

ด่วนที่สุด

ที่ นร ๐๕๐๔/๓๘/๖



สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร

กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๕

เรื่อง การเสนอร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งรัฐคูเวตเพื่อดำเนินการให้มีผลใช้บังคับ

เรียน เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

อ้างถึง หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๓/ว(ล) ๓๑๔๓๔

ลงวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๕

ตามหนังสือที่อ้างถึง สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี กรณีการเสนอร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งรัฐคูเวตเพื่อดำเนินการให้มีผลใช้บังคับ ที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ โดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีประมาณการว่าจะนำเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีภายในวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๕ ความละเอียดทราบแล้ว นั้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างความตกลงดังกล่าว ประกอบกับ มาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๕๕๔ และหลักเกณฑ์การพิจารณาความหมายและองค์ประกอบของคำว่าหนังสือสัญญาตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖-๗/๒๕๕๑ แล้ว เห็นว่า ร่างความตกลงฯ จัดทำขึ้นระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งรัฐคูเวต มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดข้อผูกพันในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและคูเวต ได้แก่ การประคับคองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องไม่ด้อยไปกว่าที่ผู้ลงทุนของประเทศตนหรือประเทศที่สามได้รับ (ร่างข้อ ๓) การชดเชยความเสียหายแก่ผู้ลงทุน (ร่างข้อ ๔) การไม่เวนคืนการลงทุนของผู้ลงทุน (ร่างข้อ ๕) การโอนเงินโดยเสรี (ร่างข้อ ๖) การระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนและประเทศภาคี หรือระหว่างประเทศภาคี (ร่างข้อ ๙ และข้อ ๑๐) แสดงถึงความมุ่งหมายให้เกิดผลผูกพันระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ และโดยที่เนื้อหาของร่างความตกลงฯ เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของภาคีสัญญาทั้งสองฝ่าย จึงเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าและการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ

ตามมาตรา ๑๙๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ อย่างไรก็ตามก็ดี เนื่องจากร่างความตกลงฯ ได้มีการเจรจาตั้งแต่ปี ๒๕๓๘ อันเป็นช่วงเวลาก่อนวันที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ จึงไม่ต้องเสนอกรอบการเจรจาให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดในมาตรา ๓๐๕ (๕) ของรัฐธรรมนูญฯ

อนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตเกี่ยวกับร่างความตกลงฯ ดังต่อไปนี้

(๑) นิยามคำว่า “ผู้ลงทุน” (ร่างข้อ ๑)

เนื่องจากบทนิยามตามร่างข้อ ๑ ได้กำหนดความหมายของ “ผู้ลงทุน” ให้หมายความรวมถึงรัฐบาลของภาคีสัญญาด้วย ทำให้รัฐภาคีสัญญามีสถานะเป็นทั้งผู้ลงทุนและภาคีสัญญา และอาจเป็นเหตุให้เกิดความไม่ชัดเจนในข้อบทที่จะนำมาใช้บังคับในกรณีที่เกิดข้อพิพาทได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาดังกล่าว จึงสมควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าการลงทุนของรัฐภาคีเป็นการดำเนินการในฐานะผู้ลงทุน มิใช่ในฐานะรัฐภาคี และเป็นกรณีที่จะต้องนำร่างข้อ ๙ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีสัญญาและผู้ลงทุนมาใช้บังคับ

(๒) การโอนเงินโดยเสรี (ร่างข้อ ๖)

แม้การโอนเงินโดยเสรีจะเป็นเรื่องสำคัญของการให้ความคุ้มครองการลงทุน แต่การกำหนดข้อยกเว้นการโอนเงินโดยเสรียังเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต้องกำหนดไว้ในกรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนต้องดำเนินการเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเสถียรภาพทางการเงิน หรือในกรณีเพื่อประโยชน์ในกระบวนการยุติธรรมหรือประโยชน์ของเจ้าหนี้โดยรวม จึงสมควรกำหนดเพิ่มข้อยกเว้นการโอนเงินโดยเสรีไว้ในร่างความตกลงนี้ ซึ่งเป็นกรณีที่สอดคล้องกับหลักการในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (ฉบับมาตรฐาน) ที่กระทรวงการต่างประเทศได้จัดทำขึ้น และใช้เป็นแนวทางสำหรับการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ

จึงเรียนมาเพื่อโปรดดำเนินการต่อไป

ขอแสดงความนับถือ



(นายอัคร จารุจินดา)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักกฎหมายต่างประเทศ

โทร. ๐ ๒๒๒๐ ๗๖๒๙ (นางกาญจนาภรณ์ฯ)

โทรสาร ๐ ๒๒๘๐ ๘๔๒๖

www.krisdika.go.th

www.lawreform.go.th