

บทที่ 3

ข้อตกลงว่าด้วยเสรีภาพและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุน

การลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติมีผลให้เกิดการเคลื่อนย้ายเงินทุน บุคคล สิ่งของ ข้อมูล หรือ เทคโนโลยี จากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ มีที่มาจากหลายแหล่ง ประกอบด้วย กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ทำการลงทุน หรือกฎหมายของประเทศผู้ลงทุน กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน และความตกลงระหว่างประเทศ (International Agreement) ซึ่งจะแยกได้ดังนี้

3.1 กฎหมายของประเทศผู้ลงทุน

ในการเข้าไปลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ผู้ลงทุนซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายภายในประเทศของตน กล่าวคือ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในประเทศของตนด้วยแม้การดำเนินการตามโครงการนั้นจะเกิดขึ้นนอกอาณาเขตของประเทศตนก็ตาม และบางประเทศยังมีกฎหมายที่เกิดขึ้นยังมีผลตามไปควบคุมบุคคล หรือบริษัทของคนในประเทศตนเองในต่างประเทศอีกด้วย (Extraterritorial Laws) เช่น บุคคลหรือบริษัทอเมริกันที่มาลงทุนในประเทศไทยต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอเมริกันด้วย กฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายห้ามค้ากับประเทศศัตรู กฎหมายเกี่ยวกับห้ามให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ เป็นต้น

กรณีของประเทศไทย เมื่อผู้ลงทุนชาวไทยไปลงทุนในต่างประเทศ ก็ต้องอยู่ใต้บังคับกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศไทยบางเรื่อง เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา เป็นต้น และในกรณีนี้ประเทศไทยได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 442) พ.ศ. 2548 ซึ่งกำหนดให้เกิดการยกเว้นภาษีเงินได้แก่บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยสำหรับเงินได้พึงประเมินในรูปของเงินปันผลซึ่งได้รับจากบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายในต่างประเทศ

3.2 กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน

กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนจะเข้ามาใช้บังคับแก่นักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศในทันทีที่เข้าทำสัญญากับรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายในประเทศผู้รับการลงทุน คือ มุ่งประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์จากการลงทุนดังกล่าวให้มากที่สุด เช่น การพัฒนาอุตสาหกรรม การพัฒนาทางเทคโนโลยี การเพิ่มการจ้างแรงงาน เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนจึงอาจจะมีได้ทั้งในลักษณะของกฎหมายที่มุ่งกำกับและควบคุมการลงทุน รวมถึงมุ่งที่จะส่งเสริมการลงทุน เช่น พรบ. ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ของประเทศไทย กฎหมายการลงทุนต่างชาติ พ.ศ. 2550 ของประเทศพม่า เป็นต้น ที่ให้หลักประกันหรือการคุ้มครองการลงทุนรวมทั้งให้ผลประโยชน์ทางด้านภาษี เช่น ยกเว้นภาษีเงินได้ 5 ปีแรกของการลงทุน ลดหย่อนค่านำเข้าวัตถุดิบ เป็นต้น²⁶

โดยทั่วไปแล้วผู้ลงทุนก่อนที่จะตัดสินใจไปลงทุนในประเทศใดจะต้องจะได้พิจารณาถึงกฎหมาย นโยบาย ระเบียบและกฎเกณฑ์ต่างๆ ของประเทศที่ตนจะไปลงทุน โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อสิทธิในการเข้าไปลงทุน ข้อจำกัดหรือการเข้าไปควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศของรัฐบาล การควบคุมหรือจัดระเบียบธุรกิจโดยทั่วไปในประเทศนั้น สิทธิและประโยชน์รวมถึงหลักประกันที่พึงจะได้รับจากรัฐบาล ภาระในการเสียภาษีอากร รูปแบบการลงทุน และการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราระหว่างประเทศ เป็นต้น

3.3 ความตกลงระหว่างประเทศ

จากการที่มีหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องในการลงทุนระหว่างประเทศ คือ ผู้ลงทุน ประเทศของผู้ลงทุน และประเทศผู้รับการลงทุน โดยผู้ลงทุนก็ยังมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองพลเมืองของตน ในขณะที่ประเทศผู้รับการลงทุนก็มีภาระหน้าที่ในการยกระดับความเป็นอยู่ของพลเมืองของตน และดูแลให้การลงทุนนั้นเป็นประโยชน์แก่ทั่วทั้งประเทศชาติและประชาชนอันได้แก่ เช่น การเพิ่มการจ้างงาน การนำ

²⁶ สมคิด บุญสั้นเหลือ. (2555). กฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่ากับประเด็นด้านสิทธิประโยชน์และหลักประกันการลงทุนเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของไทย. สืบค้นจาก <http://www.connexion.mfu.ac.th>

ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ในประเทศไปจำหน่ายยังตลาดต่างประเทศ การหาเงินตราต่างประเทศ ล้วนเป็นประเด็นสำคัญอันนำไปสู่ความตกลงระหว่างประเทศ โดยความตกลงระหว่างประเทศ เป็นความตกลงระหว่างรัฐซึ่งอาจเป็นความตกลงระหว่างรัฐ 2 รัฐ หรือมากกว่านั้น ความตกลงนี้อาจจะมีชื่อเรียกต่างกัน เช่น สนธิสัญญา (Treaty) อนุสัญญา (Convention) หรือ ความตกลง (Agreement)

โดยความตกลงระหว่างประเทศถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งซึ่งผูกพันรัฐที่แสดงเจตนาในการเข้าทำความตกลงนั้นๆ ตามหลักกฎหมาย Doctrine of *pacta sunt servanda* หรือสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นเมื่อรัฐได้แสดงเจตนารมณ์ใดในความตกลงใดๆ ย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามความตกลงนั้นๆ รัฐจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามความตกลงนั้นๆ ในภายหลังไม่ได้ หากรัฐละเมิดพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลงนั้นๆ รัฐจะต้องรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ต่อรัฐอื่นๆ ที่เป็นคู่ภาคีแห่งความตกลงนั้น และได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีของรัฐดังกล่าวข้างต้น

โดยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐทุกๆ รัฐในประชาคมระหว่างประเทศนั้น ไม่ว่าจะเป็นรัฐที่มีขนาดใหญ่หรือเล็ก และจะมีความมั่นคงทางเศรษฐกิจมากน้อยเพียงใด จะมีอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน รัฐหนึ่งจะแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นไม่ได้ ดังนั้นการทำความตกลงระหว่างประเทศนั้นจึงอยู่บนพื้นฐานของความเป็นชาติรัฐที่เท่าเทียมกัน และมีเสรีภาพในการที่จะตกลงเจรจา และการเข้าผูกพันตามผลของความตกลง ดังนั้นการทำความตกลงระหว่างประเทศ จึงเป็นการลดอำนาจอธิปไตยลงบางส่วนเพื่อไปผูกพันตามสนธิสัญญาความตกลงทั้งหลายที่รัฐได้ตกลงทำไป

ความตกลงระหว่างประเทศมีหลายระดับทั้งระดับทวิภาคี (Bilateral) ระดับพหุภาคี (Multilateral) ระดับภูมิภาค (Regional) ระดับระหว่างประเทศ (International) ซึ่งระดับภูมิภาคและระดับระหว่างประเทศคือความตกลงในระดับพหุภาคี หรือความตกลงหลายฝ่าย ต่างกันที่ระดับภูมิภาคจะจำกัดรัฐภาคีสมาชิกในภูมิภาคนั้น หรืออาจจะมีสมาชิกตามกลุ่มวัตถุประสงค์ หรือตามเป้าหมายที่มาทำความตกลงกัน ส่วนความตกลงระดับระหว่างประเทศทั่วไปที่ไม่มีการจำกัดสมาชิกหรือเขตทางภูมิศาสตร์มีลักษณะสากล (Universal) ที่กล่าวถึงลักษณะของความตกลงระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปในการที่รัฐทำความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อนำมาสู่การพิจารณาการทำความตกลงการค้าเสรีที่ไทยได้ทำไปแล้วและที่จะทำต่อไปว่ามี

ลักษณะที่เป็นไปตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่อย่างไร และมีจุดอ่อนหรือมีปัญหาอย่างไร ในการทำความเข้าใจ นอกจากนี้ในแต่ละประเทศย่อมมีกฎหมายภายในกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการทำ สนธิสัญญาระหว่างประเทศเช่นที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ว่าด้วยเรื่องการทำ ความตกลงระหว่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากความตกลงที่รัฐได้กระทำไปแล้ว รัฐนั้นย่อมต้องผูกพันและปฏิบัติตามผลของ ความตกลง อีกทั้งต้องมีการอนุวัติการตามความตกลงเหล่านั้นด้วย รัฐต่างๆ จึงมีข้อตกลงตั้งแต่การให้อำนาจ บุคคลหรือฝ่ายบริหารของรัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจในการเจรจาทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือการกำหนด ขอบเขตอำนาจของผู้แทนของรัฐในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศ กำหนดขั้นตอนในการแสดง เจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา รวมทั้งการให้สัตยาบันสนธิสัญญาความตกลงระหว่างประเทศ ในบางประเทศ จะมีมาตรการที่เพิ่มเติมขึ้นมา เช่น การมีกระบวนการปรึกษาหารือเพื่อแสวงหาประชามติในการที่จะยินยอม ให้รัฐไปดำเนินการเจรจาหรือผูกพันตามสนธิสัญญาที่จะต้องผูกพันชาติและประชาชนแห่งชาติรัฐนั้นๆ ด้วย กล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ในการทำ ความตกลงระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาทั้งกระบวนการตามกฎหมายภายใน และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ตัวอย่างความตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุน เช่น ความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการ ลงทุนระหว่างไทยกับอังกฤษ ความตกลงว่าด้วยการประกันการลงทุนระหว่างไทยกับแคนาดา สนธิสัญญาทาง ไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างไทยกับอเมริกา และความตกลงแบบพหุภาคี เช่น อนุสัญญาฉบับ ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ความตกลงหรือสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นนี้จะมีผลในการส่งเสริม การลงทุน ให้ประโยชน์และการคุ้มครองแก่การลงทุนจากต่างประเทศ

ในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนมีวิวัฒนาการมาจากความตกลงทาง มิตรภาพ ทางพาณิชย์ และการเดินเรือ ซึ่งจะทำให้ความคุ้มครองทางการค้าและการเดินเรือ เมื่อลงทุนระหว่าง ประเทศมีความสำคัญขึ้น ความตกลงระหว่างประเทศจึงได้ขยายมาให้ความคุ้มครองในการลงทุนด้วย โดย สนธิสัญญาการค้าและการเดินเรือที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายคือ สนธิสัญญาที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศ อังกฤษทำกับประเทศต่างๆ ซึ่งเรียกว่าสนธิสัญญามิตรภาพการพาณิชย์และการเดินเรือ (Friendship Commerce and Navigation Treaty: FCN)²⁷ เดิมทีสนธิสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการที่จะให้ความ

²⁷ UNCTAD. (2007). World Investment Report 2007. Retrieved from http://unctad.org/en/docs/wir2007p1_fn.pdf Page 40.

คุ้มครองทางการค้าและการเดินเรือเป็นหลัก แต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 แล้ว ได้มีการพัฒนาอุตสาหกรรมในประเทศต่างๆ เกิดขึ้น แม้ว่าความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีอยู่ในรูปของการค้ายังคงอยู่ แต่ความสัมพันธ์ในรูปของการลงทุนได้เพิ่มขึ้น ได้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุน แรงงาน การผลิตเทคโนโลยีจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง บทบัญญัติในสนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจึงได้ขยายมาคุ้มครองการลงทุน เช่น ในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกา ได้มีการตกลงให้ความคุ้มครองแก่กิจการและทรัพย์สินของเอกชนของประเทศภาคีสัญญา

ปัจจุบันมีความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนทำในรูปของสนธิสัญญามิตรภาพ การพาณิชย์และการเดินเรือ ความตกลงทางเศรษฐกิจ หรือสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศผู้ส่งออกทางการลงทุนที่สำคัญ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ และสวีเดน ทำกับประเทศผู้รับการลงทุนต่างๆ เช่น อินโดนีเซีย มาเลเซีย และประเทศไทย ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่จำนวนมาก ดังนั้นผู้ลงทุนเอกชนระหว่างประเทศควรจะได้ตรวจสอบถึงสิทธิและความคุ้มครองที่พึงจะได้รับจากสนธิสัญญาและความตกลงดังกล่าว โดยอาจสรุปได้ว่าสนธิสัญญา และความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนนี้มีข้อตกลงในเรื่องสิทธิของเอกชนของประเทศคู่สัญญาเกี่ยวกับการเดินทาง อาศัยเสรีภาพ ทรัพย์สิน การดำเนินการ และประกอบธุรกิจ การนำและส่งออกเงินตราต่างประเทศ การระงับข้อพิพาทและเรื่องอื่นๆ²⁸ นอกจากนี้แล้วความตกลงเพื่อยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน (An Agreement for the Avoidance of Double Taxation)²⁹ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐต่อรัฐที่จะผ่อนคลายเป็นเอกชนของชาติคู่สัญญาไม่ต้องเสียภาษีซ้ำซ้อนจากรายได้ต่างๆ เช่น รายได้จากการลงทุน เป็นต้น ก็อาจถือได้ว่าเป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนได้เหมือนกัน

ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนนี้เป็นที่ยอมรับกันในการลงทุนระหว่างประเทศว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่กิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนตามหลักในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะการบรรยากาศการลงทุนระหว่างประเทศสามารถส่งเสริมหรือสนับสนุนได้โดยการสร้างมาตรการต่างๆ ที่คุ้มครองและสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุนต่างชาติและบริษัทข้ามชาติ

²⁸ สุรภักษ์ บุนนาค และวณิ ฉ่อยเกียรติกุล. (2526). การเงินและการธนาคาร. หน้า 57 และ เสาวณี จันทะพงษ์ และสุภัทร ธนบดีภัทร. (2556). การลงทุนของไทยในประเทศเพื่อนบ้าน: ก้าวสำคัญของการเข้าสู่กลุ่มเศรษฐกิจ AEC. หน้า 162.

²⁹ OECD (2008). Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and Capital. Retrieved from <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf> Page 59.

3.4 หลักการแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ

ประชาคมระหว่างประเทศประกอบด้วยรัฐซึ่งเป็น “บุคคล” ระหว่างประเทศ มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีอำนาจอธิปไตยไม่อยู่ภายใต้อำណติของใคร รัฐทุกรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็รัฐเล็กหรือรัฐใหญ่ก็ตาม ดังนั้นทุกๆ รัฐต้องเคารพในอำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน ไม่แทรกแซงกัน รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการสร้างกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายภายในรัฐ สามารถล้มเลิกและแก้ไขกฎหมายได้ เพราะรัฐเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยก็ย่อมสามารถใช้อำนาจหน้าที่ของตนภายในขอบเขตของรัฐโดยปราศจากข้อจำกัด และย่อมไม่ถูกจำกัดจากการดำเนินการภายนอกด้วย แต่การยึดถือหลักอธิปไตยโดยเคร่งครัดนี้ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะรัฐย่อมไม่ถูกผูกพันหรือยอมต่อข้อผูกพันในการปฏิบัติตามพันธกิจกรณีใดๆ หากรัฐไม่พึงประสงค์ แต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงระหว่างประเทศย่อมต้องได้รับการปฏิบัติตามจึงจะบังเกิดผลให้ความตกลงใดๆ ในทางระหว่างประเทศเป็นรากฐานก่อเกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันได้โดยราบรื่น ดังนั้นรัฐต่างๆ ที่ประสงค์จะทำความตกลงระหว่างกันในประชาคมระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเอง (Auto Limitation) กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยของรัฐยังคงสมบูรณ์ เว้นแต่กรณีที่รัฐตกลงให้มีการจำกัดอำนาจอธิปไตยลงบางส่วนเพื่อยอมผูกพันตนต่อพันธกรณีระหว่างประเทศตามที่รัฐได้เข้าร่วมตกลงไว้ตามสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบต่างๆ โดยยอมรับกฎเกณฑ์บางประการที่จำกัดเสรีภาพของตน

3.5 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อการลงทุนจากต่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักในเรื่องอำนาจและหน้าที่ของรัฐไว้หลายประการ อำนาจประการหนึ่ง คือ อำนาจเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction)³⁰ กล่าวคือ รัฐมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์เหนือบุคคลและทรัพย์สินต่างๆ ที่อยู่ภายในดินแดนตน ดังนั้นเมื่อมีการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติในดินแดน

³⁰ จุมพต สายสุนทร. (2557). กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (INTERNATIONAL LAW). หน้า 149.

ของประเทศผู้รับการลงทุน การลงทุนนั้นย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจรัฐอย่างสมบูรณ์ของประเทศผู้รับการลงทุนตามหลักอำนาจเหนือดินแดนดังกล่าว

อนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศมีการพัฒนาหลักการทางกฎหมายในการจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐในการดำเนินการกับทรัพย์สินและบุคคลต่างชาติภายในดินแดนของตน โดยเฉพาะในเรื่องการใช้อำนาจรัฐต่อนักลงทุนต่างชาติ และข้อจำกัดทางกฎหมายนี้ปัจจุบันกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐทุกรัฐอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายนี้อย่างเท่าเทียมกัน อันเป็นผลมาสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติทั่วไปของรัฐภายใต้สนธิสัญญาต่างๆ และกฎหมายภายในของแต่ละรัฐอันกำหนดมาตรฐานของหลักปฏิบัติ (Standard of Treatment) ไว้หลายประการ โดยในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงินทุน ทรัพย์สิน และกิจการต่างๆ ปรากฏหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังต่อไปนี้

3.5.1 หลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Principle)

สนธิสัญญาต่างๆ ที่ได้ทำกันขึ้นในช่วงระหว่างศตวรรษที่ 19 และ 20 นั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ถือว่าการวางรากฐานที่สำคัญให้แก่การเกิดขึ้นของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน โดยในช่วงเวลาดังกล่าวแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าและสินค้าส่งออกไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือรัฐผู้รับการลงทุนต่างๆ กำหนดภาษีนำเข้าและส่งออกเอาไว้เหมือนกันระหว่างนักลงทุนภายในประเทศและนักลงทุนต่างประเทศบ้าง แตกต่างกันบ้าง ส่งผลต่อการแข่งขันของสินค้าในตลาด และการเติบโตของเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน โดยหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดในการส่งเสริมเศรษฐกิจและการแข่งขันของสินค้าในตลาด คือ การไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการสำคัญหนึ่งของแกตต์ (GATT) และองค์การการค้าโลก หลักการนี้ประกอบด้วย 2 หลักการสำคัญ คือ 1) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment: MFN) และ 2) การปฏิบัติเยี่ยงชาติ (National Treatment)

3.5.1.1 การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (The Most-Favoured-Nation Treatment: MFN)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง คือ การปฏิบัติต่อต่างชาตอย่างเท่าเทียมกัน³¹

โดยหลักทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาผูกพัน และมีผลบังคับเฉพาะต่อรัฐคู่ภาคีเท่านั้น ยิ่งกว่านั้น อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ยืนยันหลักการนี้ในมาตรา 34 กล่าวคือสนธิสัญญาไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือสิทธิใดๆแก่รัฐที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น³² (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศก็พิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวในทำนองเดียวกัน และยืนยันว่าเป็นที่ปรากฏแล้วว่าหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นสากล มิใช่เพียงแต่เป็นหลักการที่อยู่บนพื้นฐานแนวความคิดทั่วไปในการทำสัญญาเท่านั้น แต่ยังอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตย และความเป็นเอกราชของรัฐ

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีสนธิสัญญาอาจก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ ความผูกพัน หรือ พันธกรณีต่อรัฐที่สามหากรัฐที่สามนั้นยินยอม หรือแม้ในกรณีที่สนธิสัญญามีได้ก่อให้เกิดสิทธิ พันธกรณี ต่อรัฐที่สามเลยโดยตรง แต่โดยผลของการบังคับใช้สนธิสัญญาอาจจะส่งผลต่อรัฐที่สามได้ เช่นสนธิสัญญาความตกลงว่าด้วยเรื่องการขยายผลบังคับของสิทธิประโยชน์ทางการค้าภายใต้หลักการชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favored-Nations) หรือในกรณีที่สนธิสัญญาได้ระบุให้ภาคีของสนธิสัญญาต้องถอนตัวออกจากความผูกพันตามสนธิสัญญาระดับอื่น ที่ภาคีรัฐนั้นได้ทำไว้กับรัฐอื่น ผลของการปฏิบัติดังกล่าวย่อมกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของรัฐอื่นภายใต้สนธิสัญญาระดับหลังดังกล่าวนี้³³

โดยการที่ประเทศคู่สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนี้เป็นหลักการที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในการกำหนดสิทธิเกี่ยวกับเรื่องระหว่างประเทศต่างๆ ในสนธิสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ โดยสนธิสัญญานี้ถูกนำมากำหนดไว้ในสัญญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เมื่อประเทศคู่สัญญาได้ให้สิทธิประโยชน์อย่างดีที่สุดแก่ประเทศหนึ่งประเทศใด ก็ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นว่านั้นแก่ทุกประเทศที่เป็นคู่สัญญาอื่นด้วยการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

³¹ Alvarez, J. E. (2011). *The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options*. Page 68.

³² มาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติหลักทั่วไปไว้ว่า “A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent”.

³³ Art. 234 of the treaty of Rome 1957 establishing the EEC; Art. 292 of the treaty of Versailles 1919.

โดยทั่วไปมักนำหลักการ MFN มาเป็นหลักการพื้นฐานในสนธิสัญญา เช่น United States Pursuant to the Mineral Lands Leasing Act of 1920, aliens and foreign of America corporations may not acquire rights-of-way for oil or gas pipelines, or pipelines. With respect to Pipeline Transport due to lack of reciprocity carrying products refined from oil and gas, across on-shore federal lands or acquire leases or interests in certain minerals on on-shore federal lands, such as coal or oil.

Non-US citizens may own a 100 percent interest in a domestic corporation that acquires a right-of-way for oil or gas pipelines across on-shore federal lands, or that acquires a lease to develop mineral resources on on-shore federal lands, unless the foreign investors' home country denies similar or like privileges for the mineral or access in question to US citizens or corporations, as compared **“with the privileges it accords to its own citizens or corporations or to the citizens or corporations of other countries.”** Nationalization is not considered to be denial of similar or like privileges. Foreign citizens, or corporations controlled by them, are restricted from obtaining access to federal leases on Naval Petroleum Reserves if the laws, customs or regulations of their country deny the privilege of leasing public lands to US citizens or corporations.³⁴

โดยสัญญาดังกล่าวเป็นการตกลงระหว่างสองประเทศในการให้สิทธิบางประการแก่นักลงทุน และหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ส่งผลให้ทั้งสองประเทศต้องปฏิบัติตามต่อประเทศคู่ค้าอื่นๆ อยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ตามพันธสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศฉบับนี้ด้วย กล่าวคือ สำหรับประเทศที่ไม่ได้ทำความตกลงทางการค้าที่ให้การปฏิบัติตามกฎหมายหรือนโยบายของประเทศผู้รับการลงทุน จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์นี้ด้วย ดังจะเห็นจากประโยคที่ว่า **“with the privileges it accords to its own citizens or corporations or to the citizens or corporations of other countries.”** หรือ ให้สิทธิประโยชน์นี้

³⁴ United Nations Conference on TRADE AND DEVELOPMENT TRADE AGREEMENTS (2010). **Petroleum and Energy Policies.**

Retrieved from http://unctad.org/en/docs/itcdtsb9_en.pdf Page 149.

ผลถึงชาวอเมริกัน หรือบริษัทอเมริกัน หรือบริษัทต่างชาติ โดยไม่มีการจำกัดเพียงบริษัทต่างชาติภายใต้ภาคีของสนธิสัญญากับประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ภายใต้หลัก MFN นี้ สินค้าของภาคีสัญญาจะได้รับสิทธิเท่าเทียมกันกับสินค้าของประเทศอื่นๆ ในเรื่องที่จะระบุไว้ เมื่อเข้าข้อยกเว้นข้อใดข้อหนึ่ง ประเทศคู่ภาคีอาจอ้างสิทธิ MFN ไม่ได้ หรือเป็นการตัดสิทธิ MFN ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อยกเว้น อย่างเช่น สหรัฐอเมริกาจะอ้างสิทธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 1966 ข้อ 8 ซึ่งให้ MFN แก่สินค้าสหรัฐอเมริกา เพื่อให้สินค้าสหรัฐอเมริกามีสิทธิเสียภาษีศุลกากรที่ต่ำกว่ากับสินค้าไทยที่นำเข้าจากประเทศลาวไม่ได้ ทั้งนี้เพราะเข้าข้อยกเว้นเกี่ยวกับการปฏิบัติที่ให้แก่การค้าชายแดนหรือประเทศเพื่อนบ้านตามสนธิสัญญาไมตรีไทย - สหรัฐอเมริกา หรือประเทศไทยได้รับยกเว้นภาษีศุลกากรให้แก่สินค้าบางรายการของประเทศออสเตรเลีย - สหรัฐอเมริกา จะอ้างสิทธิ MFN เพื่อได้รับยกเว้นภาษีเช่นเดียวกับสินค้าของประเทศออสเตรเลียไม่ได้เพราะเข้าข้อยกเว้นเรื่องเขตการค้าเสรีของสนธิสัญญาไมตรีระหว่างประเทศไทย-สหรัฐอเมริกา³⁵

นอกจากนี้ความตกลงแกตต์ก็เป็นหนึ่งในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่นำหลักการ MFN มาบัญญัติไว้เป็นหลักการพื้นฐาน การนำหลักการ MFN มาบัญญัติไว้เป็นหลักการพื้นฐานนี้มีเหตุผลสนับสนุนทั้งด้านเศรษฐศาสตร์และ ด้านการเมือง เหตุผลสนับสนุนทางด้าน เศรษฐศาสตร์³⁶ คือ การนำหลักการ MFN มาใช้ในแกตต์ทำให้กลไกตลาดถูกบิดเบือนลดลง กล่าวคือ เมื่อภาคีสมาชิกใช้มาตรการการส่งออกหรือการนำเข้าสินค้า โดยไม่คำนึงว่าสินค้านั้นส่งออกหรือนำเข้าจากประเทศใดแล้ว ระบบตลาดจะทำงานได้ดีขึ้น และการค้าเสรีจะขยายตัวเพิ่มมากขึ้น เมื่อภาคีสมาชิกให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าใด ก็ต้องขยายการให้สิทธิประโยชน์เหล่านั้นแก่สินค้าที่เหมือนกันแก่ทุกประเทศ ภาคีแล้ว ต้นทุนธุรกรรม (Transaction Cost) จะลดลง กล่าวคือเมื่อภาคีสมาชิกได้ให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าของภาคีสมาชิกอื่นทุกประเทศ เจ้าหน้าที่ศุลกากรก็ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่า สินค้ามีถิ่นกำเนิดจากประเทศใด การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก็เป็นไปได้อย่างรวดเร็ว

เหตุผลสนับสนุนทางการเมือง คือ การนำหลักการ MFN มาใช้ในแกตต์ช่วยลดความตึงเครียดในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือ เมื่อภาคีสมาชิกให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าของภาคีสมาชิก

³⁵ สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร (2556). กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับ การค้า การเงิน และการลงทุน. หน้า 145.

³⁶ John, H. J. (1997). The World Trade System. Page 158.

หนึ่งแต่ไม่ให้สิทธิ ประโยชน์หรือให้สิทธิประโยชน์นั้นแก่สินค้าของอีกภาคีสมาชิกหนึ่งน้อยกว่าก็ จะทำการ เจริญการค้าระหว่างประเทศมีความตึงเครียดเพิ่มมากขึ้น

3.5.1.2 การปฏิบัติเยี่ยงชาติ (National Treatment)

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ คือ การปฏิบัติต่อคนต่างชาติเท่าเทียมกับคนชาติ³⁷

สำหรับการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว สิทธิของนักลงทุนต่อสินค้านำเข้าของนักลงทุน ต่างชาติกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจะมีความเท่าเทียมกันภายใต้มาตรการทางกฎหมายที่เหมือนกัน หรือ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการขจัดข้อจำกัดต่างๆ ระหว่างนักลงทุนภายในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ ในการ ประกอบการอันส่งผลให้การประกอบธุรกิจเป็นไปได้อย่างเท่าเทียมกัน และทำให้ตลาดเกิดการแข่งกันอย่าง สมบูรณ์

การให้การปฏิบัติอย่างคนชาติแก่สินค้านำเข้าในเรื่องใดจะทำให้สินค้านำเข้านั้นสามารถ แข่งขันกับสินค้าที่ผลิตขึ้นในประเทศได้ กล่าวคือหลักการนี้เป็นการปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์นำเข้าไม่ด้อยกว่าการ ปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์ภายในประเทศ โดยหลักการนี้มักจะถูกนำขึ้นอ้างต่อภาครัฐพร้อมกับการอ้างหลักการ ปฏิบัติต่อชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง โดยทั้งสองหลักนี้มีความเหมือนกันเพื่อป้องกันการกีดกันทางการค้าที่ มิใช่ภาษีศุลกากร (non-taiff barriers) ต่อสินค้านำเข้า ทำให้สินค้านำเข้าเสียเปรียบสินค้าที่ผลิต ภายในประเทศจึงเรียกร้องให้ต้อง ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าในมาตรฐานเดียวกันกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

ดังนั้นภาครัฐจะต้องปฏิบัติให้ความสะดวกในการขนส่ง การกระจายสินค้า หรืออื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง กับกระบวนการต่างๆ ของนักลงทุนในการประกอบธุรกิจระหว่างนักลงทุนภายในประเทศและต่างชาติอย่างเท่า เทียมกัน

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาตินี้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 3 ภายใต้ GATT โดยเป็นการกำหนดให้รัฐปฏิบัติ แก่สินค้านำเข้าจากภาคีสัญญาในเรื่องเกี่ยวกับภาษีภายในประเทศ การขายภายในประเทศ การขนส่ง การ กระจายสินค้า ให้ต้องสอดคล้องกันระหว่างนักลงทุนต่างๆ อย่างเท่าเทียมกัน เพื่อมิให้เกิดปัญหาเรื่องการเลือก

³⁷ Alvarez J. E., Op.cit. Page 78.

ปฏิบัติเกิดขึ้น เช่น ภาครัฐจำเป็นต้องเก็บภาษีการค้าหรือภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราที่เท่ากันต่อสินค้าทุกชนิดจากนักลงทุนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

3.5.2 หลักเกณฑ์ต่างตอบแทน (Reciprocity Principle)

หลักการต่างตอบแทน (Reciprocity) เป็นหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความตกลงภายใต้ GATT และองค์การการค้าโลก หลักการต่างตอบแทนกำหนดให้เมื่อประเทศหนึ่งให้ประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่ง ประเทศที่ได้รับจะเสนอประโยชน์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันและใกล้เคียงกันเป็นการตอบแทน

หลักการต่างตอบแทนช่วยทำให้หลักการปฏิบัติเยี่ยง ชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) มีบทบาทที่เป็นประโยชน์ยิ่งขึ้น กล่าวคือเมื่อประเทศภาคีเจรจาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างกันตามหลักการต่างตอบแทนแล้ว ผลประโยชน์ที่แลกเปลี่ยนกันนี้จะตกไปยังประเทศภาคีอื่นที่ไม่ได้ร่วมเจรจา ด้วย ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และเชื่อกันว่า หลักการต่างตอบแทนสร้างความเป็นธรรมในการเจรจาการค้า เพราะไม่ควรมีประเทศใดที่เป็นผู้ให้ฝ่ายเดียวโดยไม่มีการตอบแทน นักเจรจาการค้าเห็นว่าหลักการต่างตอบแทนหมายถึงการได้รับผลประโยชน์ร่วมกันอย่างเท่าเทียมกันหรือ ในภาษาละตินเรียกว่า Quid Pro Quo³⁸ หลักการต่างตอบแทนและหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งจะทำให้ทุกประเทศได้รับสิทธิประโยชน์จากการเจรจามากที่สุดและเป็นธรรมมากที่สุด³⁹

หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ถือเป็นหลักการสำคัญในการเจรจาการค้าเห็นได้จากการที่ความตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)) ได้มีการกำหนดไว้ในข้อที่ 28 ทวิในเรื่องกระบวนการและกรอบในการเจรจาเกี่ยวกับภาษีศุลกากรที่กำหนดไว้ว่าการเจรจาต้องเป็นไปบนพื้นฐานของการให้ประโยชน์ต่างตอบแทนและผลประโยชน์ร่วมกันรวมถึงการแก้ไขตารางข้อลดหย่อนตามข้อ 28 ของแกตต์ก็มีการกำหนดว่าภาคีสัญญาที่เกี่ยวข้องจะต้องพยายามคงข้อลดหย่อนที่เป็นการให้ประโยชน์ต่างตอบแทนและผลประโยชน์ร่วมกัน

³⁸ ทัชชัย ฤกษ์สุต (2546). แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO). หน้า 42.

³⁹ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย (2531). กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: การควบคุมการค้าระหว่างประเทศ. หน้า 51.

เนื่องจากหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ถือเป็นหลักการสำคัญในการเจรจาการค้าทำให้มีความพยายามที่จะพัฒนาตัวชี้เพื่อวัดมูลค่าของข้อตกลงย่อนระหว่างกัน แต่การวัดมูลค่าของข้อตกลงย่อนระหว่างกันนี้จะพบว่ามีปัญหาอยู่บางประการทั้งปัญหาทางทฤษฎีและปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัตินั้นเป็นปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลการค้าระหว่างประเทศตลอดจนอัตราภาษีศุลกากรของแต่ละประเทศ ส่วนปัญหาทางทฤษฎีก็จะพบว่าหลักต่างตอบแทนนั้นถูกวิจารณ์อยู่หลายกรณีด้วยกัน เช่น หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ทำให้ประเทศที่มีภาษีศุลกากรในอัตราที่ต่ำเสียเปรียบในการเจรจาและประเทศที่พัฒนาน้อยก็เห็นว่า หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) นี้อาจสร้างความไม่เป็นธรรมในการเจรจาทางการค้าเนื่องจากประเทศที่พัฒนาน้อยต้องการที่จะคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศบางประเภทเพื่อการพัฒนา

3.6 ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพ (Stabilization Clause)

ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพ⁴⁰ เป็นข้อตกลงข้อหนึ่งที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งมีหน้าที่ในการป้องกันนักลงทุนต่างชาติจากความเสี่ยงภัยอันเกิดการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐในการเวนคืนหรือยึดทรัพย์สินรวมทั้งกิจการของนักลงทุนต่างชาติเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน

ประเทศผู้รับการลงทุนตกลงเข้าทำสัญญากับนักลงทุนต่างชาติเพื่อพัฒนาศักยภาพในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมตามแหล่งทรัพยากรธรรมชาติต่างๆ เนื่องจากขาดปัจจัยทางด้านความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในด้านดังกล่าว เพื่อสิ่งที่หลีกเลี่ยงผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นระหว่างประกอบธุรกิจปิโตรเลียม ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพได้รับความสนใจจากนักลงทุนต่างชาติในการนำมาเขียนไว้ในสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติเป็นอย่างมาก เนื่องจากการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม รวมทั้งการขนส่งและจัดจำหน่ายปิโตรเลียมนั้นต้องอาศัยเงินทุนมหาศาลในการดำเนินการต่างๆ ดังนั้นเพื่อป้องกันความเสี่ยงภัยจากการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนในการดำเนินการยึดทรัพย์สินหรือกิจการของนักลงทุนต่างชาติ นักลงทุนต่างชาติจำเป็นต้องสร้างกลไกทาง

⁴⁰ Katja Gehne and Romulo Brillo (2012). *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*. Retrieved from http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/Stab_clauses_final_final.pdf Page 3

กฎหมายในการป้องกันตนเองในรูปของข้อตกลง (Clause) ในข้อตกลงทางการค้าระหว่างรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ⁴¹

โดยข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพซึ่งมีหน้าที่หลักในการกำหนดให้ภาครัฐจะต้องไม่ใช้อำนาจของตนในการยกเลิกสัญญา เปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญา หรือแม้กระทั่งกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งตลอดอายุสัญญา โดยข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ คือ 1) ข้อตกลงว่าด้วยฟรีซซิ่ง (Freezing Clause) 2) ข้อตกลงว่าด้วยดุลยภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Equilibrium Clause) 3) ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพแบบผสมผสาน (Hybrid-Stabilisation Clause)

3.6.1 ข้อตกลงว่าด้วยฟรีซซิ่ง (Freezing Clause)

ข้อตกลงว่าด้วยฟรีซซิ่ง เป็นหนึ่งในข้อตกลงของข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพเนื่องจากผลทางกฎหมายของข้อตกลงดังกล่าวส่งผลให้ให้ข้อตกลงระหว่างนักลงทุนต่างชาติและประเทศผู้รับการลงทุนอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของการห้ามเปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาของข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวเว้นแต่จะได้ตกลงร่วมกันในการแก้ไข หรือส่งผลให้สัญญาระหว่างทั้งสองฝ่ายนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงตลอดอายุสัญญา

อนึ่ง ข้อตกลงดังกล่าวเป็นกลไกที่ถูกคิดค้นขึ้นเพื่อสร้างความมั่นคงและเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างชาติ รวมทั้งช่วยเสริมสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติได้เป็นอย่างดี โดยข้อตกลงว่าด้วยฟรีซซิ่งนี้จะถูกกำหนดไว้ในสัญญาการลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจปิโตรเลียม เนื่องจากทรัพยากรปิโตรเลียมโดยเฉพาะน้ำมันดิบเป็นทรัพยากรที่เป็นที่ต้องการมากที่สุดในบรรดาทรัพยากรปิโตรเลียมทั้งหมด และภายใต้อายุสัญญาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของของราคาน้ำมันดิบหรือปริมาณความต้องการภายในประเทศในการใช้ทรัพยากรน้ำมันประเภทต่างๆ เพิ่มสูงขึ้น รัฐบาลอาจเลือกที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทวิภาคีระหว่างทั้งสองฝ่ายเพื่อที่จะเก็บรายได้ให้เพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้รัฐบาลบางประเทศอาจเลือกที่จะเวนคืนพื้นที่สัมปทานที่เคยให้แก่นักลงทุนต่างชาติกลับคืนสู่รัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการดำเนินการดังกล่าวนี้ อาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาเนื่องจากรัฐสามารถอาศัยอำนาจอันชอบด้วยกฎหมาย

⁴¹ Alexander, F. (2009). "Comment on articles on stabilization by Piero Bernardini, Lorenzo Cotula and AFM Maniruzzaman."

ในเรื่องอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งผลให้รัฐสามารถใช้ อำนาจอธิปไตยของตนได้อย่างไม่มีจำกัดภายในอาณาเขตดินแดนของตน⁴²

แต่หากในสัญญาดังกล่าวมีการนำข้อตกลงว่าด้วยฟรီးซึ่งมาเขียนเอาไว้จะเป็นการเปิดโอกาส ให้นักลงทุนต่างชาติมีโอกาสและอำนาจในการต่อรองเรื่องสิทธิหน้าที่ และความผูกพันทางกฎหมายระหว่าง ทั้ง สองฝ่ายก่อนทำสัญญา และภายหลังที่ทำสัญญาได้ โดยข้อตกลงดังกล่าวช่วยให้นักลงทุนต่างชาติทราบสิทธิของ ตนตลอดระยะเวลาสัญญา และมั่นใจได้ว่าสิทธิดังกล่าวจะไม่มีเปลี่ยนแปลง ภายหลังหากมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ ทางการเมืองหรือในทางกฎหมายเนื่องจากปัญหาภายในประเทศ นักลงทุนต่างชาติก็อาจมีเครื่องมือหรือกลไก ในการช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของตน⁴³

ตัวอย่าง

Article 25 of the 1937 Cpmcessopm Agreement signed between Protroleum Concession Ltd. And the Sultan of Muscat and Oman:

*“The Sultan shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any act whatever annual this Agreement..”*⁴⁴ สุลต่านไม่กระทำการไม่ว่าโดย กฎหมายทั่วไป กฎหมายพิเศษ มาตรการทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดในการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงนี้เป็น รายปี

Article 18 of Agreement of Yemen government with Mayfair Prtroleum Corporation in 1992:

*“..Contractor shall be solely governed by the provision of this Agreement and the contract may be altered or amended only by the mutual agreement of the Parties”*⁴⁵

⁴² Dainith, T. (1981). *The Legal Character of Petroleum Licences: A Comparative Study*. Page 22.

⁴³ Walde, T. and Ndi, G. (1995). *Fiscal Regime Stability and Issues of State Sovereignty in Taxation of Mineral Enterprises*. Page 34.

⁴⁴ Smith, E. E., Dizenkowski, J. S., Anderson O. L., Connie G. B., Lowe J. S. & Kramer B. M. (1994). *International Petroleum Transactions*. Page 414.

⁴⁵ Ibid, Page 417.

คู่สัญญาตกลงจะตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับของข้อตกลงและสัญญานี้อาจจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงโดยการตกลงร่วมกันของคู่สัญญา

Mozambique's Prtroleum agreement model:

*“The government will not without the agreement of the contractor exercise its legislative authority to amend or modify the provisions of this Agreement and will not take or permit any of its political subdivisions, agencies and instrumentalities ti take any asministrative or other action to provent or hinder the Contractor from enjoying the rights accorded to it hereunder”.*⁴⁶ รัฐบาลจะไม่ใช้อำนาจกฎหมายในการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขข้อบังคับในข้อตกลงนี้โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาและจะไม่อนุญาตให้องค์กรต่างๆ ภายใต้การปกครองของรัฐบาลใช้อำนาจในเชิงบริหารหรืออำนาจอื่นใดเพื่อทำให้เกิดความยากลำบากและอุปสรรคต่อคู่สัญญาในการใช้สิทธิของตนในสัญญานี้

3.6.2 ข้อตกลงว่าด้วยดุลยภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Equilibrium Clause)

ข้อตกลงว่าด้วยดุลยภาพทางเศรษฐกิจนั้นถือเป็นประเภทของข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพที่ได้รับการพัฒนาแก้ไขมาจากข้อตกลงฟรีซซึ่งโดยเพิ่มลักษณะของผลทางกฎหมายในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนขึ้นมา

อนึ่ง ข้อตกลงฟรีซซึ่งนั้นไม่สามารถที่จะมีประสิทธิภาพเพียงพอในการช่วยปกป้องนักลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติฝ่ายเดียวของรัฐ กล่าวคือ เมื่อภาครัฐทำการแก้ไขกฎหมายจนทำให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติแล้วได้มีการกล่าวอ้างข้อตกลงฟรีซซึ่งขึ้นมาและพบว่าไม่มีความชัดเจนในการเรียกร้องค่าชดเชยจากรัฐ จนทำให้เกิดคำถามจากนักลงทุนต่างชาติว่าตนควรมีสิทธิได้รับค่าชดเชยหรือค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติฝ่ายเดียวของรัฐมากน้อยแค่ไหนเพียงใด เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวจึงมีการพัฒนาจนเกิดอีกประเภทหนึ่งของข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพขึ้น คือ ข้อตกลงว่าด้วยดุลยภาพทางเศรษฐกิจขึ้น โดยข้อตกลงดังกล่าวจะไม่มีมีลักษณะของผลทางกฎหมายในการคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของนักลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุนภายใต้ข้อตกลงต่างๆ ในสัญญาลงทุน หรือกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ถูก

⁴⁶ Ibid, Page 419.

กำหนดเอาไว้ในสัญญาดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงเหมือนข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพในประเภทก่อนหน้า แต่เป็นการโน้มน้าวให้รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนต้องจำกัดสิทธิและหน้าที่ของของตนไม่ให้ใช้อำนาจอย่างไม่จำกัดจนไปกระทบต่อธุรกิจปิโตรเลียมของนักลงทุนต่างชาติ หากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและค่าเสียหายในบรรดาใดๆ ที่นักลงทุนต่างชาติได้รับหรืออาจได้รับการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุน⁴⁷

อนึ่งข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพลักษณะนี้จะช่วยปกป้องนักลงทุนในเชิงเศรษฐกิจ เมื่อรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนตกลงกับนักลงทุนต่างชาติตกลงร่วมกันให้นำข้อตกลงนี้เข้ามาไว้ในสัญญาการลงทุนแล้ว รัฐบาลจะถูกกำหนดให้คำนึงถึงการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติในเชิงเศรษฐกิจ ซึ่งอาจส่งผลให้รัฐบาลระมัดระวังมากขึ้นในการออกกฎหมายต่างๆ หรือดำเนินการตามนโยบายต่างๆ เพราะเมื่อมีการกระทบถึงธุรกิจปิโตรเลียมของนักลงทุนต่างชาติแล้ว รัฐบาลจำต้องชดใช้ค่าเสียหายในบรรดาที่เกิดขึ้นทั้งหลาย

ตัวอย่าง

Qatar's Model Exploration and and Petroleum Sharing Agreement of 1994:

“Whereas the financial position of the contractor has been based, under the agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor’s financial position, and in particular if the customs duties exceed... percent during the term of the Agreement, both Parties shall enter into negotiation, in good faith, in order to reach and equitable solution that maintains the economic equilibrium of this agreement”.⁴⁸ หรือ เมื่อกฎหมายที่สัญญานี้อยู่ภายใต้เกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในอนาคต คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะเจรจาโดยสุจริตเพื่อให้บรรลุผลลัพธ์เพื่อคงไว้ซึ่งดุลยภาพของเศรษฐกิจภายใต้สัญญานี้ กล่าวคือ ข้อตกลงนี้จะช่วยป้องกันมิให้นักลงทุนต่างชาติถูกเอารัดเอาเปรียบในเชิงเศรษฐกิจ หรือเสียประโยชน์หากรัฐกระทำการแก้ไขกฎหมายเพื่อประโยชน์ของรัฐ

⁴⁷ Christina, B., Ursula, K., August, R. & Stephan, W. (2010). *International Investment Law for the 21st Century*. Page 245.

⁴⁸ Bernadini, P. (2008). “Stabilisation and adaptation in oil and gas investments.” *Journal of World Energy Law and Business*, 1, 2. Page 100.

3.6.3 ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพแบบผสมผสาน (Hybrid-Stabilisation Clause)

ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพแบบผสมผสานนี้ เป็นลักษณะของข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพซึ่งนำลักษณะของผลทางกฎหมายที่สำคัญของข้อตกลงฟรีซซิ่งและข้อตกลงว่าด้วยดุลยภาพทางเศรษฐกิจเข้าด้วยกัน โดยอาจกล่าวได้ว่าเป็นรูปแบบของข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพที่เป็นการพัฒนาล่าสุด

โดยผลทางกฎหมายของข้อตกลงนี้ก็จะเป็นการกำหนดให้รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน อยู่ภายใต้ข้อตกลงในสัญญา และกฎหมายฉบับที่มีผลบังคับใช้ขณะทำสัญญาเท่านั้น แต่หากรัฐบาลของผู้รับการลงทุนฝ่าฝืน รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนจำต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่นักลงทุนต่างชาติใน บรรดาใดๆ ที่เป็นการทำให้เสียประโยชน์ โดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นอาจอยู่ในรูปของการยกเว้นภาษี หรือให้สิทธิประโยชน์อื่นใดอันมีมูลค่าเท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น⁴⁹

ตัวอย่าง

Azerbaijan's Shah Deniz Contract:

The rights and interests accruing to Contractor (or its assignees) under this agreement... shall not be amended, modified or reduced without the prior consent of Contractors. In the event that any Governmental Authority invokes any present or future law, treaty, inter-governmental agreement, decree or ministerial order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulation or administrative practice, or jurisdictional changes pertaining to the Contract Area, the term if this agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the parties.⁵⁰

หรือ กล่าวโดยสรุป คือ สิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้สัญญานี้จะไม่ถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือถูกลดทอน โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่สัญญาฉบับนี้อยู่ ภายใต้ ในอนาคต ข้อตกลงในสัญญาจะต้องมีการปรับเปลี่ยน หรือแก้ไขใหม่ เพื่อดุลยภาพทางเศรษฐกิจของ

⁴⁹ Pate, T. J. (2009). "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry." *Online Journal CEPMLP*, 7, 3. Retrieved from <http://www.ogel.org/article.asp?key=2924> Page 13.

⁵⁰ Bernadini, P. (2008). "Stabilisation and adaptation in oil and gas investments." *Journal of World Energy Law and Business*, 1, 3. Page 105.

คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการนำเอาข้อดีของข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพของทั้งสองประเภทก่อนหน้าเข้ามาใช้ร่วมกันเพื่อปกป้องนักลงทุนจากการเสียประโยชน์โดยการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ

3.7 ข้อตกลงครอบคลุม (Umbrella Clause)

ข้อตกลงนี้มีความคล้ายคลึงกับหลักสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามอย่างมาก (Doctrine of pacta sunt servanda) กล่าวคือ ข้อตกลงนี้ถูกสร้างขึ้นบนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่ารัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาจะละเมิดข้อตกลงในสัญญาไม่ได้ และข้อตกลงนี้ถูกนำมาใช้ในสัญญาการลงทุนเป็นอย่างมากในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ ทั้งนี้เพื่อเพิ่มความคุ้มครองและมั่นใจแก่นักลงทุนในการเข้าไปทำสัญญาการลงทุนกับรัฐบาลของประเทศผู้รับลงทุน กล่าวคือ หากรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อผูกมัดในสัญญา นักลงทุนต่างชาติสามารถอ้างข้อตกลงครอบคลุมขึ้นมาเพื่อเรียกร้องความชอบธรรมให้แก่ตนด้วยกลไกภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศได้ คือ การนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁵¹

แต่เดิมเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนไม่ปฏิบัติตามข้อผูกมัดในสัญญาปิโตรเลียมแล้ว บ่อยครั้งที่นักลงทุนต่างชาติไม่สามารถอ้างข้อโต้แย้งขึ้นต่อผู้กับรัฐได้ เนื่องจากรัฐมักจะอ้างเหตุผลต่างๆ เกี่ยวกับผลประโยชน์ของประชาชนภายในประเทศ และเมื่อนักลงทุนนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลภายในประเทศแล้วก็ไม่สามารถที่เรียกร้องความชอบธรรมจากการที่รัฐละเมิดสัญญาได้ แต่เมื่อในสัญญาการลงทุนมีข้อตกลงครอบคลุมนี้กำหนดไว้ การละเมิดสัญญาของรัฐจะถือเป็นการละเมิดข้อตกลงครอบคลุมนี้ด้วย ซึ่งจะส่งผลให้นักลงทุนสามารถที่จะอ้างข้อตกลงนี้ขึ้นเพื่อที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กลไกการระงับข้อพิพาทในระดับระหว่างประเทศ หรือ การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้⁵²

ตัวอย่างของข้อตกลงครอบคลุม คือ Article 10 of Model BIT of Iran provides: “Each Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Party.” และ Pakistan BIT model provides “Each contracting party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with

⁵¹ OECD (2008). *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. Retrieved from <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471535.pdf> Page 77.

⁵² August, R. (2007). *Umbrella Clause*. Retrieved from https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf Page 49.

respect to investments of the investors of other contracting party” หรือ ข้อตกลงภายใต้ สนธิสัญญาทวิภาคีของทั้งสองฉบับ มีข้อความคล้ายคลึงกันซึ่งกล่าวโดยสรุป คือ ข้อตกลงในทั้งสองสัญญามุ่งให้ คู่สัญญาปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญา ซึ่งวิธีการในการดำเนินการดังกล่าวนั้นเปิดกว้างให้ฝ่ายหนึ่งใช้ กระบวนการระดับระหว่างประเทศได้

3.8 หลักกฎหมายอื่นๆ เกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพ

การที่นักลงทุนต่างชาติอ้างข้อตกลงว่าด้วยเสถียรภาพประเภทต่างๆ นั้น หลักกฎหมายจารีต ประเพณีดังต่อไปนี้มักจะถูกหยิบยกขึ้นมาอ้างเพื่อปกป้องนักลงทุนต่างชาติควบคู่กันไป

3.8.1 สัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม (Doctrine of *pacta sunt servanda*)

หลักกฎหมายนี้ถือเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์ อักษร (Civil Law System) และกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ สำคัญประการหนึ่งคือ สนธิสัญญาอันเป็นการตกลงกันของรัฐต่างๆ ในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยหลัก ทางกฎหมายดังกล่าวจะช่วยให้ทั้งนักลงทุนต่างชาติและประเทศผู้รับการลงทุนผูกพันกันในการปฏิบัติตาม สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างกัน นอกจากนี้อาจกล่าวได้ว่าหลักทางกฎหมายดังกล่าวช่วยคุ้มครองสัญญาปิโตรเลียม โดย เน้นว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นประดุจกฎเหล็กเหนือคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

อนึ่งคู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตซึ่งกันและกันตามหลักสุจริต (Good Faith or bona fide) และการที่คู่สัญญาฝ่ายใดไม่ชำระหนี้ (Obligation) ให้ลุล่วงไปนั้นชื่อว่า "ผิดสัญญา" (breach of Contract)

ส่วนในวงการกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถือกันดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุง เวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties)⁵³ และข้อ 26 แห่ง อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การ ระหว่างประเทศ (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International

⁵³ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Article 26 "PACTA SUNT SERVANDA"

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Organizations or between International Organizations)⁵⁴ ซึ่งมีข้อความเดียวกันว่า "สนธิสัญญาทุกราย ที่มีผลใช้บังคับแล้ว ย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญารายนั้น และต้องได้รับการปฏิบัติโดยภาคีนั้นอย่างสุจริต" (Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.) โดยหลัก "สัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม" นี้ส่งผลให้รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตน โดยสุจริตและโดยไม่บกพร่อง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปก็อาจทำให้ข้อสัญญาบางประการไม่อาจใช้บังคับได้ ซึ่งก็ต้องการตกลงแก้ไขกันไป ทำให้เกิดข้อยกเว้นของหลัก "สัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม" ดังกล่าว และข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามภาษิตละตินที่ว่า "การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา" (things thus standing; *clausula rebus sic stantibus*)

3.8.2 หลักกฎหมายพันธกรณียังคงอยู่เมื่อสถานการณ์ยังคงเดิม (*Doctrine of rebus sic stantibus*)

หลักกฎหมายนี้เป็นหลักกฎหมายที่เข้ามายุ่งเกี่ยวกับหลักสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ เมื่อรัฐเข้าทำสัญญาบิโตรเลียมกับนักลงทุนต่างชาติแล้วรัฐจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับต่างๆ ที่ถูกกำหนดเอาไว้ ในสัญญาดังกล่าว แต่หากเกิดกรณีที่มีสถานการณ์เปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรง เช่น การเปลี่ยนแปลงนโยบายการปกครองของรัฐจนทำให้รัฐเข้ามายึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ หรือเกิดภาวะสงคราม เป็นต้น จนทำให้การปฏิบัติตามข้อบังคับในสัญญาเป็นไปไม่ได้ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องยกเลิกสัญญา แต่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายพันธกรณียังคงอยู่เมื่อสถานการณ์ยังคงเดิม คือ เจรจาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงสัญญาดังกล่าวให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยหลักนี้ได้รับการยอมรับในการปฏิบัติใช้อย่างแพร่หลายจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁵⁵

อนึ่ง หลักกฎหมายนี้เป็นหลักการที่ยอมรับว่าความตกลงในสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ แต่การปฏิบัติตามสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะยึดตามหลักสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามอย่าง

⁵⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986

Article 26 *Pacta sunt servanda*

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

⁵⁵ Moran, T. H. (1974). "The Evolution of Concession Agreements in Underdeveloped Countries and the US. National Interest."

Journal of Transnational Law Vanderbilt University, 12, 7. Page 315.

เดียนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจจะเป็นไปได้ในทุกกรณี เนื่องจากภาวะการเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองเศรษฐกิจและสังคมอาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ดังนั้นจะยึดหลักการสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด จะทำให้ไม่มีทางออกเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลง จนทำให้ต้องยกเลิกสัญญาดังกล่าว⁵⁶

หลักการนี้ได้รับการยอมรับอยู่เสมอสนธิสัญญาต่างๆ หลากหลายฉบับ เพราะรัฐต่างๆ ยอมรับว่าสถานการณ์สภาวะการเปลี่ยนแปลงในสังคมโลกเกิดขึ้นเสมอ และบางครั้งไม่อำนวยความสะดวกให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญาได้ จึงมีการนำหลักการนี้เข้าไปไว้ในสนธิสัญญาต่างๆ เช่น ตามสนธิสัญญากรุงเวียนนา 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)⁵⁷ มาตรา 62 อ่างเหตุสุดวิสัย เจรจายกเลิกสนธิสัญญาแล้วเลิก รวมทั้ง Thomas W. Walde ได้กล่าวไว้ว่าประเทศในกลุ่ม OPEC ได้กำหนด ข้อผูกมัดไว้ในสัญญาสัมปทานกับบริษัทข้ามชาติว่า “MNCs shall accept the renegotiation with host countries of agreements which are in a manner consistent with the national development objectives of the host countries.”⁵⁸ หรือ บริษัทข้ามชาติต้องยอมรับในการเข้าเจรจาภายหลังสัญญาได้ถูกทำขึ้นแล้ว เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการพัฒนาของประเทศผู้รับการลงทุน

⁵⁶ James, W. W. (1987). **International Parties, Breach of Contract, and the Recovery of Future Profits**. Retrieved from <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=hlr> Page 31.

⁵⁷ Vienna Convention on the law of treaties 1969

Article 62 FUNDAMENTAL CHANGE OF CIRCUMSTANCES

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) The existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) The effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) If the treaty establishes a boundary; or

(b) If the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

⁵⁸ Thomas W. W. (1978). **Revision of Transnational Investment Agreements in the Natural Resource Industries**. Retrieved from <http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1959&context=umialr> Page 59.

3.9 การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ

ในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศนั้นอาจเกิดข้อพิพาทได้เสมอ เช่น เมื่อมีการสั่งซื้อสินค้าแล้วอาจจะไม่มีการชำระราคาตามข้อตกลงหรือการส่งมอบสินค้าไม่ตรงตามที่ตกลงกันได้หรือในกรณีที่มีการร่วมลงทุนแล้วเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาโดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้ปฏิบัติตามข้อตกลง จึงมีความจำเป็นต้องแสวงหาวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพอำนวยความสะดวก ซึ่งถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายและจารีตประเพณีในทางการปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศก็มีปัญหาในทางปฏิบัติมาก ส่วนใหญ่อาจเกิดขึ้นจากกรณีดังต่อไปนี้

1. คู่กรณีมักมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐแตกต่างกัน เช่น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาในประเทศไทย และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ก่อให้เกิดปัญหาการขาดความพร้อมเพียงในการที่จะแสดงหรือแสวงหาหลักฐานเพื่อนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงของฝ่ายตน และจะต้องใช้เวลามากในการดำเนินการระงับข้อพิพาทระหว่างกันมากกว่าปกติ

2. ปัญหาเกิดจากกฎหมายขัดกันที่คู่สัญญาซื้ออยู่คนละประเทศได้เลือกใช้กฎหมายบังคับกับสัญญา เช่น ในข้อพิพาทบางกรณีอาจจะมีการตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือจะต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่มีการทำสัญญาเกิดขึ้น และอาจจะต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาด หรือการระงับข้อพิพาทอีกด้วย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาว่าการเลือกใช้กฎหมาย หรือการใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่พิจารณาคดีหรือข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่

3. เนื่องจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญานั้นจำเป็นต้องใช้ผู้มีความรู้ความชำนาญ และเข้าใจหลักเกณฑ์ธรรมเนียมของธุรกิจระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นทางการค้าหรือการลงทุน เพราะการค้าแต่ละประเภทอาจมีธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้า หรือวิธีการทางเทคนิคที่แตกต่างกัน เช่น การค้าพืชผล การค้าอาวุธ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีผู้มีความรู้ความชำนาญและเข้าใจหลักเกณฑ์ธรรมเนียมของธุรกิจระหว่างประเทศเข้าเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องตามความประสงค์ของแต่ละฝ่าย

4. ในการรับรองและบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาด หรือคำพิพากษาขององค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งแล้ว การบังคับคดีอาจกระทำได้โดยการใช้อำนาจในอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งต้องมีวิธีการว่าจะใช้วิธีการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือไม่

ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นทางธุรกิจระหว่างประเทศนั้น จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงปัญหาดังที่ได้กล่าวมาทั้ง 4 ข้อดังกล่าวและจำเป็นต้องหาหนทางที่จะระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับเหตุการณ์นั้นๆ โดยการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศโดยแบ่งออกเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน โดยวิธีอนุญาโตตุลาการทั้งภายในและภายนอกประเทศ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

3.9.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของวิธีอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับความนิยมมากในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการความรวดเร็ว เช่น ธุรกิจการค้าทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการยังเหมาะที่จะใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนด้วย โดยเฉพาะการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศที่กำลังพัฒนานั้นต้องพิจารณาว่าการที่เงินเข้าไปลงทุนจะต้องมีหลักประกันว่าทรัพย์สินและกิจกรรมของตนจะไม่ถูกเวนคืนเป็นของรัฐ และการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนและการโอนเป็นของรัฐ จะทำได้เมื่อมีเหตุผลและความจำเป็น โดยต้องมีการจ่ายเงินค่าทดแทนซึ่งอาจกำหนดโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นประเทศที่กำลังพัฒนาซึ่งต้องการการลงทุนจากต่างประเทศจึงนำบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการมาใช้หรือปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการให้ทันสมัย การระบุไว้ในสัญญาที่เกี่ยวกับการลงทุนให้มีอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเพื่อเป็นหลักประกันว่าการลงทุนจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐหรือถูกเวนคืน จึงอาจกล่าวได้ว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับความนิยมและใช้กันอย่างแพร่หลายในวงการธุรกิจปัจจุบันนี้ ซึ่งจะสามารถระงับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและข้อพิพาทที่ต้องการระงับลงด้วยความรวดเร็วได้

อนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งคู่กรณีพิพาทได้แต่งตั้งขึ้นโดย คู่กรณีแต่งตั้งด้วยตนเอง หรือมอบให้ผู้อื่นแต่งตั้ง เพื่อให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาล หรือข้อพิพาทซึ่งยังมีได้เป็นคดีในศาลและคู่กรณียอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น⁵⁹

วิธีอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น 4 ประการดังนี้⁶⁰

1. การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีมีความประสงค์จะระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ จะต้องตกลงด้วยความสมัครใจที่จะเสมอข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอก คนเดียวหรือหลายคนให้ชี้ขาด การตกลงนี้อาจจะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือตกลงไว้ก่อนในสัญญาว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งได้ทำกันไว้จะเสนอข้อพิพาทต่อให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย เช่น บริษัท ก. ในประเทศไทยได้ซื้อน้ำมันจากประเทศซาอุดีอาระเบีย ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการซื้อขายดังกล่าวก็เสนอข้อพิพาทให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้พิจารณาชี้ขาด ข้อตกลงตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องสมบูรณ์ตามหลักทั่วไปของสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวก็อาจจะต้องเกี่ยวกับกฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) ดังนั้นเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาจึงต้องมีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง

2. ต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความชำนาญและมีคุณสมบัติที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการได้ การตั้งอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะตั้งจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท และเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งสองฝ่ายยอมรับ

3. การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นจะเริ่มต้นด้วยการที่อนุญาโตตุลาการนัดให้มีการพิจารณาในการพิจารณาคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องเสมอพยานหลักฐานข้อพิพาทตามข้ออ้างของแต่ละฝ่าย การเสนอพยานหลักฐานอาจเป็นเพียงการเสนอพยานเอกสารเท่านั้น หรือมีทั้งการเสนอพยานเอกสารหรือการสืบพยานบุคคล คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องมีโอกาสเต็มที่ที่จะเสนอพยานหลักฐานของตน เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาข้อพิพาทโดยฟังพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายแล้ว อนุญาโตตุลาการจึงทำคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นจะต้องแน่นอนและถึงที่สุด จะมีการอุทธรณ์หรือดำเนินการใดๆ เพื่อคัดค้านคำชี้ขาดต่อไปไม่ได้ เว้นแต่จะมีการ

⁵⁹ Gary, B. B. (2013). *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*. Page 37.

⁶⁰ Margaret, L. M. (2012). *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Page 58.

พฤติการณ์พิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และอนุญาโตตุลาการจะต้องนัดคู่กรณีมาฟังคำชี้ขาด รวมทั้งส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

4. การบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการได้แจ้งคำชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิที่จะให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ถ้าหากคู่กรณีที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกต้อง ศาลก็จะพิพากษาตามคำชี้ขาดและให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะดำเนินการบังคับคดีโดยผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีเหมือนกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลในคดีทั่วไป

อนุญาโตตุลาการ แบ่งได้หลายประเภท ดังนี้

1. อนุญาโตตุลาการในศาลกับอนุญาโตตุลาการนอกศาล

1.1 อนุญาโตตุลาการในศาล คือ กรณีที่คู่กรณีซึ่งมีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้โดยความเห็นชอบของศาล (มาตรา 210-220 และ 222 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) แต่วิธีนี้ไม่เป็นที่นิยมเพราะเมื่อมีคดีขึ้นไปสู่ศาลแล้ว คู่ความมักไม่ต้องการให้บุคคลอื่นมาช่วยชี้ขาดให้แต่ต้องการให้ศาลตัดสินคดีนั้นมากกว่า

1.2 อนุญาโตตุลาการนอกศาล คือ กรณีที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งอาจตกลงกันได้ล่วงหน้าก่อนมีข้อพิพาทหรืออาจตกลงกันภายหลังจากที่มีข้อพิพาทแล้วก็ได้

การอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในนานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยนั้นเป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ซึ่งจะอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

2. อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจกับอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน

2.1 อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) เป็นกรณีที่คู่พิพาทดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง กล่าวคือ โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดวิธีพิจารณาต่างๆเอง และให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทของตน

2.2 อนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (Institutional Arbitration) เป็นกรณีที่คู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสถาบันดังกล่าวนี้อาจเป็นสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ สำหรับประเทศไทย เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการของสำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันอนุญาโตตุลาการของหอการค้าแห่งประเทศไทย ส่วนในต่างประเทศ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce - ICC) สมาคมอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา (American Arbitration Association - AAA)

3.9.2 อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

วิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ สถาบันการค้าระหว่างประเทศจึงได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศให้เป็นแบบอย่างและเป็นแนวทางนอกเหนือจากหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งที่คู่กรณีกำหนดขึ้นเองได้แก่

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission of International Trade Law Arbitration Rules)
2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมสำหรับเอเชียและตะวันออกไกลของสหประชาชาติ (ECAFE Rules for International Commercial Arbitration) คณะกรรมการชุดนี้คือ The United Nation Economic and Social commission for Asia and the Far East หรือเรียกย่อว่า ECAFE ซึ่งปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อเป็นคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมสำหรับเอเชียและแปซิฟิกของสหประชาชาติ (United Nation Economic and Social Commission for Asia and Pacific หรือเรียกย่อว่า ESCAP)

3. หลักเกณฑ์ว่าด้วยการประนีประนอมและการอนุญาโตตุลาการของหาคำระหว่างประเทศ (The International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration)

หลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการติดต่อกันทางการค้าระหว่างประเทศ มีสาระสำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้⁶¹

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวในข้อนี้จะพึงใช้แก่บรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศของเอกชน

2. คู่กรณีตกลงกันไว้เป็นหนังสือว่าจะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าจะได้ตกลงกันไว้ก่อนหรือหลังจากที่เกิดขึ้นพิพาทกันแล้ว

3. คู่กรณีฝ่ายที่ขอให้ระงับข้อพิพาทจะทำหนังสือแจ้งให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยทางอนุญาโตตุลาการไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ในหนังสือแจ้งจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท จำนวนเงินที่เรียกร้อง ชำระค่าทดแทน ข้อเสนอเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการที่จะตั้งขึ้นหากมิได้ตกลงกันไว้ก่อน (คนหนึ่งหรือสามคน)

4. อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นนั้นอาจถูกคัดค้านได้ในแง่ที่ว่าผู้นั้นอาจไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระในการชี้ขาดข้อพิพาท ข้อคัดค้านนี้อาจมาจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมาจากฝ่ายที่เสนอตั้งก็ได้ หากทราบความชื่อนี้ภายหลังจากที่ได้ตั้งไปแล้ว

5. สถานที่ที่จะใช้ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะได้แก่สถานที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือสถานที่ซึ่งอนุญาโตตุลาการนั้นเห็นสมควรแก่พฤติการณ์ในเรื่องนั้นๆ หรือสะดวกในการพิจารณาในประเด็นต่างๆ

6. อนุญาโตตุลาการจะต้องให้ความเท่าเทียมกันแก่คู่กรณีทุกฝ่าย และต้องให้ออกาสเต็มที่แก่คู่กรณีในการเสนอปัญหา ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานของตน

⁶¹ Steven, C. B. (2002). *Arbitration: Essential Concepts*. Page 158.

7. กฎหมายที่จะใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้แก่กฎหมายภายในที่คู่กรณีตกลงกำหนดไว้ ถ้ามิได้ตกลงกันไว้ อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายตามที่กฎหมายว่าด้วยกฎหมายขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้นำมาใช้บังคับ รวมทั้งต้องนำหลักปฏิบัติ ธรรมเนียมประเพณีในทางการค้าในเรื่องนั้นๆ ขึ้นมาประกอบการพิจารณาชี้ขาดในข้อพิพาทดังกล่าว

8. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเอาเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ คำชี้ขาดจะทำเป็นหนังสือและแสดงเหตุผลของคำชี้ขาดเช่นนั้นไว้ด้วย เว้นแต่กรณีจะตกลงกันว่าไม่ต้องแสดงเหตุผลไว้ คำชี้ขาดมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี

วิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมในการระงับข้อพิพาทจากสัญญาปิโตรเลียมที่ได้ทำกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ เพราะหากนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลนั้น จะเสมือนเป็นการต่อสู้คดีกันทำให้คู่กรณีมีความรู้สึกเป็นศัตรูกัน อีกทั้งยังใช้เวลาต่อสู้กันยาวนาน เพราะคดีสามารถอุทธรณ์ ฎีกา ต่อไปได้ซึ่งส่งผลเสียต่อความสัมพันธ์ทางธุรกิจ แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทกันโดยตรง บรรยากาศในการพิจารณามีลักษณะเป็นกันเอง ไม่เคร่งเครียด อีกทั้งไม่มีระบบที่ให้คู่กรณีโต้แย้งเอาแพ้ชนะกัน จึงสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทซึ่งอยู่ในวงการธุรกิจ ที่ส่วนใหญ่จะต้องคบค้าและประกอบธุรกิจกันต่อไปอีกในอนาคต

