

# กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน กับผลกระทบต่อสุขภาพ



# กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน กับผลกระทบต่อสุขภาพ

รศ.ดร. จักรกฤษณ์ ครอบงำ  
รศ.ดร. จีราพร ลิ้มปานานนท์

การค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ

International Trade and Health Series

ชุด กฎ กติกาที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ  
เล่มที่ 1

กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ

จัดทำโดย

แผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ

(International Trade and Health Programme - ITH)

สำนักงานพัฒนานโยบายสุขภาพระหว่างประเทศ

(International Health Policy Program - IHPP)

สำนักนโยบายและยุทธศาสตร์ กระทรวงสาธารณสุข

โทร 02 5902382 โทรสาร 02 5902385

<http://www.ihpp.thaigov.net>

มิถุนายน 2558

เนื้อหาโดย

จักรกฤษณ์ ควรพจน์

จิราพร ลิ้มปานานนท์

ออกแบบโดย

จิรายุต์ ยมาภัย

พิมพ์ที่

บริษัท เดอะ กราฟิกโก ซิสเต็มส์ จำกัด

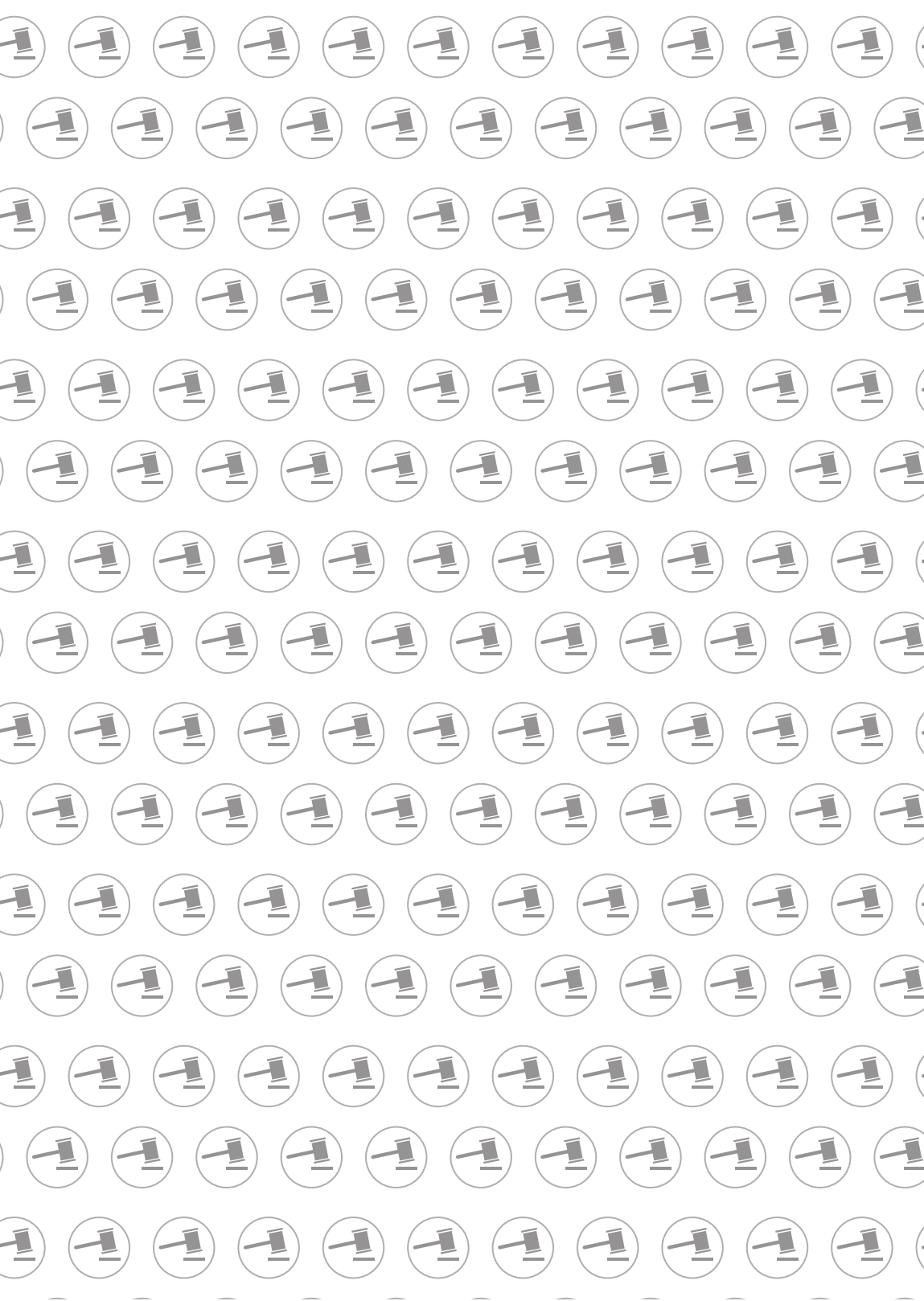
โทรศัพท์ 0 2525 1121, 0 2525 4669-70 โทรสาร 0 2525 1272

E-mail : [thegraphicsys@gmail.com](mailto:thegraphicsys@gmail.com)

## สารบัญ

บทที่ 1	กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ	5
บทที่ 2	กลไกระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ	9
บทที่ 3	ประสบการณ์ของบางประเทศ	15
บทที่ 4	สถิติเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน	25
บทที่ 5	ข้อวิพากษ์เกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ	29
บทที่ 6	กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนในความตกลงที่พีพี	35
บทที่ 7	กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ	41
บทที่ 8	บทส่งท้าย	47
บรรณานุกรม		51







## กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties) ที่ทำกันในปัจจุบัน มักจะกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (investor-state dispute settlement) เอาไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนเอกชนมีจำนวนเพิ่มขึ้นจากช่วงสามสิบปีก่อนหน้านั้นอย่างชัดเจน อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเกิดขึ้นของระบบโลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจ และจากการที่รัฐต่างๆ ได้ทำสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างกันเพิ่มมากขึ้นด้วย

## ระบบอนุญาโตตุลาการ<sup>1</sup>

กฎหมายระหว่างประเทศด้านการลงทุนในปัจจุบันนิยมกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐโดยใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ และให้อำนาจนักลงทุนเอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐได้โดยตรง อันถือเป็นนวัตกรรมทางกฎหมายที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เหตุผลที่มักมีการเลือกใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ก็เพื่อหลีกเลี่ยงอิทธิพลทางการเมืองของประเทศผู้รับการลงทุน และเพื่อให้ปลอดจากอคติของตุลาการ ซึ่งเป็นคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนเอง นอกจากนี้ ระบบอนุญาโตตุลาการยังถูกมองว่าเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพ ที่สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว ยิ่งกว่าการพิจารณาคดีในศาล

<sup>1</sup> อนุญาโตตุลาการ คือการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันทำสัญญาที่เรียกว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยคู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะคดีแห่งที่เกี่ยวกับธุรกิจและการค้า โดยที่คู่สัญญาสามารถแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนี้เป็นที่นิยมแพร่หลายกันทั่วโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการลงทุนและธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ (สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พ.ค.2558 จากเว็บไซต์ของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย [http://www.thaichamber.org/scripts/service\\_detail.asp?nPAGETYPEID=426](http://www.thaichamber.org/scripts/service_detail.asp?nPAGETYPEID=426))

อนุญาโตตุลาการ (arbitration) คือวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก รูปแบบหนึ่ง ซึ่งมักกำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน เพื่อใช้สำหรับระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐ มีนักวิชาการบางท่านให้คำจำกัดความของมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ว่าเป็นกฎหมายปกครองระหว่างประเทศ (global administrative law) ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่กำหนดอำนาจทางการปกครองของรัฐในเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐต่างๆ มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยมีลักษณะที่ รัฐโอนอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้แก่อนุญาโตตุลาการ ที่คัดเลือก และแต่งตั้งโดยคู่กรณีพิพาทแห่งคดี ในทางทฤษฎี รัฐที่ได้ทำสนธิสัญญา การลงทุน ได้ยินยอมสละอำนาจอธิปไตยทางศาลของตนและตกลงยินยอม ถวายโอนอำนาจดังกล่าวให้แก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาด อรรถคดีแทน

## ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับระบบอนุญาโตตุลาการมีอยู่หลายประการ

### (1) วิธีการคัดเลือกและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการนั้นควรจะทำหน้าที่อย่างเป็นอิสระ ปลอดจากการครอบงำของคู่กรณี และโดยปราศจากอคติ แต่ในความเป็นจริง การที่ อนุญาโตตุลาการได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งจากคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ จึงมักจะเป็นคนชาติเดียวกันกับคู่กรณี และมักจะมีปรัชญาทางการเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมทางกฎหมาย ที่สอดคล้องไปในทางเดียวกันกับ คู่พิพาทที่เป็นผู้คัดเลือกอนุญาโตตุลาการรายนั้น อันเป็นที่คาดหมายได้ว่า อนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะทำหน้าที่ในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อคู่พิพาทที่ได้ คัดเลือกตนมา มากกว่าที่จะตัดสินข้อพิพาทโดยอิสระ โดยมีความเป็นกลาง และปราศจากอคติ

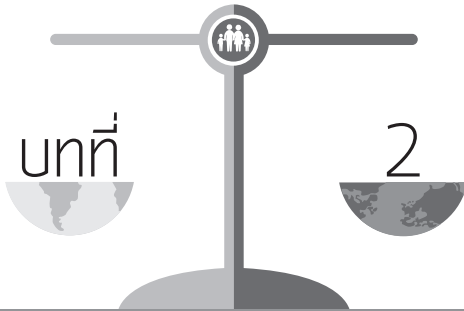


## **(2) การรักษาความลับของข้อมูล (confidentiality)**

เนื่องจากข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนมักเกี่ยวข้องกับนโยบายที่เป็นประเด็นสาธารณะและอยู่ในความสนใจของสังคม จึงมีความพยายามที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนมีความโปร่งใยิ่งขึ้น ดังเช่นกรณีประเทศสมาชิกคู่สัญญาความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ หรือนาฟต้า (North American Free Trade Agreement: NAFTA) อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดาและเม็กซิโก ตกลงที่จะเปิดเผยรายละเอียดกระบวนการพิจารณาคดีและคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะ ซึ่งรวมถึงการอนุญาตให้กลุ่มประชาสังคมนำเสนอคำอธิบายของพยานบุคคลภายนอก (amicus curiae briefs) ต่ออนุญาโตตุลาการได้ และเช่นเดียวกัน ศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes: ICSID) ก็ได้แก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับระบบอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนที่ตนเองดูแลอยู่ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

## **(3) การบังคับคดี**

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปจะสามารถทำการบังคับคดีได้ในทันที เนื่องจากรัฐจำนวนมากได้รับรองให้สัตยาบันอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการรับรองและการบังคับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) และอนุสัญญาอชิงตัน หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า อนุสัญญาอิกซิด (ICSID Convention) มีผลให้รัฐต่างๆ ต้องผูกพันตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยจะกระทำได้ยากมาก และโดยทั่วไปไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยกฎหมายในประเทศ เนื่องจากคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ จะได้รับการยกเว้นจากอำนาจศาลของประเทศคู่พิพาท



กลไกระงับข้อพิพาท  
ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ เป็นบทบัญญัติใน Part V Section D ในร่างความตกลงพหุภาคีด้านการลงทุนหรือเอ็มเอไอ (Multilateral Agreement on Investment: MAI)<sup>2</sup> ภายใต้หัวข้อ “วิธีการระงับข้อพิพาท” (Means of Settlement) โดยมีบทบัญญัติที่อาจแปลได้ดังนี้

“ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐที่เป็นคู่สัญญา ควรจะถูกระงับไปด้วยวิธีการเจรจา หรือด้วยการปรึกษาหารือ หากไม่อาจระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว นักลงทุนอาจเลือกแนวทางเพื่อยุติข้อพิพาทดังนี้:

เอ. เสนอคดีต่อศาลที่มีอำนาจหรือตุลาการทางการปกครองของประเทศคู่สัญญาที่มีข้อพิพาทกันนั้น

บี. ยินยอมเข้าสู่กระบวนการวิธีระงับข้อพิพาทตามที่ได้ตกลงกันไว้ก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทดังกล่าว

ซี. ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดในบทบัญญัตินี้ภายใต้

(i) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (อนุสัญญา ICSID) ในกรณีที่อนุสัญญา ICSID ใช้บังคับได้

(ii) กฎอำนวยการความสะดวกเพิ่มเติมของศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (การอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID) ในกรณีที่อนุสัญญา ICSID ใช้บังคับได้

(iii) กฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) หรือกฎอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC)”

<sup>2</sup> MAI เป็นร่างเอกสารข้อตกลงที่มีการหารือระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ โออีซีดี (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD) ระหว่างปี ค.ศ. 1995-1998 เพื่อพัฒนากรอบระเบียบในการบริหารจัดการการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม กลุ่มประเทศสมาชิก OECD ไม่ได้ให้ความเห็นชอบ ต่อร่างข้อตกลงดังกล่าว เนื่องจากมีกระแสคัดค้านอย่างกว้างขวางทั่วโลก

เอฟทีเอที่ทำโดยประเทศที่พัฒนาแล้วนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 เป็นต้นมา มักได้รับอิทธิพลจากบทบัญญัติในร่างเอ็มเอไอดังกล่าวแทบทั้งสิ้น เช่น ประเทศออสเตรเลียที่ได้ทำความตกลงทวิภาคีกับประเทศต่างๆ รวมทั้งสิ้น 6 ฉบับ จากจำนวนนี้ มีความตกลงถึง 4 ฉบับ ที่กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ โดยบทบัญญัติเหล่านั้นล้วนแต่มีที่มาจากร่างเอ็มเอไอ อันได้แก่

- เอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับสิงคโปร์
- เอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับประเทศไทย
- เอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับชิลี
- เอฟทีเอระหว่างออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์-อาเซียน

เช่นเดียวกันกับออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ก็ได้ใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่มีร่างเอ็มเอไอเป็นต้นแบบ สำหรับการทำเอฟทีเอกับประเทศอื่นเช่นกัน จากเอฟทีเอที่นิวซีแลนด์ทำกับประเทศต่างๆ ในรอบ 10 ปีที่ผ่านมาจำนวน 8 ฉบับ มีความตกลงถึง 5 ฉบับที่กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวเอาไว้

มีข้อควรสังเกตว่า เอฟทีเอระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกา (AUSFTA) ที่เป็ความตกลงการค้าที่สำคัญที่สุดของออสเตรเลีย ซึ่งทำขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2548 หาได้กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ไม่ ความตกลงดังกล่าวมิได้ให้สิทธินักลงทุนที่จะฟ้องร้องเอากรัฐได้โดยตรง กลไกระงับข้อพิพาทเพียงประการเดียวที่ความตกลงนี้กำหนดไว้คือ กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐ (state-to-state) ที่ใช้กันในความตกลงระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งการขาดมาตรการระงับข้อพิพาทแบบนักลงทุนกับรัฐ ได้ทำให้เอฟทีเอระหว่างสหรัฐกับออสเตรเลีย ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก โดยเฉพาะจากบริษัทข้ามชาติและนักลงทุนว่า บทว่าด้วยการลงทุนในความตกลงดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีคุณค่า และไม่มีประโยชน์ เพราะแม้จะมีหลักการที่ดี แต่ก็ขาดสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพ

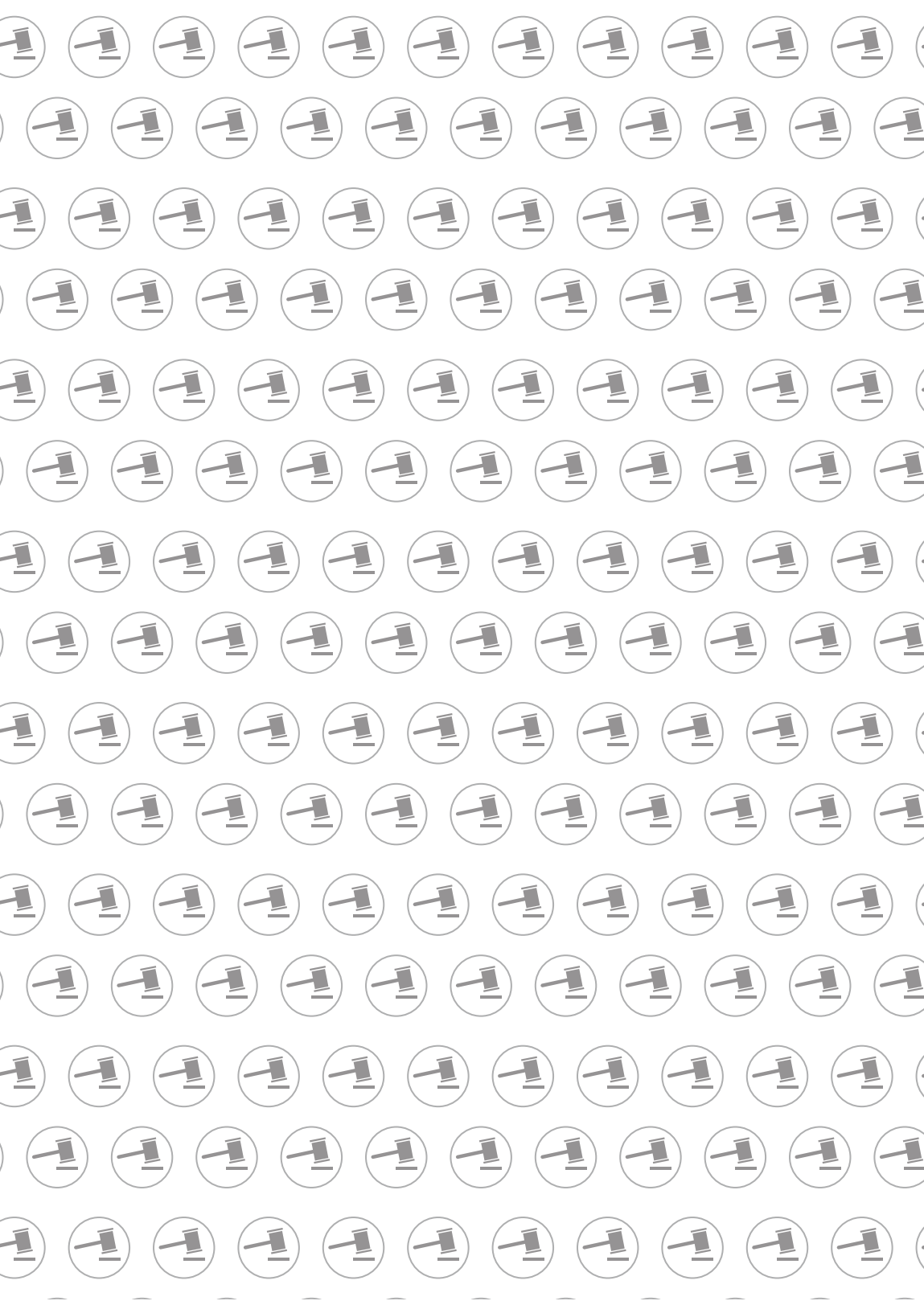
ในปี พ.ศ. 2552 ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้ทำเอฟทีเอระหว่างกัน (Protocol on Investment to the New Zealand-Australia Closer Economic Relations Trade Agreement) และต่อมาในปี พ.ศ. 2553 กับกลุ่มประเทศอาเซียน (Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area) แม้เอฟทีเอระหว่างออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์-อาเซียน จะกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ แต่จะไม่ใช้กลไกระงับข้อพิพาทในกรณีที่เป็นข้อขัดแย้งที่มีคนชาติหรือหน่วยงานรัฐของออสเตรเลียและนิวซีแลนด์เป็นคู่กรณี ทั้งนี้เป็นไปตามบันทึกช่วยจำ ที่ทำกันระหว่างรัฐมนตรีการค้าของทั้งสองประเทศ โดยรัฐบาลออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ตกลงกันว่า บทว่าด้วยการลงทุนในเอฟทีเอระหว่างออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์-อาเซียน จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใดๆ ต่อกันระหว่างสองประเทศ

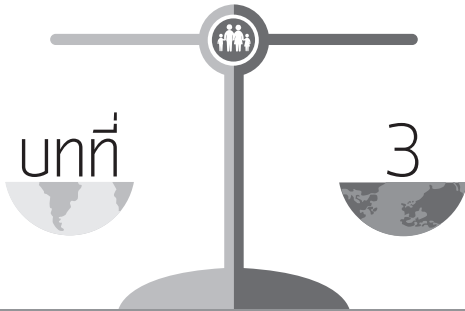
รัฐบาลพรรคแรงงานของออสเตรเลีย ได้แสดงท่าทีของรัฐบาลต่อสาธารณชนว่า ออสเตรเลียจะไม่ยอมรับกลไกระงับข้อพิพาทแบบเอกชนกับรัฐ ในความตกลงที่จะทำในอนาคต โดยนโยบายนี้ถูกกำหนดขึ้นตามข้อเสนอแนะในรายงานของคณะกรรมการอิสระหนึ่ง ที่เรียกว่า “Australian Productivity Commission” ในปี พ.ศ. 2553 คณะกรรมการดังกล่าวสรุปว่า มาตรการระงับข้อพิพาทแบบนักลงทุนกับรัฐ จะทำให้เกิดความเสี่ยงด้านการเงินและนโยบายสำหรับออสเตรเลีย แต่กลับให้ผลประโยชน์ตอบแทนเพียงเล็กน้อยแก่นักลงทุนออสเตรเลีย คณะกรรมการเสนอให้นักลงทุนออสเตรเลียใช้มาตรการลักษณะอื่น เพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของตน แทนที่จะอาศัยกลไกทางกฎหมายตามมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ เช่นเสนอว่า นักลงทุนอาจเลือกใช้วิธีการประกันภัย ซึ่งจะให้ผลตอบแทนที่คุ้มค่ากว่า

เหตุผลที่ไอพีทีเอสสหรัฐ-ออสเตรเลีย และความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ยกเว้นไม่กำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ ก็คือ กลไกดังกล่าวไม่มีความจำเป็น เพราะประเทศคู่ค้าต่างๆ ที่กล่าวมานี้ล้วนแต่มีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ทันสมัย และมีประสิทธิภาพ ดังนั้น กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ จึงเป็นมาตรการที่ใช้กับประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้น กลไกดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทข้ามชาติ และนักลงทุนจากระบบกฎหมายของประเทศกำลังพัฒนา ที่ถูกมองว่าล้าสมัย และไร้ประสิทธิภาพ

คาดกันว่ากลไกระงับข้อพิพาทจะถูกยกเลิกการใช้ไปในที่สุด เมื่อระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้รับการพัฒนาปรับปรุงให้มีมาตรฐานที่ดีขึ้นแล้ว แต่ปัญหาสำคัญคือ ปัญหาในการกำหนดว่ากลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ควรจะใช้กับประเทศใดบ้าง กรณีใดสมควรที่จะมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทไว้ในความตกลงที่ประเทศต่างๆ จะกระทำต่อกัน ปัจจัยสำคัญในเรื่องนี้คือ ระบบกฎหมายภายในของประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ ซึ่งก็จะนำไปสู่ปัญหาอีกประการหนึ่งว่า การพิจารณาเพื่อตัดสินใจว่าระบบกฎหมายของประเทศใดมีระดับการพัฒนาและมาตรฐานที่สูงเพียงพอหรือไม่นั้น จะกระทำด้วยวิธีการใด

เหตุผลอีกประการที่สหรัฐ ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ไม่นำเอากลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมาใช้ระหว่างกัน ก็คงเป็นเพราะประเทศเหล่านี้ ต่างตระหนักถึงประสบการณ์ที่เกิดขึ้นกับประเทศสมาชิกนาฟต้า ที่อำนาจรัฐในการกำกับธุรกิจการลงทุนได้ถูกท้าทายอย่างมากจากการที่รัฐถูกเอกชนฟ้องร้องภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว





## ประสบการณ์ของบางประเทศ



## ออสเตรเลีย

มาตรการระงับข้อพิพาทการลงทุนได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งจากประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้ว ถึงความไม่เหมาะสมของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศพัฒนาแล้วประเทศหนึ่งที่มีประสบการณ์ที่น่าสนใจเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน

ในปี พ.ศ. 2553 คณะกรรมาธิการ “Productivity Commission” ของออสเตรเลีย ได้ทำคำเสนอต่อรัฐบาลในรายงานเรื่อง Bilateral and Regional Trade Agreements ว่า “ประเทศออสเตรเลียควรจะหลีกเลี่ยงการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐไว้ในความตกลงทวิภาคี และความตกลงแบบภูมิภาคนิยม ที่ออสเตรเลียทำกับประเทศต่างๆ หากความตกลงนั้นให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติมากกว่าสิทธิที่นักลงทุนออสเตรเลียจะได้รับ”

ข้อเสนอของคณะกรรมาธิการดังกล่าว ได้รับการขานรับด้วยดีจากรัฐบาลพรรคแรงงานของออสเตรเลีย ในคำแถลงการณ์เกี่ยวกับนโยบายการค้าของรัฐบาลออสเตรเลีย ที่แถลงเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2554 มีตอนหนึ่งระบุว่า “รัฐบาลไม่สนับสนุนบทบัญญัติใดๆ ที่จะให้สิทธิทางกฎหมายแก่นักธุรกิจต่างชาติยิ่งกว่าสิทธิที่นักธุรกิจในประเทศจะได้รับ รัฐบาลยังไม่สนับสนุนบทบัญญัติใดๆ ที่จะจำกัดความสามารถของรัฐบาลออสเตรเลียในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยกิจการด้านสังคม สิ่งแวดล้อมและเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการกีดกันการตรากฎหมายที่ไม่มีมีลักษณะกีดกันหรือเลือกปฏิบัติระหว่างธุรกิจในประเทศและธุรกิจต่างชาติ”

คำแถลงการณ์ดังกล่าวยังระบุด้วยว่า “ในอดีต รัฐบาลออสเตรเลียมักจะขอให้คู่เจรจาการค้าที่เป็นประเทศกำลังพัฒนายอมรับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ ทั้งนี้ก็ด้วยเป็นไปตามข้อเรียกร้องของบรรดาธุรกิจข้ามชาติออสเตรเลีย ที่ต้องการให้มีการใช้มาตรการดังกล่าวสำหรับระงับข้อพิพาทการลงทุน แต่ต่อไปนี้ รัฐบาลออสเตรเลียจะเลิกดำเนินการดังกล่าว หากธุรกิจออสเตรเลียมีความกังวลใจเกี่ยวกับความเสี่ยงด้านอำนาจอธิปไตยทางศาลของประเทศคู่สัญญา ธุรกิจเหล่านั้นจำเป็นต้องประเมินความเสี่ยงดังกล่าวด้วยตนเอง เพื่อตัดสินใจว่าจะเข้าไปลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศดังกล่าวหรือไม่”

การเปลี่ยนนโยบายและท่าทีของรัฐบาลออสเตรเลียดังกล่าวสามารถสะท้อนปัญหาของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการตรากฎหมายและระเบียบข้อบังคับเพื่อควบคุมกำกับกับการดำเนินธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ และปัญหาในการบีบบังคับให้นักลงทุนปฏิบัติตามกฎระเบียบ ที่ตราขึ้นเพื่อผลักดันนโยบายแห่งรัฐด้านหนึ่งด้านใด ดังคดีที่บริษัทบูห์รี่ฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียเกี่ยวกับกฎหมายออสเตรเลียที่ตราขึ้นเพื่อควบคุมบรรษัทบูห์รี่

ปัจจุบันคดีนี้ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่เชื่อได้ว่า ผลแห่งคดีดังกล่าว จะมีนัยต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะของประเทศออสเตรเลียในอนาคตอย่างแน่นอน โดยเฉพาะหากออสเตรเลียถูกตัดสินให้แพ้คดี ต้องชำระค่าชดเชยตามที่บริษัทฟิลลิปมอร์ริสเรียกร้อง บริษัทข้ามชาติอื่นๆ ก็จะได้ใช้คดีนี้เป็นตัวอย่าง โดยอาศัยกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียในกรณีอื่นอีก ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐในการรักษาประโยชน์สาธารณะ



## คดีระหว่าง บริษัท ฟิลลิป มอรัริส เอเชีย จำกัด (Philip Morris Asia Limited) กับรัฐบาลออสเตรเลีย (The Commonwealth of Australia)

เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2554 บริษัท ฟิลลิป มอรัริส เอเชีย จำกัด ในฮ่องกง ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัท ฟิลลิป มอรัริส จำกัด ได้ฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียตามมาตราการระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน ที่ทำระหว่างประเทศออสเตรเลียกับฮ่องกง โดยกล่าวหาว่ารัฐบาลออสเตรเลียกระทำการยึดหรือริบกิจการโดยอ้อม (indirect expropriation) ด้วยการตรากฎหมายฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดให้ผลิตภัณฑ์บุหรี่ป้องบรรจุของแบบที่กำหนดเท่านั้น (plain packaging laws for tobacco products)

ภายใต้กฎหมายดังกล่าว การจำหน่ายบุหรี่ป้องทุกชนิดในประเทศออสเตรเลียจะต้องกระทำในซองบรรจุภัณฑ์ตามแบบที่กำหนดเท่านั้น โดยหน้าซองบุหรี่ป้องจะต้องเป็นแบบเรียบ ห้ามแสดงตราสัญลักษณ์ เครื่องหมายการค้า หรือข้อความโฆษณาใดๆ พร้อมกันนี้จะต้องมีการแสดงภาพสี ซีไอของบุหรี่ป้องต่อสุขภาพที่มีขนาดใหญ่กว่าร้อยละ 80 ของหน้าซองบุหรี่ป้อง

บริษัท ฟิลลิป มอรัริส จำกัด ได้ฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุน ที่ทำโดยออสเตรเลียกับฮ่องกง โดยอ้างว่า การกระทำของรัฐบาลออสเตรเลียเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของบริษัท และอ้างว่าการตรากฎหมายดังกล่าวเป็นการริบและยึดทรัพย์สินการลงทุนของตน

# ประเทศสมาชิกนาฟต้า (North American Free Trade Agreement: NAFTA)

คดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภายใต้บทที่ 11 (Chapter 11) ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือหรือนาฟต้านั้น มีอยู่หลายกรณี ดังตัวอย่างต่อไปนี้



## คดีระหว่างบริษัท เมตาแคลด (Metalclad Corporation) กับ รัฐบาลเม็กซิโก (United Mexican States)

เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2536 บริษัทอเมริกันชื่อ “เมตาแคลด” ซึ่งได้รับสัมปทานจากรัฐบาลเม็กซิโกให้ก่อสร้างโรงกำจัดขยะในมลรัฐซานหลุยส์โปโตซี ประเทศเม็กซิโก ต่อมาเกิดการกล่าวหาถึงการทุจริตที่เจ้าหน้าที่รัฐออกสัมปทานให้แก่บริษัท และมีการคัดค้านการก่อสร้างโรงงาน โดยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เทศบาลท้องถิ่นที่ดูแลสถานที่ก่อสร้างโรงงานได้ออกคำสั่งระงับใบอนุญาตก่อสร้างเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2537 ทำให้การก่อสร้างไม่อาจดำเนินต่อไปได้ และต่อมาเมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2540 ผู้ว่าการรัฐซานหลุยส์โปโตซีได้ออกรัฐบัญญัติประกาศให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตพื้นที่อนุรักษ์ ทำให้การก่อสร้างโรงงานดังกล่าวไม่อาจกระทำได้อย่างสิ้นเชิง

บริษัทเมตาแคลด ได้ใช้สิทธิตามกระบวนการระงับข้อพิพาท ในนาฟต้าขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อ้างว่าการกระทำของรัฐบาล เม็กซิโก เป็นการยึดหรือริบคืนกิจการ ต้องด้วยมาตรา 1110 ในที่สุด คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้รัฐบาลเม็กซิโกรับผิดชอบและต้องจ่าย ค่าชดเชยจำนวน 16.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐให้แก่บริษัท โดยมีคำวินิจฉัย ในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2543

ประเด็นที่น่าสนใจในคำวินิจฉัยนี้คือ การตัดสินว่าการกระทำ ของรัฐชานหลุยส์โปโตซีในฐานะตัวแทนของรัฐบาลเม็กซิโก ที่ให้ระงับ ใบอนุญาตก่อสร้างโรงงาน และในการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม มีผลเท่ากับเป็นการยึดหรือริบคืนกิจการทางอ้อม (indirect expropriation) ตามมาตรา 1110 ตามบทที่ 11 ของความตกลงนาฟต้า โดยคณะอนุญาโตตุลาการตีความอย่างกว้าง ซึ่งข้อความในบทบัญญัติ ดังกล่าวระบุว่า “การยึดหรือริบคืนกิจการมิได้มีความหมายแต่เพียง การกระทำโดยเปิดเผย จงใจ และรับรู้ถึงการนำไปซึ่งทรัพย์สินของ นักลงทุน แต่รวมถึงการแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของนักลงทุน ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่เพียง บางส่วน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจใดๆ เลยก็ตาม”

คดีนี้แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนที่ผนวกไว้ใน ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน จะมีผลกระทบอย่างสำคัญต่ออำนาจ อธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุน ในการกำกับดูแลการลงทุนของ ต่างชาติ และในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ของตน



## คดีระหว่างบริษัทเมเธเน็กซ์ (Methanex) กับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา (United States)

เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2542 บริษัทเมเธเน็กซ์ ของแคนาดา ได้ฟ้องร้องรัฐบาลสหรัฐตามบทที่ 11 ของนาฟต้า สืบเนื่องจากที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกข้อบัญญัติห้ามใช้สารเคมี “MTBE” ในน้ำมันเชื้อเพลิง โดยอาศัยงานศึกษาวิจัยของมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียที่บ่งชี้ว่า การใช้สารเคมีดังกล่าว มีผลทำให้เกิดการปนเปื้อนน้ำที่ใช้สำหรับการบริโภคและเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ บริษัทเมเธเน็กซ์ ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสาร MTBE รายใหญ่ ได้กล่าวหาการกระทำของรัฐแคลิฟอร์เนียว่า เป็นการยึดและริบคืนกิจการ และละเมิดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ขอให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน 970 ล้านดอลลาร์สหรัฐ คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม พ.ศ. 2548 ยกข้อเรียกร้องของบริษัทเมเธเน็กซ์ทั้งหมด โดยมีนัยที่สำคัญคือ กฎข้อบังคับของรัฐที่ตราขึ้นและที่บังคับใช้โดยไม่เลือกปฏิบัติเพื่อปกป้องสาธารณสุขประโยชน์ (ดังเช่นกฎหมายสิ่งแวดล้อมในกรณีนี้) ไม่ถือว่าเป็นการยึดหรือริบกิจการของนักลงทุน



## คดีระหว่างบริษัท เอธิล คอร์ป (Ethyl Corporation) กับรัฐบาลแคนาดา (The Government of Canada)

ในปี พ.ศ. 2540 รัฐบาลแคนาดาได้ออกคำสั่งห้ามนำเข้าและ  
ขนย้ายสารผสมน้ำมันเชื้อเพลิงที่เรียกว่าสารเอ็มเอ็มที (MMT) โดยให้  
เหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมีรายงานการวิจัยที่แสดงว่า สารเคมี  
ดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมและก่อมลพิษทางอากาศ แต่  
คำสั่งห้ามของรัฐบาลแคนาดาดังกล่าว ใช้เฉพาะกับการนำเข้าสารเคมี  
มาจากต่างประเทศ ไม่รวมถึงการผลิตและการขายสารเอ็มเอ็มทีใน  
แคนาดา บริษัท เอธิล คอร์ป (Ethyl Corp) ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกัน  
ผู้นำเข้าสารเคมีเอ็มเอ็มทีรายใหญ่ ได้ฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดา ภายใต้  
บทที่ 11 ของนาฟต้า โดยอ้างว่าคำสั่งห้ามดังกล่าว ละเมิดต่อพันธกรณี  
ที่แคนาดามีอยู่ตามนาฟต้า เรียกค่าชดเชยจำนวน 251 ล้านดอลลาร์  
สหรัฐ ต่อมาในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2541 รัฐบาลแคนาดาตัดสินใจ  
ประนีประนอมยอมความกับบริษัทเอธิล คอร์ป โดยยอมจ่ายค่าชดเชย  
จำนวน 13 ล้านดอลลาร์ให้แก่บริษัท และยอมยกเลิกคำสั่งห้ามนำเข้า  
และขนย้ายสารเอ็มเอ็มที

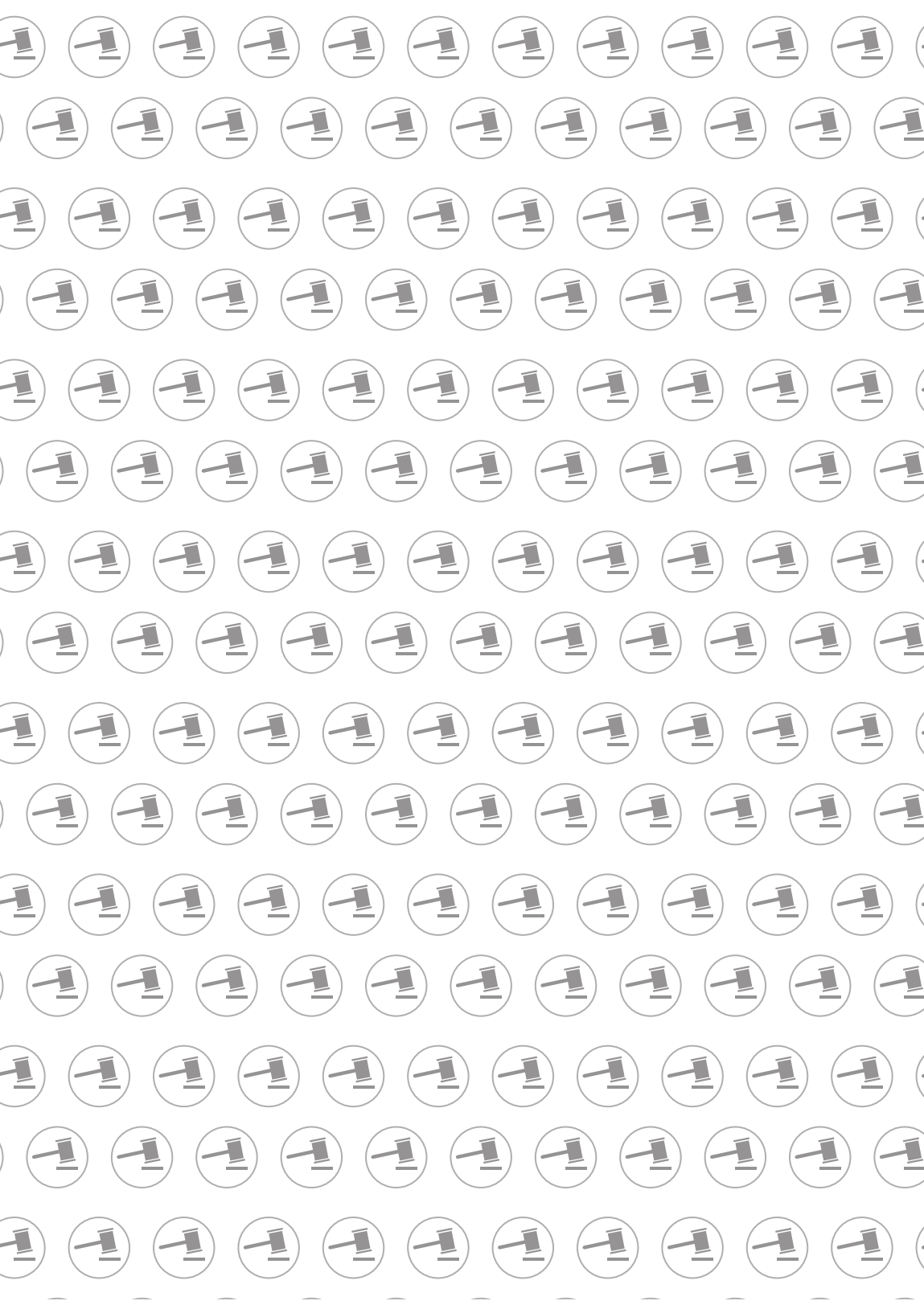
จะเห็นได้ว่า บทที่ 11 ของนาฟต้า เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับประเทศผู้รับการลงทุน หากมี ข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน เหตุผลที่อ้างเพื่ออธิบายความ ชอบธรรมของการใช้กลไกระงับข้อพิพาทนอกศาลก็คือ

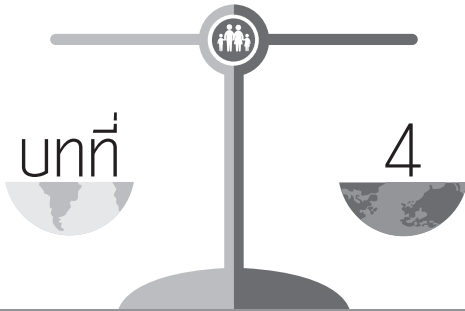
**ประการแรก** ระบบศาลของประเทศผู้รับการลงทุนล้าสมัย ไม่มี ประสิทธิภาพและไม่น่าเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศผู้รับการ ลงทุนเป็นประเทศกำลังพัฒนา

**ประการที่สอง** ระบบอนุญาโตตุลาการจะช่วยให้นักลงทุนต่างชาติ หลุดพ้นจากการเลือกปฏิบัติหรือการตัดสินความที่มีอคติโดยศาลหรือ ตตุลาการของประเทศผู้รับการลงทุน

จากคดีต่างๆ ที่กล่าวข้างต้น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนที่มีการ ผลักดันให้มีผลบังคับในกรอบพหุภาคีและทวิภาคี ล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมาย เพียงประการเดียวคือ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนข้ามชาติ และจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแล ธุรกิจเอกชน รัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือออกกฎระเบียบ ที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนได้เลย แม้ว่ากฎระเบียบดังกล่าวจะถูกกำหนดขึ้น เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม สุขอนามัยหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม การกระทำ ใดๆ ของรัฐคู่สัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนสหรัฐ อาจมีผลให้รัฐนั้นต้องถูกฟ้องดำเนินคดีเรียกค่าชดเชยจากนักลงทุนได้







## สถิติเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน

การที่สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนและเอฟทีเอจำนวนมากได้กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ มีผลให้ข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนกับรัฐรวมทั้งคดีที่มีการฟ้องร้องกันภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะในช่วงเวลา 15 ปีที่ผ่านมา โดยในปี พ.ศ. 2552 เพียงปีเดียว มีประเทศผู้รับการลงทุนถึง 81 ประเทศที่ถูกฟ้องร้องต่ออนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทการลงทุน

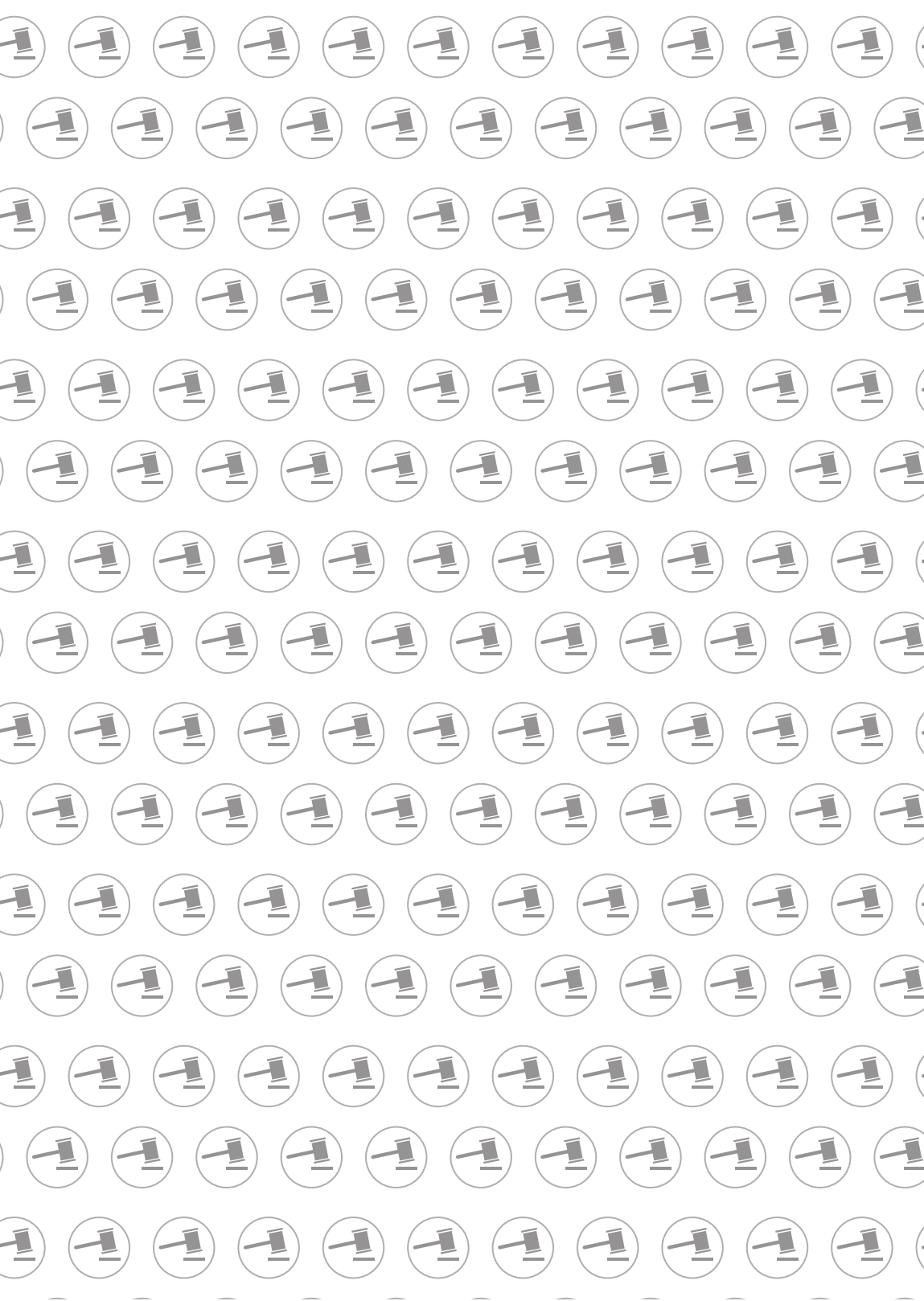
การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือองค์การ (United Nations Conference on Trade and Development : UNCTAD) รายงานว่า คดีที่ฟ้องร้องกันตามกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐตามสนธิสัญญาการลงทุนมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก หากนับจนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2554 ปรากฏมีคดีในลักษณะดังกล่าวรวมทั้งสิ้น 450 คดี โดยรัฐที่ถูกฟ้องร้องโดยนักลงทุนส่วนใหญ่จะเป็นประเทศกำลังพัฒนา และรัฐบาลของประเทศที่อยู่ระหว่างการปรับเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจ (transitional economies) อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาเดียวกัน ก็ปรากฏว่ามีประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา เยอรมนี ฯลฯ ถูกฟ้องร้องเป็นข้อพิพาทภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในความตกลงทวิภาคีด้วยเช่นกัน แสดงให้เห็นว่า รัฐทั้งที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาต่างก็มีประสบการณ์ในการถูกทำทนายอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยนักลงทุนเอกชนด้วยกันทั้งสิ้น โดยเฉพาะการทำทนายอำนาจอธิปไตยในการควบคุมกำกับธุรกิจเอกชน ซึ่งการทำทนายดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากรัฐเหล่านั้นยินยอมลดบทบาทของตนเองจากการเป็นผู้กำกับดูแลกลายเป็นคู่พิพาทโดยตรงกับเอกชนภายใต้กลไกอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน

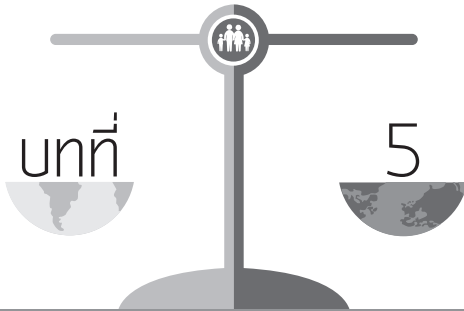
ถึงแม้ว่าคดีส่วนใหญ่ภายใต้มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจะเป็นข้อพิพาทที่นักลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นผู้ยื่นฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยจากการที่รัฐบาลของประเทศเหล่านั้นบังคับใช้กฎระเบียบที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน

แต่เมื่อไม่นานมานี้ ก็เริ่มปรากฏคดีที่นักลงทุนจากประเทศกำลังพัฒนาเป็นผู้ยื่นฟ้องร้องรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาบ้างแล้ว แม้จะยังมีจำนวนไม่มากนักก็ตาม โดยในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2543 ถึง พ.ศ. 2553 มีคดีที่นักลงทุนของประเทศกำลังพัฒนายื่นฟ้องรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วต่ออนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนรวมทั้งสิ้น 5 คดี อันแสดงให้เห็นว่ากลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐหาได้ก่อให้เกิดภาระสำหรับรัฐของประเทศกำลังพัฒนาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ประเทศที่พัฒนาแล้วก็มีภาระที่จะต้องต่อสู้คดีกับนักลงทุนเอกชนภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ ยังมีสถิติที่น่าสนใจเกี่ยวกับผลแห่งคดีที่มีการฟ้องร้องกันตามมาตรการระงับข้อพิพาท กล่าวคือ จากคดีที่ดำเนินการผ่านศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ICSID) จำนวน 55 คดี เป็นคดีที่สิ้นสุดโดยมีการวินิจฉัยคดีแล้ว 26 คดี ในจำนวนนี้ ปรากฏว่า รัฐผู้รับการลงทุนเป็นฝ่ายชนะ 8 คดี นักลงทุนชนะ 5 คดี ที่เหลือเป็นคดีที่จบลงด้วยการประนีประนอมยอมความ ซึ่งจากสถิติคดีดังกล่าว ยังไม่อาจสรุปเป็นข้อยุติได้ว่า อนุญาโตตุลาการมีท่าทีโน้มเอียงที่จะตัดสินคดีไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายนักลงทุนหรือฝ่ายรัฐ แต่มีข้อมูลที่น่าสนใจอยู่ประการหนึ่งว่า ในบรรดานักลงทุนที่ชนะคดีต่อรัฐตามการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น เกือบทั้งหมดเป็นนักลงทุนของประเทศที่พัฒนาแล้ว

สถิติดังกล่าวหาได้เป็นที่น่าประหลาดใจไม่ ทั้งนี้เพราะแม้ที่นักลงทุนข้ามชาติจากประเทศกำลังพัฒนาจะเข้าไปลงทุนในประเทศต่างๆ มากขึ้นในปัจจุบัน แต่จำนวนของนักลงทุนที่มาจากประเทศกำลังพัฒนายังคงมีอยู่น้อยหากเทียบกับนักลงทุนและบริษัทข้ามชาติของประเทศที่พัฒนาแล้ว นอกจากนี้ เนื่องจากการดำเนินคดีภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐยังคงมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก จึงคงมีแต่นักลงทุนของประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ที่มีทุนรอนสูงเท่านั้น ที่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับรัฐโดยอาศัยมาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้





## ข้อวิพากษ์เกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาท ระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้ถูกนำมาใช้เพื่อเปิดโอกาสให้นักลงทุนข้ามชาติได้หลีกเลี่ยงอำนาจอธิปไตยทางการศาลของประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการลงทุน ที่มีกฎมองว่า มีระบบตุลาการที่ล่าช้า ด้อยพัฒนา ตัวอย่างเช่น การกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไว้ในนาฟต้า ก็เหตุด้วยสหรัฐอเมริกาและแคนาดา มองว่า ระบบกระบวนการยุติธรรมของเม็กซิโกยังไม่ก้าวหน้าเท่าที่ควร

แต่เมื่อมีการใช้มาตรการระงับข้อพิพาทดังกล่าวไประยะหนึ่ง กลับปรากฏว่า ทั้งรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ต่างก็ถูกฟ้องร้องด้วยกลไกดังกล่าวเช่นเดียวกัน จำนวนสถิติคดีที่มีการฟ้องร้องกันตามกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนตามบทที่ 11 ของนาฟตานั้น แสดงให้เห็นว่าทั้งรัฐบาลสหรัฐและแคนาดา ต่างก็ถูกนักลงทุนที่เป็นบริษัทเอกชนยื่นฟ้องร้องดำเนินคดีภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยถูกฟ้องร้องมากกว่ารัฐบาลเม็กซิโกเสียอีก ทั้งสหรัฐและแคนาดาต้องต่อสู้คดีตามระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อปกป้องนโยบายสาธารณะและมาตรการที่รัฐบาลทั้งสองประเทศบังคับใช้ อันเป็นปัญหาเดียวกันกับที่รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ ต้องประสบ

ข้อวิพากษ์ที่สำคัญเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐมีดังนี้

**ประการแรก** กลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนมักจะให้สิทธิที่เกินสมควรแก่นักลงทุนต่างชาติ ทั้งเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยการให้สิทธิดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (discriminatory) เพราะมักให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติ แต่เพียงฝ่ายเดียว คนชาติและนักลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนจะไม่ได้รับสิทธิพิเศษดังกล่าวด้วย การให้สิทธิเช่นนี้ได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทข้ามชาติ (multinational corporations) ต่อด้าน  
 คัดค้าน และอาศัยสิทธิทางกฎหมายเพื่อล้มล้างนโยบายแห่งรัฐที่กำหนดขึ้น  
 เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นในด้านสาธารณสุข ด้านสิ่งแวดล้อม  
 หรือเพื่อการสาธารณประโยชน์อื่นๆ

**ประการที่สอง** กฎเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมักมี  
 ลักษณะที่แปลกแยกจากระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมตาม  
 กฎหมายภายใน อนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนจะดำเนินการควบคู่ขนาน  
 กันไปกับกฎหมายภายใน โดยที่ในบางกรณี การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ  
 ก็อาจบั่นทอนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายภายในลงด้วย นอกจากนี้ ระบบ  
 อนุญาโตตุลาการก็มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เช่น ปราศจากความโปร่งใส  
 ในกระบวนการพิจารณาและการชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากไม่มีบทกำหนดให้  
 มีการเปิดเผยการพิจารณาคดีต่อสาธารณะ ปิดกั้นโอกาสที่สาธารณชน  
 จะเข้าถึงเอกสารสำนวนความต่างๆ ที่ใช้ในการพิจารณาคดี นอกจากนี้ ระบบ  
 อนุญาโตตุลาการ ก็ยังเป็นกลไกรงับข้อพิพาทที่ปราศจากความแน่นอน  
 ในขณะที่ระบบศาลและกระบวนการยุติธรรมจะมีการสร้างบรรทัดฐานตาม  
 คำพิพากษาของศาล แต่คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะผูกพัน  
 เฉพาะคู่พิพาทในคดีเท่านั้น โดยไม่มีผลสร้างบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อมา  
 ถึงแม้ว่าคดีที่เกิดขึ้นในภายหลังจะมีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันหรือคล้ายกัน  
 อนุญาโตตุลาการในคดีหลังก็อาจมีคำวินิจฉัยชี้ขาดที่แตกต่างกันไปได้

**ประการที่สาม** ระบบอนุญาโตตุลาการไม่ได้ช่วยรักษาความสัมพันธ์  
 ทางธุรกิจในระยะยาว วัตถุประสงค์หลักของระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุน  
 ก็คือการพิจารณาชี้ขาดว่า รัฐจะต้องชดเชยให้แก่นักลงทุนหรือไม่ โดยที่  
 ประเด็นเรื่องการรักษาหรือการคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีระหว่างคู่กรณีนั้น  
 หาได้เป็นสาระสำคัญของกลไกรงับข้อพิพาทลักษณะนี้ไม่ ดังนั้น การใช้



ระบบอนุญาโตตุลาการการลงทุนจึงไม่ช่วยสร้างหรือรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจในระยะยาวระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ อันเป็นปัจจัยสำคัญต่อการสร้างบรรยากาศการลงทุนและการส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ

**ประการที่สี่** กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือ ข่มขู่รัฐมิให้ตรากฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชน ค่าชดเชยจำนวนมากที่รัฐจะต้องจ่ายให้แก่การลงทุนเอกชนหากรัฐถูกตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการให้แพ้คดีนับเป็นต้นทุนทางเศรษฐกิจโดยตรงที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องแบกรับ แต่ต้นทุนที่สูงกว่านั้นก็คือ ต้นทุนที่จะเกิดขึ้นหากรัฐผู้รับการลงทุนจะตัดสินใจไม่ตรากฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับดังกล่าวอันเนื่องมาจากการข่มขู่โดยนักลงทุนเอกชนว่าจะดำเนินคดีกับรัฐโดยอาศัยมาตรการระงับข้อพิพาท ซึ่งหากรัฐตัดสินใจไม่ตรากฎหมายก็อาจมีต้นทุนแอบแฝงเกิดขึ้น 2 ประการ ประการแรกเป็นต้นทุนทางเศรษฐกิจ เช่น ต้นทุนที่รัฐจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายในด้านการดูแลสุขภาพผู้ป่วย อันเนื่องมาจากรัฐไม่ควบคุมการค้าบุหรี่ ส่วนต้นทุนแอบแฝงประการที่สองนั้นหมายถึงต้นทุนทางสังคม เช่น สุขภาพอนามัยที่เสื่อมถอยลงของประชาชน เนื่องจากการสูบบุหรี่ หรือจากการดื่มสุรา

## ท่าทีของประเทศกำลังพัฒนา

ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ ได้แสดงท่าทีคัดค้านการใช้มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยโจมตีว่ามาตรการดังกล่าวได้สร้างอำนาจทางเศรษฐกิจที่เกินสมควร ให้กับบริษัทข้ามชาติ แต่กลับลดทอนอำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำกับดูแลตลาดและควบคุมพฤติกรรม

ของนักลงทุน ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ เช่น โบลิเวีย เอกวาดอร์ และเวเนซุเอลา ได้ประกาศถอนตัวจากศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน โดยประเทศเวเนซุเอลาตัดสินใจถอนตัวจากศูนย์นี้ในปี พ.ศ. 2555 ภายหลังจากที่รัฐบาลเวเนซุเอลาถูกตัดสินชี้ขาดให้จ่ายค่าชดเชยจำนวน 907 ล้านดอลลาร์ให้แก่บริษัทเอ็กซอนโมบิล (Exxon Mobil) เนื่องจากรัฐบาลได้รับและยึดคืนกิจการของบริษัทดังกล่าว โดยอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวได้ตัดสินว่า รัฐบาลเวเนซุเอลาผิดเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานที่ทำไว้กับบริษัทเอ็กซอนโมบิล

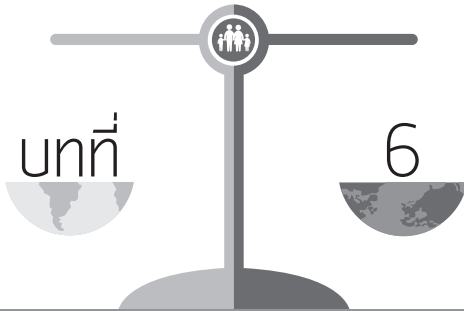
อินเดียเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีปฏิกิริยาคัดค้านอย่างรุนแรงต่อกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ประเทศอินเดียได้แสดงท่าทีไม่ยอมรับข้อเสนอสหภาพยุโรปที่ต้องการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการไว้ในเอฟทีเอที่ทั้งสองฝ่ายกำลังเจรจากันอยู่นอกจากนี้ เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2555 รัฐบาลอินเดียยังได้นำเสนอแผนยุทธศาสตร์ (strategic plan) ที่แสดงแนวทางว่า อินเดียจะไม่ยอมให้มีการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐไว้ในสนธิสัญญาใดๆที่อินเดียจะทำกับต่างประเทศ พร้อมทั้งจะขอเจรจาทบทวนเอฟทีเอที่อินเดียได้ทำไปแล้วกับประเทศเกาหลีใต้และสิงคโปร์ โดยจะขอทบทวนในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

ท่าทีที่เปลี่ยนแปลงไปของอินเดียต่อมาตรการระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้น สืบเนื่องมาจากการที่รัฐบาลอินเดียถูกฟ้องร้องดำเนินคดีที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการในหลายคดีด้วยกัน เช่น คดีระหว่างบริษัท White Industries Australia Limited กับรัฐบาลอินเดีย ที่รัฐบาลอินเดียถูกร้องเรียนตามกลไกระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย และคดีบริษัท Vodafone กับรัฐบาลอินเดีย ภายได้

สนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างประเทศเนเธอร์แลนด์กับอินเดีย การที่รัฐบาลอินเดียถูกบรรษัทลงทุนข้ามชาติดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยดังกล่าว ได้ทำให้เกิดปฏิกิริยาต่อต้านมาตรการดังกล่าวอย่างรุนแรงจากสาธารณชน ส่งผลให้รัฐบาลอินเดียนำเสนอแผนยุทธศาสตร์ว่าจะไม่ยอมให้มีกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในความตกลงกับประเทศต่างๆ อีก

## ท่าทีของประเทศที่พัฒนาแล้ว

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศที่พัฒนาแล้วได้เปลี่ยนบทบาทจากการเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียวกลายเป็นประเทศผู้รับการลงทุนด้วย เช่น สหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาได้กลายเป็นประเทศผู้รับการลงทุนรายใหญ่ที่สุดของโลก ประเทศเหล่านี้ก็ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทในหลายคดีเช่นกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วดังกล่าว จึงได้เริ่มตั้งคำถามเกี่ยวกับกลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนที่ตนมีส่วนผลักดัน ในสนธิสัญญาทวิภาคีด้านการลงทุนและในเอฟทีเอต่างๆ คดีที่บริษัทบุหรี่ยักษ์ข้ามชาติฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลียนับเป็นกรณีตัวอย่างของประเทศที่พัฒนาแล้วถูกฟ้องร้องที่น่าสนใจยิ่ง



กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน  
ในความตกลงทีพีพี

ความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก (Trans-Pacific Partnership Agreement) หรือทีพีพี (TPP) ที่อยู่ระหว่างการเจรจาจัดทำโดยประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก มีจุดเริ่มต้นจากข้อเสนอของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี พ.ศ. 2551 และพัฒนาสืบต่อมาจากความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์ทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement) หรือทีพีเอสอีพี (TPSEP) ที่รู้จักกันในนามของกลุ่ม P4 ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2548 โดยมีประเทศสมาชิกก่อตั้ง 4 ประเทศ อันได้แก่ ชิลี นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ และบรูไน ล่าสุดนั้น ความตกลงทีพีพี มีประเทศสมาชิกทั้งที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาจากสองฟากฝั่งของมหาสมุทรแปซิฟิกรวมทั้งสิ้น 12 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ชิลี เปรู สิงคโปร์ บรูไน มาเลเซีย เวียดนาม เม็กซิโก แคนาดา และญี่ปุ่น (เป็นสมาชิกอาเซียน 4 ประเทศ ได้แก่ สิงคโปร์ บรูไน มาเลเซีย และเวียดนาม) โดยประเทศเหล่านั้นต่างมีท่าทีที่เปิดกว้างต่อการรับประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้นในอนาคต ด้วยความมุ่งหมายที่จะพัฒนาให้เป็นความตกลงทางการค้าแห่งศตวรรษที่ 21 (21<sup>st</sup> Century Trade Agreement) โดยมีเป้าหมายที่จะยกระดับไปสู่ความเป็นเขตการค้าเสรีแห่งเอเชียแปซิฟิก (Free Trade Area of the Asia-Pacific, FTAAP) ในปี พ.ศ. 2563 โดยที่ การเจรจาแรกเริ่มเริ่มต้นเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2553 ณ ประเทศออสเตรเลีย

ต่อมา เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555 นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี ได้ประกาศแสดงความสนใจที่จะนำประเทศไทย เข้าร่วมเจรจาเป็นสมาชิกในความตกลงข้างต้น โดยได้ประกาศในวาระที่ นายบารัค โอบามา ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเดินทางมาเยือนประเทศไทย อย่างเป็นทางการ อย่างไรก็ตาม การจะเข้าร่วมในความตกลงนี้จะต้องดำเนินการขอเสียงสนับสนุนเป็นฉันทามติจากประเทศสมาชิกทีพีพีทั้งหมดก่อน

ทั้งนี้ ในความตกลงทางการค้าหรือการลงทุนใดๆ ที่กระทำกันระหว่างประเทศนั้น มีข้อที่น่าสังเกตประการหนึ่งคือ ประเทศคู่ค้าที่แสดงเจตนาว่าไม่ต้องการใช้มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ต่างก็เป็นประเทศพัฒนาแล้ว ที่มีการพัฒนาเศรษฐกิจระดับสูงเหมือนกัน และต่างก็มีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ดีที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน แต่สำหรับความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่กระทำโดยประเทศคู่สัญญาที่มีระดับการพัฒนาแตกต่างกัน ความตกลงเหล่านั้นส่วนใหญ่มักจะกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้

ดังที่กล่าวในเบื้องต้นว่า บริษัท ฟิลลิป มอร์ริส จำกัด ได้ฟ้องร้องรัฐบาลออสเตรเลีย โดยอาศัยกลไกระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างออสเตรเลียและฮ่องกง มีผลให้รัฐบาลออสเตรเลีย (ตลอดจนรัฐบาลนิวซีแลนด์) แสดงท่าทีคัดค้านการกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐในความตกลงทีพีพี (Trans-Pacific Partnership Agreement) แถลงการณ์ร่วมของผู้นำประเทศทีพีพี ที่แถลงในปี พ.ศ. 2554 จึงระบุว่า การเจรจาในประเด็นนี้จะต้องดำเนินต่อไปในเรื่อง “ขอบเขตและความครอบคลุม” แผงนี้ยังมีความเป็นไปได้ที่ความตกลงทีพีพีจะยังคงกำหนดมาตรการดังกล่าว แต่รายละเอียดของกลไกระงับข้อพิพาทจะเป็นเช่นไรนั้นขึ้นอยู่กับผลของการเจรจา ซึ่งที่ผ่านมาการเจรจาในประเด็นนี้ก็ยังไม่อาจสรุปเป็นข้อยุติที่เห็นพ้องต้องกันระหว่างประเทศสมาชิกได้

มีความเป็นไปได้ว่า ความตกลงทีพีพีจะกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ตามแนวทางหนึ่งแนวทางใด ในสามแนวทางต่อไปนี้

- 1) มีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน แต่มีข้อยกเว้นสำหรับออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ที่แสดงท่าทีชัดเจนว่าไม่เห็นด้วยกับมาตรการดังกล่าว

- 2) กำหนดกลไกระงับข้อพิพาทที่ใช้บังคับกับประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยไม่คำนึงถึงระดับการพัฒนาและไม่คำนึงว่าประเทศใดจะเห็นด้วยหรือไม่
- 3) กำหนดกลไกระงับข้อพิพาทที่ใช้กับทุกประเทศ แต่มีข้อยกเว้นบางประการ

เนื่องจากการคัดค้านของออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ จึงเป็นไปได้ยากที่ความตกลงที่พีพีจะกำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทที่ใช้บังคับโดยปราศจากเงื่อนไข มาตรการระงับข้อพิพาทคงจะถูกนำมาใช้โดยมีเงื่อนไขที่จำกัดขอบเขตของการใช้ เงื่อนไขประการหนึ่งที่จะมีการกำหนดก็คือการใช้ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” (Rule of Exhaustion of Local Remedies) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้กันมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะสำหรับการที่นักลงทุนต่างชาติจะดำเนินคดีเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ดังเช่นคำพิพากษาของศาลถาวรยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ในคดีระหว่าง Mavrommatis Palestine Concessions, Greece กับสหราชอาณาจักร หลักการนี้ตั้งอยู่บนแนวคิดพื้นฐานว่า รัฐควรมีโอกาสต่อสู้ปกป้องนโยบายและการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายของตนเอง ซึ่งหลักในคำพิพากษาดังกล่าวได้รับการยืนยันโดยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ในเวลาต่อมา เช่น ในคดีระหว่าง Interhandel Case, Switzerland กับสหรัฐอเมริกา

จากหลักกฎหมายข้างต้น อาจสรุปได้ว่า ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐใดๆ หากจะใช้สิทธิฟ้องร้องคดีเพื่อปกป้องสิทธิของตนเอง ก็จะต้องใช้สิทธิตามกฎหมายภายใน โดยอาศัยมาตรการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน เช่น จะต้องดำเนินคดีต่อศาลในประเทศหรือร้องเรียนต่อคณะกรรมการการปกครองที่มีอยู่ภายใต้

กฎหมายภายในเสียก่อน และเมื่อไม่ประสบผลสำเร็จ ก็อาจนำคดีเข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศต่อไป

หลักการนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักลงทุนและบริษัทข้ามชาติเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของการใช้กลไกทางกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะในกรณีที่ประเทศนั้นมีระบบกฎหมายที่ล่าช้า ไม่มีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงได้สร้างกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐขึ้น โดยอ้างว่าเพื่อคุ้มครองสิทธิของนักลงทุน ดังเช่นที่ปรากฏในนาฟต้า และในความตกลงทวิภาคีการลงทุนอื่นๆ ภายใต้อินทิสัญญาต่างๆ ที่ประเทศส่วนใหญ่ได้กระทำต่อนี้ ไม่มีการนำ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” (Rule of Exhaustion of Local Remedies) มาใช้ ทำให้นักลงทุนสามารถดำเนินคดีกับรัฐได้โดยตรง โดยสามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศได้โดยทันที โดยไม่ต้องดำเนินคดีตามกฎหมายภายในเสียก่อน

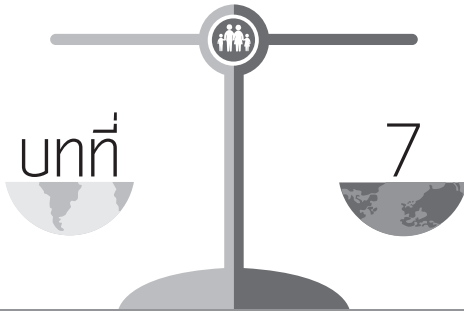
มีความเป็นไปได้ว่า ความตกลงที่พีพีอาจนำ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” มาใช้ร่วมกับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ อันจะเป็นการประนีประนอมให้ระบบดังกล่าวเป็นที่ยอมรับได้สำหรับประเทศสมาชิก โดยเฉพาะออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว จะมีผลผลักดันให้ประเทศสมาชิกทำการปรับปรุงกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับภายในของตนให้สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้โดยกฎหมายภายใน หลีกเลี่ยงการที่นักลงทุนเอกชนจะนำคดีเข้าสู่กลไกอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกระบวนการที่ยุ่งยาก มีค่าใช้จ่ายสูงและก่อให้เกิดภาระต่อรัฐเป็นอย่างมาก

ประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาต่อมาก็คือ หากความตกลงที่พีพีจะนำ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” มาใช้ หลักการดังกล่าวควรใช้



บังคับกับประเทศสมาชิกทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกันหรือควรจะใช้เฉพาะกับประเทศสมาชิกที่มีระบบกฎหมายภายในที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น ประเทศคู่เจรจาความตกลงทีพีพีอย่างสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ญี่ปุ่นและสิงคโปร์ อาจได้รับการยอมรับว่ามีระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ แต่ก็ยังมีประเทศสมาชิกอื่นอีกหลายประเทศที่ระบบกฎหมายยังไม่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป การใช้ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” กับประเทศเหล่านั้น จะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบหลายประการ เช่น ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทล่าช้า จึงต้องกำหนดเงื่อนไขในด้านช่วงเวลาไว้ด้วย ตัวอย่างเช่น เอฟทีเอระหว่างนิวซีแลนด์และจีน (New Zealand–China Free Trade Agreement) กำหนดให้ใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน แต่มาตรการเยียวยาภายในนั้นจะต้องสามารถระงับข้อพิพาทดังกล่าวให้เสร็จสิ้นภายในกำหนด 3 เดือน

สิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่ง ที่มีระบบกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ เอฟทีเอระหว่างสหรัฐและสิงคโปร์ได้กำหนดมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐเอาไว้ และหากสิงคโปร์และสหรัฐเข้าร่วมในความตกลงทีพีพีที่จะมีการใช้ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” ก็จะทำให้เกิดปัญหาว่า นักลงทุนจะเลือกใช้มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ได้ทำความตกลงไว้ก่อนหน้านั้น (ตามเอฟทีเอระหว่างสหรัฐและสิงคโปร์) แทนที่จะใช้ “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน” (ตามความตกลงทีพีพี) ได้หรือไม่ เพราะมาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐจะให้ประโยชน์ต่อนักลงทุนยิ่งกว่า “กฎการใช้มาตรการเยียวยาภายในเสียก่อน”



กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน  
กับผลกระทบต่อสุขภาพ

## กรณีสิทธิบัตรยา Strattera® (Atomoxetine)

ข้อเท็จจริงของคดีมีอยู่ว่า บริษัทยาชื่อสามัญของแคนาดาได้ฟ้องเพิกถอนสิทธิบัตรยาชื่อทางการค้าว่า “Strattera®” หรือชื่อสามัญทางยาว่า “Atomoxetine” (ชื่อเดิมคือ Tomoxetine) เป็นยาที่ใช้ในการรักษาโรคสมาธิสั้น (attention deficit hyperactivity disorder, ADHD) ยาดังกล่าวผลิตและจำหน่ายโดยบริษัทอิลิลลี (Eli Lilly) บริษัทได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเมื่อวันที่ 4 มกราคม พ.ศ. 2539 โดยอ้างวันยื่นคำขอครั้งแรก (first filing) ในสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2538 โดยอ้างสิทธิการใช้สาร Atomoxetine สำหรับการรักษาโรคสมาธิสั้น ทั้งนี้ ในการศึกษาของโรงพยาบาลแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts General Hospital clinical study) ซึ่งสนับสนุนการศึกษาโดยบริษัทอิลิลลี เป็นการศึกษาทางคลินิก 7 สัปดาห์ มีกลุ่มควบคุมที่ใช้ยาหลอก (placebo) และใช้วิธีปิดลับสองทางแบบไขว้ (double blind and cross over) การศึกษาปรากฏผลการรักษาว่า ยานี้อาจได้ผลในโรคซึมเศร้า (possible treatment for depression) โดยไม่มีประสิทธิผลที่ชัดเจนในการใช้ประโยชน์ อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาสำนักงานสิทธิบัตรแคนาดาได้ออกสิทธิบัตรแคนาดาเลขที่ 2,209,735 สำหรับยาดังกล่าว (เขียนย่อว่า “สิทธิบัตร ’735”)

บริษัทอิลิลลีได้เริ่มศึกษายานี้ในปี พ.ศ. 2522 เพื่อใช้ในโรคซึมเศร้า (antidepressant) หนึ่งปีของการศึกษาพบว่า Atomoxetine ซึ่งเป็นไอโซเมอร์ของ Nisoxetine สามารถยับยั้งการรับสารสื่อประสาท Norepinephrine เข้าสู่เซลล์สมอง จึงน่าจะมีประสิทธิผลในการรักษาโรคซึมเศร้า และได้มีการศึกษาเรื่อยมา ต่อมางานวิจัยเพื่อสนับสนุนประสิทธิผลในการรักษา

โรคซึมเศร้าล้มเหลว จึงยุติทุกโครงการทดลองในปี พ.ศ. 2534 จนกระทั่งต่อมาในปี พ.ศ. 2537 บริษัทอิลิลลีสได้ให้การสนับสนุนการศึกษาของโรงพยาบาลแมสซาชูเซตส์เพื่อวิจัยทางคลินิกในการรักษาด้วยยา Atomoxetine ในโรคสมาธิสั้น และในที่สุดบริษัทอิลิลลีสก็ได้รับอนุญาตให้นำออกสู่ตลาดในสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ.2545 และตลาดแคนาดาเมื่อวันที่ 24 ธันวาคม พ.ศ.2547 โดยใช้ชื่อการค้าว่า Strattera®

คดีการฟ้องร้องระหว่างบริษัท Eli Lilly Canada Inc.'s (“Eli Lilly”) และบริษัท Novopharm Ltd. (ปัจจุบันเป็นบริษัท Teva Canada Limited) เกิดขึ้นเมื่อบริษัทเทวา (Teva) ยื่นขอขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญ Atomoxetine ตามระเบียบการยื่น (notice of compliance) ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรแคนาดา ขณะที่อิลิลลีสอ้างว่ายานี้ยังคงได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตร ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาก็คือ ประเด็นการใช้ประโยชน์ (utility) ของยา Atomoxetine ในโรคสมาธิสั้น โดยไม่มีการอ้างสิทธิในสารใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากสารดังกล่าวเป็นสารในกลุ่มสารเคมีที่เคยได้รับสิทธิบัตรไปแล้ว นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความชัดเจน (obviousness) ของยานี้ว่าการใช้ยาดังกล่าวเป็นที่ชัดเจนต่อผู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นหรือไม่ หากเป็นที่ชัดเจนแล้วก็ถือว่าไม่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ซึ่งไม่ควรได้รับสิทธิบัตร

ศาลชั้นต้น (Federal Court) ของสหพันธรัฐแห่งแคนาดาได้พิพากษาเมื่อวันที่ 14 กันยายน พ.ศ. 2553 ให้บริษัทเทวาชนะคดี โดยพิพากษาว่า สิทธิบัตร’735 ไม่สมบูรณ์ (invalid) ด้วยเหตุผลในประเด็นการใช้ประโยชน์ของยา Atomoxetine ในโรคสมาธิสั้นที่ไม่ได้อ้างถึงสิทธิในสารใหม่เนื่องจากเป็นสารที่มีอยู่แล้ว (existing) และเคยได้รับสิทธิบัตรไปแล้ว การศึกษาที่ไม่ยืนยันถึงประสิทธิภาพของยา ส่วนในประเด็นชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ศาลได้พิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น จำนวนทางเลือก

อื่นในการแก้ปัญหา ธรรมชาติของปัญหา ความพยายามในการแก้ปัญหา ปัญหาที่ได้เคยพยายามแก้แล้วแต่ไม่สำเร็จ ฯลฯ หลังจากพิจารณาแล้ว ศาลเห็นว่าหลักฐานเท่าที่มีนั้นสนับสนุน เพียงแต่ทำให้คาดได้ว่ามีความเป็นไปได้ ที่อาจจะมีส่วนผลลัพธ์ในการรักษาโรคดังกล่าว จึงถือว่ายานี้ไม่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น

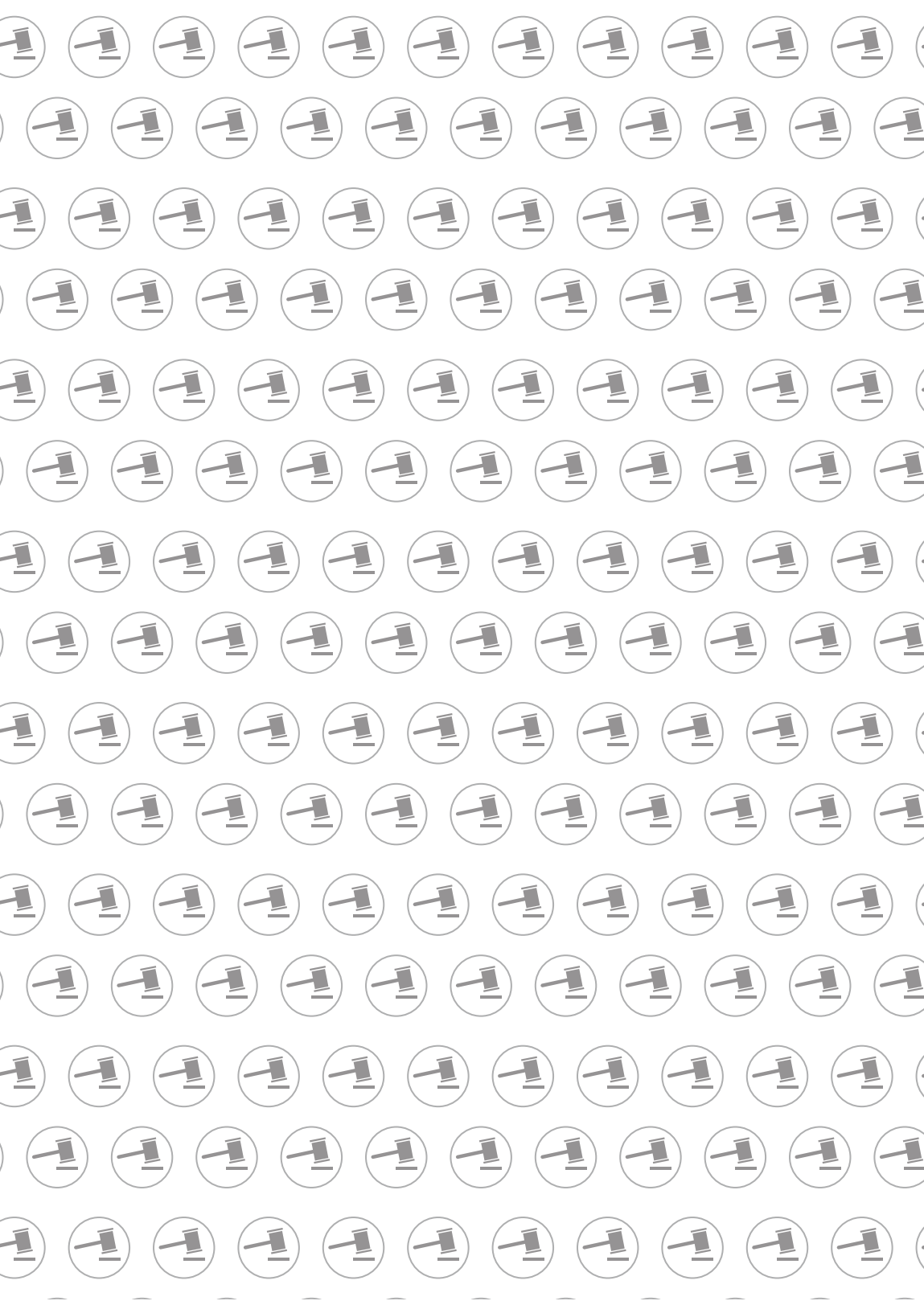
ต่อมา ได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐ แคนาดา (Canadian Federal Court of Appeal) ได้ตัดสินเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 โดยศาลเห็นว่าการพิสูจน์ถึงการใช้ประโยชน์นั้น สูงเกินไป และไม่เปิดเผยที่มาของการคาดการณ์ประโยชน์ (sound prediction) ศาลพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับศาลชั้นต้น และพิพากษายืนว่า การออกสิทธิบัตรดังกล่าวไม่สมบูรณ์ เนื่องจากการขอรับสิทธิบัตรสำหรับยานี้ไม่ต้องตามเงื่อนไขการออกสิทธิบัตร 3 ประการ คือ ความใหม่ (new or novelty) ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือความไม่ชัดเจนโดยบุคคลทั่วไป (improvement or non-obviousness) และการใช้ประโยชน์ (utility or usefulness) การออกสิทธิบัตรโดยไม่ถูกต้องดังกล่าวได้ทำให้บริษัทฯ ชื่อสามัญของแคนาดาเสียโอกาส จากการที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาไม่สามารถพิจารณาขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญได้

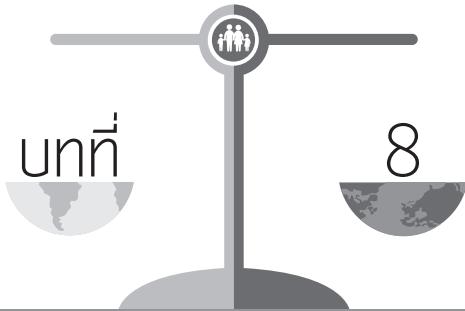
ต่อมาเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555 บริษัทอิลลิลลิได้ฟ้องร้อง ว่ารัฐบาลแคนาดาฝ่าฝืนพันธกรณีที่แคนาดามีอยู่ตามนาฟต้า โดยอ้างว่า คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ให้เพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวเป็นการยึดหรือ รับคืนกิจการโดยอ้อมตามบทว่าด้วยการลงทุน (Investment Chapter) ในนาฟต้า ขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุน กับรัฐ พร้อมทั้งเรียกร้องค่าชดเชยเป็นจำนวนเงิน 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

บริษัทอิลลิลลิชี้ว่า ระบบสิทธิบัตรของแคนาดานั้น การพิจารณา คุณสมบัติของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในหลักการใช้ประโยชน์ (Utility

Doctrine) ที่ใช้หลักการ Promise Doctrine ต่างไปจากมาตรฐานสิทธิบัตรของประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะในกรณี “สิทธิบัตร ‘113” ซึ่งบริษัทได้ดำเนินคดีในประเทศต่างๆ รวม 16 ประเทศ และศาลของประเทศทั้งหมดนี้ ได้ตัดสินว่าสิทธิบัตรยาดังกล่าวเป็นสิทธิบัตรที่สมบูรณ์ทั้งสิ้น คงมีแต่ศาลแคนาดาเท่านั้นที่ตัดสินแตกต่างออกไป บริษัทอิลิลลี่อ้างว่า คำพิพากษาของศาลแคนาดา ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่แคนาดามีต่อนาฟต้า ตามบทที่ 11 ใน 3 ประเด็น คือ (1) การเพิกถอนสิทธิบัตรยา Strattera บนหลักการของความไม่มีประโยชน์ (inutility) (2) รัฐบาลแคนาดาได้รับรองกฎว่าด้วยการใช้ประโยชน์ตามคำตัดสินด้วยการกำหนดเป็นระเบียบข้อบังคับซึ่งไม่ถูกต้อง และ (3) รัฐบาลแคนาดาได้นำคำตัดสินว่าด้วยการใช้ประโยชน์มาบัญญัติไว้ในกฎหมายในเวลาต่อมา

ต่อมาในวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2557 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอเมริกันจำนวน 32 คน ได้ส่งจดหมายถึงผู้แทนการค้าสหรัฐ นายไมเคิล โฟรแมน (Michael Froman) มีเนื้อหาสนับสนุนให้หน่วยงานผู้แทนการค้าสหรัฐ จัดประเทศแคนาดาไว้ในรายชื่อประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ ตามกฎหมายการค้า 301 ของสหรัฐ (Omnibus Trade and Competitiveness Act of 301) เพื่อกดดันแคนาดาในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังกล่าว ด้วยเหตุที่ทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีนวัตกรรมเป็นสิ่งสำคัญมากต่อเศรษฐกิจของสหรัฐ ช่วยสร้างงานถึงหนึ่งในสาม อีกทั้งสินค้าส่งออกของสหรัฐมูลค่า 60 เปอร์เซ็นต์ อยู่บนฐานของทรัพย์สินทางปัญญา การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวด จึงมีความจำเป็นอย่างมากต่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจและศักยภาพการแข่งขันของสหรัฐ ในปัจจุบัน คดีบริษัท Eli Lilly กับ Canada ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ





บทส่งท้าย



ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่มีแนวโน้มที่จะปฏิเสธมาตรฐานขั้นสูงด้านการลงทุนที่ใช้กรอบนาฟต้า และร่างเอ็มเอไอเป็นแม่แบบ ทั้งนี้เพราะการยอมรับหลักเกณฑ์ที่เอื้อต่อนักลงทุนต่างชาติจะมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ และจะมีผลต่อการกำหนดนโยบายด้านเศรษฐกิจและการพัฒนาของประเทศ หากการทำความตกลงพหุภาคีการลงทุนจะเป็นผลสำเร็จ ความตกลงนั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่เอื้อประโยชน์ให้แก่นักลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังเช่นที่ปรากฏในนาฟต้า ร่างเอ็มเอไอ และร่างความตกลงทีพีพี

การเปิดเสรีการลงทุนจะลดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐลงและเพิ่มอำนาจของนักลงทุนต่างชาติ ถึงแม้ว่าการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศจะมีลักษณะที่คล้ายกัน แต่ธุรกรรมข้ามชาติทั้งสองลักษณะก็มีความแตกต่างกันในหลายประการ ไม่แต่เพียงแต่ความแตกต่างในเชิงกายภาพเท่านั้น หากแต่รวมถึงความแตกต่างในเชิงคุณภาพด้วย การส่งสินค้าไปขายยังอีกประเทศหนึ่ง อาจมีความอ่อนไหวไม่มากนัก อย่างมากก็ส่งผลกระทบต่อรายได้ของรัฐเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีนำเข้า หรืออาจส่งผลบางอย่างต่อผู้ประกอบการในประเทศนำเข้า เป็นต้น แต่สำหรับการลงทุนระหว่างประเทศ การเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้ามาตั้งองค์กรและเข้ามาทำการผลิต ประกอบธุรกิจการค้าหรือบริการในประเทศ จะมีประเด็นที่มีความอ่อนไหวมากกว่าการค้าระหว่างประเทศมาก ประเทศต่างๆ จึงมักจะกีดกันการลงทุนในกิจการบางอย่าง ซึ่งว่าไปแล้ว ไม่มีประเทศใดในโลกที่เปิดเสรีการลงทุนแบบ 100 เปอร์เซ็นต์ แม้แต่ประเทศที่มีเศรษฐกิจขนาดใหญ่ เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น ฯลฯ รัฐบาลก็มักจะกำกับการเข้ามาลงทุนของต่างชาติอย่างเข้มงวด

การทำ ความตกลงด้านการลงทุนแบบเปิดเสรีจะก่อให้เกิดผลกระทบมากมายต่อประเทศไทย ซึ่งท้ายที่สุดอาจหมายถึงการที่ไทยต้องยอมเปิดเสรีด้านการลงทุนให้กับทุกประเทศ ภายใต้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับ ความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment) ขององค์การการค้าโลก ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ประเทศไทยก็จะมีสิทธิกำกับควบคุมต่างชาติที่เข้ามาลงทุน ไม่อาจใช้มาตรการที่มีอยู่เพื่อควบคุมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเพื่อส่งเสริมการสาธารณสุขและการเข้าถึงยา ประเทศไทยจะไม่อาจคัดกรองการลงทุนที่มีคุณภาพ ไม่อาจให้สิทธิพิเศษหรือกำหนดมาตรการช่วยเหลือบริษัทหรือผู้ผลิตในประเทศในด้านการสาธารณสุขและสุขภาพ หลักการลงทุนแบบเปิดเสรี อาจส่งผลกระทบในแง่ลบต่อประเทศไทยสองประการ ดังนี้

**ประการแรก** ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเข้าถึงยา มาตรการคุ้มครองการลงทุนและกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน จะทำให้ระบบการตรวจสอบสิทธิบัตรอ่อนแอ ทำให้การเพิกถอนสิทธิบัตรทำได้ยาก และจะไม่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น มาตรการบังคับใช้สิทธิ การนำเข้าซ้อน ฯลฯ เกิดการผูกขาดตลาดยา จำกัดโอกาสที่ผลิตภัณฑ์ยาชื่อสามัญจะเข้าสู่ตลาดเพื่อแข่งขัน เกิดปัญหาयरาคาแพง และอื่นๆตามมา

**ประการที่สอง** ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ (sovereignty) ทำให้กฎหมายภายใน เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายที่ออกเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (กฎระเบียบควบคุมการจำหน่ายและบริโภคสุรา ยาสูบ หรือสินค้าที่มีพิษภัยอย่างอื่น) อาจจะถูกท้าทายด้วยกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของประเทศในการตรากฎหมายและระเบียบข้อบังคับ

ต่างๆ ทำให้ให้นักลงทุนและบริษัทต่างชาติ มีอิทธิพลเหนือรัฐบาลในการกำหนดนโยบายแห่งรัฐ

รัฐบาลไทยควรมีจุดยืนที่ชัดเจนว่า การเจรจาเพื่อเปิดเสรีด้านการลงทุนหรือการกำหนดกฎเกณฑ์ด้านการลงทุนใดๆ ควรจะดำเนินการโดยผ่านความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคีเท่านั้น ในการเจรจาความตกลงด้านการลงทุน ประเทศไทยควรมีท่าทีที่ชัดเจน ที่จะไม่ลดหย่อนหรือยอมรับกติกาหรือกฎเกณฑ์การลงทุนใดๆ เกินเลยไปจากสิ่งที่เป็นอยู่ตามสภาพปัจจุบัน หากจะมีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนใดๆ ความตกลงดังกล่าวควรมีความสมดุล มีการปกป้องสิทธิของนักลงทุนตามสมควร และในขณะเดียวกันก็มีบทบัญญัติที่คุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศด้วย

## บรรณานุกรม

1. กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ สำนักบูรณาการเศรษฐกิจการค้า (2555). ความสำคัญของ TPP ต่อประเทศไทย. เอกสารเผยแพร่.
2. โกศล ฉันทิกุล คำบรรยายกระบวนวิชากฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน พร้อมด้วยพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง และประกาศที่เกี่ยวข้อง (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2534.
3. จักรกฤษณ์ วรรณพงษ์ สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่ 3) สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. 2556.
4. จักรกฤษณ์ วรรณพงษ์ และ จิราพร ลิ้มปานานนท์ (2557). รายงานการวิจัย ศึกษาผลกระทบต่อสาธารณสุขจากข้อเสนอว่าด้วยการลงทุนในความตกลงการค้าเสรีไทย-สหภาพยุโรป และความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก. บทนำ.
5. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย โครงการวิจัยเพื่อเตรียมความพร้อมของไทยสำหรับการเจรจาจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-สหภาพยุโรป: บทการค้าบริการและการลงทุน เสนอต่อกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ 2550.
6. Andreas F. Lowenfeld, Investment Agreements and International Law, 42 Colum J. Transnat'l L. 123 (2003).
7. Andreas F. Lowenfeld, The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections, 30 Tex. Int'l L. J. 59-69, 59 (1995).

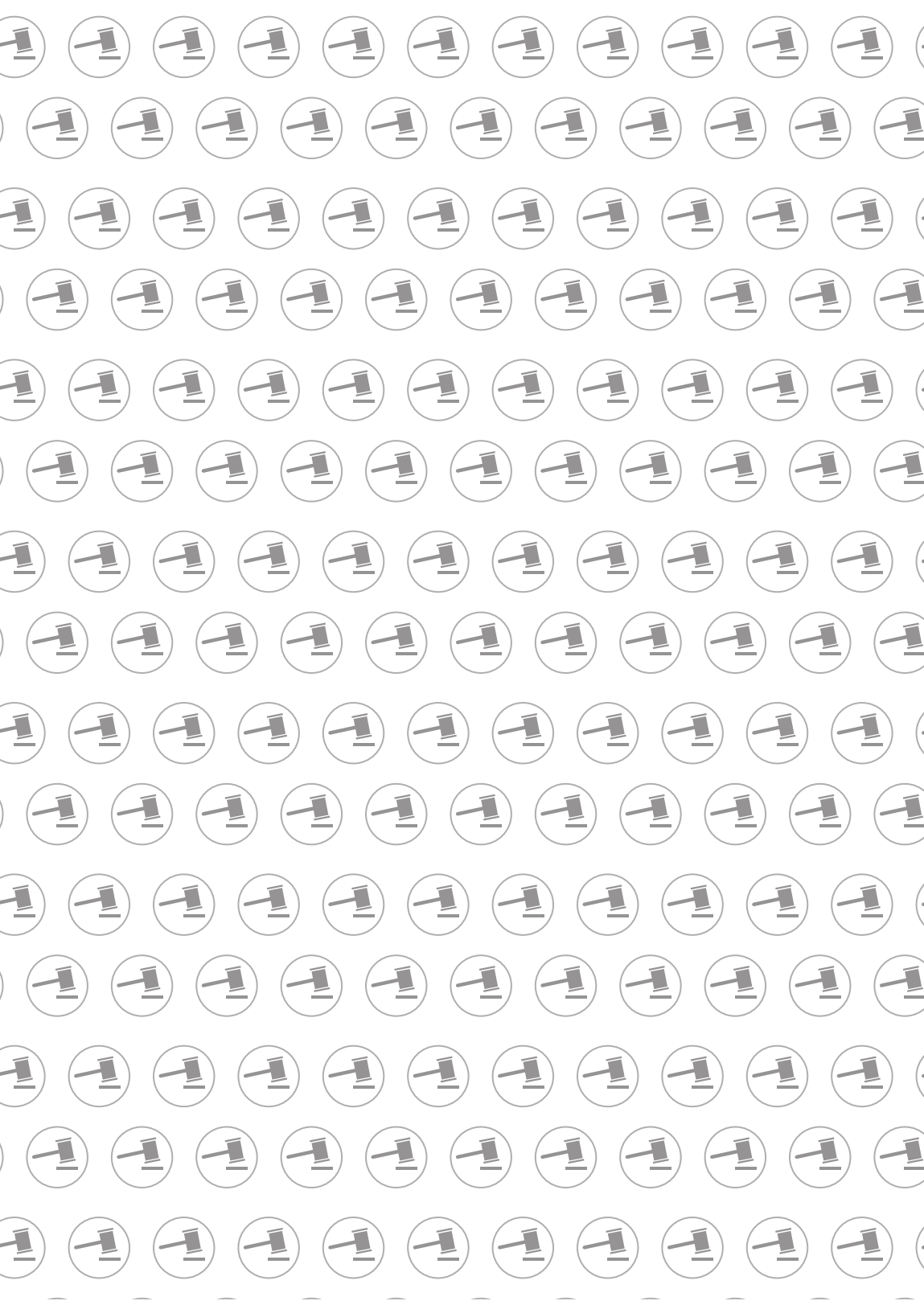
8. Anup Shah, Multilateral Agreement on Investment (20 December 2000) Global Issues <http://www.globalissues.org/article/48/multilateral-agreement-on-investment>.
9. Australian Productivity Commission, Research Report: Bilateral and Regional Trade Agreements, November 2010.
10. Brigitte Stern, Civil Society’s Voice in the Settlement of International Economic Disputes, 22 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 280 (2007).
11. Campbell McLachlan, The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention, 54 Int’l & Comp. L.Q. 279, 284 (2005).
12. Christoph Schreuer, “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration” 4 Law Prac Intl Cts Tribunals (2005) 1.
13. David Sedlak, ICSID’s Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?, 23 Penn St. Int’l L. Rev. 147 (2004).
14. Francesco Francioni, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, in Human Rights, in Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni and Ernst-Ulrich Petersmann (eds), International Investment Law and Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009.

15. Global Policy Forum, The EU Offensive for WTO-Investment Negotiations, Global Policy Forum, July, 2003, <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43723.html>.
16. Gus Van Harten & Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17 Eur. J. Int'l L. 121 (2006).
17. Ian Brownlie, Public International Law, Oxford University Press, 6<sup>th</sup> ed, 2003 at 509.
18. Ibrahim F.I. Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MTGA, 1 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 1, 4 (1986).
19. Jakkrit Kuanpoth, Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010.
20. Muthucumaraswamy Sornarajah, The International Law on Foreign Investment (3<sup>rd</sup> ed), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
21. Nance, D.S. and J. Wasserman "Regulation of Imports and Foreign Investment in the United States on National Security Grounds", 11 Mich. J. Int'l L. 926 (1990).

22. OECD, The MAI Negotiating Text, Final Version, Apr. 24, 1998, DAF/MAI(98)7/REV1.
23. Philip Morris International, Submission of Philip Morris International in Response to the Request for Comments Concerning the Proposed Trans-Pacific Partnership Trade Agreement, 2009  
<http://archive.tobacco.org/news/311851.html>.
24. Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, “Bilateral Investment Treaties”, ICSID 1995.
25. UNCTAD, Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010.  
[http://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf).
26. UNCTAD, Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement (March 2010), United Nations Conferenc on Trade and Development, IIA ISSUES NOTE No. 1 (2010),  
[http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20103\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20103_en.pdf).
27. Yongmin Chen and Thitima Puttitanun, IPRs and Innovation in Developing Countries, Journal of Development Economics, Vol. 78, 2005, 47 - 493.

กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ





กลไกระงับข้อพิพาทการลงทุน  
กับผลกระทบต่อสุขภาพ

