

บทที่ 7 มาตรการระงับข้อพิพาทการลงทุน

การศึกษาเรื่องผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับประเทศไทยในมิติข้อพิพาทด้านการลงทุน สำหรับโครงการวิจัยนี้ มุ่งเน้นการศึกษาจากกลุ่มกรณีตัวอย่างการฟ้องร้องภายใต้ความตกลงนาฟต้า (North American Free Trade Agreement, NAFTA) บทที่ 11 ซึ่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองผู้ลงทุน เป็นมาตรฐานของการศึกษา (benchmark) ด้วยสาเหตุสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก พันธกรณีต่างๆ ของบทที่ 11 ภายใต้ความตกลงนาฟต้า ที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการลงทุนและผู้ลงทุนโดยจัดตั้งกลไกให้ผู้ลงทุนของรัฐภาคีสามารถฟ้องร้องเอาผิดกับรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement) นั้น นับเป็นกลไกที่มีบทบาทสำคัญในการบังคับใช้พันธกรณีภายใต้ความตกลงเพื่อให้การคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นนวัตกรรมด้านความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนในช่วงทศวรรษที่ 90 ที่มีมาตรฐานที่ล้ำหน้ากว่าความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอื่นๆ โดยมีลักษณะคล้ายกฎหมายแพ่งภายในประเทศ และได้กลายมาเป็นต้นแบบของที่ประเทศต่างๆ ใช้ในการเจรจาความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศในช่วงต่อมา

ประการที่สอง ด้วยเหตุผลข้างต้น จึงเป็นที่คาดได้ว่าสหรัฐจะใช้ข้อบทจากความตกลงนาฟต้าเป็นมาตรฐาน (benchmark) ในการเจรจาบทลงโทษของความตกลงที่ฟิฟิ

ประการที่สาม พันธกรณีในความตกลงนาฟต้า บทที่ 11 ก่อให้เกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายระหว่างเอกชนต่อรัฐเป็นจำนวนมาก มีกรณีตัวอย่างให้เลือกศึกษาอย่างหลากหลาย ทั้งในแง่กลุ่มอุตสาหกรรมที่มีการฟ้องร้อง และในแง่ผลกระทบที่มีต่อการวางนโยบายของรัฐในด้านต่างๆ โดยเฉพาะด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่เป็นหัวข้อหลักศึกษาของโครงการนี้

เนื่องจากกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) เป็นส่วนที่สำคัญที่สุดในบทว่าด้วยการลงทุนในความตกลงเอฟทีเอต่างๆ โดยเฉพาะความตกลงที่ฟิฟิ ในส่วนนี้จึงจะวิเคราะห์หลักการของกลไกดังกล่าว ตลอดจนนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับคดีที่ตัดสินโดยกลไกดังกล่าวเพื่อเป็นกรณีศึกษา โดยมีเค้าโครงนำเสนอ ดังนี้

- กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) คืออะไร และมีพัฒนาการความเป็นมาอย่างไร
- กรณีศึกษาการตัดสินกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ ภายใต้ความตกลงนาฟต้า บทที่ 11
- ความตกลงนาฟต้า บทที่ 11 ต่างจาก model BIT ของไทยในปัจจุบันมากน้อยแค่ไหน ในประเด็นกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ การยอมรับหรือไม่ยอมรับมาตรฐานกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐตามความตกลงนาฟต้า จะกระทบต่อ “ความน่าลงทุนในไทยในสายตานักลงทุนต่างชาติ” มากน้อยเพียงใด และอย่างไร

- ประเด็นที่ผู้วางนโยบายของไทยและผู้เจรจาความตกลงระหว่างประเทศควรจะต้องให้ความสำคัญ

7.1 แนวทางการใช้มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคี

7.1.1 นิยามของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ

มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนจากต่างประเทศ โดยการสร้างกลไกระงับข้อพิพาท (dispute settlement) ที่ให้อำนาจผู้ลงทุนที่เป็นบุคคล (private individual) หรือนิติบุคคล (juridical person) ตามนิยามผู้ลงทุนภายใต้ความตกลงสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐผู้รับการลงทุน (state) โดยตรงภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนับเป็นนวัตกรรมของพันธกรณีความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่แต่เดิมที่เป็นเพียงการใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐเท่านั้น

กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าระหว่างประเทศถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน (investor to state dispute settlement) ที่มีบทบาทสำคัญ และเป็นหัวใจของการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นหลักประกันสำหรับนักลงทุนว่า ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการระงับข้อพิพาทจะมีความรวดเร็ว ตอบสนองต่อความต้องการของนักลงทุน โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ นอกจากนี้ (ในบางกรณี) เพื่อใช้ในการบังคับคำตัดสิน (award enforcement) การศึกษาพันธกรณีต่างๆ ภายใต้ความตกลงจึงจำเป็นต้องเป็นไปด้วยความระมัดระวังสำหรับรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากพันธกรณีภายใต้ความตกลง อาจส่งผลกระทบต่อมาตรการที่จำเป็นภายในของรัฐ หากมาตรการนั้นๆ กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุน รวมถึงบทบาทของศาลยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในประเทศ

7.1.2 องค์ประกอบของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ

โครงสร้างของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐมีองค์ประกอบด้วยหลายส่วนซึ่งเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขการระงับข้อพิพาทของผู้ลงทุน ตั้งแต่ส่วนที่ให้นิยามของผู้ลงทุนที่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐผู้รับการลงทุน (อาทิ นิติบุคคลประเภทใดที่สามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กลไกดังกล่าว) **นิยามของการลงทุน** (อาทิ การลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองนั้นครอบคลุมเพียงการลงทุนที่จับต้องได้ เช่น เครื่องจักรกล หรือสามารถครอบคลุมกว้างขวางไปถึง “องค์ประกอบของการลงทุน” อาทิ สัญญาการซื้อที่ดินที่ได้ลงนามไว้เพื่อดำเนินการลงทุนต่อไป) **นิยามของขอบเขตการคุ้มครอง** ที่ผู้ลงทุนพึงได้รับ (อาทิ “การได้รับความเป็นธรรมตามหลักกฎหมายสากล”) **นิยามของการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนและการลงทุน** อย่างไรจึงจะเรียกว่ามีความเป็นธรรมตามหลักกฎหมายสากลระหว่างประเทศ และ**การกำหนดเงื่อนไขและระเบียบขั้นตอนต่างๆ** ในการเข้าสู่กระบวนการขอรับการคุ้มครอง/ฟ้องร้องรัฐ เป็นต้น

ดังนั้น หากมองแยกเป็นส่วนๆ แต่ละส่วน ก็อาจนับได้ว่า การให้สิทธิผู้ลงทุนระดับบุคคลสามารถฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุนนั้น มีมาตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 70 แล้ว โดยจากการสำรวจขององค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจของยุโรปหรือโออีอีซี (OECD) เกี่ยวกับความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีทั่วโลกที่เกิดขึ้นตั้งแต่ทศวรรษที่ 70 เป็นต้นมา จำนวนกว่า 1,600 ความตกลง ครอบคลุมประเทศกว่า 54 ประเทศทั่วโลก พบว่ากว่าร้อยละ 93 ของความตกลงฯ ให้การคุ้มครองแบบกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ เป็นบางส่วนอยู่แล้ว แต่ขอบเขตการให้ความคุ้มครองแตกต่างกันอย่างกว้างขวาง ไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน ขึ้นกับความต้องการและการเจรจาเป็นสำคัญ

นอกจากนี้ มากกว่าครึ่งหนึ่งของความตกลงการลงทุน (56%) เปิดทางเลือกให้ผู้ต้องการฟ้องร้องขอคุ้มครองได้เลือกที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมในประเทศที่ตนเองลงทุน หรือใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ – แต่ประมาณ 1/3 ของความตกลงฯ บังคับให้ต้องเลือกทางใดทางหนึ่งเท่านั้น และให้การตัดสินของกระบวนการยุติธรรมที่ได้เลือกแล้วถือเป็นที่สุด

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีการใช้หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาข้อพิพาท โดยชี้ว่าในกรณีที่กฎหมายสองประเภทมีความขัดแย้งกัน กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีอำนาจเหนือ ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวมีนัยของการลดบทบาทของกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ

7.1.3 ข้อสังเกต

ข้อสังเกตที่น่าสนใจในเรื่องนี้มีอยู่ 3 ประการด้วยกันคือ

ประการแรก ปัจจุบันมีประเทศพัฒนาแล้วที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจบางประเทศ ที่ทำความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างกัน โดยไม่ให้ความคุ้มครองแบบใช้มาตรการกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ อาทิ ประเทศเยอรมนี (32% ของความตกลงด้านการลงทุนที่เยอรมนีทำกับประเทศอื่น) ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (28% ของความตกลงด้านการลงทุนที่สวิตเซอร์แลนด์ทำกับประเทศอื่น) โดยความตกลงล่าสุดที่ไม่ให้ความคุ้มครองแบบกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ อาทิ ความตกลงเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐ (AUSFTA) และระหว่างออสเตรเลียกับนิวซีแลนด์ (ANCERTA Investment Protocol 2011) เป็นต้น

ประการที่สอง ประเด็นที่ได้รับการผนวกเข้าในการเจรจาและความตกลงด้านการลงทุนสมัยใหม่มากที่สุดได้แก่ ประเด็นเรื่อง Minimum Standard of Treatment (US/Canada use International Common Law with clarifications)

ประการที่สาม มีความตกลงระหว่างประเทศกลุ่มหนึ่งที่ทำให้การคุ้มครองกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐเฉพาะในกรณีที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยไม่ให้การคุ้มครองด้วยกฎหมายภายในประเทศเลย (โดยมากเป็นความตกลงฯ ที่ลงนามในช่วง 1990s)

7.2 กรณีศึกษา: การฟ้องร้องคดีภายใต้ความตกลงนาฟต้า

7.2.1 ประเภทของคดี

จากกรณีพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกความตกลงนาฟต้า ทั้งสิ้น 78 กรณี ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1996 – 2013 (รวมกรณีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาด้วยแล้ว) อาจจำแนกได้เป็นกรณีที่รัฐบาลเม็กซิโกถูกฟ้องร้อง 20 กรณี รัฐบาลแคนาดา 34 กรณี และรัฐบาลสหรัฐฯ 22 กรณี ในจำนวนนี้มี 40 กรณีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสิ่งแวดล้อม อาหารและยา ทรัพยากรธรรมชาติ และกรณีด้านการเงิน (ตารางที่ 7.1) (นั่นคือ ไม่นับกรณีที่เป็นการกีดกันทางการค้าแบบตรงไปตรงมา)

จาก 40 กรณีด้านสิ่งแวดล้อมข้างต้น มีกรณีที่อนุญาตตุลาการไม่รับฟ้อง 11 กรณี กรณีที่รัฐบาลตกลงยอมความ 3 กรณี (ซึ่งรัฐบาลแคนาดาต้องจ่ายเงินค่าเสียหายให้แก่เอกชนไปแล้วกว่า 150 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) กรณีที่เอกชนชนะเพียง 5 กรณี

พันธกรณีสำคัญที่มักถูกใช้ฟ้องร้องโดยนักลงทุนต่างชาติภายใต้ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการลงทุน ได้แก่ การเวนคืน (Expropriation) มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุน (Minimum Standard of Treatment) หรือการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment - FET) ตามปรากฏในตารางสรุปกรณีพิพาทที่ตัดสินตามกลไกระงับข้อพิพาทในบทที่ 11 ความตกลงนาฟต้า

พันธกรณิดังกล่าวล้วนมีการตีความอย่างกว้างขวาง (broad interpretation) โดยคณะอนุญาโตตุลาการในหลายข้อพิพาทโดยเฉพาะด้านสิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข ประโยชน์ ดังนั้น การศึกษาตัวอย่างข้อพิพาทจึงมีความสำคัญต่อความเข้าใจความตกลงด้านการลงทุนเพื่อประเมินความเหมาะสมในการรับพันธกรณีต่างๆ

ตารางที่ 7.1 ตารางสรุปกรณีพิพาทที่ตัดสินตามกลไกระงับข้อพิพาทในบทที่ 11 ความตกลง NAFTA

ประเด็นที่ฟ้องร้อง

- (1) Article 1102: National Treatment
- (2) Article 1105: Minimum Standard of Treatment
- (3) Article 1106: Performance Requirement
- (4) Article 1110: Expropriation

กรณี	สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
กรณีที่ส่งผลต่อสภาพแวดล้อม หรือเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ			
1.	บริษัท Methanex กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 1999, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้องค่าเสียหาย \$970 ล้าน	Methanex ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาล แคลิฟอร์เนีย ซึ่งประกาศใช้กฎหมายให้ค่อยๆ เลิกเติมสาร MTBE ซึ่ง Methenex ผลิต ลงใน น้ำมันเชื้อเพลิง	(1) (2) (4) อนุญาตตุลาการ ยกฟ้อง เพราะ ตุลาการเห็นว่า สิ่งที่รัฐบาล แคลิฟอร์เนีย ประกาศห้ามไม่ได้ เกี่ยวกับการ ผลิตภัณฑ์ของ Methanex โดยตรง
2.	บริษัท Glamis Gold กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2003, UNCITRAL, เรียกร้องค่าเสียหาย \$50 ล้าน	Glamis Gold เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาล แคลิฟอร์เนียที่ประกาศห้ามทำเหมืองแร่ใน บริเวณใกล้กับอุทยานโบราณของชาว อินเดียนแดง	(4) อนุญาตตุลาการ ยกฟ้อง เพราะ ตุลาการเห็นว่า สิ่งที่รัฐบาล แคลิฟอร์เนีย ประกาศไม่จัดเป็น การยึดทรัพย์สิน เป็นของรัฐ (expropriation)
3.	บริษัท Cemex กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2009, N/A, การพิจารณา ยังไม่สิ้นสุด	Cemex ยื่นขอรับการคุ้มครองภายใต้ NAFTA Ch.11 เพราะรัฐบาลเท็กซัสกำลังจะฟ้องเรียก ค่าเสียหายจาก Cemex ที่ไม่ยอมจ่ายค่า สัมปทานหลังจากขุดแร่ออกจากที่ดินของรัฐไปแล้ว	ไม่ชัดเจนว่า ยอมความกัน อย่างไร
4.	บริษัท Ethyl กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 1997, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้องค่าเสียหาย \$250 ล้าน	Ethyl เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดา ที่ห้ามใส่สารปนเปื้อนชื่อ MMT ลงในน้ำมัน เชื้อเพลิงที่ Ethyl ขาย	(1) (3) (4) <u>รัฐบาลแคนาดา ตกลงยอมความ กับ Ethyl เป็น เงิน \$13 ล้าน</u>
5.	บริษัท S.D.Meyers กับรัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 1998, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$20 ล้าน	S.D. Meyers เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาล แคนาดาที่สั่งห้ามบริษัทขนส่งสารพิษ polychlorinated biphenyls (PCB) ออกไป ทั้้นนอกประเทศตามสนธิสัญญาระหว่าง ประเทศที่แคนาดาเข้าเป็นภาคี	(2) <u>S.D. Meyers ชนะคดี รัฐบาล แคนาดาจ่าย ค่าเสียหายให้ บริษัท \$5.6 ล้าน</u>

กรณี		สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
6.	บริษัท Sun Belt กับรัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 1998, N/A, เรียกร้อง \$10bil	Sun Belt เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่ห้ามบริษัทส่งออกน้ำบรรจุขวดจากทะเลสาบภายในประเทศ	ยังไม่ได้เริ่มพิจารณาคดี	
7.	บริษัท Crompton /Chemtura กับรัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2001/2005, UNCITRAL, เรียกร้อง \$100ล้าน	Crompton/Chemtura เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่ทำความตกลงกับกลุ่มบริษัทผู้ผลิตให้ยกเลิกการผลิตสารฆ่าแมลงชื่อ Lindane	(2) (4)	อนุญาโตตุลาการยกฟ้อง
8.	บริษัท Merrill & Ring Forestry กับรัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2006, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$25ล้าน	Merrill & Ring Forestry เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่สั่งห้ามการตัดและส่งออกไม้ธรรมชาติจากแคนาดา	(1) (2)	อนุญาโตตุลาการยกฟ้องแต่รัฐบาลแคนาดาต้องเสียค่าใช้จ่ายครึ่งหนึ่งของค่าใช้จ่ายทั้งหมดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (ประมาณ \$500,000.-)
9.	นาย V.G. Gallo กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2006, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$355.1 ล้าน	นาย V.G. Gallo เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาล รัฐออนแทรีโอที่สั่งห้ามมิให้นาย Gallo ใช้ที่ดินที่เขาซื้อไว้เป็นที่ถกขยะ เพราะได้รับการต่อต้านอย่างมากจากสาธารณชน	(2) (4)	อนุญาโตตุลาการยกฟ้อง แต่รัฐบาลแคนาดาต้องออกเงินค่าใช้จ่ายด้านกฎหมายของตนเองทั้งหมด (ทั้งๆที่บริษัทเป็นคนริเริ่มการฟ้องร้อง)

กรณี		สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
10.	บริษัท Mobil Investments and Murphy Oil กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2007, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$60 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่ออกกฎหมายบังคับให้บริษัทที่จะขุดเจาะน้ำมันในแคนาดาจะต้องให้เงินสนับสนุนการจ้างงาน และการอบรมความรู้ในภาควิจัยและพัฒนา (R&D)	(3)	<u>Mobil ชนะคดี</u> (ไม่เปิดเผยจำนวนเงินที่รัฐบาลแคนาดาต้องชดใช้)
11.	บริษัท Clayton /Bilcon กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2008, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$188 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่สั่งให้มีการตรวจสอบใบอนุญาตให้ระเบิดและส่งออกหินบะซอลต์จากพื้นที่ป่าที่เป็นที่อยู่อาศัยและเพาะพันธุ์สัตว์ป่าที่สำคัญของแคนาดา	(1)	การพิจารณายังไม่สิ้นสุด
12.	บริษัท Georgia Basin กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2008, N/A	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่สั่งให้จำกัดปริมาณการตัดและส่งออกไม้ธรรมชาติจากที่ดินที่บริษัทได้ซื้อไว้	(2) (3) (4)	การพิจารณายังไม่สิ้นสุด
13.	บริษัท Dow Chemical กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2008, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$2 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่สั่งห้ามการจำหน่ายกำจัดศัตรูพืชที่เป็นอันตราย โดยช่วงที่บริษัทเริ่มฟ้อง รัฐอื่นๆ ของแคนาดากำลังจะเริ่มประกาศกฎหมายแบบเดียวกับรัฐควิเบค	Dow Chemical ตัดสินใจถอนฟ้อง รัฐบาลแคนาดาไม่ต้องจ่ายค่าเสียหายให้บริษัท และรัฐต่างๆ ก็ยังสามารถใช้กฎหมายนี้ได้ต่อไป	
14.	บริษัท Malbaie River Outfitters Inc. กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2010, เรียกร้อง \$5 ล้าน	บริษัทของชาวอเมริกันในแคนาดาที่ได้สัมปทานการตกปลา ล่าสัตว์ และให้บริการที่พักในป่าของแคนาดาฟ้องร้องค่าเสียหายจากการที่รัฐบาลแคนาดาเปลี่ยนแปลงระบบการจับฉลากการประมงสัมปทานเหล่านี้ – ในที่สุดผู้ลงทุนก็ถอนฟ้อง		
15.	David Bishop กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2008, เรียกร้อง \$1 ล้าน	เป็นการฟ้องร้องแบบเดียวกับกรณี 14. ซึ่งในที่สุดผู้ลงทุนก็ถอนฟ้อง		

กรณี		สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
16.	บริษัท Abitibi-Bowater Inc. กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2009, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$467.5 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐนิวฟันด์แลนด์ที่สั่งยึดสัมปทานการตัดไม้ การใช้น้ำ และเครื่องมือบางส่วนคืนมาจาก บริษัทภายหลังบริษัทปิดกิจการทำให้คนงานตกงานกว่า 800 คน	(4)	<u>รัฐบาลแคนาดา ยอมความและจ่ายค่าเสียหายให้บริษัท \$122 ล้าน</u>
17.	บริษัท St. Mary's VCNA, LLC กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2011, เรียกร้อง \$275 ล้าน	บริษัทสัญชาติบราซิลซึ่งบริษัทในเครือเป็นเจ้าของบริษัทระเบิดหินในแคนาดา เรียกร้องค่าเสียหายจากการใช้เวลาตรวจสอบการอนุญาตให้บริษัทดำเนินการ	(1) (3) (4)	<u>รัฐบาลแคนาดา ยอมความและจ่ายค่าเสียหายให้บริษัท \$15 ล้าน</u>
18.	บริษัท Lone Pine Resources Inc. กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2012, เรียกร้อง \$241 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากการที่รัฐบาลแคนาดาสั่งห้ามการขุดเจาะก๊าซธรรมชาติด้วยวิธี hydraulic fracking อย่างไม่มีกำหนด	(2) (4)	การพิจารณายังไม่สิ้นสุด
19.	บริษัท Metalclad กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 1996, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$90 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากการที่รัฐบาลเม็กซิโกจะไม่อนุมัติใบอนุญาตดำเนินการถมขยะเป็นพิษหากบริษัทไม่ปรับปรุงแบบการดำเนินการด้านเทคนิค (บริษัทได้รับใบอนุญาตให้ซื้อที่ดินเพื่อตั้งโรงงานแล้ว)	(2) (4)	<u>Metalclad ชนะคดีและได้รับค่าเสียหาย \$16.2 ล้าน</u>
20.	บริษัท Azinian et al. กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 1996, ICSID, เรียกร้อง \$19 ล้าน	ศาลยกฟ้องเนื่องจากบริษัทให้การเป็นเท็จ		
21.	Waste Management กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 1998, ICSID, เรียกร้อง \$60 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลเม็กซิโกเพราะรัฐบาลบอกเลิกสัญญากับบริษัทเนื่องจากการให้บริการของบริษัทไม่ได้มาตรฐาน	(2) (4)	อนุญาตต่อศาลการยกฟ้อง

กรณี	สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
กรณีที่เกี่ยวข้องยา การสาธารณสุขและความปลอดภัยของประชาชน			
22.	Kennex กับ รัฐบาลสหรัฐฯ (USDA) เริ่มฟ้องในปี 2002, UNCITRAL, เรียกร้อง \$20 ล้าน	บริษัทเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลสหรัฐฯ ที่สั่งห้ามการขายสินค้าอาหารของบริษัทที่มีส่วนผสมของกัญชา แต่บริษัทฟ้องชนะรัฐบาลสหรัฐฯ ในศาลชั้นต้นของสหรัฐฯ จึงตัดสินใจไม่ใช้กลไกอนุญาโตตุลาการภายใต้ NAFTA	
23.	Centurion Health กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2008, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$160 ล้าน	บริษัทอ้างว่า ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมในการให้บริการในตลาดประกันสุขภาพในแคนาดา อย่างไรก็ตาม บริษัทไม่ได้วางเงินมัดจำค่าใช้จ่ายในการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จึงไม่ได้มีการเริ่มพิจารณาคดีนี้	
24.	Grand River Enterprises กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2003, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$340 ล้าน	บริษัทเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลสหรัฐฯ ที่สั่งให้บริษัทผู้ผลิตบุหรี่ต้องให้เงินสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยด้วยโรคที่มีสาเหตุมาจากการสูบบุหรี่ ซึ่งอนุญาโตตุลาการยกฟ้อง แต่สั่งให้รัฐบาลสหรัฐฯ ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายด้านกฎหมายเอง เนื่องจากก่อนจะออกกฎหมายนี้ไม่ได้ปรึกษาบริษัทที่จะได้รับผลกระทบเสียก่อน	
25.	Apotex กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2008, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$8 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลสหรัฐฯ ที่ไม่ยอมให้ความกระจ่างเกี่ยวกับสถานะของสิทธิบัตรยาชนิดหนึ่งที่กำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล ทำให้บริษัทคู่แข่งสามารถเริ่มผลิตยาเลียนแบบยาชนิดนั้นได้	(2) (4) อนุญาโตตุลาการยกฟ้อง เพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า สิทธิบัตรยาของ Apotex ถือเป็นการลงทุนชนิดหนึ่ง
26.	CANACAR กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2009, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$6bil	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลสหรัฐฯ ที่ออกระเบียบเรื่องมาตรการความปลอดภัยของรถและการปล่อยควันจากท่อไอเสีย ซึ่งบริษัทอ้างว่า เป็นการกีดกันการให้บริการของบริษัท	(1) (2) การพิจารณายังไม่สิ้นสุด โดยรัฐบาลสหรัฐอนุญาตให้รถโดยสารของบริษัทเข้า-ออกประเทศได้โดยเสรีเป็นเวลา 3 ปี ระหว่าง ค.ศ. 2011-2013

กรณี		สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
27.	Apotex กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2009, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$8 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากการที่องค์การอาหาร และยาของสหรัฐฯ ไม่ยอมอนุมัติให้บริษัทผลิต ยาเลียนแบบ (generic drug) ยาของอีกบริษัท หนึ่ง	(1) (2) (4)	อนุญาโตตุลาการ ยกฟ้อง เพราะไม่ สามารถพิสูจน์ได้ ว่า สิทธิบัตรยา ของ Apotex ถือ เป็นการลงทุน ชนิดหนึ่ง
28.	Apotex กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 2012, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$520 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลสหรัฐฯ โดยอ้างว่า รัฐบาลตรวจสอบมาตรฐานวัตถุอันตรายของ บริษัทอย่างเข้มงวดเกินความจำเป็นและไม่เป็น ธรรม	(2)	การพิจารณายังไม่ สิ้นสุด
29.	Detroit International Bridge Co. กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2010, เรียกร้อง \$3.5 bil	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่ออก กฎหมายใหม่ ให้อำนาจรัฐบาลในการ ตรวจสอบมาตรฐานในการก่อสร้างสะพานและ อุโมงค์สาธารณะ รวมทั้งให้รัฐบาลสามารถ บริหารจัดการการจราจรได้เต็มที่เพื่อประโยชน์ ของสาธารณะ	(2) (4)	การพิจารณายังไม่ สิ้นสุด
30.	Eli Lilly & Co. กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2013 เรียกร้อง \$481 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่กำลังจะ พิจารณายกเลิกสิทธิบัตรยาของบริษัทเนื่องจาก ตรวจพบว่าไม่สามารถให้ผลการรักษาได้อย่างที่ กล่าวอ้าง	(1) (2) (4)	การพิจารณายังไม่ สิ้นสุด
31.	Corn Products International กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่ม ฟ้องในปี 2003, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$325 ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลเม็กซิโกโดยอ้าง ว่า การเก็บภาษีเครื่องดื่มน้ำที่ใส่สารให้ความหวาน ของบริษัททั้ง 3 แต่ไม่เรียกเก็บภาษีจาก เครื่องดื่มที่ใช้น้ำตาลธรรมชาติเป็นสารให้ความ หวาน เป็นการกีดกันทางการค้า	(1)	<u>Corn Products</u> <u>ชนะคดีและได้รับ</u> <u>ค่าเสียหาย</u> <u>\$58.4 ล้าน</u>
32.	ADM Tate & Lyle กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 2003, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$100 ล้าน		(2) (4)	<u>ADM ชนะคดี</u> <u>และได้รับ</u> <u>ค่าเสียหาย</u> <u>\$37 ล้าน</u>
33.	Cargill กับ รัฐบาล เม็กซิโก		(1) (2) (3)	<u>Cargill ชนะและ</u> <u>ได้รับค่าเสียหาย</u>

กรณี		สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
	เริ่มฟ้องในปี2004, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$100ล้าน			<u>\$90.7 ล้าน</u>
กรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายพลังงาน				
34.	Mesa Power Group กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2011, N/A, เรียกร้อง \$746ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่อุดหนุนสินค้าจากบริษัทผู้ผลิตพลังงานลมและแสงอาทิตย์ที่ใช้อุปกรณ์ที่ผลิตในท้องถิ่น (เพื่อสนับสนุนการใช้พลังงานหมุนเวียน)	(1) (2) และ Most-favored Nation	การพิจารณายังไม่สิ้นสุด
35.	Mercer กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2012, N/A, เรียกร้อง \$241ล้าน	เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่อนุญาตให้บริษัทสัญชาติแคนาดาสามารถซื้อไฟฟ้าในราคาถูกและนำมาขายต่อในราคาแพงได้ ในขณะที่บริษัทต่างชาติไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าว	(1) (2) และ Most-favored Nation	การพิจารณายังไม่สิ้นสุด
36.	Windstream Energy LLC กับ รัฐบาลแคนาดา เริ่มฟ้องในปี 2012, N/A, เรียกร้อง \$457ล้าน		(1) (2) (4)	การพิจารณายังไม่สิ้นสุด
กรณีฟ้องร้องเพื่อกลับคำพิพากษาของศาลท้องถิ่น หรือการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุน				
37.	Loewen กับ รัฐบาลสหรัฐฯ เริ่มฟ้องในปี 1998, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$725ล้าน	ขอให้กลับคำพิพากษาของศาลรัฐมิสซูรี (นับเป็นกรณีแรกที่บริษัทขอให้ <u>อนุญาโตตุลาการในกรอบ NAFTA พิจารณา</u> <u>กลับคำพิพากษาของศาลในประเทศ</u> <u>ซึ่งเกี่ยวกับอำนาจของ NAFTA ว่ามีเหนือ</u> <u>อำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศสมาชิกหรือไม่</u>)	(1) (2) (4)	อนุญาโตตุลาการยกฟ้อง
38.	Bayview Irrigation กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 2004, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$554ล้าน	บริษัทใช้น้ำจากแม่น้ำสายเดียวกับที่หล่อเลี้ยงชุมชนเม็กซิโกอยู่ เมื่อรัฐบาลท้องถิ่นเม็กซิโกผันลำน้ำออกจากเส้นทางน้ำเดิม บริษัทจึงเรียกร้องค่าเสียหาย	(4)	อนุญาโตตุลาการยกฟ้อง

กรณี	สรุปข้อพิพาท	ประเด็นที่ฟ้องร้อง	ผล
กรณีพิพาททางการเงินที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของประชาชน			
39.	Fireman's Fund กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 1999, ผ่าน ICSID, เรียกร้อง \$50 ล้าน	บริษัทอ้างว่าไม่ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐบาลเม็กซิโกเหมือนกับที่บริษัทสัญชาติเม็กซิโกได้รับความช่วยเหลือในเหตุการณ์วิกฤตทางการเงิน	(2) (4)
40.	GAMI Investment กับ รัฐบาลเม็กซิโก เริ่มฟ้องในปี 2001, ผ่าน UNCITRAL, เรียกร้อง \$55 ล้าน	บริษัทเรียกร้องค่าเสียหายจากนโยบายรัฐบาลเม็กซิโกที่ให้บริษัทจ่ายเงินอุดหนุนคนงานในโรงงานผลิตน้ำตาล โดยรัฐบาลให้เหตุผลว่าเป็นการช่วยเหลือผู้ได้รับผลกระทบจากการเปิดการค้าเสรีสินค้าน้ำตาลภายใต้ NAFTA นอกจากนี้รัฐบาลเม็กซิโกยังยึดโรงงานของบริษัทที่ต้องปิดตัวลงด้วยปัญหาระหนี้สิน (เพื่อให้ความช่วยเหลือคนงานชาวเม็กซิโกที่ได้รับผลกระทบจากกรณีดังกล่าว)	(2) (3) (4)
		อนุญาโตตุลาการยกฟ้อง	

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่า จำนวนข้อพิพาทที่เอกชนเป็นฝ่ายชนะคดีนั้นมีอยู่น้อยมาก เมื่อเทียบกับจำนวนคดีทั้งหมดที่อนุญาโตตุลาการรับคำฟ้อง อย่างไรก็ตาม มูลค่าความเสียหายที่รัฐบาลต้องจ่ายให้เอกชนทั้งหมดกว่า 200 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในจำนวนนี้เป็นภาระผู้เสียหายของรัฐบาลเม็กซิโกและแคนาดาเกือบทั้งหมด

นอกจากนี้ สำหรับคดีที่อนุญาโตตุลาการตัดสินยกคำร้อง ฝ่ายรัฐที่ถูกฟ้องก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายได้การสู้คดีไปแล้วจำนวนมาก ที่ก็เป็นภาระของผู้เสียหายเช่นกัน

ต่อไปนี้เป็นข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับบางคดีที่ตัดสินตามบทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้า

(1) คดี Metalclad v. Mexico

บริษัท Metalclad เป็นบริษัทข้ามชาติอเมริกันซึ่งมีบริษัทลูก (subsidiary) ในเม็กซิโกได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางให้ลงทุนประกอบกิจการกำจัดขยะมูลพิษในเขต Guadalcázar หลังจากเริ่มก่อสร้างบริษัท Metalclad ได้รับแจ้งจากเทศบาลเมืองว่าการก่อสร้างจะต้องขออนุญาตจากเทศบาล บริษัท Metalclad จึงดำเนินการขออนุญาต แต่ถูกปฏิเสธใบอนุญาต โดยที่บริษัทไม่มีโอกาสได้มีส่วนร่วมในกระบวนการและนายกเทศมนตรีได้ออกประกาศให้เขตก่อสร้างเป็นเขตอนุรักษ์ทำให้การก่อสร้างต้องหยุดชะงักและบริษัทไม่สามารถดำเนินกิจการได้อีกต่อไป

บริษัท Metaclad ได้ยื่นฟ้องว่าการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการผิดพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ (Article 1105 - Minimum standard of treatment) และการเวนคืน (Article 1110 - Expropriation) ตามความตกลงนาฟต้า

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า รัฐบาลเม็กซิโกละเมิดพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำเนื่องจากเทศบาลเมืองไม่มีอำนาจพิจารณาในการออกใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับการประเมินเรื่องสิ่งแวดล้อมและโดยที่รัฐบาลกลางได้ให้ความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนว่าเหลือเพียงการขอรับใบอนุญาตจากรัฐบาลกลางเท่านั้น แสดงให้เห็นว่ารัฐบาลเม็กซิโกขาดกฎระเบียบที่ชัดเจนในการออกใบอนุญาต ไม่มีการแจ้งให้แก่บริษัททราบเกี่ยวกับการพิจารณาการออกใบอนุญาตทำให้ขาดความโปร่งใส (transparency) ในการบริหารราชการและสร้างความคาดหวังโดยชอบธรรม (legitimate expectations) แก่ผู้ลงทุนว่าจะสามารถดำเนินกิจการได้นอกจากนี้ มาตรการของรัฐบาลเม็กซิโกซึ่งออกประกาศเรื่องเขตอนุรักษ์ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากบริษัทไม่สามารถดำเนินกิจการได้อีกต่อไปทำให้การลงทุนของบริษัทสูญเสียมูลค่าโดยสิ้นเชิง

มีข้อสังเกตว่า คณะอนุญาโตตุลาการตีความพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำแบบกว้าง โดยชี้ว่ามาตรฐานดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งหมายรวมถึงความโปร่งใสในทุกขั้นตอนและกระบวนการขออนุญาตรับการลงทุนซึ่งต้องมีความชัดเจนและสร้างความแน่นอนให้กับนักลงทุน และในส่วนของการประเมินการเวนคืน คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้ความสำคัญกับมาตรการของรัฐที่เป็นการแทรกแซงครอบครองส่งผลให้การดำเนินกิจการต้องยุติลง และแม้จะเป็นมาตรการสาธารณะประโยชน์ด้านสิ่งแวดล้อม รัฐบาลเม็กซิโกมิได้มีการชดเชยตามพันธกรณีเวนคืน

คณะอนุญาโตตุลาการมิได้มีการพิจารณาวัตถุประสงค์ของมาตรการรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาทรัพยากรสิ่งแวดล้อมและสุขภาพประชาชน แม้จะมีประเด็นว่า ดินในพื้นที่บริเวณดังกล่าวอาจทำให้ขยะมลพิษแทรกซึมลงสู่แหล่งน้ำได้ง่าย นอกจากนี้ เขตดังกล่าวยังถือเป็นเขตที่มีความหลากหลายทางชีวภาพอย่างใดก็ได้ โดยที่ผลการศึกษาของมหาวิทยาลัย San Luis Potosi ได้บ่งชี้ในทางตรงกันข้ามว่าพื้นที่ดังกล่าวเหมาะสำหรับการกำจัดขยะมลพิษ จึงอาจเป็นอีกตัวแปรที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมิได้มีการพิจารณาในประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม

(2) คดี Methanex Corp. v. U.S.A

บริษัท Methanex เป็นบริษัทข้ามชาติแคนาดา ผู้ผลิตและจัดจำหน่ายสารเคมี Methanol รายใหญ่ ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลสหรัฐอเมริกา จากการที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกกฎหมายห้ามใช้และจำหน่ายน้ำมันไร้สารตะกั่วที่มีส่วนผสมของสาร MTBE ซึ่งมีสารเคมี Methanol เป็นส่วนประกอบสำคัญ รัฐบาลสหรัฐได้ชี้แจงว่ามาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเนื่องจากสาร MTBE เป็นสารที่อาจปนเปื้อนในน้ำซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพประชาชนและสิ่งแวดล้อม บริษัท Methanex ได้แย้งว่า กฎหมายดังกล่าวละเมิดสามพันธกรณีภายใต้ความตกลงนาฟต้า ได้แก่ การเวนคืน มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยเฉพาะเป็นไปเพื่อปกป้องอุตสาหกรรม Ethanol ของสหรัฐ

คณะอนุญาโตตุลาการได้ยกฟ้องข้อกล่าวหาดังกล่าวของบริษัท โดยให้เหตุผลว่า กฎระเบียบที่มีได้มีการเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory regulations) และเป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์ (public purpose) อาทิ กฎหมายเพื่อสิ่งแวดล้อมไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม และไม่ผิดพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้กับผู้ผลิต Methanol ในสหรัฐ เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ กระบวนการออกกฎหมายดังกล่าวมีความโปร่งใสและได้รับการสนับสนุนโดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (scientific evidence) โดยในส่วนของพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ว่า ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้เชื่อมโยงการผิดพันธกรณีใดๆ ภายใต้ความตกลงให้ถือว่าเป็นการละเมิดการปฏิบัติที่เท่าเทียม และเป็นธรรมต่อนักลงทุน และโดยที่สหรัฐมิได้ละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จึงยังไม่มี การละเมิดพันธกรณีดังกล่าว

มีข้อสังเกตว่า ข้อพิพาทดังกล่าวถือเป็นกรณีตัวอย่างที่มีการใช้ความเห็นบุคคลที่สาม (amicus curiae brief) ซึ่งมีใช้การใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่มีการใช้โดยทั่วไปในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเพิ่ม การมีส่วนร่วมขององค์กรอิสระในการให้ความเห็นในส่วนที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยในกรณีพิพาทดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้ความเห็นที่ยื่นโดย Earthjustice ซึ่งเป็นองค์กรอิสระด้านสิ่งแวดล้อมประกอบคำ ตัดสิน

ความเห็นของบุคคลฝ่ายที่สาม อาจมีการหยิบยกเพื่อเสนอให้มีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้บทลงทุนของความตกลงที่พีพี บทลงทุนของความตกลงที่พีพี ได้มีการระบุชัดเจนภายใต้พันธกรณี มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุน ที่สอดคล้องกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการของข้อพิพาท ดังกล่าว กล่าวคือ ให้ช้อยกเว้นเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีใดๆ ในความตกลงที่พีพี หรือความตกลงอื่นๆ จะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำโดยอัตโนมัติ

(3) คดี Ethyl Corp. v. Canada

ในปี ค.ศ. 1997 รัฐบาลแคนาดาได้ห้ามการขนส่งและนำเข้าสาร MMT ระหว่างจังหวัดในแคนาดา ซึ่ง MMT เป็นสารเคมีที่เติมอยู่ในน้ำมันเชื้อเพลิง ซึ่งบริษัท Ethyl บริษัทสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ผลิต เนื่องจาก ความกังวลด้านสุขภาพประชาชนและสิ่งแวดล้อม โดยรัฐบาลแคนาดาชี้แจงว่า รถยนต์ที่ใช้น้ำมันเชื้อเพลิงซึ่ง มีสารเคมีดังกล่าวเป็นอันตรายต่อร่างกาย โดยเฉพาะระบบประสาทหากมีการสูดหายใจเป็นปริมาณมาก เนื่องจากมีส่วนประกอบของแมงกานีสและอาจก่อให้เกิดโรคที่คล้ายคลึงกับโรค Parkinson ได้ โดยสาร MMT ได้ถูกห้ามใช้ในหลายประเทศพัฒนาแล้วและในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ยังไม่มี หลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนที่เพียงพอว่าสาร MMT เป็นอันตรายต่อสุขภาพ

บริษัท Ethyl ได้ยื่นฟ้องภายใต้กฎ UNCITRAL rules ว่ามาตรการของรัฐบาลแคนาดาเป็นการผิด พันธกรณีเวนคืน การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน เนื่องจากมาตรการดังกล่าวทำให้ บริษัทสูญเสียรายได้จากการลงทุน เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่มีการห้ามสำหรับผู้ผลิตภายในประเทศและ ส่งผลให้บริษัท Ethyl ต้องสร้างโรงงานผลิตในทุกจังหวัดของแคนาดา เนื่องจากไม่สามารถขนส่งสินค้าข้าม จังหวัดได้

คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาตัดสินในประเด็นเรื่อง เขตอำนาจศาล (jurisdiction) ซึ่งแคนาดาได้ท้วงในเรื่องกระบวนการยื่นฟ้องของบริษัท Ethyl ซึ่งไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของบทลงทุน (Chapter 11) ภายใต้ความตกลงนาฟต้า โดยคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า ไม่มีมูลเพียงพอ จึงทำให้การพิจารณาข้อพิพาทมิได้เป็นการละเมิดพันธกรณี คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทำให้แคนาดายอมความ โดยยอมที่จะยกเลิกมาตรการดังกล่าว โดยจ่ายค่าชดเชยให้บริษัท Ethyl เป็นจำนวน 19 ล้านดอลลาร์ และออกประกาศว่าสาร MMT มิได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อม

มีข้อสังเกตว่า การที่แคนาดาไม่สามารถออกมาตรการห้ามการใช้สารเคมีบางชนิดที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมได้ทันที ชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่ชัดเจนของความตกลงการค้าระหว่างประเทศต่อการบังคับใช้มาตรการของรัฐ แม้จะเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุขประโยชน์ อีกทั้งมีข้อสังเกตได้ว่า ความตกลงการค้าระหว่างประเทศยังสามารถบังคับใช้กับการใช้มาตรการของรัฐ และการออกกฎหมายภายใน ซึ่งรวมถึงกฎหมายด้านสุขอนามัยและสิ่งแวดล้อม ที่กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งมีนัยของการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐ (state sovereignty) อย่างเห็นได้ชัด

(4) คดี S.D Myers, Inc. v. Canada

บริษัท SDMI เป็นบริษัทข้ามชาติสหรัฐอเมริกาลงทุนในเรื่องการบำบัดสารเคมี Polychlorinated biphenyl (PCB) ซึ่งเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ได้ลงทุนในแคนาดาเพื่อนำเข้าสารเคมีดังกล่าวมาบำบัดในสหรัฐฯ ในปี ค.ศ. 1980 รัฐบาลสหรัฐฯได้ปิดพรมแดนสำหรับการเคลื่อนย้ายสารเคมีดังกล่าว แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 บริษัท SDMI ก็ได้รับอนุญาตให้นำเข้าสาร PCB เพื่อมาบำบัดในสหรัฐฯอีกครั้ง หลังจากนั้นไม่นานแคนาดาได้ออกประกาศห้ามส่งออกสารเคมีดังกล่าว ทำให้บริษัท SDMI ไม่สามารถดำเนินกิจการได้

บริษัท SDMI ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลแคนาดาตามความตกลงนาฟต้า ภายใต้กฎ UNCITRAL rules ว่า การกระทำของรัฐบาลแคนาดาเป็นการแทรกแซงการดำเนินกิจการ สร้างความเสียหายให้กับธุรกิจและโอกาสการลงทุนในแคนาดา เป็นการละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ เนื่องจากการออกประกาศดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองนักลงทุนภายในประเทศ และถือเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และไม่เท่าเทียม

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า มาตรการของรัฐบาลแคนาดาไม่ได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง แต่เพื่อปกป้องนักลงทุนและธุรกิจภายในประเทศจากการแข่งขันจากธุรกิจของสหรัฐฯ ส่งผลให้บริษัท SDMI ไม่สามารถดำเนินกิจการในแคนาดาได้ และโดยที่การกระทำของรัฐบาลแคนาดาถือเป็นการปฏิบัติที่ไม่มีความชอบธรรม (unjust) และไม่มีหลักเกณฑ์ (arbitrary) ซึ่งเพียงพอที่จะถือเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุนตามมุมมองสากล ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ไม่มีการละเมิดพันธกรณีเวนคืนและการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน

7.2.2 เปรียบเทียบคดีที่มีการฟ้องร้อง

ในบรรดาคดีที่มีการฟ้องร้องกันตามบทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้า มีความคล้ายคลึงกันบางประการ ได้แก่

(1) คดีส่วนใหญ่เป็นกรณีที่บริษัทเอกชนฟ้องร้องรัฐ ในประเด็นไม่ได้รับความเป็นธรรมตามหลัก National Treatment/Most-Favoured Nation/Performance Requirements/Fair and Equitable Treatment โดยคดีดังกล่าวมีเกี่ยวกับการเวนคืนกิจการ (expropriation) บ้างในบางคดี แต่ไม่ปรากฏว่ามีเอกชนรายใดประสบความสำเร็จในการฟ้องร้องคดีในประเด็นดังกล่าว

(2) ตั้งแต่กลางคริสต์ทศวรรษที่ 2000 เป็นต้นมา รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนมักจะถูกตัดสินให้ชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการด้านกฎหมายเองทั้งหมด แม้ว่ารัฐบาลจะไม่ได้เป็นฝ่ายแพคดีก็ตาม ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นเงินจำนวนมาก ก่อให้เกิดภาระที่หนักมากสำหรับประเทศกำลังพัฒนา

(3) ถึงแม้ว่าดูเผินๆ แล้วข้อพิพาทในคดีเหล่านั้นมีลักษณะบางประการที่คล้ายกัน โดยอาจจำแนกแยกย่อยออกได้เป็นกลุ่มๆ แต่รายละเอียดของข้อพิพาทของแต่ละคดีก็มีความแตกต่างกันอย่างมาก ทั้งในแง่การปฏิบัติของฝ่ายรัฐ และที่เกี่ยวกับการปฏิบัติของฝ่ายเอกชน ดังนั้น หากศึกษารายละเอียดและมองกรณีพิพาทต่างๆ อย่างเป็นธรรม ก็อาจเรียกได้ว่า อนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดคดีเหล่านั้นได้ตัดสินคดีด้วยความระมัดระวังอย่างมากแล้ว

7.2.3 ข้อสังเกต

จากการศึกษาคดีที่ตัดสินตามความตกลงนาฟต้า อาจตั้งเป็นข้อสังเกตได้ดังนี้

(1) ผู้เสียหายจำเป็นต้องมารวมออกค่าใช้จ่ายการดำเนินคดีของฝ่ายรัฐ ทั้งๆ ที่การฟ้องร้องคดีโดยนักลงทุนเอกชนมีมูลค่าไม่เพียงพอ แต่รัฐก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดี ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นเงินภาษีอากรของประชาชน

(2) กระบวนพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) และความตกลงที่คู่พิพาทในคดีทำไว้ต่อกันเป็นหลัก **ลักษณะความเห็นของตุลาการยอมเป็นไปตามมาตรฐานจริยธรรมและหลักการที่ประเทศตะวันตกยึดถือและให้ความสำคัญ** ตัวอย่างเช่น ประเด็นว่าสิ่งใดเป็นความถูกต้อง-ผิด สิ่งใดคือความยุติธรรม และสิ่งใดคือความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายต่อสังคม เป็นต้น ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวมักเป็นสิ่งที่บริษัทข้ามชาติ (ผู้ลงทุน) ให้ความสำคัญ แต่**ก็หาได้หมายความว่า มาตรฐานนั้นจะเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับกันในสังคมไทย ซึ่งรัฐบาลไทยจะต้องทำความเข้าใจเรื่องเหล่านี้ให้ถ่องแท้ก่อนจะตัดสินใจเชิงนโยบาย** อย่างไรก็ตาม ไทยคงจะถูกพัฒนาการเชิงเศรษฐกิจระหว่างประเทศบีบบังคับให้เปลี่ยนแปลงไปตามกระแสความเชื่อส่วนใหญ่ในโลกในที่สุด ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าไทยมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจกับประเด็นต่างๆ เหล่านี้โดยเร็ว

7.3 กรณีศึกษา: การฟ้องร้องคดีตามความตกลงอื่น

มีคดีข้อพิพาทที่น่าสนใจที่มีการฟ้องร้องกันตามความตกลงทวิภาคีอื่น โดยจะนำมากล่าวแสดงไว้พอสังเขปดังนี้

(1) คดี Tecmed S.A. v. Mexico

บริษัท Tecmed เป็นนิติบุคคลสัญชาติสเปนซึ่งมี subsidiary ในเม็กซิโกได้ประมวลทรัพย์สินและที่ดินเพื่อลงทุนในโครงการบริหารจัดการกำจัดขยะ และได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินกิจการดังกล่าวจากรัฐบาลเม็กซิโกในปี ค.ศ. 1996 โดยใบอนุญาตเดิมซึ่งไม่มีการจำกัดอายุเวลาได้ถูกเปลี่ยนเงื่อนไขให้ต้องมีการต่ออายุทุกปี ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 รัฐบาลเม็กซิโกได้ยุติที่จะให้บริษัทต่ออายุใบอนุญาตเป็นเหตุให้บริษัทไม่สามารถดำเนินกิจการต่อได้

บริษัท Tecmed ได้ยื่นฟ้องว่าการกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการผิดพันธกรณีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Fair and Equitable Treatment - FET) การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) ตามความตกลงทวิภาคีระหว่าง Mexico-Spain Bilateral Investment Treaty ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 1996

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐบาลเม็กซิโกละเมิดทั้งสองพันธกรณี กล่าวคือ

- การยกเลิกการต่ออายุใบอนุญาตทำให้การลงทุนในกิจการดังกล่าวต้องยกเลิกโดยปริยาย และทำให้บริษัท Tecmed ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินที่ได้จากการประมวลลงทุนทำกิจการอื่นๆ นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์สาธารณะประโยชน์ (unreasonable proportionality to the interest protected) แม้รัฐบาลเม็กซิโกจะอ้างว่าเพื่อเป็นการรักษาสิ่งแวดล้อม เนื่องจากแม้บริษัท Tecmed จะละเมิดระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมบางประเภท แต่มีสาเหตุที่แท้จริงที่ทำให้บริษัทถูกปฏิเสธที่จะได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการต่อ โดยคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าสาเหตุหลักมาจากเหตุผลทางการเมืองมากกว่าเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม ทำให้บริษัทต้องสูญเสียมูลค่าของทรัพย์สินจึงถือเป็นการละเมิดพันธกรณีเวนคืนทางอ้อม
- การกระทำของรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการกระทำที่ขาดความชัดเจน แน่นนอน และโปร่งใส (ambiguous, uncertain and non-transparent) โดยรัฐบาลเม็กซิโกได้สัญญาที่จะให้บริษัทดำเนินการต่อจนกระทั่งสามารถหาพื้นที่ทดแทนให้กับบริษัทได้และจะได้รับใบอนุญาตใหม่ แต่ในความเป็นจริงกลับไม่มีการต่ออายุใบอนุญาตเพื่อให้บริษัทสามารถดำเนินการต่อในพื้นที่เดิมได้จึงถือเป็นการละเมิดพันธกรณีปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ

มีข้อสังเกตว่า แม้ไม่มีข้อยกเว้นเรื่องสิ่งแวดล้อมภายใต้ความตกลง คณะอนุญาโตตุลาการยังคงพิจารณาถึงความเหมาะสมสำหรับมาตรการของรัฐที่ใช้เพื่อปกป้องสาธารณะประโยชน์ว่ามีความจำเป็นหรือ

เกินกว่าเหตุหรือไม่ (proportionality test) และเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่แท้จริง (good faith application) นอกจากนี้ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Fair and Equitable Treatment - FET) ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการพิจารณาคือความชัดเจนและความโปร่งใสของมาตรการของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับประเด็นความคาดหวังโดยชอบธรรม (legitimate expectations) ของนักลงทุน ซึ่งต้องอาศัยความโปร่งใสและความต่อเนื่องของการบริหารราชการของรัฐ (public administration)

(2) คดี Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic

บริษัท Vivendi เป็นนักลงทุนสัญชาติฝรั่งเศสซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ (94.4%) ในบริษัทอาร์เจนตินา (CAA) ได้เซ็นสัญญาสัมปทานเป็นเวลาสามสิบปี เพื่อลงทุนทำให้บริการสาธารณูปโภคน้ำประปาและกำจัดของเสียในอาร์เจนตินา โดยต่อมาได้ถูกรัฐบาลท้องถิ่นซึ่งเป็นรัฐบาลใหม่คัดค้านโครงการดังกล่าว โดยออกมาตรการบังคับให้ผู้ลงทุนลดภาษีชั่วคราวและไม่ชำระค่าบริการ โดยอ้างว่าพบสารปนเปื้อนในน้ำดื่มซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน ส่งผลให้บริษัท Vivendi ไม่สามารถจัดเก็บค่าบริการได้ โดยทั้งสองฝ่ายพยายามเจรจาต่อรองสัญญาสัมปทานเดิม ซึ่งไม่เป็นผลสำเร็จ บริษัท Vivendi จึงขอยกเลิกสัญญาในปี ค.ศ. 1997 แต่กลับถูกบังคับให้ให้บริการจนถึงเดือนตุลาคมปี ค.ศ. 1998

บริษัท Vivendi ได้ยื่นฟ้องว่า การกระทำของรัฐบาลอาร์เจนตินาเป็นการผิดพันกรณีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Fair and Equitable Treatment - FET) และการเวนคืน (Expropriation) ทรัพย์สินในส่วนที่บริษัท Vivendi ไม่สามารถจัดเก็บรายได้

คณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ ว่ามิได้จำกัดเพียงตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเฉพาะเรื่องหลักประกันที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (denial of justice) และรวมถึงการเข้าแทรกแซงอย่างเป็นรูปธรรม (physical interference) การเข้าแทรกแซงของรัฐบาลอาร์เจนตินา ที่พยายามทำให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะ และบีบบังคับให้บริษัท Vivendi เจรจาสัญญาใหม่เพียงพอที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวเข้าข่ายผิดพันกรณีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (FET)

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังวินิจฉัยว่า สิทธิในสัญญาสัมปทาน (contractual rights) ถือเป็นการลงทุนประเภทหนึ่ง ซึ่งสามารถถูกเวนคืนได้ และมาตรการต่างๆ ที่ออกโดยรัฐบาลท้องถิ่น ส่งผลกระทบต่อมูลค่าของการลงทุนโครงการดังกล่าว และมีได้ให้ทางเลือกที่เหมาะสมต่อนักลงทุน การเวนคืนในลักษณะดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากไม่มีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่เจ้าของกิจการ

(3) คดี Santa Elena v. Republic of Costa Rica

บริษัท Compania Del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) ซึ่งเป็นบริษัทสหรัฐอเมริกาซึ่งก่อตั้งในประเทศคอสตาริกา ได้ลงทุนซื้อที่ดินในปี ค.ศ. 1970 เพื่อทำธุรกิจท่องเที่ยว ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลคอสตาริกาได้ออกประกาศ (decree) เว้นคืนที่ดินดังกล่าว ด้วยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม โดยเสนอค่าชดเชยเป็นจำนวนเงิน 1,900,000 ดอลลาร์สหรัฐ บริษัท CDSE ได้แย้งเรื่องค่าชดเชย ซึ่งจากการประเมินของบริษัทว่ามีมูลค่า 6,400,000 ดอลลาร์สหรัฐ ข้อพิพาทดังกล่าวมีการฟ้องร้องต่อศาลภายในประเทศ

คอสตาริกา ใช้เวลาถึง 20 ปี โดยไม่มีข้อยุติ จนในปี ค.ศ. 1995 บริษัท CDSE ได้นำข้อพิพาทดังกล่าวฟ้องร้องภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น หรือ ICSID เรียกร้องค่าชดเชยจากมูลค่าตามตลาดปัจจุบัน รวมทั้งดอกเบี้ย

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการออกประกาศดังกล่าวถือเป็นการเวนคืน เนื่องจากบริษัท CDSE สามารถใช้ที่ดินเพื่อดำเนินกิจการลงทุนได้ต่อไป และโดยที่การเวนคืนเกิดขึ้นนับจากวันออกประกาศ การประเมินมูลค่าทรัพย์สินจึงเป็นไปตามมูลค่า ณ เวลานั้น โดยประเมินมูลค่าทรัพย์สินเป็นจำนวนเงิน 4,150,000 ดอลลาร์สหรัฐ และดอกเบี้ยเป็นจำนวนเงิน 11,850,000 ดอลลาร์สหรัฐ

มีข้อสังเกตว่า แม้ข้อพิพาทดังกล่าวจะมีได้เป็นการฟ้องร้องภายใต้ความตกลงการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากทั้งสองฝ่ายมิได้มีความตกลงระหว่างกัน แต่ถือเป็นอีกตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นถึงผลกระทบของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการฟ้องร้องรัฐ โดยในกรณีดังกล่าวเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ ท้าทาย (challenge) การใช้ดุลยพินิจ (discretion) ของรัฐ ในการพิจารณาจ่ายค่าชดเชย ทำให้รัฐสูญเสียอำนาจอธิปไตยในเรื่องดังกล่าว

ภายใต้ข้อพิพาทดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการมีการใช้หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งชี้ว่ากฎหมายภายในของประเทศคอสตาริกา เรื่องการประเมินมูลค่าทรัพย์สินและกำหนดการจ่ายค่าชดเชย เป็นไปตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในกรณีที่กฎหมายสองประเภทมีความขัดแย้งกัน กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีอำนาจเหนือ¹ ข้อพิพาทดังกล่าวมีนัยของการลดบทบาทของกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศ โดยเฉพาะในกรณีที่ศาลยุติธรรมภายในไม่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ที่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งนับเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศไทย

7.4 กรณีศึกษา: การฟ้องร้องคดีตามกฎหมายไทย

คดี Walter Bau v. Kingdom of Thailand เป็นกรณีตัวอย่างของข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐที่เกิดขึ้นในประเทศไทย บริษัท Walter Bau เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในเยอรมนี และเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นในบริษัทดอนเมืองโทลเวย์ ซึ่งเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานในโครงการทางด่วนโทลล์เวย์

¹ “The Tribunal established that Costa Rican laws relating to the appraisal and valuation of expropriated property were generally consistent with the accepted principles of public international law on the same subject (the Tribunal did not name these principles). The Tribunal ruled that to the extent that there may be any inconsistency between the two bodies of law, the rules of public international law must prevail. Thus, international law was “controlling” in the dispute.” Case Summary *Compania Del Desarrollo de Santa Elena v. Republic of Costa Rica*, S Ripinsky with K Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, 2008) (p.3).

บริษัท Walter Bau ได้ยื่นฟ้องว่าการกระทำของรัฐบาลไทย เข้าข่ายเป็นการผิดพันธกรณีความคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงสองพันธกรณีหลัก ได้แก่ การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation) และมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Fair and Equitable Treatment Standard, FET) โดยอ้างว่า การออกมาตรการของรัฐบาลไทย ด้วยการไม่ยอมอนุมัติให้ปรับขึ้นค่าผ่านทางตลอดระยะเวลากว่าสิบปี การปรับลดค่าผ่าน ซึ่งส่งผลทำให้รายได้จากค่าผ่านทางในโครงการดอนเมืองโทลล์เวย์ไม่เป็นไปตามกรอบความตกลงในสัญญาสัมปทาน และทำให้บริษัท Walter Bau AG ซึ่ง เป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้รับสัมปทาน ไม่ได้รับเงินปันผล) ส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้ หรือการได้รับประโยชน์เชิงเศรษฐศาสตร์ในทรัพย์สินของเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การกระทำของรัฐบาลไทยไม่เข้าข่ายผิดพันธกรณีการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากบริษัทดอนเมืองโทลเวย์ ยังคงดำเนินกิจการตามปกติ แม้ผลกำไรจะลดลงไปบ้าง โดยรัฐบาลไทยไม่ได้เข้าควบคุมหรือแทรกแซงการดำเนินการของบริษัท และได้พยายามที่จะเจรจาแก้ไขปัญหาเพื่อลดการขาดทุนของบริษัท

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลไทยเข้าข่ายผิดพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ โดยใช้ประเด็นความคาดหวังโดยชอบธรรม (legitimate expectations) ของนักลงทุน ในการตัดสินใจลงทุนเป็นบรรทัดฐาน และโดยที่รัฐบาลไทยได้พยายามดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในการสร้างทางด่วนโทลเวย์ ซึ่งเป็นโครงการที่รัฐบาลสนับสนุน โดยได้สร้างความคาดหวังให้นักลงทุนในเรื่องกำไรผลตอบแทนที่จะได้รับในระยะยาว ผู้ลงทุนได้มีการคำนวณผลกำไรที่จะได้รับจากโครงการดังกล่าว จึงเกิดการเซ็นสัญญาขึ้น

นอกจากนี้ ผู้ลงทุนจึงย่อมมีความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าภายหลังจากที่เข้ามาลงทุนสร้างทางพิเศษโทลเวย์นี้แล้ว รัฐบาลจะไม่ออกมาตรการหรือดำเนินการใดๆ ที่จะส่งผลทำให้การสัญจรบนถนนวิภาวดีรังสิตน่าดึงดูดใจมากกว่าการใช้ทางด่วนโทลเวย์ และภายหลังจากที่ให้สัมปทานสร้างทางด่วนโทลเวย์ รัฐบาลได้ปรับปรุงการจราจรทั้งบนถนนวิภาวดีและบริเวณรอบๆ ให้ดีขึ้น รวมถึงมีการตัดถนนคู่ขนาน (local road) ทำให้การจราจรด้านล่างไม่ติดขัดเหมือนก่อน ซึ่งเป็นการลดโอกาสที่เอกชนผู้ลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุน ตามที่คาดหมายไว้แต่เดิม

7.5 สรุปการวิเคราะห์คำวินิจฉัยคดีพิพาทต่างๆ

ประเด็นเรื่องความคาดหวังโดยชอบธรรม (legitimate expectations) ของผู้ลงทุนอาจถือเป็นมาตรฐานตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law)² ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวถือเป็นหลักสำคัญซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการในหลายๆ คดี ใช้ในการพิจารณาว่า รัฐได้กระทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ ดังนั้น แม้พันธกรณีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (FET)

² Steven Fietta “Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors’ Expectations in International Investment Arbitration” Journal of International Investment Arbitration Vol. 23, No. 5 p 375 and p 388.

จะไม่ระบุประเด็นดังกล่าวไว้ในข้อบทคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าว หากไม่มีการการระบุขอบเขตของพันธกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

พันธกรณีการเวนคืน (Expropriation) มักจะถูกหยิบยกขึ้นใช้ฟ้องร้องรัฐไม่ว่าจะเป็นการออกมาตรการหรือการออกกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำของรัฐที่เสมือนการเวนคืน ซึ่งภายใต้ความตกลงคุ้มครองการลงทุนถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่การกระทำของรัฐนั้นๆ เป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์ (public purpose) ไม่เลือกปฏิบัติโดยจะต้องใช้บังคับกับนักลงทุนภายในประเทศและต่างชาติอย่างเท่าเทียม (non-discriminatory) มีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม (adequate compensation) และเป็นไปตามกระบวนการกฎหมาย (due process of law)

ภายใต้ข้อพิพาทสำคัญ รวมถึงคดี Walter Bau ปัจจัยที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐเข้าข่ายเป็นการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติหรือไม่คือการเข้าควบคุมหรือแทรกแซงการดำเนินกิจการของนักลงทุน โดยในคดี Walter Bau คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำของรัฐบาลไทยไม่เข้าข่ายผิดพันธกรณีการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากบริษัทดอนเมืองโฮลย์คงมีการดำเนินกิจการตามปกติ แม้ผลกำไรจะลดลงไปบ้าง³ เช่นเดียวกับข้อพิพาท Tecmed S.A. v. Mexico⁴ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามาตรการของรัฐบาลเม็กซิโกที่ยุติการให้บริษัทต่ออายุใบอนุญาตดำเนินการกำจัดขยะ (waste disposal) บนที่ดินที่รัฐบาลต้องการสงวนเป็นเขตอนุรักษ์ การยกเลิกการต่ออายุใบอนุญาตทำให้การลงทุนในกิจการดังกล่าวต้องยกเลิกโดยปริยายและ Tecmed ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินที่ได้จากการประมูลลงทุนทำกิจการอื่นๆ ได้ และข้อพิพาท Metalclad v. Mexico⁵ ซึ่งรัฐบาลท้องถิ่นเม็กซิโกได้ปฏิเสธใบอนุญาตลงทุนประกอบกิจการกำจัดขยะมลพิษใน Guadalcázar ส่งผลให้การก่อสร้างกิจการของ Metalclad ต้องยุติลง และโดยที่มาตรการของรัฐมีการแทรกแซงการดำเนินกิจการของนักลงทุน ส่งผลกระทบต่อมูลค่าการลงทุนหรือทำให้การลงทุนสูญเสียมูลค่าจึงถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม

หากวิเคราะห์จากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ข้อพิพาทที่สำคัญ จะเห็นได้ว่าปัจจัยหลักที่ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณาคือการกระทำของรัฐที่ส่งผลกระทบอย่างยืดยาวต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ การเข้าแทรกแซงหรือควบคุมจนเป็นเหตุให้การดำเนินกิจการนั้นๆ ต้องยุติลง โดยไม่มีการชดเชยหรือทางเลือกอื่นสำหรับนักลงทุน ทั้งนี้ใน TPP เองได้มีการเสนอภาคผนวกเพื่อขยายการตีความเรื่องการเวนคืนทางอ้อมที่สอดคล้องกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ผ่านมา โดยเฉพาะภายใต้ NAFTA ได้แก่เรื่องการแทรกแซงกิจการลงทุนอย่างยืดยาว (severe) หรือโดยไม่จำกัดระยะเวลา (indefinite period) และไม่เหมาะสมกับมาตรการของรัฐที่ใช้เพื่อปกป้องสาธารณะประโยชน์

³ *Walter Bau AG (in Liquidation) v. the Kingdom of Thailand*, (2009) รายละเอียดข้อพิพาทปรากฏตามตารางสรุปข้อพิพาท

⁴ *Tecmed S.A. v. Mexico*, S Ripinsky with K Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, 2008) (p. 3-4) (case summary). รายละเอียดข้อพิพาทปรากฏตามตารางสรุปข้อพิพาท

⁵ *Metalclad v. Mexico*, S Ripinsky with K Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, 2008) (p. 4) (case summary). รายละเอียดข้อพิพาทปรากฏตามตารางสรุปข้อพิพาท

(disproportionate to public purpose) ซึ่งเป็นอีกปัจจัยที่คณะอนุญาโตตุลาการใน Tecmed S.A. v. Mexico ใช้ประกอบการพิจารณา

ทั้งนี้ประเด็นที่ไทยควรให้ความระมัดระวังภายใต้พันธกรณีดังกล่าวของบทลงทุนภายใต้ความตกลงทีพีพี คือการระบุที่ชัดเจนว่าการผิดสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐ ซึ่งหมายรวมถึงสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายใดๆ (breach of state's prior binding written commitment...whether by contract, license or legal document) จะนำไปสู่การผิดพันธกรณีการเวนคืนทางอ้อมเช่นกัน ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวโดยทั่วไปจะอยู่ภายใต้ “umbrella clause” ซึ่งไทยมีนโยบายที่จะหลีกเลี่ยงข้อผูกพันดังกล่าว เนื่องจากสัญญารัฐและเอกชนโดยปกติจะมีช่องทางระงับข้อพิพาทในตัวอยู่แล้ว การไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานของรัฐดังตัวอย่างในคดี Walter Bau จึงอาจเข้าข่ายกรณีดังกล่าว

อย่างไรก็ดี TPP ได้มีการเจรจาข้อยกเว้นที่สำคัญซึ่งจะไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม หากมาตรการนั้นๆ ของรัฐมีความชอบธรรมและออกมาเพื่อปกป้องสาธารณประโยชน์ (public welfare) สุขอนามัย (public health) และสิ่งแวดล้อม (environment) ซึ่งถือเป็นอำนาจของรัฐในการควบคุม กำกับ ดูแล (state's regulatory power) ซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องมีการชดเชยเนื่องจากมิได้ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม และโดยที่ข้อยกเว้นดังกล่าวมีลักษณะที่เปิดกว้าง (open list) จึงอาจมีความสำคัญสำหรับไทยในการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม สุขอนามัยหรือที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุขโรคที่จำเป็นและจะมีส่วนช่วยลดความเสี่ยงจากการถูกฟ้องร้องในการออกมาตรการของรัฐที่อาจกระทบต่อการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ

พันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุน (Minimum Standard of Treatment) หรือการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment - FET) เป็นอีกพันธกรณีที่มีความสำคัญซึ่งมีการใช้ฟ้องร้องรัฐอย่างแพร่หลาย เนื่องจากขอบเขตความคุ้มครองค่อนข้างกว้าง ซึ่งมิได้จำกัดเพียงเรื่องหลักประกันที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (denial of justice) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (international law) เท่านั้น แต่รวมถึงการเข้าแทรกแซงของรัฐอย่างเป็นรูปธรรม (physical interference)⁶ หากไม่มีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนภายใต้ความตกลง โดยในตัวอย่างข้อพิพาทที่สรุปมาข้างต้น ปัจจัยสำคัญที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการพิจารณาถึงการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวได้แก่ เรื่องความคาดหวังอันชอบธรรม (legitimate expectations) ของนักลงทุน ความชัดเจน (clarity) ความแน่นอน (certainty) และความโปร่งใส (transparency) ของกฎระเบียบภายในของรัฐ โดยเฉพาะกระบวนการจัดตั้งการลงทุน⁷ ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีความสอดคล้องกับเรื่องกฎระเบียบภายใน (domestic

⁶ Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, S Ripinsky with K Williams, Damages in International Investment Law (BIICL, 2008) (p. 4) (case summary), Steven Fietta “Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors Expectations in International Investment Arbitration” Journal of International Investment Arbitration Vol. 23, No. 5 p 375 and p 388.

⁷ Tecmed S.A. v. Mexico, S Ripinsky with K Williams, Damages in International Investment Law (BIICL, 2008) (p. 4) (case summary). Metalclad v. Mexico, supra note 5, S.D Myers, Inc. v. Canada, (<http://www.italaw.com/cases/documents/977>) รายละเอียดข้อพิพาทปรากฏตามตารางสรุปข้อพิพาท

regulation) ภายใต้ GATS ซึ่งแม้ได้มีการบังคับใช้กับภาคการลงทุน แต่แนวโน้มการเจรจาลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีในปัจจุบันได้เริ่มให้ความสำคัญและมีการผนวกเรื่องดังกล่าวมากขึ้น

โดยที่การใช้บรรทัดฐานดังกล่าวได้มีการใช้อย่างแพร่หลายสำหรับการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการจึงอาจถือเป็นมาตรฐานตาม หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law)⁸ ดังนั้น แม้พันธกรณีดังกล่าวจะไม่มีภาระระบุในเรื่องความคาดหวังของนักลงทุนและกระบวนการจัดตั้งการลงทุนที่ต้องมีหลักเกณฑ์ที่โปร่งใส ชัดเจนและแน่นอน คณะอนุญาโตตุลาการก็มีแนวโน้มที่จะคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าว หากพันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุนไม่มีการการระบุขอบเขตที่ชัดเจน

ทั้งนี้ภาคผนวกลงทุนของ TPP ได้มีการขยายความในเรื่องหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำกับใช้กับพันธกรณีดังกล่าว ซึ่งครอบคลุมไม่แต่เฉพาะหลักประกันในเรื่องกระบวนการยุติธรรม (denial of justice) แต่หมายรวมถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย⁹ ดังนั้น การปฏิบัติที่เป็นธรรมต่อนักลงทุนแม้จะมีการอ้างอิงถึงหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศภายใต้ TPP ก็มิได้เป็นการจำกัดขอบเขตพันธกรณีดังกล่าวสำหรับรัฐภาคีและโดยที่การเข้ามาจัดตั้งการลงทุนที่มีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ โดยเฉพาะการพัฒนาแหล่งท่องเที่ยวซึ่งปัจจุบันมีการลงทุนของต่างชาติจำนวนมากเข้ามาประกอบธุรกิจด้านการท่องเที่ยวในไทย ไทยจำเป็นต้องมีกฎระเบียบที่ชัดเจน แน่นอน กระบวนการรับการลงทุนที่โปร่งใส ซึ่งประเด็นดังกล่าวอาจกระทบต่อดุลยพินิจของรัฐเรื่องการเพิกถอนใบอนุญาต แม้จะเป็นไปเพื่อการรักษาทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมเพื่อหลีกเลี่ยงการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวดังตัวอย่างข้อพิพาท Tecmed S.A. v. Mexico และ Metalclad v. Mexico ภายใต้ความตกลง NAFTA

แม้พันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อนักลงทุนจะถูกตีความอย่างกว้างขวาง ก็มิได้หมายความว่า จะไม่มีขีดจำกัด ปัจจุบันการเจรจาพันธกรณีดังกล่าวได้ปรากฏพัฒนาการที่สำคัญจากข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนที่ผ่านมา โดยเฉพาะภายใต้ความตกลงนาฟต้า คณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาท Methanex Corp. v. U.S.A ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่บริษัทข้ามชาติแคนาดาผู้ผลิตและจัดจำหน่าย methanol รายใหญ่ได้ยื่นฟ้องสหรัฐอเมริกาจากการที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกกฎหมายห้ามใช้และจำหน่ายน้ำมันไร้สารตะกั่วที่มีส่วนผสมของ MTBE ซึ่งมี methanol เป็นส่วนประกอบสำคัญ ซึ่งเป็นสารที่อาจปนเปื้อนในน้ำที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพประชาชนและสิ่งแวดล้อม ได้จำกัดขอบเขตของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือ

⁸ Steven Fietta “Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors’ Expectations in International Investment Arbitration” Journal of International Investment Arbitration Vol. 23, No. 5 p 375 and p 388.

⁹ “The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 12.6 (Minimum Standard of Treatment) [and Annex 12-C (Expropriation)] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of obligation. [With regard to Article 12.6 (Minimum Standard of Treatment) ,] [T] the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights [and interests] of aliens.” (Annex 12-B Customary International Law)

customary international law ว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศการผิดพันธกรณีใดๆ ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศมิได้ถือว่าเป็นการละเมิดการปฏิบัติที่เท่าเทียมและเป็นธรรมต่อนักลงทุนโดยอัตโนมัติ

ในหลายๆ ความตกลงการค้าเสรีที่ไทยเป็นภาคี อาทิ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ACIA) รวมถึงร่างมาตรฐานความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (พ.ศ. 2555) ได้มีการผนวกถ้อยคำดังกล่าวเพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตและสร้างความชัดเจนให้กับพันธกรณีดังกล่าว โดยในส่วนของบทลงทุนของ TPP ได้มีการระบุชัดเจนภายใต้พันธกรณีมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ (Minimum Standard of Treatment) ต่อนักลงทุนที่สอดคล้องกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการของข้อพิพาทดังกล่าวเช่นกัน¹⁰

นอกจากนี้ ข้อพิพาท Methanex Corp. v. U.S.A ถือเป็นกรณีตัวอย่างที่มีการใช้ความเห็นบุคคลที่สาม (amicus curiae brief หรือ friend of the court) ที่มิใช่การใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ที่มีการใช้โดยทั่วไปในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์และมีความเป็นกลาง กระบวนการดังกล่าวถือเป็นเพิ่มการมีส่วนร่วมขององค์กรอิสระในการให้ความเห็นในส่วนที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยในกรณีพิพาทดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้ความเห็นที่ยื่นโดย Earthjustice ซึ่งเป็นองค์กรอิสระด้านสิ่งแวดล้อมประกอบคำตัดสิน โดยเรื่อง amicus curiae เป็นอีกประเด็นที่มีการหยิบยกเพื่อเสนอให้มีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้บทลงทุนของ TPP (Article 12.22 bis – Proposal on Amicus Curiae Submissions) ซึ่งผู้ให้ความเห็นจะต้องมีลักษณะขององค์กรที่มีสถานภาพทางกฎหมายที่ชัดเจน มีความเป็นกลาง ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาท มีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนโดยอาจเป็นประเด็นที่องค์กรมีความกังวลหรือให้ความสำคัญ ข้อเสนอดังกล่าวอาจเป็นเรื่องใหม่สำหรับไทยแต่ก็อาจเป็นประโยชน์ที่จะช่วยปกป้องพื้นที่ในการดำเนินนโยบายสาธารณะให้กับรัฐ (policy space) ถ้าหากองค์กรที่เข้ามามีส่วนร่วมคำนึงถึงสาธารณะประโยชน์เป็นสำคัญ ภายใต้ข้อพิพาทดังกล่าวความเห็นของ Earthjustice ได้มีส่วนช่วยให้รัฐบาลสหรัฐฯ เป็นผู้ชนะคดีและสามารถออกกฎหมายห้ามการใช้สารเคมีที่เป็นอันตรายต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมได้สำเร็จ

7.6 เปรียบความแตกต่างระหว่างความตกลงนาฟต้ากับความตกลงต้นแบบส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย

7.6.1 ความแตกต่างในภาพรวม

แนวทางพื้นฐานการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุน ตามที่ปรากฏในความตกลงต้นแบบส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (Thailand's Model Agreement) แตกต่างกับแนวทางการให้ความคุ้มครองโดยพันธกรณีตามบทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้าเป็นอย่างมาก โดยความแตกต่างขั้นพื้นฐานที่สุดคือ **ความตกลงของไทย**มองว่า การส่งเสริมการลงทุนเป็นนโยบายที่ภาครัฐต้องการควบคุมและใช้ให้เป็นประโยชน์

¹⁰ “A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement does not establish that there has been a breach of this Article.” (Article 12.6, paragraph 3)

ในขณะที่**ความตกลงนาฟต้า**มองว่า การลงทุนเป็นสิทธิเสรีตามกลไกตลาด รัฐมีหน้าที่คุ้มครองให้ผู้เล่นตามกลไกตลาดได้รับ “ความยุติธรรม” ในการดำเนินกิจการ “ตามมาตรฐานจริยธรรมสากล” ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวทำให้ลักษณะการเขียนข้อบทต่างๆ ในองค์รวมของความตกลงทั้งสอง มีทิศทางและรายละเอียดที่แตกต่างกันเกือบสิ้นเชิง

7.6.2 ความแตกต่างในประเด็นย่อย

ถึงแม้ว่าแนวทางการเขียนความตกลงในภาพรวม (the whole approach of the agreement) ของต้นแบบความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย จะมีความแตกต่างจากแนวทางของพันธกรณีในบทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้าเป็นอย่างมาก แต่ก็อาจเทียบเคียงข้อบทต่างๆ เป็นประเด็นเดียวกันได้ในบางส่วน โดยอาจสรุปได้คือ

(1) **ลักษณะการร่างข้อบทในภาพรวม** ความตกลงนาฟต้ามีข้อบทละเอียดถี่ถ้วน ชัดชัด คัลยาณภูมยแผง คือให้คำจำกัดความเรื่องสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของแต่ละบุคคลไว้อย่างละเอียด เพื่อให้สามารถมาตัดสินกันได้เมื่อเกิดกรณีพิพาทกันขึ้น

(2) **ประเด็นเรื่อง Pre-/Post-establishment protection** ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทยฉบับมาตรฐาน เน้นการใช้มาตรการส่งเสริมการลงทุนเป็น “นโยบาย” เพื่อดึงการลงทุนสู่ภาคส่วนที่รัฐบาลกำหนดยุทธศาสตร์ไว้ ดังนั้นจึงจำกัดการคุ้มครองเพียง post-establishment เท่านั้น ในขณะที่ความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนสมัยใหม่ ไม่ใช่ข้อบทของความตกลงเป็นเงื่อนไขสำหรับนโยบายด้านการลงทุนและเป็นความตกลงการค้าเสรีซึ่งมีพันธกรณีและข้อผูกพันให้รัฐภาคีต้องเปิดเสรีในด้านการค้าสินค้า บริการการลงทุนระหว่างประเทศดังนั้นจึงมีลักษณะเปิดกว้าง และไม่จำกัดเฉพาะเรื่องการเข้ามาจัดตั้งกิจการเท่านั้น (ไม่มี pre-establishment conditions)

(3) **ประเด็นกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ** ความตกลงนาฟต้ามีขอบเขตซึ่งให้สิทธิแก่นักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐที่เปิดกว้างกว่ามาก โดยมีได้เป็นการจำกัดการฟ้องร้องในช่วงเฉพาะ post-establishment แต่จะขยายไปถึงการผิดพันธกรณีใดๆ ของรัฐในช่วงก่อนที่จะมีการจัดตั้งการลงทุน ซึ่งอาจหมายรวมถึงเรื่องการละเมิดเงื่อนไขการรับการลงทุนของรัฐ ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลยพินิจของรัฐในการพิจารณารับการลงทุน

(4) **ประเด็น Minimum Standard of Treatment** ความตกลงนาฟต้ามีการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อผู้ลงทุนอย่างกว้างตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีได้มีการจำกัดเพียงหลักประกันเรื่องกระบวนการยุติธรรม แต่ครอบคลุมถึงมิติเศรษฐกิจดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในกรณีศึกษาข้างต้น ในขณะที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฉบับมาตรฐานของไทยพยายามจำกัดขอบเขตพันธกรณีดังกล่าว

(5) **ความแตกต่างในกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ** ทั้งความตกลงนาฟต้าและความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฉบับมาตรฐานของไทยกำหนดหลักการไว้ไม่แตกต่างกันมาก จะ

มีประเด็นเฉพาะที่อาจขัดกันในเชิงนโยบายของไทย อาทิ การให้การยินยอมเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอัตโนมัติ (consent to arbitrate) การบังคับคำตัดสิน (award enforcement) แต่ด้วยวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและรายละเอียดของกลไกที่มากกว่าจึงทำให้ขอบเขตการให้ความคุ้มครองมีความแตกต่างกันไปด้วย

7.7 บทวิเคราะห์

การศึกษาข้อพิพาทเพื่อประเมินความเสี่ยงของพันธกรณี ถือว่ามีความสำคัญ เนื่องจากเป็นปัจจัยที่ทำให้รัฐถูกฟ้องร้องภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor to State Dispute Settlement - ISDS) โดยอาจมิได้ผ่านกระบวนการศาลยุติธรรมภายในแม้การศึกษาจะมีการวิเคราะห์เชิงลึกเพียงสองพันธกรณีเนื่องจากเป็นพันธกรณีหลัก ที่ถูกใช้ฟ้องร้องกันอย่างแพร่หลายในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าควรละเลยผลกระทบของพันธกรณีอื่นๆ ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับนโยบายการคุ้มครองการลงทุนของไทยที่ผ่านมาตามที่ได้ประเมินไว้ในตารางเปรียบเทียบสารัตถะ

อย่างไรก็ดี ในส่วนของการลดผลกระทบด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ความตกลงที่พีพีได้เจรจาเรื่องช้อยกเว้นเพื่อให้รัฐสามารถดำเนินนโยบายสาธารณะได้ ได้แก่

- ช้อยกเว้นเรื่องการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน (Performance Requirements) หากเงื่อนไขนั้นเป็นมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยและเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยที่มาตรการนั้นจะต้องไม่เป็นไปเพื่อกีดกันการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ
- ช้อยกเว้นเรื่องการชดเชยและการเวนคืนทางอ้อม (expropriation) ซึ่งให้ช้อยกเว้นในเรื่องการผิดสัญญาของรัฐที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อมสำหรับมาตรการที่ออกเพื่อปกป้องสาธารณประโยชน์ (public welfare) สุขอนามัย (public health) และสิ่งแวดล้อม (environment)
- มาตรการด้านสิ่งแวดล้อมสุขอนามัยและแรงงาน (Investment and Environment/Health/Safety and Labour) ซึ่งให้สิทธิรัฐในการใช้ดุลยพินิจเพื่อกำหนดมาตรการที่อาจขัดต่อพันธกรณีภายใต้ความตกลงกับกิจกรรมการลงทุนเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความปลอดภัยและแรงงาน
- ความรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมขององค์กร (หลักธรรมาภิบาล) (Corporate Social Responsibility) ซึ่งเปิดโอกาสให้รัฐส่งเสริมการลงทุนที่คำนึงถึงความรับผิดชอบต่อสังคม

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าแม้บทลงทุนภายใต้ความตกลงที่พีพี อาจส่งผลกระทบต่อการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจากพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับการลงทุน โดยการให้สิทธิในการฟ้องร้องแก่นักลงทุนต่างชาติซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่น หากการกระทำของรัฐส่งผลกระทบต่อการลงทุน ซึ่งการกระทำของรัฐหมายรวมถึงการออกมาตรการต่างๆ ไปจนถึงการบัญญัติกฎหมาย แต่การเจรจาความตกลงที่พีพี ได้มีความพยายามสร้างสมดุลในการจำกัดสิทธิของนักลงทุน ด้วยการกำหนดเงื่อนไขของนักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS) และช้อยกเว้นหรือข้อสงวน

ของรัฐในการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมขององค์กร ซึ่งอาจเป็นตัวขับเคลื่อนสำหรับไทยในการส่งเสริมนโยบายการลงทุนเพื่อการอนุรักษ์ ที่มีได้มุ่งเน้นเพียงการพัฒนาทางเศรษฐกิจ แต่ต้องเป็นการพัฒนาที่ต้องควบคู่ไปกับการพัฒนาทางสังคม อันเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน