

หลักประกันและการคุ้มครอง

1. ความนำ

อุปสรรคต่อการลงทุนในสาขาของผู้ลงทุนอาจมีหลายประการ ที่สำคัญประการหนึ่ง คือความไม่แน่ใจในความปลอดภัยในกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุน ความไม่แน่ใจในการถอนทุนและแสวงกำไรจากการลงทุน จากอุปสรรคดังกล่าวนี้ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้สร้างมาตรการ เพื่อสร้างความแน่ใจให้แก่ผู้ลงทุน ทั้งในด้านการถอนทุน การแสวงหากำไร และความปลอดภัยในกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุน มาตรการดังกล่าวนี้จะปรากฏออกมาในรูปของหลักประกัน และการคุ้มครองทั้งในด้านกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ¹

หลักประกันและการคุ้มครองที่ปรากฏตามกฎหมายภายในได้แก่

- 1) หลักประกันในการโอนและส่งออกซึ่งเงินตรา
- 2) หลักประกันจากการแข่งขันโดยรัฐบาลในกิจการที่ผู้ลงทุนประกอบการอยู่
- 3) หลักประกันจากการโอนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐ
- 4) การคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เกิดขึ้นใหม่

2. หลักประกันในการ โอนและส่งออกซึ่งเงินตรา

กฎหมายควบคุมเงินตรา (Exchange control law) เป็นเครื่องมือที่สำคัญยิ่งของรัฐในการควบคุมและจัดการการเงินของรัฐให้ตรงตามเป้าหมายทางการคลังประเทศ

¹ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดู บทที่ 5 หน้า 108 และต่อ ๆ ไป.

กฎหมายควบคุมเงินตราจึงมักจะเป็นกฎหมายที่บัญญัติมา เพื่อควบคุมความเคลื่อนไหวเงินตรา เช่น ควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราระหว่างบุคคล ควบคุมการส่งออกซึ่งเงินตรา ในบางประเทศกฎหมายดังกล่าวนี้ยังควบคุมถึงความเคลื่อนไหว ทางหลักทรัพย์อื่น ๆ อีกด้วย เช่น หลักทรัพย์ทางอุตสาหกรรม (Security) การลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Investment)²

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนมากจะมีกฎหมายควบคุมเงินตราในทำนองดังกล่าว ซึ่งสายตาของผู้ลงทุนเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการนำทุนและกำไรกลับสู่ประเทศของตน ด้วยเหตุผลดังกล่าวประเทศกำลังพัฒนา เกือบทั้งหมดที่มุ่งจะชักจูงการลงทุนต่างประเทศได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นพิเศษหรือให้คำรับรองว่าผู้ลงทุนจะสามารถถอนทุนและกำไรกลับคืนสู่ประเทศตนได้ โดยไม่ต้องขัดกับกฎหมายควบคุมเงินตราดังกล่าวแล้ว

การให้คำรับรองดังกล่าวปรากฏออกมาในรูปของหลักประกันหรือการอำนวยความสะดวกในการโอนหรือส่งออกซึ่งเงินตราตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนซึ่งจะควบคุมไปถึงการโอนหรือส่งออกซึ่งเงินต่อไปนี้

- 1) เงินทุนและเงินกำไร
- 2) เงินต้นและดอกเบี้ย
- 3) ค่าวิชาการ ค่าสิทธิบัตร และค่าเครื่องหมายการค้า
- 4) ค่าทดแทนจากการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐ
- 5) รายได้ส่วนบุคคล

² เช่น Banking (Foreign Exchange) Regulation ของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งออกตามในมาตรา 39 ของ The Banking Act 1954 - 1974.

2.1 การโอนหรือส่งออกซึ่งเงินทุนและกำไร (Repatriation of Capital and Profits)

การให้หลักประกันในการโอนและส่งออกซึ่งเงินทุนและกำไร เป็นหลักประกันพื้นฐานที่สุดในเรื่องการโอนและส่งออกซึ่งเงินตรา ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของผู้ลงทุนคือการแสวงหากำไรจากทุน อย่างไรก็ตามการให้โอนและส่งออกซึ่งทุนและกำไรนี้บางประเทศก็อนุญาตให้ผู้ลงทุนส่งออกซึ่งเงินดังกล่าวได้อย่างเสรี บางประเทศก็อาจมีเงื่อนไขในการโอนและส่งออกบ้าง เช่นจะต้องได้รับอนุมัติจากกรรมการผู้มีอำนาจของรัฐก่อน ในส่วนที่เกี่ยวกับเงินกำไรจากการลงทุนอาจอนุญาตให้ส่งออกได้เป็นร้อยละของกำไรทั้งหมดแต่ละปีหรืออาจจะกำหนดให้ส่งออกได้เฉพาะกำไรที่ได้รับมาจากการลงทุนจากเงินต่างประเทศจริง ๆ

การโอนหรือส่งออกซึ่งเงินทุนนี้ ในบางประเทศอาจจะยอมให้ผู้ลงทุนส่งเงินทุนกลับประเทศของตนได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ บางประเทศก็อาจจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับเวลา เช่น จะได้รับอนุญาตให้ส่งเงินออกได้ก็ต่อเมื่อผู้ลงทุนได้ลงทุนมาแล้วเป็นระยะเวลาเท่านั้นเท่านั้นปี หรืออาจมีอัตราส่วนที่ให้ส่งออกได้เป็นร้อยละของเงินลงทุนในแต่ละปีแต่ละปีไป ดังจะได้พิจารณาตามตัวอย่างในกฎหมายของแต่ละประเทศต่อไป

แอลจีเรีย³ ให้หลักประกันที่ผู้ลงทุนจะส่งออกซึ่งกำไรสุทธิของแต่ละปี ได้ตามอัตราส่วนที่มีเงินทุนต่างประเทศรวมอยู่ในค่านเงินทุนก็อนุญาตให้ส่งออกได้เป็นรายปีปีละไม่เกินร้อยละสิบห้าของจำนวนเงินต่างประเทศที่รวมอยู่ ตามกฎหมายลงทุนของชาติ⁴ รัฐบาลให้หลักประกันในการโอนและส่งออกซึ่งเงินทุน คาโฮเม⁵ และ กาบอง⁶ ให้หลัก-

³Algeria Investment Code, Art. 11(1).

⁴Chad Investment Code, Art. 3.

⁵Dahomey Investment Code, Art. 2.

⁶Gabon Investment law, Art. 3.

ประกันในท่านองเดียวกันกับกฎหมายลงทุนของชาติ

คินยา⁷ และ ยูกันดา⁸ มีบทบัญญัติของกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน คือ ให้ผู้ถือบัตรส่งเสริมการลงทุนส่งออกได้ทั้งเงินกำไรจากเงินทุนต่างประเทศภายหลังจากหักค่าภาษีแล้ว และเงินที่ได้จากการขายกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน เอธิโอเปีย⁹ และ มาลากาซี¹⁰ อนุญาตให้ผู้ลงทุนส่งเงินกำไรและเงินที่ได้จากการขายหรือเลิกกิจการกลับได้ ลิเบียให้ผู้ลงทุนมีสิทธิส่งเงินทุนต่างประเทศและกำไรจากเงินทุนนั้นกลับได้¹¹ ตูนิเซียให้ส่งเงินทุนต่างประเทศและกำไรจากเงินทุนนั้นกลับได้ แต่ดำเนินการลงทุนด้วยสิ่งของ (in kind) ผู้ลงทุนจะได้รับอนุญาตให้ส่งเงินกลับได้ภายในเวลาที่จะได้ออกในข้อตกลงกับรัฐบาล¹²

อัฟกานิสถานให้ส่งเงินกำไรออกได้อย่างเสรีโดยให้ส่งในตอนสิ้นรอบปีการบัญชี ส่วนเงินทุนให้ส่งออกได้ภายหลังจากครบกำหนด 5 ปี นับแต่วันอนุมัติโดยให้ส่งออกได้เป็นรายปีปีละไม่เกินร้อยละยี่สิบห้าของเงินทุนต่างประเทศทั้งหมดที่จดทะเบียนไว้ และในกรณีที่มีการควบคุมเงินตราเนื่องจากปัญหาทางดุลย์การชำระเงิน รัฐบาลจะพยายามให้

⁷Kenya Foreign Investment Protection Act, Art. 7 (a) and (b).

⁸Uganda Foreign Investment (Protection) Act, Art. 3 (a) (b). and (c).

⁹Ethiopia Investment Code, Art. 8 (1) and (2).

¹⁰Malagasy : The Investment Code, Art. 8 b 2.

¹¹Libyan law on Investment of Foreign Capital, Art. 7.

¹²Tunisia Investment Code, Art. 16.

กระทบกระเทือนผู้ลงทุนต่างประเทศน้อยที่สุด และไม่ว่าในกรณีใด ๆ ผู้ลงทุนต่างประเทศ จะมีสิทธิเท่าเทียมกับชาวอัฟกานิสถานในส่วนที่เกี่ยวกับเงินตราต่างประเทศ¹³ ศรีลังกา แถลงไว้ในนโยบายในการลงทุนว่าผู้ลงทุนต่างประเทศจะมีสิทธิส่งออกซึ่งเงินกำไร เงินปันผล และเงินที่ได้จากการขายหรือยกเลิกกิจการลงทุนได้อย่างเสรี¹⁴ อินเดียนให้ส่งเงินทุน และกำไรออกได้อย่างเสรีเช่นกัน¹⁵ พิสูจน์เป็นการส่งเงินทุนและกำไรไปยังประเทศ ในกลุ่มเงินปอนด์ (The Sterling Area) จะไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่ส่งไปยังประเทศ อื่นจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีการคลังก่อน¹⁶ ในเกาหลีรัฐบาลให้หลักประกันแก่ผู้ ลงทุนต่างประเทศในการโอนและส่งออกซึ่งเงินทุนกำไรและเงินปันผล¹⁷ อินโดเนเซีย อนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างประเทศส่งออกซึ่งกำไรได้เป็นเงินตราสกุลเดียวกับเงินทุนที่นำ เข้า มา¹⁸ ส่วนเงินทุนยังส่งออกไม่ได้ตราบโศกที่ยังได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีและสิทธิอื่นๆ

¹³Afganistan Investment Law, Art. 5.

¹⁴Ceylon Policy on Private Foreign Investment, International Legal Materials, 5 (1966), p. 591.

¹⁵Negandhi, The Foreign Private Investment Climate in India, (Bombay : Vora & Co. Publishers P.V.T., 1966), p. 85.

¹⁶Australian Department of Oversea Trade, Fiji : an Investment Climate Study, p. 7.

¹⁷Houny Han Kim, "Foreign Investment Laws of Korea" ; in Cameron (ed.), Private Investments and International Transactions in Asian and South Pacific (New York : Mathew Bender, 1974), pp. 156 - 7.

¹⁸Indonesia : Law Concerning Investment of Foreign Capital, Art. 19.

ตามมาตรา 15 อยู่¹⁹ ฟิลิปปินส์ให้ผู้ลงทุนได้รับหลักประกันในสิทธิพื้นฐาน (basic right) และหลักประกันตามรัฐธรรมนูญสิทธิดังกล่าวได้แก่สิทธิของผู้ลงทุน (โดยเฉพาะผู้ลงทุนต่างประเทศ) ในการส่งออกซึ่งเงินทุนและรายได้จากการลงทุนเป็นเงินตราสกุลเดียวกับเงินทุนที่นำเข้ามา ตามอัตราการแลกเปลี่ยนเงินตราในวันที่มีการส่งออก²⁰ ปากีสถานให้การลงทุนที่จัดตั้งขึ้นภายหลังเดือนกันยายน 1954 มีสิทธิส่งออกซึ่งเงินกำไรออกได้ และถ้ากำไรนั้นไปลงทุนอีก เงินกำไรที่นำไปลงทุนนั้นก็อนุโลมให้เหมือนกับเงินทุนต่างประเทศเข้ามา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริม²¹ กฎหมายลงทุนของเวียดนามกำหนดให้ผู้ลงทุนต่างประเทศที่ลงทุนในเวียดนามด้วยเงินทุนต่างประเทศ มีสิทธิส่งเงินกำไรสุทธิออกได้แต่ละปี ส่วนเงินทุนจะอนุญาตให้ส่งออกต่อเมื่อได้เปิดดำเนินการไปแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี โดยให้ส่งออกได้เป็นรายปี ปีละไม่เกินร้อยละยี่สิบของเงินทุนที่นำเข้ามาครั้งแรก²² ไต้หวันให้ส่งออกซึ่งเงินทุนได้ภายหลังจากที่ลงทุนแล้ว 2 ปี โดยให้ส่งออกได้ปีละไม่เกินร้อยละสิบห้าของเงินทุนต่างประเทศที่นำเข้ามา โดยให้ส่งออกเป็นเงินตราสกุลเดียวกับเงินที่นำเข้ามา รวมทั้งสิทธิที่จะส่งออกซึ่งรายได้แต่ละปี²³

¹⁹Ibid, Art. 20.

²⁰Philippines Investment Incentives and Guarantee Act, Sec. 4 (a) and (b).

²¹Investment Promotion Bureau, Investment Opportunities in Pakistan, (Karachi : Investment Promotion Bureau, 1966), p. 85.

²²The New Investment law of Vietnam, Art. 17.

²³Paul S.P. Hsu, "Recent Government Policy and Incentive Measures regarding Foreign Investment in the Republic of Chiha", in Cameron, op. cit., p. 174.



นโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการส่งออกซึ่งเงินทุนและกำไรจากการลงทุน
ของประเทศทางลาตินอเมริกาอนึ่งจะเข้มงวดกว่าประเทศทางเอเชียและแอฟริกา
กล่าวคือ ประเทศทางลาตินอเมริกาอนึ่งจะเข้มงวดและควบคุมการส่งออกซึ่งเงินทุนและกำไร
ของการลงทุนจากต่างประเทศมากขึ้น²⁴ จะเห็นได้จากบางประเทศโดยเฉพาะอย่าง
ยิ่งประเทศในกลุ่ม Andean Common Market²⁵ ได้กำหนดให้การเข้ามาของเงิน
ทุนต่างประเทศทั้งหมดผ่านการอนุมัติจากรัฐบาลก่อนในด้านการส่งออกซึ่งกำไรก็กำหนด
ให้ส่งออกซึ่งกำไรจากการลงทุนได้ในอัตราไม่เกินร้อยละสิบสี่ของเงินทุนต่างประเทศที่
จดทะเบียนไว้²⁶ อย่างไรก็ตามยังมีอีกหลายประเทศในลาตินอเมริกาที่ยังคงมีหลัก
ประกันต่อการส่งออกซึ่งเงินทุนในตนเองเกี่ยวกับประเทศทางเอเชียและแอฟริกาถึงกล่าว
ข้างต้น²⁷

จากที่กล่าวมาอาจสรุปได้ว่าหลักประกันในการโอนและส่งออกซึ่งเงินทุนและ
กำไรนี้มีสองวิธีการกว้าง ๆ คือ ประการแรกได้แก่การยอมให้มีการส่งออกซึ่งเงินกำไร
และทุนได้อย่างเสรี ซึ่งมีไม่กี่ประเทศ ประการที่สองได้แก่การให้หลักประกันในการส่งออก

²⁴Peter Schliesser, "Recent Development in Latin - American Foreign Investment Laws", International Lawyer, 6 (1972) p. 65.

²⁵ ประเทศสมาชิกของ Andean Common Market มี โบลิเวีย, ชิลี, โคลอมเบีย, เอกวาดอร์ และ เปรู (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador & Peru).

²⁶Andean Code on Foreign Capital, Art. 37 (Appears in (1973) Journal of World Trade Law, p. 646).

²⁷ เช่น ประเทศปานามา อาร์เจนตินา บราซิล และ เม็กซิโก.

โดยมีเงื่อนไขบางประการ เงื่อนไขเหล่านี้ได้แก่เงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุมัติจากรัฐ (Subject to Authorization) เงื่อนไขเกี่ยวกับเวลา เงื่อนไขเกี่ยวกับการชำระภาษี และอื่น ๆ²⁸

2.2 การโอนและส่งออกซึ่งเงินทุนและดอกเบี้ย

ในกรณีที่กฎหมายลงทุนได้จัดให้การกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ (Loan) เป็นส่วนหนึ่งของการลงทุนจากต่างประเทศที่พึงจะได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายลงทุน เช่นเดียวกับการลงทุนโดยตรง (Direct Investment)²⁹ กฎหมายลงทุนดังกล่าว มักจะได้อำนาจการให้หลักประกันในการโอนและส่งออกซึ่งเงินตราที่ครอบคลุมไปถึงเงินทุนและดอกเบี้ยจากการกู้ยืมดังกล่าวด้วยดังเช่นแอลจีเรีย ให้หลักประกันในการนำหรือส่งออกซึ่งเงินที่จำต้องใช้คืนตามส่วนของการกู้ยืมระหว่างประเทศ³⁰ เอธิโอเปีย ให้การกู้ยืมเงินต่างประเทศที่ได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีการคลังได้รับการประกันจากธนาคารชาติในการส่งคืนซึ่งเงินทุนและดอกเบี้ยเป็นเงินตราต่างประเทศ³¹ ยูกันดา ให้ผู้ถือบัตรการลงทุนมีสิทธิส่งออกซึ่งดอกเบี้ยจากการกู้ยืมใด ๆ ที่กำหนดไว้ในบัตรได้³² ในนโยบายการลงทุนต่างประเทศของศรีลังกาที่กำหนดให้หลักประกันในการส่งออกซึ่งดอกเบี้ยที่ต้องชำระตามอัตรากู้ยืมระหว่างประเทศได้อย่างเสรี³³ ฟิลิปปินส์ให้หลัก-

²⁸ Henderson, Foreign Investment Laws and Agricultures,
FAO Legislative Series No. 9 Rome (1970), pp. 92 - 101.

²⁹ ดูประเภทของการลงทุน จากหน้า 7 - 9.

³⁰ Algeria Investment Code, Art. 12.

³¹ Ethiopia Investment Code, Art. 8 (3).

³² Uganda Foreign Investment (Protection) Act. Art. 3 (c).

³³ Ceylon Policy on Private Foreign Investment, op. cit.

ประกันในการส่งออกซึ่ง เงินต้นและดอกเบี้ยจากการกู้ยืม หรือตามสัญญาการช่วยเหลือทางเทคนิคได้³⁴

ส่วนใหญ่หลักประกันในการ โอนและส่งออกซึ่ง เงินต้นและดอกเบี้ยในการกู้ยืม มักจะกำหนดไว้ในสัญญาหรือสนธิสัญญา เพื่อการนั้น ๆ ค่าย ซึ่งผู้ให้ยืมจะมีหลักประกันที่แน่นอนจากธนาคารชาติของประเทศผู้ยืม

2.3 การ โอนและส่งออกซึ่งค่าวิชาการ ค่าสิทธิบัตร และค่าเครื่องหมายการค้า

หลักประกันในการ โอนและส่งออกซึ่ง เงินตราในกฎหมายลงทุนของบางประเทศยังคงมุ่งไปถึงการ โอนและส่งออกซึ่งเงินอื่น ๆ อีก เช่น เงินที่ได้จากการขาย หรืออนุญาตให้ใช้วิชาการ (Royalty) สิทธิบัตร (Patent) และเครื่องหมายการค้า (Trade Mark) หรือเงินผูกพันที่จะต้องชำระตามสัญญาว่าด้วยการใช้สิทธิหรือบริการอื่น ๆ จากต่างประเทศ ดังเช่นกฎหมายลงทุนของอัฟกานิสถานให้หลักประกันในการส่งออกซึ่งเงินที่ได้จากการขายหรือให้ใช้สิทธิบัตร (Patent) และเทคโนโลยี (Know-how) ที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการลงทุนว่าสิทธิบัตรหรือเทคโนโลยีนั้นเป็นส่วนหนึ่งที่เป็น และสัมพันธ์กับกิจการลงทุนนั้น³⁵ เกาหลีให้หลักประกันในการส่งออกซึ่งค่าวิชาการ (Royalty) และค่าธรรมเนียมทางเทคนิค (Technical Fees)³⁶ ศรีลังกา³⁷ อนุญาตให้ส่งออกซึ่งค่าวิชาการและค่าธรรมเนียมในทำนองเดียวกับเกาหลี กฎหมายลงทุนเวียดนามอนุญาตให้กิจการลงทุนที่ผลิตภายใต้ใบอนุญาตการใช้เทคนิคจากต่าง-

³⁴Philippines Investment Incentives and Guarantee Act. Sec. 4 (e).

³⁵Afghanistan Investment Law, Art. 6.

³⁶Houng Han Kim, op. cit., p. 157.

³⁷Ceylon Policy on Private Foreign Investment, loc. cit.

ประเทศส่งออกซึ่งค่าธรรมเนียม (License fees) และค่าวิชาการ (Royalties)³⁸
แอลจีเรีย³⁹ ให้หลักประกันในทำนองเดียวกัน

2.4 การโอนและส่งออกซึ่งค่าทดแทนจากการโอนกิจการและทรัพย์สินของ ผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐ

การยอมให้มีการโอนและส่งออกซึ่งค่าทดแทน (Compensation) กลับ
ประเทศของผู้ลงทุนได้เป็นหลักประกันที่จำเป็นและสำคัญยิ่ง เพราะในกรณีที่มีการและ
ทรัพย์สินของผู้ลงทุนถูกโอนไปเป็นของรัฐ หากรัฐกำหนดจ่ายค่าทดแทนเป็นเงินตราของ
รัฐนั้นและไม่ยอมให้มีการแลกเปลี่ยนเป็นเงินตราต่างประเทศหรือไม่ยอมให้มีการส่งออก
ซึ่งค่าทดแทนการจ่ายค่าทดแทนดังกล่าวก็หามีความหมายต่อผู้ลงทุนไม่เพราะในที่สุดผู้
ลงทุนจะอยู่ในฐานะที่สูญเสียหมดทุกอย่าง หรือเท่ากับกิจการหรือทรัพย์สินที่ถูกโอนไปโดย
ไม่มีค่าทดแทน⁴⁰ ดังนั้น ในกฎหมายลงทุนของบางประเทศจึงได้กำหนดถึงหลักประกัน
ในการโอนและส่งออกซึ่งค่าทดแทน (Compensation) ในกรณีที่มีการโอนกิจการหรือ
ทรัพย์สินของผู้ลงทุน (Expropriation or Nationalization) เช่น อินโดเนเซีย
ให้หลักประกันที่ผู้ลงทุนจะส่งออกซึ่งค่าทดแทนในกรณีที่มีการโอนกิจการและทรัพย์สินไป
เป็นของรัฐเป็นเงินตราสกุลเดียวกับเงินทุนที่นำเข้ามา⁴¹

³⁸The New Investment law of Vietnam, Art. 23.

³⁹Algeria Investment Code, Art. 12.

⁴⁰ดู Nwogugu, The Legal Problems of Foreign Investment in
Developing Countries (Manchester : Manchestes University Press,
1965), p. 56 ประกอบ.

⁴¹Indonesian Foreign Capital Investment law, Art. 19, 1 e.

ในบางประเทศหลักประกันในการส่งออกซึ่งค่าทดแทนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่นคีนยา⁴² กำหนดว่า "...บุคคลที่ได้รับค่าทดแทน (Compensation) จากการโอนทรัพย์สินจะไม่ถูกห้ามในการส่งค่าทดแทนดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วนออกนอกประเทศ" ในสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศก็มักจะกำหนดถึงหลักประกันในการโอนและส่งออก ซึ่งค่าทดแทนไว้ด้วยเสมอ

2.5 การโอนและส่งออกซึ่งรายได้ส่วนบุคคล

นอกเหนือจากกำไรและรายได้ของกิจการลงทุนแล้ว รายได้ของบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาทำงานในกิจการลงทุนต่างประเทศยังอาจได้รับหลักประกันที่จะให้โอนและส่งออกตามกฎหมายลงทุนของบางประเทศอีกด้วย หลักการในการให้หลักประกันที่แน่นอนเกี่ยวกับรายได้ของกิจการลงทุน คือ อาจให้ส่งออกโดยง่ายไม่จำกัดหรือให้ส่งออกได้ภายในเงื่อนไขบางประการ เช่น ไลเบียให้พนักงานชาวต่างประเทศที่ผู้ลงทุนนำเข้ามาทำงานในกิจการลงทุนนั้นมีสิทธิที่จะนำหรือส่งออกซึ่งเงินเค็อนหรือค่าจ้างได้ภายในเงื่อนไขที่กำหนด⁴³ อัฟกานิสถานให้บุคคลต่างประเทศในกิจการลงทุนส่งออกซึ่งรายได้ของตนได้ไม่เกินร้อยละเจ็ดสิบของรายได้ทั้งหมดภายหลังจากหักภาษีแล้ว⁴⁴ ศรีลังกาอนุญาตให้ชาวต่างประเทศที่เข้ามาทำงานกับกิจการลงทุนต่างประเทศนำหรือส่งออกซึ่งรายได้สะสมทั้งหมดเมื่อครบกำหนดการว่าจ้างแล้ว⁴⁵

⁴²The Kenya Constitutional law of December, 1963 Art. 19 (4).

⁴³Libyan Law on Investment of Foreign Capital, Art. 6.

⁴⁴Afganistan Investment Law, Art. 9.

⁴⁵Ceylon Policy on Private Foreign Investment op. cit., p. 592.

เงินรายได้และค่าจ้างส่วนบุคคลนี้หากพิจารณาถึงจำนวนที่จะส่งออกอย่างแท้จริงแล้วอาจจะมีจำนวนน้อยซึ่งอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำมากำหนดเป็นหลักประกันสำหรับการลงทุนต่างประเทศเลย ในบางประเทศที่มีฐานะทางการเงินของประเทศที่พออาจไม่จำกัดเกี่ยวกับการส่งออกซึ่งเงินและรายได้ส่วนบุคคลเลยก็ได้ อย่างไรก็ตามหลักประกันเรื่องการส่งออกซึ่งรายได้ส่วนบุคคลนี้แสดงให้เห็นถึงช่องว่างและอุปสรรคในการลงทุนจากต่างประเทศและขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นถึงค่าแห่งการลงทุน (Cost) ที่รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาต้องยอมเสียเพื่อจะได้มาซึ่งการลงทุนจากต่างประเทศ

3. หลักประกันจากการแข่งขันโดยรัฐในกิจการที่ลงทุนประกอบการอยู่

หลักประกันจากการแข่งขันโดยรัฐในกิจการที่ลงทุนประกอบการอยู่จะปรากฏอยู่ในกฎหมายลงทุนของประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (Capitalism) หรือเอกชนนิยม (Laissez - Faire) เศรษฐกิจในระบบนี้จะปล่อยให้กิจการธุรกิจต่าง ๆ ดำเนินการโดยเอกชน (Private sector) รัฐเพียงแต่จะเป็นผู้คอยควบคุมดูแลอยู่ห่าง ๆ ฉะนั้นกิจการลงทุนในประเทศเหล่านี้จึงเป็นการแข่งขันกันระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยตรง รัฐจะไม่สามารถร่วมด้วย ในทางกลับกันกับประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจสังคมนิยม (Socialism) หรือสมดังเช่นประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ดำเนินการอยู่ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเอเชียและแอฟริกา) ก็จะไม่ปรากฏหลักประกันดังกล่าวนี้ ในทางกลับกันจะมีกิจการธุรกิจบางอย่างที่ผูกขาดโดยรัฐบาลหรือจะดำเนินการได้โดยรัฐเท่านั้น เช่น กิจการเกี่ยวกับสาธารณสุขโลก กิจการเกี่ยวกับการสร้างอาวุธ หรือแม้แต่กิจการธุรกิจธรรมชาติ ส่วนเอกชนจะดำเนินการได้ก็เฉพาะในกิจการอย่างอื่นนอกเหนือจากที่สงวนไว้ให้รัฐ โดยเฉพาะเอกชนต่างประเทศก็จะดำเนินการได้เฉพาะในกิจการบางอย่างเท่านั้น ซึ่งรัฐเห็นแล้วว่าเป็นกิจการที่ไม่เกี่ยวกับสาธารณสุขโลก ประโยชน์หรือ-

ความปลอดภัยของรัฐ หรือกิจการที่กระทำได้อีกแล้ว โดยคนในท้องถิ่น⁴⁶

หลักประกันจากการแข่งขันโดยรัฐมีปรากฏอยู่ในกฎหมายลงทุนของหลายประเทศ เช่น เวียดนามให้หลักประกันว่ารัฐจะไม่ทำการแข่งขันกับกิจการของเอกชนที่จัดตั้งขึ้นภายในกฎหมายลงทุนนี้ ยกเว้นในกิจการที่รัฐจัดตั้งขึ้นในเวลาที่กิจการของเอกชนได้รับอนุมัติ⁴⁷ ในกฎหมายลงทุนของฟิลิปปินส์นอกจากให้หลักประกันที่รัฐจะไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนแล้ว รัฐยังให้ความคุ้มครองในกรณีที่รัฐจะไม่อนุญาตให้หน่วยงานของรัฐนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกับที่ผลิตโดยผู้ลงทุนที่ได้รับการจดทะเบียนไว้⁴⁸

4. หลักประกันต่อการโอนหรือยึดกิจการ และทรัพย์สินของผู้ลงทุนเป็นของรัฐ

หลักประกันแก่กิจการ และทรัพย์สินของผู้ลงทุนที่จะไม่ถูกรบกวณโดยการโอนหรือยึดมาเป็นของรัฐ เป็นปัญหาที่ถกเถียงและวิพากวิจารณ์กันเป็นเวลานาน ทั้งในคำนำกฎหมาย

⁴⁶ เช่น ปากีสถาน สงวนกิจการโรงงานทำอาหาร กิจการพลังงานปรมาณู กิจการขนส่ง ทางรถไฟ ทางอากาศ กิจการสื่อสารทางวิทยุโทรทัศน์ (Tele-communication) ไม้เป็นของรัฐ (ดู Investment Promotion Bureau of Pakistan, op. cit., appendix thereafter), ศรีลังกา สงวนกิจการซีเมนต์ ซีรามิก กระจก Mineral Sands โซดาไฟและคลอรีน Plywoods เหล็กป้อนและปิโตรเลียมไม้เป็นของรัฐ (ดู Ceylon Policy on foreign Investment, op. cit. p. 592). และดูตัวอย่างการจำแนกกิจการธุรกิจที่เป็นของรัฐ เอกชน เอกชนต่างประเทศในประเทศต่าง ๆ ใน Henderson, op. cit., pp. 29 - 51.

⁴⁷The New Investment Law of Vistnam, Art. 13, para 1.

⁴⁸Philippines Investment Incentives and Cuarantes Act, Sec 7 (j).

ภายในและกฎหมายระหว่างประเทศทั้งนี้เพราะในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมามีการโอนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐเกิดขึ้นในหลายประเทศ เช่น ในช่วงหลังจากปี 1915 ได้มีการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐโดยรัฐบาลอียิปต์ อินโดเนเซีย กัวเตมาลา และคิวบา⁴⁹ ในปี 1969 การโอนกิจการและทรัพย์สินของบริษัทน้ำมัน (International Petroleum Company) โดยรัฐบาลเปรู การโอนกิจการและทรัพย์สินของบริษัทน้ำมัน (Bolivain Gulf Oil Company) โดยรัฐบาลทหารโบลิเวีย และที่สำคัญยิ่งได้แก่การโอนกิจการและทรัพย์สินของบริษัทเหมืองทองแดงของอเมริกัน (Anaconda, Kennecott) และ Cerro) ในชิลี ในปี 1971⁵⁰

สำหรับสาเหตุในการโอนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนนี้อาจจะเนื่องจากการขัดกันทางผลประโยชน์ระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ลงทุน หรืออาจเพราะนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐที่จะเข้าดำเนินการธุรกิจในด้านสาขาเศรษฐกิจหลักตามแบบประเทศสังคมนิยม⁵¹

การโอนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนดังกล่าว จึงเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญยิ่งของการลงทุนจากต่างประเทศเพราะพฤติกรรมดังกล่าวทำให้เกิดความกลัวและไม่มั่นใจในระหว่างผู้ลงทุนหรือผู้ที่ประสงค์จะลงทุน จากอุปสรรคอันนี้ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้กำหนดหลักประกันจากการโอนหรือยึดกิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนไว้กฎหมายลงทุนและหรือกฎหมายอื่น ๆ

⁴⁹Nwogugu, op. cit., p. 21.

⁵⁰Wesley, "Expropriation Challenge in Latin America : Prospects for Accord on Standards and Procedures", Tulane Law Reveiw 46 (1971), pp. 234, 238 and 240.

⁵¹Amerasinghe, State Responsibility for Injuries to Aliens (Oxford : Clarendon Press, 1967), p. 122.

หลักประกันในกฎหมายลงทุนและหรือกฎหมายอื่น มีข้อบัญญัติสรุปได้ดังนี้

- 1) ได้แก่การให้หลักประกันว่ารัฐจะไม่โอนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนเลย
- 2) อาจให้หลักประกันว่ารัฐจะไม่โอนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินภายในช่วงเวลาหนึ่ง เช่น 20 ปี หรือ 25 ปี
- 3) อาจจะให้หลักประกันว่ารัฐจะโอนหรือยึดกิจการของเอกชนก็ในกรณีพิเศษเท่านั้น เช่น เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) โดยรัฐจะจ่ายค่าทดแทน (compensation) ให้
- 4) รัฐอาจให้หลักประกันว่าไม่ว่ากรณีใด ๆ ที่มีการโอนหรือยึดกิจการของเอกชนเกิดขึ้น เอกชน ใ้รับค่าทดแทนที่ยุติธรรมและเป็นธรรม (fair compensation) เสมอ

สำหรับกฎหมายที่ให้หลักประกันเหล่านี้ได้แก่กฎหมายลงทุน กฎหมายพิเศษอื่น ๆ หรืออาจให้หลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศ

4.1 หลักประกันในทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร มักจะกำหนดถึงสิทธิ และให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไว้เสมอ ดังเช่น รัฐธรรมนูญของบราซิล กำหนดว่า "สิทธิในทรัพย์สินของประชาชนจะไ้รับหลักประกันยกเว้นในกรณีที่เป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยรัฐจะจ่ายค่าทดแทนให้"⁵² รัฐธรรมนูญของเอลซัลวาดอร์ ก็มีหลักประกันในทำนองเดียวกันคือทรัพย์สินของเอกชนจะถูกเวนคืนก็เพื่อประโยชน์สาธารณะ

⁵²Brazilian Constitution of September 1946, Art. 14 (6), in peaslee, Constitution of Nations, (2 ed), Vol. 1., (Netherland Martinus Nijhoff, 1956), p. 208.

ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่น ประเทศทั้งสองข้างต้น⁵⁷

ประเทศในทางเอเชีย เช่น ฟิลิปปินส์ให้หลักประกันว่ารัฐจะไม่โอนกิจการ และทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างประเทศมาเป็นของรัฐ ยกเว้นในกรณีการโอนมาเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ (public use or national welfare) หรือเพื่อการป้องกัน ประเทศ (defence) และในกรณีดังกล่าวผู้ลงทุนจะไ้รับค่าทดแทนเป็นเงินตราต่างประเทศสกุลเดียวกับที่เงินลงทุนที่นำเข้ามา รวมทั้งหลักประกันที่ว่ารัฐจะไม่ยึดทรัพย์สิน ของผู้ลงทุนเป็นอันขาดยกเว้นแต่ในยามสงครามและภายในระยะเวลาอันจำกัดเท่านั้น⁵⁸ อินโดเนเซียให้หลักประกันแก่ผู้ลงทุนที่รัฐจะไม่โอนกิจการ ธุรกิจของผู้ลงทุนต่างประเทศ มาเป็นของรัฐ ทั้งจะไม่จำกัดสิทธิในการดำเนินการหรือจัดการกิจการ ยกเว้นแต่ในกรณี ที่กระทำโดยรัฐบัญญัติของสภา (Act of Parliament) เพื่อผลประโยชน์ของประเทศ เท่านั้น⁵⁹ โดยรัฐจะจ่ายค่าทดแทน (compensation) ให้ตามจำนวนชนิดและวิธีการ ซึ่งจะตกลงกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁶⁰ ทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างประเทศในเกา- หลีจะไ้รับหลักประกันและความคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งถ้าหากมีการโอนหรือควบคุมทรัพย์สิน นั้นโดยรัฐเนื่องจากภาวะฉุกเฉิน (national emergency) หรือเพื่อประโยชน์ สาธารณะ (public purpose) ผู้ลงทุนก็ไ้รับค่าทดแทนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อการนั้น⁶¹

⁵⁷Lubar, "Government Protection of Foreign Investment in East Africa," East African Law Journal, 7 (1971) p. 111,

⁵⁸Philippines Investment Incentives and Guarantee Act, Sec. 4 (d) and (e).

⁵⁹Indonesian Foreign Capital Investment Act, Art. 21.

⁶⁰Ibid, Art. 22.

⁶¹Houng Han Kim. Op. cit., p. 157.

4.3 ค่าแถมหรือนโยบายของรัฐ

ในบางประเทศนโยบายและหลักประกันการลงทุนจากต่างประเทศจะปรากฏอยู่ในคำแถลงและนโยบายของรัฐบาลเป็นคราว ๆ ไป ซึ่งปกติประเทศเหล่านี้จะไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนโดยเฉพาะ ดังเช่น ในคำแถลงเกี่ยวกับการลงทุนของปากีสถานกำหนดว่ารัฐจะไม่โอนกิจการอุตสาหกรรมของผู้ลงทุนต่างประเทศไปเป็นของรัฐ และหากในกรณีที่จำเป็นผู้ลงทุนก็จะได้ค่าทดแทนที่ยุติธรรม (just and fair compensation) เป็นเงินตราต่างประเทศจากการโอนนั้น⁶² ในนโยบายทางการลงทุนของศรีลังกากำหนดว่าทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างประเทศจะไม่ถูกโอนมาเป็นของรัฐ และจะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับทรัพย์สินของชาวลังกา อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) รัฐก็จะจ่ายค่าทดแทนให้อย่างยุติธรรมและเพียงพอ (prompt, effective and adequate compensation)⁶³

การให้หลักประกันในคำแถลงหรือนโยบายนี้ไม่มีสภาพเป็นความผูกพันทางกฎหมาย ใค้มีผู้เสนอให้มีการออกกฎหมายภายในมาเพื่อรับรองคำแถลงหรือนโยบายนั้น ๆ ทั้งนี้เพื่อสร้างความผูกพันทางกฎหมายกับทั้งเป็นแนวทางให้สถาบันทางศาลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องได้⁶⁴

5. การคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เกิดขึ้นใหม่

การคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในที่เกิดขึ้นใหม่ (infant industry)

⁶²Investment Bureau of Pakistan, op. cit., p. 24.

⁶³Ceylon Policy on Private Foreign Investment, op. cit., p. 592.

⁶⁴ Nwogugu, op. cit., p. 55

เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้เพื่อช่วยให้อุตสาหกรรมใหม่ดำเนินการแข่งขัน และต่อสู้กับการผูกตลาดกับคู่แข่งที่มีกำลังเหนือกว่า โดยเฉพาะการแข่งขันจากประเทศอุตสาหกรรม ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ โฝมองเห็นถึงความจำเป็นในการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในที่เกิดขึ้นใหม่ ดังปรากฏในคำแถลงของรัฐมนตรีอุตสาหกรรมของอิรักที่⁶⁵

"การคุ้มครองอุตสาหกรรมเกิดใหม่ (infant industry) เป็นสิ่งจำเป็น เพราะวาทนโยบายการผูกตลาดทางอุตสาหกรรมได้ถูกกำหนดขึ้น เพื่อทำลายอุตสาหกรรมที่เกิดขึ้นใหม่ในประเทศกำลังพัฒนา... และทั้งเพราะว่าอุตสาหกรรมภายในไม่อยู่ในฐานะที่จะแข่งขันกับอุตสาหกรรมจากต่างประเทศซึ่งมีขนาดใหม่และมีประสบการณ์ทางอุตสาหกรรมมาเป็นเวลานาน"

วิธีการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในตามกฎหมายสงวนอำนาจจำแนกออกได้เป็นสองวิธีใหญ่ ๆ คือ

(1) โดยวิธีการควบคุมการนำเข้า (import control) การควบคุมการนำเข้าทั้งนี้อาจทำได้หลายวิธี เช่น การกำหนดจำนวนการนำเข้า (quota) การกำหนดให้มิใบอนุญาตพิเศษ (import license) การห้ามนำเข้าชั่วคราว หรือการห้ามนำเข้าโดยเด็ดขาด

(2) โดยวิธีการทางภาษี (tariff protection) วิธีการทางภาษีนี้ก็อาจทำได้หลายวิธี เช่น เก็บภาษีอากรขาเข้าให้แพงขึ้น การตั้งกำแพงภาษีหรือปรับค่าภาษีอากรให้สูงขึ้นเป็นคราว ๆ ไป หรือโดยวิธีเรียกเก็บภาษีเพิ่มพิเศษในรูปของค่าธรรมเนียมพิเศษ โดยปกติวิธีการคุ้มครองโดยมาตรการทางภาษีเป็นวิธีการที่ใช้กันมากที่สุด เพราะนอกจากจะเป็นการคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เกิดขึ้นใหม่แล้ว ยังเป็นการป้องกันการค้าผูกขาด (monopoly) กระตุ้นให้มีการพัฒนาคุณภาพของผลิตภัณฑ์ภายใน เพื่อสนองความต้องการของ

⁶⁵Jalal Forhang, The Role of Government in Industrialization of Iraq 1950 - 1965 (London : Frank Cass, 1972), p. 102.

ผู้บริโภค และยังเป็น การหารายได้ หารัฐอีกด้วย⁶⁶

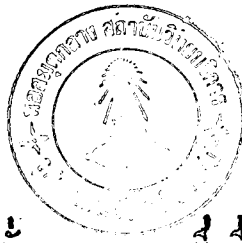
การคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เกิดขึ้นใหม่เป็นวิธีการที่ใหม่ ประโยชน์แก่ผู้ลงทุนภายในประเทศมากกว่าผู้ลงทุนต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะการลงทุนต่างประเทศ (direct investment) ในปัจจุบันเป็นการลงทุนโดยบริษัทหรือกิจการธุรกิจใหญ่ (Multinational Corporations) ซึ่งมีกำลังทางการเงิน ประสบการณ์และเทคโนโลยีสูงอยู่แล้ว การคุ้มครองดังกล่าวจึงไม่จำเป็นและไม่ น่าจะเป็นการจูงใจสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศมากนัก

อย่างไรก็ตามมีประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้กำหนดการคุ้มครองไว้ในกฎหมายลงทุน โดยเฉพาะในกฎหมายทางการลงทุนที่ไม่ได้แยกว่าเป็นกฎหมายลงทุนจากต่างประเทศหรือในท้องถิ่น ฉะนั้นผู้ลงทุนจากต่างประเทศจึงอาจจะได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวเท่าเทียมกับผู้ลงทุนในประเทศ ดังเช่นอินเดียให้บริษัทผู้ลงทุนไม่ว่าจะเป็นบริษัทอินเดียหรือบริษัทต่างประเทศมีสิทธิร้องขอคณะกรรมการพิกัดอัตราภาษี เพื่อขอรับความคุ้มครองทางภาษี (tariff protection) ซึ่งการคุ้มครองทางภาษีดังกล่าวจะอนุมัติให้แก่กิจการอุตสาหกรรมที่สำคัญซึ่งอยู่ในระยะเริ่มแรก⁶⁷ มาเลเซียให้ความคุ้มครองดังกล่าวอาจจะให้ในรูปของการควบคุมการนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์นั้น (quata or licensing) หรือโดยการกำหนดค่าแพ่งภาษี (protective tariff) หรือทั้งสองวิธี⁶⁸ ในกฎหมายลงทุนของฟิลิปปินส์ให้อำนาจประธานาธิบดีตามคำแนะนำของ -

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Asian African Legal Consultative Committee, Foreign Investment Laws and Regulations of Member Countries (New Delhi, 1965), p. 48.

⁶⁸ Federal Industrial Development Authority, Malaysia : A basic Guidebook for Potential Investors (Kuala Lumpur, 1973), p. 96.



คณะกรรมการลงทุนประกาศให้นำเข้าชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งซึ่งผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่เป็นการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมและไม่จำเป็นกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่ผลิตได้โดยผู้ลงทุนที่จดทะเบียนไว้กับคณะกรรมการ โดยผู้ลงทุนนั้นต้องให้คำรับรองว่าจะไม่ขึ้นราคาผลิตภัณฑ์หรือสินค้านั้นยกเว้นแต่คณะกรรมการจะได้อนุญาต⁶⁹

โบฮีเวียให้การคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในโดยการปรับอัตราภาษีอากรขาเข้า (revision of customs duties) เป็นคราว ๆ ไปตามคำร้องขอของผู้ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้โดยคณะกรรมการจะได้อภิปรายถึงสภาพของภูมิภาคเทคนิคและราคาของผลิตภัณฑ์และต้นทุนของการผลิตประกอบ และให้การคุ้มครองเป็นราย ๆ ไป⁷⁰ เอกวาดอร์ ให้อภิปรายอุตสาหกรรมภายในตามกฎหมายลงทุนที่อาจได้รับความเสียหายจากการทุ่มตลาด (dumping) หรือการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรมในรูปอื่น ๆ ยื่นคำขอให้มีการเปลี่ยนแปลงรายการและอัตราภาษี รวมทั้งการขอให้มีข้อจำกัดหรือห้ามนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์หรือสินค้านั้นได้⁷¹

6. สรุปและวิจารณ์

หลักประกันและการคุ้มครองการลงทุนเป็นวิธีการที่จำเป็นและสำคัญยิ่งประการหนึ่งในการชักจูงการลงทุนต่างประเทศ เพราะความปลอดภัยในกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนตลอดจนโอกาสในการแสวงหากำไรกลับประเทศเป็นปัจจัยสำคัญยิ่งในการตัดสินใจของผู้ลงทุนต่างประเทศในการที่จะตัดสินใจว่าจะลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่ง

⁶⁹Philippines Investments and Guarantee Act, Sec. 7 (1).

⁷⁰Foreign Investment Law (Law No. 10045 of 1971), Art 21 and 22.

⁷¹Ecuador Law on Industrial Development, Art. 4.

เท่าที่ได้สำรวจถึงหลักประกันและการคุ้มครองการลงทุนต่างประเทศในกฎหมายภายในของประเทศกำลังพัฒนาแล้วอาจสรุปได้ดังนี้

หลักประกันในการโอนและส่งออกซึ่งเงินตรา ซึ่งเป็นหลักประกันพื้นฐานที่จะให้ความแน่นอนในการถอนทุนและกำไรจากการลงทุนกับประเทศใด เงินที่ได้รับหลักประกันที่จะให้ส่งออกได้แก่ เงินทุนและกำไร เงินต้นและดอกเบี้ยในกรณีเป็นการกู้ยืมระหว่างประเทศ ค่าวิชาการ ค่าสิทธิบัตร และค่าเครื่องหมายการค้า ค่าทดแทนในกรณีที่มีการโอนหรือยึดกิจการ ไปเป็นของรัฐ และรายได้ส่วนบุคคล การให้หลักประกันในการส่งออกส่งเงินดังกล่าวข้างต้นก็มีหลักการคล้าย ๆ กัน คืออาจให้ส่งออกได้โดยเสรีหรือให้ส่งออกได้ภายในเงื่อนไขบางประการ เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลา เงื่อนไขเกี่ยวกับจำนวนที่จะให้ส่งออกได้แต่ละปี เงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุมัติจากรัฐ และเงื่อนไขอื่น ๆ อีก

หลักประกันจากการแข่งขันโดยรัฐบาลในกิจการที่ผู้ลงทุนดำเนินการอยู่ หลักประกันนี้ส่วนมากปรากฏอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมซึ่งจะปล่อยให้กิจการธุรกิจต่าง ๆ แข่งขันกันเองในหมู่เอกชน ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมหรือแบบผสมมักจะไม่ปรากฏหลักประกันดังกล่าวนี้ แต่กลับกันจะมีกิจการบางกิจการสงวนไว้หรือผูกขาดเพื่อจะดำเนินการ ได้โดยรัฐ เท่านั้น

หลักประกันต่อการการโอนหรือยึดกิจการ และทรัพย์สินของผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐ เป็นหลักประกันที่สำคัญมาก เพราะผู้ลงทุนส่วนมากมักจะกลัวว่ากิจการและทรัพย์สินของตนอาจถูกโอนหรือยึดไปเป็นของรัฐโดยไม่มีค่าทดแทน ในกฎหมายลงทุนหลายประเทศได้บัญญัติถึงหลักประกันนี้โดยให้หลักประกันที่ว่า จะไม่มีการโอนหรือยึดกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐเลย หรืออาจจะให้หลักประกันว่าจะมีการโอนกิจการและทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ เฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้น เช่น เพื่อประโยชน์สาธารณะและรัฐจะจ่ายค่าทดแทนที่ยุติธรรมให้เสมอ หรืออาจจะให้หลักประกันว่ารัฐจะไม่โอนหรือยึดกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งหลักประกันดังกล่าวนี้อาจจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนหรือค่าแลกเปลี่ยนหรือนโยบายของรัฐบาล

การคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในที่เกิดขึ้นใหม่ก็เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายที่จะช่วยให้อุตสาหกรรมภายในประเทศกว้างและแข่งขันกับอุตสาหกรรมต่างประเทศได้ ผู้ลงทุนต่างประเทศในกิจการอุตสาหกรรมก็ได้รับการคุ้มครองนี้ด้วย เพราะกฎหมายลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ไม่ได้แบ่งว่าการคุ้มครองใดสำหรับผู้ลงทุนภายในหรือต่างประเทศ การคุ้มครองอุตสาหกรรมเกิดขึ้นใหม่มีสองวิธีการใหญ่ ๆ โดยการควบคุมการนำเข้า (import control) ซึ่งอาจดำเนินการได้หลายวิธี เช่นการกำหนดจำนวนการนำเข้า (quota) การห้ามนำเข้าชั่วคราวหรือถาวร การกำหนดค่าใหม่ใบอนุญาตเป็นพิเศษ และโดยการคุ้มครองทางภาษี (tariff protection) ซึ่งได้แก่การตั้งกำแพงภาษี การปรับอัตราภาษีเป็นครั้งคราว การเรียกเก็บภาษีอากรขาเข้าเป็นพิเศษสำหรับสินค้าหรือผลิตภัณฑ์บางอย่างที่มีการผลิตโดยผู้ลงทุนที่ร้องขอความคุ้มครอง

หลักประกันและการคุ้มครองแก่การลงทุนต่างประเทศ ตามที่กล่าวมาข้างต้นปรากฏอยู่ในกฎหมายลงทุนของประเทศพัฒนาต่าง ๆ เกือบทุกประเทศ ปัญหาหลักประกันและการคุ้มครองเหล่านี้มีส่วนในการชักจูงการลงทุนใดจริงหรือไม่ สร้างความเชื่อดีใจให้แก่ผู้ประสงค์จะลงทุนและผู้ลงทุนแค่นั้นอย่างไร มีผลทางกฎหมายอย่างไรแค่ไหน เป็นปัญหาที่จะกล่าวและวิเคราะห์ถึงในที่นี้

ในแง่ว่าหลักประกันและการคุ้มครองนี้จะมีส่วนในการชักจูงการลงทุนหรือไม่ คำตอบน่าจะเป็นไปในทางบวก เพราะการที่รัฐมีกฎหมายซึ่งบังคับหลักประกัน และการคุ้มครองดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ลงทุนได้ทราบถึงเจตนารมณ์ของรัฐ นโยบายและทัศนคติของรัฐต่อการลงทุนซึ่งจะช่วยในการตัดสินใจของผู้ประสงค์จะลงทุน

ส่วนว่าหลักประกันและการคุ้มครองดังกล่าวจะเป็นที่น่าเชื่อถือแก่ผู้ลงทุนแค่นั้นอย่างไร เป็นปัญหาที่ตอบได้ยาก เพราะสภาพบังคับค่าแลกเปลี่ยนหรือกฎหมายภายในที่แสดงออกมาเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย เพราะรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอิสระในการแถลงนโยบาย ออกกฎหมาย ตลอดจนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนโยบาย กฎหมายนั้น ๆ ฉะนั้นการที่หลักประกันและการคุ้มครองในหลักกฎหมายภายในจะเป็นที่น่าเชื่อถือแก่ผู้ลงทุนแค่นั้นขึ้นอยู่กับ

พฤติกรรม เสถียรภาพ และความน่าเชื่อถือของรัฐบาลและประเทศแต่ละประเทศเป็นการเฉพาะทั่วไป

ในปัญหาที่ว่าหลักประกันและการคุ้มครององค์การจะมีผลทางกฎหมายแค่ไหน อย่างไรก็ตาม คำตอบจากนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าผู้ลงทุนต่างประเทศไม่ควรจะยึดถือและเชื่อมั่นอยู่กับหลักองค์การมากนัก ทั้งนี้เพราะว่ารัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการออกและเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายภายในของตน เช่น กฎหมายลงทุนรัฐจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขเสียเมื่อไรก็ได้ รัฐจะไม่ถูกบังคับให้รับผิดชอบต่อผู้ลงทุนต่างประเทศ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายลงทุน⁷²

ในกรณีที่ไม่มี การเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ให้หลักประกัน และรัฐได้ละเมิดหลักประกันที่ให้ไว้ในกฎหมายนั้น เช่น การเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของเอกชน ปัญหาว่าผู้ลงทุนต่างประเทศจะมีทางเยียวยาหรือบังคับทางกฎหมายอย่างไรหรือไม่ คำตอบก็ยังมีปัญหาอยู่ ประการแรกคือหลักประกันตามกฎหมายลงทุนต่าง ๆ เป็นเพียงคำแถลงหรือคำรับรองของรัฐเพียงฝ่ายเดียว ในกฎหมายดังกล่าวหาได้มีบทเยียวยาไว้ในกรณีที่รัฐละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามหลักประกันที่ให้ไว้⁷³ หรือแม้แต่มติหมายดังกล่าวอาจจะกำหนดวิธีการเยียวยาไว้และเมื่อผู้ลงทุนต่างประเทศนำคดีขึ้นสู่ศาล รัฐก็อาจอ้างเอกสิทธิแห่งรัฐตามหลักของรัฐอธิปไตย (the principle of Sovereign Immunity) ซึ่งจะมีผลทำให้ศาลไม่สามารถดำเนินและบังคับคดีเอาแก่รัฐได้ ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าหลักประกันตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายลงทุน หามีค่าต่อผู้ลงทุนมากนัก เพราะปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวข้างตน

⁷² Delupis, Finance and Protection of Investment in Developing Countries, (Essex: Gower Press, 1973), p.27.

ในค่านความคุ้มครองอุตสาหกรรมที่เกิดขึ้นใหม่ไม่มีปัญหามากนักเพราะกฎหมาย
ลงทุนส่วนใหญ่ กำหนดให้เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลยพินิจของฝ่ายบริหารที่จะให้ความคุ้มครอง
แก่อุตสาหกรรมใด เพียงไร แค่นั้น และอย่างไร



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย