอหน่วยงานให้กระทำ การละเว้นกระทำการของหน่วยงานทางบริหารไม่เกี่ยวข้อง กับมาตรการคุ้มครอง แม้ว่า การละเว้นจะถูกบังคับให้กระทำภายใต้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน การละเว้นกระทำการทางบริหารจะต้องเกิดขึ้นภายใน 90 วัน หลังจากวันซึ่งหน่วยงานบริหารมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำหรือในช่วงเวลาอื่นตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาประกัน แม้ว่า Article 11 (a) (ii) ของอนุสัญญาได้กล่าวไว้อย่างเคร่งครัด เพียงการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหารหรือละเว้นกระทำการตามที่มาตรการคุ้มครองโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน

ในข้อบังคับการปฏิบัติงาน ได้กล่าวถึงมาตรการอื่นๆ โดยได้กำหนดว่ามาตรการอาจถูกอ้างโดยรัฐบาลผู้รับการลงทุน ไม่เพียงแต่รัฐบาลจะกระทำด้วยตนเองหรือละเว้นกระทำการ แต่รัฐบาลยังมีอำนาจอนุมัติ บังคับบัญชา รับรอง หรือสั่งการให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ สำหรับจุดประสงค์ของเรื่องนี้ คำว่า “รัฐบาลผู้รับการลงทุน” ซึ่งโดยนิตินัยอาจจะถูกนิยามไว้ในสัญญาประกัน โดยขยายไปถึงรัฐบาลโดยพฤตินัยที่บริหารควบคุมเหนือดินแดนที่โครงการการลงทุนตั้งอยู่ ซึ่งย่อหน้านี้ได้ขยายกว้างไปถึงแนวคิดของมาตรการคุ้มครองที่เกินไปจากความหมายตามธรรมชาติของคำใน Article 11 (a) (ii) ในอนุสัญญา แต่อย่างไรก็ตามความหมายอย่างกว้างเป็นที่ต้องการมากกว่า เพราะกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศได้ล้มเหลวที่จะนิยามคำว่า การเวนคืนกิจการและมาตรการอื่นที่คล้ายกัน⁴⁸

2.3.3 การเสียสิทธิในการเป็นเจ้าของหรือควบคุมหรือการเสียผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุน⁴⁹

โดยมาตรการนี้รัฐบาลผู้รับการลงทุนจะต้องมีผลอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

ประการที่ 1 ผลของการเสียสิทธิของผู้เอาประกันในการเป็นเจ้าของหรือการควบคุมหรือเสียผลประโยชน์เป็นจำนวนมาก (substantial benefit) จากการลงทุน ภายใต้สัญญาประกัน การเสียสิทธิในผลประโยชน์จำนวนมากจากการลงทุนจะเกิดขึ้น ถ้ามาตรการกระทบเงินทุนและทรัพย์สินที่มีตัวตนของโครงการ การดำเนินงานหรือการทำกำไรของโครงการลงทุน หรือ

48. Ghassan Ossman, *Ibid*, p.370.

49. Operational Regulations, para. 1.30.

ความสามารถของผู้ดำเนินโครงการที่จะปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่ต่อผู้เอาประกันในกรณีของการลงทุนทางตรงแบบ non-equity

ประการที่ 2 ผลของการป้องกันผู้เอาประกันจากการใช้สิทธิการเป็นเจ้าของหรือการควบคุมในการลงทุน หรือจากการใช้เงินทุนหรือการบังคับใช้สิทธิต่อลูกหนี้ในประเทศผู้รับการลงทุน ในกรณีของผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน (equity interests) สิทธิของความเป็นเจ้าของอาจมาจากสิทธิในเงินปันผล, กำไร และการจำหน่ายจ่ายโอนโดยอิสระ ในกรณีของการลงทุนทางตรงแบบ non-equity สิทธิต่างๆ อาจได้จากการเรียกร้องต่อบริษัทเจ้าของโครงการสำหรับการจ่ายที่ได้มีการตกลงกัน สิทธิที่จะโอนข้อเรียกร้องสู่บุคคลที่ 3 และสิทธิในการมีส่วนร่วมในการจัดการโครงการลงทุน

2.3.4 ข้อยกเว้นของการคุ้มครองความเสี่ยงจากการเวนคืนกิจการ⁵⁰

Article 11 (a) (ii) ของอนุสัญญาได้กำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการการเวนคืนกิจการ เพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนมีอำนาจที่จะบริหารกฎระเบียบของประเทศ รัฐบาลผู้รับการลงทุนจะใช้ข้อยกเว้นนี้ โดยต้องไม่มีความลำเอียงใช้เป็นการทั่วไปในประโยชน์สาธารณะ และสำหรับจุดประสงค์ของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในดินแดนของตน อาจจะได้สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครอง มาตรการอาจรวมเอาการเก็บภาษีโดยสุจริตของภาษีทั่วไป ภาษีศุลกากร และการควบคุมราคา และกฎระเบียบทางเศรษฐกิจอื่นๆ พร้อมด้วยกฎหมายแรงงานและสิ่งแวดล้อม สำหรับบำรุงรักษาความปลอดภัยสาธารณะ เกณฑ์ 4 ประการนี้ต้องได้รับการยินยอมโดยรัฐบาลผู้รับการลงทุน เพื่อที่จะจัดตั้งมาตรการที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครอง อย่างไรก็ตามชุดของมาตรการโดยรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งได้รวมผลของการโอนกิจการจะถูกทำให้เกี่ยวพันกับมาตรการที่คุ้มครอง แม้ว่ามาตรการแต่ละข้อถูกใช้โดยลำพัง จะทำให้เกิดความพอใจในเกณฑ์ทั้งหมดในการใช้เกณฑ์นี้ สถาบันจะต้องมั่นใจว่าจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายในสิทธิของประเทศสมาชิกหรือของนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี สนธิสัญญาอื่นๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ

ในขอบเขตของการคุ้มครอง ซึ่งได้ถูกเน้นย้ำว่านักลงทุนจะไม่มีสิทธิภายใต้อนุสัญญาที่จะได้รับการคุ้มครองโดยอัตโนมัติในการถูกโอนกิจการใดๆ หรือมาตรการอื่นที่คล้ายกัน เพราะว่าหน่วยงานรับประกัน MIGA อาจเลือกที่จะคุ้มครองในกรณีของการสูญเสียการลงทุนทั้งหมดหรือบางส่วนตามที่ได้กำหนดในสัญญาประกัน ความสูญเสียทั้งหมดของการลงทุนจะต้องได้รับการยอมรับว่าได้เกิดขึ้นแล้ว ถ้าผลของมาตรการที่คุ้มครองเป็นดังนี้

50. Operational Regulations, para. 1.36 – 1.38.

- (1) ผู้ถือประกันไม่สามารถใช้สิทธิคุ้มครองชั้นพื้นฐานในช่วงเวลา 365 ติดต่อกัน หรือช่วงเวลาอื่นตามที่มีสัญญาประกันได้ระบุไว้
- (2) โครงการลงทุนได้เลิกการดำเนินงานในช่วงเวลาดังกล่าว
- (3) สถาบันตกลงให้ผู้เอาประกันกำหนดแบ่งส่วนในสิทธิข้อเรียกร้อง หรือผลประโยชน์อื่นๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับส่วนคุ้มครองการลงทุน

การคุ้มครองอาจถูกจำกัดในกรณีของ ความสูญเสียทั้งหมดของการลงทุนถ้า มาตรการคุ้มครองมีผลขึ้นต้นเป็นการขัดขวางผู้เอาประกันจากการใช้สิทธิคุ้มครอง หรือการดำเนินงานหรือการได้รับผลประโยชน์ลดน้อยลงอย่างมาก อย่างไรก็ตามความคุ้มครองจะได้รับการกำหนดในกรณีของการสูญเสียบางส่วนหรือทั้งหมด ถ้าผลของมาตรการที่คุ้มครอง คือ การเสียสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างถาวรของผู้เอาประกันหรือเงินทุน และทรัพย์สินที่มีตัวตนของ วิสาหกิจเจ้าของโครงการ ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนทางตรงแบบ non-equity ความคุ้มครองจะได้รับการกำหนดในกรณีของความสูญเสียบางส่วนหรือทั้งหมด ที่เป็นผลมาจากมาตรการที่ คุ้มครองวิสาหกิจโครงการ ซึ่งเป็นไปไม่ได้สำหรับผู้เอาประกันที่จะได้รับค่าตอบแทนของเขาจาก วิสาหกิจในช่วงเวลา 365 วัน ติดต่อกัน หรือช่วงเวลาอื่นตามที่มีสัญญาประกันได้ระบุไว้⁵¹

2.4 ปัญหาของการเวนคืนกิจการ⁵²

MIGA ได้รับมอบหมายไม่เพียงแต่การให้ความคุ้มครองการลงทุนเท่านั้น แต่มันยังมี หน้าที่ส่งเสริมการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา และให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศที่พัฒนาน้อย กว่า (LDCs) ในบทบาทของการส่งเสริมการลงทุน MIGA มีหน้าที่ “..... ดำเนินการค้นคว้า กระทำกิจกรรมเพื่อส่งเสริมการเคลื่อนย้ายการลงทุนและการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับโอกาสการ ลงทุนในประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนาเพื่อเสริมสร้างบรรยากาศให้มีการเคลื่อนย้ายการลงทุน ต่างชาติไปยังประเทศเหล่านี้” ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้มีความสำคัญ และจะสนับสนุนให้ MIGA ได้ กระตุ้นการไหลของเงินลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้วไปสู่ประเทศพัฒนาน้อยกว่า

51. Ghassan Ossman, *Supra note 47*, p.371.

52. See, Patrick J. Donovan, “Creeping Expropriation and MIGA : The Need for Tighter Regulation in the Political Risk Insurance Market”, *Gonzaga Journal of International Law*, 2003-2004, p.13.

การเวนคืนกิจการเป็นปัญหาที่สร้างความยุ่งยากให้แก่การเคลื่อนย้ายเงินทุนจากประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกไปสู่ประเทศที่พัฒนาน้อยกว่า ก่อนปี 1985 บริษัทของสหรัฐมีประสบการณ์ในการถูกเวนคืนกิจการมากกว่า 2,000 ครั้ง เป็นผลให้มีการขาดทุนเกือบ 20% ของการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศของสหรัฐทั้งหมด ต่อมาการเวนคืนกิจการทางตรงมีอัตราลดต่ำลงและเปลี่ยนไปสู่การเวนคืนกิจการในลักษณะใหม่ โดยในช่วง 20 ปีที่ผ่านมา การเวนคืนกิจการทางอ้อมได้เข้ามาแทนที่การเวนคืนกิจการทางตรงในฐานะที่เป็นรูปแบบที่สำคัญของการแทรกแซงการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐ ในขณะที่ประเทศผู้รับการลงทุนก็ได้มีการเรียนรู้ถึงการที่จะสามารถป้องกันวิสาหกิจจากต่างประเทศโดยการใช้อนุสัญญาอย่างมีเล่ห์เหลี่ยมมากกว่าที่จะเวนคืนกิจการอย่างทันที

เพื่อที่จะให้เห็นถึงการรับประกันของ MIGA ในการคุ้มครองการลงทุนจากการถูกเวนคืนกิจการทั้งทางตรงและทางอ้อม สิ่งที่ต้องทำความเข้าใจก่อนอื่นคืออนุสัญญา โดยที่ต้องดูทั้งอนุสัญญา และคำอธิบาย (Commentary on Convention) ของอนุสัญญาด้วย เพื่อให้เข้าใจถึงข้อกำหนดทั้งหมด แต่กระนั้นก็ตามสิ่งที่อยู่นอกเหนืออนุสัญญาคือข้อบังคับการปฏิบัติงาน (Operation Regulations) ที่ได้กำหนดขึ้น

1. ปัญหาในอนุสัญญา (Convention)

: ปัญหาการขาดคำนิยามที่ชัดเจน ⁵³

ในอนุสัญญา MIGA ได้กำหนดคำนิยามเพื่ออธิบายความหมายของคำที่สำคัญไว้ใน Chapter 1 Article 3 เพียง 5 คำ ได้แก่คำว่า (a)สมาชิก (member) (b)ประเทศผู้รับการลงทุน (host country) หรือ รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน (host government) (c)ประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา(developing member country) (d)เสียงข้างมากพิเศษ (special majority) และ (e)เงินสกุลที่พึงใช้ได้โดยเสรี (freely usable currency) เท่านั้น โดยมีได้ให้คำนิยามของคำที่สำคัญ ๆ อื่นในอนุสัญญา เช่น คำว่าการเวนคืน (Expropriation) ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่จะได้รับความครองไว้ด้วย

แต่อย่างไรก็ตามใน Chapter 3 Article 11 (b) ได้อธิบายความหมายของคำว่า การเวนคืนหรือมาตรการอื่น ๆ ที่คล้ายกันเป็นนัยว่า หมายถึง การกระทำหรือละเว้นกระทำใด ๆ ทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมีผลทำให้ผู้เอาประกันเสีย

53. Patrick J.Donovan, *Ibid*, p.16.

สิทธิในการเป็นเจ้าของหรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุน เว้นแต่ว่าเป็นมาตรการไม่เลือกปฏิบัติที่ใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งรัฐบาลใช้ตามปกติโดยความมุ่งประสงค์จะจัดระเบียบทางเศรษฐกิจในดินแดนของตน

ใน Section 14 ของคำอธิบายความในอนุสัญญา (Commentary on Convention) โดยได้ให้คำนิยามของคำว่า ความเสี่ยงของการเวนคืนกิจการว่า ได้รวมเอามาตรการของรัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุนอีก 5 มาตรการ ได้แก่ การโอนกิจการเป็นของรัฐ (nationalization) การริบทรัพย์สิน (confiscation) การอายัดทรัพย์สิน (sequestration) การยึดทรัพย์สิน (seizure) และการ attachment and freezing of assets เข้าอยู่ในความหมายของการเวนคืนหรือมาตรการอื่นที่คล้ายกันตาม Chapter 3 Article 11 (b) ด้วย

ซึ่งความหมายของมาตรการอื่นที่คล้ายกัน (similar measures) ที่หมายถึง มาตรการ 5 มาตรการที่กล่าวถึงข้างต้นนั้น ต่างก็มีความหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นในอนุสัญญาจึงควรกำหนดคำนิยามของคำว่า การเวนคืนว่าหมายถึงอะไรและมาตรการอื่นที่คล้ายกันอีก 5 มาตรการนั้นคือมาตรการอะไรบ้างและแต่ละมาตรการหมายถึงอะไร เพื่อให้เป็นที่เข้าใจชัดเจนโดยไม่จำเป็นต้องอ่านคำอธิบายของอนุสัญญา (commentary on convention) ประกอบ

: ปัญหาคำนิยามคำว่าประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country)

ใน Article 3 ของอนุสัญญา MIGA ได้ให้คำนิยามคำว่า ประเทศผู้รับการลงทุน (Host country) หรือ รัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุน (Host government) หมายถึงสมาชิก รัฐบาลของสมาชิก หรือหน่วยงานใดๆ ของสมาชิก ซึ่งเป็นเจ้าของดินแดนที่เป็นที่ตั้งของการลงทุนที่ได้รับประกันหรือรับประกันต่อ หรืออยู่ระหว่างการพิจารณารับประกันหรือรับประกันต่อโดยสถาบันของสมาชิกตามที่ระบุไว้ใน Article 66

ซึ่งใน Article 66 ได้กำหนดเรื่องการบังคับใช้ในดินแดนไว้ว่า อนุสัญญานี้ให้บังคับใช้กับดินแดนทั้งหลายที่อยู่ในเขตอำนาจศาลของสมาชิก ซึ่งรวมถึงดินแดนที่สมาชิกมีความรับผิดชอบทางด้านการสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย ยกเว้นดินแดนซึ่งสมาชิกได้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้เก็บรักษาของอนุสัญญานี้ ไม่ว่าจะ ณ ขณะให้สัตยาบัน ให้การรับรอง หรือให้ความเห็นชอบ หรือในภายหลังให้ได้รับการยกเว้นการบังคับใช้

แต่ในโครงการสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 ในประเทศลาวนั้น ประเทศไทยได้อยู่ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน (Host country) ร่วมกับประเทศลาวด้วย ซึ่งเป็นเพียงกรณีเดียวที่ประเทศไทยอยู่ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน (Host country) ตามอนุสัญญา MIGA

ทั้งนี้จากการที่ประเทศไทยได้เข้าไปมีบทบาทในการสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 ของลาว เนื่องจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีแผนที่จะรับซื้อกระแสไฟฟ้าที่ผลิตจากเขื่อนน้ำเทิน 2 ตามข้อตกลงการซื้อพลังงานระหว่างการผลิตแห่งประเทศไทยกับบริษัท Nam Theun 2 Power จำกัด เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้การก่อสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 ในลาว จะสามารถสร้างได้สำเร็จหรือไม่

MIGA จึงได้รับประกันความเสี่ยงจากการลงทุนสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 ในความเสี่ยงจากการถูกเวนคืนกิจการ ความเสี่ยงจากการโอนเงิน และความเสี่ยงจากสงครามและความไม่สงบภายใน ให้กับผู้อุปประกัน

การที่ประเทศไทยเข้าไปอยู่ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน จึงไม่เป็นไปตามคำนิยามในอนุสัญญา

2. ปัญหาในข้อบังคับการปฏิบัติงาน (Operational Regulations) : ปัญหาการปฏิบัติ

ในข้อบังคับการปฏิบัติงาน ข้อ 1.29 มิได้กำหนดว่า การเสียสิทธิ (deprive) ในการเป็นเจ้าของหรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุนนั้น มีจุดเริ่มต้น ณ เวลาใด จะเริ่มต้นเมื่อวิสาหกิจโครงการได้รับแจ้งว่าจะมีการเวนคืนกิจการ หรือจะเริ่มต้น เมื่อมีการผ่านกฎหมายเวนคืนแล้วซึ่งช่วงเวลาระหว่างการผ่านกฎหมายกับการเวนคืนจริงนั้น เป็นช่วงเวลาที่ยาวนานพอสมควร ช่วงเวลานั้นจะถูกละเลยเป็นเวลาที่เสียสิทธิในการเป็นเจ้าของหรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุนหรือไม่⁵⁴

2.5 กรณีศึกษา : ประเทศไทย

1. ข้อมูลเบื้องต้น

ชื่อโครงการ : บริษัทไฟฟ้าน้ำเทิน 2 จำกัด (Nam Theun 2 Power Co.,Ltd)
(Project Name)

ผู้อุปประกัน : 1. Fortis Banque SA/ Fortis Bank NV ประเทศเบลเยียม
(Guarantee Holder) : 2. Electricite de France International ประเทศฝรั่งเศส

54. Patrick J.Donovan, *Ibid*, p.16.

ประเทศผู้ลงทุน : ประเทศเบลเยียมและประเทศฝรั่งเศส
(Investor Country)

ประเทศผู้รับการลงทุน : ประเทศลาวและประเทศไทย
(Host Country)

ภาค : พลังงาน
(sector)

จำนวนเงินเอาประกัน : 90.60 ล้านดอลลาร์สหรัฐ
(Gross Exposure)

ปี : 2005 (พ.ศ. 2548)
(Year)

สถานะ : ดำเนินการอยู่
(Status)

2. ความเป็นมาของโครงการ

การศึกษาความเป็นไปได้ของการพัฒนาเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำบริเวณน้ำเทินและน้ำกระดิงในภาคกลางของประเทศลาว ได้มีการศึกษาเป็นครั้งแรกในทศวรรษ 1970 โดยสำนักงานเลขาธิการลุ่มน้ำโขง (Mekong Secretariat) ซึ่งผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า พื้นที่หลายแห่งบริเวณน้ำเทินมีศักยภาพเพียงพอที่จะพัฒนาเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าและหนึ่งในพื้นที่ดังกล่าวคือน้ำเทิน 2⁵⁵

หลังจากนั้นก็ได้มีการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการผลิตกระแสไฟฟ้าพลังน้ำน้ำเทิน 2 ในปี 1991 รัฐบาลลาวได้ว่าจ้างบริษัท Snowy Mountains Engineering (SMEC) ในศึกษา

55. รายงานสรุปการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสังคม โครงการไฟฟ้าพลังน้ำ น้ำเทิน 2 (ฉบับร่าง), สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 26 กรกฎาคม 2004.

ความเป็นไปได้ของโครงการดังกล่าว ซึ่ง SMEC ได้จัดทำรายงานหลายฉบับที่รวบรวมข้อมูล รายละเอียดต่าง ๆ รวมทั้งศึกษาสำรวจทางเลือกต่าง ๆ และผลการประเมินทางเศรษฐศาสตร์

ในปี 1994 กลุ่มบริษัทเพื่อการผลิตไฟฟ้าน้ำเทิน 2 (NTEC) ได้เข้ามารับผิดชอบการพัฒนาและออกแบบโครงการภายใต้การสนับสนุนของธนาคารพัฒนาแห่งเอเชีย (ADB) Agence Francaise de Developpement (AFD) ธนาคารโลกและรัฐบาลลาว และในวันที่ 1 มกราคม 2004 บริษัทไฟฟ้าน้ำเทิน 2 จำกัด (Nam Theun 2 Power Company Limited หรือ NTPC) ⁵⁶ ก็ได้เข้ามารับหน้าที่ในการพัฒนาโครงการแทน NTEC

โครงการไฟฟ้าพลังน้ำ น้ำเทิน 2 จะสร้างเขื่อนกั้นน้ำเทินซึ่งเป็นลำน้ำสาขาของแม่น้ำโขง เพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าขนาดกำลังผลิต 1,070 MW ส่งให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGAT) จำนวน 995 MW (93%) และรัฐวิสาหกิจไฟฟ้าลาว (EDL) จำนวน 75 MW (7%) ⁵⁷ โครงการดังกล่าว ตั้งอยู่ที่แขวงคำม่วนในภาคกลางของลาว ⁵⁸ ใกล้กับชายแดนไทยด้านจังหวัด นครพนม

โครงการสร้างเขื่อนน้ำเทิน 2 เริ่มก่อสร้างในปี 2005 (พ.ศ. 2548) และจะสร้างเสร็จสมบูรณ์ในเดือนพฤศจิกายน 2009 ⁵⁹ (พ.ศ. 2552) โดยจะมีการปล่อยน้ำเข้าเต็มพื้นที่อ่างเก็บน้ำนาไก (Nakai reservoir area) ภายในปี 2008 (พ.ศ. 2551) และการผลิตกระแสไฟฟ้าคาดว่าจะเริ่มในปี 2009 (พ.ศ. 2552) ⁶⁰

56. บริษัทก่อตั้งในปี 2002 ภายใต้กฎหมายประเทศลาว โดยมีผู้ถือหุ้นดังนี้

- (1) Electricite de France International (EDFI) ถือหุ้น 35%
- (2) Electricite de Laos เป็นรัฐวิสาหกิจของลาว ถือหุ้น 25%
- (3) บริษัทผลิตไฟฟ้า (มหาชน) จำกัด หรือ EGCO ถือหุ้น 25%
- (4) บริษัทอิตาเลียนไทย ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด (มหาชน) ถือหุ้น 15%

57. รายงานสรุปการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55, น.63.

58. Nam Theun 2 Hydroelectric Project, Resettlement Action Plan Volume 1 : Generation Information, October 2007, p.4.

59. Asian Development Bank, Report and Recommendation of The President to The Board of Director, March 2005.

60. แหล่งข้อมูล www.adb.org

การก่อสร้างโครงการไฟฟ้าพลังน้ำ น้ำเทิน 2 มีลักษณะเป็นสัญญา BOOT (Build – Own – Operate – Transfer)⁶¹ มีช่วงระยะเวลาสัมปทาน 31 ปี⁶² (โดยเป็นระยะเวลาก่อสร้าง 6 ปี ระยะเวลาในการเป็นเจ้าของ ดำเนินงาน และส่งมอบรวม 25 ปี

3. ความเสี่ยงและข้อสมมติฐานของการผลิตกระแสไฟฟ้าให้ไทย⁶³

การพยากรณ์ความต้องการพลังงานไฟฟ้าในประเทศไทย อาจไม่ปรากฏเป็นจริงขึ้นมา

ข้อตกลงการซื้อพลังงาน (Power Purchase Agreement) คำนึงถึงความต้องการพลังงานบนพื้นฐานของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ได้ประมาณการเอาไว้และบนความแตกต่างระหว่างความต้องการ (Demand) กับปริมาณที่มีอยู่ (Supply)

ปริมาณกระแสไฟฟ้าของประเทศไทยจากโครงการที่ปริมาณน้อยเมื่อเทียบกับตลาดกระแสไฟฟ้าที่มีขนาดใหญ่ของไทย

4. ความสัมพันธ์ไทย – ลาว ในเรื่องพลังงานไฟฟ้า

ประเทศไทยเริ่มต้นซื้อกระแสไฟฟ้าจากลาว ในปี 1971 จากเขื่อนน้ำงึม เขื่อนไฟฟ้าพลังน้ำกำลังการผลิต 150 MW และได้ซื้อกระแสไฟฟ้าติดต่อกันเรื่อยมา โดยไม่มีการหยุดชะงัก แม้จะมีข้อขัดแย้งเล็กน้อยระหว่าง 2 ประเทศ ในช่วงกลางทศวรรษ 1970 และในขณะเดียวกันรัฐบาลลาวก็ได้ซื้อกระแสไฟฟ้าแรงดันต่ำจากประเทศไทย เพื่อใช้ในจังหวัดชายแดนเป็นเวลาหลายปี ต่อมาในเดือนมิถุนายน 1993 รัฐบาลลาวและรัฐบาลไทยได้มีบันทึกความเข้าใจร่วมกัน (MOU) เพื่อสนับสนุนการพัฒนาโครงการพลังงานในลาว ตลอดจนสนับสนุนปริมาณการใช้กระแสไฟฟ้าที่มากถึง 1,500 MW ของประเทศไทย ซึ่งในเดือนมิถุนายน 1996 กรอบเดิมก็ได้รับการแทนที่โดยกรอบใหม่ที่เพิ่มขอบเขตของปริมาณการใช้กระแสไฟฟ้าถึง 3,000 MW

โครงการไฟฟ้าพลังน้ำ น้ำเทิน 2 ซึ่งได้รับการพิสูจน์มาก่อนหน้านี้โดยธนาคารโลกในฐานะที่เป็นโครงการที่มีศักยภาพในแง่ของการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของลาว โครงการนี้ได้รับ

61. หมายถึง สัญญาการลงทุนระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้ลงทุนเพื่อก่อสร้างเป็นเจ้าของดำเนินการในระยะเวลาที่กำหนดและผู้ลงทุนต้องโอนมอบสิ่งก่อสร้างนั้นให้กับรัฐบาลก่อนการสิ้นสุดระยะเวลา

62. Asian Development Bank, *อ้างแล้ว เจริญรุดที่* 59, หน้า i.

63. Asian Development Bank, *เพ่งอ้าง*, หน้า v.

การเสนอโดยรัฐบาลให้เป็นหนึ่งในผู้ผลิตที่มีศักยภาพในการผลิตกระแสไฟฟ้าและพลังงานไฟฟ้า กับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGAT) โครงการไฟฟ้าพลังน้ำ น้ำเทิน 2 ได้ดำเนินการพัฒนามาตั้งแต่ปี 1994 และปัจจุบันกำลังดำเนินการตามกรอบของข้อตกลงการซื้อพลังงานไฟฟ้า (Power Purchase Agreements) ซึ่งการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGAT) และ Electricite du Laos (EDL) ได้ลงนามร่วมกัน เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2003 ที่นครเวียงจันทน์⁶⁴

5. การรับประกันความเสี่ยงของ MIGA ในโครงการไฟฟ้าพลังน้ำ น้ำเทิน 2

ในเดือนมิถุนายน 2548 MIGA ได้ให้การรับประกันความเสี่ยงในทางการเงินสำหรับโครงการพลังงานน้ำ เป็นจำนวน 90.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹ การรับประกันส่วนใหญ่ (ประมาณ 86 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) คุ้มครองเงินกู้ non shareholder ของธนาคาร Fortis Bank NV ของเบลเยียม (ผู้เอาประกัน) ในความเสี่ยงการเวนคืนกิจการ สงครามและความไม่สงบภายใน และข้อจำกัดในการโอนและไม่สามารถแลกเปลี่ยนเงินได้ ของประเทศลาวและประเทศไทย ส่วนการคุ้มครองที่เหลือ (4.60 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) คุ้มครอง Electricite de France International (EDFI) ของฝรั่งเศส (ผู้เอาประกัน) ในความเสี่ยงการมีข้อจำกัดการโอนเงิน

6. สัญญาที่ประเทศไทยเข้าไปเกี่ยวข้อง⁶⁵

1. ข้อตกลงสัมปทาน ลงนามในปี 2002 ระหว่าง NTPC และรัฐบาลลาว ซึ่งรัฐบาลให้ NTPC มีสิทธิในการพัฒนา การเงิน ก่อสร้างและดำเนินการโรงไฟฟ้าพลังน้ำ และสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ และโอนเงินเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน ข้อตกลงมีระยะเวลา 25 ปี นับจากวันที่ได้ดำเนินการในเชิงพาณิชย์ภายใต้สัญญาการซื้อพลังงาน (power purchase agreement) ระหว่าง NTPC และการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.)

2. สัญญาการซื้อพลังงาน กฟผ. ลงนามโดย NTPC และ กฟผ. ในปี 2546 และมีผลใช้บังคับเป็นระยะเวลา 25 ปี นับจากวันเริ่มดำเนินการในเชิงพาณิชย์ ภายใต้สัญญานี้ NTPC จะต้องมีความสามารถในการผลิตกระแสไฟฟ้าถึง 995 MW และพลังงานไฟฟ้า 5,636 GWH ต่อปี ส่วนที่เหลืออีกประมาณ 300 GWH จะใช้ในประเทศลาว

64. แหล่งที่มา www.namtheun2.com

65. แหล่งที่มา www.miga.org

7. ความเสี่ยงทางการเมืองและการจ่ายค่าสินไหมทดแทน⁶⁶

การประกันความเสี่ยงทางการเมือง เป็นความจำเป็นในการหาผู้ให้กู้เงินตราต่างประเทศ ในระดับที่จะเป็นการช่วยสนับสนุนเชื่อน้ำเงิน 2 สำหรับโครงการขนาดใหญ่จำเป็นต้องอาศัยหน่วยงานพหุภาคีเสนอทางแก้ไขที่สามารถทำได้ ซึ่งนอกจากจะเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงทางการเมือง เช่น ความเสี่ยงการโอนเงินและแลกเปลี่ยนเงิน ความเสี่ยงการเวนคืนกิจการและความเสี่ยงจากสงครามและความไม่สงบภายใน ผู้ให้กู้จะต้องให้ความสนใจในการคุ้มครองสิทธิของผู้เอาประกันภายใต้ข้อตกลงโครงการหลายอย่างกับรัฐบาลลาวและ กฟผ. ด้วยความสนับสนุนของรัฐบาลลาว ธนาคารโลกและ MIGA ได้ทำให้ความเสี่ยงทางการเมือง ภายใต้ข้อตกลงโครงการในประเทศได้บรรเทาลง นอกจากนี้ MIGA ยังได้คุ้มครองความเสี่ยงทางการเมืองอื่น ๆ ทั้งในประเทศลาวและประเทศไทย ด้วย

นอกจากนี้ กรมธรรม์ของ MIGA ยังได้คุ้มครองสิทธิของผู้ให้กู้เงินเชิงพาณิชย์ ในกรณีของการสิ้นสุดข้อตกลงซื้อพลังงาน (Power Purchase Agreement) ระหว่าง กฟผ. และ NTPC และหน้าที่ของ กฟผ. ภายใต้แบบของการยอมรับและยินยอม และข้อตกลงในระดับรองลงไป

MIGA จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้ให้กู้ ในกรณีที่เหตุการณ์ต่อไปนี้เกิดขึ้น

1. มีการขาดการชำระเงินกู้ที่ได้รับการคุ้มครองที่เป็นผลโดยตรงของการผิดสัญญาโดยรัฐบาลของลาว หรือ กฟผ. ที่มีพันธะหน้าที่ตามสัญญาภายใต้ข้อตกลงโครงการซื้อพลังงาน (Power Purchase Agreement)
2. คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่ผูกพันและสิ้นสุดที่ได้แจ้งมายังผู้ให้กู้เงินในการผิดสัญญาโดยรัฐบาลหรือ กฟผ. ในหน้าที่ตามสัญญาภายใต้ข้อตกลงโครงการ
3. ผู้ให้กู้เงินไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินภายในระยะเวลาที่ได้ระบุได้

8. บทวิเคราะห์

1. เหตุที่สถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (MIGA) จึงจัดประเทศไทยให้อยู่ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ในโครงการบริษัทไฟฟ้าน้ำเงิน 2 จำกัด ทั้งที่ตั้งของโครงการการลงทุนนี้มีที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย แต่ตั้งอยู่บริเวณที่ราบสูงนาไก (Nakai plateau) แขวงคำม่วน ในภาคกลางของประเทศลาว

66. แหล่งที่มา www.miga.org

โดยที่ใน Article 3 ของอนุสัญญา MIGA ได้ให้คำนิยามคำว่า ประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) หรือรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน (Host government) ว่าหมายถึง สมาชิก รัฐบาลของสมาชิก หรือหน่วยงานใด ๆ ของสมาชิกซึ่งเป็นเจ้าของดินแดนที่เป็นที่ตั้งของการลงทุน ที่ได้รับประกันหรือรับประกันต่อหรืออยู่ระหว่างการพิจารณารับประกันหรือรับประกันต่อโดย สถาบัน

การที่ MIGA จัดให้ประเทศไทยอยู่ในฐานะของประเทศผู้รับการลงทุน ทั้งที่ประเทศไทยมิได้เป็นเจ้าของดินแดนที่เป็นที่ตั้งของการลงทุนนั้นอาจเป็นเพราะผลประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับเมื่อเขื่อนน้ำเทิน 2 ตามโครงการได้สร้างเสร็จและส่งกระแสไฟฟ้าให้กับประเทศไทยตาม ข้อตกลงซึ่งพลังงาน (Power Purchase Agreement) ตามที่ได้ลงนามซื้อขายกันไว้แล้ว

เนื่องจากปริมาณกระแสไฟฟ้าส่วนใหญ่ (93%) ที่ผลิตจากเขื่อนน้ำเทิน 2 จะขาย ให้กับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ส่วนปริมาณกระแสไฟฟ้าที่เหลือ (ประมาณ 7%) จะใช้ในประเทศลาว ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ที่ MIGA จะพิจารณาเห็นว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ รับผลประโยชน์จากผลผลิตโดยตรงของโครงการดังกล่าวเป็นส่วนใหญ่ จึงจัดให้ประเทศไทยอยู่ใน ฐานะเป็นประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) มีพันธะและหน้าที่ตามอนุสัญญา MIGA ที่ ประเทศเป็นสมาชิกอนุสัญญานี้ทุกประการ

2. การกระทำของประเทศไทยในลักษณะที่จะเป็นการฝ่าฝืนอนุสัญญา MIGA และ ทำให้ประเทศไทยต้องชำระค่าสินไหมทดแทน

ใน Article 11 ของอนุสัญญาได้กำหนดความเสี่ยงที่จะได้รับความคุ้มครองจาก อนุสัญญาไว้ 4 ประเภทหลัก ได้แก่ ความเสี่ยงจากการโอนเงิน ความเสี่ยงจากการเวนคืน ความ เสี่ยงจากการผิดสัญญา และความเสี่ยงจากสงครามและความไม่สงบภายใน

ซึ่งผู้เอาประกันรายธนาคาร Fortis Bank NV ของเบลเยียมได้ขอคุ้มครองเงินกู้ที่ได้ให้ โครงการนี้ไว้ในความเสี่ยงการเวนคืนกิจการ ความเสี่ยงจากสงครามและความไม่สงบภายใน และ ความเสี่ยงจากการโอนเงิน ส่วนผู้เอาประกันอีกรายคือ EDFI ของฝรั่งเศสขอคุ้มครองความเสี่ยง จากการโอนเงิน

เมื่อพิจารณาความเสี่ยงทั้ง 3 ความเสี่ยงแล้ว ประเทศไทยมีโอกาสที่จะกระทำผิดใน ความเสี่ยงของการเวนคืนกิจการหรือมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกันมากที่สุด

ซึ่งใน Article 11 (2) ของอนุสัญญาได้ให้ความหมายของการเวนคืนหรือมาตรการอื่น ที่คล้ายคลึงกันว่า เป็นการกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ทางนิติบัญญัติ หรือทางบริหารโดย

รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมีผลทำให้ผู้เอาประกันเสียสิทธิในการเป็นเจ้าของหรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากการลงทุน

หากมีกรณีที่รัฐบาลไทยโดย การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ขอยกเลิกข้อตกลงการซื้อพลังงาน (Power Purchase Agreement) กับหน่วยงานของรัฐบาลลาวไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตามทำให้รัฐบาลลาวขาดรายได้ที่จะนำไปชำระหนี้เงินกู้⁶⁷ และส่งผลให้ผู้เอาประกันเสียสิทธิในการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมาก (substantial benefit) จากการลงทุน ผู้เอาประกันอาจยื่นขอรับค่าสินไหมทดแทนจาก MIGA เมื่อ MIGA ได้ชำระค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เอาประกันแล้ว MIGA ก็จะได้รับช่วงสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ เท่าที่ผู้เอาประกันจะมีต่อประเทศผู้รับการลงทุนและคู่สัญญาอื่นได้ ประเทศไทยจึงต้องมีหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนให้กับ MIGA

ดังนั้น ตลอดช่วงระยะเวลาสัมปทาน 25 ปี⁶⁸ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) จำเป็นต้องรักษาข้อตกลงการซื้อพลังงานกับรัฐบาลลาวเอาไว้ ไม่ว่าสถานการณ์ด้านความต้องการพลังงานไฟฟ้าภายในประเทศ สถานการณ์ด้านราคา หรือแม้แต่สถานการณ์ด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของทั้ง 2 ประเทศ จะเปลี่ยนไปอย่างไรก็ตาม การยกเลิกข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่อาจกระทำได้ง่ายเพราะการยกเลิกข้อตกลงโดยมิได้มีการพิจารณาอย่างรอบคอบถึงผลดี ผลเสียที่ประเทศไทยจะได้รับ อาจส่งผลให้ประเทศไทยตกอยู่ในฐานะที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับ MIGA ตามอนุสัญญา MIGA ที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกในอนุสัญญานับนี้มาตั้งแต่ปี 2543

67. เนื่องจากปริมาณกระแสไฟฟ้า 93% ขายให้กับ กฟผ.

68. ประมาณปี พ.ศ. 2552 - 2577