

ด่วนที่สุด
ที่ อส ๐๐๐๕/ 5295



16 พ.ค. ๖๖
สพต.รับที่ 126-9
วันที่ 4 พ.ค. 2559
เวลา 16.30 น.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
รับที่ 8/48
วันที่ 24 พ.ค. 2559 11/15

สำนักงานอัยการสูงสุด
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติฯ
ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ ๑๐๒๑๐

126-9
วันที่ 24 พ.ค. 2559
15.25 น.

๒๓ พฤษภาคม ๒๕๕๙

เรื่อง การลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทยกับรัสเซียเกี่ยวกับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และการเสนอร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทย และรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐรัสเซีย เพื่อดำเนินการลงทุนและดำเนินการให้มีผลใช้บังคับ

เรียน เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

อ้างถึง หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๖/๑๖๓๖๖ ลงวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ๒๕๕๙

สิ่งที่ส่งมาด้วย Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments

ตามหนังสือที่อ้างถึง แจ้งว่ากระทรวงการต่างประเทศได้เสนอเรื่อง การลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทยกับรัสเซียเกี่ยวกับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และการเสนอร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐรัสเซีย เพื่อดำเนินการลงทุนและดำเนินการให้มีผลใช้บังคับ ไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ จึงขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเสนอความเห็นในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ความละเอียดแจ้งแล้ว นั้น

สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐรัสเซียแล้ว ขอเรียนว่า

๑. เมื่อพิจารณาร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซียฉบับนี้โดยรวมแล้ว เห็นว่า ร่างความตกลงฉบับนี้ นอกจากจะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุน (Investments) แล้ว ยังให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน (Investors) ด้วยเป็นการเฉพาะ ซึ่งได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า การให้ความคุ้มครองภายใต้ร่างความตกลงนี้ ควรจะระบุให้ความคุ้มครองเพียงการลงทุน (Investments) เท่านั้น โดยไม่

ควรระบุ...

ควรระบุให้รวมถึงนักลงทุน (Investors) ด้วย ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พ.ศ. ๒๕๔๕ ที่ระบุให้ความคุ้มครองการลงทุนแก่การลงทุน (Investments) เท่านั้น รายละเอียดปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วย มิฉะนั้นแล้ว จะทำให้เห็นว่ารัฐบาลไทยมีเจตนาที่จะขยายความคุ้มครองให้นักลงทุน (Investors) ทุกประเภทโดยอัตโนมัติด้วย โดยเฉพาะนักลงทุนประเภทผู้ถือหุ้น เนื่องจากปัจจุบัน ประเทศไทยไม่มีระบบการให้หนังสือรับรองการลงทุน (Certificate of Admission) แก่นักลงทุน (Investors) แล้ว ซึ่งหนังสือรับรองการลงทุนดังกล่าวเป็นหนังสือที่รัฐที่รับการลงทุน (รัฐบาลไทย) ออกให้นักลงทุน (Investors) เพื่อรับรองว่านักลงทุน (Investors) ที่ได้รับหนังสือรับรองการลงทุนจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษภายใต้ความตกลงการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เช่น สิทธิในการฟ้องรัฐที่รับการลงทุน (รัฐบาลไทย) ได้ เพราะฉะนั้น หากร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซีย ระบุให้ความคุ้มครองรวมถึงนักลงทุน (Investors) ด้วยแล้ว จะเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุน (Investors) โดยเฉพาะนักลงทุนในรูปแบบผู้ถือหุ้น สามารถใช้สิทธิฟ้องรัฐบาลไทยได้อย่างกว้างขวาง เพราะนักลงทุนในรูปแบบผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เห็นควรให้มีการศึกษาวิเคราะห์เพื่อพิจารณาปรับถ้อยคำใน Article 2, Article 3, Article 5, Article 6 และ Article 8

๒. Article 2 กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับการลงทุนภายใต้กฎหมายภายในของตน แต่เนื่องจากการลงทุนภายใต้กฎหมายภายในของไทย ปรากฏว่า มีการลงทุนหลายรูปแบบ และอยู่ภายใต้กฎหมายหลายฉบับ เช่น การลงทุนภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ การให้สัญญาสัมปทานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ และพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ เป็นต้น โดยที่การลงทุนภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น ต่างกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามเจตนารมณ์ภายใต้พระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษภายใต้ร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซียเอาไว้ จึงเป็นผลทำให้รัฐบาลไทยอาจถูกนักลงทุนฟ้องได้อย่างกว้างขวาง จึงเห็นว่า เมื่อประเทศไทยไม่สามารถคงระบบการให้หนังสือรับรองการลงทุน (Certificate of Admission) แก่นักลงทุน (Investors) ได้แล้ว เนื่องจากไม่เป็นที่ยอมรับในเวทีเจรจาระหว่างประเทศ ดังนั้น ประเทศไทยก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนขึ้นมา เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศไทย โดยเฉพาะจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเป็นการเฉพาะว่า หากการลงทุนใดเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว จึงจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษโดยอัตโนมัติภายใต้ร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซีย นอกจากนี้ ประเทศไทยสามารถกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้น หรือระยะเวลาการลงทุนเป็นหนึ่งในเงื่อนไขก็ได้ มิฉะนั้น การลงทุนนั้นก็จะได้ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซีย ทั้งนี้ ประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขสัดส่วนการถือหุ้นไว้

ร้อยละ ๑๐ และการลงทุนจะต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า ๑๒ เดือน ไว้ในกฎหมายภายในของไต้หวันด้วยเช่นกัน

๓. Article 9 Para 4 กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องบังคับคำชี้ขาดภายใต้กฎหมายภายในของตน ซึ่งสำหรับประเทศไทย การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ อยู่แล้ว ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๐ เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด จึงเห็นว่า การกำหนดให้ “Each Contracting Party undertakes to enforce this award in accordance with its laws.” อาจทำให้เกิดการตีความในอนาคตได้ว่า รัฐภาคี (ราชอาณาจักรไทย) มีอาจใช้สิทธิเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากราชอาณาจักรไทย ซึ่งมีฐานะเป็นรัฐภาคีภายใต้ร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซีย และยังมีฐานะเป็นคู่พิพาทตามคำชี้ขาดอาจถูกห้ามไม่ให้ใช้สิทธิเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

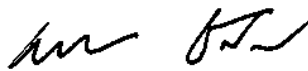
๔. Article 9 Para 5 กำหนดให้คู่พิพาทอาจตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือได้ ไม่ว่าจะเป็น good offices, conciliation หรือ mediation เมื่อใดก็ได้ และจะยุติกระบวนการดังกล่าวเมื่อใดก็ได้ ถึงแม้ว่าข้อพิพาทนั้นได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการแล้วก็ตาม เห็นว่า การกำหนดความตกลงในลักษณะดังกล่าว จะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ เนื่องจากการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็น good offices, conciliation หรือ mediation นั้น ไม่มีผลบังคับและผูกพันคู่พิพาท แต่ขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่พิพาทว่าจะระงับข้อพิพาทกันอย่างไรเท่านั้น ดังนั้น หากผลของความตกลงระหว่างคู่พิพาทที่เกิดจากกระบวนการ good offices, conciliation หรือ mediation นั้น มีความแตกต่างหรือขัดแย้งกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว จะทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ และหากปรากฏว่า ผลของความตกลงระหว่างคู่พิพาทที่เกิดจากกระบวนการ good offices, conciliation หรือ mediation นั้นมีความแตกต่างหรือขัดแย้งกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการต่อสู้ในข้อพิพาทนี้ อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ เนื่องจากอาจถูกมองว่าได้กระทำการเอื้อประโยชน์ให้แก่เอกชน และทำให้รัฐได้รับความเสียหาย ดังนั้น จึงเห็นว่า เมื่อใดก็ตามที่ข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทไม่ควรใช้กระบวนการระงับพิพาททางเลือกอื่นได้อีก โดยเห็นว่า ควรนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (good offices, conciliation หรือ mediation) ไปใส่ไว้กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตรใน Para 1 แทน กล่าวคือ ในระหว่าง cooling off period ซึ่งมีระยะเวลา ๖ เดือน คู่พิพาทจะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบฉันทมิตร โดยใช้วิธีการเจรจาต่อรองหรือปรึกษาหารือระหว่างกัน (negotiation and consultation) หรือจะใช้กระบวนการที่มีบุคคลที่สามให้ความช่วยเหลือ (good offices, conciliation หรือ mediation) ซึ่งไม่ว่าคู่พิพาทจะเลือกใช้วิธีการใดก็ตาม หากล่วงเลยระยะเวลากว่า ๖ เดือนแล้ว ให้คู่พิพาทยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้

๕. Article 9 Para 1 กำหนดให้คู่พิพาทระงับข้อพิพาทระหว่างกันอย่างฉันทมิตร เห็นว่า ภายใต้แนวปฏิบัติภายในของประเทศไทย การระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรมักไม่ประสบความสำเร็จ และเป็นเหตุให้ข้อพิพาทส่วนใหญ่ต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร

คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องต่างยินยอมและผ่อนปรนให้แก่กัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจถูกมองว่าเป็นการกระทำที่เอื้อประโยชน์ให้แก่เอกชน หรือทำให้รัฐเสียประโยชน์ได้ อันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ดังนั้น เมื่อการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรตามที่กำหนดไว้ใน Article 9 Para 1 ถือเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้ข้อพิพาทที่เกิดจากการละเมิดร่างความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยและรัสเซียนี้ เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว จึงต้องมีการกำหนดแนวปฏิบัติในเรื่องนี้ใหม่ โดยจะต้องมีการตรากฎหมายออกมารองรับ เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการเจรจาต่อรองกับคู่พิพาทฝ่ายเอกชน เพื่อให้การระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรประสบความสำเร็จ โดยเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าว ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หากได้กระทำการเป็นโดยสุจริต

จึงเรียนมาเพื่อทราบ

ขอแสดงความนับถือ



(นายเข็มชัย ชิตวงศ์)

รองอัยการสูงสุด ปฏิบัติราชการแทน

อัยการสูงสุด

สำนักงานที่ปรึกษาอัยการ

๒๓๙

โทร ๐ ๒๑๔๒ ๑๔๕๐

โทรสาร ๐ ๒๑๔๓ ๙๕๔๕

ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ csel@ago.go.th