

บทที่ 2

การลงทุน ระบบคลังปิโตรเลียม และการปฏิบัติฝ่ายเดียวของรัฐ

การลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติถือเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ เพราะการลงทุนทั้งหลายเป็นแหล่งที่มาแห่งการผลิตสินค้าและบริการต่างๆ รวมทั้งส่งผลให้มีการว่าจ้างแรงงานภายในประเทศเพิ่มขึ้น ทำให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีในการผลิตและการบริการและทั้งมีส่วนร่วมในการแสวงหาเงินตราต่างประเทศเพื่อให้เม็ดเงินหมุนเวียนภายในประเทศมากขึ้น ดังนั้นประเทศต่างๆ จึงได้มีการสนับสนุนและทำให้มีการลงทุนเพิ่มขึ้น ทั้งที่เป็นการลงทุนโดยนักลงทุนภายในประเทศเอง และการลงทุนจากจากนักลงทุนจากต่างประเทศ

2.1 การลงทุน

การลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติ (Foreign Direct Investment: FDI) ถือเป็นการลงทุนโดยจากแหล่งเงินทุนของนักลงทุนภายนอกประเทศ และปัจจุบัน FDI มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจภายในประเทศอย่างมาก ประเทศต่างๆ จึงต้องการให้เกิด FDI ในประเทศของตน

อนึ่ง การลงทุนจากนักลงทุนต่างชาตินั้นเป็นการที่บริษัทที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศหรือประเทศที่จะมาลงทุน (Source Countries) ต้องการมาลงทุนทำธุรกิจในประเทศที่รับการลงทุน (Host State) เพื่อสร้างผลกำไรส่งกลับไปยังบริษัทในประเทศของตนนั้น สามารถแบ่งเป็น 2 ประเภทได้แก่

1. การลงทุนโดยตรงจากนักลงทุนต่างชาติในแนวนอน (Horizontal FDI) การลงทุนประเภทนี้ผู้ลงทุนจากต่างประเทศจะมาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน โดยการผลิตสินค้าขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน และนำสินค้าดังกล่าวมาเพื่อจำหน่ายให้แก่ประชากรในประเทศผู้รับการลงทุน การลงทุนประเภทนี้ได้เป็นที่นิยมของนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการที่จะลดภาระค่าใช้จ่ายลงและลดต้นทุนของสินค้าของตนเพื่อให้ราคาอยู่ในระดับที่เหมาะสม เช่น บริษัท A จากประเทศ A เข้ามาลงทุนในประเทศ B โดยเข้ามาสร้างโรงงานและผลิตสินค้าในประเทศ B บริษัท A สามารถลดภาระของค่าขนส่งระหว่างประเทศรวมทั้งเพิ่มโอกาสของการเข้าถึง

ตลาดภายในประเทศได้ง่ายขึ้น และหลีกเลี่ยงมาตรการกีดกันทางการค้า หรือหวังประโยชน์ที่ได้รับจากการส่งเสริมการลงทุนจากประเทศผู้รับการลงทุน แต่ผู้ลงทุนอาจต้องเสียต้นทุนคงที่ (Fixed Cost) ลงไปที่จะใช้ตั้งฐานการผลิตตั้งนั้น ถ้าหากตลาดภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนมีขนาดที่เล็กมาก ทำให้ประโยชน์ที่ได้รับจากการมาลงทุนอาจไม่เหมาะสมกับค่าใช้จ่ายในการลงทุนเพื่อตั้งฐานการผลิตได้ แต่การลงทุนประเภทนี้จะส่งผลเสียให้กับตลาดของประเทศผู้รับการลงทุน คือ การลงทุนประเภทนี้จะไม่ช่วยกระตุ้นการส่งออก แต่กลับเป็นการกระตุ้นการนำเข้าให้เพิ่มขึ้น เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติอาจต้องมีการนำเข้าเครื่องจักร เทคโนโลยี ที่ทันสมัย และวัตถุดิบบางชนิดที่เป็นวัตถุดิบที่มีเฉพาะในต่างประเทศจากประเทศอื่นๆ เข้ามาเพื่อใช้ในขั้นตอนการผลิต

2. การลงทุนโดยตรงจากนักลงทุนต่างชาติในแนวตั้ง (Vertical FDI) การลงทุนประเภทนี้แตกต่างกับการลงทุนในประเภทก่อนหน้า กล่าวคือ นักลงทุนต่างชาติจากประเทศต่างๆ ที่จะมาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน จะลงทุนเพื่อสร้างฐานการผลิตขึ้นมา และนำสินค้าที่ได้จากกระบวนการผลิตเพื่อส่งออกกลับไปยังประเทศของนักลงทุนต่างชาตินั้นเอง หรืออาจเป็นการส่งสินค้าไปยังประเทศอื่นๆ ในภูมิภาค เช่น บริษัทผลิตรถยนต์บางบริษัทเลือกที่จะเข้ามาสร้างโรงงานการผลิตรถยนต์ในประเทศไทย และส่งรถยนต์ออกไปขายยังประเทศที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกันกับประเทศไทย เป็นต้น ทั้งนี้ต้นทุนการผลิตในประเทศผู้รับการลงทุนเมื่อนำไปรวมกับค่าธรรมเนียมการค้า (Trade Costs) เช่น ต้นทุนค่าขนส่งจากประเทศที่เป็นฐานการลงทุนไปยังประเทศคู่ค้าและค่าธรรมเนียมต่างๆ จะต้องต่ำกว่าต้นทุนการผลิตภายในประเทศผู้ลงทุนเองเพื่อลดต้นทุนการผลิตให้ได้มากที่สุด จึงจะทำให้ให้นักลงทุนต่างชาติได้รับผลกำไรที่เหมาะสม และการลงทุนประเภทนี้จะช่วยกระตุ้นทั้งการนำเข้าเครื่องจักรและวัตถุดิบจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุน เพื่อใช้ในการผลิตและกระตุ้นการส่งออกของสินค้าไปยังประเทศของนักลงทุนเอง หรือประเทศต่างๆ ในภูมิภาคได้เช่นกัน¹

¹ สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (2557). การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment : FDI) ในประเทศไทย. สืบค้นจาก http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2557/may2557-2.pdf หน้า 4

2.1.1 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

การลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติในการลงทุนระหว่างประเทศนั้นประกอบไปด้วยฝ่ายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

ฝ่ายแรก คือ นักลงทุนต่างชาติ (Foreign Investor) และบริษัทข้ามชาติ (Multinational Company) คือ บุคคล หรือคณะบุคคลที่ได้รวมตัวกัน และจดทะเบียนเป็นองค์กรทางธุรกิจในรูปแบบของบริษัทมหาชนภายใต้กฎหมายของประเทศหนึ่ง และมีการตกลงกันที่จะออกเงินทุน หรือทรัพย์สิน เพื่อนำมาใช้เป็นเงินทุนในการลงทุนเพื่อแสวงหาผลกำไร โดยเป้าหมายสูงสุดของการลงทุนก็คือมุ่งแสวงหาผลกำไรและรายได้จากการลงทุนนั้นให้มากที่สุด

อนึ่ง การที่จะไปลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนได้นั้น นักลงทุนจำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบจากปัจจัยพื้นฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น สภาพการเมืองของประเทศผู้รับการลงทุน สภาพเศรษฐกิจของภูมิภาคและประเทศผู้รับการลงทุน รวมทั้งระบบสาธารณูปโภคพื้นฐาน เป็นต้น เนื่องจากการลงทุนภายใต้ปัจจัยพื้นฐานที่เหมาะสมจะส่งผลให้สภาพและบรรยากาศของการลงทุนเป็นไปอย่างราบรื่น และเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและต่อเนื่อง รวมทั้งลดโอกาสในการเกิดความเสียหายแก่ธุรกิจที่ตนได้ลงทุน และเมื่อนักลงทุนพิจารณาโดยละเอียดและมีความมั่นใจในการที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศหนึ่ง นักลงทุนจะนำเงินทุนเข้าไปยังประเทศนั้น และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น นักลงทุนมักจะแสวงหาหลักประกันที่มั่นคงจากประเทศผู้รับการลงทุนภายใต้กฎหมายและสัญญาทวิภาคีระหว่างทั้งสองฝ่าย

ฝ่ายที่สอง คือ ประเทศผู้รับการลงทุน (Host State) ซึ่งหมายถึงประเทศที่จะสร้างนโยบายและมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ประเทศผู้รับการลงทุนนั้นต้องการเม็ดเงินจากการลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และยกระดับความเป็นอยู่ของพลเมืองของตน

ฝ่ายที่สาม คือ ประเทศผู้ส่งออกการลงทุน หรืออาจเรียกว่าเป็นประเทศของผู้ลงทุนต่างชาติเองก็ได้ เหตุที่ประเทศของผู้ลงทุนต่างชาติมีส่วนเกี่ยวข้องในการลงทุนก็คือ ภายใต้ระบบกฎหมายการลงทุน

ระหว่างประเทศ ประเทศผู้ส่งออกการลงทุนมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองของตนที่อยู่ภายในประเทศ และออกไปลงทุนยังต่างประเทศ ทั้งนี้การลงทุนในต่างประเทศของพลเมืองของตน ช่วยให้เกิดประโยชน์อย่างมากแก่ประเทศผู้ส่งออกในด้านการขยายตลาดและเสริมสร้างความมั่งคั่งให้กับประเทศผู้ส่งออก

จากการศึกษาพบว่าฝ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งสามฝ่าย คือ นักลงทุนต่างชาติ ประเทศผู้ส่งออก และประเทศผู้รับการลงทุน มีความเกี่ยวเนื่องกันและสัมพันธ์กันในการลงทุนระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในการลงทุนระหว่างประเทศ นักลงทุนต่างชาติและประเทศผู้รับการลงทุนจะเป็นคู่สัญญาหลักในการลงทุนครั้งหนึ่ง แต่หากเกิดข้อพิพาทขึ้นประเทศผู้ส่งออกก็สามารถเข้ามาเกี่ยวข้องในการช่วยเหลือพลเมืองของตนเพราะประเทศผู้ส่งออกสามารถให้ความคุ้มครองพลเมืองของตนนอกอาณาเขตภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยจะได้กล่าวในบทต่อไป

2.1.2 ลักษณะของการส่งเสริมการลงทุน

การส่งเสริมการลงทุน คือ การชักจูงและเร่งรัดให้มีการลงทุนจากนักลงทุนทั้งในและต่างประเทศเกิดขึ้นภายในประเทศ โดยกระบวนการต่างๆ ที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายของรัฐในการส่งเสริมการลงทุนนั้นประกอบไปด้วยนโยบายส่งเสริมเศรษฐกิจและเครื่องมือทางกฎหมาย หรือมาตรการทางกฎหมายต่างๆ และเครื่องมือที่ใช้กฎหมาย หรือมาตรการทางการเงินและเศรษฐศาสตร์

มาตรการทางกฎหมาย คือ วิธีการที่ภาครัฐใช้อำนาจทางองค์กฤษฎีกาในการพิจารณาออกกฎหมายเพื่อให้สิทธิพิเศษต่างๆ หลักประกัน การปกป้องและคุ้มครอง รวมทั้งการผ่อนผันและการได้รับการยกเว้นภายใต้หลักกฎหมายภายในประเทศต่างๆ

โดยมาตรการทางกฎหมายต่างๆ อาจเรียกได้ว่าเป็นการให้สิ่งจูงใจทางกฎหมาย (Legal Incentive) ก็ได้เพราะมาตรการต่างๆล้วนเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่นักลงทุนภายใต้กฎหมายทั่วไป และกฎหมายพิเศษเพื่ออำนวยความสะดวกและให้เกิดสิทธิประโยชน์ต่างๆ แก่การลงทุนเพื่อจูงใจนักลงทุน โดยกฎหมายที่กำหนดสิทธิประโยชน์นี้อาจเป็นกฎหมายทั่วไป กฎหมายพิเศษ หรือกฎหมายที่ออกมาโดยเฉพาะ

เกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศที่ให้สิทธิประโยชน์ทั้งการลงทุนจากต่างประเทศและการลงทุนในประเทศเท่าเทียมกัน

สำหรับมาตรการทางการลงทุนและเศรษฐศาสตร์นั้น เช่นนโยบายในการปรับปรุงภาวะเศรษฐกิจการเมือง และสิ่งอำนวยความสะดวกและสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เช่น การประปา การไฟฟ้า การคมนาคม การขนส่ง การสื่อสาร การทำเรือ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้ประเทศผู้รับการลงทุนมีสภาพที่เอื้อและเหมาะสมแก่การลงทุน เพื่อให้เป็นแม่เหล็กดึงดูดนักลงทุน นโยบายเกี่ยวกับการตรึงค่าเงิน การกำหนดค่าแรงขั้นต่ำ รวมถึงนโยบายของรัฐในการสร้างแรงงานมีฝีมือ และการพัฒนาเทคโนโลยีต่างๆ ภายในประเทศให้ทันสมัย

การส่งเสริมการลงทุนนี้มิได้จำกัดเฉพาะการดำเนินการโดยประเทศผู้รับการลงทุนเพียงอย่างเดียว การส่งเสริมการลงทุนยังอาจเกิดขึ้นโดยการดำเนินการของประเทศผู้ส่งออกทางการลงทุนอีกด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน ที่ดำเนินการออกนโยบายสนับสนุนให้ภาคเอกชนของประเทศตนไปลงทุนในประเทศต่างๆ ทั่วโลก ในรูปแบบของการยกเว้นหรือลดหย่อนภาระทางภาษีอากรของผู้ลงทุน แต่่นโยบายดังกล่าวประเทศผู้ส่งออกการลงทุนจะต้องมีการทำสนธิสัญญากับประเทศผู้รับการลงทุนเสียก่อน เพื่อกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนได้ดำเนินการในการให้หลักประกันและสิทธิพิเศษต่างๆ เช่น ตกลงการยกเว้นอากรขาเข้าระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศผู้ส่งออกการลงทุน เป็นต้น

2.1.3 นโยบายและวิธีการส่งเสริมการลงทุนโดยกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการลงทุนระหว่างประเทศคือการลงทุนที่ผู้ลงทุนหรือเจ้าของทุนในประเทศหนึ่งไปลงทุนหรือประกอบกิจการลงทุนในอีกประเทศหนึ่ง เช่น ผู้ลงทุนหรือบริษัทอเมริกันมาตั้งโรงงานผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าในประเทศไทย หรือกรณีคนไทยหรือบริษัทไทยไปลงทุนผลิตอาหารสัตว์ในประเทศอินโดนีเซีย การลงทุนในลักษณะดังกล่าวนี้ มีผลในการเคลื่อนย้ายเงินทุน บุคคล สิ่งของ ข้อมูล หรือเทคโนโลยีจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง เนื่องจากการลงทุนมีความสำคัญและถือเป็นความจำเป็นในการพัฒนาประเทศ รัฐบาลจึงต้องสนับสนุนและพยายามผลักดันให้มีการลงทุนเกิดขึ้นในประเทศของตน นโยบายด้านการ

ส่งเสริมการลงทุน (capital friendly policy²) จึงเป็นมาตรการที่สำคัญอย่างหนึ่งของรัฐในการที่จะสนับสนุนให้เกิดการลงทุนขึ้น

การส่งเสริมการลงทุนคือการชักจูงและเร่งรัดให้มีการลงทุนเกิดขึ้น แต่ในปัจจุบัน ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายต่างก็พยายามส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในประเทศของตนให้มากที่สุด จนในที่สุดก็เกิดการแข่งขันในการให้สิทธิและประโยชน์ต่างๆ ที่แต่ละประเทศเห็นว่า เป็นจุดดึงดูดให้นักลงทุนตัดสินใจลงทุนในประเทศของตน วิธีการที่จะให้บรรลุเป้าหมายในการส่งเสริมการลงทุนประกอบด้วยมาตรการทางกฎหมายและมาตรการที่มีใช้กฎหมาย มาตรการทางกฎหมาย ได้แก่ วิธีการที่รัฐอาศัยอำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายให้สิทธิพิเศษให้หลักประกัน การคุ้มครอง ตลอดจนการผ่อนผันและยกเว้นหลักกฎหมายอื่นๆ วิธีการเหล่านี้รวมเรียกว่า การให้สิ่งจูงใจทางกฎหมาย (Legal Incentives) หรือตามกฎหมายไทยเรียกว่า สิทธิและประโยชน์ ส่วนมาตรการที่มีใช้กฎหมายนั้นก็ ได้แก่ การปรับปรุงภาวะเศรษฐกิจ การเมือง และสิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐาน เช่น การคมนาคม การขนส่ง สื่อสาร ท่าเรือ ให้เหมาะสมเป็นที่ดึงดูดต่อผู้ลงทุน

มาตรการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวข้างต้น ปกติจะดำเนินการโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน อย่างไรก็ตามการส่งเสริมการลงทุนนี้อาจจะทำโดยรัฐบาลของประเทศผู้ส่งออกการลงทุนก็ได้ ดังกรณีของสหรัฐอเมริกาและยุโรปบางประเทศได้สนับสนุนให้เอกชนของตนออกไปลงทุนยังต่างประเทศ การส่งเสริมการลงทุนโดยประเทศผู้ส่งออกการลงทุนจะใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นหลักประกันในทรัพย์สินและกิจการของผู้ลงทุนโดยการทำสนธิสัญญากับประเทศผู้รับการลงทุน การประกันภัยการลงทุนสำหรับการไปลงทุนในต่างประเทศโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ³

เหตุผลที่ต้องมีการส่งเสริมการลงทุนก็เนื่องจากรัฐบาลของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา ได้เร่งรัดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศเพื่อยกระดับความเป็นอยู่ของประชาชน ในประเทศระบบเศรษฐกิจเสรีเห็นว่าภาคเอกชนมีส่วนช่วยในการพัฒนาทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมดังกล่าวโดยการลงทุน เพราะการลงทุนของเอกชนจะมีส่วนในการนำเข้ามาซึ่งเงินตราต่างประเทศ จึงจำเป็นต้องส่งเสริมและสนับสนุนเพื่อให้เอกชนเข้ามามีส่วนในการลงทุนให้มากขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศก็เป็นที่ประจักษ์ว่า ความต้องการการลงทุนจากต่างประเทศสำหรับประเทศที่พัฒนาแล้ว

² วิชิตา สาธิตพร (2554). การค้าการลงทุนระหว่างประเทศ. สืบค้นจาก <http://ilc.swu.ac.th/> หน้า 5

³ ฐานข้อมูลราชกิจจานุเบกษาและการพัฒนากฎหมายอิเล็กทรอนิกส์ (2555). รายงานการศึกษาเรื่องการรวบรวมบทบัญญัติกฎหมายเรื่องเดียวกันไว้ด้วยกันด้านส่งเสริมการลงทุน. สืบค้นจาก <http://61.19.241.70/rki/fmlawpreview4.aspx?lawgroupid=224870> หน้า 3

มีค่อนข้างจำกัด ทำให้มีการแข่งขันกันระหว่างประเทศกำลังพัฒนาในการที่จะชักจูงและดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศเข้าสู่ประเทศของตน

สำหรับประเทศไทย เมื่อรัฐบาลได้เปลี่ยนแปลงนโยบายจากการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้ามาเป็นการผลิตเพื่อการส่งออกส่งผลให้มีเงินลงทุนจากต่างประเทศเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากเนื่องจากมีมาตรการในด้านต่างๆ เพื่อดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มขึ้น ซึ่งในการพิจารณาเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น นักลงทุนต่างชาติให้ความสนใจด้านการแสวงหาตลาดภายในประเทศเป็นอันดับแรก รองลงมา เป็นปัจจัยด้านแรงงานและระดับค่าจ้างสิทธิพิเศษทางด้านภาษีและการคุ้มครองของรัฐ ทั้งนี้เสถียรภาพทางการเมืองของไทยก็เป็นปัจจัยที่นักลงทุนต่างชาติให้ความสำคัญเช่นเดียวกัน ตามมาด้วยการเน้นการพัฒนาพื้นที่ชายฝั่งภาคตะวันออกให้เป็นที่ตั้งอุตสาหกรรมต่าง ๆ และปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมโดยนำมาตรการทางภาษีและสิ่งจูงใจมาใช้เพื่อส่งเสริมการผลิตเพื่อการส่งออกและการกระจายอุตสาหกรรมไปสู่ภูมิภาค จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยนั้นมีนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนในภาพรวมที่ค่อนข้างเอื้อต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะภาครัฐมีนโยบายเปิดเสรีและไม่เลือกปฏิบัติต่อคนไทยและนักลงทุนต่างชาติแตกต่างกัน เช่น มีการอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการได้เกือบทุกชนิดยกเว้นโครงการลงทุนในกิจการเกษตรกรรม การเลี้ยงสัตว์การประมง การสำรวจและการทำเหมืองแร่ที่จะต้องให้ผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน⁴

กฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและประโยชน์สำหรับการลงทุนในประเทศไทยที่สำคัญ คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งกำหนดสิทธิประโยชน์หลักประกัน และการคุ้มครองการลงทุนไว้อย่างละเอียด นอกจากนั้นแล้วสิทธิประโยชน์สำหรับการลงทุนนี้ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่นๆ อีก เช่น พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดสิทธิประโยชน์แก่ผู้ลงทุนที่ตั้งสถานประกอบการในเขตอุตสาหกรรมของการนิคมอุตสาหกรรม และ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งได้ให้สิทธิพิเศษบางประการแก่ผู้รับสัมปทานปิโตรเลียม

ในขณะที่โครงการการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรมอนุญาตให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมากหรือถือหุ้นทั้งหมดได้ไม่ว่าตั้งในเขตใด อีกทั้งผู้ลงทุนยังสามารถเคลื่อนย้ายผลตอบแทนได้อย่างเสรีอีกด้วย นอกจากนี้

⁴ วิชิตา สาธิตพร (2554). อ้างแล้ว. หน้า 9

รัฐบาลยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board of Investment: BOI) สังกัดกระทรวงอุตสาหกรรมขึ้นในปี 2509 เพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขันและอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน และสนับสนุนการทำธุรกิจในประเทศไทย โดยนักลงทุนสามารถสอบถามและศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้จากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

ในด้านภาษีอากร มีพระราชบัญญัติเงินชดเชยค่าภาษีอากร การขอคืนภาษีอากร ตามกฎหมายศุลกากร และพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามประมวลรัษฎากร ยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีอากรบางประเภทเพื่อประโยชน์แก่การลงทุน กฎหมายเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุนทั้งสิ้น

นอกจากการส่งเสริมโดยการให้สิทธิประโยชน์พิเศษแล้ว ในบางประเทศยังได้กำหนดถึงนโยบาย เป้าหมาย และหลักเกณฑ์ในการส่งเสริมการลงทุนพร้อมทั้งจัดตั้งหน่วยงานรับผิดชอบในการลงทุนอีกด้วย เช่น ประเทศไทย ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย และอินโดนีเซีย ที่จัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board of Investment)

2.1.4 การควบคุมการลงทุน

การลงทุนนอกจากจะมีผลดีต่อประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบางครั้งการลงทุนอาจนำมาซึ่งผลเสียก็ได้ เช่น ในกรณีที่การลงทุนมิได้เป็นไปตามแนวแห่งความต้องการของรัฐของประเทศผู้รับการลงทุน รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนต้องรับผิดชอบในการบริหารและรับผิดชอบต่อประเทศและพลเมืองของตน และมีการควบคุมการลงทุนให้สอดคล้องกับนโยบายในการบริหารประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการโดยรวมของประเทศ โดยการลงทุนที่รัฐบาลมุ่งควบคุมมากที่สุดจะเป็นการลงทุนของนักลงทุนจากต่างประเทศ

วิธีการควบคุมการลงทุนที่จะให้การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเป็นไปตามเป้าหมายของรัฐนี้ กระทำได้โดยการกำหนดวิธีการคัดเลือก กำกับ หรือจดทะเบียน ซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศว่าจะออกแบบมาให้อยู่ในรูปแบบใด กฎหมายที่ออกมาเพื่อการควบคุมนั้นมักจะเป็นกฎหมายที่กำหนดแนวนโยบาย หรือกำหนดขอบเขตที่จะให้มีการลงทุนจากต่างประเทศได้ว่าลงทุนได้มากหรือน้อยเท่าใดและลงทุนได้ในธุรกิจประเภท

ใดบ้าง หรือเป็นการกำหนดที่กำหนดให้มีการถือหุ้นโดยคนชาติ หรือเป็นกฎหมายที่กำหนดให้มีการจดทะเบียนการลงทุนต่อหน่วยงานของรัฐที่มีการจัดตั้งขึ้นมาโดยเฉพาะ หรือคัดเลือกการลงทุน

ในประเทศที่ยึดระบบเศรษฐกิจแบบเสรี การควบคุมนี้จะปรากฏในรูปของกฎหมายดังนี้ เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายป้องกันการผูกขาด และกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ กฎหมายเหล่านี้มีกลไกที่จะป้องกันมิให้ผู้ประกอบการลงทุนรวมหัวกันทำการผูกขาด หรือทำการทางธุรกิจที่จะทำให้เกิดผลเสียแก่ประเทศผู้รับการลงทุน⁵

อนึ่ง ประเทศที่มีทรัพยากรธรรมชาติอุดมสมบูรณ์และต้องการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติ เข้ามาแสวงหาผลประโยชน์และทำประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตน ประเทศดังกล่าวโดยรัฐบาลจะ ดำเนินนโยบายส่งเสริมการลงทุนเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ รวมทั้งกำหนดรูปแบบของระบบคลังปิโตรเลียม ขึ้นมา เพื่อประโยชน์ในการควบคุม ดูแล และจัดเก็บรายได้ของรัฐจากการดำเนินการของนักลงทุนต่างชาติ ใน รูปแบบของภาษี เพื่อเป็นเงินทุนในการบริหารและพัฒนาประเทศ

2.2 ระบบคลังปิโตรเลียม (Petroleum Fiscal Regime)

ระบบคลังปิโตรเลียมถูกคิดค้นขึ้นภายหลังจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม เนื่องจากในช่วงเวลา ดังกล่าวปริมาณความต้องการพลังงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งพลังงานจากถ่านหิน และปิโตรเลียมเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่มีศักยภาพในการนำมาผลิตพลังงานที่มีอยู่ในทั่วทุกภูมิภาคของโลกได้รับความสนใจจากนักลงทุนและบริษัทข้ามชาติในการเข้าไปทำการสำรวจและผลิตพลังงาน ทั้งนี้เพื่อให้เพียงพอ ต่อความต้องการพลังงานของแต่ละประเทศ แต่ปริมาณการผลิตพลังงานและความต้องการใช้พลังงานไม่สอดคล้องกันจึงเกิดวิกฤตทางด้านพลังงานขึ้น ซึ่งเป็นผลให้ประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้ความสำคัญกับปัญหาขาดแคลน พลังงานและดำเนินนโยบายเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงทางด้านพลังงาน⁶

⁵ Moran, H. T. (2005). "Political and Regulatory Risk in Infrastructure Investment in Developing Countries: Introduction and Overview." *Online Journal CEPMLP*, 5, 6. Retrieved from <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol15/article5-6a.html> Page 33.

⁶ Alvarez J. E. (2012). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Page 10.

ก่อนที่นักลงทุนต่างชาติและบริษัทข้ามชาติจะเข้ามาลงทุนในธุรกิจปิโตรเลียมของประเทศใดประเทศหนึ่งนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนจะสร้างเครื่องมือขึ้นมาเพื่อใช้ในการจัดเก็บรายได้และผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ โดยเครื่องมือดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในรูปของเครื่องมือทางกฎหมาย ซึ่งจะเป็นตัวกำหนดออกกรอบการจัดเก็บผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติและบริษัทข้ามชาติ ทั้งนี้ในการสร้างเครื่องมือดังกล่าวภาครัฐจำเป็นต้องคำนึงความสอดคล้องของเครื่องมือต่อนโยบายภาครัฐ เช่น นโยบายของรัฐเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ นโยบายส่งเสริมการลงทุนในกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม เป็นต้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการสร้างผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐ โดยภาครัฐจะถูกจัดทำขึ้นมาเป็นระบบเรียกว่าระบบคลังปิโตรเลียม (Petroleum Fiscal Regime)⁷

ระบบคลังปิโตรเลียมเป็นระบบที่รัฐผู้รับการลงทุนสร้างขึ้นเพื่อจัดเก็บผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติหรือบริษัทข้ามชาติ โดยระบบคลังปิโตรเลียมที่ได้นั้นภาครัฐจำเป็นต้องคำนึงถึง (1) หลักการทางเศรษฐศาสตร์เรื่องค่าเช่าทางเศรษฐกิจ (Economic Rent) กล่าวคือ ระบบดังกล่าวควรถูกสร้างด้วยกลไกมีลักษณะในการสร้างรายได้คงที่จำนวนหนึ่งที่แน่นอนควบคู่ไปกับการสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพในการเพิ่มผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐผู้รับการลงทุน เพื่อให้รัฐนั้นได้รับผลประโยชน์ในระดับที่เหมาะสม เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ที่เกี่ยวกับการลงทุน⁸ และ (2) หลักความเสี่ยงเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่รัฐอาจเสียไปและนักลงทุนต่างชาติที่จะได้รับ (Division of Risk and Reward)⁹ กล่าวคือ รัฐผู้รับการลงทุนจะพิจารณาถึงผลประโยชน์และความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจทางปิโตรเลียม โดยหลักการนี้ถือเป็นหลักการที่พื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้เพื่อการออกแบบกรอบการจัดเก็บผลประโยชน์ของรัฐเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและไม่เป็นที่โต้แย้งระหว่างทั้ง 2 ฝ่าย และเพื่อให้ธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติมีความยืดหยุ่นในการแบ่งปันผลประโยชน์ อีกทั้งสร้างภาวะการแข่งขันของธุรกิจของนักลงทุน

⁷ Date-Bah, S. K. (1998). "The contract as a Mechanism for Taxation". *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2, 12. Page 15-22.

⁸ ภราดร ปรีดาศักดิ์. (2549). *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค*. หน้า 130.

⁹ The Bank of England and the Prudential Regulation Authority (2014). "Strengthening the alignment of risk and reward: new remuneration rules." Retrieved from <http://www.bankofengland.co.uk/pru/Documents/publications/cp/2014/cp1514.pdf> Page 9

ต่างชาติที่เหมาะสมและให้กลไกของตลาดเติบโตอย่างมีประสิทธิภาพ และป้องกันการเข้ามาเก็งกำไรของนักลงทุนต่างชาติที่อาจสร้างความเสียหายแก่รัฐผู้รับการลงทุนอีกด้วย¹⁰

ทั้งนี้การแบ่งผลประโยชน์ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติและบริษัทข้ามชาติจะจัดทำขึ้นอยู่ในรูปแบบของ “สัญญา (Contract)” หรือ “ข้อตกลง (Agreement)” ที่เป็นการสร้างข้อผูกพันระหว่างทั้งสองฝ่ายในด้านการเงินและการดำเนินงาน เช่น สัญญาสัมปทานของประเทศไทยกำหนดให้รัฐสร้างสัญญาปิโตรเลียม โดยกำหนดราคาและมูลค่าของผลิตภัณฑ์ทางปิโตรเลียมประเภทต่าง ทั้งทรัพยากรที่ได้จากแหล่งทรัพยากรธรรมชาติโดยตรง ประกอบด้วย น้ำมันดิบ (Crude Oil) ก๊าซปิโตรเลียม (Petroleum Gas) และก๊าซธรรมชาติ (Natural Gas) และ ทรัพยากรอื่นที่ได้มาจากการแปรรูปจากทรัพยากรจากแหล่งทรัพยากรธรรมชาติโดยตรง เช่น ปิโตรเลียม (Petroleum) น้ำมันเตา (Fuel Oil) เป็นต้น และตัวเงินจากการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติและบริษัทข้ามชาติในรูปของเงินให้เปล่า เงินโบนัส เงินตอบแทนพิเศษ ค่าภาคหลวง ภาษีการผลิตและภาษีการขาย หรือผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่นๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนกำหนดลงไว้ในสัญญาสัมปทานให้นักลงทุนต่างชาติจ่ายแก่ภาครัฐตลอดช่วงอายุของสัญญานั้นๆ โดยแนวทางในจัดเก็บผลประโยชน์ของรัฐจากการประกอบธุรกิจปิโตรเลียมของนักลงทุนต่างชาตินั้น จะมีการกำหนดรูปแบบการจัดเก็บอ้างอิงกับ “ปริมาณปิโตรเลียมที่ผลิตได้จริง (Production-Based Instruments)” กล่าวคือ ภาครัฐจะใช้ระบบภาษีหรือระบบค่าภาคหลวง (Tax Regime/ Royalty Regime) หรืออ้างอิงกับส่วนแบ่งกำไรที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจปิโตรเลียม (Profit-Based Instruments)¹¹

โดยระบบคลังปิโตรเลียมนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ระบบ คือ 1. ระบบสัมปทาน (Concessionary Regime) 2. ระบบสัมปทานใหม่ (Modern Concessionary regime) 3. ระบบแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing Regime) และ 4. ระบบรับจ้างบริการ (Service Contract Regime) อีกด้วย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹⁰ วรินทร์ลาภา กลิ่นสอน และจรรยา ศรี ชายหาด. (2553). “รายงานการศึกษาแนวทางการจัดเก็บผลประโยชน์ของรัฐที่ได้รับจากการประกอบธุรกิจ

ปิโตรเลียม (Petroleum Fiscal Regime)”. สืบค้นจาก <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=567> หน้า 3

¹¹ วรินทร์ลาภา กลิ่นสอน และจรรยา ศรี ชายหาด. (2553). อ้างแล้ว. หน้า 5.

2.2.1 ระบบสัมปทาน (Concession Regime)

ระบบสัมปทานเป็นระบบที่รัฐผู้รับการลงทุนตกลงมอบสิทธิพิเศษที่เฉพาะเจาะจงให้กับเอกชนคนเดียว หรือหลายคนเพื่อดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อประโยชน์ของรัฐ โดยการที่รัฐมีนโยบายให้สัมปทานแก่เอกชน ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาข้อจำกัดบางประการที่เกิดขึ้น เช่น ภาครัฐขาดแคลนเงินทุน เจ้าหน้าที่ภาครัฐไม่มีทักษะเฉพาะด้าน หรือภาครัฐไม่สามารถเข้าถึงเทคโนโลยีระดับสูง ซึ่งก่อนที่จะมีการเข้ามาลงทุนของภาคเอกชนในกิจการต่างๆนั้น ภาครัฐจะสร้างระบบสัมปทานขึ้นมา โดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชนให้เหมาะสมเพื่อรองรับการเข้ามาดำเนินการของเอกชนภายใต้การกำกับและดูแลจากหน่วยงานของรัฐ

โดยการที่เอกชนเข้ามาดำเนินการภายในรัฐผู้รับการลงทุนนั้น เอกชนอาจเข้ามาโดยการผูกนิติสัมพันธ์กับภาครัฐในรูปแบบดังต่อไปนี้¹²

(1) สัญญาสัมปทาน (Concession contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้สิทธิพิเศษที่เฉพาะเจาะจงแก่เอกชนคนเดียว หรือหลายคนดำเนินการเพื่อประโยชน์ของภาครัฐในด้านต่างๆ

(2) ใบอนุญาต (License) ซึ่งเป็นรูปแบบการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐกับเอกชน โดยที่หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการเชิงธุรกิจร่วมกับเอกชนและก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ที่ให้เอกชนได้รับสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ได้แต่เพียงผู้เดียว (Exclusive right) อย่างผูกขาด หรือกึ่งผูกขาดจากทรัพย์สินหรือทรัพยากรสาธารณะที่มีอยู่อย่างจำกัดเช่นเดียวกับการได้รับสัมปทานแต่มีการเรียกชื่อและวิธีการให้สิทธิเหล่านั้นแตกต่างกันออกไป

สำหรับการประกอบธุรกิจปิโตรเลียมนั้น การผูกพันของภาครัฐกับเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนในยุคแรกนั้นจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาสัมปทานภายใต้ระบบสัมปทาน ซึ่งจะเห็นจากสัญญาสัมปทานที่สร้างขึ้นในปี ค.ศ. 2444 นาย William Knox ผู้ประกอบการด้านเหมืองแร่ของอังกฤษ ได้รับอนุญาตจากพระเจ้าชาร์แห่ง

¹² อารยา กิตติเวช (2550). หน้า 32.

เปอร์เซีย หรือกษัตริย์แห่งประเทศอิหร่าน ในการเข้าไปสำรวจและขุดเจาะทรัพยากรปิโตรเลียม และในปี ค.ศ. 2451 William Knox สำรวจพบน้ำมันที่ภาคตะวันตกเฉียงใต้ของอิหร่าน นับเป็นการค้นพบน้ำมันเป็นครั้งแรก ในภูมิภาคตะวันออกกลาง จากนั้นจึงได้ก่อตั้งบริษัท Anglo-Persian Oil (ต่อมาเปลี่ยนชื่อบริษัทเป็น “Anglo-Iranian Oil” ในปี ค.ศ. 2478 และเปลี่ยนชื่ออีกครั้งหนึ่งเป็น British Petroleum ในปี ค.ศ. 2497) โดยบริษัทเอกชนดังกล่าวได้รับสัมปทานสำรวจและขุดเจาะน้ำมันที่ประเทศอิหร่าน ประเทศอิรัก และประเทศคูเวตตามลำดับ โดยอาจถือได้ว่าระบบสัมปทานเป็นระบบเก่าแก่ที่สุดที่ภาครัฐใช้เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของทั้งสองฝ่าย และกำหนดถึงสิทธิของเอกชนในการสำรวจและผลิต (Exploration and Exploitation) ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐผู้รับการลงทุน โดยเอกชนซึ่งเข้ามาอยู่ในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจปิโตรเลียมนั้น จะได้รับอนุญาตให้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ตกลงร่วมกันระหว่างทั้งสองฝ่ายภายในพื้นที่หนึ่ง ภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อที่จะนำเอาทรัพยากรปิโตรเลียมของรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย

ลักษณะของระบบสัมปทานในอดีตจะแตกต่างกับปัจจุบัน กล่าวคือในอดีตนั้น พื้นที่ซึ่งให้สัมปทานแก่เอกชนมักเป็นพื้นที่ขนาดใหญ่ และมีระยะเวลาการให้สัมปทานยาวนานถึง 60-75 ปี เนื่องจากในอดีตเทคโนโลยีการสำรวจและขุดเจาะไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร การสำรวจและขุดเจาะของบริษัทผู้ได้สัมปทานนั้นต้องใช้เวลาในการค้นหาแหล่งทรัพยากรธรรมชาติ และนำออกมาใช้ แต่ปัจจุบันระบบสัมปทานในรัฐผู้รับการลงทุนต่างๆ มักจะกำหนดระยะเวลาเพื่อสำรวจและผลิตทรัพยากรธรรมชาติไม่เกิน 50 ปี

นอกจากนี้ในอดีตระบบสัมปทานจะมีเครื่องมือในการเรียกเก็บผลประโยชน์ของรัฐในรูปแบบที่ค่อนข้างจำกัด ส่วนใหญ่อยู่ในรูปของค่าภาคหลวง (Royalties) ในอัตราคงที่ (Flat Rate) มากกว่าจะคิดเป็นอัตราส่วนตามมูลค่าน้ำมันที่ผลิตได้หรือผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ และในรูปของภาษีเงินได้จากผลการดำเนินงาน

ในระบบสัมปทานเช่นนี้ รัฐหรือผู้ให้สัมปทานมีอำนาจควบคุมรูปแบบการดำเนินการทั้งหมด ตั้งแต่การสำรวจ การตัดสินใจให้พื้นที่สัมปทานใหม่ การกำหนดระดับของผลผลิตและการกำหนดราคาก่อนการ

ชุดเจาะและผลิตปิโตรเลียมแล้ว โดยระยะเริ่มแรกบริษัทที่ดำเนินกิจการมักเป็นบริษัทต่างชาติและไม่รับสิทธิในการควบคุมการผลิตปิโตรเลียมอย่างสมบูรณ์ รัฐจะได้ผลตอบแทนในรูปแบบของค่าภาคหลวงและภาษีเท่านั้น

ประเทศที่ใช้ระบบสัมปทานในปัจจุบันได้แก่ ประเทศพม่า ประเทศเวียดนาม เป็นต้น

2.2.2 ระบบสัมปทานใหม่ (Modern Concession Regime)

ระบบสัมปทานใหม่เป็นระบบสัมปทานที่ถูกสร้างขึ้นอยู่บนพื้นฐานของระบบสัมปทานดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ได้มีการปรับปรุงรูปแบบของระบบสัมปทานให้ทันสมัยและเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันมากขึ้น เพื่อให้ภาครัฐมีอำนาจในการบังคับและควบคุมการดำเนินการของนักลงทุนต่างชาติมากขึ้น รวมทั้งสามารถที่จะเรียกเก็บผลประโยชน์ได้มากขึ้นจากนักลงทุนต่างชาติเมื่อราคาปิโตรเลียมเปลี่ยนแปลงเพิ่มสูงขึ้นตลอดอายุสัญญาสัมปทาน

ภายใต้ระบบสัมปทานนั้น รัฐผู้รับการลงทุนประสบปัญหาไม่สามารถควบคุมและบังคับการดำเนินการของนักลงทุนต่างชาติ อีกทั้งไม่สามารถเก็บภาษีจากผลผลิตปิโตรเลียมของนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเลือกไม่สำรวจและทำประโยชน์ในพื้นที่สัมปทานที่ตนได้รับอนุญาตจากรัฐ เหตุผลในการเลือกไม่สำรวจและทำประโยชน์คือนักลงทุนต่างชาติที่อยู่ในรูปของบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ต้องการกีดกันไม่ให้นักลงทุนต่างชาติขนาดเล็กเข้ามาสำรวจและทำประโยชน์ในบางพื้นที่ จ

โดยภายใต้ระบบสัมปทานใหม่นี้พื้นที่การให้สัมปทานถูกจำกัดให้มีขนาดเล็กลงและมีระยะเวลาในการให้สัมปทานสั้นลงจากเดิม แต่ทั้งนี้รัฐก็เปิดโอกาสให้สามารถขยายเวลาสัมปทานได้หากการผลิตปิโตรเลียมยังคงให้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อยู่ แต่ในการตรึงกันข้ามสัมปทานอาจจะสิ้นสุดลงโดยเร็วหากการสำรวจและชุดเจาะปิโตรเลียมไม่มีความคุ้มค่าในเชิงพาณิชย์

นอกจากนี้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินการของนักลงทุนต่างชาติมากยิ่งขึ้น โดยผู้ได้รับสัมปทานจะต้องนำเสนอโปรแกรมการทำงาน (Work Program) เพื่อแสดงให้เห็นว่าในแต่ละปีนั้นนักลงทุนได้ดำเนินโครงการอะไรไปแล้วบ้าง นอกจากนี้ยังต้องผูกพันตามข้อผูกมัดทาง

การเงิน (Monetary Commitment) ตามตารางที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อให้รัฐสามารถที่จะตรวจสอบถึงปริมาณการผลิต ผลผลิต และรายรับจากโครงการของเอกชนว่าเหมาะสมและถูกต้องหรือไม่ และหากนักลงทุนต่างชาติไม่เข้าไปลงทุนในพื้นที่ที่ได้รับสัมปทานใด ก็อาจจะต้องคืนพื้นที่ดังกล่าวกลับมายังรัฐ เพื่อให้รัฐเข้าไปมีสิทธิในการนำไปให้นักลงทุนรายอื่นเข้ามาทำประโยชน์ ผ่านกระบวนการในการกำหนดแผนงานในการคืนพื้นที่ (Relinquishment Scheme) อีกด้วย

ในด้านของการจัดสรรผลประโยชน์ รัฐบาลในฐานะเจ้าของทรัพยากรจะได้รับผลประโยชน์ในรูปตัวเงินจากค่าภาคหลวง (Royalties) เช่นเดียวกับภายใต้ระบบสัมปทาน แต่ภายใต้ระบบนี้ค่าภาคหลวงจะถูกคำนวณตามสัดส่วนของมูลค่าผลผลิตเพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริงของราคาปิโตรเลียม โดยอัตราค่าภาคหลวงนี้อาจจะอยู่ในรูปของค่าคงที่หรือขึ้นบันไดแล้วแต่การตกลงกันระหว่างภาครัฐและนักลงทุนต่างชาติในช่วงเวลานั้นๆ นอกจากนี้ในบางครั้งรัฐบาลยังคงสามารถเรียกเก็บเงินโบนัสเมื่อนักลงทุนต่างชาติสามารถผลิตปิโตรเลียมได้ในปริมาณที่มาก หรือเมื่อลงนามในสัญญาเมื่อพบแหล่งปิโตรเลียมหรือเมื่อผลิตได้ในปริมาณที่กำหนด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่รัฐกำหนดร่วมกับผู้ประกอบการ นอกจากนี้รัฐยังมีอำนาจในการตรวจสอบและควบคุมการตัดสินใจของบริษัทในบางกรณี อาทิเช่น แผนงานการสำรวจขั้นต่ำ รวมไปถึงการอนุมัติแผนพัฒนาพื้นที่และการกำหนดราคาปิโตรเลียม¹³

ประเทศที่ใช้ระบบสัมปทานใหม่ในปัจจุบันได้แก่ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเดนมาร์ก ประเทศนอร์เวย์ ประเทศไทย เป็นต้น¹⁴

2.2.3 ระบบแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing Regime)

ระบบสัมปทานเริ่มไม่เป็นที่นิยมในประเทศผู้รับการลงทุนต่างๆ ในช่วงต้นทศวรรษที่ 1960 เนื่องจากแนวคิดเรื่องชาตินิยม (Nationalism) ที่เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายในช่วงเวลาดังกล่าว แนวคิด

¹³ Oliverira, M. R. (2009). "The Overhaul of the Brazilian Oil and Gas. Regime: Does the Adoption of a Production. Sharing Agreement Bring Any Advantage over the current modern concession system?". *Online Journal CEPMLP*, 2, 5. Retrieved from <http://www.ogel.org/article.asp?key=3059> Page 23.

¹⁴ Sirinuch Chotipanvittayakul and Jittima Mantajit (2011). Page 3.

ชาตินิยมมาจากลัทธิการเมืองที่เน้นความจงรักภักดีต่อรัฐชาติ โดยถือว่าชาติเป็นที่มาของทุกสิ่งทุกอย่าง ไม่ว่าจะ เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ลัทธิชาตินิยมจึงมิได้เป็นเพียงรูปแบบทางการเมืองแต่เป็นอุดมคติ แนวคิดนี้ส่งผลให้เกิดกระแสประชานิยมต่อต้านไม่ให้รัฐบาลมอบสิทธิประโยชน์ต่างๆ ให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาทำประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ แนวคิดนี้ก่อให้เกิดจากคิดค้นระบบคลังปิโตรเลียมรูปแบบใหม่ คือ ระบบแบ่งปันผลผลิตขึ้นมาเพื่อเพิ่มอำนาจการควบคุมของรัฐต่อนักลงทุนต่างชาติให้มากขึ้น

อนึ่ง ระบบแบ่งปันผลผลิตถูกคิดค้นขึ้นโดยประเทศอินโดนีเซียเนื่องจากชาวอินโดนีเซียเชื่อว่าทรัพยากรธรรมชาติปิโตรเลียมเป็นทรัพยากรของชาวอินโดนีเซียทั้งประเทศ รัฐบาลจำต้องรักษาผลประโยชน์ของประชาชนทั้งหลายไม่ใช่ให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาทำประโยชน์และนำผลประโยชน์ออกนอกประเทศโดยลำพัง ดังนั้นแม้ระบบแบ่งปันผลผลิตจะถูกสร้างอยู่บนพื้นฐานของสัญญาสัมปทาน แต่รูปแบบระบบแบ่งปันผลผลิตนี้มีความแตกต่างจากระบบสัมปทาน คือ ภายใต้ระบบนี้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถเข้ามาแบ่งปันผลประโยชน์ทุกชั้นตอนจากอุตสาหกรรมต้นสายอันได้แก่การสำรวจ การผลิตและการขนส่งปิโตรเลียม (Upstream Petroleum Industry) จนไปถึงอุตสาหกรรมปลายสาย ประกอบด้วย การกลั่น การขนส่ง และการตลาด โดยผลิตภัณฑ์จากน้ำมันดิบส่วนใหญ่จะถูกใช้เป็นเชื้อเพลิง ส่วนที่เหลือใช้เป็นวัตถุดิบสำหรับอุตสาหกรรมปิโตรเคมีหรือใช้ในจุดประสงค์อื่นๆ เช่น ใช้เป็นน้ำมันหล่อลื่น สำหรับผลิตภัณฑ์จากก๊าซธรรมชาติส่วนใหญ่ใช้เป็นเชื้อเพลิงและใช้เป็นวัตถุดิบในอุตสาหกรรมปิโตรเคมีบ้าง (Downstream Petroleum Industry)

ในการแบ่งปันผลผลิตทางปิโตรเลียมกับนักลงทุนต่างชาติ รัฐบาลอินโดนีเซียได้จัดตั้งบริษัทรัฐวิสาหกิจขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบดูแลการดำเนินการของนักลงทุนต่างชาติ รวมทั้งยังมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อกำกับดูแลการทำงานของนักลงทุนต่างชาติอีกด้วย หากคณะกรรมการพบว่านักลงทุนต่างชาติละเลย ไม่ดำเนินการสำรวจและผลิตทรัพยากรปิโตรเลียมภายในพื้นที่ที่ได้รับสัมปทานจากรัฐบาล หรือดำเนินการแล้วแต่การดำเนินการดังกล่าวล่าช้า ไม่แล้วเสร็จตามแผนระยะต่างๆ ที่รัฐบาลอินโดนีเซียโดยคณะกรรมการดังกล่าวกำหนดไว้ คณะกรรมการสามารถที่จะนำเรื่องเสนอไปยังรัฐบาลอินโดนีเซียเพื่อยกเลิกสัญญาดังกล่าวได้¹⁵

¹⁵ Smith, E. E. (1991). "From Concessions to Service Contract." *Tulsa Law Journal*, 5, 9. Page 55.

ในระหว่างอายุสัญญา หากทรัพยากรปิโตรเลียมถูกสำรวจและผลิต รัฐบาลอินโดนีเซียจะได้รับค่าภาคหลวงจากนักลงทุนต่างชาติ และภายหลังจากการจำหน่ายทรัพยากรปิโตรเลียม จะมีการกำหนดรูปแบบของการแบ่งปันผลผลิตบนพื้นฐานของการเปลี่ยนแปลงทางด้านราคา กล่าวคือ หากราคาน้ำมันดิบในตลาดโลกพุ่งสูงขึ้น รัฐบาลอินโดนีเซียจะได้รับส่วนแบ่งจากผลผลิตเพิ่มขึ้นตามส่วน และหากราคาของทรัพยากรปิโตรเลียมลดต่ำลง รัฐบาลอินโดนีเซียจะได้รับส่วนแบ่งจากผลผลิตน้อยลงตามส่วนเช่นเดียวกัน ทั้งนี้การกำหนดรูปแบบของการแบ่งปันผลผลิตดังกล่าว¹⁶ ถือเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญอันช่วยให้รัฐบาลอินโดนีเซียไม่ต้องประสบปัญหาการเก็บรายได้ไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของราคาน้ำมันดิบในตลาดโลกอย่างเช่นรัฐบาลของประเทศที่ใช้ระบบคลังปิโตรเลียมแบบระบบสัมปทาน

นอกจากนี้ภายใต้ระบบแบ่งปันผลผลิต นักลงทุนต่างชาติที่ตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศอินโดนีเซียนั้นจำเป็นต้องนำเทคโนโลยีการสำรวจและผลิตเข้ามาด้วยการเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง และภายหลังจากเสร็จสิ้นระยะเวลาตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา รัฐบาลอินโดนีเซียยังมีความสามารถในการที่จะยึดเอาเทคโนโลยีต่างๆ ไว้เป็นทรัพย์สินของประเทศได้อีกด้วย

ประเทศที่ใช้ระบบแบ่งปันผลผลิตในปัจจุบัน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศมาเลเซีย ประเทศอินโดนีเซีย เป็นต้น

ภายใต้ระบบคลังปิโตรเลียมของประเทศไทยนั้น ในรอบการให้สัมปทาน Thailand II ได้เคยนำระบบแบ่งปันผลผลิตมาประยุกต์ใช้กับระบบสัมปทานของเราเป็นการแบ่งปันผลประโยชน์ (Profit Sharing) แล้ว แต่ไม่ประสบความสำเร็จและไม่มีใครมาลงทุนพัฒนาแหล่งปิโตรเลียมในประเทศไทยภายใต้ระบบ Thailand II แม้แต่รายเดียว¹⁷

2.2.4 ระบบจ้างบริการ (Service Agreement Regime)

¹⁶ Machmud, T. N. (1993). "Production Sharing Contracts in Indonesia." *Energy and Natural Resources Law*, 4, 11. Page 31.

¹⁷ สมบัติ ทฤทธิพงศ์ (2540). การนำระบบแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing) มาใช้ในการให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย. หน้า 54.

ระบบจ้างบริการนี้เป็นระบบที่มีความแตกต่างจากระบบคลังปิโตรเลียมต่างๆ ที่ได้อธิบายก่อนหน้านี้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ระบบจ้างบริการนี้เป็นระบบที่ประเทศผู้รับการลงทุนมีอิสระในการควบคุมและสั่งการได้มากกว่าระบบคลังปิโตรเลียมอื่นๆ โดยระบบนี้จะคล้ายกับการที่ภาครัฐทำสัญญาจ้างแรงงานกับนักลงทุนต่างชาติเพื่อการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม เฉกเช่นเดียวกับสัญญาจ้างแรงงานที่ปรากฏภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเรา โดยนักลงทุนต่างชาติที่ให้ความสนใจเข้ามาทำการลงทุนเพื่อการสำรวจและผลิตทรัพยากรปิโตรเลียมนั้น จะเข้ามาทำสัญญาจ้างบริการกับตัวแทนของภาครัฐบาล ซึ่งโดยส่วนมากแล้วตัวแทนของทางภาครัฐจะเป็นบริษัทรัฐวิสาหกิจที่มีการจัดตั้งขึ้นมาโดยเฉพาะนั่นเอง¹⁸

ภายใต้ระบบจ้างบริการนี้ เมื่อทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาจ้างบริการ นักลงทุนต่างชาติจะทำหน้าที่ในการสำรวจ ขุดเจาะ หรือผลิตแล้วแต่ที่ได้ตกลงกันสัญญาดังกล่าว หากทั้งสองฝ่ายทำสัญญาจ้างบริการเพื่อสำรวจและผลิต และนักลงทุนต่างชาติสำรวจพบทรัพยากรปิโตรเลียม นักลงทุนต่างชาติจะได้รับเงินค่าบริการ แต่ไม่ได้สิทธิในทรัพยากรปิโตรเลียมแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากนักลงทุนต่างชาติทำการขุดเจาะหาปิโตรเลียมแล้วไม่พบแต่อย่างใด รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนจะไม่จ่ายค่าบริการเลยแม้แต่น้อย ดังนั้นนักลงทุนที่สนใจเข้ามาลงทุนภายใต้ระบบจ้างบริการนี้ จะต้องอาศัยประสบการณ์และเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพสูงในการปฏิบัติการ โดยลักษณะของการจ่ายค่าบริการนี้จะเหมือนกันสำหรับการจ้างเพื่อผลิตอย่างเดียวได้ด้วย กล่าวคือ เมื่อผลิตปิโตรเลียมได้ในปริมาณเท่าใด รัฐบาลก็จะจ่ายเพียงค่าบริการตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น

อนึ่ง ลักษณะของสัญญาจ้างบริการในรูปแบบนี้นั้นจะส่งผลให้ภาครัฐไม่แบกรับเรื่องความเสี่ยงในการสำรวจ ขุดเจาะและผลิตแต่อย่างใดเลย ทั้งนี้เพราะนักลงทุนต่างชาติเท่านั้นที่จะเป็นผู้รับความเสี่ยงทั้งหมดแต่เพียงผู้เดียว โดยรูปแบบของสัญญาจ้างบริการนี้เป็นที่นิยมอย่างมากในประเทศแถบอเมริกาใต้ และประเทศแถบตะวันออกกลางซึ่งมีทรัพยากรปิโตรเลียมจำนวนมากมหาศาล เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย ประเทศเวเนซุเอลา เป็นต้น¹⁹

¹⁸ Pongsir, N. (2005). "Partnerships in Oil and Gas Production-Sharing Contracts." *Online Journal CEPMLP*, 2, 4. Retrieved from <http://www.ogel.org/article.asp?key=1744> Page 7.

¹⁹ Ibid, Page 29.

2.3 การดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐในการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนเป็นของรัฐ (Unilateral Act)

ก่อนตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับลงทุนใด นอกจากเรื่องผลกำไรแล้ว นักลงทุนยังคงต้องคำนึงถึงความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นจากปัญหาภายในของประเทศผู้รับการลงทุน เช่น ภาวะสงคราม ภาวะการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครอง การเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐ การควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราและการที่รัฐบาลที่รับการลงทุนเปิดกิจการแข่งขันกับนักลงทุน เป็นต้น ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศผู้รับการลงทุนหลายประเทศดำเนินการตามมาตรการที่ทำให้บริษัทต่างประเทศได้รับความเสียหายอย่างมหาศาลคือมาตรการ “การเวนคืน” บ่อยครั้ง อันเป็นการโอนเอากิจการของบรรษัทข้ามชาติซึ่งเข้ามาลงทุนกระทำการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมมาเป็นของตน เช่น บริษัทสำรวจและขุดเจาะน้ำมัน โรงกลั่นน้ำมัน เป็นต้น และบริษัทที่เข้ามาทำกิจการสาธารณูปโภค เช่น การผลิตกระแสไฟฟ้า การขนส่ง การคมนาคม ซึ่งบริษัทต่างประเทศเหล่านี้ต่างนำเทคโนโลยีและเม็ดเงินเข้ามาลงทุน

การเวนคืนทรัพย์สินสามารถจำแนกได้เป็นสองลักษณะ คือ 1) การเวนคืนทรัพย์สินโดยตรง และ 2) การเวนคืนทรัพย์สินทางอ้อม

2.3.1 การเวนคืน (Expropriation)

การเวนคืน (Expropriation)²⁰ เป็นการกระทำของรัฐในการโอนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการที่รัฐเข้าไปยึดทรัพย์สินของเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ การเวนคืนทรัพย์สินโดยตรงเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ เช่น การโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ (nationalization) การริบทรัพย์สิน (confiscation) การยกเลิกความเป็นเจ้าของ (dispossession) แม้จะเรียกชื่อต่างกันแต่ในทางปฏิบัตินับเป็นการเข้าแย่งการครอบครองทรัพย์สินจากเอกชนโดยตรง

²⁰ West's Encyclopedia of American Law. Volume 4. West Group.

การโอนเป็นของรัฐ (Nationalization)²¹ คือ การได้อันกระทำโดยอำนาจมหาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลในประเภทแห่งกิจการใดๆ มาเป็นของรัฐ ทั้งนี้โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย โดยส่วนมากแล้วจะปรากฏลักษณะของการโอนกิจการของเอกชนเป็นของรัฐในรูปแบบของการเป็นมาตรการในการควบคุมในการเป็นของเจ้ากิจการอุตสาหกรรมต่างๆ ของนักลงทุนโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ ในอดีตนั้นการโอนธุรกิจลักษณะนี้จะเกิดขึ้นกับประเภทธุรกิจทางทางด้านสาธารณูปโภค เช่น ประปา ไฟฟ้า ปิโตรเลียม เป็นต้น

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยอมรับหลักการในการโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐ แต่การโอนเป็นของรัฐที่ชอบธรรมนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อความมั่นคงของรัฐ (National Security) และเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (Public Order) อาจกล่าวได้ว่าการการทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติรายใดเป็นของรัฐนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเสมอ แต่ในการดำเนินการดังกล่าวต้องกระทำโดยการออกกฎหมายขึ้นมาก่อนเสมอ และเมื่อกระทำการโอนแล้วรัฐบาลจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนในบรรดาความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติ

การโอนเป็นของชาตินั้นเป็นการดำเนินการโดยรัฐฝ่ายเดียวที่ไม่ขอความยินยอมจากนักลงทุนต่างชาติ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการปิดโอกาสของนักลงทุนต่างชาติที่จะบังคับตามสิทธิที่ตนเคยมีนั้นขึ้นต่อผู้กับรัฐ ดังนั้นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงมักไม่ถูกละเลย หากแก่นักลงทุนอาจได้รับค่าสินไหมทดแทน ก็จะได้ในจำนวนที่น้อยกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น

อนึ่ง ตามตำรากฎหมายระหว่างประเทศนั้น นักนิติศาสตร์มักจะใช้คำว่า การเวนคืนปะปนกับคำว่า การโอนเป็นของรัฐ เนื่องจากทั้งสองคำนี้มีความหมายใกล้เคียงกันอย่างมาก เช่น M. Sornarajah²² ผู้ประพันธ์หนังสือกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ให้คำจำกัดความของคำว่า การเวนคืน และการโอนเป็นของรัฐ ในลักษณะที่เหมือนกัน

²¹ Kevin, T., and Matthew, P. (2008). "The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and Americanization, in International Arbitration and the Need for more Rigorous Legal and Procedural Defences." *Texas International Law Journal*, 6, 9. Page 359-400.

²² Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Page 14.

การริบทรัพย์สิน (Forfeiture of Property)²³ คือ การโอนทรัพย์สินของเอกชนเป็นของรัฐ ในอีกลักษณะหนึ่ง โดยการริบทรัพย์สินนั้นปรากฏครั้งแรกในสมัยกรีกโบราณ ซึ่งในสมัยดังกล่าวนั้น หลังจากที่คนต่างด้าวถูกเนรเทศออกจากเมืองแล้ว ทรัพย์สินของคนต่างด้าวจะถูกยึดไว้ทั้งหมดให้เป็นสมบัติของรัฐ โดยลักษณะของการริบทรัพย์สินนั้น จะปรากฏในรูปแบบของมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิด และเมื่อรัฐได้รับทรัพย์สินของเอกชนเป็นของรัฐแล้วจะไม่มี การจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่เอกชน

การยกเลิกความเป็นเจ้าของ (dispossession)²⁴ คือ การที่ภาครัฐยกเลิกสิทธิในการอยู่อาศัยของเอกชน โดยเมื่อนักลงทุนต่างชาติได้รับอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจภายในประเทศผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาตินั้นย่อมมีสิทธิที่จะอยู่ในเมือง แต่หากปรากฏว่าการประกอบธุรกิจรวมถึงการอยู่อาศัยของนักลงทุนต่างชาตินั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือแนวทางปฏิบัติทั่วไปของประชาชนภายในประเทศ เนื่องด้วยแนวทางการอยู่อาศัยได้มีการเปลี่ยนแปลงของเมือง (Urban Transformation) หรือมีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างต่างๆ ของนักลงทุนต่างชาตินั้น เป็นสิ่งที่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการทำลายทัศนียภาพ หรือขัดแย้งกับสังคมและวัฒนธรรมของประชาชนภายในประเทศอย่างรุนแรง ภาครัฐอาจใช้อำนาจในการทำให้หมดความเป็นเจ้าของ (Dispossession)

ดังนั้นการเวนคืนจึงสามารถขยายความรวมถึง การโอนเป็นของรัฐ การริบทรัพย์สิน และการทำให้หมดความเป็นเจ้าของได้

2.3.2 การเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation)

การเวนคืนทางอ้อม หรือการเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป (Creeping Expropriation) เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐเพื่อให้ทรัพย์สินหรือกิจการของนักลงทุนต่างชาติเป็นของรัฐ โดยในส่วนของการเวนคืนทางอ้อมนั้นจะเกิดขึ้นในลักษณะการเข้าแทรกแซงหรือสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินของเอกชนมากกว่าการที่รัฐจะเข้าไปครอบครองกรรมสิทธิ์แทนที่เจ้าของเดิม

²³ Gillion, W. (1991). *Nationalization of Foreign Property*. Page 24.

²⁴ Ibid, Page 25.

มาตรการที่ถูกตีความเข้าข่ายการเวนคืนทรัพย์สินทางอ้อมที่ผ่านมา ได้แก่ มาตรการขึ้นภาษีที่มากเกินไป เหตุหรือไม่มีหลักเกณฑ์การบังคับขายหุ้นกิจการ การกีดกันมิให้ใช้หรือสามารถจัดหา วัตถุดิบหรือแรงงานโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น²⁵

2.3.3 รูปแบบและวิธีการเวนคืน

วิธีรูปแบบการเวนคืนคือโอนทรัพย์สินเป็นของรัฐนั้น เบื้องต้นรัฐผู้ทำการเวนคืนนั้น กระทำโดยการโอนหุ้นของบริษัทข้ามชาติที่ถือครองโดยนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ ซึ่งทำให้บริษัทไม่สูญเสียสภาพนิติบุคคลยังคงเป็นบริษัทที่ดำเนินกิจการต่าง ๆ ต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดิม นอกจากนี้ยังปรากฏว่าในบางกรณีการเวนคืนทรัพย์สินของบริษัทมาเป็นของรัฐกระทำได้โดยการที่รัฐประกาศยกเลิกสภาพของบริษัทดังกล่าวเสีย แล้วจัดตั้งองค์กรธุรกิจของรัฐในรูปรัฐวิสาหกิจ (State-Owned Company) ขึ้นเพื่อดูแลกิจการทรัพย์สินที่โอนมานั้นต่อไปก็ได้

การเวนคืนนั้นไม่ว่าจะเป็นการโอนด้วยวิธีใดดังกล่าวก็ตาม รัฐผู้โอนก็จะใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถือหุ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือภายใต้ระบบกฎหมายภายในประเทศ หรือภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นเสียแต่จะเป็นการเวนคืนเนื่องมาจากการที่นักลงทุนกระทำการไม่ชอบธรรมตามกฎหมาย หรือเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่มีขอบแอมแฝง เช่น การเข้ามาสืบราชการลับ การเข้ามาแทรกแซงกิจการภายใน การเวนคืนนั้นจะเป็นมาตรการลงโทษโดยจะไม่มีค่าสินไหมทดแทนให้แก่แก่นักลงทุนต่างชาติแต่อย่างใด

ในอดีตนั้นถือว่าการเวนคืนหรือการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวเป็นของชาตินั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิอันได้มาแล้วโดยชอบธรรมของคนต่างด้าว เช่นคดี MAVROMMATIS JERUSALEM COUCESSION CASE อังกฤษยกเลิกสัมปทานที่ MAVROMMATIS ได้รับมาจากสัญญาที่กระทำกับตุรกี ศาลสถิต ยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินเมื่อ ค.ศ. 1925 ว่าการยกเลิกสัมปทานของอังกฤษนั้นเป็นการกระทำ ที่

²⁵ Moran, H. T. (2005). "Political and Regulatory Risk in Infrastructure Investment in Developing Countries: Introduction and Overview." *Online Journal CEPMLP*, 5, 6. Retrieved from <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol15/article5-6a.html>
Page 12.

ไม่ถูกต้อง อังกฤษต้องเคารพต่อสิทธิที่เอกชนได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม (ACQUIRED RIGHTS) หรือคดี THE DELEGOA BAYCASE ระหว่างสหรัฐฯ กับโปรตุเกส รัฐบาลโปรตุเกสยึดทางรถไฟสร้างโดยนาย MURDO คนสัญชาติอเมริกัน อนุญาตตุลาการตัดสินให้โปรตุเกสใช้ค่าเสียหาย แก่สหรัฐฯ โดยถือว่ารัฐบาลโปรตุเกสเป็นผู้ผิดสัญญา

การโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนเอกชนไปเป็นของรัฐโดยรัฐผู้รับการลงทุนอาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างรัฐกับเอกชนผู้รับการลงทุน เช่น กรณีการโอนกิจการและทรัพย์สินบริษัทน้ำมันของประเทศอังกฤษโดยรัฐบาลอิหร่านในปี ค.ศ. 1954 และกรณีการโอนกิจการและทรัพย์สินเหมืองทองแดงของบริษัทอเมริกันโดยรัฐบาลชิลีในปี ค.ศ. 1972 เป็นต้น

กรณีศึกษาภายใต้คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Award) ที่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม เช่น คดี Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico การที่รัฐผู้รับการลงทุนอ้างนโยบายสิ่งแวดล้อมขึ้นมาปฏิเสธการต่อใบอนุญาตธุรกิจฝึกลบขยะอันตราย ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม หรือ คดี Metalclad Corporation v. Mexico ในการระงับใบอนุญาตการก่อสร้างโรงงานกำจัดของเสียถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม

โดยการโอนดังกล่าวปัญหาทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ควรได้รับการพิจารณา คือ สิทธิของรัฐในการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนชาวต่างประเทศ และการจ่ายค่าทดแทนสำหรับการโอนนั้น รัฐมีอำนาจเหนือบุคคลและทรัพย์สินในดินแดนของตน โดยการอ้างอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ที่มีเหนือบุคคลและสิ่งของภายในดินแดนของตน การโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนชาวต่างประเทศมาเป็นของรัฐ เป็นลักษณะหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั้งในประเพณีของรัฐต่างๆ และมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ อย่างไรก็ตามการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนต่างประเทศมาเป็นของรัฐนี้ ตามหลักปฏิบัติในคดีในประเทศและคดีระหว่างประเทศและประเพณีปฏิบัติของรัฐ มีข้อจำกัดบางประการในการโอนนี้ ที่สำคัญคือข้อจำกัดในเรื่องวัตถุประสงค์ (Purpose Limitation) แนวปฏิบัติของรัฐ (State Manner) และรูปแบบ (Form) ของการโอน

ข้อจำกัดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ นั้นมีว่าการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุนต่างประเทศจะชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องเป็นการโอนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Purpose) เช่น การโอนเพื่อเป็นบริการสาธารณะ เพื่อความปลอดภัยของประเทศ เป็นต้น

ข้อจำกัดเกี่ยวกับแนวปฏิบัติ นั้นมีว่าการโอนกิจการและทรัพย์สินนั้นจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ต่อกิจการและทรัพย์สินของชาวต่างประเทศเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มาตรการโอนนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่มีผลต่อทรัพย์สินอื่นๆ ที่อยู่ในสถานะอย่างเดียวกันเท่ากันหมด ไม่เป็นการเลือกโอนเฉพาะกิจการและทรัพย์สินของชาวต่างประเทศผู้หนึ่งผู้ใดหรือชาติหนึ่งชาติใด หากมีการโอนกิจการทรัพย์สินของชาวต่างประเทศ โดยที่ทรัพย์สินที่อยู่ในสภาพเดียวกันของคนในชาติหรือชาวต่างประเทศอีกกลุ่มหนึ่งไม่กระทบกระเทือน มาตรการดังกล่าวถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

ข้อจำกัดเกี่ยวกับรูปแบบการโอน นั้นมีว่าการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนชาวต่างประเทศจะชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อเมื่อมีการจ่ายค่าทดแทนให้สำหรับการโอนนั้น ข้อจำกัดให้รัฐผู้โอนมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทน (Compensation) ให้นี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแต่ที่ยังโต้แย้งอยู่ก็คือ ปัญหาจำนวนค่าทดแทนและวิธีการชำระค่าทดแทน

