

การตีความและการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในคดีเกี่ยวกับการ  
ลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2564  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Interpretation and Application of an Investor's Legitimate Expectations in  
Renewable Energy Investment Cases



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
FACULTY OF LAW  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2021  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การตีความและการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอัน ชอบธรรมของนักลงทุนในคดีเกี่ยวกับการลงทุนด้าน พลังงานหมุนเวียน
โดย	น.ส.พัทธ์ธีรา ทองลีนจี่
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.นาถนิรันดร์ จันทร์งาม)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

..... กรรมการ  
(ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ)

พัทธ์ธีรา ทองลั่นจี : การตีความและการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน  
ในคดีเกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน. ( The Interpretation and Application of an  
Investor's Legitimate Expectations in Renewable Energy Investment Cases) อ.ที่ปรึกษา  
หลัก : ผศ. ดร.โชติกา วิทยาวรากุล

การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมถือเป็นข้อบทสำคัญที่มักจะปรากฏในความตกลงระหว่าง  
ประเทศว่าด้วยการลงทุน และเป็นที่ยอมรับกันว่าภายใต้ข้อบทดังกล่าวรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การคุ้มครอง  
ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐภาคี อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ มีปัญหาในการ  
ตีความและการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุน  
ด้านพลังงานหมุนเวียน ในประเด็นของความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนกับการใช้สิทธิใน  
การกำกับดูแลของรัฐ เนื่องจากการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนรัฐมักจะมีกฎหมายส่งเสริมการลงทุนใน  
กิจการดังกล่าว โดยให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง นักลงทุนจึงมีความคาดหวังในความมั่นคง  
ของกฎหมายและผลตอบแทนจากการลงทุน ในขณะเดียวกันรัฐมีสิทธิการกำกับดูแลและออกกฎหมายเพื่อให้  
สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป คณะอนุญาโตตุลาการที่จึงมีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์และ  
องค์ประกอบของการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ตลอดจนการสร้างสมดุล  
ระหว่างการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนกับสิทธิในการกำกับดูแล

ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงาน  
หมุนเวียนเพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตีความและการปรับใช้การคุ้มครองความ  
คาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน จากการศึกษา ผู้วิจัยพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ทำให้หลักเกณฑ์ในการ  
คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีความชัดเจนมากขึ้นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนัก  
ลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายจะได้รับความคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายอย่างสิ้นเชิง  
หรือทำลายผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน แม้ว่าการเปลี่ยนแปลงจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ  
เว้นแต่ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน นักลงทุนอาจคาดหวังได้ว่า  
กฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง แต่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการยังคงไม่ลงรอยกันในประเด็นที่ว่ากร  
แสดงออกในรูปแบบกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ถือเป็นแสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงของรัฐผู้รับการลงทุน  
หรือไม่

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2564

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6280147634 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Legitimate Expectations, Renewable Energy Investment, International Investment, Fair and Equitable Treatment

Patthera Thonglinchee : The Interpretation and Application of an Investor's Legitimate Expectations in Renewable Energy Investment Cases. Advisor: Asst. Prof. CHOTIKA WITTAYAWARAKUL, Ph.D.

Fair and equitable treatment is the one of the main provisions in international investment agreements which requires states to protect legitimate expectation of investors from another contracting state. However, in practice, there are problem in the interpretation and application of the investor's legitimate expectation, especially in the renewable energy investment cases. The problems concern a balance between protection of investment or investor and the host state's right to regulate. As many host states have introduced incentives which are specifically provided for investors in the renewable energy investment. Thus, investors may claim that they have expectation in the stability of the regulatory regime and its return. However, the host state has the right to regulate and adapt regulations to changing circumstances. Arbitral tribunals, therefore, could play a crucial role in clarifying criteria and elements of protection of investor's legitimate expectations.

This thesis studies the arbitral awards in renewable energy investment in order to ascertain how arbitral tribunals interpret and apply the investor's legitimate expectations. It concludes that the arbitral tribunals have clarified the investor's legitimate expectations based on a regulatory framework may be protected in case of drastic regulatory changes, or regulatory changes that demolish the reasonable return of investors, even though those changes are for public interest. Otherwise, investors may expect the stability of regulatory regime if the host state provided specific commitments to investors. However, the arbitral awards remain unclear on the issue whether legislation can be regarded as a specific commitment.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2021

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดขึ้นและสำเร็จได้ด้วยความอนุเคราะห์และความเมตตาจากคณาจารย์ทุกท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล ที่ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน แม้ว่าในช่วงเวลาที่ผ่านมามีอุปสรรคจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อโควิด - 19 จนนำไปสู่การศึกษารูปแบบออนไลน์ ทำให้ภาระของคณาจารย์เพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตาม ท่านอาจารย์ยังคงให้ความรู้ คำแนะนำ ชี้แนะมุมมองและแนวคิดอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนเสมอมา พร้อมทั้งคอยสนับสนุน ให้คำปรึกษา และสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้เขียนมาโดยตลอดจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. นาถนรินทร์ จันทรงาม ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงอาจารย์ ดร. ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ ที่สละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ คณาจารย์ทุกท่านได้ให้ความรู้ แนวคิด และคำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียนเพื่อนำไปใช้ปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้ดียิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณเพื่อน ๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศที่ช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ และเป็นกำลังใจให้กันและกันเสมอมา รวมถึงผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงานที่เข้าใจและให้โอกาสด้านเวลาแก่ผู้เขียนในการศึกษาระดับปริญญาโท

สุดท้ายนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงไม่ได้หากไม่ได้รับการสนับสนุนและกำลังใจจากคุณพ่ออนันต์ ทองลั่นจี คุณแม่ศุภนาถ ทองลั่นจี นางสาวพัทธนันท์ ทองลั่นจี และนางสาวพัทธมน ทองลั่นจี น้องสาวผู้เป็นที่รักของผู้เขียนทั้งสองท่าน รวมถึงนายวิศิษฐ์ สร้อยสนธิ์ ที่คอยอยู่เคียงข้าง ห่วงใย และสร้างความเชื่อมั่นให้ผู้เขียนมีกำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์เสมอมา

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดประโยชน์แก่ผู้อ่านทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์เป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน ผู้เขียนขอขอบคุณคุณค่านั้นแก่บุคคลทุกท่านที่ผู้เขียนได้กล่าวมาทั้งหมด แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องประการใด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

พัทธ์ธีรา ทองลั่นจี

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	8
1.3. สมมติฐาน.....	8
1.4. ขอบเขตของการวิจัย.....	8
1.5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
บทที่ 2 การลงทุนระหว่างประเทศด้านพลังงานหมุนเวียนและกรอบทางกฎหมายของการลงทุน ...	10
2.1. ลักษณะของการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน.....	11
2.2. กรอบทางกฎหมายของการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน.....	16
2.2.1. กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน.....	16
2.2.1.1. กฎหมายที่ควบคุมการลงทุน.....	17
2.2.1.2. กฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุน.....	19
2.2.2. สัญญาการลงทุน.....	25
2.2.2.1. รูปแบบของสัญญาระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน.....	25
2.2.2.2. การกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญาการลงทุน.....	26
2.2.3. กฎหมายระหว่างประเทศ.....	36

2.2.3.1. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (international investment agreements) .....	36
2.2.3.2. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) .....	42
2.2.3.3. หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) .....	45
2.2.3.4. คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ (judicial decisions) .....	46
2.2.3.5. คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ .....	49
2.2.3.6. คำแถลงฝ่ายเดียว (unilateral statements) .....	50
2.2.3.7. กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (soft law) .....	52
บทที่ 3 การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	56
3.1. ความเป็นมา แนวคิด และวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน .....	57
3.1.1. การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม .....	57
3.1.2. ที่มาของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	69
3.1.3. รากฐานของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน .....	74
3.1.3.1. หลักสุจริต (good faith) .....	74
3.1.3.2. หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) .....	76
3.1.3.3. ทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of states) .....	77
3.1.3.4. ทฤษฎีความไว้วางใจ (reliance) .....	78
3.1.4. วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน .....	79
3.2. ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนกับข้อบัพอื่นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน .....	81
3.2.1. ข้อบัพว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation treatment) .....	81



3.2.2. ข้อบทว่าด้วยการเวนคืน (expropriation).....	86
3.2.3. ข้อบทว่าด้วยการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security)90	
3.3. ปัญหาในการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน.....	93
3.3.1. ความไม่ชัดเจนของเนื้อหาและองค์ประกอบของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน95	
3.3.1.1. การกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม .....	98
3.3.1.2. ลักษณะและเหตุผลของการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน .....	99
3.3.1.3. การกระทำของนักลงทุนที่ทำให้ความคาดหวังเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรม	100
3.3.2. ความสัมพันธ์ระหว่างข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) กับการ	
คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม.....	101
3.3.3. การรักษาสมดุลระหว่างอำนาจในการกำกับดูแล (right to regulate) ของรัฐกับความ	
คาดหวังของนักลงทุน.....	102
บทที่ 4 แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนัก	
ลงทุนในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน.....	107
4.1. ข้อพิพาทและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบ	
ธรรมของนักลงทุน.....	108
4.1.1. ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศสเปน .....	109
4.1.1.1. กรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	109
4.1.1.2. คดีที่เกี่ยวข้อง.....	116
4.1.2. ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับสาธารณรัฐเช็ก.....	138
4.1.2.1. กรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	138
4.1.2.1. คดีที่เกี่ยวข้อง.....	141
4.1.3. ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศอิตาลี .....	148
4.1.3.1. กรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	148
4.1.3.2. คดีที่เกี่ยวข้อง.....	150

4.2. การพิจารณาเนื้อหาและองค์ประกอบของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน	159
4.2.1. การกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน	160
4.2.1.1. กรอบทางกฎหมาย (regulatory framework)	160
4.2.1.2. การแสดงออกฝ่ายเดียว (unilateral representation) ของรัฐผู้รับการลงทุน	165
4.2.1.3. การจัดทำสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน	166
4.2.2. ลักษณะและเหตุผลของการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน	167
4.2.3. การกระทำของนักลงทุน	169
4.3. การพิจารณาความสมดุลระหว่างความคาดหวังของนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน	171
4.4. นัยสำคัญของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่อการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน	174
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	191
5.1. บทสรุป	191
5.2. ข้อเสนอแนะ	197
บรรณานุกรม	204
ประวัติผู้เขียน	212

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

พลังงานเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญของการดำรงชีวิตและการพัฒนาทางเศรษฐกิจของทุกประเทศ ซึ่งในปัจจุบันพลังงานหมุนเวียน (renewable energy) ได้รับความสำคัญจากนานาประเทศ เนื่องจากทั่วโลกได้หันมาให้ความสำคัญกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากขึ้น เห็นได้จากการที่ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยได้เข้าร่วมในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change : UNFCCC) ซึ่งเป็นเวทีการเจรจาระหว่างประเทศในระดับพหุภาคีที่ประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้เข้าร่วมหารือเพื่อกำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาและลดผลกระทบที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และได้ให้สัตยาบันในพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol 1997) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มีผูกพันการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้อยู่ในระดับที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา เพื่อรักษาความหนาแน่นของก๊าซเรือนกระจกในบรรยากาศให้คงที่ในระดับที่ปลอดภัยและเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน<sup>1</sup> ในปี 2559 ที่ประชุมรัฐภาคีอนุสัญญา UNFCCC ได้จัดทำข้อตกลงปารีส (Paris Agreement 2016) เพื่อแก้ไขปัญหาก๊าซเรือนกระจกและส่งเสริมพลังงานสะอาดเพื่อทดแทนเชื้อเพลิงจากฟอสซิลในระยะยาว นอกจากนี้ที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติก็ได้ลงมติยอมรับวาระเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน 2030 (2030 Agenda for Sustainable Development)<sup>2</sup> พร้อมกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน 17 ประการ (17 Sustainable Development Goals) ยิ่งไปกว่านั้น ความต้องการในการใช้พลังงานที่เพิ่มมากขึ้นซึ่งสวนทางกับปริมาณแหล่งพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิมหรือพลังงานที่ใช้แล้วหมดไป (non-renewable energy) ที่มีอยู่อย่างจำกัด เช่น น้ำมัน ถ่านหิน ก๊าซธรรมชาติ ปิโตรเลียม หินน้ำมัน และทรายน้ำมัน เป็นต้น และราคาพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิมก็มี

---

<sup>1</sup> Diego Zannoni, "The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty," *Leiden Journal of International Law* 33, no. 2 (2020): 451

<sup>2</sup> United Nations, General Assembly, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, adopted on 25 September 2015 (United Nations: 21 October 2015).

แนวโน้มนำสูง<sup>3</sup> พลังงานหมุนเวียนจึงเป็นพลังงานทางเลือกที่นำมาใช้ทดแทนพลังงานเชื้อเพลิง  
ดั้งเดิม<sup>4</sup> ส่งผลให้การลงทุนระหว่างประเทศในกิจการด้านพลังงานหมุนเวียนขยายตัวมากขึ้น

ด้วยเหตุดังกล่าว ส่งผลให้หลายประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศที่  
พัฒนาแล้วส่งเสริมให้เกิดการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนจากนักลงทุนต่างชาติ<sup>5</sup> เนื่องจากนักลงทุน  
ต่างชาติดึงศักยภาพทางด้านการเงิน ด้านเทคโนโลยี และการจัดการ นอกจากนี้ การลงทุนจาก  
ต่างประเทศยังเป็นปัจจัยที่สำคัญและช่วยส่งเสริมการลงทุนในประเทศ เพิ่มขีดความสามารถในการ  
แข่งขันของประเทศ เพิ่มศักยภาพการผลิตในระยะยาว ช่วยส่งเสริมให้เกิดการจ้างแรงงาน และทำให้  
เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากนักลงทุนต่างชาติสู่ประเทศผู้รับการลงทุนด้วย รวมถึงยัง  
สามารถถ่ายโอนความเสี่ยงให้ภาคเอกชนซึ่งมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการความเสี่ยงได้มากกว่า  
ภาครัฐ<sup>6</sup> ทั้งนี้ การส่งเสริมให้มีการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนจากต่างประเทศ รัฐอาจดำเนินการได้  
ผ่านกรอบทางกฎหมายและมาตรการที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่าง  
เฉพาะเจาะจง เช่น การสนับสนุนงบประมาณให้กับการลงทุนในด้านพลังงานหมุนเวียน การรับซื้อ  
ไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานหมุนเวียน การรับประกันผลตอบแทนในอัตราสูงแก่ผู้ประกอบการ  
พลังงานหมุนเวียน<sup>7</sup> เป็นต้น ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติมีความคาดหวังจากกรอบทางกฎหมายและ  
มาตรการส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่ออกโดยรัฐผู้รับการลงทุนว่าจะได้รับ  
ผลตอบแทนจากการลงทุนตามที่คาดการณ์ไว้<sup>8</sup> ซึ่งแตกต่างจากการลงทุนในกิจการพลังงานเชื้อเพลิง  
ดั้งเดิมที่ต้องมีการสำรวจและพัฒนาแหล่งพลังงาน และรัฐมักจะไม่ได้มีการกำหนดกรอบทาง

<sup>3</sup> Markus Krajewski, "The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation," in *European Yearbook of International Economic Law 2012*, ed. Christoph Herrmann and Jörg Philipp Terhechte (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012), 347

<sup>4</sup> การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, พลังงานหมุนเวียน [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก <https://www.egat.co.th/home/renewables/> (เข้าถึงเมื่อ 6 ตุลาคม 2564)

<sup>5</sup> Jack Biggs, "The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 36, no. 1 (2021): 99

<sup>6</sup> ดวงรัตน์ ประจักษ์ศิลป์ไทย, "การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment : FDI) ในประเทศไทย," *Academic Focus* (2557): 4

<sup>7</sup> ธนาคารกรุงเทพ, 7 แนวทางในการลงทุนในธุรกิจพลังงานทดแทน [ออนไลน์], 25 ธันวาคม 2563. เข้าถึงได้จาก <https://www.bangkokbanksme.com/en/investment-guidelines-renewable-energy-business> (เข้าถึงเมื่อ 6 ตุลาคม 2564)

<sup>8</sup> Diego Zannoni, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty*, 452.

กฎหมายและมาตรการส่งเสริมการลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง แต่เป็นการลงทุนผ่านการจัดทำสัญญาการลงทุน (investment contracts) ระหว่างนักลงทุนกับรัฐ เช่น สัญญาสัมปทาน โดยให้ความสำคัญคุ้มครองและรับประกันแก่นักลงทุนต่างชาตินอกเหนือจากที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และมักจะกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) เพื่อสร้างเสถียรภาพ (stability) ให้แก่การลงทุน<sup>9</sup> เพื่อป้องกันไม่ให้นักลงทุนได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับการลงทุนในขณะที่ทำสัญญา และเพื่อสร้างความเชื่อมั่นด้านความมั่นคงในการลงทุนให้นักลงทุน<sup>10</sup> ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกิจการพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิมที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปจึงอาจไม่ได้รับการคุ้มครอง<sup>11</sup>

นอกจากนี้ การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเป็นกิจการที่อ่อนไหวต่อการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายและปัจจัยแวดล้อมในการลงทุน เนื่องจากนักลงทุนได้ทำการลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนในเป็นสำคัญ<sup>12</sup> นักลงทุนต่างชาติจึงให้ความสำคัญต่อการกำกับดูแลที่มั่นคงและโปร่งใสของรัฐผู้รับการลงทุน และเงื่อนไขทางการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนตลอดระยะเวลาในการลงทุน<sup>13</sup> เพราะหากรัฐผู้รับการลงทุนมีการประกาศใช้ เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือนโยบายก็อาจทำให้กระทบต่อการลงทุนได้ แม้ว่าการประกาศใช้ เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขเพิ่มเติมนโยบายดังกล่าวจะดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐก็ตาม ทั้งนี้ เมื่อนักลงทุนเข้ามาลงทุนในรัฐแล้วนักลงทุนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน (host states) โดยรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์เหนือดินแดนของตนอาจทำการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมนโยบายหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ

<sup>9</sup> Elizabeth Whitsitt and Nigel Bankes, "The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector," *Alberta Law Review* 51 (2013): 210-211.

<sup>10</sup> นาดินร์ จันทรังม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 380.

<sup>11</sup> See *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 261; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 122.

<sup>12</sup> International Energy Agency, **Renewables** [online]. From <https://www.iea.org/fuels-and-technologies/renewables> (accessed on 12 August 2022)

<sup>13</sup> World Energy Council, "WEC Rules of Trade 2009: Trade and Investment Rules for Energy," 2009, p. 17.

ลงทุนได้ อย่างไรก็ดี เมื่อรัฐประสบปัญหา เช่น เกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจ เกิดการขาดดุลภาษี หรือประสบปัญหาเกี่ยวกับเสถียรภาพของราคาพลังงานในประเทศ เช่น ที่เกิดกับประเทศสเปน สาธารณรัฐเช็ก และอิตาลี ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงมาตรการหรือนโยบายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่ประกาศใช้ขณะทำการลงทุนเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว<sup>14</sup> ซึ่งส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนที่ทำการลงทุนโดยอาศัยมาตรการที่บังคับใช้อยู่ก่อนนั้น นักลงทุนจึงต้องการเรียกร้องการคุ้มครองหรือเยียวยาความเสียหายจากการเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนตามที่กำหนดอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (international investment agreements) ที่รัฐของตน (home state) กับรัฐผู้รับการลงทุนเข้าร่วมเป็นภาคี โดยอาจอยู่ในรูปแบบของความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (bilateral investment treaties - BITs) หรือความตกลงพหุภาคี (multilateral treaties) หรือความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีขอบข่ายว่าด้วยการลงทุน (free trade area agreements – FTAs) ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศและเพื่อคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยกำหนดการปฏิบัติที่เหมาะสมต่อนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้ นักลงทุนต่างชาติเกิดความมั่นใจในกฎหมายและการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุน จากเหตุการณ์ดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหว่านักลงทุนต่างชาติจะได้รับการเยียวยาทางกฎหมายในความเสียหายที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ไม่สามารถคาดหมายได้ของรัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่อย่างไร<sup>15</sup>

ข้อบทเกี่ยวกับมาตรฐานที่รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มักจะถูกยกขึ้นเป็นข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุนและเป็นข้อบทที่นักลงทุนประสบความสำเร็จในการเรียกร้องมากที่สุด ได้แก่ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment)<sup>16</sup> ด้วยเหตุที่ถ้อยคำของข้อบทนี้มักจะไม่ได้กำหนดความหมายอย่างชัดเจน เปิดโอกาสให้มีการตีความให้มีผลเป็นการคุ้มครองนักลงทุนได้อย่าง

<sup>14</sup> Michał Krzykowski, Michał Mariański, and Jakub Zięty, "Principle of Reasonable and Legitimate Expectations in International Law as a Premise for Investments in the Energy Sector," *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 21, no. 1 (2021): 79

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>16</sup> UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II* (2012): 1.

กว้างขวางมาก<sup>17</sup> และความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักจะไม่ได้ให้แนวทางในการตีความและปรับใช้ข้อบทดังกล่าวไว้ ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนปรับใช้ข้อบทดังกล่าวกับการกระทำของรัฐอย่างกว้างขวาง<sup>18</sup> ซึ่งเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันว่าหากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้กำหนดเงื่อนไขอย่างชัดเจน การปฏิบัติตามมาตรฐานดังกล่าวรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การคุ้มครองความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของนักลงทุน (legitimate expectations) ด้วย<sup>19</sup> โดยการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองนักลงทุนจากการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์และกฎหมายที่กระทบต่อการลงทุนอันเป็นหลักประกันความมั่นคงของการลงทุน นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนจึงมักจะอ้างการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกร้องให้รัฐผู้รับการลงทุนเยียวยาความเสียหายจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งกระทบต่อการลงทุน<sup>20</sup> ในขณะที่การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งมาจากการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นยังคงขาดความชัดเจน ทำให้เกิดประเด็นปัญหาในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยเฉพาะในประเด็นของเนื้อหาและองค์ประกอบของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการให้มุมมองในการตีความและปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนแตกต่างกัน เช่น ในคดี *Tecmed v. Mexico* อนุญาโตตุลาการระบุว่ารัฐมีหน้าที่ให้การปฏิบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศในทางที่ไม่กระทบต่อความคาดหวังพื้นฐาน (basic expectations) ที่นักลงทุนต่างชาติพิจารณาตัดสินใจลงทุน โดยนักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่ารัฐที่รับการลงทุนจะกระทำการอย่างคงเส้นคงวา (consistent manner) ปราศจากก้าวม และมีความ

<sup>17</sup> โชติภา วิทยาวารกุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” ใน *ความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ รวมบทความเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ*, (สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม), หน้า 137.

<sup>18</sup> Whitsitt and Bankes, "The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector," 222

<sup>19</sup> Sondra Faccio, *The Assessment of the FET Standard Between Legitimate Expectations and Economic Impact in the Italian Solar Energy Investment Case Law* [online], 14 June 2020. From <http://www.qil-qdi.org/the-assessment-of-the-fet-standard-between-legitimate-expectations-and-economic-impact-in-the-italian-solar-energy-investment-case-law/> (accessed on 29 September 2021)

<sup>20</sup> Elizabeth Whitsitt and Nigel Bankes, *The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector*: 208.

โปรงใส<sup>21</sup> ซึ่งเป็นการตีความการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมที่กว้าง และได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานที่เข้มงวดมาก ยากที่รัฐจะปฏิบัติตามได้<sup>22</sup> ซึ่งต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมแคบลง โดยเห็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองเมื่อรัฐได้กระทำการที่สร้างความคาดหวังที่สมเหตุสมผลและนักลงทุนเชื่อถือในการกระทำดังกล่าว เช่น ในคดี *Thunderbird v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้คำนิยามของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมว่าเป็นกรณีที่มีการกระทำของรัฐสร้างความคาดหวังที่สมเหตุสมผลและสามารถอธิบายได้ (reasonable and justifiable) โดยทำให้นักลงทุนเชื่อถือและยอมรับการกระทำของรัฐ และหากรัฐไม่เคารพความคาดหวังนั้นจะทำให้นักลงทุนได้รับความเสียหาย<sup>23</sup> หรือเมื่อรัฐได้จัดทำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาการลงทุนหรือให้คำรับรองแก่นักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง เช่น ในคดี *Micula v. Romania* คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนในความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (right to regulatory stability) นักลงทุนต้องคาดหวังว่ากฎหมายอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้หากไม่ปรากฏว่ามีข้อสัญญาว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (stabilization clause) หรือคำรับรองที่รัฐได้ให้แก่ นักลงทุนโดยเฉพาะเจาะจง (specific assurance)<sup>24</sup> ด้วยเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนปฏิเสธหลักคำพิพากษาบรรทัดฐาน (doctrine of stare decisis, doctrine of precedent)<sup>25</sup> การตีความของอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันจึงทำให้เกิดปัญหาเรื่องความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การใช้อำนาจในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาจทำให้นักลงทุนได้รับความเสียหายและนักลงทุนอาจยกเหตุดังกล่าวขึ้น

<sup>21</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, para. 154.

<sup>22</sup> โชติกา วิทวารากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 145.

<sup>23</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, paras. 147-148.

<sup>24</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013, para. 666.

<sup>25</sup> นาดินันตร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 118.



เป็นคดีต่ออนุญาโตตุลาการ โดยกล่าวหาว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งส่งผลให้รัฐต้องเยียวยาความเสียหายแก่นักลงทุน

แม้ว่าโดยหลักแล้วคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการมักจะอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในคดีก่อน ๆ และได้พัฒนาแนวทางคำชี้ขาด (*jurisprudence condtante*) ที่มักจะถูกอ้างถึงในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่อมาอีกด้วย ดังนั้น การศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนจะสามารถทำให้ทราบว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้รับการตีความและการปรับใช้อย่างไรในคดีที่เกี่ยวข้องกับพลังงานหมุนเวียน และการตีความและการปรับใช้หลักดังกล่าวสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนกับการใช้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแลหรือไม่อย่างไร เนื่องจากการที่รัฐให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนอาจทำให้นักลงทุนไว้วางใจและคาดหวังจากการลงทุนสูง อย่างไรก็ตาม การให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอย่างไม่มีเงื่อนไขอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน และในทางกลับกันสิทธิในการกำกับดูแลอย่างไม่มีข้อจำกัดทำให้นักลงทุนต้องยอมรับเงื่อนไขที่รัฐกำหนดซึ่งจะทำให้เกิดบรรยากาศที่ไม่ดีในการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>26</sup> นอกจากนี้ แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถใช้เป็นแนวทางการแก่รัฐผู้รับการลงทุนโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาเพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำที่อาจเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่อาจส่งผลให้รัฐต้องรับผิดชอบค่าเสียหายต่อนักลงทุนซึ่งมีมูลค่าสูง รวมถึงเป็นแนวทางในการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในการลงทุนด้านสาธารณูปโภคหรือกิจการอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน

<sup>26</sup> Diego Zannoni, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty*, 453.

## 1.2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน จากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ซึ่งเป็นกิจการที่นานาประเทศต่างให้ความสำคัญมากขึ้น โดยจะศึกษาว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการใช้มีส่วนช่วยทำให้เนื้อหาของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีความชัดเจนมากขึ้นหรือไม่อย่างไร รวมถึงนัยของการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการต่อการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

## 1.3. สมมติฐาน

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับไม่ได้กำหนดเนื้อหาของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้ ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความว่าข้อบทดังกล่าวโดยให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนด้วย ในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่รัฐมักจะมีกฎหมายส่งเสริมการลงทุนในกิจการดังกล่าวโดยกำหนดสิทธิประโยชน์ที่แก่นักลงทุนในกิจการดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง นักลงทุนสามารถอ้างความคาดหวังที่เกิดจากกรอบทางกฎหมายดังกล่าวได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากรัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างสิ้นเชิงหรือที่มีลักษณะเป็นการทำลายผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน

## 1.4. ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน และความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (international investment agreements - IIAs) รวมถึงตำราทางวิชาการ วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ และฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

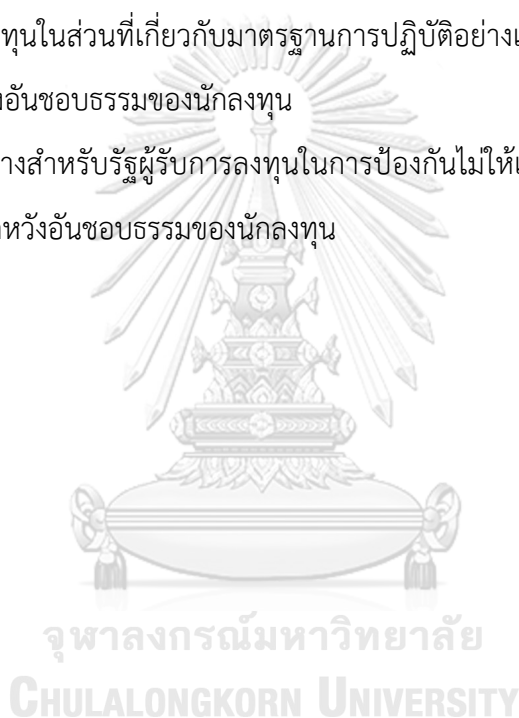
### 1.5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบแนวทางในการตีความและปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนของอนุญาโตตุลาการ

2. ได้ทราบว่าพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะเป็นอุปสรรคหรือไม่อย่างไรต่อสิทธิของรัฐในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะ

3. ได้บทเรียนที่เป็นประโยชน์สำหรับการจัดทำหรือแก้ไขปรับปรุงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

4. ได้แนวทางสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนในการป้องกันไม่ให้เกิดข้อเรียกร้องเรื่องการละเมิดการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน



## บทที่ 2

### การลงทุนระหว่างประเทศด้านพลังงานหมุนเวียนและกรอบทางกฎหมายของการลงทุน

พลังงานเป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต ทุกประเทศต้องการพลังงานที่มั่นคงเพื่อให้เพียงพอต่อความต้องการของประชากรในประเทศของตน เนื่องจากกิจกรรมต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่ต้องใช้พลังงานทั้งสิ้น พลังงานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและการดำเนินชีวิตของประชากรทั่วโลกและเป็นปัจจัยที่ทำให้เศรษฐกิจของโลกมีการพัฒนาและขับเคลื่อนไปข้างหน้า การลงทุนในกิจการพลังงานจึงมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจโลก ซึ่งจากแนวโน้มของกระแสโลกาภิวัตน์ สัดส่วนของการลงทุนจากต่างชาติในกิจการพลังงานมีการเติบโตมากขึ้นเรื่อย ๆ<sup>1</sup> ด้วยเหตุที่พลังงานเป็นสิ่งจำเป็นและมีความสำคัญทางเศรษฐกิจทำให้การลงทุนในกิจการพลังงานเป็นทางเลือกที่มีเสถียรภาพในการลงทุน<sup>2</sup> ทั้งนี้ ปัจจุบันพลังงานหมุนเวียนเป็นพลังงานทางเลือกที่นำมาใช้ทดแทนพลังงานจากเชื้อเพลิงฟอสซิลหรือพลังงานที่ใช้แล้วหมดไป เช่น น้ำมัน ถ่านหิน ก๊าซธรรมชาติ หินน้ำมัน และทรายน้ำมัน เป็นต้น เพราะพลังงานหมุนเวียนถือเป็นพลังงานสะอาด ไม่ก่อมลพิษ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งยังช่วยลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เป็นสาเหตุของภาวะโลกร้อน รวมถึงลดการนำเข้าเชื้อเพลิงจากต่างประเทศอีกด้วย<sup>3</sup> ประเทศต่าง ๆ จึงให้ความสำคัญกับการลงทุนในกิจการด้านพลังงานหมุนเวียนทั้งในแง่ของการควบคุมการลงทุนและการประกอบกิจการ และทำให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรและด้านที่ไม่ใช่ภาษีอากร

ในบทนี้ผู้เขียนศึกษาลักษณะของการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน และกรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ประกอบด้วยกฎหมายภายในของประเทศที่รับการลงทุน สัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ และกรอบทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่ง

<sup>1</sup> Michał Krzykowski, Michał Mariański and Jakub Zięty, "Principle of Reasonable and Legitimate Expectations in International Law as a Premise for Investments in the Energy Sector," *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 21, no. 1 (2021): 76.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, *พลังงานหมุนเวียน* [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก <https://www.egat.co.th/home/renewables/> (เข้าถึงเมื่อ 6 ตุลาคม 2564)

กรอบทางกฎหมายดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญต่อการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่มีระยะเวลา ยาวนานและใช้สินทรัพย์ในการลงทุนสูง

## 2.1. ลักษณะของการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน

พลังงานหมุนเวียน (renewable energy) เป็นพลังงานที่สามารถนำกลับมาใช้ได้ใหม่ มี แหล่งกำเนิดจากธรรมชาติ และสามารถสร้างทดแทนได้ใหม่โดยกระบวนการตามธรรมชาติ<sup>4</sup> ซึ่งจะ รวมถึง พลังงานจากแสงอาทิตย์ (solar energy) พลังงานจากลม (wind energy) พลังงานจากน้ำ (hydro energy) พลังงานความร้อนใต้พิภพ (geothermal energy) พลังงานขยะ (waste-to-energy) และพลังงานจากมวลชีวภาพ (biomass) โดยมีแนวโน้มที่จะเป็นพลังงานสะอาดที่ไม่ ก่อให้เกิดมลพิษ<sup>5</sup> ทั้งนี้ เทคโนโลยีพลังงานหมุนเวียนจะหมายถึงเทคโนโลยีที่มีการปล่อยก๊าซ คาร์บอนไดออกไซด์ (CO<sub>2</sub>) และสารก่อมลพิษน้อยที่สุด ดังนั้น เทคโนโลยีพลังงานหมุนเวียนจึงเป็น เทคโนโลยีคาร์บอนต่ำ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการเปลี่ยนแปลงของเชื้อเพลิงฟอสซิล เช่น ถ่าน หิน น้ำมัน และก๊าซธรรมชาติ<sup>6</sup>

การลงทุนด้านพลังงานยังไม่มีนิยามที่ชัดเจน เนื่องจากยังมีความเห็นแตกต่างกัน ทั้งนี้ สะท้อนให้เห็นในสถิติของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้พิจารณาแยกกลุ่มการลงทุน ด้านพลังงานอย่างชัดเจน เช่น รายงานการลงทุนของโลก (World Investment Report) ของการ ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) ได้จำแนกการลงทุนที่เกี่ยวกับพลังงานเป็นหลากหลายหมวดหมู่ กล่าวคือ การขุดเจาะปิโตรเลียม ถือเป็นภาคการผลิตขั้นปฐมภูมิ (primary sector) กิจการเกี่ยวกับการ ผลิตถ่านหิน ผลิตถ่านหินปิโตรเลียม และเชื้อเพลิงนิวเคลียร์ ถือเป็นส่วนหนึ่งของภาคการ อุตสาหกรรม (manufacturing sector) และกิจการผลิตไฟฟ้า ก๊าซ และน้ำ เป็นส่วนหนึ่งของภาค บริการ (service sector) นอกจากนี้ จากสถิติของการค้าระบุว่าผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิงและเหมืองแร่ ซึ่ง

<sup>4</sup> United Nations, **What is renewable energy?** [online]. From <https://www.un.org/en/climatechange/what-is-renewable-energy> (accessed on 2 August 2022)

<sup>5</sup> OECD, “Policy Guidance for Investment in Clean Energy Infrastructure: Expanding Access to Clean Energy for Green Growth and Development,” *OECD Publishing* (2015): 7

<sup>6</sup> International Energy Agency, “Energy Technology Perspectives 2020,” (2020): 28 (available at <https://www.iea.org/reports/energy-technology-perspectives-2020>)

รวมถึงน้ำมันและก๊าซ เป็นส่วนหนึ่งของการค้าสินค้า โดยไม่ได้ปรากฏว่าการค้าไฟฟ้าข้ามชาติถือเป็นการค้า ทั้งนี้ จากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทำให้กิจกรรมการลงทุนจำนวนหนึ่งถูกจัดให้อยู่ในประเภทของการลงทุนด้านพลังงาน เช่น การผลิตน้ำมันและก๊าซ การขนส่งน้ำมันและก๊าซผ่านท่อ การสำรวจและการผลิตพลังงาน รวมถึงไฟฟ้าจากถ่านหิน การสร้างท่อสายส่งและการจำหน่ายไฟฟ้า<sup>7</sup> อย่างไรก็ตาม องค์กรพลังงานระหว่างประเทศ (International Energy Agency - IEA) ได้อธิบายความหมายของเทคโนโลยีพลังงานสะอาด (clean energy) ว่าหมายถึงการรวมกันของอุปกรณ์ (hardware) เทคนิค (techniques) ทักษะ (skills) วิธีการ (methods) และกระบวนการ (processes) ที่ใช้ในการผลิตพลังงานและการให้บริการด้านพลังงาน ดังนั้น จึงชี้ให้เห็นว่าการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอาจมีขอบเขตรอบคลุมการประกอบกิจการในห่วงโซ่พลังงานทั้งหมด ซึ่งรวมถึง การผลิต (producing) การแปรสภาพ (transforming) การจัดเก็บ (storing) การขนส่ง (transporting) และการจำหน่าย (distributing) พลังงาน<sup>8</sup>

ด้วยเหตุที่พลังงานเป็นหัวใจของการดำรงชีวิตและเกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ เนื่องจากอุตสาหกรรม การเกษตร การคมนาคม หรือครัวเรือนจำเป็นต้องใช้พลังงานในการดำเนินการ<sup>9</sup> พลังงานจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการขับเคลื่อนเศรษฐกิจในประเทศและเป็นที่ต้องการของทุกประเทศทั่วโลก ทำให้การเข้าถึงพลังงานเป็นเป้าหมายระดับโลก และจากการที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 25 กันยายน พ.ศ. 2558 ได้ลงมติยอมรับวาระเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน 2030 (2030 Agenda for Sustainable Development)<sup>10</sup> พร้อมกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน 17 ประการ (17 Sustainable Development Goals: SDGs) ซึ่งเป็นกรอบทิศทางการพัฒนาของโลก และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2559 วาระดังกล่าวนี้เป็นวาระสำหรับ 15 ปี นับแต่ พ.ศ. 2558 จนถึง พ.ศ. 2573 ที่กำหนดให้การเข้าถึงพลังงานเป็นเป้าหมายหนึ่ง โดยกำหนดให้พลังงานเป็นสิ่งที่เข้าถึงได้ เชื่อถือได้ และยั่งยืน เป้าหมายดังกล่าวทำให้เกิดความท้าทายในการเข้าถึงพลังงานต่อทุก ๆ ประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา บรรดา

<sup>7</sup> Markus Krajewski, *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*, 349.

<sup>8</sup> International Energy Agency, *Energy Technology Perspectives 2020*, 27.

<sup>9</sup> Peter D Cameron, *International Energy Investment Law The Pursuit of Stability* (New York: Oxford University Press, 2010). page vii.

<sup>10</sup> United Nations, General Assembly, *Transforming Our World : The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, adopted on 25 September 2015 (United Nations : 21 October 2015).

ประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกของสหประชาชาติได้กำหนดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นยุทธศาสตร์ชาติ<sup>11</sup> และได้กำหนดเรื่องการสร้างความมั่นคงทางด้านพลังงานอยู่ในแผนการปฏิบัติการของประเทศ<sup>12</sup> โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มสัดส่วนการใช้พลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือกในประเทศ พลังงานหมุนเวียนจึงได้รับความสำคัญจากนานาประเทศ รวมทั้งประเทศไทย ส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ ดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนจากต่างชาติและให้ความคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติเพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนในรัฐ<sup>13</sup> โดยการรับประกันความมั่นคงแก่นักลงทุนต่างชาติผ่านกระบวนการทางวิธีสัญญาและสารบัญญัติในระบบกฎหมายภายในของตน<sup>14</sup> เช่น การออกกฎหมาย นโยบาย หรือมาตรการส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่างเฉพาะเจาะจง ซึ่งมักจะกำหนดสิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกอบการพลังงานจะได้รับล่วงหน้าเป็นระยะเวลาหนึ่ง เพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถคาดการณ์และประเมินรายได้ในการประกอบกิจการ<sup>15</sup> เพื่อให้รัฐบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อมและการใช้พลังงานข้างต้น<sup>16</sup> การลงทุนในกิจการพลังงานจึงได้รับความสนใจจากนักลงทุนต่างชาติ และส่งผลให้การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเติบโตเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในสหภาพยุโรป ประเทศจีน สหรัฐอเมริกา และประเทศอินเดีย เนื่องจากการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ปี พ.ศ. 2564 (Conference of the Parties – COP26) ประเทศต่าง ๆ กว่า 200 ประเทศได้กำหนดเป้าหมายร่วมกันในความเป็นกลางทางคาร์บอน (carbon neutrality) โดยการลดการปล่อยคาร์บอนสู่ชั้นบรรยากาศให้เท่ากับปริมาณคาร์บอนที่ถูกดูดซับได้ภายในปี พ.ศ. 2593 และเป้าหมายการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (net zero emissions) ภายในปี พ.ศ. 2608 รวมถึงได้มีการบังคับใช้

<sup>11</sup> แผนยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561-2580) ยุทธศาสตร์ที่ 5 ด้านการสร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม (เข้าถึงได้จาก [http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2561/A/082/T\\_0001.PDF](http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2561/A/082/T_0001.PDF))

<sup>12</sup> แผนปฏิบัติการราชการระยะ 5 ปี (พ.ศ. 2565 – 2570) ของกระทรวงพลังงาน (เข้าถึงได้จาก [https://energy.go.th/th/energy-strategy/download?did=98775&filename=แผนปฏิบัติการ+พ.ศ.+2565+ของกระทรวงพลังงาน.pdf&mid=13286&mkey=m\\_document&lang=th&url=%2Fweb-upload%2F1xff0d34e409a13ef56eea54c52a291126%2Fm\\_document%2F13286%2F16822%2Ffile\\_download%2Fcc3859147a972ac52f075de7795baa8b.pdf](https://energy.go.th/th/energy-strategy/download?did=98775&filename=แผนปฏิบัติการ+พ.ศ.+2565+ของกระทรวงพลังงาน.pdf&mid=13286&mkey=m_document&lang=th&url=%2Fweb-upload%2F1xff0d34e409a13ef56eea54c52a291126%2Fm_document%2F13286%2F16822%2Ffile_download%2Fcc3859147a972ac52f075de7795baa8b.pdf))

<sup>13</sup> Rafael Leal-Arcas, and Victoria Nalule, "Multilateral and Bilateral Energy Investment Treaties," In *Handbook of International Investment Law and Policy* (2019), 4.

<sup>14</sup> Peter D Cameron, *International Energy Investment Law The Pursuit of Stability*, p. xlvii.

<sup>15</sup> Diego Zannoni, "The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty," *Leiden Journal of International Law* 33 (2020): 452.

<sup>16</sup> Krzykowski, Mariański and Zięty, *Principle of Reasonable and Legitimate Expectations in International Law as a Premise for Investments in the Energy Sector*, 76.

กฎหมายที่ให้การส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน<sup>17</sup> และจากการคาดการณ์ของ IEA การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นในอนาคต เนื่องจาก IEA คาดการณ์ว่า กำลังการผลิตพลังงานหมุนเวียนจะขยายตัวสูงถึงร้อยละ 95 ของกำลังการผลิตไฟฟ้าทั่วโลกในปี พ.ศ. 2569 อันเนื่องมาจากการเพิ่มศักยภาพในการแข่งขัน นโยบายที่ให้การสนับสนุนการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนมากขึ้น และความต้องการของรัฐต่าง ๆ ในการบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อม<sup>18</sup> รวมถึงจากการที่พลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิมมีราคาสูงขึ้น ทำให้กิจการพลังงานหมุนเวียนเติบโตเป็นอย่างมาก และอาจส่งผลให้เกิดการแข่งขันในกิจการพลังงานหมุนเวียนมากขึ้น และผู้บริโภคอาจจะสามารถบริโภคพลังงานได้ในราคาที่ต่ำลง<sup>19</sup>

ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกิดการแข่งขันในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนมากขึ้น แต่กิจการดังกล่าวยังคงมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งจะต้องมีความสัมพันธ์กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ<sup>20</sup> และรัฐยังคงต้องควบคุมการประกอบกิจการพลังงานหมุนเวียน เพราะการพัฒนาของกิจการพลังงานหมุนเวียนเป็นปัจจัยสำคัญที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจของประเทศ และมีผลโดยตรงกับการบริโภคพลังงานของประชากร<sup>21</sup> การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนจึงเป็นกิจการที่ได้รับความสำคัญจากรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งในมุมมองของนักลงทุนต่างชาตินั้น การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนมีความอ่อนไหวต่อการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและทางการเมืองของรัฐ เนื่องจากระยะเวลาในการดำเนินกิจการมักจะยาวนานกว่าวาระในการดำรงตำแหน่งของรัฐบาลที่ดำรงตำแหน่งในขณะที่นักลงทุนต่างชาติเข้าไปทำการลงทุน<sup>22</sup> และการลงทุนในกิจการประเภทนี้มีความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงของสถานะเศรษฐกิจ สังคม กฎหมาย และนโยบายจากภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ความเสี่ยงทางการเงิน เช่น ความเสี่ยงทางด้านเงินเฟ้อ ข้อจำกัดในการแลกเปลี่ยนเงินตรา และความผันผวนของอัตรา

<sup>17</sup> International Energy Agency, “Renewable Energy Market Update - May 2022,” (2020):6 (available at <https://www.iea.org/reports/renewable-energy-market-update-may-2022>)

<sup>18</sup> International Energy Agency, “Renewables 2021,” (2021): 14 (available at <https://www.iea.org/reports/renewables-2021>)

<sup>19</sup> International Energy Agency, Renewable Energy Market Update - May 2022, 16.

<sup>20</sup> Peter D Cameron, *International Energy Investment Law the Pursuit of Stability*, p. xlvii.

<sup>21</sup> Ibid., p.3.

<sup>22</sup> Ibid.



แลกเปลี่ยน ที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินกิจการ ความเสี่ยงจากการดำเนินกิจการ โดยการผลิตพลังงานจากธรรมชาติ อันได้แก่ พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม และพลังงานน้ำ จะมีความเสี่ยงจากความไม่แน่นอนของธรรมชาติ ส่วนการผลิตพลังงานจากชีวมวล อันได้แก่ ชีวมวล ก๊าซชีวมวล และขยะ จะมีความเสี่ยงจากความผันผวนของต้นทุนในการจัดหาเชื้อเพลิง<sup>23</sup> รวมถึงความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่ใช้ในการผลิตพลังงานหมุนเวียน เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการผลิตพลังงานหมุนเวียนนั้นยังมีการพัฒนาไปตามบริบทของการเติบโตทางเศรษฐกิจ<sup>24</sup> นักลงทุนจึงให้ความสำคัญกับความมั่นคง ความมีเสถียรภาพ และความคาดหมายได้ในการลงทุน เพราะวัตถุประสงค์หลักในการลงทุนคือการได้รับผลตอบแทนจากการดำเนินกิจการอย่างเหมาะสม ในทางกลับกันรัฐยังคงมีบทบาทในการกำกับดูแลและสามารถแทรกแซงการลงทุนของภาคเอกชนผ่านกฎหมาย นโยบาย และมาตรการต่าง ๆ<sup>25</sup> เช่น การเปลี่ยนแปลงการอุดหนุนหรือสิทธิประโยชน์ที่รัฐให้แก่ักลงทุน เพื่อให้เกิดการแข่งขันในกิจการพลังงานหมุนเวียน เพื่อผลประโยชน์ในการบริโภคพลังงานของประชากร สิทธิของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแลทางกฎหมายและกฎระเบียบจึงเป็นประเด็นสำคัญในการควบคุมการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ซึ่งประเด็นที่เป็นข้อโต้แย้งในการลงทุนในกิจการดังกล่าวคือ นักลงทุนสามารถคาดหวังว่ามาตรการจูงใจที่รัฐได้แก่ักลงทุนผ่านกฎหมายจะได้รับการคุ้มครองภายใต้ขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศในระดับใด และเสรีภาพในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนมีขอบเขตอย่างไร เนื่องจากการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของักลงทุนอย่างไม่มีเงื่อนไขอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน ในทางกลับกันหากรัฐใช้สิทธิในการกำกับดูแลอย่างไม่มีข้อจำกัดทำให้นักลงทุนต้องยอมรับเงื่อนไขที่รัฐกำหนดทุกกรณี ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบรรยากาศการลงทุนและส่งผลเสียต่อรัฐผู้รับการลงทุนด้วย<sup>26</sup>

<sup>23</sup> สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน, นโยบายรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน [ออนไลน์], 22 มีนาคม 2559. เข้าถึงได้จาก <http://www.eppo.go.th/index.php/th/electricity/plan-buy-renewenergy> (เข้าถึงเมื่อ 7 พฤษภาคม 2565)

<sup>24</sup> International Energy Agency, Energy Technology Perspectives 2020, 32.

<sup>25</sup> UNCTAD, World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance (2015): 127.

<sup>26</sup> Diego Zannoni, The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty, 452.

ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนและสิทธิของรัฐในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>27</sup>

## 2.2. กรอบทางกฎหมายของการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน

เนื่องจากการลงทุนระหว่างประเทศในกิจการพลังงานหมุนเวียนต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากและใช้ระยะเวลายาวนาน ซึ่งนักลงทุนจะต้องเผชิญกับความเสี่ยงทางการเมืองและกฎหมายที่บังคับใช้ภายในรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนต่างชาติจึงให้ความสำคัญกับความมั่นคงและเสถียรภาพในการลงทุนเพื่อลดความเสี่ยงดังกล่าว ซึ่งกรอบของกฎหมายที่สำคัญที่ใช้บังคับกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ได้แก่ กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน สัญญาการลงทุน และกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ คำแถลงฝ่ายเดียว และกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อนก็เข้ามามีบทบาทในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเช่นกัน

### 2.2.1. กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน

การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนในประเทศที่รับการลงทุนนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศที่รับการลงทุนเป็นสำคัญ ซึ่งกฎหมายการลงทุนของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันขึ้นอยู่กับปัจจัยและความต้องการพื้นฐานในประเทศที่รับการลงทุนนั้น ๆ<sup>28</sup> โดยนักลงทุนต่างชาติจะให้ความสำคัญกับกฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน เนื่องจากการลงทุนในกิจการพลังงานมีความสัมพันธ์กับหน่วยงานของรัฐ ทำให้การลงทุนขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ของชาติ นักลงทุนต่างชาติจึงต้องการความมั่นใจว่าเงินลงทุนหรือกิจการของตนจะได้รับการส่งเสริมและการคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงสามารถคาดการณ์ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับการลงทุนได้<sup>29</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายที่ใช้บังคับอาจจะมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ควบคุมการลงทุน และกฎหมายที่เป็นการส่งเสริมการลงทุน ดังนี้

<sup>27</sup> Elizabeth Whitsitt and Nigel Bankes, "The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector," *Alberta Law Review* 51 (2013): 208.

<sup>28</sup> สถาบันอนาคตศึกษาเพื่อการพัฒนา (Institute of Future Studies for Development: IFD), *ผลการศึกษา โครงการศึกษามลกระทบจากการจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทย-สหภาพยุโรป* (รายงานการวิจัย), (กรุงเทพฯ: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2563), 1

<sup>29</sup> Thomas W. Waelde, "International Energy Investment," *Energy Law Journal* 17, no. 1 (1996): 193

### 2.2.1.1. กฎหมายที่ควบคุมการลงทุน

กฎหมายที่ควบคุมการลงทุนโดยทั่วไปจะสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระยะ<sup>30</sup> ได้แก่ (1) ระยะก่อนการลงทุน (pre - establishment) คือระยะก่อนทำการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่การให้เข้ามา (admission) การจัดตั้ง (establishment) และการได้มา (acquisition) ซึ่งการลงทุน โดยประเทศผู้รับการลงทุนจะมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกัน และ (2) ระยะหลังจากเข้ามาทำการลงทุน (post - establishment) คือการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการดำเนินกิจการหรือการให้สิทธิแก่นักลงทุนเมื่อเข้าไปทำการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนแล้ว<sup>31</sup> กล่าวคือ การควบคุมเรื่องการจัดการ (management) การดำเนินการ (conduct) การปฏิบัติการ (operation) และการขายหรือจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งการลงทุน (sale or other disposition of investments) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะส่งผลโดยตรงต่อการดำเนินกิจการและผลกำไรจากการลงทุน ทั้งนี้ อาจแบ่งประเภทของลักษณะการควบคุมการลงทุนดังต่อไปนี้

(1) การจำกัดการถือหุ้นหรือการลงทุนของต่างด้าว เช่น การจำกัดสัดส่วนความเป็นเจ้าของกิจการของนักลงทุนต่างชาติ การกำหนดประเภทกิจการที่ห้ามต่างชาติลงทุน การจำกัดจำนวนการลงทุนจากต่างชาติในประเภทธุรกิจที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจหรือตามนโยบายแห่งรัฐ การจำกัดพื้นที่ในการประกอบกิจการ การกำหนดเงื่อนไขในการใช้วัตถุดิบภายในประเทศ หรือข้อจำกัดในการอนุญาตให้ทำงาน<sup>32</sup> ตัวอย่างเช่น การควบคุมการลงทุนของคนต่างชาติในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ โดยกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ เว้นแต่ ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ คนต่างชาติจะต้องดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งรวมถึงการขออนุญาต จึงจะเริ่มการประกอบธุรกิจได้

(2) การขออนุญาตหรือการจดทะเบียนในการประกอบกิจการ การขออนุญาตประกอบกิจการพลังงานในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน

<sup>30</sup> Inose Takamichi, "The Evolution of Investment Liberalization under the Recent Investment Treaties," *Public Policy Review* 16, no. 5 (2020): 5.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน.

พ.ศ. 2550 โดยผู้ประกอบการจะต้องขอใบอนุญาตประกอบการพลังงานต่อคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) และในการปลูกสร้างอาคารหรือการจัดตั้งโรงงานเพื่อประกอบการพลังงานจะต้องขออนุญาตจากกกพ. ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535<sup>33</sup> นอกจากนี้ สำหรับการผลิตพลังงานซึ่งมีขนาดเครื่องกำเนิดไฟฟ้ารวมตั้งแต่ 200 กิโลวัตต์แอมแปร์ (KVA) ขึ้นไป จะต้องดำเนินการขอใบอนุญาตผลิตพลังงานควบคุมจากกรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน ตามพระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535<sup>34</sup> ด้วย นอกจากนี้ การประกอบกิจการพลังงานหมุนเวียนในต่างประเทศ เช่น ประเทศสเปนจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานภายใต้กระทรวงการเปลี่ยนแปลงของนิเวศวิทยา (The Secretary of State for Energy within Ministry for Ecological Transition) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านกฎระเบียบที่ควบคุมพลังงานหมุนเวียนในประเทศ โดยผู้ประกอบการจะต้องขอใบอนุญาตในการประกอบกิจการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนการดำเนินการ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกำลังการผลิต<sup>35</sup> หรือในสาธารณรัฐออสเตรียจะต้องมีการขออนุญาตในการประกอบกิจการพลังงาน โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ว่าการของมลรัฐที่โรงไฟฟ้าตั้งอยู่<sup>36</sup> รวมถึง ประเทศอิตาลีได้กำหนดให้ต้องมี

<sup>33</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 48 ในกรณีที่มีการปลูกสร้างอาคาร หรือการจัดตั้งโรงงาน เพื่อประกอบการพลังงานต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน ให้การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยคณะกรรมการต้องขอความเห็นจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าว และหน่วยงานดังกล่าวต้องแจ้งความเห็นพร้อมทั้งจำนวนค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บตามกฎหมายนั้น ๆ ให้คณะกรรมการทราบด้วย

ให้สำนักงานจัดส่งค่าธรรมเนียมที่คณะกรรมการเรียกเก็บตามวรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ เพื่อดำเนินการต่อไป

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 24 การกำหนดพลังงานประเภทใด ขนาดและวิธีการผลิต หรือการใช้ อย่างไรก็ดีให้เป็นพลังงานควบคุม ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต หรือขยายการผลิตพลังงานควบคุม เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากกรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน

การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง การผลิตพลังงานควบคุมใดซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตหรือรับสัมปทานตามกฎหมายอื่น จะต้องได้รับอนุญาตหรือรับสัมปทานตามกฎหมายนั้นด้วย

<sup>35</sup> José Antonio García, Pedro L. Marín and Jack Stirzaker, *The Renewable Energy Law Review: Spain* [online], 10 August 2021. From <https://thelawreviews.co.uk/title/the-renewable-energy-law-review/spain#footnote-005> (accessed on 25 June 2022)

<sup>36</sup> Green Electricity Act 2012, Section 7 (1)

การขออนุญาตในการประกอบกิจการพลังงาน<sup>37</sup> หรือแจ้งการประกอบกิจการก่อนเริ่มดำเนินการ สำหรับโรงงานพลังงานหมุนเวียนขนาดเล็ก<sup>38</sup> ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายไทย

(3) การควบคุมการประกอบกิจการ เช่น การควบคุมอาคารและโรงงานผลิตพลังงาน และการรักษาสิ่งแวดล้อม ดังเช่นที่กำหนดในพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 โดยกำหนดมาตรฐานและหลักเกณฑ์ที่เจ้าของโรงงานผลิตพลังงานจะต้องปฏิบัติ รวมถึง การดำเนินการประเมินและวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการประกอบกิจการโรงงาน ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

### 2.2.1.2. กฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุน

มาตรการหรือนโยบายของรัฐเป็นปัจจัยสำคัญที่จูงใจให้เอกชนเข้ามาลงทุนในรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เพราะการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากและมีระยะเวลายาวนาน ในขณะที่นักลงทุนมักจะเผชิญกับความเสี่ยงในการลงทุน เช่น การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองของรัฐผู้รับการลงทุน ความไม่แน่นอนของธรรมชาติ และการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี รัฐต่าง ๆ จึงต้องอาศัยนโยบายหรือมาตรการกระตุ้นการลงทุนเพื่อให้เกิดการลงทุนในรัฐ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่การลงทุนจากต่างชาติมีบทบาทสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศ ทั้งนี้ การกระตุ้นให้เกิดการลงทุนสามารถดำเนินการได้หลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับบริบทของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของแต่ละประเทศ<sup>39</sup> โดย UNCTAD ได้แบ่งประเภทของมาตรการส่งเสริมการลงทุนออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Legislative Decree 387/2003

<sup>38</sup> Pietro Cavasola and Matteo Ciminelli, **Renewable Energy Law and Regulation in Italy** [online], 8 January 2020. From <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-renewable-energy/italy> (accessed on 25 June 2022)

<sup>39</sup> Lorenzo Cotula, "Foreign Investment, Law and Sustainable Development: A Handbook on Agriculture and Extractive Industries," *Natural Resource Issues* 31 (2016): 17.

<sup>40</sup> UNCTAD, "Incentives," *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement* (2004): 5.

## (1) สิทธิประโยชน์ทางการเงิน (financial incentives)

มาตรการด้านการเงินเป็นมาตรการที่มักจะใช้ในประเทศพัฒนาแล้ว เนื่องจากรัฐมีกำลังในการอุดหนุนเงินให้แก่เอกชน<sup>41</sup> ซึ่งจะสามารถช่วยขจัดอุปสรรคในการลงทุนด้านพลังงานในด้านต่าง ๆ เช่น ทำให้นักลงทุนสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ หรือลดค่าใช้จ่ายซึ่งจะช่วยลดต้นทุนในการลงทุนให้ต่ำลง<sup>42</sup> เพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางการเงินจะรวมถึงการให้เงินสนับสนุนแก่นักลงทุนโดยตรง<sup>43</sup> อาจดำเนินการในรูปแบบของการให้เงินสนับสนุนตามผลการประกอบกิจการ โดยพิจารณาจากประสิทธิภาพในการผลิตพลังงานหมุนเวียน และ/หรือการใช้พลังงานอย่างประหยัดและมีประสิทธิภาพ หรือการสนับสนุนเงินให้เปล่าแก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนตามอัตราที่รัฐกำหนดในแต่ละโครงการ โดยที่นักลงทุนไม่ต้องชำระเงินดังกล่าวคืน ซึ่งอาจให้การสนับสนุนในช่วงก่อนดำเนินการ เช่น เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการดำเนินการ เพื่อการศึกษาวิจัยและการพัฒนา เพื่อการทดสอบระบบ หรือช่วงระหว่างการดำเนินการ เช่น การติดตั้งเครื่องจักร การพัฒนาธุรกิจ เป็นต้น หรือการให้ในรูปแบบส่วนลดแก่นักลงทุนในการดำเนินการลงทุน เช่น ส่วนลดการซื้อเครื่องจักรและอุปกรณ์ ส่วนลดค่าสาธารณูปโภคที่ใช้ในการผลิตพลังงาน เป็นต้น และการให้เงินกู้และการค้ำประกันซึ่งอาจทำได้โดยการให้เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำสำหรับผู้ประกอบการตามวงเงินและระยะเวลาที่รัฐกำหนด หรือการช่วยระดมเงินกู้ผ่านสถาบันการเงินต่าง ๆ เพื่อให้สินเชื่อสำหรับการลงทุนผลิตพลังงานทดแทน หรือการจัดทำโครงการ Green Bank เพื่อสนับสนุนให้สถาบันการเงินปล่อยเงินกู้ให้แก่ผู้ผลิตพลังงานในโครงการที่มีความสำคัญกับสิ่งแวดล้อม โดยสถาบันการเงินอาจให้ผลประโยชน์ทางการเงินอื่น ๆ เพิ่มเติมแก่ผู้ผลิตพลังงานที่ปฏิบัติตามเกณฑ์มาตรฐานในการรักษาสิ่งแวดล้อมเมื่อปล่อยเงินกู้ เช่น เงินสนับสนุนเพื่อการพัฒนาเทคโนโลยีด้านพลังงานทดแทน หรือเงินสนับสนุนเพื่อการติดตั้งและการดำเนินการเบื้องต้นในเทคโนโลยีพลังงานทดแทน หรือการเพิ่มความน่าเชื่อถือทางด้านเครดิตของนักลงทุน (credit enhancements) โดยวิธีการค้ำประกันสินเชื่อโดยรัฐ ซึ่งการค้ำประกันสินเชื่อจะช่วยลด

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Sadie Cox, “Financial Incentives to Enable Clean Energy Deployment Policy Review and Good Practices,” *Clean Energy Policy Briefs* (February 2016): 1

<sup>43</sup> ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศสำหรับอุตสาหกรรมเป้าหมาย พ.ศ. 2560 มาตรา 23 (3) “ผู้ได้รับการส่งเสริมอาจได้รับสิทธิและประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ดังต่อไปนี้

(3) สิทธิและประโยชน์ในการได้รับเงินสนับสนุนจากกองทุน...”

อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ เนื่องจากการให้การค้ำประกันโดยรัฐจะสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ให้กู้ได้ว่าในกรณีที่ผู้กู้ไม่ชำระหนี้ผู้ค้ำประกันจะเป็นผู้ชำระ<sup>44</sup>

ประเทศไทยได้มีการให้สิทธิประโยชน์ทางการเงินแก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียน เช่น การจัดตั้งกองทุนพัฒนาไฟฟ้าตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อเป็นทุนสนับสนุนให้มีการให้บริการไฟฟ้าไปยังท้องที่ต่าง ๆ อย่างทั่วถึง ส่งเสริมการใช้พลังงานหมุนเวียนและเทคโนโลยีในการประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อย โดยกำหนดรูปแบบของการจัดสรรเงินกองทุนพัฒนาไฟฟ้าในรูปแบบเงินให้เปล่าเต็มจำนวนหรือบางส่วน เงินสนับสนุนผ่านความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่มีข้อตกลงกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน หรือเงินสนับสนุนในรูปแบบอื่นตามที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานกำหนด<sup>45</sup> เช่นเดียวกับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้มีการจัดตั้งกองทุนพลังงานหมุนเวียน เพื่อสนับสนุนทางการเงินแก่การพัฒนาและวิจัยด้านพลังงานหมุนเวียน<sup>46</sup>

## (2) สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร (fiscal incentives)

สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรเป็นเครื่องมือที่รัฐบาลนิยมใช้ในการส่งเสริมการลงทุน โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา เพราะการลดหรือยกเว้นภาษีเป็นสิ่งที่รัฐสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องอาศัยเงินทุนจำนวนมาก<sup>47</sup> ต้นทุนทางภาษีเป็นปัจจัยสำคัญต่อการตัดสินใจในการทำการลงทุนในกิจการพลังงานซึ่งมีระยะเวลายาวนาน<sup>48</sup> ทั้งนี้ นโยบายการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีรัฐที่มักจะนำมาใช้ ได้แก่ การให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีเงินได้ (income tax incentives) โดยอาจจัดทำ

<sup>44</sup> Sadie Cox, Financial Incentives to Enable Clean Energy Deployment Policy Review and Good Practices, 2-3.

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 93 ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในสำนักงาน เรียกว่า “กองทุนพัฒนาไฟฟ้า” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นทุนสนับสนุนให้มีการให้บริการไฟฟ้าไปยังท้องที่ต่าง ๆ อย่างทั่วถึง เพื่อกระจายความเจริญไปสู่ท้องถิ่น พัฒนาชุมชนในท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของโรงไฟฟ้า ส่งเสริมการใช้พลังงานหมุนเวียนและเทคโนโลยีในการประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อย โดยคำนึงถึงความสมดุลของทรัพยากรธรรมชาติและสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้ใช้ไฟฟ้า

<sup>46</sup> Open Development Laos, “Renewable energy development strategy in Lao PDR Section 2. Strategy and Policy,” (2011): 15 (available at [https://data.laos.opendevlopmentmekong.net/en/library\\_record/renewable-energy-development-strategy-in-lao-pdr/resource/fa6a8bb7-e4af-4e10-a3a9-545669c26215](https://data.laos.opendevlopmentmekong.net/en/library_record/renewable-energy-development-strategy-in-lao-pdr/resource/fa6a8bb7-e4af-4e10-a3a9-545669c26215))

<sup>47</sup> UNCTAD, Incentives, p. 5

<sup>48</sup> อธิภัทร มุทิตาเจริญ, แรงจูงใจทางภาษี...ไทยอยู่ตรงไหนในอาเซียน [ออนไลน์], 14 มีนาคม 2559. เข้าถึงได้จาก [https://www.pier.or.th/?post\\_type=abridged&p=2561](https://www.pier.or.th/?post_type=abridged&p=2561) (เข้าถึงเมื่อ 7 พฤษภาคม 2565)

ในรูปแบบของการลดอัตราภาษี การให้เครดิตภาษีเงินได้นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาแก่ผู้ผลิตพลังงานทดแทนตามผลผลิตที่เกิดขึ้น การยกเว้นภาษีเป็นระยะเวลาหนึ่ง (tax holiday) เป็นต้น<sup>49</sup> การให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีที่ดิน (property tax incentives) โดยการลดหรือยกเว้นภาษีที่ดิน เมื่อผู้ผลิตพลังงานใช้ที่ดินนั้นเพื่อการผลิตพลังงานที่ใช้เพื่อการสาธารณูปโภค<sup>50</sup> ซึ่งจะเป็นการลดต้นทุนในการประกอบกิจการของผู้ผลิตพลังงานลง การให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีมูลค่าเพิ่ม (value added tax (VAT) incentives) โดยการลดหรือยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มในการซื้อเทคโนโลยีเพื่อใช้ในการผลิตพลังงาน<sup>51</sup> เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการผลิตพลังงานมีมูลค่าสูง และภาษีมูลค่าเพิ่มจะคำนวณจากราคาสินค้า หากนักลงทุนจะต้องรับภาระภาษีมูลค่าเพิ่มก็จะทำให้ต้นทุนในการซื้อเทคโนโลยีมีมูลค่าสูง และการให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีศุลกากร (custom duty incentives) โดยการยกเว้นอากรขาเข้าหรือการลดกำแพงภาษีการนำเข้าวัสดุหรือเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตพลังงานหมุนเวียน<sup>52</sup> เพื่อให้ให้นักลงทุนลดต้นทุนในการผลิต เพราะเทคโนโลยีพลังงานหมุนเวียนมักจะต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ<sup>53</sup> หากมีกำแพงทางภาษีในการนำเข้าก็จะส่งผลให้ต้นทุนในการผลิตสูง ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ของประเทศไทยได้ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ผู้ประกอบการ โดยคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้กำหนดให้ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนโดยได้รับสิทธิและประโยชน์ในการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลตามระยะเวลาที่กำหนดของแต่ละประเภทของพลังงาน และได้รับการยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักรและวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็นสำหรับส่วนที่ผลิตเพื่อส่งออก<sup>54</sup> เพื่อส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในกิจการพลังงาน ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีมาตรการให้เครดิตภาษีสำหรับการผลิตพลังงานไฟฟ้าจากพลังงานลม พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานความร้อนใต้พิภพ พลังงานชีวมวล และพลังงานจากคลื่นทะเล<sup>55</sup>

<sup>49</sup> อธิภัทร มุทิตาเจริญ, สิทธิประโยชน์ทางภาษี และการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ [ออนไลน์], 8 พฤษภาคม 2560. เข้าถึงได้จาก <https://thaipublica.org/2017/05/pier-20/> (เข้าถึงเมื่อ 7 พฤษภาคม 2565)

<sup>50</sup> Sadie Cox, Financial Incentives to Enable Clean Energy Deployment Policy Review and Good Practices, 2.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> อธิภัทร มุทิตาเจริญ, สิทธิประโยชน์ทางภาษี และการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ

<sup>53</sup> ปิณฑชานิต ศิริสาร, “มาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนธุรกิจพลังงานสะอาด ศึกษากรณีพลังงานลม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), 39.

<sup>54</sup> ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 2/2557 เรื่อง นโยบายและหลักเกณฑ์การส่งเสริมการลงทุน ข้อ 9.1

<sup>55</sup> The Energy Policy Act of 2005



## (3) สิทธิประโยชน์ทางด้านอื่น ๆ (other incentives)

นอกจากการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนในด้านการเงินและภาษีอากรซึ่งเป็นมาตรการที่มักจะใช้ในการกระตุ้นการลงทุนในด้านพลังงานแล้ว รัฐอาจจะมีนโยบายกระตุ้นการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนโดยมีมาตรการด้านอื่น ๆ เช่น

(ก) การให้สิทธิประโยชน์ทางด้านกฎหมาย เพราะสิทธิประโยชน์ทางกฎหมายจะช่วยให้การลงทุนมีความคล่องตัวมากขึ้นและลดความเสี่ยงในการลงทุนได้<sup>56</sup> ซึ่งรวมถึงการกำหนดยกเว้นเงื่อนไขบางประการที่โดยหลักแล้วกฎหมายกำหนดว่าไม่สามารถกระทำได้ เช่น การยกเว้นเงื่อนไขการห้ามคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการด้านพลังงานที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือการยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายที่ควบคุมการประกอบกิจการของคนต่างด้าวแก่นักลงทุน การให้สิทธิประโยชน์ในการลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลแก่นักลงทุนที่ประกอบกิจการในพื้นที่ที่กฎหมายกำหนด หรือการกำหนดเงื่อนไขพิเศษทางด้านแรงงาน เช่น การกำหนดวีซ่า (visa) ประเภทพิเศษสำหรับชาวต่างที่เป็นผู้เชี่ยวชาญทักษะสูง นักลงทุน และผู้ประกอบการวิสาหกิจเริ่มต้น (startups) เพื่อดึงดูดชาวต่างชาติ การอนุญาตทำงานของคนต่างชาติเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุนหรือการกระทำอื่นใดที่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุน ดังเช่นที่กำหนดในพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ของประเทศไทย

(ข) การให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนเกี่ยวกับการดำเนินงานวิจัยและพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับพลังงาน ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยได้มีนโยบายส่งเสริมการวิจัยเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน ตามกรอบการดำเนินงานภายใต้พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 โดยได้จัดสรรเงินจากกองทุนเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานเพื่อช่วยเหลือหรืออุดหนุนเอกชนในการศึกษา ค้นคว้า วิจัย เกี่ยวกับการพัฒนาการส่งเสริมและการอนุรักษ์พลังงาน การป้องกันและแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมจากการอนุรักษ์พลังงาน และเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและวางแผนพลังงาน<sup>57</sup>

<sup>56</sup> European Commission, Study on Regulatory Incentives for Investments in Electricity and Gas Infrastructure Projects (Report), Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014), 54.

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 24 และมาตรา 25

(ค) การให้สิทธิพิเศษทางการตลาดเพื่อจูงใจให้เอกชนลงทุนในธุรกิจโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน เช่น การรับซื้อไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานหมุนเวียน ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบ Feed-in Tariff (FIT)<sup>58</sup> ที่รัฐจะรับซื้อไฟฟ้าที่ผลิตได้ในราคาสูงกว่าท้องตลาดในอัตราคงที่ และจะไม่เปลี่ยนแปลงไปตามค่าไฟฟ้าและค่า Ft<sup>59</sup> หรืออยู่ในรูปแบบ Feed-in Premium (FIP) โดยเป็นการให้ผลตอบแทน (premium) ผู้ผลิตจะขายไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนตามราคาตลาดและจะได้ประโยชน์จากเงินตอบแทนเพิ่มเติมตามอัตราที่รัฐกำหนด<sup>60</sup> ทั้งนี้ มาตรการ FIT ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายทั้งในประเทศไทย<sup>61</sup> และในต่างประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี<sup>62</sup> เยอรมนี<sup>63</sup> และบราซิล<sup>64</sup> และในบางประเทศ เช่น ประเทศสเปน มีการบังคับใช้มาตรการ FIP ควบคู่กับมาตรการ FIT กล่าวคือ รัฐได้ให้สิทธิแก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนในการขายไฟฟ้าในอัตราคงที่ตามระยะเวลาที่กำหนด<sup>65</sup> และให้สิทธิแก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนในการได้รับเงินตอบแทนในอัตราที่กำหนด<sup>66</sup>

(ง) การใช้ Tradable Green Certificates (TGCs) ซึ่งเป็นการให้หนังสือรับรอง (certificate) แก่ผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน โดยหนังสือรับรองดังกล่าวจะสามารถนำมาขายแลกเปลี่ยนเป็นเงินได้ ตัวอย่างเช่น การให้สิทธิประโยชน์ในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนของประเทศออสเตรเลียซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติพลังงานหมุนเวียน (ไฟฟ้า) (Renewable Energy (Electricity) Act 2020) โดยมีมาตรการที่ให้โรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนจัดทำหนังสือรับรองการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนที่ผลิตได้ และขายให้กับผู้ซื้อไฟฟ้าซึ่งอยู่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>58</sup> Yose Rizal Damuri and Raymond Atje, "Investment Incentives for Renewable Energy: Case Study of Indonesia," *TKN Report* (December 2012): 16

<sup>59</sup> สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน, นโยบายรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน

<sup>60</sup> ปิ่นตบูนศิริสาร, มาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนธุรกิจพลังงานสะอาด ศึกษากรณีพลังงานลม, หน้า 34

<sup>61</sup> ประกาศของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เกี่ยวกับการรับซื้อไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน เช่น ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง การรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน (ไม่รวมพลังงานแสงอาทิตย์) ในช่วงเปลี่ยนผ่านจากแบบ Adder เป็น Feed-in Tariff (FIT) พ.ศ. 2558 ลงวันที่ 23 มกราคม 2558 และประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง การรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน (โครงการผลิตไฟฟ้าที่ใช้เชื้อเพลิงชีวมวล) ในช่วงเปลี่ยนผ่านจากแบบ Adder เป็น Feed-in Tariff (FIT) พ.ศ. 2559 เป็นต้น

<sup>62</sup> Conto Energia Decrees

<sup>63</sup> Renewable Energy Law (Erneuerbare Energien Gesetz – EEG) 2000

<sup>64</sup> Executive Order 538/2015

<sup>65</sup> Royal Decree 1565/2010

<sup>66</sup> Royal Decree 661/2007 or Royal Decree 1578/2008

ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานกำกับดูแลพลังงานสะอาดของออสเตรเลีย (Australian Clean Energy Regulator)<sup>67</sup>

### 2.2.2. สัญญาการลงทุน

รัฐอาจส่งเสริมการลงทุนในกิจการด้านพลังงานหมุนเวียนโดยการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในรัฐของตนผ่านการจัดทำสัญญาการลงทุนกับนักลงทุนรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะจัดทำขึ้นระหว่างรัฐบาล ส่วนราชการ (government agency) ที่มีอำนาจในการทำธุรกรรมการลงทุน หรือบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของ (state-owned company) กับนักลงทุน โดยที่สัญญาการลงทุนมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขของการลงทุนระหว่างเอกชนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุน<sup>68</sup> เพื่อให้ให้นักลงทุนได้รับการคุ้มครองและสามารถบริหารความเสี่ยงในการลงทุนได้ โดยข้อผูกพันที่กำหนดในสัญญาการลงทุนมักจะขยายความคุ้มครองการลงทุนที่เกินจากที่กำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปหรือที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศ<sup>69</sup>

#### 2.2.2.1. รูปแบบของสัญญาระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน

รูปแบบของสัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐที่มักจะปรากฏในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนได้แก่สัญญาซื้อขายไฟฟ้า (Power Purchase Agreement - PPA) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนที่มักจะจัดทำขึ้นเพื่อตกลงให้รัฐซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน โดยจะกำหนดเงื่อนไขในการผลิตและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าให้กับรัฐตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกัน และอาจกำหนดให้เอกชนผู้ผลิตไฟฟ้าชำระค่าปรับหรือค่าเสียหายให้แก่รัฐหากไม่สามารถผลิตและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าได้ตามที่กำหนดในสัญญา ทั้งนี้ เอกชนจะเป็นผู้ดำเนินการในการลงทุนทั้งหมด

<sup>67</sup> The World Bank, **Renewable Energy** [online], 11 February 2022. From <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/renewable-energy> (accessed on 2 August 2022)

<sup>68</sup> นาดินรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562) หน้า 360.

<sup>69</sup> Lorenzo Cotula, "Foreign Investment Contracts," Sustainable Markets Investment Briefings 4 (August 2007): 1.

และรัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการลงทุน ดังนั้น ความเสี่ยงในการลงทุนจึงตกอยู่กับเอกชนฝ่ายเดียว<sup>70</sup>

### 2.2.2.2. การกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) ในสัญญาการลงทุน

เนื่องจากกฎหมายและมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่นักลงทุนต่างชาติให้ความสำคัญในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน และเพื่อเป็นการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากความเสี่ยงทางการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงการคุ้มครองนักลงทุนจากการแทรกแซงของรัฐในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน<sup>71</sup> รัฐจึงมีการนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) มาใช้ในสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนเพื่อรักษาเสถียรภาพของการลงทุน<sup>72</sup> ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาการลงทุนช่วยสร้างความเชื่อมั่นในความแน่นอนของกฎหมายให้แก่นักลงทุนต่างชาติได้ เพราะความแน่นอนและการคาดการณ์ได้ของกฎหมายเป็นปัจจัยสำคัญในการเข้าทำสัญญาที่มีระยะเวลายาวนาน เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นที่ใช้ในการตีความสัญญา ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงจะช่วยดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติได้อีกด้วย<sup>73</sup>

ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (Special Representative of the Secretary-General for business and human rights: SRSG) และบริษัทเงินทุนระหว่างประเทศ (International Finance Corporation: IFC) ได้วิเคราะห์บทบาท

<sup>70</sup> The World Bank Group, *Power Purchase Agreements (PPAs) and Energy Purchase Agreements (EPAs)* [online], 5 April 2021. From <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/energy/energy-power-agreements/power-purchase-agreements> (accessed on 9 June 2022)

<sup>71</sup> Abdullah Faruque, "Validity and Efficacy of Stabilisation Clause: Legal Protection vs. Functional Value," *Journal of International Arbitration* 23 (2006): 318.

<sup>72</sup> A.F.M. Maniruzzaman, "The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends," *The Journal of World Energy Law & Business* 1, 2 (25 July 2008): 121.

<sup>73</sup> Katja Gehne and Romolu Brillo, "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment," (January 2014): 1 (available at <http://dx.doi.org/10.25673/76773>)

และหน้าที่ของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง โดยได้แบ่งประเภทของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงออกเป็น 3 ประเภท<sup>74</sup> ดังนี้

(1) ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น Freezing Clauses เป็นวิธีการแบบดั้งเดิมในการกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาเพื่อรักษาความมั่นคงของกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนที่ใช้บังคับอยู่ขณะทำสัญญาตลอดระยะเวลาที่ทำการลงทุน ซึ่งมีลักษณะเป็นการ “แช่แข็ง” กฎหมายของรัฐ<sup>75</sup> หรืออาจกำหนดให้กรณีที่มีความขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับใหม่กับข้อตกลงของสัญญาให้ข้อตกลงตามสัญญาที่มีผลใช้บังคับ หรือกำหนดให้กฎหมายหรือมาตรการที่จะบังคับใช้ในอนาคตที่กำหนดให้นักลงทุนต้องรับภาระที่มากขึ้นไม่นำมาบังคับใช้กับนักลงทุนภายใต้สัญญา และอาจบังคับใช้กับคำตัดสินของศาลที่มีขึ้นในภายหลังเพื่อไม่ให้เป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐในการออกกฎหมาย แต่กฎหมายที่ประกาศใช้บังคับใหม่จะไม่กระทบต่อการลงทุนภายใต้สัญญา ทั้งนี้ Freezing Clauses ได้ทำให้สัญญามีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ที่อยู่เหนือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะประกาศใช้ภายหลัง หรือปรับใช้เฉพาะที่สอดคล้องกับสัญญาการลงทุนเท่านั้น<sup>76</sup>

ตัวอย่างของ Freezing Clauses เช่น

“กฎระเบียบ กฎหมาย และข้อบังคับใด ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ ณ วันที่มีผลบังคับ ซึ่งรวมถึง กฎหมายกองทุนสงเคราะห์แรงงาน ค.ศ. 1971 และพระราชบัญญัติผลกำไรของบริษัท (การมีส่วนร่วมของแรงงาน) ค.ศ. 1968 จะใช้บังคับกับสัญญานี้ตลอดระยะเวลาของสัญญา ไม่ว่าจะมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมในภายหลังหรือไม่ก็ตาม<sup>77</sup>”

<sup>74</sup> Ibid., p. 2.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid., p. 5.

<sup>77</sup> Model Petroleum Concession Agreement For Onshore Area of The Islamic Republic of Pakistan, 2013, Article 30.5

All the rules, laws, regulations in effect on the Effective Date, including the Workers' Welfare Fund Ordinance, 1971 and the Companies Profits (Workers' participation) Act, 1968 shall apply to this Agreement,

(2) ข้อสัญญาว่าด้วยดุลยภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Equilibrium Clauses หรือ Economic Balancing Provision) เป็นข้อตกลงที่มีขึ้นภายหลังข้อสัญญาแบบ Freezing Clauses ที่พัฒนาขึ้นเพื่อรักษาความสมดุลของสัญญา กล่าวคือ Economic Equilibrium Clauses มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสมดุลระหว่างเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนกับการคุ้มครองนักลงทุนตามสัญญาการลงทุน ภายใต้ข้อตกลงประเภท Economic Equilibrium Clauses รัฐจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือมาตรการทางปกครองที่กระทบต่อการลงทุน ได้เมื่อคู่สัญญาได้มีการปรึกษาหารือกันแล้ว<sup>78</sup> ทำให้การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะไม่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้สัญญาการลงทุน<sup>79</sup> และนักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับภายหลังการทำสัญญาลงทุน<sup>80</sup> แต่เป็นการป้องกันการเปลี่ยนแปลงฝ่ายเดียวโดยรัฐผู้รับการลงทุน

ความแตกต่างระหว่างข้อสัญญาประเภท Economic Equilibrium Clauses และประเภท Freezing Clauses คือ Freezing Clauses มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองนักลงทุนจากการแทรกแซงทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ในการแก้ไขหรือประกาศใช้กฎหมายใหม่ เป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการออกกฎหมาย ในขณะที่ Economic Equilibrium Clauses มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองนักลงทุนจากการใช้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยอำเภอใจ ซึ่งเป็นการป้องกันนักลงทุนจากการใช้อำนาจอย่างไม่จำกัดของรัฐในการแก้ไขเงื่อนไขของสัญญา<sup>81</sup>

ทั้งนี้ Economic Equilibrium Clauses ในสัญญาการลงทุน อาจพบได้ 3 ลักษณะ คือ (1) Stipulated Economic Balancing (SEB) คือ การกำหนดให้แก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามเงื่อนไขและรูปแบบที่กำหนดไว้ เมื่อมีรัฐการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือคำสั่งที่กระทบต่อ

---

throughout its term, whether or not subsequently amended or revised. (available at [http://www.ppepdr.net/pdf/Model\\_Petroleum\\_Concession\\_Agreement.pdf](http://www.ppepdr.net/pdf/Model_Petroleum_Concession_Agreement.pdf))

<sup>78</sup> Abdullah Faruque, Validity and Efficacy of Stabilisation Clause: Legal Protection vs. Functional Value, 320.

<sup>79</sup> A.F.M. Maniruzzaman, The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends, 126.

<sup>80</sup> Sam Halabi, "Efficient Contracting Between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses," *Northwestern Journal of International Law & Business* 30: 293

<sup>81</sup> Abdullah Faruque, Validity and Efficacy of Stabilisation Clause: Legal Protection vs. Functional Value, 320.

สัญญาตามรูปแบบที่กำหนด (2) Non-specified Economic Balancing (NSEB) คือ การกำหนดให้มีการแก้ไขสัญญาเมื่อรัฐมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือคำสั่งที่กระทบต่อสัญญาโดยไม่ได้กำหนดรูปแบบในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้ในข้อตกลง และไม่ได้กำหนดให้คู่สัญญาดกลงร่วมกันเพื่อแก้ไขสัญญา และ (3) Negotiated Economic Balancing (NEB) คือ การกำหนดให้คู่สัญญาเจรจากันเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา เมื่อรัฐมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือคำสั่งที่กระทบต่อการลงทุนตามสัญญา<sup>82</sup> โดยลักษณะที่มักจะพบในการจัดทำสัญญาการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนได้แก่ ลักษณะ SEB และ NEB

ตัวอย่างของลักษณะ SEB ในสัญญาการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ได้แก่

### “3. การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย - รายได้ลดลง

(a) ในกรณีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายซึ่งผู้ขายเชื่อโดยสุจริตว่าจะส่งผลให้:

(i) เพิ่มต้นทุนของผู้ขาย ซึ่งไม่สามารถเรียกคืนจากผู้ซื้อได้ภายใต้ บทบัญญัติใด ๆ ของสัญญานี้ หรือ

(ii) รายได้ของผู้ขายลดลง

ผู้ขายจะต้องยื่นหนังสือรับรองการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางการเงินหรือการบำรุงรักษาโรงงาน ให้แก่ผู้ซื้อ

(A) ซึ่งที่ผู้ขายสามารถกำหนดต้นทุนที่เพิ่มขึ้นหรือรายได้ที่ลดลง เต็มจำนวนล่วงหน้า และ

(B) ซึ่งที่ผู้ขายไม่สามารถกำหนดต้นทุนที่เพิ่มขึ้นหรือรายได้ที่ลดลง เต็มจำนวนได้ (รวมถึงกรณีที่มีการเพิ่มขึ้นหรือลดลงปรากฏแก่ผู้ขายหลังจากที่ได้ยื่นหนังสือรับรองแก่ผู้ซื้อ ตามที่กำหนดในวรรค 3(a)(A) ทุกไตรมาส (หรือตามกำหนดเวลาอื่นตามที่

<sup>82</sup> A.F.M. Maniruzzaman, The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends, 127-128.

คู่สัญญาอาจตกลงกัน) หลังจากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย  
ดังกล่าว

- (b) หนังสือรับรองจะต้องระบุรายละเอียดอย่างสมเหตุสมผลที่จะให้ผู้ซื้อเข้าใจพื้นฐานและการคำนวณต้นทุนที่เพิ่มขึ้นหรือรายได้ที่ลดลง (ซึ่งหนังสือรับรองตามวรรค 3(a)(B) จะต้องดำเนินการในไตรมาสก่อนหน้า หรือตามกำหนดเวลาอื่นตามที่อาจตกลงกัน)
- (c) เมื่อผู้ซื้อได้รับหนังสือรับรองดังกล่าวแล้ว (ภายใต้วรรค 3(d)) คู่สัญญาจะต้องพิจารณาการปรับปรุงการชำระค่าพลังงาน และ/หรือการชำระค่าพลังงาน หรือค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นเพื่อให้เท่าเทียมกับการเพิ่มขึ้นของต้นทุนหรือการลดลงของรายได้ดังกล่าวอย่างสุจริตโดยทันที เพื่อให้ฐานะทางการเงินของผู้ขายได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ คู่สัญญาจะต้องให้ความร่วมมือกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการพิจารณาดังกล่าวอย่างสุจริต
- (d) จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว:
- (i) หากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายส่งผลให้ต้นทุนเพิ่มขึ้น/รายได้ลดลงเนื่องจากการผิดนัดของผู้ขายหรือผู้รับจ้างของผู้ขาย
- (ii) เว้นแต่และจนกว่าการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายใด ๆ ในหนึ่งปี ปฏิทินส่งผลให้ต้นทุนเพิ่มขึ้น และ/หรือรายได้ลดลงเกินกว่า 100,000 ดอลลาร์สหรัฐในปีปฏิทินนั้นหรือรวมได้ 250,000 ดอลลาร์สหรัฐในช่วงระยะเวลา 5 ปีปฏิทิน<sup>83</sup>”

<sup>83</sup> PPA model prepared by the World Bank and the Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Schedule 8 Change in Law

3. Change in Law – Decreases in Revenue

(a) If there is a Change in Law which Seller believes in good faith will materially:

- (i) increase costs to be incurred by Seller which are not recoverable from Purchaser under any provision of this Agreement; or



ตัวอย่างของลักษณะ NEB ในสัญญาการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ได้แก่

“19.15. การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญอย่างรุนแรง หากรัฐบาลกลาง เครื่องจักรภาพรัฐแมสซาชูเซตส์ หรือ ISO-New England ประกาศใช้ ตรา หรือกำหนดกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับใหม่ซึ่งทำให้การปฏิบัติหน้าที่ ของคู่สัญญาภายใต้สัญญานี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือทำให้สัญญานี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้ และการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลไม่ถึงเป็นเหตุสุดวิสัย ภายใต้ข้อ 11 ของสัญญานี้ คู่สัญญาจะต้องเจรจากันอย่างสุจริตเพื่อแก้ไข ข้อกำหนดของสัญญานี้ และเพื่อพิจารณาการเปลี่ยนแปลงที่เหมาะสม (หาก มี) เพื่อให้คู่สัญญาที่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายหรือ

---

(ii) decrease the revenues of Seller, in connection with the financing operation or maintenance of the Facility, then Seller shall submit to Purchaser a certificate in respect of such Change in Law:

(A) where Seller is able to determine in advance the full amount of such increased costs or reduced revenues, after such determination; and

(B) where Seller is unable to determine in advance the full amount of such increased costs or reduced revenues (including cases where such increases/decreases only become apparent to Seller after it has submitted a certificate to Purchaser under Paragraph 3 (a)(A)), at quarterly intervals (or such other intervals as the Parties may agree) after such Change in Law.

(b) The certificate shall set forth in detail reasonably satisfactory to Purchaser the basis of and the calculations for the amount of such increase in costs or decrease in revenues (which certificate, in the case of Paragraph 3(a)(B), shall be in respect of the preceding quarter, or such other interval as may have been agreed).

(c) Upon Purchaser's receipt of each such certificate, the Parties shall (subject to Paragraph 3 (d) promptly determine, in good faith, any necessary adjustments to the Capacity Payments and/or the Energy Payments or other compensation to equitably reflect such increase in costs or decrease in revenues, with the intent that the financial position of Seller shall not be affected by such Change in Law. Each Party shall cooperate in good faith with the other Party in connection with any such determination.

(d) There shall be no such adjustment:

(i) if the Change in Law results in an increase in costs/decrease in revenues due to the default of Seller or Seller's contractors; and

(ii) unless and until any one or more Change in Law events results in any calendar year, in an increase in costs and/or decrease in revenues in excess of [US\$100,000] for such calendar year [or aggregating US\$250,000 in any period of 5 calendar years].

(available at [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/ppp\\_testdumb/documents/energy%20ppa%201\\_0.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/ppp_testdumb/documents/energy%20ppa%201_0.pdf))

กฎระเบียบสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้โดยชอบโดยไม่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางการเงินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมีสาระสำคัญ...<sup>84</sup>”

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในมุมมองทางกฎหมาย Economic Equilibrium Clauses ไม่ได้เป็นปัญหาร้ายแรงต่อรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจาก Economic Equilibrium Clauses ไม่ได้เป็นการห้ามรัฐในการออกกฎหมายในระหว่างที่ข้อตกลงยังมีผลบังคับใช้ ในขณะที่ Freezing Clauses จะเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐและทำให้การกระทำของรัฐกลายเป็นการกระทำที่ผิดสัญญา แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่า Economic Equilibrium Clauses จะมีความยืดหยุ่นและไม่ล่วงล้ำการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่ Economic Equilibrium Clauses อาจจะทำให้รัฐเกิดภาระค่าใช้จ่ายที่สูงได้ ด้วยเหตุที่ Economic Equilibrium Clauses อาจนำไปสู่การเรียกร้องค่าเสียหายที่สูงและการเรียกร้องการคุ้มครองที่กว้างกว่าการละเมิด Freezing Clauses

(3) ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็น Hybrid Clauses เป็นการผสมผสานลักษณะของ Freezing Clauses และ Economic Equilibrium Clauses โดย Hybrid Clauses เปิดโอกาสให้คู่สัญญาได้เจรจาตกลงกันเพื่อให้การลงทุนได้รับการยกเว้นจากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายของรัฐหรือรัฐอาจชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการที่รัฐแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายแก่นักลงทุน หรือบรรเทาผลกระทบของนักลงทุนจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่กระทบต่อการลงทุน<sup>85</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>84</sup> Power Purchase Agreement for Unit Contingent Contract Products and Mansfield Municipal Electric Department Model Article 19.15

Material Adverse Change. If the federal government, the Commonwealth of Massachusetts, or ISO-New England, Inc. adopts, enacts, or otherwise imposes a new law, rule or regulation which either makes a Party's performance under this Agreement unlawful, or makes this Agreement unenforceable, and such governmental action does not constitute a Force Majeure event under Article 11 of this Agreement, then the Parties shall negotiate in good faith to amend the terms of this Agreement and to determine the appropriate changes, if any, so that the Party affected by such change in law or regulation is able to lawfully perform its obligations without materially adversely affecting the financial benefit hereunder to the other Party... (available at <https://www.mansfieldelectric.com/sites/g/files/vyhlf836/f/uploads/solar-power-purchase-agreement-2017-approved.pdf>)

<sup>85</sup> Sam Halabi, Efficient Contracting Between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses, 293

ตัวอย่างของ Hybrid Clauses ในสัญญาการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน เช่น

“การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายรวมถึงการตรา หรือการแก้ไข หรือการเปลี่ยนแปลงการตีความกฎหมายตลอดจนการเปลี่ยนแปลงทางภาษี ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายผู้ผลิตไฟฟ้ามีสิทธิได้รับการชดเชยเพื่อให้อยู่ในสถานะเช่นเดียวกับในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่เกิดขึ้น<sup>86</sup>”

หรือ

“การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายรวมถึงการตรา/การแก้ไขกฎหมาย กฎเกณฑ์ ประกาศ การเปลี่ยนแปลงการตีความของศาล/รัฐบาล รวมถึงการเปลี่ยนแปลงทางภาษี เงินเพิ่ม และการประเมิน ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย คู่สัญญาจะต้องติดต่อ CERC<sup>87</sup>”

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงยังมีการนำมาใช้ในกิจการพลังงานหมุนเวียน โดยปรากฏในรูปแบบ Economic Equilibrium Clauses และ Hybrid Clauses ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะเหตุว่าข้อสัญญาแบบ Freezing Clauses มีผลเป็นการจำกัดอำนาจรัฐในการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายค่อนข้างมาก การกำหนดข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวอาจส่งผลให้รัฐไม่สามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนที่ใช้บังคับกับสัญญาการลงทุนได้

อย่างไรก็ดี ประเด็นที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงซึ่งยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ ได้แก่ ประเด็นที่ว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงนั้นมีความสมบูรณ์และสามารถผูกพันรัฐผู้รับการลงทุนได้

<sup>86</sup> Draft PPA issued by MSEDCL for procuring 500 MW wind power (2017) Clause 9.2.1

Change in law includes enactment or amendment or change in interpretation of a law as well as any change in taxes. In case of a change in law, the power producer is entitled to be compensated such that it is placed in the same economic position as if such an event had not occurred. (available at <https://www.ceew.in/sites/default/files/CEEW-Change-in-Law-Clause-PPA-Series-28Jun19.pdf>)

<sup>87</sup> Draft PPA issued by SECI with bid documents for purchase of wind power (2018) Clause 9.1.1

Change in law includes the enactment/amendment of any law, rules, notifications as also change in interpretation thereof by courts/the government. Change in taxes, surcharge, cess have also been specifically included. To claim relief in case of a change in law, the parties are required to approach the CERC. (available at <https://www.ceew.in/sites/default/files/CEEW-Change-in-Law-Clause-PPA-Series-28Jun19.pdf>)

หรือไม่ และรัฐผู้รับการลงทุนจะสามารถกล่าวอ้างอำนาจอธิปไตยของตนเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงได้หรือไม่<sup>88</sup> ทั้งนี้ จากการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศพบว่ายังไม่มีคณะอนุญาโตตุลาการคณะใดที่ชี้ขาดว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงเป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลทางกฎหมาย และการยอมรับความสมบูรณ์ของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงได้ปรากฏให้เห็นในหลายคดี เช่น ในคดี *AMINOIL v. Kuwait* คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ยอมรับว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาสัมปทานน้ำมันมีความสมบูรณ์ แต่ข้อสัญญานั้นต้องมีความชัดเจนและมีผลในระยะเวลาอันจำกัด<sup>89</sup> และในคดี *AGIP v. Congo* คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงซึ่งรัฐบาลได้เข้าทำด้วยความสมัครใจไม่กระทบต่อหลักอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายและการควบคุม เพราะรัฐบาลยังคงมีอำนาจอธิปไตยดังกล่าวอยู่เหนือคนชาติและเหนือคนต่างชาติที่รัฐบาลไม่ได้เข้าทำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงด้วย โดยข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงถูกจำกัดให้ส่งผลต่อคู่สัญญาเท่านั้น กล่าวคือ การแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาการลงทุนจะไม่สามารถใช้ยันกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ (unopposable)<sup>90</sup> รวมถึงในคดี *Texaco v. Libya* คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่าในการใช้อำนาจอธิปไตยนั้น ไม่มีสิ่งใดขัดขวางรัฐจากการผูกพันตนเองโดยไม่อาจเพิกถอนได้ตามข้อสัญญาในสัญญาสัมปทาน และการให้สิทธิแก่ผู้รับสัมปทาน การที่รัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนนั้นก็มิใช่การสละอำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ คณะอนุญาโตตุลาการจึงรับรองความสมบูรณ์ของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง<sup>91</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงจะถูกวิเคราะห์จากความเห็นส่วนใหญ่ว่ามีความสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่มิได้หมายความว่าข้อสัญญาดังกล่าวจะสามารถให้การคุ้มครองนักลงทุนจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้ทุกกรณี เนื่องจากใน

<sup>88</sup> นาถนิรันดร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 382.

<sup>89</sup> *Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Award (24 March 1982), 21 I.L.M. 976, paras. 96-96 (1982) อ้างถึงใน นาถนิรันดร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 383.

<sup>90</sup> *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, para. 86 อ้างถึงใน นาถนิรันดร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 384.

<sup>91</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, para. 81 อ้างถึงใน นาถนิรันดร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 384.

ปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน รัฐผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ควบคุมกำกับการลงทุนเพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อม จึงมีความเห็นว่าการใช้อำนาจอธิปไตยที่ขัดต่อข้อผูกพันภายใต้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงจนส่งผลกระทบต่อการลงทุน แต่รัฐก็ไม่ควรที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าวถ้าการใช้อำนาจของรัฐนั้นกระทำไปเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม<sup>92</sup> นอกจากนี้แม้ว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงจะเป็นประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติและเป็นเครื่องมือของรัฐผู้รับการลงทุนในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ เพราะเป็นสิ่งที่สามารถป้องกันนักลงทุนต่างชาติไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนในการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย แต่ในทางกลับกันข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงก็อาจทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่ได้รับสิทธิประโยชน์จากกฎหมายใหม่หากกฎหมายที่บังคับใช้ใหม่นั้นเป็นคุณแก่นักลงทุนมากกว่า หรืออีกมุมหนึ่งข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงอาจส่งผลกระทบต่อคนชาติ เนื่องจากคนชาติจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>93</sup>

ด้วยเหตุที่ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความเสี่ยงในการทำการลงทุน สร้างความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติ ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงจึงมีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างมาก เนื่องจากสัญญาการลงทุนที่ระบุข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงอาจก่อให้เกิดความคาดหวังแก่นักลงทุนมากขึ้นว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง หรือจะมีการเจรจกันระหว่างรัฐกับนักลงทุน ขึ้นอยู่กับรูปแบบของข้อสัญญาตามที่ได้อธิบายในข้างต้น และอาจทำให้เกิดข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Abdullah Faruque, Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Functional Value, 323.

<sup>93</sup> Tomson Reuters Practical Law, **Stabilization Clause** [online], 4 February 2006. From [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (accessed on 2 June 2022)

<sup>94</sup> Peter D Cameron, *International Energy Investment Law the Pursuit of Stability*, p. 66.

### 2.2.3. กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>95</sup> ดังนั้นในการศึกษารอบทางกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนจึงนำที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศมาพิจารณา ดังต่อไปนี้

#### 2.2.3.1. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (international investment agreements)

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้รับการยอมรับว่าเป็นที่มาหลักของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>96</sup> โดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีแห่งความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้น ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีที่มาจากการพัฒนาเศรษฐกิจของโลกที่มีอัตราการแข่งขันสูงทำให้รัฐต่าง ๆ จัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในประเทศของตนและเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจ โดยรัฐผู้รับการลงทุนได้จำกัดอำนาจอธิปไตยของตนบางประการของตนเพื่อสร้างเสถียรภาพและความแน่นอนในการลงทุนเพื่อให้มีบรรยากาศที่เป็นมิตรต่อการลงทุนของต่างชาติ โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นการสร้างกรอบทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการลงทุนและประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมให้แก่นักลงทุนต่างชาติในกรณีที่มีการกระทำของรัฐขาดความชอบธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการลงทุนในประเทศที่หลักนิติธรรมขาดความเข้มแข็ง กฎหมายภายในประเทศด้านการคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติไม่ได้มาตรฐานหรือไม่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเพียงพอ<sup>97</sup> ทั้งนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจถูกจัดประเภทแตกต่างกันไปโดยพิจารณาจาก (1) เนื้อหาของความตกลงและจำนวนรัฐภาคีในความตกลง (2) ผู้รับประโยชน์จากความตกลง และ (3) ระดับการพัฒนาของรัฐภาคีในความตกลง ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นความตกลงทวิภาคี (bilateral treaties) ความตกลงพหุภาคี

<sup>95</sup> Elizabeth Whitsitt and Nigel Bankes, *The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector*, 209.

<sup>96</sup> Rudolf Dolzer, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* 2<sup>nd</sup>ed. (Oxford University Press, 2012) page 13.

<sup>97</sup> วิลาวรรณ มังคละธนะกุล, “หลักนิติธรรมกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ,” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยศาสตร์รัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2562), หน้า 4.

(multilateral treaties) โดยความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้นอาจมีชื่อเรียกเฉพาะแตกต่างกันไป เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระดับภูมิภาคซึ่งมีหมวดการลงทุน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน แต่ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร ทรสารดังกล่าวก็มีผลผูกพันในทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งในการตีความความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต้องอาศัยหลักการตีความสนธิสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดในอนุสัญญาเวียนนากฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อ 31 และข้อ 32<sup>98</sup>

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะกำหนดพันธกรณีและมาตรฐานที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ (standards of treatment) กล่าวคือ กำหนดความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติต่อการลงทุนและ/หรือนักลงทุนต่างชาติในรัฐของตน<sup>99</sup> ซึ่งขอบเขตและเนื้อหาของแตกต่างกันไปในแต่ละความตกลง แต่พันธกรณีหรือมาตรฐานที่เป็นพื้นฐานที่มักกำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้แก่

(1) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติแบบสัมพัทธ์ (relative standard of treatment) ซึ่งกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติกับการลงทุนและ/หรือนักลงทุนจากต่างชาติไม่ด้อยไปกว่าการลงทุนและ/หรือนักลงทุนคนชาติของตน มาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจึงไม่มีเนื้อหาการปฏิบัติเป็นของตนเอง แต่จะปรากฏเนื้อหาได้โดยการอ้างอิงกับการปฏิบัติที่นักลงทุนคนชาติได้รับ<sup>100</sup>

(2) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored-Nation Treatment) คือการปฏิบัติที่รัฐผู้ให้ (granting state) ให้แก่ผู้รับประโยชน์ (beneficiary state) บุคคล (person) หรือสิ่งของ (thing) ของรัฐผู้รับประโยชน์ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้ให้กับรัฐผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่า (not less favorable) การปฏิบัติที่รัฐผู้ให้ให้แก่รัฐที่สาม (third state) บุคคลหรือสิ่งของของรัฐที่สาม ในความสัมพันธ์เดียวกันระหว่างรัฐผู้ให้กับรัฐที่

<sup>98</sup> Elizabeth Whitsitt and Nigel Bankes, *The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector*, 209.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>100</sup> นาถนรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 26.

สาม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐ บุคคล หรือสิ่งของดังกล่าวต้องอยู่ในพฤติการณ์ที่เหมือนกัน (like circumstances) ซึ่งเป็นมาตรฐานการปฏิบัติแบบสัมพัทธ์เช่นเดียวกับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ<sup>101</sup>

(3) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติแบบเด็ดขาด (absolute standard of treatment) ที่พบในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้เป็นการทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติพื้นฐานทั่วไปสำหรับการลงทุน ซึ่งอาจจะเป็นมาตรฐานที่แยกออกจากกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถปรับใช้ได้ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจึงทำหน้าที่ในการอุดช่องว่างในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในกรณีที่บทบัญญัติอื่นไม่ครอบคลุมถึง เพื่อสร้างความมั่นใจว่าการลงทุนจากต่างชาติจะได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>102</sup> ทั้งนี้ เนื้อหาของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจะรวมถึงการให้การคุ้มครอง (1) ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (2) ความโปร่งใส (3) การปฏิบัติตามพันธกรณีตามสัญญา (4) ความถูกต้องในทางวิธีดำเนินการและกระบวนการอันควร (5) ความสุจริต และ (6) การปราศจากการข่มขู่และก่อกวน<sup>103</sup>

(4) การเวนคืน (Expropriation) ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนโดยปราศจากการจ่ายค่าทดแทน เนื่องจากการเวนคืนนั้นถือได้ว่าเป็นรูปแบบของการแทรกแซงทรัพย์สินของนักลงทุนที่รุนแรงที่สุด และเป็นการทำให้ความมั่นคงของการลงทุนเสื่อมเสียไปอย่างร้ายแรง<sup>104</sup> โดยทรัพย์สินดังกล่าว อาจรวมถึงทรัพย์สินทางกายภาพ เช่น ที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิตามสัญญา สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสัมปทานธุรกิจที่ได้รับจากรัฐบาล<sup>105</sup> อย่างไรก็ตาม การที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ไม่ได้เป็นการเวนคืนเสมอไป แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะนำไปสู่การสูญเสียสิทธิภายใต้

<sup>101</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

<sup>102</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 276.

<sup>103</sup> Rudolf Dolzer and Christoph Schreier, *Principles of International Investment Law*, p. 250 อ้างถึงใน นาน นรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 297.

<sup>104</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 346.

<sup>105</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 361.



สัญญาก็ตาม การผิดสัญญาที่จะก่อให้เกิดการเวนคืนได้ต้องเป็นการกระทำในฐานะของรัฐบาล (governmental capacity) โดยอาศัยอำนาจรัฐ (public authority)<sup>106</sup>

(5) การคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ (Full Protection and Security) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติแบบเด็ดขาดที่มักกำหนดให้รัฐภาคีหนึ่งต้องให้การคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุน (investment of investor) ของอีกรัฐภาคีหนึ่งที่อยู่ในอาณาเขตของตนจากอันตรายทางกายภาพ และทางกฎหมายเท่าที่สภาพของการลงทุนจะเปิดช่องให้ได้รับการคุ้มครองได้<sup>107</sup>

(6) การโอนเงิน (Transfer of Funds) ซึ่งให้การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุน ในการที่จะโอนเงินหรือผลตอบแทนจากการลงทุนหรือที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนได้โดยเสรีและไม่ล่าช้า โดยรัฐไม่สามารถควบคุมอัตราแลกเปลี่ยนได้ ทั้งนี้ จะรวมถึงเงินที่ใช้ในการเริ่มทำการลงทุน และเงินที่ได้รับจากการลงทุนดังกล่าว รวมถึงกำไรและเงินที่ได้จากการขายหรือโอนทรัพย์สินใด ๆ อย่างไม่จำกัด ข้อบ่งชี้ด้วยการโอนเงินไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด รัฐอาจมีการจำกัดได้ เช่น ในกรณีที่รัฐประสบปัญหาด้านดุลการชำระเงิน<sup>108</sup>

(7) ข้อบ่งชี้ (Umbrella clause) เป็นข้อบ่งชี้ที่คุ้มครองการลงทุนโดยการ ให้พันธกรณีตามสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ ถือเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>109</sup> กล่าวคือ หากรัฐผู้รับการลงทุนละเมิดหรือระงับสัญญาซึ่งได้ทำไว้กับนักลงทุนจากรัฐภาคีจะเป็นการละเมิดพันธกรณีตามข้อบ่งชี้ ซึ่งจะทำให้การละเมิดสัญญากับเอกชนต่างชาติมีฐานะทางกฎหมายเทียบเท่ากับการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนด้วย ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวทางการตีความข้อบ่งชี้ว่ากรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนละเมิดสิทธิเรียกร้องทางสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ ไม่อาจยกระดับขึ้นเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ เว้นแต่ข้อเรียกร้องนั้นจะเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ นอกเหนือจากการกระทำในเชิง

<sup>106</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 371.

<sup>107</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

<sup>108</sup> UNCTAD, "Transfer of Funds," UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (2000): 5,7.

<sup>109</sup> Anthony C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection," *Arbitration International* 20, no. 4 (2014): 411.

พาณิชย์ทางสัญญา<sup>110</sup>นั้นจะเป็นความผูกพันตามความตกลงทางการลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>110</sup>

นอกจากการคุ้มครองทางสารบัญญัติแล้ว นักลงทุนต่างชาติยังได้รับการคุ้มครองทางวิธีสบัญญัติด้วย กล่าวคือ เมื่อนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในรัฐในกิจการซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานกับภาครัฐ ในกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน หรือเมื่อนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ในอดีตนักลงทุนต่างชาติไม่มีทางเลือกในการระงับข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุนนอกจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เว้นแต่จะได้อำนาจเรื่อง การระงับข้อพิพาทในสัญญาการลงทุนให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทโดยศาลมักจะพบอุปสรรคหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมไม่ว่าจะเป็นด้านกฎหมายภายใน อำนาจอธิปไตยของรัฐ และการขาดความเป็นอิสระของกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้การระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection)<sup>111</sup> ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อาจไม่เหมาะสมที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>112</sup> ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจึงได้แก้ไขความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติ<sup>113</sup> โดยมีบทบัญญัติให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการระงับข้อพิพาทต่อรัฐได้โดยตรงและเรียกร้องให้รัฐผู้รับการลงทุนชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการที่รัฐละเมิดข้อตกลงที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและส่งผลให้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>110</sup> Samantha J Rowe and Svetlana Portman, *Current Trends in 'Umbrella Clause' Claims Arising from Breaches of Contractual Obligations* [online], 3 June 2021. From <https://www.ibanet.org/current-trends-umbrella-clause-claims> (accessed on 20 June 2022)

<sup>111</sup> การให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เป็นสิทธิของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตน เมื่อรัฐเห็นว่าคนชาติของตนไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือได้รับการคุ้มครองไม่เพียงพอจากรัฐอื่น โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลที่รัฐจะให้ความคุ้มครองนั้นจะต้องมีสัญชาติของรัฐนั้นอย่างแท้จริงในขณะที่บุคคลนั้นได้รับความเสียหายและในขณะที่รัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลนั้นให้ความคุ้มครองทางการทูตเพื่อเรียกร้องต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และบุคคลที่จะขอให้มีการคุ้มครองทางการทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติของตนนั้นจะต้องใช้วิธีการเยียวยาแห่งท้องถิ่น (exhaustion of local remedies) ตามกฎหมายภายในของรัฐซึ่งบุคคลนั้นได้รับความเสียหายหรือความไม่เป็นธรรมให้เสร็จสิ้นก่อน (จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552). หน้า 244, 251)

<sup>112</sup> Martin Valasek and Alison FitzGerald, "Frequently Asked Questions About Investor-State Dispute Settlement," *International Arbitration Report* 8 (2017): 5

<sup>113</sup> นาดินรินทร์ จันทร์งาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 110.

การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหาย<sup>114</sup> หรือที่เรียกว่าการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) ซึ่งนักลงทุนจะมีสิทธิใช้กลไก ISDS ได้ภายใต้โครงสร้างและระเบียบวิธีที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยมีกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolutions) คือการระงับข้อพิพาทนอกศาล โดยอาจใช้วิธีการเจรจาและการหารือ (consultation and negotiation) การไกล่เกลี่ย (mediation) และการประนีประนอมยอมความ (conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (arbitration)<sup>115</sup>

ทั้งนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักจะกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสามารถนำข้อพิพาทฟ้องต่อรัฐได้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่แตกต่างจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนและการใช้วิธีการคุ้มครองทางการทูตตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนต่างชาติว่าการระงับข้อพิพาทจะมีอิสระและเป็นกลาง ปราศจากอิทธิพลทางการเมืองของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>116</sup> รวมถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็วกว่าการพิจารณาคดีในศาล<sup>117</sup> โดยบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักอ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 - ICSID Convention) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่รัฐได้ให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีแล้วทั้งหมด 157 ประเทศ<sup>118</sup> กล่าวคือ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน มักกำหนดให้การระงับข้อพิพาทภายใต้ ICSID เป็นตัวเลือกหนึ่งของนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติที่ต้องการใช้ตัวเลือกดังกล่าวจึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ ICSID Convention ด้วย ICSID Convention จึงเป็น

<sup>114</sup> สุรพี โพธิสาราช, "การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย," วารสารนิติ รัฐกิจ และ สังคมศาสตร์ 1, no. 1 (2560): 17.

<sup>115</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 21

<sup>116</sup> วิลาวรรณ มังคละชนะกุล, หลักนิติธรรมกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ, หน้า 6.

<sup>117</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ และจิราพร ลิ้มปานานนท์, "กลไกการระงับข้อพิพาทการลงทุนกับผลกระทบต่อสุขภาพ," การค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ ชุด กฎ กติกาที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ 1 (มิถุนายน 2558): 6

<sup>118</sup> ข้อมูล ณ วันที่ 20 มิถุนายน 2565 (เข้าถึงได้จาก <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>)

สนธิสัญญาอีกฉบับที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>119</sup> อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้การระงับข้อพิพาทภายใต้ ICSID นั้น รัฐภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะต้องเป็นภาคีใน ICSID Convention ด้วย แม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่ต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณี แต่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้ความยินยอมในการสละอำนาจอธิปไตยทางศาลของตนและตกลงเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนับแต่ที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้สัตยาบันในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนั้น รัฐจึงไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมเป็นรายกรณีเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และเมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว และโดยทั่วไปคำชี้ขาดนั้นถือเป็นที่สุด ไม่สามารถอุทธรณ์ได้ ซึ่งหากชี้ขาดว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน อนุญาโตตุลาการอาจให้รัฐชำระค่าชดเชยให้กับนักลงทุนตามจำนวนที่กำหนด กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกลไก ISDS จึงเป็นช่องทางที่ทำให้ให้นักลงทุนต่างชาติเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในกรณีที่เห็นว่ารัฐผู้รับการลงทุนละเมิดสิทธิของตน<sup>120</sup>

### 2.2.3.2. กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law)

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ถูกกล่าวถึงในข้อ 38(1)(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice<sup>121</sup> ในฐานะที่เป็นหลักฐานแสดงถึงการปฏิบัติโดยทั่วไป (general practice) ของรัฐ และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (acceptance as law) แม้ว่าการตกลงระหว่างประเทศจะมีบทบาทหลักในกฎหมายระหว่าง

<sup>119</sup> นาดินันต์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 111.

<sup>120</sup> วิลาวรรณ มังคละชนะกุล, หลักนิติธรรมกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ, หน้า 2.

<sup>121</sup> Statute of the International Court of Justice, Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

(b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

(c) the general principles of law recognized by civilized nations;

(d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

ประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญในการทำความเข้าใจและตีความความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน กล่าวคือ ผู้ตีความจะต้องตีความในบริบทของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องที่ปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีตามที่กำหนดในข้อ 31(3)(c) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 – VCLT)<sup>122</sup> แม้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะไม่ได้กล่าวถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน หรือในกรณีที่มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้มีการอ้างถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น การตีความมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ (minimum standards for the treatment) ที่ระบุในข้อ 1105 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ค.ศ. 1992 (North American Free Trade Agreement of 1992 – NAFTA) ซึ่งระบุว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนของนักลงทุนของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งตามที่กำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่” และเกิดปัญหาในประเด็นที่ว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำหรือเป็นมาตรฐานสูงสุดในการปฏิบัติตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยคณะอนุญาโตตุลาการตีความต่างกัน กล่าวคือ ในบางคดีเห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุน ซึ่งรัฐอาจให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนเกินกว่าที่กฎหมายจารีตประเพณี

<sup>122</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 31 General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
  - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
  - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
  - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
  - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
  - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

ระหว่างประเทศกำหนดได้ ในทางกลับกันคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานสูงสุดในการปฏิบัติต่อนักลงทุน ซึ่งรัฐไม่มีหน้าที่ต้องให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนเกินกว่าที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนด<sup>123</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีบทบาทในการช่วยอุดช่องว่างหรือนำมาปรับใช้ในกรณีที่ความสัมพันธ์ของรัฐกับนักลงทุนไม่อยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนใด<sup>124</sup> หรือในกรณีที่ข้อบทตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้กล่าวถึงหรือไม่สามารถปรับใช้กับกรณีนั้นได้ เช่น ในคดี *Enron v. Argentina* ในข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความจำเป็น (necessity) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ในกรณีที่บทบัญญัติของสนธิสัญญากำหนดเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะ ให้มีผลเหนือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาก่อนและจะใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐเพื่อเสริมการตีความเท่านั้น แต่สนธิสัญญาไม่ได้ระบุเรื่องเหล่านี้ไว้ จึงต้องพิจารณาตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในการพิจารณาการกระทำของรัฐจึงไม่สามารถแยกการพิจารณาสนธิสัญญาออกจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้<sup>125</sup> หรือในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ แต่กฎหมายภายในที่ปรับใช้กับการลงทุนของคนชาติอาจเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ในกรณีนี้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะไม่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุนต่างชาติ และนักลงทุนยังคงต้องอาศัยการคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ<sup>126</sup> รวมถึง ในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือสัญญาการลงทุนระบุให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายเกณฑ์ระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ (applicable rules of international law)<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Florian Grisel, "The Sources of Foreign Investment Law," in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, ed. Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales (University Press Scholarship Online: 2014), 221

<sup>124</sup> Moshe Hirsch, "Sources of International Investment Law," *International Investment Law and Soft Law* (2011): 15.

<sup>125</sup> *Enron and Ponderosa v Argentina*, Award of 22 May 2007, ICSID Case No ARB/01/3, para. 334 cited by Moshe Hirsch, *Sources of International Investment Law*, 16.

<sup>126</sup> นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 27.

<sup>127</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 113.

ทั้งนี้ หลักตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มักจะนำมาปรับใช้ในบริบทของการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) หลักการเวนคืน (expropriation) หลักความจำเป็น (state of necessity) และหลักความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)<sup>128</sup>

### 2.2.3.3. หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law)

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่กำหนดโดยข้อ 38(1)(c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับของอารยประเทศ (general principles of law recognized by civilized nations) ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึงกฎหมายอันมีลักษณะทั่วไปจนถึงขนาดที่มีการยอมรับและใช้กันในทุกระบบกฎหมาย<sup>129</sup> โดยมีความสำคัญในการอุดช่องว่าง (lacuna) ของสนธิสัญญา ตีความเงื่อนไขและกลุ่มถ้อยคำ และอุดช่องว่างในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาหรือและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปนี้ได้ถูกนำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ไม่มีกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณีได้ (non-*liquet* situation)<sup>130</sup> ทั้งนี้ หลักกฎหมายทั่วไปที่มักจะถูกนำมาปรับใช้ได้แก่ หลักสุจริต (good faith) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) หลัก *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ซึ่งแปลภาษาไทยได้ว่าผู้ที่หยาบคายความชั่วช้าของตน ไม่สมควรได้รับฟัง เป็นหลักที่ไม่ให้มีการพิจารณาการกระทำที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมที่ผิดกฎหมาย หลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีภาระพิสูจน์ (*onus probandi*) หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) และสิทธิที่จะถูกรับฟัง (right to be heard)<sup>131</sup>

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันหลักกฎหมายทั่วไปมีบทบาทน้อยลงในการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากเหตุผล 3 ประการ ได้แก่ (1) การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมากขึ้นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน (2) การประกาศการมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่งผลให้อนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมาย

<sup>128</sup> Christoph Schreuer, *Investments, International Protection* [online], June 2013. From [https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments\\_Int\\_Protection.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf) (accessed on 13 September 2021)

<sup>129</sup> จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, หน้า 76.

<sup>130</sup> นาดินรันดร์ จันทรังม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 116-117.

<sup>131</sup> Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 18.

ทั่วไปมาใช้เพื่ออุดช่องว่างในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น และ (3) ความไม่ชัดเจนของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเปิดช่องให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจได้กว้างขวาง ซึ่งอาจนำไปสู่การปรับใช้ในทางที่ผิด<sup>132</sup>

#### 2.2.3.4. คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ (judicial decisions)

แม้ว่าในกฎหมายระหว่างประเทศ คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการจะมีใช้บ่งเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังเป็นเครื่องมือในการพิจารณากำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>133</sup> ดังเช่นที่ระบุในข้อ 38(1)(d) ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ว่าคำตัดสินขององค์กรตุลาการเป็นเครื่องมือลำดับรองที่ใช้ในการพิจารณากฎเกณฑ์ของกฎหมาย<sup>134</sup> และข้อ 59 ที่ระบุว่าคำตัดสินของศาลไม่มีผลผูกพัน เว้นแต่จะผูกพันคู่กรณีในคดี<sup>135</sup> รวมถึงในข้อ 53(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States 1965) ได้ระบุว่า คำชี้ขาดจะมีผลผูกพันคู่กรณี<sup>136</sup> ซึ่งอาจตีความได้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันเหนือฝ่ายอื่น ๆ นอกเหนือจากคู่พิพาท<sup>137</sup> และแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะปฏิเสธหลักคำพิพากษาบรรทัดฐาน (doctrine of stare decisis, doctrine of precedent) แต่ในทางปฏิบัติในการพิจารณาข้อพิพาท คู่กรณีและคณะ

<sup>132</sup> Moshe Hirsch, Sources of International Investment Law, 27.

<sup>133</sup> นาดนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 118.

<sup>134</sup> Statute of International Court of Justice Article 38 “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

...

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

<sup>135</sup> Statute of International Court of Justice Article 59 “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.”

<sup>136</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States Article 53(1) “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.”

<sup>137</sup> Florian Grisel, The Sources of Foreign Investment Law, 224.



อนุญาโตตุลาการมักจะอ้างอิงคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาท<sup>138</sup> และคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะดำเนินตามคำวินิจฉัยในเรื่องเดียวกันที่อยู่ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน<sup>139</sup> ยิ่งไปกว่านั้น ยังได้พัฒนาแนวทางคำชี้ขาด (*jurisprudence constante*) ที่น่าจะดำเนินรอยตามขั้นอีกด้วย<sup>140</sup>

#### (1) คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศมักจะอ้างถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ในฐานะที่เป็นคำชี้แจงของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าเชื่อถือ เช่น เมื่อต้องชี้ขาดในประเด็นที่เกี่ยวกับการเวนคืน การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการชดเชยค่าเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติ<sup>141</sup> คณะอนุญาโตตุลาการมักจะอ้างถึง คดี *Chorzów Factory*<sup>142</sup> และคดี *Barcelona Traction*<sup>143</sup> หรือในกรณีที่ต้องตีความและการปรับใช้มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ คณะอนุญาโตตุลาการก็มักจะนำคำพิพากษาในคดี *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*<sup>144</sup> และคดี *Elettronica Suicula S.p.A (ELSI)*<sup>145</sup> มาประกอบการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนี้ในคดี *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*<sup>146</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่ได้อยู่ภายใต้กรอบของข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งคำตัดสินดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่

<sup>138</sup> นาดินันตร์ จันทรังม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 118.

<sup>139</sup> Moshe Hirsch, *Sources of International Investment Law*, 29.

<sup>140</sup> นาดินันตร์ จันทรังม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 118.

<sup>141</sup> Moshe Hirsch, *Sources of International Investment Law*, 28.

<sup>142</sup> *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, Judgement, 13 September 1928.

<sup>143</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain)*, Preliminary Objection, Judgement, 5 February 1970.

<sup>144</sup> *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgement, 24 May 1980.

<sup>145</sup> *Elettronica Suicula S.p.A (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgement, 20 July 1989.

<sup>146</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgement, 24 September 2015.

จะมีขึ้นในอนาคต<sup>147</sup> อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้มีคำชี้ขาดตามคำพิพากษาเสมอไป ในหลายกรณีคณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธที่จะชี้ขาดตามแนวทางคำพิพากษาที่นำมาพิจารณา โดยชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับและบริบทที่แตกต่างกันของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>148</sup> ตัวอย่างเช่น ในคดี *CMS v. Argentina* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Barcelona Traction* เป็นคำตัดสินที่สร้างขึ้นในบริบทของการให้ความคุ้มครองทางการทูตเท่านั้น มิได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นในบริบทอื่นแต่อย่างใด และเมื่อปรากฏว่าในปัจจุบันมี สนธิสัญญาการลงทุนเป็นจำนวนมากที่ให้สิทธิในการระงับข้อพิพาทในระดับระหว่างประเทศแก่ผู้ถือหุ้นโดยตรงก็ควรเป็นไปตามนั้น การให้ความคุ้มครองทางการทูตจึงไม่ใช่แนวทางหลักอีกต่อไป<sup>149</sup>

## (2) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่ได้นำคำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นมาประกอบการพิจารณา แนวคำชี้ขาดในคดีก่อนจึงมีอิทธิพลต่อการ ทำคำชี้ขาดในคดีหลังและอาจเป็นสิ่งที่กำหนดแนวคำชี้ขาดในคดีหลัง จึงอาจกล่าวได้ว่าการนำหลักคำ พิพากษาบรรทัดฐานมาปรับใช้ตามข้อเท็จจริง (*de facto practice of precedent*) หรือการมีอยู่ของ หลักคำพิพากษาบรรทัดฐานตามข้อเท็จจริง (*de facto doctrine of precedent*) ปรากฏให้เห็นใน กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>150</sup> เช่น ในคดี *Suez v. Argentina* คณะอนุญาโตตุลาการ ระบุว่าในการตีความบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่คลุมเครือ ยืดหยุ่น และกว้างขวาง คำชี้ขาดของคณะ อนุญาโตตุลาการในคดีก่อนมีประโยชน์ในการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ ในการ ตีความคำว่า “เป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable)” ในสถานการณ์ ข้อเท็จจริง และ ความสัมพันธ์ในการลงทุนที่แตกต่างจากคดีเกิดขึ้นจากวิกฤติเศรษฐกิจของอาร์เจนตินาในปี ค.ศ.

<sup>147</sup> Timothy McKenzie, *An Analysis of the Use of ICJ Jurisprudence in Investor-State Dispute Settlement* [online], 13 May 2019. From <https://www.ejiltalk.org/an-analysis-of-the-use-of-icj-jurisprudence-in-investor-state-dispute-settlement/> (accessed on 10 October 2021)

<sup>148</sup> นาดินันตร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 119.

<sup>149</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 43-46.

<sup>150</sup> นาดินันตร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 119-121.

2001-2003 แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้จะไม่ผูกพันตามคำชี้ขาดของคดีก่อน แต่คำชี้ขาดในคดีก่อนก็ถือเป็นเครื่องมือลำดับรองในการกำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงหลักพื้นฐานของความยุติธรรมอาจส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตามหลักการที่ว่าคดีที่คล้ายคลึงกันควรได้รับการตัดสินเหมือนกัน เว้นแต่จะมีเหตุผลที่ชัดเจนที่แยกแยะคดีปัจจุบันออกจากคดีก่อน ยิ่งไปกว่านั้น เป้าหมายของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนคือการสร้างกรอบทางกฎหมายที่คาดหมายได้และมีเสถียรภาพในการลงทุน ซึ่งทำให้คณะอนุญาโตตุลาการนำคำชี้ขาดในคดีก่อนในประเด็นที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา ดังนั้น หากไม่มีเหตุผลที่ขัดแย้งกัน คณะอนุญาโตตุลาการจึงควรพิจารณาตามแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ได้กำหนดไว้ในคดีที่สอดคล้องกันเสมอ<sup>151</sup> การที่คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างอิงคำชี้ขาดในคดีก่อนอย่างกว้างขวาง ทำให้นักวิชาการบางท่านเห็นว่า เป็นเรื่องปกติสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการที่จะใช้แนวทางคำชี้ขาดในคดีก่อน ๆ เพื่อกำหนดข้อสันนิษฐานในทางที่เป็นคุณกับผลลัพธ์หนึ่ง และเพื่อให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>152</sup>

#### 2.2.3.5. คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ

คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิมีใช้บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในตัวเอง แต่ถือเป็นเครื่องมือลำดับรองในการกำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวถึงในข้อ 38(1)(d) ของธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งมีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>153</sup> ผู้ทรงคุณวุฒิได้แก่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง โดยคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอาจอยู่ในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในรูปของตำรา หนังสือ บทความวิชาการ หรือความเห็นทางกฎหมายก็ได้ และคำสอนดังกล่าวอาจเป็นความเห็นส่วนบุคคลหรือความเห็นของคณะบุคคล เช่น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission – ILC) ก็ได้<sup>154</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนมักจะอ้างถึงคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิในการตีความสนธิสัญญา การพิจารณากฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การกำหนด

<sup>151</sup> Suez v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 189.

<sup>152</sup> Moshe Hirsch, Sources of International Investment Law, 30-31.

<sup>153</sup> Ibid., pp. 32-33.

<sup>154</sup> นาดินรันตร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 123-124.

จุดเริ่มต้นสำหรับการวิเคราะห์กฎหมาย และการกำหนดเงื่อนไขของการปรับใช้กฎหมายของกฎหมาย<sup>155</sup> การนำคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากได้อ้างอิงข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำอันเป็นการละเมิดในทางระหว่างประเทศ ค.ศ. 2001 (Articles on Responsibility of State for International Wrongful Acts) ของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>156</sup> เช่น ในคดี *Hulley Enterprises v. Russia* คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างอิงรายงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อกำหนดวันที่นักลงทุนต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>157</sup> ในคดี *Merrill & Ring v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างอิงตำราของ Bin Cheng เพื่อสนับสนุนว่าหลักสุจริตและการห้ามการกระทำตามอำเภอใจเป็นหลักกฎหมายทั่วไป<sup>158</sup> และในคดี *ConocoPhillips v. Venezuela* คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างอิงตำราของ Ian Brownlie ในการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืน<sup>159</sup>

#### 2.2.3.6. คำแถลงฝ่ายเดียว (unilateral statements)

แนวคิดเรื่องการมีผลผูกพันของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐมาจากคำตัดสินของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ในคดี *Legal Status of Eastern Greenland* โดยศาลตัดสินว่าคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวของรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศของนอร์เวย์ต่อนายกรัฐมนตรีของประเทศเดนมาร์กกว่าแผนที่ของรัฐบาลเดนมาร์กเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเหนือ Greenland นั้นไม่ขัดกับของประเทศนอร์เวย์ มีผลผูกพันรัฐบาล

<sup>155</sup> Moshe Hirsch, Sources of International Investment Law, 33.

<sup>156</sup> James R. Crawford & Paul Mertensköter, “The Use of the ILC’s Attribution Rules,” in *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (2016): 27-24 อ้างถึงใน นานิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 124.

<sup>157</sup> *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 550-551. อ้างถึงใน นานิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 124.

<sup>158</sup> *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 March 2010, para. 187. อ้างถึงใน นานิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, 124-125.

<sup>159</sup> *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* ICSID Case No. ARB/07/30, Award, 22 November 2018, paras. 599 n.978, 615, n.995. อ้างถึงใน นานิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 125.

นอร์เวย์ โดยศาลเห็นว่าการแถลงการณ์ของรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศในนามของรัฐบาลเกี่ยวกับพื้นที่ที่อยู่ในอาณาเขตของตนนั้นมีผลผูกพันรัฐที่รัฐมนตรี นอร์เวย์จึงต้องอยู่ภายใต้ข้อผูกพันที่จะต้องละเว้นจากการโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเหนือ Greenland<sup>160</sup> ต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้รับรองการมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ของการแสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศในคดี *Nuclear test* โดยระบุว่า การแสดงออกฝ่ายเดียวสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ ทั้งในทางกฎหมายหรือทางข้อเท็จจริง และอาจก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมายได้ หากเป็นการแสดงออกหลายครั้งอย่างเฉพาะเจาะจงและแสดงให้เห็นถึงเจตนาของรัฐในการผูกพันตนเอง แม้ว่า จะแสดงออกต่อสาธารณะ แต่หากมีเจตนาเพื่อผูกพัน การกระทำดังกล่าวก็มีผลผูกพันผู้แสดงออก<sup>161</sup> กล่าวคือ คำแถลงฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปนั้น สามารถผูกพันรัฐผู้ทำคำประกาศได้ หากพฤติการณ์และถ้อยคำที่ใช้ส่งผลให้รัฐผู้รับคำประกาศมีสิทธิที่จะอาศัยคำประกาศนั้นได้ ทั้งนี้ ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการหลายคณะได้มีการนำการคำแถลงฝ่ายเดียวมาปรับใช้ในการพิจารณาพันธกรณีของรัฐต่อนักลงทุน โดยพิจารณาผลทางกฎหมายของคำแถลงฝ่ายเดียวและเงื่อนไขที่จะส่งผลให้คำแถลงดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อพิจารณาว่ารัฐผู้รับการลงทุนฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่<sup>162</sup> เช่น ในคดี *Waste Management v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ในการตีความและการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาตินั้นฝ่าฝืนการแสดงออกของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งนักลงทุนได้นำมาประกอบการตัดสินใจของตนหรือไม่<sup>163</sup> หรือในคดี *Total v. Argentina* คณะอนุญาโตตุลาการได้อธิบายเพิ่มเติมว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น การกระทำฝ่ายเดียว คำแถลงฝ่ายเดียว ความประพฤติฝ่ายเดียวของรัฐอาจเป็นบ่อเกิดของพันธกรณีตามกฎหมาย ซึ่งผู้ที่ถูกตั้งใจให้เป็นผู้รับประโยชน์ หรือผู้รับสาร หรือแม้กระทั่งสมาชิกใด ๆ

<sup>160</sup> *Legal Status of Eastern Greenland* (Denmark v. Norway), Judgment, 5 April 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53 1933.

<sup>161</sup> *Case Concerning Nuclear Tests* (Australia v. France), Judgment, 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974.

<sup>162</sup> นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 134.

<sup>163</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98. อ้างถึงใน นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 134 - 135.

ของประชาคมระหว่างประเทศสามารถหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างได้<sup>164</sup> แม้ว่าคำแถลงฝ่ายเดียวจะกำหนดการให้ปฏิบัติแก่นักลงทุนที่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แต่รัฐสามารถให้สัญญาในการปฏิบัติต่อนักลงทุนที่เหนือกว่าที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ผ่านการแถลงการณ์ฝ่ายเดียว การแถลงการณ์ฝ่ายเดียวจึงมีผลผูกพันรัฐกับนักลงทุนที่เชื่อถือการแถลงการณ์ฝ่ายเดียว และการแถลงการณ์ฝ่ายเดียวนั้นไม่ถือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน นักลงทุนจึงอาจอ้างพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวได้<sup>165</sup>

### 2.2.3.7. กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (soft law)

กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน หมายถึง สิ่งใด ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมาย แต่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อกฎหมายหรือส่งผลกระทบต่อการพัฒนาของกฎหมายได้<sup>166</sup> ซึ่งอาจเป็นบรรทัดฐาน หลักการ แนวทาง และกระบวนการระหว่างประเทศ ที่อยู่ตรงกลางระหว่างกฎหมายกับข้อความหรือคำแถลงในทางการเมืองหรือศีลธรรม กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อนจึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย และการนำกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อนมาปรับใช้จะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ที่ปรับใช้<sup>167</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการได้นำกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อนมาปรับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในฐานะที่เป็นสิ่งที่ช่วยในการตีความบทบัญญัติของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ไม่ชัดเจน อุดช่องว่างในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และสนับสนุนคำวินิจฉัยข้อกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>168</sup> ตัวอย่างเช่น ในคดี *CME v. Czech*

<sup>164</sup> Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 131. อ้างถึงใน นาดินันตร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 135.

<sup>165</sup> W. Michael Reisman and Mahnoush H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 19, no. 2 (2004): 340-341.

<sup>166</sup> Andrea Bjorklund, "Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law," *International Investment Law and Soft Law* (2012): 51.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>168</sup> นาดินันตร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 136.

*Republic*<sup>169</sup> คดี *Sistem v. Kyrgyz Republic*<sup>170</sup> และคดี *Tidewater v. Venezuela*<sup>171</sup> คณะอนุญาโตตุลาการได้นำแนวทางการปฏิบัติต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ ค.ศ. 1992 ของธนาคารโลก (Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment of 1992) มาพิจารณาประกอบการพิจารณาค่าทดแทนเพื่อการเวนคืนการลงทุนจากต่างชาติ หรือในคดี *OPIC v. Venezuela* ซึ่งเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งหลายครั้งและการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ (multiple appointment and disqualification of arbitrators) ซึ่งเป็นประเด็นที่ไม่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 14(1) ของ ICSID Convention ว่าด้วยความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อนได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้นำแนวทางของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันของผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2004 (International Bar Association Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration of 2004 – IBA Guidelines) มาประกอบการพิจารณา โดยอธิบายว่าแม้ว่าแนวทางของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศฯ จะไม่ได้มีผลเป็นที่ยุติ และตัวอย่างที่ปรากฏในของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศฯ ก็ไม่ได้ครอบคลุมครบถ้วน และไม่ใช่ว่าเครื่องชี้ขาดว่ามีการปฏิบัติตามของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศฯ ว่าด้วยความอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการแล้วหรือไม่ แต่ของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศฯ ชี้ให้เห็นว่าการแต่งตั้งหลายครั้งเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลาง และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการที่แนวทางของสมาคมเนติ

<sup>169</sup> CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003, paras. 161, 498, 501. อ้างถึงใน นาดินันตร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 136–137.

<sup>170</sup> Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award, 9 September 2009, para. 164. อ้างถึงใน นาดินันตร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 136–137.

<sup>171</sup> Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Award, 13 March 2015, paras. 139, 145, 152, 160, 165, 185. อ้างถึงใน นาดินันตร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 136–137.

บัณฑิตยสภาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้การแต่งตั้งหลายครั้งเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระและเป็นกลางนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้อง<sup>172</sup>

## สรุป

การลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนนั้นมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของโลกและการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยที่การดำเนินการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนนั้นจะต้องใช้เงินลงทุนสูงและมีระยะเวลายาวนาน ประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่มีทุนทรัพย์ค่อนข้างน้อย ต้องอาศัยการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม นักลงทุนจะต้องเผชิญความเสี่ยงในการลงทุนในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะความเสี่ยงจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนอาจใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายเดียวเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจส่งผลให้นักลงทุนได้รับความเสียหาย<sup>173</sup> กรอบทางกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่นักลงทุนให้ความสำคัญเพราะเป็นหลักประกันในการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ กรอบทางกฎหมายจะรวมถึงกฎหมายที่บังคับใช้ภายในของประเทศผู้รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ควบคุมการลงทุนหรือกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนที่จูงใจให้เอกชนเข้ามาลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ ที่มักจะกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงเพื่อเป็นเครื่องมือในการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนว่าภายใต้ข้อสัญญาดังกล่าวนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน และกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ประเทศของนักลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุนเข้าร่วมเป็นภาคี ซึ่งมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติทั้งในทางสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ อย่างไรก็ตาม รัฐผู้รับการลงทุนยังคงมีสิทธิอันชอบธรรมในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ การตีความและการปรับใช้ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความคาดหวังในการเข้าไปทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนจึงเป็นประเด็นสำคัญในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติกับอำนาจในการ

<sup>172</sup> OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/14, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands, Arbitrator, 5 May 2011, para. 48. อ้างถึงใน นาถนิรันดร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 137.

<sup>173</sup> รัฐพงศ์ สุภาภา, ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในสัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียม, 60.



กำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป โดยการคุ้มครองความ  
คาดหวังของนักลงทุนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะได้ทำการศึกษาในบทถัดไป



### บทที่ 3

## การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ในบทก่อนผู้เขียนได้อธิบายลักษณะของการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน กรอบทางกฎหมายในการลงทุน และมาตรการหรือนโยบายส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน โดยการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการยาวนาน สภาพแวดล้อมทางด้านกฎหมาย กฎระเบียบ และความมั่นคงของรัฐผู้รับการลงทุนจึงมีผลสำคัญต่อผลตอบแทนที่นักลงทุนจะได้รับ เมื่อรัฐเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมายและกฎระเบียบที่กระทบต่อการลงทุนหรือกระทำการอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่รัฐได้แสดงออกต่อนักลงทุนซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในการตัดสินใจทำการลงทุน (ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ) นักลงทุนจึงมักอ้างการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ที่มีจะปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนขึ้นมาเป็นข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุนในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน<sup>1</sup> อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนยังคงขาดความหมายหลักเกณฑ์ และองค์ประกอบที่ชัดเจน เช่น การกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดความคาดหวังของนักลงทุน และความคาดหวังที่เป็นความคาดหวังที่ชอบธรรมที่ได้รับการคุ้มครอง เป็นต้น

ในบทนี้จะศึกษาความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน รากฐานของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน และความสัมพันธ์ของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนกับข้อบทอื่นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน รวมถึงปัญหาในการตีความและการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

---

<sup>1</sup> Mao-Wei Lo, "Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's Covid-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses under International Investment Agreements," *Contemporary Asia Arbitration Journal* 13, no. 1 (2020): 253.

### 3.1. ความเป็นมา แนวคิด และวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน หรือในบางครั้งอาจถูกเรียกว่าการคุ้มครองความคาดหวังพื้นฐาน (basic expectations) ของนักลงทุน เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายในกรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของรัฐ และเกิดจากการเปลี่ยนแปลงที่บุคคลดังกล่าวไม่สามารถคาดหมายได้<sup>2</sup> ซึ่งความคาดหวังของนักลงทุนเป็นพื้นฐานของกระบวนการลงทุน กล่าวคือ เมื่อนักลงทุนได้ดำเนินการลงทุน โดยได้คำนึงถึงความเสี่ยงและมีความคาดหวังเกี่ยวกับผลตอบแทนของการลงทุน

3.1.1. การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญหนึ่งของข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>3</sup> ที่มีจะถูกกล่าวถึงเมื่อมีการพิจารณาว่าการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นธรรมและเท่าเทียมหรือไม่ จนถูกเข้าใจว่าเป็นหัวใจของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>4</sup> ทั้งนี้ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นข้อบทที่เป็นหลักประกันสำคัญในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติในการลงทุนระหว่างประเทศที่มีมักจะปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และนักลงทุนมักจะกล่าวอ้างการละเมิดหลักดังกล่าวในข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐและมักจะประสบความสำเร็จในการกล่าวอ้างมากที่สุด<sup>5</sup> นอกจากนี้ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนในฐานะที่เป็นข้อบทที่ช่วยอุดช่องว่างของการคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่นักลงทุนไม่อาจอ้างพันธกรณีอื่น ๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่า

<sup>2</sup> Michał Krzykowski, Michał Mariański and Jakub Zięty, "Principle of Reasonable and Legitimate Expectations in International Law as a Premise for Investments in the Energy Sector," *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 21, no. 1 (2021): 77.

<sup>3</sup> Mao-wei Lo, Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses Under International Investment Agreements, 253.

<sup>4</sup> นาดนรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564) หน้า 299.

<sup>5</sup> UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment," UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2011): 1.

ด้วยการลงทุนได้ เช่น การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment) และการเวนคืน (Compensation for Expropriation)<sup>6</sup>

มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมปรากฏครั้งแรกในกฎบัตรฮาวานาเพื่อการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1948 (The Havana Charter for an International Trade Organization of 1948) ข้อ 11 (2) แม้จะใช้ถ้อยคำว่า “just and equitable treatment” แต่ก็มี ความหมายอย่างเดียวกันกับ “fair and equitable treatment”<sup>7</sup> ต่อมามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมได้ปรากฏในร่างอนุสัญญาแอส-ชอว์ครอสส์ว่าด้วยการลงทุนในต่างประเทศ ค.ศ. 1959 (Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad of 1959) ข้อ 1 และร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ ค.ศ. 1969 ขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 1967) ข้อ 1 (a) และภายหลังความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ว่าจะเป็นระดับทวิภาคีและพหุภาคีหลายฉบับมักจะกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นหน้าที่หนึ่งซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาภาคีพลังงาน ค.ศ. 1994 (Energy Charter Treaty 1994 - ECT) ข้อ 10 (1) และความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ค.ศ. 1994 (North American Free Trade Agreement 1994 - NAFTA) ข้อ 1105 (1) เป็นต้น<sup>8</sup>

ข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมมักจะปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในรูปแบบและถ้อยคำต่างกัน<sup>9</sup> ซึ่งการกำหนดถ้อยคำของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ไม่ชัดเจนทำให้อนุญาโตตุลาการตีความและปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการ

<sup>6</sup> โชติกา วิทวารากุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” ใน *ความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ รวมบทความเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ*, (สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม), หน้า 136-137.

<sup>7</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, 20.

<sup>8</sup> Christoph Schereues, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,” *Journal of World Investment & Trade* (2005): 357-358.

<sup>9</sup> โชติกา วิทวารากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 139-140.

ธรรมและเท่าเทียมให้มีผลเป็นการคุ้มครองนักลงทุนได้อย่างกว้างขวาง<sup>10</sup> ทั้งนี้ อาจแบ่งรูปแบบของการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมตามแนวทางของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) ได้ดังนี้

(1) ข้อบทที่ระบุการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างอิสระ โดยไม่ได้รวมอยู่กับข้อบทว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติอื่นหรือไม่อ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎเกณฑ์เพิ่มเติมอื่นใด ซึ่งถือว่าเป็นข้อบทที่เด็ดขาด (unqualified) และเป็นเอกเทศ (autonomous) เช่น สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างเบลเยียม สหภาพเศรษฐกิจจักร์กซิมเบอร์ก และทาจิกิสถาน ค.ศ. 2009 (Belgium-Luxembourg Economic Union-Tajikistan BIT 2009) ข้อ 3 ซึ่งกำหนดว่า

“All investment made by investors of one Contracting Party shall enjoy a fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party”

ข้อบทลักษณะดังกล่าวทำให้การตีความขึ้นอยู่กับคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี แม้ว่ารายงานของคณะกรรมการองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD) จะระบุว่าหน้าที่ภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมให้นำหน้าที่ในเชิงสารัตถะตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปมาใช้ แต่รายงานดังกล่าวไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการจึงมักตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยพิจารณาความหมายของคำว่า “เป็นธรรม (fair)” และ “เท่าเทียม (equitable)” โดยไม่ได้อ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศใด ๆ<sup>11</sup>

(2) ข้อบทที่ระบุการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ข้อ 2(3)(a) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างเอสโตเนียกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1994 (Estonia - United States of America BIT 1994) ซึ่งระบุว่า

<sup>10</sup> Christoph Schereues, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, 364.

<sup>11</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, 22.

“Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.”

หรือข้อ 2(2)(a) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างแคนาดากับอุรุกวัย ค.ศ. 1997 (Agreement between the Government of Canada and the Government of the Eastern Republic of Uruguay for the Promotion and Protection of Investment 1997) กำหนดว่า

“2. Each Contracting Party shall accord investments or returns of investor of the other Contracting Party

(a) fair and equitable treatment in accordance with principles of international law”

ข้อบ่งชี้ลักษณะดังกล่าวทำให้อนุญาตตุลาการจะต้องนำหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดมาใช้ในการพิจารณาการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งจะรวมถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป หลักกฎหมายภายในทั่วไป คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการระหว่างประเทศ และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิด้วย แม้ว่าในทางทฤษฎี การอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศจะสามารถควบคุมขอบเขตการใช้ดุลยพินิจของอนุญาตตุลาการได้น้อยกว่าการอ้างอิงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศมีขอบเขตที่กว้างกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ในทางปฏิบัติของอนุญาตตุลาการแสดงให้เห็นว่าอนุญาตตุลาการไม่ได้พิจารณาตามบรรทัดฐานทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยอาจพิจารณาถึงลักษณะและระดับการพัฒนาของประเทศผู้รับการลงทุน และการพิจารณาความเสี่ยงทางธุรกิจของนักลงทุน ซึ่งการนำปัจจัยดังกล่าวมาพิจารณาเป็นรายกรณีอย่างเฉพาะเจาะจงจะส่งผลให้ผลของคำชี้ขาดขาดความชัดเจน<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Ibid., p. 107.

(3) ข้อบทที่ระบุการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการอ้างอิงถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น NAFTA ข้อ 1105(1) Minimum Standard of Treatment ซึ่งกำหนดว่า

“...Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security...”

คณะกรรมการการค้าเสรี (NAFTA Free Trade Commission) ได้ตีความข้อบทดังกล่าวว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ระบุในข้อบทดังกล่าวหมายถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้กำหนดให้รัฐจะต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนเหนือไปกว่าที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว<sup>13</sup> การตีความของคณะกรรมการการค้าเสรีดังกล่าวถูกปรากฏในการทำความเข้าใจทวิภาคี ในเวลาต่อมา<sup>14</sup> ดังเช่นที่ปรากฏในสัญญาความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างญี่ปุ่นกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ (Agreement between Japan and the Republic of the Philippines for an Economic Partnership 2006) ข้อ 91 General Treatment ดังต่อไปนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>13</sup> NAFTA Free Trade Commission Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions on July 31, 2001

“Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).” (available at: [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp))

<sup>14</sup> Ibid., p. 25.

“Each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

Note: This Article prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of the other Party. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not ipso facto establish that there has been a breach of this Article.”

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการค้าเสรีได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าว อนุญาโตตุลาการภายใต้ NAFTA ได้ยอมรับแนวทางการตีความข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมของคณะกรรมการการค้าเสรี เช่น ในคดี *Methanex Corp. v. United States of America* คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรีมีผลทางกฎหมายและผูกพันอนุญาโตตุลาการที่ต้องพิจารณาบทที่ 11 ของ NAFTA<sup>15</sup> และในคดี *Waste Management v. United Mexican States* คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับแนวทางการตีความข้อ 1105 ของคณะกรรมการการค้าเสรีว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นอ้างอิงถึงหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และไม่ได้เป็นการให้การปฏิบัติเพิ่มเติมอย่างใด<sup>16</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่า มาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจะถูกละเมิดโดยการกระทำของรัฐที่เป็นการเลือกปฏิบัติและเกิดความเสียหายต่อผู้ร้อง ไม่ยุติธรรมอย่างร้ายแรง ไม่มีเหตุผล เลือกปฏิบัติและทำให้ผู้ร้องถูกเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หรือขาดกระบวนการ

<sup>15</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV – Chapter C, para. 20.

<sup>16</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 91.



ยุติธรรมซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีความล้มเหลวอย่างชัดเจนในกระบวนการพิจารณาคดี หรือขาดความโปร่งใสในกระบวนการบริหาร<sup>17</sup>

การอ้างอิงการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงอาจถูกนำมาใช้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อป้องกันการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างกว้างขวางโดยคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้จำกัดหน้าที่การปฏิบัติตามมาตรฐานปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้เพียงแต่ตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น การกำหนดในลักษณะเช่นนี้เป็นการพยายามจำกัดการใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการมิให้พิจารณามาตรฐานปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเกินไปกว่าเนื้อหาของมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจทำให้สามารถกำหนดเกณฑ์การรับผิดของรัฐได้ อย่างไรก็ตาม มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวยังคงขาดความชัดเจนและต้องอาศัยการตีความ<sup>18</sup> ดังนั้น การตีความมาตรฐานปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจึงขึ้นอยู่กับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>19</sup> รวมถึงการพิจารณาอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือนโยบายตามวัตถุประสงค์ของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป จึงอาจขึ้นอยู่กับพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ อันจะส่งผลต่อการพิจารณาให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงนโยบายโดยชอบของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>20</sup> กล่าวคือ ภายใต้มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณี

<sup>17</sup> Ibid., para. 98.

“... that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process...”

<sup>18</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, 28.

<sup>19</sup> UNCTAD, “UNCTAD’s Reform Package for The International Investment Regime,” (2018): 36 (available at [https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD\\_Reform\\_Package\\_2018.pdf](https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf))

<sup>20</sup> Yulia Levashova, “Fair and Equitable Treatment and the Protection of the Environment: Recent Trends in Investment Treaties and Investment Cases,” (2016), pp. 73-76.

ระหว่างประเทศนั้น ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเองก็ยังไม่มีความชัดเจนในประเด็นดังกล่าว ดังนั้น แม้ว่ารัฐจะพยายามจำกัดการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ก็อาจจะไม่สามารถคาดการณ์การตีความการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมของคณะอนุญาโตตุลาการได้<sup>21</sup>

(4) ข้อบทที่ระบุการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการกำหนดเนื้อหาสาระของการคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน<sup>22</sup> เพื่อจำกัดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เช่น กำหนดว่าจะต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรม (prohibition of denial of justice) ไม่ปฏิบัติตามอำเภอใจ ไม่สมเหตุสมผล หรือเลือกปฏิบัติ (prohibition of arbitrary, unreasonable or discriminatory measures) และกำหนดการปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกับข้อเท็จจริง เช่น กำหนดให้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่สัมพันธ์กับการละเมิดข้อบทอื่น (irrelevance of a breach of a different norm) ตามแนวทางการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรี ซึ่งระบุว่า “การพิจารณาว่ามีการละเมิดข้อบทอื่นของ NAFTA หรือความตกลงระหว่างประเทศอื่น ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อ 1105(1)<sup>23</sup>” หรือการกำหนดให้พิจารณาระดับการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุน (accounting for the level of development) ประกอบตามแนวทางการตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมของอนุญาโตตุลาการในบางคดี เช่น ในคดี *Genin v. Estonia*<sup>24</sup> เพื่อให้รัฐสามารถคาดการณ์การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในรูปแบบนี้ เช่น ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009) ข้อ 11 Treatment of Investment ซึ่งกำหนดว่า

<sup>21</sup> Ibid., p. 29.

<sup>22</sup> Ibid., p. 29.

<sup>23</sup> NAFTA Free Trade Commission Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions on July 31, 2001

<sup>24</sup> Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 367.

“1. Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty:

(a) fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process; and

(b) full protection and security requires each Member State to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security of the covered investments.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.”

หรือความตกลงทวิภาคีระหว่างเนเธอร์แลนด์กับโอมาน (Netherlands-Oman BIT 2009) ข้อ

2(1) ซึ่งกำหนดว่า

“2) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments or nationals or persons of the other Contracting Party and shall not impair, by unjustified or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals or persons.”

นอกจากนี้ ยังอาจกำหนดให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่รวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เช่น ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา เม็กซิโก และแคนาดา ค.ศ. 2018 (Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada of 2018 – USMCA) ข้อ 14.6 ซึ่งกำหนดว่า

“1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

- (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world;
- (b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.”

การกำหนดขอบเขตหน้าที่ภายใต้ข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างละเอียดและเฉพาะเจาะจงมากขึ้นเพื่อจำกัดการใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ และอาจช่วยลดข้อโต้แย้งระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนในประเด็นของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบ

ธรรมของนักลงทุน รวมถึงจะทำให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องกันและสามารถคาดการณ์ได้<sup>25</sup>

จากรูปแบบของข้อบทที่มีลักษณะแตกต่างกันดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบของข้อบทที่อนุญาโตตุลาการอาจจะตีความให้ครอบคลุมการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมากที่สุด ได้แก่รูปแบบที่ (1) เนื่องจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและไม่เท่าเทียมนั้นสามารถเกิดขึ้นได้อย่างหลากหลาย ซึ่งอาจรวมถึงการปฏิบัติของรัฐต่อนักลงทุนทั้งในเชิงกระบวนการ (procedural) และในเชิงสาระ (substantive)<sup>26</sup> ส่วนในกรณีรูปแบบที่ (2) และ (3) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการตีความของอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งออกเป็นสองแนวทาง *แนวทางแรก* อาจเห็นว่า มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นเพียงการสะท้อนให้เห็นถึงมาตรฐานการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจไม่รวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เนื่องจากการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นยังคงขาดความชัดเจน เช่น ในคดี *Genin v Estonia* โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมว่าไม่แตกต่างจากมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว แม้ว่าถ้อยคำของข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นทางการและเท่าเทียมภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีจะอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>27</sup> และไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้อธิบายว่าข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นทางการและเท่าเทียมกำหนดให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติกับการลงทุนต่างชาติในทางที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่าหมายถึงการให้การปฏิบัติพื้นฐานและทั่วไปซึ่งแยกจากกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แม้ว่าเนื้อหาของมาตรฐานนี้ยังไม่ชัดเจน แต่คณะอนุญาโตตุลาการเข้าใจว่ามาตรฐานการปฏิบัติที่กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ

<sup>25</sup> Diego Zannoni, “The Legitimate Expectation of Regulatory Stability Under the Energy Charter Treaty,” in *Leiden Journal of International Law* 33 (2020): 452.

<sup>26</sup> นาดินันต์ จันทร์งาม, *มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 342.

<sup>27</sup> Estonia-United States BIT 1997, Article 2 Paragraph 3 (a) provides for the “fair and equitable” treatment of investments and states that no investment shall be accorded treatment less favourable than that required by international law. (See Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Award, para. 13)

ระหว่างประเทศ ซึ่งแยกจากกฎหมายภายใน โดยการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรฐานการปฏิบัติดังกล่าวรวมถึง การกระทำที่แสดงให้เห็นถึงการละเลยหน้าที่อย่างจงใจ (wilful neglect of duty) ความไม่เพียงพอของ การกระทำซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศอย่างยิ่ง (insufficiently of action falling far below international standards) หรือแม้กระทั่งการกระทำโดยไม่สุจริตตามอัตวิสัย (subjective bad faith)<sup>28</sup> ในทำนองเดียวกัน คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Occidental v. Ecuador* ได้พิจารณามาตรฐาน การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่อ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>29</sup> ว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่าง เป็นธรรมและเท่าเทียมในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีไม่แตกต่างจากมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตาม กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเสถียรภาพและการคาดการณ์ได้ของกรอบทาง กฎหมายและธุรกิจของการลงทุน<sup>30</sup> *แนวทางที่สอง* คณะอนุญาโตตุลาการ (โดยเฉพาะที่ไม่ได้ดำเนินการ ภายใต้อาณัติ NAFTA) อาจเห็นว่า มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นอิสระและไม่ถูกจำกัด ขอบเขตโดยกฎหมายระหว่างประเทศหรือมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ ดังนั้น พันธกรณี ภายใต้อาณัติมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจึงนำมาซึ่งการคุ้มครองที่ดีกว่า โดย อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติที่พิจารณาอยู่เป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม หรือไม่เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหมด และสามารถปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่า เทียมได้อย่างอิสระ ซึ่งมีแนวโน้มที่อาจจะตีความให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ได้มากกว่าแนวทางแรก นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐภาคีในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการ ลงทุนเห็นความจำเป็นของการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นพันธกรณีที่ ชัดแจ้ง แสดงให้เห็นว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมมีเนื้อหาพร้อมในตนเองและ ไม่ใช่สิ่งเดียวกับมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ<sup>31</sup> ในทางปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Azurix v. Argentina* ได้พิจารณาว่าข้อบทที่ระบุว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมหมายถึงการ ปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด (treatment less than that

<sup>28</sup> Alex Genin, *Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, para. 367. อ้างถึงใน นาดินรันดร์ จันทรังม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 322- 323.

<sup>29</sup> Ecuador-United States BIT 1993, Article 2(3)(a)

Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

<sup>30</sup> *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, paras. 188-190. อ้างถึงใน นาดินรันดร์ จันทรังม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่าง ประเทศ, หน้า 323.

<sup>31</sup> นาดินรันดร์ จันทรังม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 323- 324.

required by international law)<sup>32</sup> ว่าข้อบทดังกล่าวเปิดช่องให้ตีความได้ว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม และเท่าเทียมเป็นมาตรฐานการปฏิบัติที่สูงกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด การกล่าวถึงมาตรฐาน ตามกฎหมายระหว่างประเทศในที่นี้เป็นไปเพื่อกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำเท่านั้น มิใช่เพื่อกำหนดเกณฑ์ขั้นสูง<sup>33</sup>

สำหรับรูปแบบที่ (4) นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การตีความของอนุญาโตตุลาการจะขึ้นอยู่กับถ้อยคำที่ใช้ในแต่ละกรณี ซึ่งในบางกรณี ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะกำหนดขอบเขตในการให้ความคุ้มครองอย่างชัดเจน หรือในบางกรณี ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าการละเมิดความคาดหวังของนักลงทุนไม่ถือว่าเป็นการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ดังเช่นที่กำหนดใน USMCA เป็นต้น

### 3.1.2. ที่มาของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนถูกกล่าวถึงครั้งแรกโดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>34</sup> โดยระบุว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นรวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนด้วย<sup>35</sup> แม้ว่าข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะไม่ได้มีการอ้างถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนไว้อย่างชัดเจนก็ตาม<sup>36</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการคดีแรกที่กล่าวถึงความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้แก่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *SPP v. Egypt* ซึ่งเป็นข้อพิพาทจากการที่รัฐผู้รับการลงทุน

<sup>32</sup> Argentina-United States BIT 1991, Article 2(2)(a)

Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

<sup>33</sup> Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 361. อ้างถึงใน นาดินรันดร์ จันทราม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 325.

<sup>34</sup> Mao-wei Lo, Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses Under International Investment Agreements, 253.

<sup>35</sup> Aniruddha Rajput and Sarthak Malhotra, "Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective," in *The Indian Yearbook of Comparative Law 2018*, ed. Mahendra Pal Singh and Niraj Kumar (Singapore: Springer Singapore, 2019), 301

<sup>36</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, 9.

เพิกถอนการให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการใช้ที่ดินบริเวณใกล้เคียงกับพีระมิดเพื่อประโยชน์ในการท่องเที่ยวภายหลังจากที่พีระมิดดังกล่าวถูกประกาศให้เป็นสาธารณสมบัติ (โบราณสถาน) โดยที่รัฐผู้รับการลงทุนอ้างว่าการเพิกถอนดังกล่าวเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า

“การกระทำของรัฐบาลอียิปต์ในการอนุญาตให้ใช้ที่ดินก่อให้เกิดความคาดหวังซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าภายหลังจะเป็นการละเมิดกฎหมายของอียิปต์ก็ตาม การพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวถูกยกเลิกโดยผลของกฎหมายท้องถิ่นไม่อาจทำให้รัฐปฏิเสธความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความเชื่อใจในการกระทำนั้น<sup>37</sup>”

ในคดี *SPP* แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้อ้างถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมโดยชัดเจน แต่การที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้อ้างถึง ‘ความคาดหวัง’ อาจตีความได้ว่าหมายถึงความคาดหวังอันชอบธรรม (legitimate expectations) ของนักลงทุน<sup>38</sup>

แนวคิดดังกล่าวปรากฏอีกครั้งในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Tecmed v. Mexico* โดยคณะอนุญาโตตุลาการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยคณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า

“ข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่กำหนดในความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสเปนและเม็กซิโก (Spain-Mexico Bilateral Treaty) เป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริตภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ให้การปฏิบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศในทางที่ไม่กระทบต่อความคาดหวังพื้นฐาน (basic expectation) ซึ่งนักลงทุนต่างชาติได้พิจารณาในการตัดสินใจที่จะลงทุน นักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่ารัฐผู้รับ

<sup>37</sup> Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 20 May 1992, para. 83.

<sup>38</sup> Aniruddha Rajput and Sarthak Malhotra, Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective, 302.



การลงทุนจะกระทำอย่างคงเส้นคงวา (consistent manner) ปราศจากความกำกวม (free from ambiguity) และมีความโปร่งใส (transparency) เพื่อว่านักลงทุนจะได้เรียนรู้กฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับการลงทุน ซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ของนโยบาย แนวปฏิบัติของรัฐ หรือคำสั่ง (directives) เป็นการล่วงหน้า เพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถวางแผนการลงทุนและปฏิบัติตามข้อบังคับได้<sup>39</sup>”

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Tecmed* มักจะถูกอ้างถึงในคดีอื่น ๆ ในเวลาต่อมา แต่อย่างไรก็ดี ก็มีการโต้แย้งคำชี้ขาดดังกล่าวโดยอ้างว่าหลักดังกล่าวเป็นการกำหนดให้สิทธิแก่นักลงทุนในการคาดหวังจากการเข้าไปทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนได้อย่างกว้างขวาง และรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การคุ้มครองความคาดหวังดังกล่าว ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานที่เข้มงวดและสร้างภาระให้แก่รัฐผู้รับการลงทุนเป็นอย่างมาก ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่อมาในตีความหลักการนี้อย่างระมัดระวังมากขึ้น<sup>40</sup> เช่น ในคดี *Thunderbird v. Mexico* ได้ตีความการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมไว้ว่าเป็นกรณีที่การกระทำของรัฐสร้างความคาดหวังที่สมเหตุสมผล (reasonable) และสามารถอธิบายได้ (justifiable) โดยทำให้นักลงทุนเชื่อถือในการกระทำของรัฐ และหากไม่เคารพความคาดหวังนั้นจะทำให้ให้นักลงทุนได้รับความเสียหาย<sup>41</sup> ซึ่งความคาดหวังที่สมเหตุสมผล (reasonable) และสามารถอธิบายได้ (justifiable) นั้น อาจหมายถึงความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน หรือในคดี *Micula v. Romania* คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่ามาตรฐานที่รัฐจะต้องปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมไม่ได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนในความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (right to regulatory stability) นักลงทุนต้องคาดหวังว่ากฎหมายอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้

<sup>39</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154. อ้างถึงใน โชติกา วิทยาวรากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 142.

<sup>40</sup> โชติกา วิทยาวรากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 145.

<sup>41</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, paras. 147-148. อ้างถึงใน โชติกา วิทยาวรากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 145.

หากไม่ปรากฏว่ามีข้อสัญญาที่ประกันความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (stabilization clause) หรือไม่มีคำรับรองที่ให้ไว้โดยเฉพาะเจาะจง (specific assurance)<sup>42</sup>

การนำการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมาปรับใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศอาจมีที่มาจากกฎหมายปกครอง (administrative law) ที่คุ้มครองความเสียหายของเอกชนจากการเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือการแสดงออกของรัฐที่ให้ไว้ ซึ่งได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศ<sup>43</sup> ด้วยเหตุที่ลักษณะของข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นข้อพิพาททางปกครอง และได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป จนอาจถือได้ว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามความหมายของข้อ 38(1)(c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ<sup>44</sup> ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>45</sup> โดยหลักกฎหมายทั่วไปส่งผลต่อการตีความและการปรับใช้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนสองประการดังนี้

ประการแรก หลักกฎหมายทั่วไปอาจเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินข้อพิพาท โดยเฉพาะในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้กำหนดให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับข้อพิพาท<sup>46</sup> เช่น ในอนุสัญญาเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน

<sup>42</sup> Loan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013, para. 666. อ้างถึงใน โชติกา วิทยารากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 145-146.

<sup>43</sup> Trevor Zeyl, "Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law," *Alberta Law Review* 49 (2011): 204

<sup>44</sup> The Statute of the International Court of Justice Article 38(1);

The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

...

(c) the general principles of law recognized by civilized nations.

<sup>45</sup> Michele Potestà, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, p. 94. อ้างถึงใน โชติกา วิทยารากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 143.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน.

ระหว่างรัฐและบุคคลต่างชาติ (ICSID Convention 1966) ข้อ 42 ว่าด้วยเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับ (applicable law) ซึ่งได้กำหนดให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย<sup>47</sup> หรือในกรณีที่ข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่ได้อธิบายในข้อ 3.1.1

ประการที่สอง หลักกฎหมายทั่วไปอาจมีบทบาทในการตีความหรือปรับใช้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>48</sup> ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตีความสนธิสัญญาที่กำหนดไว้ในข้อ 31(3)(c) ของอนุสัญญาเวียนนากฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)<sup>49</sup> ที่กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับใช้ระหว่างรัฐภาคีมาใช้ในการตีความ<sup>50</sup> คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Total v. Argentina* ได้แสดงให้เห็นถึงการนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ โดยคณะอนุญาโตตุลาการระบุว่าการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของศาลภายในนั้นสมเหตุสมผล และการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมได้ปรากฏในคำตัดสินของศาลไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (civil law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law)<sup>51</sup>

แม้ว่าในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยคดีเมื่อนั้น ความคาดหวังอันชอบธรรมจะยังไม่เป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างชัดเจน ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* ศาลฯ เห็นว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจำนวน

<sup>47</sup> ICSID Convention Article 42 (1);

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

<sup>48</sup> Michele Potestà, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 92. อ้างถึงใน โชติกา วิทยารากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 144.

<sup>49</sup> โชติกา วิทยารากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 144.

<sup>50</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 Article 31 (3);

There shall be taken into account, together with the context: (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

<sup>51</sup> *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Award, 27 November 2013, para. 128.

มากจะได้นำความคาดหวังอันชอบธรรมมาประกอบคำชี้ขาดในการพิจารณาการปฏิบัติของรัฐต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม แต่ศาลฯ เห็นว่าการอ้างอิงถึงความคาดหวังอันชอบธรรมโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นไม่อาจแสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปได้ยอมรับแล้วว่าความคาดหวังอันชอบธรรมก่อให้เกิดพันธกรณีได้<sup>52</sup> กล่าวคือ ศาลฯ ไม่ได้ปฏิเสธความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างสิ้นเชิง เพียงแต่เห็นว่า โบลิเวียซึ่งเป็นผู้กล่าวอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมไม่สามารถพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายระหว่างประเทศได้เท่านั้น<sup>53</sup>

### 3.1.3. รากฐานของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

คณะอนุญาโตตุลาการได้อาศัยแนวคิดของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมจากทฤษฎีและหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

#### 3.1.3.1. หลักสุจริต (good faith)

หลักสุจริตถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดการปฏิบัติทางศีลธรรม เช่น ความซื่อสัตย์ (honesty) ความจงรักภักดี (loyalty) และความสมเหตุสมผล (reasonableness) ซึ่งรับประกันการห้ามใช้อำนาจโดยไม่ชอบและการให้การปฏิบัติอย่างเท่าเทียม เพื่อให้นำมาซึ่งความถูกต้องและเป็นธรรมในสังคม<sup>54</sup> จนถูกมองว่าเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายทั้งหมด รวมถึงในกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>55</sup> หลักสุจริตจึงถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>56</sup> ตามความหมายของข้อ 38(1) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ<sup>57</sup> ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่ารัฐจะปฏิบัติตามสิ่งที่ตนได้ตกลงไว้ รวมถึงการใช้สิทธิต่าง ๆ ด้วยความ

<sup>52</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, 1 October 2008, I.C.J. paras. 161–162.

<sup>53</sup> นาดนรินทร์ จันทร์งาม, *มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 306.

<sup>54</sup> Talya Uçaryılmaz, "The Principle of Good Faith in Public International Law," *Estudios de Deusto* 68, no. 1 (2020): 45

<sup>55</sup> พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย," *จตุรนิติ* 10, 6 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2556): 43.

<sup>56</sup> จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552) หน้า 76.

<sup>57</sup> Rumana Islam, "Role of Good Faith in Interpreting Fair and Equitable Treatment (Fet) Standard in Arbitral Practice," *Bangladesh Journal of Law* 12 (2012): 115

สุจริต<sup>58</sup> หลักสุจริตจึงได้ถูกบัญญัติไว้ในเอกสารสำคัญต่าง ๆ<sup>59</sup> เช่น กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ข้อ 2(2)<sup>60</sup> และในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ข้อ 26<sup>61</sup> สะท้อนให้เห็นว่าหลักสุจริตได้รับการยอมรับในกฎหมายสนธิสัญญาระดับสากล

หลักสุจริตมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการ เช่น ในคดี *Tecmed v. Mexico* และคดี *BG v. Argentina* ได้นำหลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>62</sup> อย่างไรก็ตาม หลักสุจริตยังคงมีความเป็นนามธรรมสูงที่ไม่สามารถให้ความหมายได้ชัดเจน จึงมีความเสี่ยงในการนำไปปรับใช้ในกรณีที่รัฐกระทำการที่ไม่สอดคล้องกับความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนแต่การกระทำดังกล่าวดำเนินการโดยสุจริต ซึ่งการมุ่งเน้นที่ความสุจริตของการกระทำของรัฐก็จะทำให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว ดังนั้น การอ้างหลักสุจริตโดยลำพังไม่สามารถพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้<sup>63</sup> นอกจากนี้ การนำหลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนก็ยังมีข้อโต้แย้งว่าหลักสุจริตเป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมการเกิด (creation) และการปฏิบัติตามหน้าที่ทางกฎหมาย (performance) แต่ไม่อาจก่อให้เกิดหน้าที่ในการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้<sup>64</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>58</sup> พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, หลักสุจริตในระบบกฎหมาย, หน้า 53

<sup>59</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>60</sup> United Nations Charter Article 2 (2);

All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

<sup>61</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 Article 26;

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

<sup>62</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 26

<sup>63</sup> Caroline Henckels, "Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law," *Political Institutions: Constitutions eJournal* (2019): 6

<sup>64</sup> Michele Potestà, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 92. อ้างถึงใน โชติกา วิทยาวรากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 142.

### 3.1.3.2. หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel)

หลักกฎหมายปิดปากมีที่มาจากแนวคิดที่ว่า บุคคลไม่ควรได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบของตนเอง โดยหลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายระหว่างประเทศจะใช้บังคับเมื่อรัฐแสดงออกอย่างชัดแจ้งต่ออีกรัฐหนึ่งและก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐที่ได้เชื่อถือในการแสดงออกนั้น รัฐที่เป็นฝ่ายแสดงออกจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>65</sup> ทั้งนี้ หลักกฎหมายปิดปากได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายจารีตประเพณีและถูกนำมาใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศโดยอาศัยหลักการตามข้อ 38(1)(c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้นำหลักกฎหมายปิดปากมาปรับใช้กับการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอย่างชัดเจน เนื่องจากหลักกฎหมายปิดปากเป็นหลักที่ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน แต่หลักกฎหมายปิดปากได้ถูกนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชน รวมถึงยังถูกนำมาปรับใช้เพื่อเป็นข้อต่อสู้ของรัฐในกรณีที่นักลงทุนประพฤติโดยมิชอบอีกด้วย<sup>66</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีได้แสดงให้เห็นถึงการอาศัยแนวคิดของหลักกฎหมายปิดปากในการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เช่น คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *EDF v. Romania* ได้ระบุว่า ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองเมื่อการกระทำของรัฐเป็นการละเมิดสิ่งที่รัฐได้แสดงออกต่อนักลงทุน ซึ่งนักลงทุนได้เชื่อถือในการแสดงออกนั้นอย่างสมเหตุสมผล<sup>67</sup> และในคดี *Waste Management v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการได้ระบุว่า มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นรวมถึงการคุ้มครองการละเมิดสิ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนได้แสดงออกแก่นักลงทุน ซึ่งนักลงทุนได้เชื่อถือการแสดงออกดังกล่าวอย่างสมเหตุสมผล<sup>68</sup>

ทั้งนี้ หลักกฎหมายปิดปากถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมได้อย่างยืดหยุ่น โดย

<sup>65</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 37.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>67</sup> *EDF (Services) Ltd v. Romania*, ICSID Case No ARB/05/13, Award, 2 October 2009, para. 216.

<sup>68</sup> *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98.

อาศัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี เช่น สถานการณ์และสภาพแวดล้อมของรัฐผู้รับการลงทุน การแสดงออกของรัฐผู้รับการลงทุน และการกระทำของนักลงทุน<sup>69</sup> ในขณะเดียวกันหลักกฎหมายปิดปากก็สร้างมาตรฐานในการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่เคร่งครัด โดยการแสดงออกของรัฐที่นักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายปิดปากจึงต้องเป็นการแสดงออกที่ชัดเจน ไม่มีเงื่อนไข และต้องเป็นการกระทำของหน่วยงานหรือองค์กรที่สามารถกระทำการในลักษณะที่มีผลผูกพันรัฐได้เท่านั้น<sup>70</sup>

### 3.1.3.3. ทฤษฎีการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of states)

พันธกรณีที่เกิดจากการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเกิดจากการที่รัฐแสดงออกฝ่ายเดียว ซึ่งมีนัยยะตามกฎหมายที่ผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติตาม การมีผลผูกพันของการแสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการรับรองในคดี *Nuclear test*<sup>71</sup> ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการแสดงออกฝ่ายเดียวสามารถก่อให้เกิดหน้าที่ได้ หากแสดงให้เห็นถึงเจตนาของรัฐในการผูกพันตนเองตามกฎหมายหรือตามข้อเท็จจริง แสดงออกต่อสาธารณะหลายครั้ง และทำให้ผู้รับสามารถเชื่อถือได้อย่างสมเหตุสมผล<sup>72</sup>

ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีการนำเรื่องการกระทำฝ่ายเดียวมาปรับใช้ในการพิจารณาพันธกรณีของรัฐต่อนักลงทุน กล่าวคือ ความเชื่อถือของนักลงทุนจะเกี่ยวข้องกับการแถลงการณ์หรือประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะกำหนดการให้ปฏิบัติแก่นักลงทุนที่นอกเหนือจากที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกำหนด ดังนั้น การแถลงการณ์หรือประกาศฝ่ายเดียวจะมีผลผูกพันระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เชื่อถือการแถลงการณ์หรือประกาศฝ่ายเดียวดังกล่าว<sup>73</sup> และอาจเกี่ยวข้องกับการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เช่น ในคดี *Waste Management v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการได้ปรับใช้การ

<sup>69</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 39.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>71</sup> *Case Concerning Nuclear Tests* (Australia v. France), Judgment, 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974.

<sup>72</sup> W. Michael Reisman, Mahnoush H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 19, 2, (2004): 336.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 339

แสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐในการพิจารณามาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม จากการละเมิดคำรับรองที่สร้างขึ้นโดยรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งนักลงทุนได้เชื่อถืออย่างสมเหตุสมผล<sup>74</sup> และในคดี *CMS v. Argentina* คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ความสัมพันธ์อาจเกิดจากมาตรการทั่วไปซึ่งบังคับใช้ในลักษณะที่ละเมิดคำมั่นที่ให้ไว้แก่นักลงทุนในสนธิสัญญา กฎหมาย หรือสัญญา ซึ่งคดีที่พิจารณาภายใต้เขตอำนาจศาลนี้ เกิดจากการที่รัฐละเมิดคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง<sup>75</sup> รวมถึงในคดี *Total v. Argentina* คณะอนุญาโตตุลาการได้ระบุว่า การประกาศของรัฐก่อให้เกิดภาวะผูกพันทางกฎหมายต่อเอกชนได้เมื่อมีการกำหนดอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจง<sup>76</sup>

นอกจากนี้ มีความเห็นจากนักวิชาการว่าการแสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐก่อให้เกิดหน้าที่ทางกฎหมายในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐได้ เนื่องจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศโดยการให้ความคุ้มครองการลงทุนหรือให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนเป็นการกระทำที่สร้างความคาดหวังแก่นักลงทุน และการที่นักลงทุนตัดสินใจทำการลงทุนจากการแสดงออกเช่นนั้น รัฐผู้รับการลงทุนผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้นำหลักการแสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐมาปรับใช้กับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนโดยตรง แต่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้สะท้อนให้เห็นถึงหลักการของหลักการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ<sup>77</sup>

#### 3.1.3.4. ทฤษฎีความไว้วางใจ (reliance)

ทฤษฎีความไว้วางใจมีแนวคิดว่าในความสัมพันธ์ไม่ว่าจะระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นมีความผูกพันอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปอย่างหนึ่งคือ บุคคลย่อมผูกพันที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันป้องกันได้แก่บุคคลอื่น<sup>78</sup> ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้ กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐมีอิสระในการกระทำใด ๆ

<sup>74</sup> *Waste Management v. Mexico*, Award, para. 98.

<sup>75</sup> *Case Concerning Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, 20 December 1974, I.C.J., para. 27

<sup>76</sup> *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Award, 27 November 2013, para. 132.

<sup>77</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 44.

<sup>78</sup> เกียรติไกร ไกรแก้ว, “การคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), 9.



เพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องไม่ใช่อำนาจในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน โดยเฉพาะหากรัฐได้แสดงออกในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไว้วางใจในการแสดงออกอันนั้น<sup>79</sup> รัฐมีหน้าที่ที่จะไม่ทำลายความไว้วางใจดังกล่าว และต้องเคารพความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนที่เกิดจากสิ่งที่รัฐแสดงออก แนวคิดของทฤษฎีความไว้วางใจจึงเป็นพื้นฐานหนึ่งของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>80</sup>

ทฤษฎีความไว้วางใจได้ถูกนำมาปรับใช้ในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Thunderbird v. Mexico* โดยคณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนกระทำการซึ่งทำให้นักลงทุนเกิดความไว้วางใจในการกระทำดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความคาดหวังที่สมเหตุสมผลต่อนักลงทุน (หรือการลงทุน) การไม่เคารพความคาดหวังนั้นทำให้นักลงทุน (หรือการลงทุน) ได้รับความเสียหาย<sup>81</sup> อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ว่าทฤษฎีความไว้วางใจเป็นพื้นฐานของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างจำกัดและเคร่งครัด กล่าวคือ การนำทฤษฎีความไว้วางใจมาใช้ในการพิจารณาเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอในการพิจารณาให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมแก่นักลงทุน เพราะการพิจารณาว่าเอกชนมีความไว้วางใจหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่คลุมเครือและขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี ซึ่งอาจทำให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันแม้ว่าจะเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน<sup>82</sup>

#### 3.1.4. วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยรัฐผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ต้องดำเนินการอย่างโปร่งใสและสุจริต และต้องไม่ดำเนินการโดยอำเอใจและเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ กล่าวคือ

<sup>79</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 139.

<sup>80</sup> เกียรติไกร ไกรแก้ว, การคุ้มครองความเชื่อและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง, หน้า 11.

<sup>81</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL Case, Final Award, 26 January 2006, para. 147.

<sup>82</sup> Caroline Henckels, *Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law*, 8

เมื่อนักลงทุนดำเนินการลงทุน นักลงทุนย่อมคำนึงถึงความเสี่ยงในการลงทุนและคาดหวังผลตอบแทนที่จะได้รับจากการลงทุน ส่วนรัฐก็พยายามจะมีอิทธิพลเหนือการตัดสินใจของนักลงทุนโดยอาศัยการกระทำ กฎหมาย ข้อบังคับ และนโยบายของตน รวมถึงการส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นเป้าหมายของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็เป็นไปเพื่อสร้างความคาดหวังให้แก่ นักลงทุน ด้วยเหตุนี้ หากรัฐได้สร้างความคาดหวังอันชอบธรรมให้แก่ นักลงทุนแล้ว การปฏิเสธหรือทำลายความคาดหวังนั้นเสียเองในภายหลังย่อมไม่เป็นธรรมกับนักลงทุน<sup>83</sup> การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมจึงเกี่ยวข้องกับความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและกฎระเบียบของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>84</sup> โดยนักลงทุนอาจคาดหวังถึงกรอบทางกฎหมายที่บังคับใช้ในรัฐผู้รับการลงทุนขณะที่นักลงทุนต่างชาติเข้าไปทำการลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนได้<sup>85</sup>

การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงหลักนิติธรรมและเครื่องมือในการควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ<sup>86</sup> และคุ้มครองเอกชนจากการดำเนินการใด ๆ ที่อยู่บนพื้นฐานของการแสดงออกของรัฐ กล่าวคือ การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีขึ้นเพื่อตรวจสอบการกระทำของรัฐต่อเอกชน เพื่อรับรองว่ารัฐจะมีการกำกับดูแลและการบริหารที่ดี นอกจากนี้ การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมถูกนำไปใช้ในบริบทของความยุติธรรมของกระบวนการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการปฏิบัติตามกระบวนการของรัฐ เช่น หน้าที่ในการรับฟังความเห็นอย่างโปร่งใสและการพิจารณาหาหรือจะต้องเป็นไปตามกระบวนการที่รัฐเคยได้ให้คำมั่นสัญญาไว้กับเอกชน<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2 (Oxford University Press, 2015), p. 253-254, อ้างถึงโดย นานันท์ จันทรังษาม, *มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 298.

<sup>84</sup> Moshe Hirsch, "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law," *The Journal of World Investment & Trade* 12, no. 6 (01 January 2011): 7-8.

<sup>85</sup> Aniruddha Rajput and Sarthak Malhotra, Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective, 302-303.

<sup>86</sup> Ibid., p. 299.

<sup>87</sup> Ibid., p. 300.

### 3.2. ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนกับข้อบทอื่นใน ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ตามที่ได้อธิบายในส่วนต้นว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนถือเป็น ส่วนหนึ่งของข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งอาจมีความเกี่ยวข้องกับ สัมพันธ์กับข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ในลักษณะที่เป็นมาตรฐานที่ อุดช่องว่างของมาตรฐานอื่น ๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หรืออาจเป็น มาตรฐานอิสระที่แยกจากมาตรฐานอื่น ๆ อย่างชัดเจน<sup>88</sup> ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นผลมาจากการ กำหนดข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในลักษณะที่แตกต่างกัน และการตีความของ คณะอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน ทำให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมี ความสัมพันธ์กับข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ดังนี้

#### 3.2.1. ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation treatment)

บทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐ ภาคิจะให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งภายใต้ความตกลงฉบับนี้จะไม่ ด้อยไปกว่าการปฏิบัติแก่นักลงทุนหรือการลงทุนภายใต้ความตกลงฉบับอื่นที่รัฐภาคีทำขึ้น กล่าวคือ รัฐจะต้องให้การปฏิบัติที่ดีที่สุดแก่นักลงทุนหรือการลงทุนจากทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกัน หรืออาจ กล่าวได้ว่าบทบัญญัติการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเป็นกลไกที่เชื่อมโยงความตกลง ระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของหลายประเทศเข้าด้วยกัน<sup>89</sup> โดยทั่วไปบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติ อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกับบทบัญญัติการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งมีลักษณะที่ แตกต่างกัน เนื่องจากการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งมีลักษณะเป็นมาตรฐานสัมพัทธ์ (relative standard) ซึ่งต้องอาศัยการเปรียบเทียบกับการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนจากรัฐอื่น เพื่อให้ทราบว่าการละเมิดหรือไม่ ส่วนการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นมาตรฐานการ

<sup>88</sup> Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (United Kingdom: Oxford University Press, 2008), 182

<sup>89</sup> ปกิตตา นิการธรรม, “หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง ในความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ตามกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศ,” *กฤษฎีกาสาร* 7, 1 (ตุลาคม - พฤศจิกายน 2554): 6.

ปฏิบัติแบบเด็ดขาด (absolute standard of treatment) ที่ไม่ต้องอาศัยการเปรียบเทียบการปฏิบัติต่อนักลงทุนหรือการลงทุนอื่นก็สามารถพิจารณาการละเมิดได้ ทั้งนี้ บทบัญญัติทั้งสองอาจสัมพันธ์กันในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติอาศัยบทบัญญัติการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเพื่อเรียกร้องให้ตนได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม รวมถึงเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่นที่รัฐของตนไม่ได้เป็นภาคี เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่รัฐของตนเป็นภาคีไม่ได้กำหนดไว้ ซึ่งจะทำให้นักลงทุนได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมจากมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่รัฐของตนลงนาม เช่น ในคดี *Bayindir v. Pakistan* คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนที่ว่า ในกรณีที่ความตกลงทวิภาคีระหว่างตุรกีกับปากีสถานไม่ปรากฏข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมต่อนักลงทุนจากรัฐภาคีผ่านการปรับใช้ข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง โดยการนำข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมมาใช้ผ่านข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งนั้นจะสามารถกระทำได้ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนได้มีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่นที่มีข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>90</sup> หรือในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่รัฐของตนเป็นภาคี กำหนดข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างจำกัด เช่น การคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม และไม่รวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน นักลงทุนต่างชาติจึงอาศัยบทบัญญัติการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเพื่อเรียกร้องให้ตนได้รับการคุ้มครองที่มากกว่าหรือดีกว่าที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่รัฐของตนเป็นภาคีกำหนดไว้ เช่น ในคดี *MTD v. Chile* คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนที่อ้างว่าตนมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าที่กำหนดในความตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐของตนกับชิลี โดยนักลงทุนอ้างว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

<sup>90</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.

และเท่าเทียมที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างซีกกับโครเอเชียและเดนมาร์กจะต้องนำมาปรับใช้กับตนด้วย<sup>91</sup>

นอกจากนี้ ในบางกรณียังอาจมีกรณีที่นักลงทุนภายใต้ NAFTA ซึ่งคณะกรรมการการค้าเสรีได้ตีความว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นไม่ได้กำหนดให้รัฐจะต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนเหนือไปกว่าที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว และนักลงทุนได้อาศัยข้อบทเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเพื่อให้ตนได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ไม่อ้างอิงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่น เช่น ในคดี *ADF v. United States* นักลงทุนได้อาศัยข้อบทเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเพื่อให้ตนได้รับการคุ้มครองตามข้อบทการการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่มีลักษณะเป็นข้อบทอิสระ (free-standing) โดยไม่อ้างอิงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ระบุในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างแอลเบเนียกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1995 (Albania - United States of America BIT 1995) และสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างเอสโตเนียกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1994 (Estonia - United States of America BIT 1994) อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนโดยระบุว่านักลงทุนไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกากับแอลเบเนียและเอสโตเนียนั้นให้การปฏิบัติที่ดีกว่าที่ระบุใน NAFTA อย่างไร<sup>92</sup> แม้ว่าในคดีดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของนักลงทุน แต่คำชี้ขาดก็ชี้ให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการยอมรับหลักการของการนำข้อบทเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งมาปรับใช้เพื่อให้ให้นักลงทุนได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ดีกว่า<sup>93</sup>

<sup>91</sup> MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 100-104

<sup>92</sup> ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID, ARB (AF)/00/1, Award, 9 January 2003, paras. 193-198.

<sup>93</sup> Suzy H. Nikiema, "IISD Best Practices Series: The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties." (13 February 2017) :128

ทั้งนี้ การตีความข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งของคณะอนุญาโตตุลาการในลักษณะดังกล่าวที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถอ้างข้อบทในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่นที่กำหนดมาตรฐานที่รัฐจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนอาจเป็นการตีความโดยอาศัยหลักการตีความสนธิสัญญาตามข้อ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ที่กำหนดให้การตีความสนธิสัญญานั้นต้องพิจารณาจากความหมายทั่วไป (the ordinary meaning) ที่ให้ไว้แก่ถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำเหล่านั้น และตามวัตถุประสงค์ (object) และความมุ่งประสงค์ (purpose) ของสนธิสัญญา<sup>94</sup> เมื่อข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งกำหนดถ้อยคำอย่างกว้างโดยไม่ได้กำหนดข้อยกเว้น นักลงทุนจึงอาจใช้ข้อบทดังกล่าวเพื่อเรียกร้องให้ตนได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่นที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐภาคีอื่น<sup>95</sup> แม้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างรัฐสัญชาติของนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองไว้ก็ตาม หรืออาศัยข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งเพื่อให้ตนได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างรัฐสัญชาติของนักลงทุนกับรัฐ

<sup>94</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969: Article 31 General Rule of Interpretation;

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

<sup>95</sup> Patrick Dumberry, "The Importation of the Fet Standard through Mfn Clauses: An Empirical Study of Bits," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 32, no. 1 (2016)

ผู้รับการลงทุนกำหนดไว้ นักลงทุนจึงเลือกใช้บทบัญญัติจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนได้จัดทำไว้ที่เป็นประโยชน์กับตนมากที่สุด ซึ่งทำให้รัฐสูญเสียอำนาจการต่อรองในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ปัจจุบันรัฐต่าง ๆ จึงพยายามปฏิรูปข้อบทเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>96</sup> โดยการกำหนดถ้อยคำที่ละเอียดและชัดเจนมากขึ้น ซึ่งอาจกำหนดให้ข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งไม่สามารถนำพันธกรณีที่ดีกว่าในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่นที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะมีขึ้นในอนาคตมาใช้ และไม่สามารถนำพันธกรณีอื่นตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่น ๆ มาปรับใช้กับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในกรณีที่มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนนี้ไม่ปรากฏพันธกรณีนั้น<sup>97</sup> ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงว่าด้วยเศรษฐกิจและการค้าร่วมกันระหว่างสหภาพยุโรปกับแคนาดา ค.ศ. 2016 (Comprehensive Economic and Trade Agreement 2016 – CETA) ข้อ 8.7(4) กำหนดว่า

“For greater certainty, the “treatment” referred to in paragraphs 1 and 2 does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and states provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of this Article, absent measures adopted or maintained by a Party pursuant to those obligations.”

ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้นักลงทุนเรียกร้องการคุ้มครองตามข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนตามความตกลงระหว่าง

<sup>96</sup> UNCTAD, UNCTAD’s Reform Package for International Investment Regime, 34.

<sup>97</sup> Ibid.

ประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่นผ่านข้อบ่งชี้เรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ซึ่งที่กำหนดอย่างกว้างและไม่ชัดเจน รวมถึงเพื่อจำกัดการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย<sup>98</sup>

### 3.2.2. ข้อบ่งชี้ด้วยการเวนคืน (expropriation)

ข้อบ่งชี้ด้วยการเวนคืนเป็นการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะไม่แทรกแซงหรือเอาไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน ในระยะแรกๆ ที่เริ่มมีการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ การเวนคืนเป็นประเด็นที่นักลงทุนมักจะหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้กับรัฐมากที่สุด ต่อมาเศรษฐกิจโลกมีการขยายตัวและมีการเปิดเสรีด้านการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศมากขึ้น การเวนคืนโดยการยึดหรือเข้าครอบครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐโดยตรงนั้นลดลง แต่มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเข้าแทรกแซงหรือสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินของนักลงทุนมากกว่าการเข้าครอบครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของนักลงทุน ซึ่งมีลักษณะเป็นการเวนคืนทางอ้อม (indirect expropriation)<sup>99</sup> มากขึ้น เช่น มาตรการขึ้นภาษีที่สูงเกินเหตุหรือไม่มีหลักเกณฑ์ การจำกัดการถือหุ้นในกิจการ การกีดกันมิให้ใช้หรือจัดหาวัตถุดิบหรือแรงงานโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>100</sup>

แม้ว่าความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนโดยทั่วไปจะกำหนดอย่างชัดเจนว่ารัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนทางอ้อมเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรง<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Patrick Dumberry, *The Importation of the FET Standard Through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs*, 128.

<sup>99</sup> Rumana Islam, "Interplay between Fair and Equitable Treatment (Fet) Standard and Other Investment Protection Standards," *Bangladesh Journal of Law* 14 (2014): 136

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> ตัวอย่างเช่น ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Article 14 Expropriation and Compensation

1. A Member State shall not expropriate or nationalise a covered investment either directly or through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
- (d) in accordance with due process of law.

และ Germany Model BIT Article 4 Compensation for Expropriation

(2) Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or



แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายและเงื่อนไขของการเวนคืนทางอ้อมก็มิได้รับการระบุอย่างชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>102</sup> โดยการวินิจฉัยว่ามาตรการใดของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่นั้นต้องอาศัยข้อเท็จจริงประกอบ<sup>103</sup> ซึ่ง OECD ได้ชี้ให้เห็นว่ามาตรการที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือเทียบเท่าการเวนคืนทรัพย์สินต้องมีลักษณะสำคัญสามประการดังนี้<sup>104</sup>

ประการแรก เป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์อย่างรุนแรง กล่าวคือ จะต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การสูญเสียความเป็นเจ้าของและอำนาจการบริหารจัดการ การเสื่อมมูลค่าของสินทรัพย์อย่างรุนแรง<sup>105</sup>

ประการที่สอง เป็นมาตรการที่ขาดความชัดเจน ไม่โปร่งใส และใช้บังคับอย่างเลือกปฏิบัติ เนื่องจากโดยหลักแล้วการบังคับใช้มาตรการต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบธรรมตามกฎหมาย ดังนั้น การใช้มาตรการที่ขาดความชัดเจน ขาดโปร่งใส และเลือกปฏิบัติจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้<sup>106</sup>

ประการที่สาม เป็นมาตรการที่นักลงทุนไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ กล่าวคือ หากรัฐผู้รับการลงทุนบังคับใช้มาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์ของนักลงทุน โดยที่นักลงทุนไม่

---

nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation. Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or other measure became publicly known. The compensation must be paid without delay and shall carry the usual bank interest until the time of payment; it must be effectively realizable and freely transferable. Provision must have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or other measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any such expropriation, nationalization or other measure and the amount of compensation must be subject to review by due process of law.

<sup>102</sup> Kareem Sallam, "Investor's Legitimate Expectations Under the Fair and Equitable Standard. Should They Be Protected?," (Master's Thesis, Master Programme in Investment Treaty Arbitration, Uppsala Universitet, 2017), page 19.

<sup>103</sup> กิริติพงษ์ แนวนวมาลี, "การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการบังคับใช้กฎหมาย," รายงานที่ตีอาร์ไอ 49 (2550): 9.

<sup>104</sup> OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law," (2004), p. 10.

<sup>105</sup> Ibid., p. 11.

<sup>106</sup> Ibid., p. 16.

สามารถคาดการณ์ถึงมาตรการนั้นล่วงหน้าได้ ก็อาจเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์สินได้<sup>107</sup>

จากลักษณะดังกล่าวเห็นว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาการคุ้มครองการเวนคืนทางอ้อม แม้ว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>108</sup> กล่าวคือ หนึ่งในปัจจัยในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมจะต้องมีการพิจารณาความคาดหวังของนักลงทุนด้วย<sup>109</sup> อันได้แก่ความคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะไม่กระทำการหรือนำมาตรการบางประเภทมาใช้ ปัจจัยนี้กำหนดให้ต้องประเมินว่ามาตรการของรัฐแทรกแซงความคาดหวังที่อิงอยู่กับการลงทุนที่สมเหตุสมผล (reasonable investment-backed expectation) หรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อความคาดหวังเกิดขึ้นจากการรับประกันของรัฐเอง ด้วยเหตุนี้ ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจึงมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม<sup>110</sup> นอกจากนี้ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับได้กล่าวถึงความคาดหวังอันชอบธรรมในฐานะปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาข้อเรียกร้องว่าด้วยการเวนคืนทางอ้อม<sup>111</sup> เช่น ข้อ 4 ของความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศจีนและโคลัมเบีย (China-Colombia BIT 2008) ระบุว่าในการพิจารณาว่ามาตรการใดก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่จะต้องพิจารณาบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยจะต้องพิจารณาขอบเขตของมาตรการและมาตรการนั้นแทรกแซงความคาดหวังที่สมเหตุสมผลในการลงทุนหรือไม่<sup>112</sup> และภาคผนวก 2 ของความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน กำหนดให้พิจารณาว่ามาตรการใดก่อให้เกิด

<sup>107</sup> Ibid., p. 19.

<sup>108</sup> Kareem Sallam, "Investor's Legitimate Expectations Under the Fair and Equitable Standard. Should They Be Protected?", 19.

<sup>109</sup> Elizabeth Whitsitt and Nigel Bankes. "The Evolution of International Investment Law and Its Application to the Energy Sector," *Alberta Law Review* 51 (2013): 228.

<sup>110</sup> นาลิรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 399.

<sup>111</sup> UNCTAD, "Expropriation," *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (2021): 73.

<sup>112</sup> China-Colombia BIT (2008) Article 4

...

b) The determination of whether a measure or series of measures of a Contracting Party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry considering:

...

ii) The scope of the measure or series of measures and their interference on the reasonable and distinguishable expectations concerning the investment; ...

การเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ จะต้องพิจารณาบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยให้พิจารณาว่าการกระทำของรัฐฝ่าฝืนข้อผูกพันที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่รัฐได้ให้ไว้แก่นักลงทุนหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายอื่น ๆ<sup>113</sup>

ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีได้พิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม เช่น ในคดี *Metalclad v. Mexico* คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ข้อบทเรื่องการเวนคืนภายใต้ NAFTA ไม่เพียงแต่เป็นการริบทรัพย์สิน เช่น การยึด การโอนกรรมสิทธิ์ หรือการบังคับเอาทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ยังรวมถึงการแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนอย่างมีนัยสำคัญในการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินอย่างสมเหตุสมผล<sup>114</sup> ดังนั้น การเวนคืนทางอ้อมจะพิจารณาจากมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นการแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่นักลงทุนสามารถคาดหวังได้โดยชอบ คำชี้ขาดดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการนำแนวคิดของความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยการเวนคืนสามารถพิจารณาในกรณีที่มีการแทรกแซงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่นักลงทุนสามารถคาดหวังได้โดยชอบได้<sup>115</sup>

อย่างไรก็ดี การเรียกร้องการคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนทางอ้อมเป็นสิ่งที่ยากในการพิสูจน์ เนื่องจากลักษณะความคุ้มครองมีความสัมพันธ์กับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่า

<sup>113</sup> ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009), Annex 2

...

3. The determination of whether an action or series of actions by a Members State, in a specific fact situation, constitutes an expropriation ... requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

...

(b) Whether the government action breaches the government's prior binding written commitment to the investor whether by contract, license or other legal document;

...

<sup>114</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 103.

<sup>115</sup> Rafik Nahli, "The Relevance of Frustrating Foreign Investors' Legitimate Expectations in the Context of Indirect Expropriation," *Global Journal of Politics and Law Research* 8, no.3 (May 2020): 26.

เทียม ส่งผลให้นักลงทุนมักจะอ้างการคุ้มครองตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เพื่อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุนและประสบความสำเร็จมากกว่า<sup>116</sup>

### 3.2.3. ข้อบ่งชี้ด้วยการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security)

ข้อบ่งชี้ด้วยการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ที่เป็นหนึ่งในมาตรฐานการปฏิบัติแบบเด็ดขาด (absolute standard of treatment) ที่รัฐต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนและได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>117</sup> ซึ่งกำหนดอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับ และอาจกำหนดได้หลากหลายรูปแบบ และมักจะปรากฏในข้อเดียวกับข้อบ่งชี้ด้วยการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>118</sup> เช่น ข้อ 2 (3) (a) ของความตกลงทวิภาคีระหว่างสาธารณรัฐเอสโตเนียกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1994 (Estonia - United States of America BIT 1994) ความว่า “การลงทุนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและต้องได้รับการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ ไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศตลอดระยะเวลาการลงทุน<sup>119</sup>” และ ข้อ 2 (2) ของแม่แบบของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีของสหราชอาณาจักร ปี ค.ศ. 2005 (The United Kingdom Model BIT 2005) ความว่า “การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐภาคีจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและต้องได้รับการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ในดินแดนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งตลอดระยะเวลาที่ลงทุน โดยรัฐภาคีจะต้องไม่ออกมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผลหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการทำลายการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง และรัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องไม่ดำเนินการใด ๆ ซึ่งกระทบต่อการลงทุนจากรัฐภาคีอีกฝ่าย

<sup>116</sup> Rumana Islam, *Interplay Between Fair and Equitable Treatment (FET) Standard and Other Investment Protection Standards*, 140.

<sup>117</sup> Nuttiya Wibookcholsit, “Conceptualizing the Interpretation and Application of the Principle of Fair and Equitable Treatment Under Bilateral Investment Treaties,” *Thammasat Business Law Journal* 6 (February 2018): 252.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Estonia - United States of America BIT (1994) Article 2 (...) (3)(a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.

หนึ่ง<sup>120</sup>” มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่กับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจึงอาจถูกพิจารณาควบคู่กันในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของการปฏิบัติหน้าที่ตามสนธิสัญญา<sup>121</sup>

การคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ที่จะเป็นการให้ความคุ้มครองทางกายภาพ โดยรัฐผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ต้องป้องกันผลกระทบที่เกิดจากรัฐหรือบุคคลที่สาม เช่น การก่อกวนไม่สงบโดยพลเมือง<sup>122</sup> การข่มขู่และการโจมตีการลงทุน<sup>123</sup> การบุกรุกบริเวณสถานที่ประกอบธุรกิจหรือสถานที่ตั้งการลงทุน<sup>124</sup> และการทำให้เสียหายต่อทรัพย์สิน<sup>125</sup> รวมถึงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม เช่น ความเสียหายของธรรมชาติ<sup>126</sup> นอกจากนี้ ในบางคดีคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความว่าข้อบทดังกล่าว

<sup>120</sup> The United Kingdom Model BIT (2005) Article 2 (2)

Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accord fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measure the management, maintenance, use enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments or the other Contracting party.”

<sup>121</sup> ปฏิภาณ นิลศิริ, “มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ ในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (BITs): ขอบเขตพันธกรณีและสมดุลของภาระและผลประโยชน์ระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559, 57.

<sup>122</sup> Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009, paras. 1, 13; OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, paras. 576-577. อ้างถึงใน นาดนรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 225.

<sup>123</sup> Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras. 483-484; Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21 February 2017, paras. 430-437. อ้างถึงใน นาดนรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 225.

<sup>124</sup> Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, paras. 430-437. อ้างถึงใน นาดนรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 225.

<sup>125</sup> American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, paras. 6.07-6.11; Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, para 80; Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, paras. 394, 448-449. อ้างถึงใน นาดนรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 225-226.

<sup>126</sup> Peter A. Allard v. The Government of Barbados, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, paras. 240-250, 252. อ้างถึงใน นาดนรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 226.

ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้ความมั่นคงต่อกฎหมายในการลงทุนด้วย ซึ่งจะรวมถึงความคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและกระบวนการทางปกครอง<sup>127</sup> เพราะความเสี่ยงทางกายภาพและทางกฎหมายล้วนเป็นปัจจัยต่อนักลงทุนทั้งสิ้น มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่จึงอาจปรับใช้ในบริบทของระบบกฎหมายและการเมืองที่กว้างขึ้น<sup>128</sup> ทำให้เกิดความทับซ้อนกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เนื่องจากการให้ความมั่นคงทางกฎหมายเป็นหน้าที่ที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การคุ้มครองภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมด้วย กล่าวคือ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจะต้องให้หลักประกันแก่นักลงทุนเกี่ยวกับความมั่นคงและความคาดหวังได้ของกรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุน ทั้งนี้ แนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกันในประเด็นของความสัมพันธ์ของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีได้ตีความว่ามาตรฐานทั้งสองมีลักษณะเช่นเดียวกัน เช่น คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Occidental v. Ecuador* เห็นว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกับการคุ้มครองความมั่นคงอย่างเต็มที่ที่เป็นมาตรฐานที่ให้การคุ้มครองในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น การละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจะถือเป็นการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ด้วย<sup>129</sup> ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดี เช่น คดี *Azurix v. Argentina* ตีความว่ามาตรฐานทั้งสองนั้นแยกจากกัน โดยมาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ที่เป็นมาตรฐานที่ให้ความคุ้มครองทางกายภาพ รวมถึงหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงของสภาพแวดล้อมในการลงทุน ส่วนมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นการให้ความคุ้มครองความมั่นคงด้านกฎหมาย<sup>130</sup> นอกจากนี้ ในคดี *PSEG v. Turkey*<sup>131</sup> คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นวว่ามาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่นั้นให้ความคุ้มครองทางกายภาพ ไม่รวมถึงความมั่นคงของกฎหมาย เนื่องจากการให้ความคุ้มครองความมั่นคงทางกฎหมายนั้นได้รับการคุ้มครอง

<sup>127</sup> CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, paras. 107, 119, 132, 474; PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, paras. 257-259.

<sup>128</sup> นาถนรินทร์ จันทรงาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 232.

<sup>129</sup> Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, para. 187.

<sup>130</sup> Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 408.

<sup>131</sup> PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, paras. 257-259.

ภายใต้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ดังนั้น ข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนไม่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและความมั่นคงทางกายภาพ ดังนั้น จึงอยู่ได้รับการคุ้มครองภายใต้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม และคณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องภายใต้มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่

หากมาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่รวมถึงการคุ้มครองทางกฎหมายด้วยนั้น การที่รัฐผู้รับการลงทุนบังคับใช้กฎหมายที่ส่งผลกระทบกับการลงทุนหรือนักลงทุน อาจเป็นการละเมิดทั้งการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่และการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในขณะเดียวกันได้<sup>132</sup> ในระยะหลังความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับจึงมีการจำกัดขอบเขตของการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่อย่างชัดเจนว่าหมายถึงการคุ้มครองทางกายภาพเท่านั้น เช่น ความตกลง CETA ข้อ 8.10(5) ซึ่งระบุว่า

“ For greater certainty, “full protection and security” refers to the Party’s obligations relating to the physical security of investors and covered investments.”

ทั้งนี้ เพื่อจำกัดการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในการตีความและการปรับใช้ข้อบทการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่เพื่อให้การคุ้มครองทางกฎหมายแก่นักลงทุน

### 3.3. ปัญหาในการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

แม้ว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีที่มาจากปรับใช้ของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยการนำแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ทางกฎหมายมาปรับใช้ดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น แต่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้แนวทางในการพิจารณาองค์ประกอบในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมที่ชัดเจนเพียงพอ ส่งผลให้การปรับใช้แนวคิดของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเกิดความ

<sup>132</sup> Rumana Islam, Interplay Between Fair and Equitable Treatment (FET) Standard and Other Investment Protection Standards: p. 119.

ไม่แน่นอน ไม่สามารถคาดการณ์ได้ และมีแนวปฏิบัติที่ขัดแย้งกัน ซึ่งทำให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเป็นสิ่งที่คลุมเครือที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินได้อย่างกว้างขวาง และทำให้ขาดเสถียรภาพในระบบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน<sup>133</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เพราะการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอาศัยเงินลงทุนจำนวนมากและจะสามารถชดเชยได้โดยการดำเนินกิจการในระยะเวลายาวนานเท่านั้น และมีความเสี่ยงจากปัจจัยต่าง ๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนสูง กล่าวคือ กฎหมายหรือการดำเนินการของรัฐผู้รับการลงทุนมักจะให้สิทธิประโยชน์ล่วงหน้าแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเป็นเวลายาวนานเพื่อดึงดูดการลงทุน และเพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถคาดการณ์ค่าใช้จ่ายและผลกำไรในการลงทุนล่วงหน้าได้ นอกจากนี้ นักลงทุนได้ตัดสินใจทำการลงทุนจากความสามารถทางการเงินของตนโดยมีพื้นฐานในการตัดสินใจทำการลงทุนจากอัตราค่าตอบแทนที่กำหนดโดยรัฐผู้รับการลงทุน<sup>134</sup> การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนนี้ นักลงทุนต่างชาติจึงอาศัยการดำเนินการของรัฐ กฎหมาย หรือมาตรการสนับสนุนและจูงใจการลงทุนจากภาครัฐเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาทำการลงทุน ในทางกลับกันการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องการควบคุม เนื่องจากมีผลกระทบโดยตรงต่อผลประโยชน์ของรัฐและประชากร ด้วยเหตุที่พลังงานเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตมนุษย์ โดยมนุษย์ใช้พลังงานในการดำรงชีพตลอดมา<sup>135</sup> และความมั่นคงของพลังงาน (energy security) และการพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development) เป็นเป้าหมายที่รัฐต่าง ๆ ให้ความสำคัญในปัจจุบัน<sup>136</sup> กล่าวคือ ประชากรทุกคนต้องเข้าถึงพลังงานสมัยใหม่ในราคาที่หาซื้อได้ เชื่อถือได้ และยั่งยืน ซึ่งสอดคล้องกับเป้าหมายของสหประชาชาติ<sup>137</sup> จึงเกิดประเด็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนัก

<sup>133</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 6.

<sup>134</sup> Diego Zannoni, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability Under the Energy Charter Treaty*, 453.

<sup>135</sup> Aliaksandr Novikau, "Conceptualizing and Redefining Energy Security: A Comprehensive Review," (2021), 38

<sup>136</sup> Christian Winzer, "Conceptualizing Energy Security," *Energy Policy* 46 (2011): 2

<sup>137</sup> United Nation, Sustainable Development Goals 7 "Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all" (available at <https://sdgs.un.org/goals/goal7>)



ลงทุนจะได้รับการคุ้มครองในกรณีใดบ้าง ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการอาจจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงของนักลงทุนแต่ละรายด้วย<sup>138</sup>

### 3.3.1. ความไม่ชัดเจนของเนื้อหาและองค์ประกอบของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

ข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมถูกกำหนดในรูปแบบที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนแต่ละฉบับ ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในข้อ 3.1.1. ส่งผลให้การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการแตกต่างกัน โดยข้อบทที่กำหนดขอบเขตและความหมายของการคุ้มครองไม่ชัดเจนมักจะทำให้ให้นักลงทุนยกขึ้นกล่าวอ้างได้อย่างกว้างขวาง รวมถึงในกรณีที่นักลงทุนไม่สามารถอ้างข้อบทอื่นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ ซึ่งข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่มีกำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและเกิดปัญหาในการตีความได้แก่ ข้อบทที่เป็นอิสระและไม่อ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากข้อบทดังกล่าวขาดความชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงซึ่งอาจนำมาซึ่งการตีความของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวาง ดังที่ UNCTAD ได้สรุปไว้ว่า การขาดความหมายที่ชัดเจนของข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่เป็นอิสระ ไม่สามารถอธิบายหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนได้และเป็นการเปิดโอกาสในการตีความได้<sup>139</sup> ดังนั้น ข้อบทดังกล่าวจึงมักจะส่งผลร้ายต่ออำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้อำนาจของรัฐในการกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ข้อบทที่อ้างถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ อาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในการตีความเช่นกัน โดยนักวิชาการบางกลุ่มเห็นว่าข้อบทที่อ้างถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะมีขอบเขตที่จำกัดมากกว่าข้อบทที่เป็นอิสระ เนื่องจากข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในบริบทของมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อกันต่างตัวกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความไม่เป็นธรรมและไม่เท่าเทียมที่สูงกว่า โดยเฉพาะในบริบทของ NAFTA ซึ่งอาศัยแนวทางการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรีที่ระบุใน Note of Interpretation อย่างไรก็ดี แนวทางดังกล่าวมีผลผูกพันเฉพาะอนุญาโตตุลาการภายใต้ NAFTA เท่านั้น ไม่ผูกพันการตีความของอนุญาโตตุลาการภายใต้

<sup>138</sup> Thomas Dromgool and Daniel Enguix, "The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs—Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain," (2016), p. 402.

<sup>139</sup> UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, (2015): 83

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่น จึงอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งกันในการตีความข้อบท  
ลักษณะดังกล่าวในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่น<sup>140</sup> และทำให้คณะ  
อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้อย่างอิสระ<sup>141</sup>

จากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Tecmed v. Mexico* ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีการ  
กล่าวถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนและเป็นคดีสำคัญที่มักจะถูกอ้างถึงใน  
คดีอื่น ๆ โดยข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงทวิภาคีระหว่างเม็กซิโก  
กับสเปน ค.ศ. 1995 (Mexico – Spain BIT 1995) ได้อ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดย  
กำหนดว่า “รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้การรับประกันการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมแก่การ  
ลงทุนของนักลงทุนจากรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในดินแดนของตน<sup>142</sup>” ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้  
ความหมายของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนว่า

“นักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะกระทำการอย่างคงเส้นคงวา  
(consistent manner) ปราศจากความกำกวม (free from ambiguity) และมีความ  
โปร่งใส (transparency) เพื่อให้นักลงทุนจะได้เรียนรู้กฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับ  
กับการลงทุน ซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ของนโยบาย แนวปฏิบัติของรัฐ หรือคำสั่ง  
(directives) เป็นการล่วงหน้า เพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถวางแผนการลงทุนและปฏิบัติตาม  
ข้อบังคับได้ ... นักลงทุนยังคาดหวังให้รัฐใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่ควบคุมการกระทำของ  
นักลงทุนหรือการลงทุนอย่างสอดคล้องกับหน้าที่ที่มักจะได้รับภายใต้เครื่องมือดังกล่าว<sup>143</sup>”

คำชี้ขาดดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการให้คำนิยามอย่างกว้างและเป็นอัตวิสัย ทำให้  
การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนขาดความชัดเจน และอยู่ภายใต้ความคิดเห็นที่

<sup>140</sup> Yulia Levashova, Fair and Equitable Treatment and the Protection of the Environment: Recent Trends in Investment Treaties and Investment Cases, p. 61.

<sup>141</sup> Diego Zannoni, The Legitimate Expectation of Regulatory Stability Under the Energy Charter Treaty, 453.

<sup>142</sup> Mexico – Spain BIT 1995 Article IV (1) Treatment

Each Contracting Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment, in accordance with international law, for the investments made by investors of the other Contracting Party.

<sup>143</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, para. 154.

แตกต่างกันของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>144</sup> ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่นได้ให้ความหมายของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในลักษณะที่แคบลง เช่น หมายถึงการที่นักลงทุนสามารถคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะกระทำการโดยโปร่งใส ปราศจากความกำกวม และคงเส้นคงวา<sup>145</sup> ความมีเสถียรภาพของกรอบทางกฎหมาย<sup>146</sup> หรือหมายถึงการไม่กระทำการโดยอำเอใจ<sup>147</sup> หรือเลือกปฏิบัติ<sup>148</sup> หรือหมายถึงการที่นักลงทุนสามารถคาดหวังว่าตนจะได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมจากรัฐผู้รับการลงทุน

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ องค์ประกอบ และขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอซึ่งจะสามารถเป็นแนวทางในการปรับใช้ในคดีอื่น ๆ ได้ ทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการปรับใช้ว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐในลักษณะใดหรือภายใต้สถานการณ์ใด ความคาดหวังแบบใดจะเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรม และการกระทำของรัฐในลักษณะใดจึงเป็นการทำลายความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความหลักดังกล่าวแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและลักษณะของการละเมิด รวมถึงสถานการณ์และสภาพแวดล้อมของการลงทุนในแต่ละคดี<sup>149</sup> ซึ่งอาจทำให้หลักการของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยคุณค่าและเป็นเพียงถ้อยคำที่ให้อิสระแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้<sup>150</sup> ซึ่งอาจส่งผลต่ออำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะในการควบคุมกิจการพลังงานหมุนเวียน

<sup>144</sup> Thomas Dromgool and Daniel Enguix, "The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs - Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain." p. 403.

<sup>145</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, para. 154. Cited by Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 6.

<sup>146</sup> Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, UNCITRAL, para. 285. Cited by Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 6.

<sup>147</sup> Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, para. 420. Cited by Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 6.

<sup>148</sup> Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, para. 446. Cited by Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 6.

<sup>149</sup> Michał Krzykowski, Michał Mariański and Jakub Zięty, *Principle of Reasonable and Legitimate Expectations in International Law as a Premise for Investments in the Energy Sector*, 80.

<sup>150</sup> Diego Zannoni, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability Under the Energy Charter Treaty*, 453.

เนื่องจากการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอย่างไม่มีเงื่อนไขอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนในการควบคุมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนในทางกลับกันสิทธิในการกำกับดูแลอย่างไม่มีข้อจำกัดทำให้นักลงทุนต้องยอมรับเงื่อนไขที่รัฐกำหนดทุกกรณี ซึ่งอาจทำให้เกิดบรรยากาศที่ไม่ดีในการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>151</sup> ทั้งนี้ ปัญหาความไม่ชัดเจนของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนสามารถแบ่งได้ ดังนี้

### 3.3.1.1. การกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม

ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับความสัมพันธ์ในเชิงเหตุและผลระหว่างการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนกับความคาดหวังและการตัดสินใจลงทุนของนักลงทุน<sup>152</sup> โดยแนวคิดของคณะอนุญาโตตุลาการบางคดีระบุว่า การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองเมื่อรัฐได้ให้สัญญา หรือแสดงออกอย่างชัดเจน หรือปฏิบัติอย่างคงเส้นคงวา<sup>153</sup> หรือในบางคดีเห็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีการแสดงออกหรือคำรับรองของรัฐที่ไว้ได้โดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากกฎหมายควรให้การคุ้มครองเมื่อนักลงทุนสามารถคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล (reasonably expect)<sup>154</sup> ซึ่งเป็นการกำหนดองค์ประกอบอย่างกว้าง<sup>155</sup> ทั้งนี้ ปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการและนักวิชาการส่วนใหญ่มักจะสรุปว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอาจเกิดจากการแสดงออกของรัฐผู้รับการลงทุนต่อนักลงทุน ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบของการจัดทำสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน การรับประกัน และการให้คำรับรองอย่างเฉพาะเจาะจง (specific commitment) ของรัฐผู้รับการลงทุนต่อนักลงทุนไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปริยาย และกรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับในรัฐผู้รับการลงทุนเพียงลำพังไม่อาจก่อให้เกิดความ

<sup>151</sup> Ibid., 452.

<sup>152</sup> นาดินรันตร์ จันทรงาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 300.

<sup>153</sup> See Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 329.

<sup>154</sup> See International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, paras. 147-148; CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 274, 266-284; LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International, Inc v. Argentine Republic, ICSID Case No. AFF/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 125, 131-132; Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras. 251-268.

<sup>155</sup> Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, 7-8.

คาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากฎหมายที่บังคับใช้กับการลงทุนจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>156</sup> เนื่องจากความคาดหวังอันชอบธรรมนั้นไม่ใช่สิ่งเด็ดขาด และไม่ได้ลบล้างสิทธิในการกำกับดูแล (right to regulate) ของรัฐอย่างสิ้นเชิง<sup>157</sup>

อย่างไรก็ตาม ความมั่นคงแน่นอนและความคาดหวังได้ของกฎหมายและการกระทำของรัฐเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เนื่องจากการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนต้องใช้เทคโนโลยีในการดำเนินงานซึ่งอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก และจะต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการยาวนาน นักลงทุนจึงให้ความสำคัญกับความมั่นคงของกฎหมายและกฎระเบียบเป็นอย่างมาก จึงเกิดปัญหาในการพิจารณาว่า ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้ให้คำมั่นหรือการแสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง นักลงทุนสามารถคาดหวังบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายได้ในระดับใด และการกระทำใดถือว่าเป็นการให้คำมั่นหรือการรับประกันอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมาย

### 3.3.1.2. ลักษณะและเหตุผลของการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน

ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน อย่างไรก็ตาม ในกิจการพลังงานหมุนเวียนรัฐมักจะมีกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการประเภทนี้โดยเฉพาะเจาะจง และนักลงทุนมักจะทำข้อตกลงทางกฎหมายดังกล่าวในการพิจารณาการลงทุนและผลตอบแทนของนักลงทุนในระยะยาว ในกรณีที่รัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน แม้ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการประกอบกิจการ รวมถึงผลตอบแทนของนักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งทำให้นักลงทุนได้รับความเสียหายจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

<sup>156</sup> See *Loan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013, para. 666; *MTD Euqity Sdn Bhd and MTD Chile Sa v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004 paras. 160-166; *Parkerings-Compagniet As v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 331; *Waste Management v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 298.

<sup>157</sup> นาลินรินทร์ จันทร์งาม, มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 304.

ดังนั้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่าการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายในลักษณะใดที่นักลงทุนควรจะสามารถคาดหมายได้และควรได้รับการคุ้มครอง นอกจากนี้ สถานการณ์แวดล้อม ลักษณะของรัฐผู้รับการลงทุน และระดับการพัฒนาของรัฐผู้รับการลงทุนมีผลอย่างไรต่อการพิจารณาเหตุผลในการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายและการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

### 3.3.1.3. การกระทำของนักลงทุนที่ทำให้ความคาดหวังเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรม

แม้ว่าข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมจะไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ที่นักลงทุนจะต้องปฏิบัติ แต่ปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะยอมรับว่านักลงทุนมีหน้าที่ต้องพิจารณาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุน<sup>158</sup> กล่าวคือ นักลงทุนจะอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมของตนได้เมื่อนักลงทุนได้มีการตรวจสอบและวิเคราะห์สถานการณ์โดยใช้ความระมัดระวังตามสมควร (due diligence) ในขณะที่ดำเนินการลงทุนแล้ว<sup>159</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการระบุว่านักลงทุนจะต้องคาดหมายได้ว่าสถานการณ์ในการลงทุนอาจเปลี่ยนแปลงไป และนักลงทุนจะต้องจัดทำโครงสร้างการลงทุนให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น นอกจากนี้ ในทางวิชาการได้ระบุว่านักลงทุนมีหน้าที่ต้อง (1) หลีกเลี่ยงการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล (2) พิจารณาความเสี่ยงของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างสมเหตุสมผล และ (3) ดำเนินการลงทุนอย่างสมเหตุสมผล ทั้งนี้ หน้าที่ในการพิจารณาและประเมินความเสี่ยงอย่างสมเหตุสมผลจะหมายถึงการพิจารณาข้อเท็จจริงและสถานการณ์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในการลงทุน และสำหรับการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่ต้องใช้ระยะเวลาในการลงทุนยาวนานและมีต้นทุนในการดำเนินงานที่ค่อนข้างสูง จึงเป็นประเด็นปัญหว่านักลงทุนจะต้องประเมินสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และกฎระเบียบในระดับใด เพื่อให้ความคาดหวังในความมั่นคงและความคาดหมายได้ของสภาพแวดล้อมในการลงทุน

<sup>158</sup> Thomas Dromgool and Daniel Enguix, *The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs - Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain*, 408.

<sup>159</sup> Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principle of International Investment Law 2<sup>nd</sup> Edition* (15 November 2012). page 132. อ้างถึงโดย นาถนรินทร์ จันทร์งาม, *มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 300.

เป็นความคาดหวังที่ชอบธรรม ซึ่งการกำหนดขอบเขตกระทำของนักลงทุนอาจช่วยให้สามารถจำกัดของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนได้<sup>160</sup>

### 3.3.2. ความสัมพันธ์ระหว่างข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) กับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงถือเป็นเครื่องมือในการบริหารความเสี่ยงของนักลงทุน ซึ่งมักจะถูกกำหนดอยู่ในสัญญาการลงทุนขนาดใหญ่ที่ใช้เงินลงทุนสูง เช่น ในกิจการเกี่ยวกับพลังงาน เนื่องจากการลงทุนขนาดใหญ่ต้องอาศัยระยะเวลายาวนานเพื่อคืนทุนและสร้างผลกำไรแก่นักลงทุน และรัฐผู้รับการลงทุนกำหนดสัญญาเพื่อความมั่นคงเพื่อดึงดูดการลงทุนโดยการให้การรับประกันผ่านข้อสัญญาดังกล่าว<sup>161</sup> กล่าวคือ ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงเป็นการรับประกันว่ารัฐจะเยียวยาความเสียหายของนักลงทุนที่เกิดจากการกระทำของรัฐที่แทรกแซงการลงทุน ซึ่งทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังในความมั่นคงของการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อสัญญาประเภท Freezing Clause ซึ่งไม่ได้กำหนดให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายภายใต้ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ผิดสัญญา หรือแม้ในกรณีของข้อสัญญาประเภท Economic Equilibrium Clause หรือ Hybrid Clause จะเปิดโอกาสให้รัฐได้เจรจากับนักลงทุน แต่รัฐอาจจะต้องจ่ายค่าชดเชยเพื่อชดเชยความเสียหายจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับ เพื่อรักษาสมดุลของประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าภายใต้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายนั้นทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยแก่นักลงทุน<sup>162</sup> และข้อสัญญาดังกล่าวทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังในความมั่นคงของการลงทุน แต่อย่างไรก็ดี รัฐอาจจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ เป็นต้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่า ในกรณีที่ได้กำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาการลงทุน (1) นักลงทุนสามารถอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมเฉพาะกรณีที่มีข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงเท่านั้น

<sup>160</sup> Thomas Dromgool and Daniel Enguix, *The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs - Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain*, 409.

<sup>161</sup> Katja Gehne and Romulo Brillo, *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment* (2017), 8

<sup>162</sup> Ibid.

หรือไม่ (2) นักลงทุนจะสามารถอ้างข้อสัญญาดังกล่าวว่าก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้หรือไม่เพียงใด และ (3) หากรัฐต้องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะจะถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมหรือไม่

3.3.3. การรักษาสมดุลระหว่างอำนาจในการกำกับดูแล (right to regulate) ของรัฐกับความคาดหวังของนักลงทุน

การพิจารณาว่ากรอบทางกฎหมายสามารถเป็นพื้นฐานของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้หรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีเห็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมและความต้องการด้านความมั่นคงของกรอบทางกฎหมายไม่กระทบต่อสิทธิอันชอบธรรมของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะ นักลงทุนไม่อาจคาดหวังว่าสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในการลงทุนจะไม่มีเปลี่ยนแปลงเพื่อให้ตอบสนองต่อสถานการณ์และความจำเป็นที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>163</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองหรือไม่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย เหตุที่ต้องให้ความสำคัญกับความสมดุลระหว่างความคาดหวังของนักลงทุนและการกำกับดูแลอันชอบธรรมของรัฐนั้น เนื่องจากถ้อยคำของข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเองได้รวมเอาแนวคิดเรื่องความเท่าเทียม (equitable) ไว้ ทำให้การปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนต้องอยู่ภายใต้แนวคิดดังกล่าวด้วย<sup>164</sup> ทั้งนี้ ภายใต้แนวคิดดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการนำหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (margin of

<sup>163</sup> See *Saluka Investment BV v. the Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 305; *Parkenings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, paras. 332-338; *Continental Casualty Company v. The Argentine*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 305; *Total Sa v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 115; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 374; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, paras. 9.3.29-9.3.31; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013, para. 519.

<sup>164</sup> โชติกา วิทยาวรากุล, การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, หน้า 165.



appreciation)<sup>165</sup> มาปรับใช้ในการพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ เช่น ในคดี *Philip Morris v. Uruguay* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือนผลกระทบต่อสุขภาพของบุหรี่ยาสูบจากเดิมที่กำหนดไว้ร้อยละ 50 ของพื้นที่ทั้งหมดเป็นร้อยละ 80 ของพื้นที่ทั้งหมดนั้นไม่ขัดต่อมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม หากไม่ได้เป็นการใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตการใช้อำนาจตามปกติของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายที่นักลงทุนคาดหมายได้ในขณะทำการลงทุนเกินกว่าขอบเขตแห่งการใช้อำนาจที่อาจยอมรับได้ จากการที่นานาชาติได้ยอมรับกันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพของบุหรี่ยาสูบ นักลงทุนจึงควรคาดหมายได้ถึงกฎระเบียบในการจำหน่ายและใช้บุหรี่ยาสูบที่เข้มงวดมากขึ้น<sup>166</sup> คดีดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เกินกว่าขอบเขตแห่งการใช้อำนาจของนักลงทุนอาจจะได้รับการคุ้มครอง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่า จะพิจารณาอย่างไรว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นไม่เกินขอบเขตดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่กรอบทางกฎหมายนั้นให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนในกิจการใดกิจการหนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการในบางคดีเห็นว่ารัฐมีหน้าที่ต้องละเว้นจากการเปลี่ยนแปลงสิ่งแวดล้อมทางกฎหมายและธุรกิจที่กระทบต่อการดำเนินการของนักลงทุน เช่น ในคดี *CMS v. Argentina* ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนในกิจการก๊าซซึ่งเป็นพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิมที่เกิดขึ้นกับประเทศอาร์เจนตินา คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการรักษากรอบทางกฎหมายให้มีความมั่นคงและคาดหมายได้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม นักลงทุนสามารถอ้างความ

<sup>165</sup> หลักขอบเขตแห่งการใช้อำนาจ (margin of appreciation) เป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นจากศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Right) ในการพิจารณาว่ารัฐภาคีสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights : ECHR) ละเมิดต่อหลักการตามอนุสัญญาหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากในแง่หนึ่ง รัฐภาคีสมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญา แต่ในอีกแง่หนึ่ง การปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอาจเกิดความขัดแย้งกับกฎหมายภายในซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์อื่นของรัฐนั้น ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปจึงพัฒนาหลักขอบเขตแห่งการใช้อำนาจขึ้นมาเพื่อประสานความขัดแย้งดังกล่าวโดยการสร้างความสมดุลระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการปฏิบัติของรัฐที่อาจมีความแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตที่ถือว่าไม่ขัดกับพันธกรณีตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ที่มา: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-500-7514?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-500-7514?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true))

<sup>166</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 430, 430.

คาดหวังที่เกิดจากกฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับกิจการของนักลงทุนที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่เข้าไปลงทุนซึ่งจูงใจให้นักลงทุนเข้าไปลงทุน และการได้รับใบอนุญาตในการขนส่งก๊าซ ซึ่งทำให้นักลงทุนสามารถคำนวณผลตอบแทนเป็นสกุลเงินดอลลาร์และแปลงเป็นสกุลเปโซได้ ณ เวลาที่เรียกเก็บเงิน และผลตอบแทนของนักลงทุนจะมีการปรับทุก ๆ 6 เดือนตามดัชนีราคาผู้ผลิตของสหรัฐอเมริกา (US-PPI) นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมทางกฎหมายและธุรกิจในการลงทุนในกิจการก๊าซที่นักลงทุนได้อาศัยในการลงทุนในอาร์เจนตินาอย่างสิ้นเชิง อาร์เจนตินาจึงละเมิดหน้าที่ในการความมั่นคงและความคาดหวังได้ในการลงทุนตามที่กำหนดในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินากับสหรัฐอเมริกา (Argentina-United States BIT) ซึ่งเป็นองค์ประกอบของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>167</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *LG&E v. Argentina* และคดี *Enron v. Argentina* ก็ได้ยืนยันแนวคิดดังกล่าว<sup>168</sup>

ความไม่ชัดเจนดังกล่าวนำมาสู่ปัญหาในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ในประเด็นของการสร้างความสมดุลระหว่างความคาดหวังของนักลงทุนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุนกับสิทธิของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อตอบสนองต่อความต้องการที่เกิดขึ้น กล่าวคือ นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนซึ่งดำเนินการลงทุนโดยอาศัยกรอบทางกฎหมายและมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนโดยเฉพาะเป็นสำคัญจะสามารถคาดหวังได้ในระดับใดว่าการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับหรือมาตรการจูงใจที่รัฐให้แก่การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนจะได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ในทางกลับกัน เสรีภาพในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนมีขอบเขตอย่างไรในการควบคุมดูแลการลงทุนด้านพลังงานทดแทน<sup>169</sup> โดย

<sup>167</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 274-275.

<sup>168</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, para. 139; Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 260.

<sup>169</sup> Diego Zannoni, The Legitimate Expectation of Regulatory Stability Under the Energy Charter Treaty: 452.

ความสมดุลของผลประโยชน์ดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนของการให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติกับการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย<sup>170</sup>

## สรุป

การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งมีที่มาจากการตีความและการปรับใช้ของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติจากการที่รัฐผู้รับการลงทุนแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่รัฐได้เคยแสดงออกไว้ และเป็นการควบคุมการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนต่อนักลงทุนต่างชาติให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลและการบริหารที่ดี ทั้งนี้ ข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอาจกำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในรูปแบบที่แตกต่างกันไป และข้อบทที่ไม่ได้ระบุความหมายและองค์ประกอบในการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนไว้อย่างชัดเจนส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความและปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้อย่างกว้างขวาง โดยอาจนำหลักหรือทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ มาปรับใช้ แม้ว่าในระยะหลังความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนบางฉบับได้ระบุนกรอบของการคุ้มครองภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างชัดเจนมากขึ้น โดยไม่รวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมด้วย แต่การศึกษาเกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมก็ยังมี ความสำคัญ เนื่องจากการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมมีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภายใต้ข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง และการเวนคืนทางอ้อม การตีความและการนำการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเป็นประเด็นสำคัญในคดีเกี่ยวกับการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เพราะนักลงทุนต่างชาติในกิจการพลังงานหมุนเวียนมักอาศัยการดำเนินการของรัฐกฎหมาย มาตรการสนับสนุนการลงทุน และจูงใจจากภาครัฐเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาทำการลงทุน และมีความเชื่อถือและคาดหวังในความมั่นคงและความคาดหวังได้ของการกระทำของรัฐดังกล่าว ในขณะที่รัฐผู้รับการลงทุนยังคงมีสิทธิในการควบคุมกำกับดูแล เนื่องจากพลังงานมีผลกระทบ

<sup>170</sup> Thomas Dromgool and Daniel Enguix, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs - Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain, 413.

โดยตรงต่อผลประโยชน์ของรัฐและประชากร คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นเครื่องมือสำคัญ  
ที่ช่วยสร้างความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในบทถัดไป



## บทที่ 4

### แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม ของนักลงทุนในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน

ในบทก่อนหน้าผู้เขียนได้กล่าวถึงที่มาและวัตถุประสงค์ของการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และชี้ให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ซึ่งนำมาสู่ปัญหาในการตีความและปรับใช้กับข้อเท็จจริง ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนนักลงทุนมักกล่าวอ้างว่ารัฐละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยไม่คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเมื่อรัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือนโยบายที่ใช้บังคับกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนที่นักลงทุนเคยได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐผ่านการจัดทำสัญญาการลงทุนและมาตรการส่งเสริมการลงทุนต่าง ๆ ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาแนวทางและหลักเกณฑ์ในการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เพื่อวิเคราะห์ว่าการตีความและการปรับใช้ของคณะอนุญาโตตุลาการทำให้การให้ความคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนมีความชัดเจนขึ้นหรือไม่อย่างไร

คดีที่ได้ศึกษาในบทนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 2011 ถึง ค.ศ. 2020 ซึ่งมีที่มาจากกรณีที่ในช่วงต้นทศวรรษ 2000 รัฐต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปได้บังคับใช้มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติทำการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เพื่อกระตุ้นให้เกิดการใช้พลังงานหมุนเวียนในรัฐ ส่งผลให้การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเฟื่องฟูเป็นอย่างมาก ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 เกิดวิกฤตทางการเงิน ประเทศสเปน อิตาลี และสาธารณรัฐเช็กจึงเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน ทำให้นักลงทุนนำข้อพิพาทขึ้นสู่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก โดยคดีที่จะศึกษาในบทนี้มีทั้งหมด 25 คดี และเกี่ยวข้องกับการตีความการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่กำหนดในข้อ

10(1) ของสนธิสัญญาผูกพันพลังงาน ค.ศ. 1994 (Energy Charter Treaty 1994)<sup>1</sup> ซึ่งเป็นข้อบทที่อ้างอิงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งต่างจากข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่กำหนดในความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ค.ศ. 1994 (North American Free Trade Agreement 1994 – NAFTA) ซึ่งกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานสูงสุดในการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ และคำชี้ขาดส่วนใหญ่เป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID ทั้งนี้ คดีส่วนใหญ่ที่ได้ทำการศึกษาจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ เนื่องจากคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนในกิจการอื่น ๆ ยังปรากฏไม่มากนัก

#### 4.1. ข้อพิพาทและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

ในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน โดยมุ่งเน้นศึกษาในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ที่เกิดขึ้นกับประเทศสเปน สาธารณรัฐเช็ก และอิตาลี เนื่องจากประเทศดังกล่าวได้มีการบังคับใช้กฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน โดยให้สิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนในอัตราสูง และต่อมาได้ทำการเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าวโดยการลดหรือยกเลิกสิทธิประโยชน์ตามที่ระบุกฎหมายฉบับเดิม ซึ่งส่งผลกระทบต่อผลตอบแทนในการประกอบกิจการของนักลงทุนตามที่นักลงทุนได้คาดหวังจากกฎหมายฉบับเดิม และเป็นเหตุให้นักลงทุนนำข้อพิพาทขึ้นสู่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกร้องให้ประเทศดังกล่าวเยียวยาความเสียหายแก่นักลงทุนเป็นจำนวนมาก ซึ่งมีคดีที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

<sup>1</sup> Energy Charter Treaty 1994, Article 10(1)

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

#### 4.1.1. ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศสเปน

##### 4.1.1.1. กรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เดิมประเทศสเปนมีการใช้พลังงานจากแหล่งพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิม เช่น น้ำมัน ฟอสซิล และถ่านหินเป็นหลัก ต่อมารัฐบาลสเปนได้ประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน รวมถึงแผนพลังงานหมุนเวียน (National Renewable Plan) โดยมีเป้าหมายเพื่อความมั่นคงทางด้านพลังงาน เพื่อให้พลังงานเป็นสิ่งที่สามารถเข้าถึงได้ และเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม รวมถึงเพื่อให้สอดคล้องกับเป้าหมายของสหภาพยุโรป<sup>2</sup> โดยประกาศใช้พระราชบัญญัติไฟฟ้า 54/1997 (The Electricity Act 54/1997) ซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานในการเปิดเสรีในกิจการไฟฟ้า และส่งเสริมกิจการพลังงานหมุนเวียนในสเปน โดยกำหนดหลักเกณฑ์พิเศษ (Special Regime) เพื่อให้สิทธิประโยชน์สำหรับโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน<sup>3</sup> รวมถึงกำหนดให้โรงไฟฟ้าภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษขึ้นทะเบียนกับสำนักทะเบียนโรงงานผลิตไฟฟ้าภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ (*Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen*

<sup>2</sup> Thomas Dromgool, and Daniel Enguix. "The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs—Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain." (2016), p.392

<sup>3</sup> Law 54/1997 of November 27 on the Electricity Sector, Article 27 Special system for electrical production.

1. The production of electrical energy shall be regarded as production under special conditions in the following cases, where it is carried out from installations with an installed power not exceeding 50 Mw:

(a) Autoproducers using cogeneration or other forms of electricity production associated with non-electric activities provided that they represent a high energy performance.

(b) Where any non-consumable renewable energy, biomass or any type of biofuel is used as primary energy, provided that its holder does not carry out production activities under the ordinary scheme.

(c) When non-renewable waste is used as primary energy.

It will also have the consideration of production in special regime for the production of electrical energy from treatment plants and reduction of the residues of the agricultural, livestock and services sectors, with a power installed equal to or less than 25 Mw, when they are of high energy performance.

2. Production under special arrangements shall be governed by its specific provisions and, as not provided for in them, by the general provisions on electrical production in so far as they are applicable.

The condition of the production facility for this special scheme will be granted by the corresponding bodies of the Autonomous Communities with competence in the field.)

*Especial* - RAIPRE) ภายใต้กระทรวงอุตสาหกรรมและพลังงาน และจะมีการประกาศพระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) เพื่อกำหนดสิทธิประโยชน์แก่โรงไฟฟ้าภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ<sup>4</sup>

พระราชกฤษฎีกา 2818/1998 (Royal Decree 2818/1998 – RD 2818/1998) เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1998 เพื่อกำหนดคุณสมบัติของโรงไฟฟ้าภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ ขั้นตอนในการขึ้นทะเบียน เงื่อนไขในการจำหน่ายไฟฟ้า และสิทธิประโยชน์ของโรงไฟฟ้าในการได้รับเงินตอบแทน (premium) หรือสิทธิประโยชน์ นอกเหนือจากราคาตลาด สำหรับโรงไฟฟ้าที่มีกำลังผลิตน้อยกว่าหรือเท่ากับ 50 เมกะวัตต์ (MW) ซึ่งขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE<sup>5</sup> นอกจากนี้ ยังกำหนดว่าเงินตอบแทนดังกล่าวจะมีการปรับปรุงทุก 4 ปี<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Law 54/1997 of November 27 on the Electricity Sector, Article 31 Registration in the Administrative Registry of Electrical Power Production Facilities.

Electrical power installations under special arrangements shall be registered in the Administrative Registry of Electrical Power Production Facilities referred to in Article 21 (4) of this Law. The registration shall specify, in each case, the remuneration scheme to which they are received.

<sup>5</sup> Royal Decree 2818/1998 of 23 December on Electric Energy Production Facilities Supplied by Resources or Renewable Energy Sources, Waste and Cogeneration, Article 2 Scope

1. The special scheme provided for in this Royal Decree may be used for the production of electrical power with an electrical power of less than or equal to 50 MW, having the following characteristics:

(a) Installations of self-producers using cogeneration or other forms of thermal production of electricity associated with non-electric activities provided that they represent a high energy performance and satisfy the requirements which are determined in Annex I.

These types of installations are classified into two groups:

a.1. Installations that include a cogeneration plant, such as those that combine the production of electrical energy with the production of useful heat for the subsequent use of non-electric energy.

a.2. Installations which include a plant which uses waste energy from any plant, machine or industrial process whose purpose is not the production of electrical energy.

They have the consideration of self-producers those natural or legal persons who generate electricity fundamentally for their own use, understanding that this is so if they self-consume on average annual, at least, 30 per 100 of the electrical energy produced if its power is less than 25 MW and at least 50 per 100 if it is equal to or greater than 25 MW.

For the purposes of the self-consumption calculation referred to in the preceding paragraph, the consumption of electricity may be counted in those companies with a share of more than 10 per 100 in the ownership of the plant production by special scheme.

In any case, there should be a single beneficiary of the premiums, who, in addition, must have the necessary equipment to prove the fulfilment of the above conditions.



---

(b) Facilities using as primary energy some of the non-consumable renewable energy, biomass or any type of biofuel, classified in the following groups:

b.1. Installations that only use solar energy as primary energy.

b.2. Installations that only use as primary energy wind energy.

b.3. Installations that only use as primary energy geothermal energy, wave energy, tides and hot and dry rocks.

b.4. Hydroelectric power plants with a power not exceeding 10 MW.

b.5. Hydroelectric power plants with a power exceeding 10 MW and not exceeding 50 MW.

b.6. Plants using primary biomass as primary fuel, understanding as such the set of growth plants of less than one year, which can be used directly or after a transformation process, to produce energy (resources natural and energy plantations). The main fuel shall be the fuel which is at least 90 per 100 of the primary energy used, measured by the lower heat power.

b.7. Plants using as main fuel secondary biomass, understanding as such the set of waste from a first use of biomass, mainly sprouts, sludge from the purification of waste water, waste agriculture, forestry, biofuels and biogas. The main fuel shall be the fuel which is at least 90 per 100 of the primary energy used, measured by the lower heat power.

b.8. Plants using energy included in the above groups b.6 and b.7, together with conventional fuels, provided that they do not involve more than 50 per 100 of the primary energy used, measured by the lower calorific value. The electricity generated by the conventional fuel shall be paid only at the market price referred to in Article 24 of this Royal Decree.

b.9. Mixed power plants of the above groups of this paragraph.

(c) Facilities using as primary energy waste not referred to in subparagraph (b) above, which are classified in the following groups:

c.1. Plants using as main fuel urban waste. Primary fuel shall mean at least 70 per 100 of the primary energy used, measured by the lower calorific value.

c.2. Installations using other wastes not previously covered as main fuel. The main fuel shall be the fuel which means at least 70 per 100 of the primary energy used, measured by the lower heat power.

c.3. Plants using energy included in the above groups, together with conventional fuels, provided that they do not involve more than 50 per 100 of the primary energy used, measured by the lower calorific value. The electricity generated by the conventional fuel shall be paid only at the market price referred to in Article 24 of this Royal Decree.

(d) Facilities for the treatment and reduction of waste in the agricultural, livestock and service sectors, with an installed capacity of 25 MW or less. These installations must satisfy the energy performance requirements set out in Annex I to this Royal Decree. They are classified into the following groups:

d.1. Facilities for the treatment and reduction of slurry of pig holdings.

d.2. Facilities for treatment and reduction of sludge.

d.3. Facilities for the treatment and reduction of other wastes not covered by the above groups.

2. Those installations which, at the entry into force of that of the Electrical Sector, would not have been subject to the scheme provided for in Royal Decree 1538/1987 of 11 December 1987 determining the tariff, will not be eligible for this Royal Decree. (a) the power of the service management undertakings, unless they have remained without production during the five years preceding the application for inclusion and exceeded the period of service provided for by the said

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 รัฐบาลได้ประกาศแผนพลังงานหมุนเวียนปี ค.ศ. 2000-2010 โดยกำหนดเป้าหมายในการใช้พลังงานหมุนเวียนในสัดส่วนร้อยละ 12 ของการบริโภคพลังงานในประเทศภายในปี ค.ศ. 2010 รวมถึงเป้าหมายในการติดตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน<sup>7</sup> จึงได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา 436/2004 (Royal Decree 436/2004 – RD 436/2004) ในปี ค.ศ. 2004 เพื่อแก้ไข RD 2818/1998 โดยกำหนดเงื่อนไขว่าผู้ผลิตไฟฟ้าภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษมีสิทธิเลือกที่จะ (ก) ขายให้ผู้จัดจำหน่ายไฟฟ้าภายใต้เงื่อนไขการรับซื้อไฟฟ้า (Feed-in Tariff หรือ FIT) หรือ (ข) ขายไฟฟ้าแก่ตลาดโดยตรงผ่านการประมูลต่อผู้จัดการตลาด ในราคาตลาดและจะได้รับเงินตอบแทนเพิ่มเติมตามอัตราที่กำหนด<sup>8</sup>

---

regulation and the facilities of the groups as defined in subparagraph (b) above where the holder carries out production activities in ordinary regime.

3. Those facilities under Royal Decree 2366/1994, after the entry into force of the Law of the Electrical Sector, will be understood to be included in this Royal Decree.

However, the owners of these facilities must ask the competent body to take any of the groups defined in this article and the registration in the corresponding Register, according to the Chapter II of this Royal Decree.

<sup>6</sup> Royal Decree 2818/1998 of 23 December on Electric Energy Production Facilities Supplied by Resources or Renewable Energy Sources, Waste and Cogeneration, Article 32 Changes in premiums and prices

Every four years the premiums fixed in this Chapter of this Royal Decree will be reviewed, as well as the values established for the facilities under Royal Decree 2366/1994, without prejudice to the Transitional provisions of the Law of the Electrical Sector, taking into account the evolution of the price of electricity in the market, the participation of these facilities in the coverage of the demand and their impact on the technical management of the system.

...

<sup>7</sup> Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000–2010 (available at [https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos\\_4044\\_PFER2000-10\\_1999\\_1cd4b316.pdf](https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_4044_PFER2000-10_1999_1cd4b316.pdf)) [accessed on 16 August 2022]

<sup>8</sup> Royal Decree 436/2004 dated 12 March on the establishment of the Methodology for Updating and Systematising the Legal and Economic Regime of the Activity of Production of Electrical Energy in Special Regime Article 22 Mechanisms for the remuneration of electricity produced under special arrangements.

1. In order to sell their production or surplus of electrical energy, the operators of installations to which this royal decree applies must choose between one of the following two options:

a) Ceder the electricity to the electricity distribution company. In this case, the selling price of electricity will be expressed in the form of a regulated tariff, which is unique for all programming periods, expressed in euro cents per kilowatt hour.

b) Sell electricity freely on the market, through the system of offers managed by the market operator, the bilateral or term procurement system or a combination of all of them. In this case, the selling price of electricity shall be the price resulting in the organised market or the price freely negotiated by the operator or

ต่อมารัฐบาลเห็นว่าสเปนอาจไม่สามารถบรรลุเป้าหมายในการใช้พลังงานตามที่กำหนดในแผนพลังงานหมุนเวียนภายในปี ค.ศ. 2010 ได้ ในปี ค.ศ. 2005 สเปนจึงได้ประกาศแผนพลังงานหมุนเวียนฉบับใหม่สำหรับปี ค.ศ. 2005-2010 นอกจากนี้ ยังได้เพิ่มเป้าหมายในการใช้พลังงานหมุนเวียนเป็นร้อยละ 29.4 ของการบริโภคพลังงานในประเทศภายในปี ค.ศ. 2010<sup>9</sup> และจากเป้าหมายดังกล่าว สเปนได้ประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา 661/2007 (Royal Decree 661/2007 หรือ RD 661/2007) ในปี ค.ศ. 2006 เพื่อเปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาฉบับเดิม โดยกำหนดอัตราซื้อไฟฟ้า (FIT) และเงินตอบแทนในอัตราสูงสำหรับ 25 ปีแรกของการดำเนินการ และจะลดลงในปีต่อมา โดยโรงไฟฟ้าจะได้รับสิทธิประโยชน์จากการขายไฟฟ้างดงามตลอดอายุการดำเนินการ<sup>10</sup> ซึ่งผู้ผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่ต้องการได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว

---

the representative of the plant, supplemented by an incentive and, where appropriate, by a premium, both expressed in euro cents per kilowatt-hour.

2. If a holder chooses the option of paragraph 1 (b) to sell the energy freely on the market, he/she shall observe the rules contained in Section 2. of this Chapter IV, and shall be in addition to the legislation, regulations and specific rules for the electricity market, under the same conditions as for producers of electricity under ordinary conditions.

3. The owners of installations to which this royal decree is applicable may choose, for periods not less than one year, the option to sell their energy that suits them best, which they will communicate to the distribution company and the General of Energy Policy and Mines, with a minimum of one month in advance, referring to the date of the change of option. That date shall be the first day of the first month in which the change of option is to be effective and shall be explicitly referred to in the communication.

4. The Directorate-General for Energy Policy and Mines shall take note of the option in the registration of the administrative register of electrical energy production facilities and shall communicate it to the National Energy Commission and, where appropriate, to the system and market operators, to the effects of the liquidation of the energies.

5. The Directorate General for Energy Policy and Mines will update the option to sell each facility at all times in the administrative register of production facilities, communicating it to the National Energy Commission, to the system operator and, where applicable, the market operator.

<sup>9</sup> Plan de Energías Renovables en España (PER) 2005–2010 (available at [https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos\\_PER\\_2005-2010\\_8\\_de\\_gosto-2005\\_Completo.\(modificacionpag\\_63\)\\_Copia\\_2\\_301254a0.pdf](https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_PER_2005-2010_8_de_gosto-2005_Completo.(modificacionpag_63)_Copia_2_301254a0.pdf)) [accessed on 16 August 2022]

<sup>10</sup> Royal Decree 661/2007 of May 25 on the Regulation of Electricity Production through a Special Feed-in System Article 36 Fees and premiums for category (b) facilities.

The fees and premiums for category (b) facilities shall be as referred to in Table 3 below.

For some sub-groups, a different remuneration is envisaged for the first few years since it was put into service.

จะต้องขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE ภายในระยะเวลาที่กำหนด<sup>11</sup> นอกจากนี้ ในข้อ 44(3) ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดว่าอัตราการผลิตไฟฟ้าอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ แต่โรงไฟฟ้าได้รับสิทธิภายใต้ RD 661/2007 ก่อนวันที่ 1 มกราคมของปีที่สองภายหลังปีที่มีการเปลี่ยนแปลงจะไม่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว<sup>12</sup> ทั้งนี้ จากการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้ RD 661/2007 ส่งผลให้นักลงทุนทำการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์เป็นจำนวนมาก และเนื่องจากสเปนไม่ได้กำหนดจำกัดจำนวนผู้ผลิตไฟฟ้าที่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว จึงนำไปสู่การผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เกินกำลังกว่าที่กำหนดในแผนพลังงานหมุนเวียน ในปีต่อมาสเปนจึงประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา 1578/2008 (Royal Decree 1578/2008 หรือ RD 1578/2008 เพื่อลดสิทธิประโยชน์ที่ให้แก่ผู้ผลิต

...

<sup>11</sup> Royal Decree 661/2007 of May 25 on the Regulation of Electricity Production through a Special Feed-in System Article 9 Administrative registration of production facilities under special arrangements.

1. For the proper monitoring of the special scheme and specifically for the management and control of the perception of regulated tariffs, premiums and allowances, both in respect of the category, group and sub-group, to the installed power and, in its the date of putting into service as to the evolution of the electrical energy produced, the energy given to the grid, the primary energy used, the useful heat produced and the primary energy saving achieved, the production facilities of Electrical energy under special arrangements must be entered in the second section of the of the Administrative Registry of Electrical Power Production Facilities referred to in Article 21.4 of Law 54/1997 of 27 November, under the Ministry of Industry, Tourism and Trade. That second section of the administrative register referred to shall be referred to as the administrative register of production facilities under special arrangements.

2. The registration procedure in this register will consist of a pre-registration phase and a definitive registration phase.

<sup>12</sup> Royal Decree 661/2007 of May 25 on the Regulation of Electricity Production through a Special Feed-in System Article 44 Updating and reviewing rates, premiums, and add-ons.

...

3. During the year 2010, in view of the results of the follow-up reports on the degree of compliance with the Renewable Energy Plan (PER) 2005-2010 and the Energy Savings and Efficiency Strategy in Spain (E4), as well as the new objectives to be included in the next Renewable Energy Plan for the period 2011-2020, will proceed to the revision of the tariffs, premiums, complements and lower and upper limits defined in this royal decree, taking into account the costs (a) to the extent to which the special scheme is involved in the coverage of the demand and its impact on the technical and economic management of the system, always guaranteeing reasonable rates of return with reference to the cost of money in the capital market. Every four years thereafter, a new review will be carried out in keeping with the above criteria.

The revisions referred to in this paragraph of the regulated tariff and of the upper and lower limits shall not affect the facilities whose entry into service act would have been granted before 1 January of the second year subsequent to the year in which the review was carried out.

ไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ภายใต้ RD 661/2007 สำหรับโรงไฟฟ้าจัดตั้งขึ้นภายหลังจากกำหนดเวลาในการขึ้นทะเบียนที่กำหนดใน RD 661/2007<sup>13</sup> รวมถึงในปี ค.ศ. 2010 สเปนได้ประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา 1565/2010 (Royal Decree 1565/2010 หรือ RD 1565/2010) เพื่อลดระยะเวลาการรับซื้อไฟฟ้าเหลือเพียง 25 ปี จากเดิมที่ RD 661/2007 กำหนดไว้ตลอดระยะเวลาการดำเนินการ<sup>14</sup>

จากการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว และทำให้สเปนมีภาระต้นทุนที่เกี่ยวกับไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในอัตราสูง และอัตราค่าไฟฟ้าที่เรียกเก็บจากผู้บริโภคไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น นำไปสู่การขาดดุลทางการเงินของรัฐบาล ประกอบกับเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจ สเปนจึงประกาศใช้กฎหมาย 15/2012 (Law 15/2012) ในปี ค.ศ. 2012 เพื่อเรียกเก็บภาษีจากการขายไฟฟ้าในอัตราร้อยละ 7 จากผู้ผลิตไฟฟ้า<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม รัฐบาลยังคงประสบปัญหา

<sup>13</sup> Royal Decree 1578/2008 of 26 September on the Payment for Electricity Generated by Photovoltaic Plants that were Registered after the Deadline for Eligibility for Payment under Royal Decree 661/2007 of 25 May Article 1. Object

Constitutes the object of this royal decree the establishment of an economic regime for the installations of production of electric power of photovoltaic technology to which the values of the tariff do not apply regulated by Article 36 of Royal Decree 661/2007 of 25 May 2007 regulating the activity of the production of electrical energy by special scheme, by its date of final registration in the second section of the Register (i) administrative capacity for the production of electrical energy production facilities of the Directorate-General for Energy Policy and Mines, hereinafter referred to as the Administrative Registry of Production Facilities under Special Scheme, as provided for in the 9.1 of Royal Decree 661/2007 of 25 May 2007

<sup>14</sup> Royal Decree 1565 / 2010 of 19 November which Regulate And Modify Certain Aspects Relating to the Activity of Production of Electrical Energy in Special Regime, Article 3 Amendment of Royal Decree 1578/2008 of 26 September 2008 on the remuneration of the production of electricity by photovoltaic solar technology for installations after the date of the maintenance of the remuneration of the Royal Decree 661/2007 of 25 May 2007 for such technology.

Royal Decree 1578/2008 of 26 September 2008 for the remuneration of the production of electrical energy by solar photovoltaic technology for installations after the date of the maintenance of the remuneration of Royal Decree 661/2007 of 25 May 2007 for that technology is amended as follows:

One. Article 3 (a) is worded as follows:

" (a) Type I. Installations that are located on decks or facades of fixed buildings, closed, made of resistant materials, dedicated to residential, service, commercial or industrial uses, including those of a character In all cases, where there is a power supply point contracted by at least 25% of the nominal power of the facility to be located within the first 25 years, the agricultural and livestock sector shall be located within the first 25 years of the first day of the month following the entry into force of the production facility.

<sup>15</sup> Law 15/2012 of 27 December on Fiscal Measures for Sustainable Energy Article 8 Type of lien.

ในการขาดดุลภาษี จึงนำมาสู่การปฏิรูปมาตรการส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเพื่อ  
บรรเทาภาระค่าใช้จ่ายของรัฐบาล และเพื่อหลีกเลี่ยงการขึ้นราคาไฟฟ้าที่เรียกเก็บจากผู้บริโภค สเปน  
จึงประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา 9/2013 (Royal Decree Law 9/2013 หรือ RDL 9/2013) ในปี  
ค.ศ. 2013 เพื่อยกเลิก RD 661/2007 ทั้งหมด กล่าวคือ เป็นการยกเลิกระบบการรับซื้อไฟฟ้าที่  
กำหนดใน RD 661/2007 ทั้งหมด โดยผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์จะได้รับค่าตอบแทนจาก  
การขายไฟฟ้าในราคาตลาด เพื่อลดค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการรับซื้อไฟฟ้า เพื่อเสถียรภาพทางการเงินใน  
ระบบไฟฟ้า และเพื่อรับประกันการบริโภคไฟฟ้าในราคาถูก<sup>16</sup>

#### 4.1.1.2. คดีที่เกี่ยวข้อง

##### (1) คดี *Charanne and Construction Investments v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่า RD 661/2007 ซึ่งให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนในโรงงานไฟฟ้า  
แสงอาทิตย์ในการเลือกที่จะขายไฟฟ้าแก่ตลาดโดยตรงและได้รับค่าตอบแทนตามราคาตลาดและ  
ได้รับเงินตอบแทน (premium) เพิ่มเติมตามอัตราที่กำหนด หรือขายไฟฟ้าในอัตรารับซื้อไฟฟ้าที่  
กำหนดไว้ตลอดอายุการดำเนินการ และ RD 1578/2008 ซึ่งให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ผลิตไฟฟ้าจาก  
พลังงานแสงอาทิตย์ที่จัดตั้งขึ้นภายหลังกำหนดเวลาในการขึ้นทะเบียนที่กำหนดใน RD 661/2007  
นั้น ถือว่าเป็นการที่ให้ค้ำประกันอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนโดยสเปน เนื่องจากกฎหมายได้กล่าวใช้  
บังคับโดยตรงกับนักลงทุนบางกลุ่มอย่างเฉพาะเจาะจงที่เข้าเกณฑ์และดำเนินการภายในระยะเวลาที่  
กฎหมายกำหนด การประกาศใช้ RD 1565/2010 เพื่อลดระยะเวลาการรับซื้อไฟฟ้าเหลือเพียง 25 ปี  
จากเดิมที่ RD 661/2007 กำหนดไว้ตลอดระยะเวลาการดำเนินการ และการแก้ไขเงื่อนไขที่กำหนด  
ใน RD 661/2007 โดยกำหนดให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่มีกำลังผลิตเกิน 2 เมกะวัตต์ (MW)  
ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในการจัดให้มีกลไกเพื่อป้องกันระบบไฟฟ้าขัดข้อง และกำหนดว่าหาก  
โรงไฟฟ้าใดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวจะไม่สามารถได้รับสิทธิในการรับซื้อไฟฟ้าในอัตราคงที่ได้  
และราคาการรับซื้อไฟฟ้าจะเป็นไปตามราคาตลาดเท่านั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ไม่ชอบและ

The tax will be required at the rate of 7 percent.

<sup>16</sup> International Energy Agency, **Royal Decree Law 9/2013 on urgent measures to guarantee financial stability in the electricity system** [online], 2 May 2017. From <https://www.iea.org/policies/5656-royal-decree-law-92013-on-urgent-measures-to-guarantee-financial-stability-in-the-electricity-system> (accessed on 16 August 2022)

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุน เนื่องจากนักลงทุนได้อาศัยกฎหมายดังกล่าวในการดำเนินการลงทุน รวมถึง เอกสารเผยแพร่ต่าง ๆ ที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐที่ระบุเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์และผลตอบแทนที่นักลงทุนจะได้รับ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจึงเป็นการกระทำที่ละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นทางการและเท่าเทียมที่ระบุในสนธิสัญญาภาคีการลงทุน ในลักษณะที่ทำให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>17</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนและระบุว่าคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงสามารถกระทำได้ผ่านข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง หรือการแสดงออกของรัฐที่แสดงต่อนักลงทุนโดยตรงว่ากฎหมายที่ใช้บังคับจะไม่เปลี่ยนแปลงเท่านั้น<sup>18</sup> ในกรณีนี้ แม้ว่า RD 661/2007 และ RD 1578/2008 จะใช้บังคับโดยตรงกับนักลงทุนบางกลุ่มอย่างเฉพาะเจาะจง แต่ไม่อาจถือเป็นคำมั่นที่รัฐให้แก่ักลงทุนแต่ละราย กฎเกณฑ์ดังกล่าวยังคงมีลักษณะเป็นการทั่วไปซึ่งกำหนดลักษณะเฉพาะของกฎหมายหรือข้อบังคับโดยการจำกัดขอบเขตของการบังคับใช้เท่านั้น หากทำให้กฎหมายทั่วไปกลายเป็นคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงผ่านการกำหนดบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายอย่างจำกัด จะเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐในการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะมากเกินไป<sup>19</sup> และการประชาสัมพันธ์เพื่อดึงดูดการลงทุนผ่านเอกสารเผยแพร่ต่าง ๆ ซึ่งระบุว่านักลงทุนจะได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนสูง ไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ามาตรการรับซื้อไฟฟ้า จะไม่มีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากเอกสารดังกล่าวไม่มีข้อความใดที่อาจอนุมานได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการรับซื้อไฟฟ้าจะใช้บังคับตลอดอายุการดำเนินการ<sup>20</sup> ดังนั้น ในกรณีไม่มีการจัดทำสัญญาที่ระบุข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงหรือมีการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมาย นักลงทุนไม่สามารถมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของตลาดและเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>21</sup> นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในกรณีนี้นักลงทุนสามารถคาดการณ์ได้ถึง การเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายของสเปนเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงได้อย่างชัดเจน ดังเช่นที่ชี้ให้เห็นจากคำพิพากษาของศาลฎีกา

<sup>17</sup> Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. 062/2012, Final Award, 21 January 2016, paras. 295-307.

<sup>18</sup> Ibid., para. 510.

<sup>19</sup> Ibid., para. 493.

<sup>20</sup> Ibid., paras. 496-497.

<sup>21</sup> Ibid., para. 503.

(Spanish Supreme Court) ที่มีขึ้นก่อนการลงทุนของนักลงทุนที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายภายใน กล่าวคือ คำพิพากษาในปี ค.ศ. 2005 ได้ระบุว่า “ไม่มีอุปสรรคทางกฎหมายใด ๆ สำหรับรัฐบาลในการแก้ไขระบบการให้ค่าตอบแทนที่กำหนดไว้ภายใต้กรอบทางกฎหมาย” และในปี ค.ศ. 2006 ได้มีคำพิพากษาในลักษณะเดียวกันที่ระบุว่า “ผู้ประกอบการโรงไฟฟ้าตามกฎเกณฑ์พิเศษไม่มีสิทธิในการแช่แข็ง (frozen right) กฎเกณฑ์ทางเศรษฐกิจที่ใช้บังคับกับการได้รับผลตอบแทนพิเศษ (bonus)ว่าจะไม่เปลี่ยนแปลง กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อส่งเสริมการใช้พลังงานหมุนเวียนผ่านมาตรการการให้สิทธิประโยชน์ ซึ่งไม่ได้เป็นการรับประกันว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงในอนาคต” แม้ว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวจะไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่พิจารณาในคดีนี้ แต่คำพิพากษาดังกล่าวก็ชี้ให้เห็นถึงหลักการที่ว่ากฎหมายภายในสามารถเปลี่ยนแปลงได้เพื่อตอบสนองกับระบบเศรษฐกิจและเพื่อส่งเสริมการผลิตพลังงานหมุนเวียน อนุญาโตตุลาการจึงระบุว่านักลงทุนสามารถวิเคราะห์กรอบทางกฎหมายของประเทศสเปนที่ใช้บังคับกับการลงทุนของตนได้ และจะสามารถทราบได้ว่ากฎหมายที่บังคับใช้ในปี ค.ศ. 2007 และปี ค.ศ. 2008 อาจเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งการตรวจสอบและวิเคราะห์เบื้องต้นถึงกรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับธุรกิจของตนเป็นสิ่งสำคัญในการทำการลงทุนและเป็นระดับของความระมัดระวังที่อย่างน้อยนักลงทุนต่างชาติในภาคพลังงานที่ถูกควบคุมอย่างเข้มงวดจะต้องกระทำ ดังนั้น แม้ว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาจะไม่มีผลผูกพันคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ยังเป็นข้อเท็จจริงที่ชี้ให้เห็นว่า นักลงทุนไม่สามารถมีความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่ากฎหมายที่ใช้บังคับขณะทำการลงทุนจะไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาของการดำเนินการในกรณีที่ไม่มีการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง<sup>22</sup>

อย่างไรก็ดี ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอาจได้รับการคุ้มครองแม้ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงหรือการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายอย่างไม่สมเหตุสมผล ไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะหรือหลักความได้สัดส่วน<sup>23</sup> ซึ่งในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การจำกัดชั่วโมงการผลิตไฟฟ้าที่ผู้ผลิตไฟฟ้าจะมีสิทธิได้รับการรับซื้อไฟฟ้าอยู่บนพื้นฐานหลักการของการแบ่งเขตภูมิอากาศ รัฐจึงกระทำการอย่างสมเหตุสมผลและเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และการเปลี่ยนแปลง

<sup>22</sup> Ibid., paras. 506–508.

<sup>23</sup> Ibid., para. 515.



กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของกฎหมายอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากนักลงทุนยังคงได้รับสิทธิภายใต้โครงการรับซื้อไฟฟ้า นอกจากนี้ การลดระยะเวลาในการรับสิทธิในการรับซื้อไฟฟ้าเหลือ 30 ปีนั้น เป็นระยะเวลาที่สามารถคาดการณ์ได้สำหรับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จึงเป็นการดำเนินการที่สมเหตุสมผล ดังนั้นการประกาศใช้กฎหมายในปี ค.ศ. 2010 นั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่ปราศจากเหตุผล และไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ จึงไม่เป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>24</sup>

(2) คดี *The PV Investors v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่าในขณะที่ทำการลงทุน นักลงทุนได้อาศัยสิทธิประโยชน์ภายใต้ RD 661/2007 และในข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 ที่ชี้ให้เห็นว่าโรงไฟฟ้าของนักลงทุนจะไม่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ข้อ 44(3) ดังกล่าว จึงเป็นการให้คำมั่นถึงความมั่นคงของกฎหมายโดยสเปน<sup>25</sup> นอกจากนี้ รัฐได้ทำการกระทำต่าง ๆ เพื่อเป็นการจูงใจนักลงทุนต่างชาติ เช่น การนำเสนอ The Sun Can be Yours โดยกระทรวงอุตสาหกรรม พลังงาน และท่องเที่ยว (Ministry of the Industry, Energy and Tourism) การกำหนดแผนด้านพลังงานหมุนเวียนสำหรับปี ค.ศ. 2005-2010 การประชาสัมพันธ์การส่งเสริมการลงทุนภายใต้ RD 661/2007 โดยกระทรวงอุตสาหกรรม พลังงาน และการท่องเที่ยว และการนำเสนอของหน่วยงานต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นการย้าถึงการรับประกันความมั่นคงของกฎหมายและทำให้นักลงทุนเชื่อถือ นักลงทุนจึงมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจะไม่กระทบกับกิจการโรงไฟฟ้าของนักลงทุน<sup>26</sup> การเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี ค.ศ. 2010 โดยการประกาศใช้ RD 1565/2010 นั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>27</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในการพิจารณาการละเมิดความคาดหวังของนักลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายจะต้องพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้เพื่อพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรมหรือไม่ ประการแรก รัฐได้ให้คำมั่นอย่าง

<sup>24</sup> Ibid., paras. 532–536.

<sup>25</sup> *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 28 February 2020, paras. 247–248.

<sup>26</sup> Ibid., paras. 257–258.

<sup>27</sup> Ibid., para. 587.

เฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนหรือไม่ ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงนั้นต้องส่งผลกระทบต่อนักลงทุนอย่างสมเหตุสมผล และประการที่สาม ความคาดหวังของนักลงทุนต้องสอดคล้องกับสิทธิในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>28</sup> และการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายที่กระทบต่อนักลงทุนไม่อาจทำให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาภาคบังคับแรงงานจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ไม่สมเหตุสมผล โดยการพิจารณาความสมเหตุสมผลนั้นจะต้องพิจารณาความได้สัดส่วนของมาตรการด้วย นอกจากนี้ การใช้อำนาจของรัฐจะต้องพิจารณาตามหลักขอบเขตการใช้ดุลยพินิจด้วย<sup>29</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนนั้นไม่อาจคาดหวังได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง เนื่องจาก ข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 ไม่ได้เป็นข้อบทที่ให้คำมั่นเกี่ยวกับความมั่นคงที่รับประกันว่าอัตราการรับซื้อไฟฟ้าจะใช้บังคับตลอดระยะเวลาการดำเนินการ ด้วยเหตุที่ RD 661/2007 อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามหลักการของรัฐธรรมนูญ แม้ว่าข้อ 44(3) จะระบุว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในอนาคตจะไม่กระทบต่อโรงไฟฟ้าที่ดำเนินการไปแล้ว แต่ถ้อยคำดังกล่าวไม่สามารถทำให้ข้อ 44(3) เป็นคำมั่นถึงความมั่นคงของการรับประกันของรัฐว่าการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายหรือกฎระเบียบในอนาคตจะไม่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน และข้อ 44(3) ไม่สามารถตีความแยกจากข้อบทอื่นของกฎหมายได้ ต้องพิจารณาในบริบทของกฎหมายทั้งหมด โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า RD 661/2007 นั้นเป็นเพียงกฎหมายทั่วไปที่ให้ผลกำไรหรือผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล<sup>30</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าก่อน RD 661/2007 จะประกาศใช้บังคับ การส่งเสริมการลงทุนในกิจการไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์อยู่ภายใต้ RD 436/2004 ซึ่งต่อมาถูกแทนที่ด้วย RD 661/2007 ซึ่งจากการเปลี่ยนแปลงที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่ากรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีและสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า RD 436/2004 ซึ่งใช้บังคับก่อน RD 661/2007 มีข้อบทที่คล้ายคลึงกับข้อ 44(3) ซึ่งได้แก่ข้อ 40(3) และข้อบทดังกล่าวก็ไม่ได้ห้ามรัฐบาลในการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย<sup>31</sup> นอกจากนี้ ศาลฎีกาของสเปน (Spanish Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาในทำนอง

<sup>28</sup> Ibid., para. 577.

<sup>29</sup> Ibid., para. 583.

<sup>30</sup> Ibid., para. 601.

<sup>31</sup> Ibid., para. 602.

เดียวกันว่านักลงทุนควรคาดการณ์อย่างสมเหตุสมผลถึงการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายได้ แม้ว่าในบริบทของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลภายในเป็นเพียงข้อเท็จจริง ซึ่งข้อเท็จจริงนี้เกี่ยวข้องกับการพิจารณาการมีอยู่ของความคาดหวังที่สมเหตุสมผล คำพิพากษาดังกล่าวจึงชี้ให้เห็นว่ารัฐมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย และนักลงทุนควรได้ทราบว่าการกฎหมายอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้<sup>32</sup>

ในการพิจารณาการแสดงออกของรัฐซึ่งเป็นการยืนยันถึงความมั่นคงของกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การแสดงออกของรัฐจะต้องดำเนินการในรูปแบบที่เหมาะสมในกรณีนี้ไม่มีเอกสาร การนำเสนอ หรือข่าวประชาสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงเพียงพอที่จะอนุมานได้อย่างสมเหตุสมผลว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงอัตราการรับซื้อไฟฟ้าตลอดอายุโครงการ การประชาสัมพันธ์และการนำเสนอต่าง ๆ นั้นเป็นเพียงการกล่าวอ้างถึง RD 661/2007 เท่านั้น นอกจากนี้กระทรวงอุตสาหกรรม พลังงาน และท่องเที่ยวหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการดังกล่าวไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับเกี่ยวกับพลังงานในสเปน จึงไม่ถือว่าเป็นการให้หลักประกันเพิ่มเติมใด ๆ ต่อความมั่นคงของ RD 661/2007 และการกระทำดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้<sup>33</sup>

### (3) คดี *Eiser and Energía Solar v. Spain*

นักลงทุนได้ลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ในขณะที่ RD 661/2007 มีผลบังคับใช้ ซึ่งนักลงทุนอ้างว่าข้อ 44(3) ของกฎหมายดังกล่าวเปรียบเสมือนการกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงที่รับประกันความมั่นคงของ RD 661/2007 การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ที่แก่นักลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์นั้นละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้สนธิสัญญาฉบับตรพลังงาน เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรง นอกจากนี้ นักลงทุนเห็นว่า การออกงานแสดงการส่งเสริมการลงทุน (road shows) และการประกาศใช้ RD

<sup>32</sup> Ibid., paras. 603–608.

<sup>33</sup> Ibid., paras. 615–616.

1614/2010 เป็นการกระทำที่ยืนยันความมั่นคงของกฎหมายและทำให้ความคาดหวังของนักลงทุนนั้นชอบธรรม<sup>34</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้ให้สิทธิเรื่องความมั่นคงของกฎหมาย รัฐมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการกำกับดูแลและเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และในกรณีที่รัฐไม่ได้กระทำการใด ๆ ต่อนักลงทุนโดยตรงในลักษณะที่เป็นการรับประกันว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง นักลงทุนจะต้องสามารถคาดการณ์ได้ว่ากฎหมายอาจมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปและเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>35</sup> อย่างไรก็ตาม ภายใต้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ระบุในสนธิสัญญาภาคีการลงทุนเป็นการคุ้มครองนักลงทุนจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่นักลงทุนเชื่อถือขณะทำการลงทุนอย่างรุนแรง และสนธิสัญญาภาคีการลงทุนไม่ได้กำหนดเกณฑ์สำหรับสเปนในการเปลี่ยนแปลง RD 661/2007 อย่างเหมาะสม ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่ยอมรับคำกล่าวอ้างของนักลงทุนที่ว่า RD 661/2007 ให้สิทธิในการไม่เปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมาย แต่นักลงทุนจึงมีสิทธิจะคาดหวังว่าสเปนจะไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุนอย่างรุนแรงและกะทันหัน<sup>36</sup> ทั้งนี้ ในมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการ นักลงทุนเป็นนักลงทุนที่มีประสบการณ์ซึ่งทราบดีว่ากฎหมายเกี่ยวกับสาธารณูปโภคอาจมีการเปลี่ยนแปลงในบางครั้ง โดยอยู่ภายใต้ขอบเขตที่สามารถคาดการณ์ได้<sup>37</sup>

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างจากคดี *Charanne v. Spain* ที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อเรียกร้องของนักลงทุนว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นละเมิดสนธิสัญญาภาคีการลงทุน ประการแรก คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนในคดี *Charanne* ไม่ได้อ้างถึงผลกระทบจาก RDL 9/2013 เนื่องจากการลงทุนในคดีดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเหล่านี้ ดังนั้น มาตรการที่นักลงทุนในคดี *Charanne* อ้างถึงนั้นไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง ซึ่งในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การเปลี่ยนแปลง

<sup>34</sup> Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017, paras. 357–358.

<sup>35</sup> Ibid., para. 362.

<sup>36</sup> Ibid., para. 363.

<sup>37</sup> Ibid., para. 364.

กฎหมายนั้นรุนแรงและอาจนำไปสู่การละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจากกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงนั้นกระทบต่อลักษณะสำคัญของกฎหมายการลงทุนที่ใช้บังคับกับนักลงทุน และกระทบต่อพื้นฐานทางการเงินในการลงทุน รวมถึงเป็นการลบล้างผลประโยชน์ที่นักลงทุน คาดการณ์ไว้ขณะทำการลงทุน<sup>38</sup> กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าภายใต้ข้อ 10(1) ของ สนธิสัญญาภาคีพลังงาน การให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในการให้ความมั่นคงขั้น พื้นฐานในลักษณะของกรอบทางกฎหมายที่นักลงทุนเชื่อถือในการลงทุนระยะยาวไม่ได้หมายความว่า กรอบทางกฎหมายจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน จะต้องรวมถึงความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายอย่างสมเหตุสมผล โดยหน่วยงาน ผู้มีอำนาจภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ พันธกรณีในการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่า เทียมภายใต้ข้อ 10(1) ของสนธิสัญญาภาคีพลังงาน หมายถึงการที่กรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับ กับการลงทุนจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงในทางที่จะขัดขวางการลงทุนของนักลงทุนที่ลงทุน โดยเชื่อถือในกฎหมายที่ให้มูลค่าแก่การลงทุน<sup>39</sup> ในกรณีนี้ RDL 9/2013 เป็นการเปลี่ยนแปลงที่ รุนแรงและลบล้างผลประโยชน์ทางการเงินในการลงทุน โดยทำให้รายได้ของนักลงทุนลดลงถึง 66% จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>40</sup>

(4) คดี *Infrastructure Services and Energia Termosolar (formerly Antin) v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่านักลงทุนมีความคาดหวังในความความมั่นคงของ RD 661/2007 โดยความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมาจากข้อพิจารณาสองประการดังนี้ ประการแรก นัก ลงทุนคาดหวังว่าโรงไฟฟ้าของตนจะอยู่ภายใต้โครงการการรับซื้อไฟฟ้าตลอดอายุโครงการ เนื่องจาก โรงไฟฟ้าได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในการขึ้นทะเบียนที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และสเปนได้กระทำการใน ลักษณะที่เฉพาะเจาะจงเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม กล่าวคือ (1) สเปนได้ให้ คำมั่นถึงความมั่นคงผ่านข้อ 4 ของ RD 1614/2010 ซึ่งระบุว่า การเปลี่ยนแปลงอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้า จะไม่ใช่บังคับกับโรงไฟฟ้าที่ได้ขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE ภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2013 (ซึ่ง โรงไฟฟ้าของนักลงทุนได้ขึ้นทะเบียนในวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 2009) และ (2) นักลงทุนได้รับการ

<sup>38</sup> Ibid., paras. 367–369.

<sup>39</sup> Ibid., para. 382.

<sup>40</sup> Ibid., para. 389.

ยืนยันผ่านการแสดงออกของรัฐ รวมถึงในการประชุมว่าการรับซื้อไฟฟ้าจะใช้บังคับตลอดอายุโครงการโดยจะไม่มีเปลี่ยนแปลง ประการที่สอง นักลงทุนคาดหวังว่าการเปลี่ยนแปลง RD 661/2007 ในอนาคตจะใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าที่จัดตั้งขึ้นใหม่ โดยที่โรงไฟฟ้าที่ดำเนินการอยู่ก่อนจะไม่ได้รับผลกระทบ จากการที่สเปนได้ให้คำมั่นถึงความมั่นคงของกฎหมายผ่านข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 และการตีความข้อดังกล่าวได้รับการยืนยันผ่านการประกาศใช้ RD 1578/2008 ซึ่งลดอัตราการรับซื้อไฟฟ้า แต่ไม่กระทบต่ออัตราการรับซื้อไฟฟ้าที่ใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าที่ขึ้นทะเบียนภายใต้ RD 661/2007<sup>41</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาบทบัญญัติของข้อ 10(1) ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องให้ความมั่นคง เท่าเทียม อำนวยประโยชน์ และโปร่งใสแก่นักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในการลงทุนในดินแดนของตน ดังนั้น ความมั่นคงเป็นส่วนหนึ่งหรือเกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม สนธิสัญญากฎบัตรพลังงานจึงจำกัดอำนาจการกำกับดูแลของรัฐ แต่ไม่ได้ยกเลิกหรือจำกัดอำนาจการกำกับดูแลอย่างสิ้นเชิง และไม่ได้ห้ามรัฐภาคีในการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ทั้งนี้ รัฐจะต้องไม่ทำลายลักษณะสำคัญของกรอบทางกฎหมายอย่างกะทันหันและเหนือความคาดหมาย โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ความคาดหวังจะต้องเกิดจากการกระทำซึ่งเป็นการยืนยันบางอย่างของรัฐผู้รับการลงทุน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงหรือในรูปแบบของการแสดงออกของรัฐ เช่น กฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุน กล่าวคือ ความคาดหวังอันชอบธรรมไม่สามารถเกิดขึ้นจากการพิจารณาตามอัตวิสัยของนักลงทุน หากไม่มีการกระทำของรัฐซึ่งพิจารณาได้ว่ารัฐประสงค์จะให้การปฏิบัติหรือมีกฎหมายที่นักลงทุนอาจเชื่อถือในขณะทำการลงทุน<sup>42</sup>

ในการพิจารณาข้อเท็จจริง คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าแม้ว่าข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 และข้อ 4 ของ RD 1614/2010 ไม่ได้ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมว่าผลตอบแทนที่บังคับใช้กับโรงไฟฟ้าของนักลงทุนจะไม่เปลี่ยนแปลง เนื่องจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้สะท้อนให้เห็นถึงการให้คำมั่นในความมั่นคงและความคาดหมายได้แต่อย่างใด แต่ในการลงทุนในโรงไฟฟ้านั้น

<sup>41</sup> Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, paras. 363–367.

<sup>42</sup> Ibid., paras. 532–533.

สเปน (1) ทราบดีกว่าการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนใช้เงินลงทุนสูง (2) เข้าใจเป็นอย่างดีว่าการส่งเสริมการลงทุนในกิจการนี้จำเป็นจะต้องสร้างแรงจูงใจเป็นอย่างมาก (3) การบังคับใช้ RD 661/2007 ที่ให้สิทธิประโยชน์เป็นการกระทำเพื่อดึงดูดการลงทุนในเทคโนโลยีพลังงานหมุนเวียน และ (4) ได้แสดงออกผ่านการกระทำและกฎหมายว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับพลังงานหมุนเวียนจะมีเสถียรภาพและคาดหมายได้ แม้ว่ารัฐจะอ้างถึงคำตัดสินในคดี *Charanne* ซึ่งตัดสินว่านักลงทุนไม่อาจคาดหวังได้ว่า RD 661/2007 จะไม่เปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาการลงทุน อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Charanne* ไม่ได้พิจารณา RD 9/2013 หรือกฎหมายที่ประกาศใช้ภายหลังกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาว่า RD 9/2013 และกฎหมาย 24/2013 ได้ยกเลิกระบบการรับซื้อไฟฟ้า และยกเลิกสิทธิพิเศษในการเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าสำหรับผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียน นอกจากนี้ RD 9/2013 เป็นการยกเลิกหลักเกณฑ์ทั้งหมดที่กำหนดใน RD 661/2007 ดังนั้น ภายใต้ RD 9/2013 และกฎหมาย 24/2013 นั้นละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>43</sup>

(5) คดี *Masdar v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่านักลงทุนได้เชื่อถือใน RD 661/2007 ว่าการลงทุนในโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จะอยู่ภายใต้โครงการรับซื้อไฟฟ้าตลอดอายุการดำเนินการ โดยสเปนมีการให้คำมั่นถึงความมั่นคงของกฎหมายดังกล่าวผ่านข้อ 44(3) ว่าการเปลี่ยนแปลงอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้าในอนาคตจะไม่กระทบต่อโรงไฟฟ้าพลังงานความร้อนจากแสงอาทิตย์ที่ดำเนินการภายในวันที่ 1 มกราคมในปีที่สองภายหลังจากมีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และการขึ้นทะเบียน การประชาสัมพันธ์ การนำเสนอผลตอบแทนภายใต้ RD 661/2007 ของรัฐเป็นการยืนยันความมั่นคงของ RD 661/2007 ซึ่งทำให้นักลงทุนเชื่อถือในขณะทำการลงทุน การเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี ค.ศ. 2012 ถึง ค.ศ. 2014 เป็นการลดสิทธิประโยชน์ของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์อย่างมาก การเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Ibid., paras. 553-560.

<sup>44</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, paras. 463-465.

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่ารัฐมีเสรีภาพในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของตน แต่สิทธิดังกล่าวไม่ได้มีอยู่อย่างไม่จำกัด กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน จะต้องไม่ดำเนินการโดยไม่สมเหตุสมผล และในกรณีที่รัฐได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน การเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงที่ให้แก่ักลงทุน<sup>45</sup> ทั้งนี้ ในการพิจารณาลักษณะของการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวแบ่งออกเป็นสองแนวทาง แนวทางแรกเห็นว่าคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงอาจมาจากการแถลงการณ์ทั่วไปในกฎหมายหรือกฎระเบียบทั่วไป ส่วนแนวทางที่สองเห็นว่าคำมั่นนั้นจะต้องเฉพาะเจาะจง<sup>46</sup>

ในการพิจารณาว่าการแถลงการณ์ทั่วไปในกฎหมายหรือกฎระเบียบทั่วไปถือเป็นคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงที่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ตามแนวคิดแรกนั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนได้มีการตรวจสอบเชิงลึก (due diligence) ซึ่งทำให้เข้าใจระบบกฎหมายอย่างเพียงพอแล้ว โดยนักลงทุนได้แสดงให้เห็นว่าในขณะที่ทำการลงทุน นักลงทุนทราบดีว่า (1) สเปนได้เริ่มส่งเสริมการลงทุนในกิจการนับแต่ปี ค.ศ. 1997 โดยการให้สิทธิประโยชน์ผ่าน RD 436/2004 ซึ่งไม่สามารถดึงดูดการลงทุนได้มากเพียงพอ ต่อมาจึงบังคับใช้ RD 661/2007 แทน (2) การประชาสัมพันธ์และการนำเสนอของรัฐต่อนักลงทุนแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับนั้นให้ผลตอบแทนมากกว่าผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล (3) ไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลฎีกาใดที่จะชี้ให้เห็นถึงความไม่มั่นคงของเงื่อนไขทั่วไป และข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 และ (4) RD 661/2007 กำหนดว่าโรงไฟฟ้าที่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการขึ้นทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนดจะได้รับสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าหรือเงินตอบแทน นอกจากนี้ นักลงทุนได้แสดงให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนได้รับรายงานจากหน่วยงานรัฐ ได้เข้าร่วมในการหารือกับผู้เข้าร่วมประกอบกิจการ (co-venturer) ซึ่งมีความรู้ในกรอบทางกฎหมาย ได้หารือเชิงลึกกับธนาคารสเปนที่กู้ยืมเงินร้อยละ 80 ของเงินทุนทั้งหมดในโครงการ และได้ปรึกษาที่ปรึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว จากการดำเนินการดังกล่าวทำให้นักลงทุนเชื่อและคาดการณ์อย่างสมเหตุสมผลได้ว่า RD 661/2007 จะไม่เปลี่ยนแปลงอย่างสิ้นเชิง คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่านักลงทุนได้ทำการตรวจสอบเชิงลึกเพียงพอแล้ว

<sup>45</sup> Ibid., paras. 485-488.

<sup>46</sup> Ibid., paras. 489-490.



และนักลงทุนอาจคาดหวังอย่างชอบธรรมได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง ตามที่ได้กำหนดในข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 ซึ่งเปรียบเสมือนข้อสัญญาสัญญาเพื่อความมั่นคง<sup>47</sup>

ส่วนในแนวคิดที่สองที่เห็นว่าคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงนั้นไม่อาจกระทำผ่านกรอบทางกฎหมายได้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวมาจากหลักการที่ว่าคำมั่นผ่านกรอบทางกฎหมายนั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ ดังนั้นจะต้องพิจารณาการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง นอกเหนือจากกฎหมายทั่วไปด้วย โดยในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการที่นักลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้ RD 661/2007 นักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE ได้ กระบวนการดังกล่าวถือเป็นข้อเสนอฟายเดี่ยวอย่างเฉพาะเจาะจงที่เสนอโดยรัฐ และนักลงทุนจะได้รับหากปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด และกระบวนการขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE มีลักษณะที่แตกต่างจากกระบวนการขึ้นทะเบียนทั่วไป กล่าวคือ ก่อนการขึ้นทะเบียนโรงไฟฟ้านักลงทุนจะได้รับจดหมาย (letter) จากรัฐสองฉบับซึ่งระบุการยืนยันแก่นักลงทุนว่าโรงไฟฟ้าจะได้รับผลตอบแทนซึ่งประกอบด้วยอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้าและเงินตอบแทน (premium) ตามที่กำหนดใน RD 661/2007 นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างจากคดีอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นกับสเปน กล่าวคือ นักลงทุนได้มีการส่งจดหมายไปยังกระทรวงอุตสาหกรรม การท่องเที่ยว และธุรกิจ โดยมีข้อความที่ระบุเกี่ยวกับเงื่อนไขการได้รับผลตอบแทนสำหรับโรงไฟฟ้าตลอดระยะเวลาการดำเนินการ โดยกระทรวงดังกล่าวได้ตอบกลับจดหมายของนักลงทุนโดยมีข้อความระบุว่าสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับจะประกอบด้วยค่ารับซื้อไฟฟ้าและเงินตอบแทนตามที่กำหนดใน RD 661/2007 คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่า จดหมายดังกล่าวซึ่งให้แก่นักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง เป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงที่ยืนยันว่าโรงไฟฟ้าจะได้รับสิทธิภายใต้ RD 661/2007 ตลอดระยะเวลาดำเนินกิจการ จากการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่า นักลงทุนสามารถมีความคาดหวังอย่างชอบธรรมได้ว่าผลประโยชน์ที่ได้รับภายใต้ RD 661/2007 จะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Ibid., paras. 496–500.

<sup>48</sup> Ibid., paras. 512–521.

(6) คดี *NextEra v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่าการประกาศใช้กฎหมาย 15/2012 และ RDL 9/2013 ละเมิดข้อ 10(1) ของ สนธิสัญญาทวิภาคีพลังงาน กล่าวคือ รัฐละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยการไม่คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ซึ่งนักลงทุนได้เชื่อถือใน RD 661/2007 ที่บังคับใช้ขณะทำการลงทุน ประกอบกับการแสดงออกของรัฐซึ่งเป็นการยืนยันความมั่นคงของกฎหมายดังกล่าว อันได้แก่ การขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE มติคณะรัฐมนตรี (Ministerial Resolutions) และการแถลงการณ์หรือการแสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>49</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า RD 661/2007 ไม่ได้ก่อให้เกิดความคาดหวังแก่นักลงทุนถึงการรับประกันกรอบทางกฎหมาย กรอบทางกฎหมายอาจเปลี่ยนแปลงได้ และกรอบทางกฎหมายไม่อาจเป็นพื้นฐานของความคาดหวังของนักลงทุนได้ว่านักลงทุนมีสิทธิจะได้รับผลประโยชน์ตามที่กำหนดในกรอบทางกฎหมาย และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE ซึ่งเป็นขั้นตอนสำคัญในการได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมาย เป็นเพียงข้อกำหนดในการบริหารงาน และไม่ได้หมายความว่าโรงไฟฟ้าที่ขึ้นทะเบียนจะมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนที่แน่นอน รวมถึงมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นเพียงการยืนยันการบังคับใช้ของกรอบทางกฎหมาย และไม่ได้รับประกันเงื่อนไขใด ๆ ของกฎหมาย จึงไม่อาจทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การแสดงออกหรือการรับประกันที่จะก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ จะต้องเป็นการกระทำต่อนักลงทุนโดยตรงโดยหน่วยงานรัฐของสเปนว่าสิทธิประโยชน์ที่ระบุใน RD 661/2007 จะใช้บังคับกับนักลงทุนตลอดระยะเวลาในการดำเนินการลงทุน<sup>50</sup> อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ สเปนได้มีการแถลงการณ์เป็นลายลักษณ์อักษรผ่านจดหมายที่นักลงทุนได้รับโดยตรงจากรัฐมนตรีของสเปน แม้ว่าจดหมายดังกล่าวจะไม่ได้ให้คำมั่นอย่างชัดเจน แต่มีการการใช้ถ้อยคำว่า “รับประกัน (guaranteeing)” และ “การรักษาความมั่นคงของกฎหมาย (preserve legal security)” ในจดหมาย<sup>51</sup> รวมถึงกระบวนการขึ้นทะเบียนกับ RAIPRE นั้นทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมว่า RD 661/2007 จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่บ่อนทำลายความมั่นคงและความ

<sup>49</sup> NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019, para. 583.

<sup>50</sup> Ibid., paras. 584-587.

<sup>51</sup> Ibid., paras. 590-593.

คาดหวังได้ของการลงทุน<sup>52</sup> ซึ่งกฎหมาย 15/2012 และ RDL 9/2013 แตกต่างจาก RD 661/2007 อย่างมีนัยสำคัญ โดยเปลี่ยนแปลงระบบค่าตอบแทนทั้งหมด เป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของกฎหมายและรุนแรง กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าวให้นักลงทุนได้สูญเสียความมั่นคงจากการที่รัฐบาลสเปนได้ให้การรับประกันความมั่นคงทางกฎหมายและความคาดหวังได้ของการลงทุนแก่นักลงทุน และการเปลี่ยนแปลงนั้นเกินกว่าที่นักลงทุนจะคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลในการลงทุน ดังนั้น การที่สเปนไม่ได้ให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน จึงเป็นการละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมตามข้อ 10 ของสนธิสัญญาากฎบัตรพลังงาน<sup>53</sup>

(7) คดี *9REN Holding v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่าภายใต้ RD 661/2007 สเปนกำหนดให้โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ได้รับผลประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าในอัตราคงที่ตลอดระยะเวลาการดำเนินการ เนื่องจากสเปนต้องการให้เกิดการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของสหภาพยุโรป RD 661/2007 จึงเป็นการให้ความมั่นคงถึงการรับซื้อไฟฟ้า และข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 ได้ชี้ให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงอัตราการรับซื้อไฟฟ้าในอนาคตจะไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งการตีความดังกล่าวได้รับการยืนยันในเอกสารชี้แจงของคณะรัฐมนตรี นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐยังได้ให้สัญญาอย่างชัดเจนแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนหลายครั้งว่านักลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ตาม RD 661/2007 ตลอดระยะเวลาการดำเนินการ และคณะกรรมการพลังงานแห่งชาติ (National Energy Commission) หรือในภาษาสเปน คือ *Comisión Nacional de Energía* (CNE) มีการจัดการนำเสนอ (road show) แก่นักลงทุนต่างชาติเพื่อนำเสนอผลตอบแทนและความมั่นคงในการลงทุน เป็นการรับประกันถึงความมั่นคงทางการเงินของนักลงทุนในกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ ซึ่งทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรม<sup>54</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 เป็นการกระทำอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน เนื่องจากได้แสดงต่อกลุ่มบุคคลที่สามารถระบุตัวตนได้ ซึ่งก็คือกลุ่มนัก

<sup>52</sup> Ibid., para. 596.

<sup>53</sup> Ibid., paras. 597–600.

<sup>54</sup> 9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019, paras. 217–222.

ลงทุนที่จะได้รับสิทธิประโยชน์จากโครงการรับซื้อไฟฟ้าของสเปน RD 661/2007 จึงสร้างความคาดหวังอันชอบธรรมในความมั่นคงของเงื่อนไขของกฎหมาย<sup>55</sup> นอกจากนี้ การประชาสัมพันธ์ของคณะรัฐมนตรีสเปน (Spanish Cabinet Press Release) ทำให้นักลงทุนเชื่อถือในการแสดงออกอย่างชัดเจนใน RD 661/2007 และตัดสินใจทำการลงทุนในโครงการพลังงานหมุนเวียนในสเปน เนื่องจากการลงทุนในกิจการขนาดใหญ่และมีต้นทุนสูง นักลงทุนต้องการการรับประกันก่อนทำการลงทุน และการลงทุนจะไม่เกิดขึ้นหากไม่มีการรับประกันดังกล่าว นักลงทุนจึงมีความคาดหวังอันชอบธรรมในความมั่นคงของเงื่อนไขของกฎหมาย<sup>56</sup> กล่าวโดยสรุปคือ กรอบทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้คำมั่น ได้แก่ (1) กฎหมายที่ใช้บังคับแก่ผู้รับโดยเฉพาะเจาะจง และ (2) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์อย่างเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ความคาดหวังอันชอบธรรมเกิดจากคำมั่นอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจง โดยเห็นว่าการให้คำมั่นอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงสามารถกระทำได้โดยในตัวกฎหมายเองที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นการลงทุน และได้ประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุน และต่อมารัฐได้กระทำการซึ่งเสียหายต่อนักลงทุน ความคาดหวังของนักลงทุนในคดีนี้จึงเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรม<sup>57</sup>

(8) คดี *Stadtwerke München and others v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่ากรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับพลังงานหมุนเวียนทำให้นักลงทุนลงทุนในโรงไฟฟ้าและนักลงทุนเกิดความคาดหวังว่าจะได้รับการอุดหนุนภายใต้ RD 661/2007 และความมั่นคงจากการได้รับการอุดหนุนภายใต้กรอบทางกฎหมายดังกล่าว เนื่องจาก RD 661/2007 ได้ให้คำมั่นอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความมั่นคงของกฎหมาย กล่าวคือ ข้อ 36 ของกฎหมายดังกล่าวกำหนดว่าการรับซื้อไฟฟ้าหรือการให้เงินตอบแทน (premium) ที่ใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าจะใช้บังคับเป็นระยะเวลา 25 ปี และข้อ 44(3) ระบุว่าอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้าหรือเงินตอบแทนจะไม่เปลี่ยนแปลงรวมถึง RD 1614/2010 ซึ่งบังคับใช้หลังจาก RD 661/2007 ซึ่งระบุว่าโรงไฟฟ้าที่อยู่ภายใต้ RD 661/2007 จะไม่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายฉบับนี้ นอกจากนี้ การขึ้นทะเบียน และการที่รัฐบาลสเปนได้ย่ำคำมั่นดังกล่าวในการสื่อสารต่าง ๆ ทั้งทางวาจาและเป็นลายลักษณ์อักษรว่าโรงไฟฟ้าของ

<sup>55</sup> Ibid., paras. 257 – 259.

<sup>56</sup> Ibid., paras. 270–273.

<sup>57</sup> Ibid., paras. 294–296.

นักลงทุนมีสิทธิได้รับสิทธิในการรับซื้อไฟฟ้าและเงินตอบแทนสำหรับการผลิตไฟฟ้า รวมถึงข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตไฟฟ้ากับรัฐบาลสเปน เป็นการยืนยันถึงการไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายและทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังว่าอันชอบธรรม<sup>58</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในสนธิสัญญาภาคบังคับพลังงาน ไม่ได้คุ้มครองนักลงทุนจากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หรือไม่ได้คุ้มครองนักลงทุนซึ่งคาดหวังอย่างไม่สมเหตุสมผลว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุน ในกรณีที่ไม่มีกรให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงตามสัญญาที่ถือได้ว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่นักลงทุน ความคาดหวังของนักลงทุนอาจมีที่มาจากกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการลงทุนเพื่อประเมินว่านักลงทุนที่มีความรอบคอบและมีประสบการณ์สามารถมีความคาดหวังอันชอบธรรมถึงการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวหรือไม่ กล่าวคือ ความคาดหวังจะมีขึ้นอย่างสมเหตุสมผลหากนักลงทุนได้มีการตรวจสอบเชิงลึกและวิเคราะห์สถานการณ์ในการลงทุนอย่างเข้มงวด<sup>59</sup> โดยกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนไม่อาจคาดหวังได้ว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง เนื่องจากตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย RD 661/2007 เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นภายใต้กฎหมายไฟฟ้า โดย RD 661/2007 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้แทน RD 436/2004 แล RDL 7/2006 ซึ่งชี้ให้เห็นว่าเงื่อนไขการให้ผลตอบแทนแก่ผู้ผลิตไฟฟ้าจะถูกแก้ไขโดยกฎหมายที่จะประกาศใช้เป็นคราว ๆ ไป และข้อ 44(3) ของ RD 661/2007 มีลักษณะเช่นเดียวกับข้อ 40(3) ของ RD 436/2004 ซึ่งถูกยกเลิกโดย RD 661/2007 แสดงให้เห็นว่า RD 436/2004 ไม่ได้ให้ความมั่นคงทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากได้ถูกแทนที่ด้วย RD 661/2007 นอกจากนี้ ศาลฎีกาได้มีคำตัดสิน วันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2006 โดยปฏิเสธข้อกล่าวอ้างว่า RD 436/2006 นั้นให้ความมั่นคงทางกฎหมาย โดยคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้เผยแพร่ต่อสาธารณะในขณะที่นักลงทุนทำการลงทุน นักลงทุนจึงควรรับทราบและคาดการณ์ได้ถึงถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย<sup>60</sup> ดังนั้น การที่นักลงทุนอ้างว่าข้อ 44(3) ของ RD

<sup>58</sup> Stadtwerke München GmbH and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019, paras. 210–212.

<sup>59</sup> Ibid., para. 264.

<sup>60</sup> Ibid., paras. 273–278.

661/2007 ถือเป็น การให้ความมั่นคงของกฎหมายนั้นไม่สมเหตุสมผล และการตีความดังกล่าวขัดต่อหลักการของกฎหมายสเปน ไม่อาจถือเป็นการให้ความมั่นคงของกฎหมายแก่นักลงทุน และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า RD 1614/2010 ไม่ได้สนับสนุนข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนเกี่ยวกับความมั่นคงของ RD 661/2007<sup>61</sup>

นอกจากนี้ การที่นักลงทุนอ้างว่าการกระทำของรัฐเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของ RD 661/2007 ดังนี้ (1) งานนำเสนอ PowerPoint ซึ่งนำเสนอโดยตัวแทนของสเปนต่าง ๆ ว่าเป็นหลักฐานที่ชี้ให้เห็นว่าสเปนได้แถลงการณ์อย่างชัดแจ้งเกี่ยวกับความมั่นคงของ RD 661/2007 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนไม่อาจเชื่อถืออย่างสมเหตุสมผลในงานนำเสนอ PowerPoint ของหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจทางกฎหมาย<sup>62</sup> (2) ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลสเปนกับผู้ผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงระหว่างรัฐบาลสเปนกับผู้ผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เกี่ยวกับความมั่นคงของสิทธิประโยชน์ที่ให้แก่โรงไฟฟ้าที่เริ่มดำเนินการในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2010 ที่นักลงทุนอ้างถึงนั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกระบวนการปรึกษาหารือเพื่อนำไปสู่การออกกฎหมายใหม่ และเป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ข้อตกลงที่ไม่เป็นทางการที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการปรึกษาหารือไม่มีนัยสำคัญทางกฎหมายใด ๆ จึงไม่อาจเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดความคาดหวังได้<sup>63</sup> (3) มติของคณะรัฐมนตรีซึ่งแสดงต่อนักลงทุนเกี่ยวกับเงื่อนไขของการดำเนินกิจการโรงไฟฟ้า คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามติดังกล่าวไม่สามารถตีความได้อย่างสมเหตุสมผลถึงความมั่นคงของผลตอบแทนตลอดระยะเวลาของการดำเนินงาน<sup>64</sup> และ (3) การลงทะเบียนเบื้องต้น (Pre-registration) เพื่อรับสิทธิประโยชน์ภายใต้ RD 661/2007 คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เป็นเพียงกระบวนการเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้ RD 661/2007 เท่านั้น ไม่ได้เป็นการให้ความมั่นคงของผลตอบแทนหรือเป็นการยืนยันว่าเงื่อนไขจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>65</sup> นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนไม่ได้จัดทำสัญญาใด ๆ กับรัฐ เช่น สัญญาซื้อขายไฟฟ้า จึงไม่อาจคาดหวังได้ว่า

<sup>61</sup> Ibid., para. 282.

<sup>62</sup> Ibid., paras. 284-287.

<sup>63</sup> Ibid., para. 290.

<sup>64</sup> Ibid., paras. 294-296.

<sup>65</sup> Ibid., para. 306.

ผลตอบแทนจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>66</sup> ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่านักลงทุนไม่สามารถคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่ารายได้ในการประกอบกิจการจะคงที่ตลอดระยะเวลาดำเนินการ ความคาดหวังของนักลงทุนจึงไม่ชอบธรรมและไม่สมเหตุสมผล จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดข้อ 10(1) ของ สนธิสัญญา กฎบัตรพลังงาน<sup>67</sup>

(9) คดี *Novenergia v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่าความคาดหวังอันชอบธรรมอาจเกิดจากการกระทำและการรับประกันโดยรัฐโดยไม่จำเป็นต้องกระทำอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน อาจเป็นการกระทำไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ ดังนั้น RD 661/2007 จึงเป็นการรับประกันการรับซื้อไฟฟ้าแก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนตลอดระยะเวลาดำเนินการ และทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมจากการรับประกันดังกล่าว นอกจากนี้ สเปนยังได้สนับสนุนกฎหมายดังกล่าวผ่านรายงานและการนำเสนอต่าง ๆ เพื่อดึงดูดให้เกิดการลงทุน<sup>68</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความคาดหวังของนักลงทุนอาจเกิดจากกรอบทางกฎหมาย การกระทำ หรือการแถลงการณ์โดยรัฐโดยไม่ต้องอาศัยการกระทำอย่างเฉพาะเจาะจงหรือข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาการลงทุน การที่กฎหมายตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สเปนบรรลุเป้าหมายด้านพลังงานหมุนเวียน และเพื่อสร้างบรรยากาศที่เอื้ออำนวยในการลงทุนสำหรับนักลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน กฎหมายจึงส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในกิจการไฟฟ้าในสเปน<sup>69</sup> นักลงทุนจึงมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงหรือเปลี่ยนแปลงระบบพื้นฐานใด ๆ ของกฎหมาย RD 661/2007<sup>70</sup> อย่างไรก็ตาม นักลงทุนไม่สามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เนื่องจากสเปนมีอำนาจในการกำกับดูแล ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 2010 เป็นไปเพื่อลดการขาดดุลภาษี และมาตรการดังกล่าวไม่ได้ อยู่เหนือขอบเขตที่สามารถยอมรับได้ของพฤติการณ์ปกติของการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย และไม่ได้

<sup>66</sup> Ibid., para. 307.

<sup>67</sup> Ibid., para. 308.

<sup>68</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 063/2015, Final Arbitral Award, 15 February 2018, paras. 551–556.

<sup>69</sup> Ibid., paras. 665–669.

<sup>70</sup> Ibid., para. 681.

เปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมทางกฎหมายและธุรกิจที่นักลงทุนอาศัยในการตัดสินใจในการลงทุนอย่างสิ้นเชิง รวมถึงส่งผลกระทบต่อนักลงทุนอย่างจำกัด จึงไม่ถือเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>71</sup> ส่วนการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี ค.ศ. 2013 คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอำนาจกำกับดูแลด้านกฎระเบียบของรัฐจะต้องถูกชั่งน้ำหนักกับความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ซึ่งการพิจารณาผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อนักลงทุนนั้นไม่เพียงพอ แต่ต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงในลักษณะสำคัญของระบอบกฎหมายที่นักลงทุนต้องอาศัยเมื่อทำการลงทุนระยะยาว คณะอนุญาโตตุลาการจึงระบุว่า การยกเลิกการกำหนดอัตรารับซื้อไฟฟ้าคงที่ระยะยาวเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างรุนแรงและไม่สามารถคาดการณ์ได้ อยู่เหนือขอบเขตที่สามารถยอมรับได้ในพฤติการณ์การเปลี่ยนแปลงโดยปกติของระบอบกฎหมาย และเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมทางกฎหมายและธุรกิจที่นักลงทุนอาศัยเพื่อตัดสินใจทำการลงทุน การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>72</sup>

(10) คดี *Watkins Holdings v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่านักลงทุนมีความคาดหวังในลักษณะ อัตรา และระยะเวลาของการรับซื้อไฟฟ้า หรือการได้รับเงินตอบแทน (premium) ภายใต้ RD 661/2007 และ RD 1614/2010 รวมถึงคาดหวังในความมั่นคงของกฎหมายดังกล่าว และความคาดหวังนั้นเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรม<sup>73</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้สนธิสัญญาผูกพันพลังงานกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งมีพื้นฐานมาจากการกระทำหรือการแสดงออกไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมโดยรัฐผู้รับการลงทุน โดยรัฐผู้รับการลงทุนต้องให้ความมั่นคงแก่นักลงทุนและต้องไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับใช้ขณะทำการลงทุนอย่างรุนแรงในทางที่เป็นการลดมูลค่าของการลงทุน<sup>74</sup> กล่าวคือ สนธิสัญญาผูกพันพลังงาน จำกัดอำนาจของรัฐในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญและรุนแรงในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ไม่สมเหตุสมผล และไม่เท่าเทียมซึ่งทำลายความ

<sup>71</sup> Ibid., para. 688.

<sup>72</sup> Ibid., paras. 695–697.

<sup>73</sup> *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 January 2020, para 523.

<sup>74</sup> Ibid., para. 518.



คาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>75</sup> การให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงอาจดำเนินการได้ผ่านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และการแสดงออกของสเปนได้ให้สัญญาอย่างชัดเจนว่ากฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับจะมีความมั่นคง เนื่องจาก RD 661/2007 ข้อ 36 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการรับซื้อไฟฟ้าและเงินตอบแทนที่บังคับใช้กับโครงการของนักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง ซึ่งนักลงทุนมีสิทธิได้รับประโยชน์ดังกล่าวเป็นเวลา 20 ปี โดยที่สเปนได้ให้คำมั่นถึงความมั่นคงของสิทธิประโยชน์ภายใต้ข้อ 44(3) ที่ระบุอย่างชัดเจนว่าการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในภายหลังจะไม่กระทบต่อการรับซื้อไฟฟ้าหรือเงินตอบแทนที่บังคับใช้แก่นักลงทุนที่เริ่มดำเนินการก่อนวันที่ 1 มกราคม ของปีที่สองนับจากปีที่กฎหมายที่แก้ไขนั้นมีผลบังคับ เปรียบเสมือนเป็นข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง ดังนั้น ภายใต้ข้อบทดังกล่าวจึงเป็นการรับประกันว่าการแก้ไขการรับซื้อไฟฟ้าและเงินตอบแทนจะไม่กระทบกับกิจการที่ได้เริ่มดำเนินการไปแล้วก่อนการแก้ไขนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าสเปนได้ให้คำมั่นแก่นักลงทุนถึงความมั่นคงของกฎหมาย ในขณะที่สเปนไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการดังกล่าวความคาดหวังของนักลงทุนนั้นจึงเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรมและสมเหตุสมผล<sup>76</sup> และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการประกาศใช้ RD 1614/2010 ซึ่งเป็นการยืนยันว่าโรงไฟฟ้าที่อยู่ภายใต้ RD 667/2007 จะไม่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้าใน RD 1614/2010 นั้นสอดคล้องกับการให้คำมั่นภายใต้ข้อ 44(3) ของ RD 667/2007<sup>77</sup> นอกจากนี้ สเปนยังได้แสดงออกหลายครั้งเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้ลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าการความคาดหวังของนักลงทุนนั้นสมเหตุสมผล<sup>78</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า กฎหมาย 15/2012 ซึ่งจัดเก็บภาษีในอัตราร้อยละ 7 RDL 2/2013 ซึ่งยกเลิกการให้เงินตอบแทน และการปรับราคาซื้อไฟฟ้าตามดัชนีผู้บริโภค ที่กำหนดใน RD 661/2007 และ RDL 9/2013 ซึ่งยกเลิกสิทธิประโยชน์ทั้งหมดที่นักลงทุนได้รับจาก RD 661/2007 นั้นเป็นมาตรการที่เป็นการทำลายความคาดหวังของนักลงทุน<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Ibid., para. 521.

<sup>76</sup> Ibid., paras. 527-528.

<sup>77</sup> Ibid., para. 529.

<sup>78</sup> Ibid., paras. 532.

<sup>79</sup> Ibid., para. 534.

(11) คดี *RREEF v. Spain*

นักลงทุนอ้างว่าแม้ว่าภายใต้สนธิสัญญากฎบัตรพลังงานจะไม่ได้ปรากฏข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงและสเปนจะสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ แต่การเปลี่ยนแปลงจะต้องคาดหมายได้ และสอดคล้องกับความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายจะต้องไม่ดำเนินการในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ไม่สมเหตุสมผล และไม่เท่าเทียม หรือทำลายความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>80</sup> และนักลงทุนเห็นว่ากรอบทางกฎหมายนั้นเป็นการให้การรับประกันแก่นักลงทุนแม้ว่าจะไม่ได้มีการดำเนินการแก่นักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง<sup>81</sup> ทั้งนี้ สเปนละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนโดย (1) ลักษณะ จำนวน และระยะเวลาของการรับซื้อไฟฟ้าภายใต้ RD 661/2007 และ RD 1614/2010 และ (2) ความมั่นคงของสิทธิประโยชน์ของ RD 661/2007<sup>82</sup> รวมถึงการดำเนินการต่าง ๆ ของสเปนที่เป็นการสนับสนุนกฎหมายดังกล่าว ซึ่งรวมถึง เอกสารที่เผยแพร่โดยกระทรวงอุตสาหกรรมและพลังงาน การนำเสนอกฎหมายแก่นักลงทุน ใบรับรองที่ออกโดย RAIPRE และการประชุมระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับนักลงทุนก่อนดำเนินการลงทุน<sup>83</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในการพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะต้องพิจารณาว่าอะไรคือความคาดหวังของนักลงทุน ความคาดหวังนั้นชอบธรรมหรือไม่ และมีการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมโดยการกระทำที่ไม่ชอบของรัฐหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่าเพียงเพราะนักลงทุนอาจมีความคาดหวังเกี่ยวกับความมั่นคงของเงื่อนไขในการลงทุน ไม่ได้หมายความว่าความคาดหวังนั้นจะชอบธรรมในทุกสถานการณ์ การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนนั้นเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ารัฐสามารถใช้สิทธิตามหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจ (margin of appreciation) ในกฎระเบียบทางด้านเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นเกณฑ์ในการพิสูจน์ความคาดหวังอันชอบธรรมจึงสูง และมาตรการที่ละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

<sup>80</sup> RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, paras. 331-332.

<sup>81</sup> Ibid., para. 333.

<sup>82</sup> Ibid., paras. 336-337.

<sup>83</sup> Ibid., para. 340.

และเท่าเทียมอย่างชัดเจนเท่ากันที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ หน้าที่ในการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้สนธิสัญญาภาคบังคับฉบับที่ 1 นั้น รัฐต้องให้ความมั่นคงแก่นักลงทุนและต้องไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับใช้ขณะทำการลงทุนอย่างรุนแรงในทางที่เป็นการลดมูลค่าของการลงทุน<sup>84</sup> ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนไม่สามารถคาดหวังได้อย่างชอบธรรมว่าสิทธิประโยชน์ที่กำหนดใน RD 661/2007 จะไม่เปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาของการดำเนินการ แต่จะพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี ค.ศ. 2012 นั้น รุนแรงหรือไม่<sup>85</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าสเปนได้รับประกันผลตอบแทนและกำไรอย่างสมเหตุสมผลแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนผ่านกฎหมาย กล่าวคือ RD 661/2007 ได้รับประกันผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล (reasonable return) หรือกำไรอย่างสมเหตุสมผล (reasonable profitability) แก่โรงไฟฟ้าที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งถือว่าเป็นการให้ค่าตอบแทนเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน ดังนั้น นักลงทุนสามารถคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลได้ว่านักลงทุนจะได้รับผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลจากการลงทุน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นักลงทุนไม่สามารถคาดหวังผลตอบแทนคงที่สำหรับการลงทุน แต่สามารถคาดหวังได้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ<sup>86</sup> และการที่สเปนให้สิทธิประโยชน์ผ่านกฎหมายเพื่อเป็นการดึงดูดการลงทุนนั้น เป็นการสร้างความคาดหวังอันชอบธรรมแก่นักลงทุน<sup>87</sup> และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเอกสารอื่น ๆ นั้นไม่อาจสร้างความคาดหวังที่เกินกว่าความคาดหวังในกรอบทางกฎหมายได้<sup>88</sup> ดังนั้น นักลงทุนจึงมีความคาดหวังอย่างชอบธรรมได้ว่าจะได้รับผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล แต่ไม่อาจคาดหวังได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาของการดำเนินการ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างสมเหตุสมผล สเปนไม่อาจเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญได้ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี ค.ศ. 2012 เป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Ibid., paras. 261-263.

<sup>85</sup> Ibid., para. 379.

<sup>86</sup> Ibid., paras. 381-384.

<sup>87</sup> Ibid., paras. 386.

<sup>88</sup> Ibid., para. 396.

<sup>89</sup> Ibid., para. 399.

#### 4.1.2. ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับสาธารณรัฐเช็ก

##### 4.1.2.1. กรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในปี ค.ศ. 1992 ภายหลังจากที่สาธารณรัฐเช็กได้เข้าร่วมในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ สาธารณรัฐเช็กได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีเงินได้ 586/1992 (The Act on Income Tax 586/1992) เพื่อส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน โดยยกเว้นภาษีเงินได้แก่โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในปีที่เริ่มดำเนินกิจการและในอีก 5 ปีถัดมา และกำหนดการคิดค่าเสื่อมสำหรับอุปกรณ์ไฟฟ้าและส่วนประกอบสำหรับการติดตั้งแผงเซลล์แสงอาทิตย์<sup>90</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2001 สหภาพยุโรปได้ประกาศใช้ Directive 2001/77/EC เพื่อส่งเสริมให้มีการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในประเทศ ในปี ค.ศ. 2003 สาธารณรัฐเช็กได้จัดทำร่างกฎหมายเพื่อให้การสนับสนุนแก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียน และร่างกฎหมายดังกล่าวได้ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2005 ในฐานะรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน 180/2005 (The Act on Promotion 180/2005) โดยกำหนดให้

1. นักลงทุนสามารถได้รับสิทธิพิเศษในการเชื่อมต่อโครงข่ายไฟฟ้า (มาตรา 4(1))<sup>91</sup>
2. กำหนดการรับซื้อไฟฟ้า (Feed-in Tariff – FIT) และ Green Bonuses โดยให้สำนักงานกำกับพลังงาน (Energy Regulatory Office – ERO) เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และอัตราในการรับซื้อไฟฟ้า (มาตรา 6(1)(b)(1))<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Richard E. Halperin, "The Czech Income Tax," *Penn Law: Legal Scholarship Repository* 15 (2014): 6

<sup>91</sup> The Act on Promotion 180/2005 Article 4(1)

The operator of the transmission system or the operators of the grid systems shall be obliged, within the area delimited in their license, to preferentially connect to the transmission system or to the grid systems plants according to Article 3 (hereinafter referred to as the "plants") for the purpose of transmitting or distributing electricity from renewable sources, provided that the producer of electricity from renewable sources (hereinafter referred to as the "producer") so requests and that the producer meets the conditions for connection and electricity transport laid down in a special regulation.

<sup>92</sup> The Act on Promotion 180/2005 Article 6

Amount of prices for electricity from renewable sources and green bonuses

3. รับประกันรายได้ขั้นต่ำของผู้ผลิตไฟฟ้าจากแหล่งพลังงานหมุนเวียนว่าจะคงที่เป็นระยะเวลา 15 ปี นับแต่เริ่มดำเนินกิจการ โดยคำนึงถึงดัชนีราคาของอุตสาหกรรม (มาตรา 6(1)(b)(2))<sup>93</sup>

4. นับแต่ปี ค.ศ. 2007 เป็นต้นมา อัตราการรับซื้อไฟฟ้าที่กำหนดโดย ERO ในปีปฏิทินถัดมาจะไม่ลดลงกว่าร้อยละ 95 ของอัตราการรับซื้อไฟฟ้าที่ใช้บังคับในปีที่ตัดสินใจทำการลงทุน กล่าวคือ อัตราการรับซื้อไฟฟ้าที่ให้แกโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์จะไม่สามารถลดลงเกินกว่าร้อยละ 5 ของอัตราการรับซื้อไฟฟ้าที่ให้แกโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในปีก่อน (มาตรา 6(4))<sup>94</sup>

---

(1) The Office shall always determine the purchase prices for electricity from renewable sources (hereinafter referred to as the “purchase prices”) for the subsequent calendar year in advance, separately for the individual types of renewable sources and green bonuses, so as to

...

b) for plants being put into operation

1. after the date of entry into force of this Act, fifteen-year period of recovery of investment is achieved with promotion by purchase prices, under the condition of compliance with the technical and economic parameters, including in particular the costs of an installed unit of capacity, efficiency of use of the primary energy contents in the renewable source and the period of use of the plant, which are stipulated in an implementing regulation;

<sup>93</sup> The Act on Promotion 180/2005 Article 6

Amount of prices for electricity from renewable sources and green bonuses

(1) The Office shall always determine the purchase prices for electricity from renewable sources (hereinafter referred to as the “purchase prices”) for the subsequent calendar year in advance, separately for the individual types of renewable sources and green bonuses, so as to

...

b) for plants being put into operation

...

2. after the date of entry into force of this Act, the level of revenues per unit of electricity from renewable sources is maintained, as a minimum, with promotion by purchase prices, for a period of 15 years from the year of putting the plant into operation, taking into account the price index of industrial products; completion of reconstruction of the technological part of an existing plant, a change of fuel or completion of modernisation, resulting in an increase in the technical and environmental level of the existing plant is also regarded as “putting a plant into operation”;

<sup>94</sup> The Act on Promotion 180/2005 Article 6

Amount of prices for electricity from renewable sources and green bonuses

(4) The purchase prices set by the Office for the subsequent calendar year may not be lower than 95% of the value of the purchase prices valid in the year during which a decision is made on their new values. This provision shall apply for the first time to the prices stipulated in 2007.

ในปีเดียวกันนั้น ERO ได้ประกาศข้อบังคับ ERO (ERO Regulations) ที่ 475/2005 (ERO 475/2005) เพื่อกำหนดเงื่อนไขทางเทคนิคของรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน 180/2005 ต่อมาในปี ค.ศ. 2009 ได้ประกาศข้อบังคับ ERO 140/2009 เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการรับซื้อไฟฟ้าและ Green Bonuses<sup>95</sup>

กฎหมายดังกล่าวส่งผลนักลงทุนให้ความสนใจในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนในสาธารณรัฐเช็ก และทำให้ในปี ค.ศ. 2008 ถึง ค.ศ. 2009 จำนวนโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เพิ่มมากขึ้นจนทำให้มีพลังงานแสงอาทิตย์เชื่อมต่อเข้ากับโครงข่ายไฟฟ้าเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดปัญหาความมั่นคงของโครงข่ายไฟฟ้า และนำไปสู่การขึ้นราคาค่าไฟฟ้าแก่ผู้บริโภค ประกอบกับเกิดวิกฤตทางการเมืองในประเทศ ในปี ค.ศ. 2010 สาธารณรัฐเช็กจึงได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติ 137/2010 (Act 137/2010) เพื่อยกเลิกมาตรา 6(4) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนที่กำหนดให้อัตราการรับซื้อไฟฟ้าไม่สามารถลดลงเกินกว่าร้อยละ 5 สำหรับโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่เชื่อมต่อกับโครงข่ายไฟฟ้านับแต่ปี ค.ศ. 2011 เป็นต้นไป และประกาศใช้รัฐบัญญัติ 402/2010 (Act 402/2010) เพื่อเรียกเก็บเงินจากรายได้ของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ (Solar Levy) ถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2013 สำหรับโรงไฟฟ้าที่เริ่มดำเนินการระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2009 และ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2010 ทั้งนี้ การจัดเก็บเงินจากรายได้ของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์กำหนดไว้ในอัตราร้อยละ 26 สำหรับรายได้ภายใต้ระบบการรับซื้อไฟฟ้า และร้อยละ 28 สำหรับรายได้ภายใต้ Green Bonuses โดยหักจากจำนวนเงินที่ผู้ผลิตไฟฟ้าจะได้รับจากการขายไฟฟ้าหรือจาก Green Bonuses รวมถึงประกาศใช้รัฐบัญญัติ 346/2010 (Act 346/2010) เพื่อยกเลิกการยกเว้นภาษีเงินได้จากผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนและสิทธิพิเศษในการได้รับค่าเสื่อมที่กำหนดในรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีเงินได้ 586/1992<sup>96</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2012 สาธารณรัฐเช็กประกาศใช้รัฐบัญญัติ 165/2012 (Act 165/2012) เพื่อยกเลิกรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน 180/2005 โดยยกเลิกการรับซื้อไฟฟ้า

<sup>95</sup> Ministry of Industry and Trade, National Renewable Energy Action Plan of the Czech Republic (2010) (available at [https://rise.esmap.org/data/files/library/czech-republic/RE/national\\_renewable\\_energy\\_action\\_plan\\_czechrepublic\\_en.pdf](https://rise.esmap.org/data/files/library/czech-republic/RE/national_renewable_energy_action_plan_czechrepublic_en.pdf)) [accessed on 16 August 2022]

<sup>96</sup> Energy Support Measures: Case Study Czech Republic (available at <https://www.eea.europa.eu/publications/energy-support-measures/case-study-czech-republic>) [accessed on 16 August 2022]

และ Green Bonuses สำหรับโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่เริ่มดำเนินการก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2013 และบังคับใช้กฎหมายใหม่สำหรับโรงไฟฟ้าที่เริ่มดำเนินการหลังเวลาดังกล่าว นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2013 ได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติ 310/2013 (Act 310/2013) เพื่อขยายระยะเวลาการเก็บเงินจากรายได้ของโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ซึ่งจะสิ้นสุดในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2013 ออกไป โดยลดอัตราลงเหลือร้อยละ 10 สำหรับรายได้ภายใต้ระบบการรับซื้อไฟฟ้า (โดยใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่เริ่มดำเนินการในปี ค.ศ. 2010 และตลอดระยะเวลาการดำเนินการ) และร้อยละ 11 สำหรับรายได้ภายใต้ Green Bonuses และได้กำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลผู้ถือหุ้นรายใหญ่และการเปลี่ยนแปลงหุ้นในบริษัท เฉพาะที่เป็นบริษัทต่างชาติที่ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน นอกจากนี้ รัฐบัญญัติดังกล่าวได้ยกเลิกสิทธิประโยชน์สำหรับโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่มีกำลังผลิตเกิน 20 กิโลวัตต์ไฟโตวัตเทิก (kWp) ที่เริ่มดำเนินการหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2014 อีกด้วย<sup>97</sup>

#### 4.1.2.1. คดีที่เกี่ยวข้อง

##### (1) คดี *Antaris and Göde v. Czech Republic*

นักลงทุนอ้างว่าการที่สาธารณรัฐเช็กได้บังคับใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน 180/2005 เพื่อส่งเสริมการลงทุนในการผลิตพลังงานจากพลังงานหมุนเวียนโดยกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำในการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 15 ปี นับจากวันที่เริ่มดำเนินการ และต่อมาสาธารณรัฐเช็กประกาศใช้รัฐบัญญัติ 402/2010 เพื่อจัดเก็บเงินจากผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ รวมถึงประกาศใช้รัฐบัญญัติ 310/2013 เพื่อยกเลิกสิทธิประโยชน์ทั้งหมด สำหรับโรงไฟฟ้าที่เริ่มดำเนินการภายหลังเดือนมกราคม ค.ศ. 2014 เป็นต้นมา ละเมิดพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายใต้ สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน และสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างเยอรมนีกับประเทศเชโกสโลวาเกียในการให้ความมั่นคงและความคาดหมายได้ของกรอบทางกฎหมาย และการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรม เนื่องจากสิทธิประโยชน์ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อจูงใจให้เกิดการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ผ่านการให้สิทธิประโยชน์ระยะยาว ซึ่งก่อให้เกิดความคาดหวังและเป็นการให้สัญญาว่าสาธารณรัฐเช็กจะไม่เปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์นั้น กล่าวคือ สาธารณรัฐเช็กได้ให้สัญญา การรับประกัน และแสดงออกแก่นักลงทุนอย่างชัดแจ้งถึงความมั่นคงของกฎหมาย และนักลงทุนได้เชื่อถือในการกระทำดังกล่าวอย่าง

<sup>97</sup> Ibid.

สมเหตุสมผลว่าการรับซื้อไฟฟ้าจะไม่เปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาการดำเนินการ และการยกเว้นภาษี จะใช้บังคับเป็นเวลา 6 ปี<sup>98</sup> ทั้งนี้ นักลงทุนเห็นว่ากฎหมายภายในอาจถือเป็นการให้สัญญาอย่างชัดแจ้งถึงความมั่นคงโดยรัฐแก่นักลงทุนต่างชาติได้ ประกอบกับรายงานและการแถลงการณ์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวทำให้นักลงทุนเชื่อถือในการให้สัญญาภายใต้กฎหมาย<sup>99</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการได้อธิบายเนื้อหาของความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ดังต่อไปนี้

(1) มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจะถูกละเมิดหากมีการเปลี่ยนแปลงของความมั่นคงของกฎหมายและธุรกิจ หรือกรอบทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นการทำลายความคาดหวังที่ชอบธรรมและสมเหตุสมผลหรือการรับประกันความมั่นคง

(2) ข้อเรียกร้องเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมจะต้องระบุแหล่งที่มาของความคาดหวังได้อย่างชัดเจน

(3) ผู้ร้องจะต้องพิสูจน์ว่ามี การแสดงออกที่ชัดเจนและชัดแจ้ง (หรือโดยปริยาย) โดยรัฐเพื่อจูงใจให้เกิดการลงทุน การแสดงออกดังกล่าวได้รับความไว้วางใจอย่างสมเหตุสมผลโดยผู้ร้อง และการแสดงออกเหล่านี้ถูกปฏิเสธในภายหลัง

(4) ความคาดหวังอาจเกิดจากการให้การรับรองผ่านกฎหมาย

(5) บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับบุคคลจำนวนมากหรือเฉพาะกลุ่ม ไม่ได้ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงในกฎหมาย และให้อำนาจรัฐในการกำกับดูแล ในการอ้างถึงความคาดหวังอันชอบธรรม นักลงทุนควรศึกษาแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลงในกรอบการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนล่วงหน้า

(6) ความคาดหวังอาจเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายทั่วไป แต่ในกรณีที่ไม่มีข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่สามารถขัดขวางการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย หากไม่เกินขอบเขตของการใช้อำนาจในการกำกับดูแลตามปกติของรัฐผู้รับ

<sup>98</sup> Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018, paras. 268–271.

<sup>99</sup> Ibid., para. 273.



การลงทุนเพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่ได้เปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายที่นักลงทุนเชื่อถือในเวลา  
ที่ทำการลงทุนเกินกว่าขอบเขตที่สามารถยอมรับได้

(7) ข้อกำหนดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมและความมั่นคงในฐานะที่เป็นส่วน  
หนึ่งของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ไม่กระทบสิทธิของรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยในการ  
ออกและเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

(8) เว้นแต่ในกรณีที่รัฐได้ให้คำมั่นหรือคำรับรองอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน  
สนธิสัญญาการลงทุนไม่อาจเป็นการรับประกันความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ของกฎหมายและ  
กรอบทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน ความคาดหวังดังกล่าวไม่ชอบธรรมและไม่สมเหตุสมผล

(9) นักลงทุนมีสิทธิที่จะคาดหวังว่ารัฐจะไม่กระทำการในลักษณะที่ไม่คงเส้นคงวา  
หรือไม่สมเหตุสมผลอย่างชัดเจน<sup>100</sup>

โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการให้สัญญาหรือการรับประกันต่อนักลงทุนอาจมา  
จากกฎหมายภายใน ซึ่งรวมถึงคำแถลงการณ์ โดยไม่จำเป็นว่าคำแถลงการณ์นั้นจะมีผลบังคับทาง  
กฎหมายหรือไม่ เนื่องจาก สาธารณรัฐเช็กและ ERO ได้อธิบายถึงระบบการให้สิทธิประโยชน์ใน  
ลักษณะที่เป็นการรับประกันหรือให้สัญญาถึงความมั่นคง และรัฐบาลของสาธารณรัฐเช็กได้มีการ  
ส่งเสริมการให้สิทธิประโยชน์ทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการ  
รับประกัน<sup>101</sup> นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเสนอรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการ  
ลงทุนแก่รัฐสภา เอกสารได้ระบุว่าหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน  
คือการสร้างความปลอดภัย มั่นคง และคาดการณ์ได้ และรายงานการอภิปรายรัฐบัญญัติว่าด้วยการ  
ส่งเสริมการลงทุนได้ระบุว่าระบบการสนับสนุนมีพื้นฐานมาจากการให้หลักประกันแก่นักลงทุน รวมถึง  
อดีตรัฐมนตรีกระทรวงสิ่งแวดล้อมได้กล่าวว่าหลักการที่สำคัญที่สุดของกฎหมายคือการรับประกันการ  
รับซื้อไฟฟ้าเป็นระยะเวลากว่า 15 ปี<sup>102</sup> อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาความรู้ในการ  
ลงทุนของนักลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนควรตระหนักถึงปัญหาทางการเมือง  
และเศรษฐกิจซึ่งเกิดจากความเฟื่องฟูของพลังงานแสงอาทิตย์ เนื่องจากในการแถลงการณ์ของ ERO  
ได้ระบุว่า ERO สามารถลดราคาซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนได้ทุกปี และนักลงทุนได้รับทราบ

<sup>100</sup> Ibid., para. 360.

<sup>101</sup> Ibid., para. 366.

<sup>102</sup> Ibid., paras. 367.

ปัญหาการฟ้องฟูของพลังงานแสงอาทิตย์จากการแถลงการณ์ของหลายหน่วยงาน รวมถึงข่าว รายงาน หรือการแถลงการณ์ของเจ้าหน้าที่รัฐและ ERO เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวและการเปลี่ยนแปลงของสิทธิประโยชน์ในการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่านักลงทุนควรทราบดีว่ากรอบทางกฎหมายอาจเปลี่ยนแปลงและพัฒนาในกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปหรือมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ซึ่งนักลงทุนไม่ได้มีการตรวจสอบและวิเคราะห์สถานการณ์อย่างเพียงพอ จึงไม่อาจอ้างความคาดหวังในความมั่นคงของกฎหมายดังกล่าวได้<sup>103</sup> อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ โดยลดอัตราผลตอบแทนและมูลค่าของการลงทุนอย่างมีสาระสำคัญ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>104</sup>

(2) คดี *Europa Nova v. Czech Republic*

นักลงทุนอ้างว่ารัฐละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน จากการที่รัฐละเมิดสัญญาที่ให้แก่นักลงทุนเกี่ยวกับความมั่นคงของกฎหมายว่าสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับภายใต้กฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงผ่านกฎหมายซึ่งให้สิทธิประโยชน์ระยะยาวแก่นักลงทุนซึ่งมีจุดประสงค์เฉพาะเจาะจงในการส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนในสาธารณรัฐเช็ก เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่าอัตราการรับซื้อไฟฟ้าและอัตราดังกล่าวจะไม่ลดลงเกินร้อยละ 5 ของอัตราการรับซื้อไฟฟ้าในปีที่ผ่านมา และรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำร้อยละ 7 ต่อปี ซึ่งจะทำให้ นักลงทุนสามารถคืนทุนได้ภายในระยะเวลา 15 ปี รวมถึงยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลแก่โรงงานไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน<sup>105</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในการพิจารณาการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรม ในกรณีที่ไม่มี การให้การรับประกันแก่นักลงทุน นักลงทุนไม่สามารถคาดหวังว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายและกฎระเบียบ ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงสิทธิอันชอบธรรมในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย โดยขั้นตอนในการ

<sup>103</sup> Ibid., paras. 368-380.

<sup>104</sup> Ibid., para. 418.

<sup>105</sup> *WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-19, Award, 15 May 2019, paras. 492-493.

พิจารณาการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะต้องพิจารณาว่า (ก) รัฐผู้รับการลงทุน ได้ให้การรับรองถึงความมั่นคงทางกฎหมายหรือไม่ (ข) นักลงทุนได้เชื่อถือในการรับประกันดังกล่าวหรือไม่ (ค) การเชื่อนั้นสมเหตุสมผล และคำนึงถึงสถานการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจในภาคพลังงานในขณะทำการลงทุนหรือไม่ และ (ง) รัฐผู้รับการลงทุนละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือไม่ โดยการละเมิดเล็กน้อย (*de minimis*) ไม่ถือเป็นการละเมิดสนธิสัญญา<sup>106</sup>

ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า รัฐไม่ได้ให้การรับประกันใด ๆ แก่นักลงทุนว่า เงื่อนไขการให้การสนับสนุนที่นักลงทุนได้รับประโยชน์จะไม่เปลี่ยนแปลง เนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วย ภาษีเงินได้ไม่ได้กำหนดระยะเวลาของสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่นักลงทุนจะได้รับ ในขณะที่เดียวกันรัฐ บัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนกำหนดเพียงว่ารายได้ของนักลงทุนจะขึ้นอยู่กับราคาขาย (*but-out prices*) ซึ่งจะกำหนดโดย ERO ไม่ได้เป็นการกำหนดว่าอัตราการใช้ไฟฟ้าจะไม่เปลี่ยนแปลง ตลอดระยะเวลาการดำเนินการ นอกจากนี้ ข้อบังคับของ ERO ที่ใช้บังคับในปี ค.ศ. 2005 ก็ได้มีการ เปลี่ยนแปลงในปี ค.ศ. 2007 ซึ่งชี้ให้เห็นว่าข้อบังคับของ ERO มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ และนัก ลงทุนสามารถคาดการณ์การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ในขณะทำการลงทุน ดังนั้น คณะ อนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่านักลงทุนไม่อาจตีความได้ว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้น รับประกันความมั่นคงของการส่งเสริมการลงทุนระยะยาว และไม่อาจถือว่าเป็นการให้การรับรองโดย สาธารณรัฐเช็กว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง ดังนั้น ในกรณีที่รัฐไม่ได้ให้การรับประกันใด ๆ นักลงทุนไม่สามารถมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่าสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับจะไม่ เปลี่ยนแปลง อย่างไรก็ตาม รัฐมีหน้าที่ภายใต้สนธิสัญญาในการให้ความมั่นคงและคาดหมายได้ของ กรอบทางกฎหมาย ในกรณีที่รัฐไม่ได้คำนึงอย่างเฉพาะเจาะจง การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อให้ สอดคล้องกับสถานการณ์ที่การลงทุนในกิจการไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ล้นตลาดจะต้องอยู่ภายใต้ ขอบเขตการใช้อำนาจทางกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงทาง กฎหมายไม่ได้ทำลายการให้การสนับสนุนที่เคยให้ไว้อย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ นักลงทุนไม่สามารถ คาดหวังอย่างชอบธรรมได้ว่าสิทธิประโยชน์ที่บังคับใช้จะไม่มีเปลี่ยนแปลง และไม่ได้เป็นการ ชัดขวางการใช้อำนาจตามปกติของรัฐ<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Ibid., paras. 581–583.

<sup>107</sup> Ibid., paras. 585–588.

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจดหมายที่นักลงทุนได้รับจาก ERO ซึ่งอธิบายวิธีการได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ไม่อาจเป็นพื้นฐานของความคาดหวังอันชอบธรรมได้ ส่วนรายงานของ ERO ซึ่งชี้ให้เห็นว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนรับประกันการส่งเสริมการลงทุนระยะยาวและมั่นคงนั้นก็ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ เนื่องจากรายงานดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมาย และมีการใช้ถ้อยคำที่กว้างเกินไป ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำชี้ขาดว่าจดหมายและการแถลงการณ์ดังกล่าว ไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้<sup>108</sup>

นอกจากนี้ ในคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับสาธารณรัฐเช็กภายใต้กรอบทางกฎหมายเดียวกัน ซึ่งได้แก่ คดี *Voltaic Network v. Czech Republic*<sup>109</sup> คดี *Photovoltaik Knopf v. The Czech Republic*<sup>110</sup> และคดี *I.C.W. v. Czech Republic*<sup>111</sup> ซึ่งเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration - PCA) เช่นเดียวกัน คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้มีคำชี้ขาดในทำนองเดียวกันว่ากฎหมายไม่ได้เป็นการรับประกันใด ๆ ถึงความมั่นคงสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้รับ และนักลงทุนไม่อาจคาดหวังอย่างชอบธรรมได้ว่ากฎหมายจะไม่มีเปลี่ยนแปลง โดยรัฐสามารถใช้อำนาจตามปกติในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

### (3) คดี *JSW Solar and Wirtgen v. Czech Republic*

นักลงทุนอ้างว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีเงินได้และรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้นมีขึ้นเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้สาธารณรัฐเช็กปฏิบัติตามหน้าที่ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป และนักลงทุนคาดหวังอย่างชอบธรรมในกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีและการรับซื้อไฟฟ้าในอัตราคงที่เป็นเวลา 15 ปี เนื่องจากกฎหมายนั้นมีเป้าหมายในการบังคับใช้อย่างเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้กฎหมาย ผู้ผลิตพลังงานจะต้องดำเนินการ

<sup>108</sup> Ibid., paras. 600–604.

<sup>109</sup> *Voltaic Network GmbH v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-20, Award, 15 May 2019.

<sup>110</sup> *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-21, Award, 15 May 2019.

<sup>111</sup> *I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-22, Award, 15 May 2019.

ตามขั้นตอนที่กำหนด ซึ่งรวมถึงการขออนุญาตก่อสร้าง การลงนามในสัญญาก่อสร้าง การปฏิบัติตามข้อกำหนดทางเทคนิค และการเข้าทำสัญญากับผู้ให้บริการโครงข่ายไฟฟ้า และใช้บังคับกับนักลงทุนที่ได้รับอนุญาตและมีใบอนุญาตในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงที่กำหนดในสัญญาการลงทุน และสร้างความเชื่อถือให้กับนักลงทุนในการทำการลงทุน นอกจากนี้ การแถลงการณ์ของเจ้าหน้าที่อาวุโสของรัฐ การชี้แจงกฎหมายและการสื่อสารอย่างเป็นทางการโดยรัฐถึงความมั่นคงของกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าจะไม่ได้เชื่อถือในการแสดงออกของรัฐในฐานะที่เป็นที่มาหลักของความคาดหวังอันชอบธรรม แต่การแสดงออกของรัฐเป็นการยืนยันการรับประกันผ่านกฎหมายดังกล่าว การที่สาธารณรัฐเช็กเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าว และบังคับใช้รัฐบัญญัติ 402/2010 เพื่อเรียกเก็บเงินจากผู้ผลิตไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์เพิ่มเติมจึงละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>112</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมจะเกิดขึ้นได้จากการแสดงออกโดยรัฐซึ่งนักลงทุนได้เชื่อถือในเวลาทำการลงทุน โดยทั่วไปแล้วนักลงทุนไม่สามารถมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนจะไม่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่ารัฐได้ให้คำมั่นเกี่ยวกับความมั่นคงหรือให้การรับรองที่เฉพาะเจาะจงหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากรูปแบบ เนื้อหา และความชัดเจนของคำมั่นสัญญานั้น ดังนั้นจะต้องพิจารณาสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อพิจารณาว่าความคาดหวังนั้นชอบธรรมหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อบทของกฎหมายทั่วไปไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ และการให้คำมั่นจะต้องเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดผลดังกล่าว<sup>113</sup> โดยถ้อยคำของรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนมาตรา 6(1) ซึ่งระบุว่า “จำนวนรายได้จะไม่เปลี่ยนแปลง” ไม่สามารถยกนำมาใช้ในการตีความเพียงอย่างเดียวได้ จะต้องพิจารณาร่วมกับถ้อยคำอื่น ๆ ในกฎหมายด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับข้ออื่นแล้วพบว่าถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้เป็นการรับประกันรายได้ของนักลงทุนอย่างแท้จริง เนื่องจากรายได้ของนักลงทุนขึ้นอยู่กับราคาขาย (buy-out prices) ซึ่งกำหนดโดย ERO และรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีเงินได้ 586/1992 ไม่ได้มีถ้อยคำใด ๆ ที่ชี้ให้เห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงไป และใน

<sup>112</sup> JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October 2017, paras. 276–281.

<sup>113</sup> Ibid., paras. 407–409.

ความเป็นจริง บทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีเงินได้ 586/1992 ถูกแก้ไขบ่อยครั้ง นักลงทุนจึงไม่อาจคาดหวังได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>114</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารายงานการชี้แจงรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนที่นักลงทุนอ้างถึงนั้นได้พัฒนาเป็นรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในเวลาต่อมา และมีถ้อยคำที่แตกต่างจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน<sup>115</sup> ดังนั้น รายงานดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นคำมั่นในการรับประกันอัตราการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 15 ปี และการที่รายงานดังกล่าวมีเนื้อหาแตกต่างจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน รวมถึงรายงานการชี้แจงกฎหมายก็มิได้รับประกันว่าการยกเว้นภาษีเงินได้จะใช้บังคับตลอดระยะเวลาดำเนินการ นักลงทุนจึงไม่อาจอ้างว่าตนได้ตรวจสอบรายงานดังกล่าวและเชื่อถือในขณะทำการลงทุน<sup>116</sup> และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำอื่น ๆ ของรัฐที่นักลงทุนอ้างถึง รวมถึงการออกใบอนุญาตนั้นไม่ได้เป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงใด ๆ เป็นเพียงการกล่าวถึงกรอบทางกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้มีการให้สัญญาถึงระยะเวลาการคืนทุนและผลตอบแทนใด ๆ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่ากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการลงทุนไม่ได้รับประกันอัตราผลตอบแทนที่และการยกเว้นภาษีเงินได้ตลอดระยะเวลาการดำเนินการ จึงไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้<sup>117</sup>

#### 4.1.3. ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศอิตาลี

##### 4.1.3.1. กรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อิตาลี

ภายหลังจากที่สหภาพยุโรปได้ประกาศใช้ Directive 2001/77/EC ประเทศอิตาลีได้บังคับใช้กฎหมายฉบับที่ 387/2003 (Legislative Decree No. 387/2003) ในปี ค.ศ. 2003 เพื่อส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ ผ่านการให้สิทธิประโยชน์แก่โรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนในการรับซื้อไฟฟ้า โดยจะได้รับเงินตอบแทน (premium) เพิ่มเติมจากการขายส่งไฟฟ้าในราคาตลาดเป็นเวลา 20 ปี นับแต่วันที่เริ่มดำเนินการ โดยนักลงทุนจะต้องขอรับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวต่อบริษัทจัดการพลังงานทดแทนที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ (*Gestore dei*

<sup>114</sup> Ibid., para. 429.

<sup>115</sup> Ibid., para. 418.

<sup>116</sup> Ibid., paras. 420-423.

<sup>117</sup> Ibid., paras. 424-426.

*Servizi Energetici - GSE*) เพื่อพิจารณาคุณสมบัติ หากนักลงทุนมีคุณสมบัติครบถ้วน นักลงทุนจะได้รับจดหมายจาก GSE เพื่อการยืนยันการได้รับสิทธิประโยชน์ ซึ่งระบุอัตราการรับซื้อไฟฟ้าที่ให้แก่นักลงทุน (จดหมายของ GSE) รวมถึงเชิญให้นักลงทุนลงนามในสัญญา กับ GSE และ GSE จะเป็นผู้จ่ายเงินตอบแทนตามสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้ผลิตไฟฟ้า ทั้งนี้ เงื่อนไขในการได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวจะเป็นไปตามกำหนดในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia (Conto Energia Decrees)*<sup>118</sup>

รัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* ฉบับแรก (*Conto Energia I*) ได้บังคับใช้ในปี ค.ศ. 2005 ต่อมาได้ถูกแก้ไขโดย *Conto Energia II* *Conto Energia III* และ *Conto Energia V* เรื่อยมาโดย *Conto Energia* แต่ละฉบับจะกำหนดเป้าหมายของการรับซื้อไฟฟ้าและค่าตอบแทนอย่างเฉพาะเจาะจง และถูกกำหนดขึ้นเพื่อสร้างแรงจูงใจในการผลิตพลังงานเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนด เมื่อบรรลุเป้าหมายที่ระบุใน *Conto Energia* แต่ละฉบับแล้ว รัฐบาลจะประกาศใช้ *Conto Energia* ฉบับใหม่เพื่อกำหนดเป้าหมายใหม่<sup>119</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2011 รัฐบาลอิตาลีได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนดังกล่าว โดยเป็นการเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์ทางสาธารณะ เช่น การลดค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับพลังงานหมุนเวียนเพื่อค่าใช้จ่ายของผู้บริโภค ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายและส่งผลกระทบต่อโรงไฟฟ้า ดังนี้

(1) กฎหมายฉบับที่ 28/2011 (Legislative Decree No. 28/2011) หรือ Romani Decree เป็นกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงกรอบระยะเวลาในการขอรับสิทธิประโยชน์ที่กำหนดใน *Conto Energia III* จากเดิมที่กำหนดให้ใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าที่เริ่มดำเนินการก่อน 31 ธันวาคม ค.ศ. 2013 เป็นก่อน 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2011<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Legislative Decree No. 387 of 29 December 2003 (available at [https://www.mercatoelettrico.org/en/MenuBiblioteca/Documenti/20081008DLG5387\\_29Dec2003%20\\_en.pdf](https://www.mercatoelettrico.org/en/MenuBiblioteca/Documenti/20081008DLG5387_29Dec2003%20_en.pdf))

<sup>119</sup> Filippo Spertino, Paolo Di Leo, and Valeria Cocina, "Economic Analysis of Investment in the Rooftop Photovoltaic Systems: A Long-Term Research in the Two Main Markets," *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 28 (2013): 533.

<sup>120</sup> International Energy Agency, *IEA/IRENA Renewables Policies Database: Legislative Decree DL 28/11 (03/03/2011) Implementing directive 2009/28/CE on Promotion of Use of Energy from RES, modifying and repealing Directives 2001/77/CE and 2003/30/CE (guarantee fund and planning for district heating, feed-in tariff, targets..)* [online], 4 December 2019. From <https://www.iea.org/policies/890-legislative-decree-dl-2811-03032011->

(2) กฎหมายฉบับที่ 91/2014 (Law Decree No. 91/2014 หรือ *Spalmaincentivi Decree*) ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 2014 เพื่อปรับปรุงสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าที่ให้แก่โรงไฟฟ้าที่มีกำลังผลิตสูงสุดมากกว่า 200 กิโลวัตต์ ภายใต้รัฐบัญญัติ *Conto Energia* และสัญญา กับ GSE โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2015 กล่าวคือ *Spalmaincentivi Decree* ได้ กำหนดให้โรงไฟฟ้าเลือกรับการอุดหนุนจากตัวเลือกดังต่อไปนี้ภายในวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2014 หากไม่เลือกภายในระยะเวลาดังกล่าว GSE จะบังคับใช้ตัวเลือก (ค) กับโรงไฟฟ้านั้น

(ก) การลดอัตราค่าการรับซื้อไฟฟ้าในอัตราร้อยละ 17-25 ขึ้นอยู่กับจำนวนปีที่ ได้รับสิทธิประโยชน์ที่เหลืออยู่จากที่กำหนดไว้ 20 ปี โดยจะขยายระยะเวลาเป็น 24 ปี

(ข) การลดอัตราค่าการรับซื้อไฟฟ้าของระยะเวลาที่เหลืออยู่ในช่วงแรกของ ระยะเวลาที่เหลืออยู่ และเพิ่มขึ้นในช่วงเวลาต่อมาของระยะเวลาที่เหลืออยู่ ทั้งนี้ จะขึ้นอยู่กับ ระยะเวลาที่เหลืออยู่ของแต่ละโรงไฟฟ้า

(ค) การลดอัตราค่าการรับซื้อไฟฟ้าในอัตราร้อยละ 6-8 ขึ้นอยู่กับขนาดของ โรงไฟฟ้า และจะไม่เปลี่ยนแปลงเป็นเวลา 20 ปี<sup>121</sup>

#### 4.1.3.2. คดีที่เกี่ยวข้อง

##### (1) คดี *Blusun v. Italy*

นักลงทุนอ้างว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเกิดจาก (1) การแสดงออก อย่างโดยตรงหรือโดยอ้อมของหน่วยงานของรัฐ (2) นักลงทุนได้เชื่อถือในการแสดงออกดังกล่าวขณะทำ การลงทุน และ (3) ความคาดหวังของนักลงทุนนั้นชอบธรรมและสมเหตุสมผล โดยนักลงทุนได้อ้างว่า อิตาลีละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เนื่องจาก *Romani Decree* จำกัดระยะเวลาการ

---

implementing-directive-200928ce-on-promotion-of-use-of-energy-from-res-modifying-and-repealing-directives-200177ce-and-200330ce-guarantee-fund-and-planning-for-district-heating-feed-in-tariff-targets (accessed on 16 August 2022)

<sup>121</sup> International Energy Agency, *IEA/IRENA Renewables Policies Database: Decree on the Cut of Incentives for Photovoltaic Plants (Spalma Incentivi)* [online], 11 December 2014. From <https://www.iea.org/policies/5653-decree-on-the-cut-of-incentives-for-photovoltaic-plants-spalma-incentivi> (accessed on 16 August 2022)



ได้รับสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าก่อนระยะเวลาที่กำหนดใน *Conto Energia III*<sup>122</sup> ซึ่งนักลงทุนมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่า *Conto Energia III* จะมีผลใช้บังคับตามระยะเวลาที่คาดการณ์ไว้ กล่าวคือ จนถึง 31 ธันวาคม ค.ศ. 2013 โดยให้เหตุผลสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีผลบังคับใช้อย่างทั่วไป แต่เป็นการให้ค้ำประกันแก่บุคคลเฉพาะกลุ่ม ผ่านการให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลเฉพาะกลุ่ม และการเปลี่ยนแปลงนั้นไม่สมเหตุสมผล ไม่ได้สัดส่วน และไม่สามารถคาดการณ์ได้<sup>123</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการแสดงออกของรัฐอาจกระทำได้หลากหลายรูปแบบ และอาจอยู่ในรูปแบบของกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่การแสดงออกผ่านกฎหมายกับการแสดงออกผ่านการให้สัญญาหรือข้อผูกมัดตามสัญญานั้นแตกต่างกัน ซึ่งในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความคาดหวังของนักลงทุนในกฎหมายนั้นมีน้ำหนักน้อย เนื่องจากกฎหมายและสิทธิประโยชน์ที่ให้แก่ให้นักลงทุนนั้นเปลี่ยนแปลงได้เสมอ ทั้งนี้ ในกรณีที่รัฐไม่ได้ให้ค้ำประกันโดยเฉพาะเจาะจง รัฐไม่มีหน้าที่ต้องให้การอุดหนุน หรือรักษาความมั่นคงหรือไม่เปลี่ยนแปลงมาตรการการอุดหนุนที่ให้แก่ให้นักลงทุน และแม้ว่ารัฐจะได้แสดงออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากเป็นกรณีที่เป็นกรณีในการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้องดำเนินการในลักษณะที่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย และจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่พึงมีอย่างสมเหตุสมผลของบุคคลที่ได้ทุ่มเททรัพยากรจำนวนมากบนพื้นฐานของกฎหมายที่บังคับใช้ก่อนหน้านั้น และการพิจารณาดังกล่าวจะต้องนำมาปรับใช้โดยเฉพาะในกรณีของการเปลี่ยนแปลงการอุดหนุนหรือการจ่ายผลประโยชน์พิเศษให้แก่กลุ่มธุรกิจโดยเฉพาะ<sup>124</sup> กล่าวโดยสรุปคือ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอิตาลีไม่ได้ให้ค้ำประกันพิเศษใด ๆ เกี่ยวกับการดำเนินมาตรการ การรับซื้อไฟฟ้า หรือให้การรับรองใด ๆ ว่ากฎหมายของอิตาลีจะไม่เปลี่ยนแปลง จึงตัดสินว่านักลงทุนไม่อาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้<sup>125</sup>

<sup>122</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016, para. 168.

<sup>123</sup> *Ibid.*, paras. 365–366.

<sup>124</sup> *Ibid.*, paras. 371–372.

<sup>125</sup> *Ibid.*, para. 374.

(2) คดี *ESPF and others v. Italy*

นักลงทุนอ้างว่าอิตาลีละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรม ซึ่งเกิดจากการรับประกัน การแสดงออก การรับประกัน หรือการให้คำมั่นโดยรัฐไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ทั้งนี้ การรับประกันอย่างชัดเจนมาจากกฎหมายฉบับที่ 387/2003 และรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* นอกจากนี้ นักลงทุนอ้างว่าเจตนาของ GSE สัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE และการแถลงการณ์และการประกาศโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการตอกย้ำคำมั่นอย่างชัดเจนของอิตาลีว่านักลงทุนจะได้รับสิทธิในการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 20 ปี การบังคับใช้ *Spalmaincentivi Decree* ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนซึ่งเกิดขึ้นจากรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* และสัญญาที่รับประกันการรับซื้อไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในอัตราที่กำหนดเป็นเวลา 20 ปี<sup>126</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมจะเกิดขึ้นในกรณีที่มีการให้คำมั่นอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน โดยการให้คำมั่นอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงอาจทำได้ผ่านกฎหมาย หากคำมั่นนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุน และประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุนให้ทำการลงทุน และหากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นทำให้นักลงทุนเสียหาย ความคาดหวังของนักลงทุนต่อการกระทำของรัฐจึงชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ รัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดให้เกิดการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ และประสบความสำเร็จในการดึงดูดการลงทุน โดยอิตาลีมีการควบคุมและให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุนเป็นจำนวนมาก โดยลักษณะสำคัญของการให้สิทธิประโยชน์คือการรับซื้อไฟฟ้าเพื่อให้นักลงทุนมีรายได้คงที่ตลอดระยะเวลาการลงทุน โดยอัตรารับซื้อไฟฟ้าจะกำหนดในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* แต่ละฉบับซึ่งใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าที่ดำเนินการตามวันที่ระบุในแต่ละฉบับ กฎหมายดังกล่าวถือเป็นการแสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงของรัฐ ดังนั้น นักลงทุนสามารถมีความคาดหวังบนพื้นฐานของกฎหมายได้อย่างชอบธรรมว่าการรับประกันว่าอัตรารับซื้อไฟฟ้าจะไม่ลดลงตลอดระยะเวลา 20 ปี นอกจากนี้ แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าเจตนาของ GSE และสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE เป็นเพียงกระบวนการที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ไม่สามารถเป็นพื้นฐานของความคาดหวังอัน

<sup>126</sup> *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020, paras. 469-471.*

ชอบธรรมของนักลงทุนได้ แต่เจตหมายของ GSE และสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE เป็นการยืนยันความชอบธรรมของความคาดหวังของนักลงทุนที่เกิดจากรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia*<sup>127</sup> และการแถลงการณ์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และรายงานของรัฐบาลอิตาลี เป็นการยืนยันการรับประกันอัตราการรับซื้อไฟฟ้าและระยะเวลาการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 20 ปีตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia*<sup>128</sup> ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงสรุปว่า ความคาดหวังของนักลงทุนจากรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* เป็นความคาดหวังอันชอบธรรมตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจาก รัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* เป็นการให้การรับประกันและค้ำประกันว่าโรงไฟฟ้าที่มีคุณสมบัติภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดจะได้รับสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าในอัตราพิเศษภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยค้ำประกันที่รัฐให้ผ่านรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* ได้รับการกล่าวซ้ำและยืนยันในเจตหมายจาก GSE และสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE<sup>129</sup>

### (3) คดี *Greentech and NovEnergia v. Italy*

นักลงทุนอ้างว่าการลดอัตราการรับซื้อไฟฟ้าภายใต้ *Spalmaincentivi Decree* ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เนื่องจากอิตาลีได้ให้สัญญาหรือการรับประกันอย่างชัดแจ้ง (หรือโดยปริยาย) ผ่านรัฐราชกฤษฎีกา *Conto Energia* ว่าอัตราค่าตอบแทนที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* จะไม่เปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลา 20 ปี<sup>130</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในขณะที่ทำการลงทุนนักลงทุนได้เชื่อถืออย่างสมเหตุสมผลว่าสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าจะไม่เปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลา 20 ปี ตามที่อิตาลีได้ให้สัญญาในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* เจตหมายของ GSE และสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE แม้ว่านักลงทุนจำเป็นต้องเข้าใจถึงการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างเล็กน้อย แต่นักลงทุนไม่อาจทราบได้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงถึงขนาดที่กำหนดใน *Spalmaincentivi Decree* เนื่องจากในขณะที่ทำการลงทุนนักลงทุนได้รับการรับประกันโดยปราศจากข้อสงวนใด ๆ ในการเปลี่ยนแปลง

<sup>127</sup> Ibid., paras. 512-520.

<sup>128</sup> Ibid., paras. 531-534.

<sup>129</sup> Ibid., para. 545.

<sup>130</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic*, SCC Case No. 2015/095, Final Award, 23 December 2018, paras. 404, 408.

ผลตอบแทนตาม *Spalmaincentivi Decree* นอกจากนี้ การกล่าวร้ายและเน้นย้ำการรับประกันต่อนักลงทุนเฉพาะกลุ่มถือเป็นการรับประกันว่าอัตราการรับซื้อไฟฟ้าจะคงที่ตลอด 20 ปี และอิตาลีละสิทธิในการลดมูลค่าในการรับซื้อไฟฟ้า ทั้งนี้ แม้วารัฐผู้รับการลงทุนจะมีอำนาจอธิปไตยในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของตน แต่หากรัฐได้ให้การรับประกันแก่นักลงทุนว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงนักลงทุนจะต้องได้รับการเยียวยาหากมีการละเมิดการรับประกันดังกล่าว โดยการให้การรับประกันอย่างเฉพาะเจาะจงที่อิตาลีให้แก่ักลงทุนผ่านรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* จดหมายของ GSE และสัญญาระหว่างักลงทุนกับ GSE และมีลักษณะเปรียบเสมือนเป็นข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilisation clause)<sup>151</sup> การเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยการลดอัตราการรับซื้อไฟฟ้าผ่านการประกาศใช้ *Spalmaincentivi Decree* จึงละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของักลงทุน<sup>152</sup>

#### (4) คดี *Eskosol v. Italy*

ักลงทุนอ้างว่าักลงทุนมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าอิตาลีจะรักษาคำมั่นของตนที่ให้ผ่านรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* ซึ่งรวมถึง (1) การให้สิทธิแก่นักลงทุนในความมั่นคงของโครงการการรับซื้อไฟฟ้าภายใต้ *Conto Energia III* (2) การบังคับใช้ *Conto Energia III* จนถึง 31 ธันวาคม ค.ศ. 2013<sup>153</sup> นอกจากนี้ ความคาดหวังอันชอบธรรมยังเกิดจากแถลงการณ์ที่รัฐให้ต่อักลงทุนโดยตรงและการแถลงการณ์ต่อสาธารณะ (Public statements) ดังนี้ (1) การแถลงการณ์ที่รัฐให้ต่อักลงทุนโดยตรง เกิดจากการที่ปลัดกระทรวงให้การรับประกันโดยวาจาแก่นักลงทุนในการประชุมหลายครั้ง ว่ารัฐจะรักษาความมั่นคงของสภาพแวดล้อมในการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์และจะไม่เกิดเหตุการณ์เช่นในประเทศสเปน และจดหมายที่ักลงทุนได้รับจาก GSE ที่ระบุว่า “หากโรงไฟฟ้าเข้าเกณฑ์ทั้งหมดที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เราเชื่อว่ามีความเป็นไปได้ที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia*” และ (2) การแถลงการณ์ต่อสาธารณะ (Public statements) โดยรัฐบาลอิตาลี ซึ่งระบุว่า “รัฐบาลมีความประสงค์จะตรารัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* เพื่อสร้างความมั่นใจแก่ทุกภาคส่วน ซึ่งจะรวมถึงการใช้ประโยชน์จากอัตราการรับซื้อไฟฟ้าต่อไปอีก 14 เดือน ...” ดังนั้น การยกเลิก *Conto Energia III* และแทนที่ด้วยกฎเกณฑ์ที่

<sup>151</sup> Ibid., paras. 447–453.

<sup>152</sup> Ibid., para. 455.

<sup>153</sup> *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 4 September 2020, para. 283.

ให้ผลประโยชน์แก่นักลงทุนน้อยกว่าที่กำหนดใน *Conto Energia III* เป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมเกี่ยวกับความมั่นคงของกฎหมาย<sup>134</sup>

### คณะอนุญาโตตุลาการแบ่งการพิจารณาดังนี้

กรณีของการแปลงการณัฐให้ต่อนักลงทุนโดยตรง นักลงทุนไม่มีหลักฐานเพียงพอที่แสดงให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน เนื่องจากนักลงทุนไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการรับประกันการรักษาความมั่นคงในการประชุมและการแปลงการณัฐของปลัดกระทรวง การกระทำดังกล่าวจึงเป็นเพียงการแปลงการณัฐทางวาจาและมีลักษณะเป็นการทั่วไป และจดหมายที่นักลงทุนได้รับจาก GSE ไม่ได้ให้คำมั่นใด ๆ แก่นักลงทุน เพียงแต่เป็นการให้ความเห็นว่า GSE คาดว่ากฎหมายที่บังคับใช้จะมีผลบังคับกับผู้เข้าเกณฑ์ที่ GSE กำหนด จดหมายจาก GSE จึงไม่ถือเป็นการแสดงออกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>135</sup>

กรณีของการแปลงการณัฐต่อสาธารณะ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การแปลงการณัฐจากรัฐบาลอาจทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ หากเป็นการให้คำมั่นอย่างชัดเจนต่อผู้รับประกันหนึ่งที่กำหนดไว้ ซึ่งในการพิจารณาการแปลงการณัฐต่อสาธารณะจะต้องแยกความแตกต่างระหว่าง (1) การแปลงการณัฐที่สร้างขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อรับประกันแก่นักลงทุนว่านักลงทุนจะไม่อยู่ภายใต้การเปลี่ยนแปลงที่รุนแรง กับ (2) แล่งการณัฐทางการเมืองหรือแล่งการณัฐทางกฎหมายทั่วไป ซึ่งการแปลงการณัฐที่นักลงทุนกล่าวอ้างมีลักษณะเป็นการแปลงการณัฐถึงแผนงานของรัฐบาลเกี่ยวกับข้อกำหนดของรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* เป็นการแปลงการณัฐทางกฎหมายทั่วไปที่ไม่อาจถือว่าเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงได้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะไม่มีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากแล่งการณัฐดังกล่าวไม่ได้ให้คำมั่นใด ๆ แก่นักลงทุนนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด และโดยทั่วไปนักลงทุนจะต้องสามารถคาดการณ์ได้ว่ากฎหมายอาจจะมีการพัฒนาเพื่อตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การแปลงการณัฐดังกล่าวจะถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงได้จะต้องมีการกล่าวถึงการไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือการให้ความแน่นอนแก่นักลงทุนอย่างชัดเจน<sup>136</sup>

<sup>134</sup> Ibid., paras. 423-424.

<sup>135</sup> Ibid., paras. 426-427.

<sup>136</sup> Ibid., paras. 429-435.

(5) คดี *CEF Energia v. Italy*

นักลงทุนอ้างว่าการบังคับใช้ *Spalmaincentivi Decree* ซึ่งเปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าและค่าตอบแทนที่นักลงทุนได้รับภายใต้รัฐบัญญัติ *Conto Energia* นั้นละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยความคาดหวังอันชอบธรรมในความมั่นคงของรัฐบัญญัติ *Conto Energia* ได้รับการสนับสนุนจากการที่นักลงทุนได้รับจดหมายจาก GSE ในการยืนยันการได้รับสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้าซึ่งระบุว่าเพื่อให้ได้รับสิทธิในการรับซื้อไฟฟ้า โรงไฟฟ้าต้องเข้าทำสัญญากับ GSE และการที่นักลงทุนเข้าทำสัญญากับ GSE เพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้รัฐบัญญัติ *Conto Energia*

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความคาดหวังอันชอบธรรมเกิดจากการที่รัฐได้กระทำการอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนว่านักลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ตามระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งในกรณีนี้นักลงทุนได้รับสิทธิประโยชน์ที่จะไม่เปลี่ยนแปลงอัตราการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 20 ปี ตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* และเป็นไปตามสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE ที่มีข้อความระบุว่า การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในสัญญานี้จะต้องดำเนินการโดยการตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สัญญาดังกล่าวเป็นการให้คำมั่นสัญญาอย่างชัดเจนว่าสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับจะมีอัตราคงที่ตลอด 20 ปี<sup>137</sup> นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนได้มีการตรวจสอบ (due diligence) กฎหมายและสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE โดยการว่าจ้างที่ปรึกษาทางกฎหมาย โดยรายงานการตรวจสอบระบุว่าอิตาลีอาจมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนได้ แต่ความเสี่ยงในการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงนั้นค่อนข้างต่ำและจะใช้บังคับกับโรงไฟฟ้าที่ไม่ได้ทำสัญญากับ GSE เท่านั้น โรงไฟฟ้าของนักลงทุนจึงไม่มีความเสี่ยงดังกล่าว กล่าวคือ มีความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างนักลงทุนที่ไม่ได้ทำสัญญากับนักลงทุนที่ทำสัญญากับ GSE โดยที่นักลงทุนที่ไม่ได้ทำสัญญากับ GSE มีความเสี่ยงสูงที่จะไม่ได้รับสิ่งที่คาดหวังในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ส่วนนักลงทุนทำข้อตกลง GSE มีความเสี่ยงต่ำต่อการเปลี่ยนแปลงของ

<sup>137</sup> CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015, Award, 16 January 2019, para. 217.

กฎหมาย รายงานดังกล่าวจึงชี้ให้เห็นอย่างสมเหตุสมผลว่านักลงทุนสามารถมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>138</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาว่า มีการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหาก การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตที่สามารถยอมรับได้ในการใช้อำนาจทางกฎหมาย ของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยในการพิจารณาขอบเขตที่สามารถยอมรับได้ดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการ จะต้องพิจารณาความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจของรัฐในการกำกับดูแลกับความคาดหวังของนัก ลงทุน ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายของอิตาลีนั้นสมเหตุสมผลและเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ สาธารณะ นอกจากนี้ยังระบุว่า การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายนั้นจะต้องสมดุลกับการให้คำมั่นอย่าง เฉพาะเจาะจงของรัฐซึ่งเป็นการสร้างภาระผูกพันอย่างอิสระต่อนักลงทุน ในกรณีที่มีการสร้างภาระ ผูกพันกับนักลงทุนในระดับสูงเช่นนี้กรณีนี้ แม้ว่าการกระทำของรัฐจะสมเหตุสมผล แต่ก็เป็นการ ละเมิดความคาดหวังของนักลงทุน ดังนั้น *Spalmaincentivi Decree* จึงละเมิดความคาดหวังอัน ชอบธรรมของนักลงทุนตามข้อ 10(1) ของ สนธิสัญญาภาคีฉบับปี 1997<sup>139</sup>

#### (6) คดี *Belenergia v. Italy*

นักลงทุนอ้างว่าอิตาลีได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยายแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ถึงการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 20 ปี และการรับประกันราคาขั้นต่ำในการจำหน่ายไฟฟ้า ผ่านกฎหมายที่บังคับใช้และสัญญาระหว่าง GSE กับนักลงทุน โดยนักลงทุนได้เชื่อถือในดังกล่าวและทำการลงทุนโดยมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าการรับซื้อไฟฟ้าและอัตรา ราคาขั้นต่ำจะไม่เปลี่ยนแปลง<sup>140</sup> แม้ว่ารัฐกฤษฎีกา *Conto Energia* จะลดการรับซื้อไฟฟ้า แต่ไม่กระทบต่อระยะเวลาการรับซื้อไฟฟ้าที่กำหนดไว้เป็นเวลา 20 ปี การบังคับใช้ *Spalmaincentivi*

<sup>138</sup> Ibid., paras. 224-233.

<sup>139</sup> Ibid., paras. 237-245.

<sup>140</sup> *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019, paras. 394-396.

*Decree* โดยไม่คำนึงถึงข้อบทในสัญญาระหว่างนักลงทุนกับ GSE ที่กำหนดมิให้คู่สัญญาสามารถแก้ไขสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว นั่นละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>141</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนไม่สามารถคาดหวังว่าการรับซื้อไฟฟ้าที่กำหนดในสัญญาของ GSE จะไม่เปลี่ยนแปลง เนื่องจากสัญญาของ GSE ไม่ได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน กล่าวคือ การกำหนดระยะเวลาการรับซื้อไฟฟ้าเป็นเวลา 20 ปี หรือข้อห้ามในการเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง (stabilization clause) และการกำหนดอัตราและระยะเวลาการรับซื้อไฟฟ้าภายใต้สัญญาของ GSE กำหนดขึ้นโดยอาศัยหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การให้สิทธิประโยชน์ดังกล่าวแก่นักลงทุนจึงไม่ใช่การให้คำมั่นแก่นักลงทุนอย่างเฉพาะราย นอกจากนี้ ข้อตกลงเรื่องราคาขั้นต่ำที่กำหนดในสัญญานั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงในภายหลัง ตามที่สัญญาของ GSE ได้กำหนดว่า ราคาขั้นต่ำที่กำหนดอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ในภายหลัง ดังนั้น บทบัญญัติในข้อตกลงของ GSE จึงไม่กระทบต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายของอิตาลี ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับก่อนการประกาศใช้ *Spalmaincentivi Decree* ไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมในการรับซื้อไฟฟ้า และนักลงทุนไม่อาจคาดหวังได้ว่ากฎหมายจะไม่มีเปลี่ยนแปลง<sup>142</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในการพิจารณาว่าความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากข้อมูลที่นักลงทุนที่มีความรอบคอบได้ทราบเกี่ยวกับกรอบทางกฎหมายของอิตาลีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในกิจการพลังงานแสงอาทิตย์ ในขณะที่ทำการลงทุน กล่าวคือ นักลงทุนไม่สามารถมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้หากนักลงทุนที่มีความรอบคอบควรได้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายก่อนทำการลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนควรจะได้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ในการรับซื้อไฟฟ้า ดังที่รัฐอิตาลี *Conto Energia* มีการเปลี่ยนแปลงโดยการลดอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้า ดังนั้น นักลงทุนที่มีความรอบคอบควรคาดการณ์ถึงการลดลงของอัตราค่ารับซื้อไฟฟ้าได้<sup>143</sup> รวมถึงจะต้องพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ ซึ่งคณะ

<sup>141</sup> Ibid., paras. 574–575.

<sup>142</sup> Ibid., paras. 579–583.

<sup>143</sup> Ibid., paras. 585–600.



อนุญาโตตุลาการเห็นว่าการบังคับใช้ *Spalmaincentivi Decree* นั้นสมเหตุสมผลและได้สัดส่วน เนื่องจากต้นทุนของเทคโนโลยีในการผลิตพลังงานแสงอาทิตย์ลดลง และเพื่อเป็นการลดภาระทางภาษีและราคาไฟฟ้าของผู้บริโภค ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของนักลงทุนในการละเมิดข้อ 10(1) ของ สนธิสัญญาภาคปฏิบัตพลังงาน<sup>144</sup>

#### 4.2. การพิจารณาเนื้อหาและองค์ประกอบของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมส่งผลให้เกิดปัญหาในการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมกับข้อเท็จจริง คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการช่วยสร้างความชัดเจนในการตีความความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ซึ่งในการพิจารณาความหมายของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการมักจะอ้างถึงคำชี้ขาดในคดี *Tecmed v. Mexico* และในทางปฏิบัติการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีขั้นตอนในการพิจารณา ดังนี้ (1) มีการแสดงออกหรือการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมีลักษณะเป็นการดึงดูดการลงทุน (2) นักลงทุนเชื่อถือในการแสดงออกหรือการกระทำของรัฐ และ (3) รัฐได้ปฏิเสธการแสดงออกหรือการกระทำนั้น ดังที่เช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ให้เห็นในคดี *Antaris and Göde v. Czech Republic*<sup>145</sup> คดี *Europa Nova v. Czech Republic*<sup>146</sup> คดี *Voltaic Network v. Czech Republic*<sup>147</sup> คดี *Photovoltaik Knopf v. The Czech Republic*<sup>148</sup> คดี *I.C.W. v. Czech Republic*<sup>149</sup> และคดี *CEF Energia v. Italy*<sup>150</sup>

ทั้งนี้ จากการศึกษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

<sup>144</sup> Ibid., paras. 605–606.

<sup>145</sup> *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*, Award, para. 360.

<sup>146</sup> *WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic*, Award, para. 583.

<sup>147</sup> *Voltaic Network GmbH v. The Czech Republic*, Award, para. 500.

<sup>148</sup> *I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic*, Award, para. 542.

<sup>149</sup> *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. The Czech Republic*, Award, para. 496.

<sup>150</sup> *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, Award, para. 191.

#### 4.2.1. การกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน

ในประเด็นนี้จะพิจารณาว่าการแสดงออกใดบ้างของรัฐที่ทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรม จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าการแสดงออกของรัฐอาจเป็นการกระทำโดยรัฐบาลกลาง (federal government) รัฐบาลส่วนท้องถิ่น (municipal government) เจ้าหน้าที่ของรัฐ (officer) หรือผู้มีอำนาจหรือตัวแทนของรัฐบาล ทั้งนี้ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่านักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของการแสดงออกของรัฐดังต่อไปนี้

##### 4.2.1.1. กรอบทางกฎหมาย (regulatory framework)

จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนพบว่ากรอบทางกฎหมายหรือกฎระเบียบ (legislative and regulatory framework) ที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเป็นพื้นฐานสำคัญในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยกฎหมายที่อาจเป็นพื้นฐานของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจะรวมถึงกฎหมาย (Law) พระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ (Act) และพระราชกฤษฎีกาหรือรัฐกฤษฎีกา (Decree) ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายแตกต่างกันออกเป็นสองแนวทาง ดังนี้

**แนวทางแรก** เป็นแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน โดยคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในกรณีของรัฐไม่ได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงผ่านการกระทำต่าง ๆ หรือสัญญาการลงทุน นักลงทุนไม่สามารถคาดหวังได้ว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่มีเปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาของการลงทุน เนื่องจากกรอบทางกฎหมายไม่ถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน รัฐมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างสมเหตุสมผล ได้สัดส่วนและเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ดังเช่นที่ชี้ให้เห็นในคดี *Charanne v. Spain*<sup>151</sup> และคดี *Blusun v. Italy*<sup>152</sup> แนวคิดดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากคณะอนุญาโตตุลาการ

<sup>151</sup> *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, paras. 517-536.

<sup>152</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award, paras. 371-372.

ในหลายคดี เช่นในคดี *Belenergia v. Italy*<sup>153</sup> และคดี *JSW Solar and Wirtgen v. Czech Republic*<sup>154</sup> รวมถึง ได้มีการให้แนวคิดเพิ่มเติมว่าในการพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย จะต้องพิจารณาลักษณะของการเปลี่ยนแปลงและผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงประกอบด้วย กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญหรือพื้นฐานของกฎหมายที่นักลงทุนเชื่อถือ หากเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงและกระทบต่อการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ อาจเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นที่ชี้ให้เห็นในคดีที่เกิดขึ้นกับสเปน เช่น ในคดี *Eiser and Energia Solar v. Spain*<sup>155</sup> คดี *Infrastructure Services and Energia Termosolar (formerly Antin) v. Spain*<sup>156</sup> คดี *NextEra v. Spain*<sup>157</sup> และคดี *Novenergia v. Spain*<sup>158</sup> ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในปี ค.ศ. 2010 นั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของกฎหมาย และไม่ได้ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เนื่องจากไม่ได้เป็นการยกเลิกสิทธิประโยชน์ทั้งหมด นักลงทุนยังคงได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้กฎหมายที่เปลี่ยนแปลง ส่วนการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2013 นั้นละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เนื่องจากเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของกฎหมายซึ่งกระทบต่อการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ เป็นการยกเลิกสิทธิประโยชน์ทั้งหมดที่รัฐได้ให้แก่ นักลงทุน และนักลงทุนไม่อาจคาดหมายถึงการเปลี่ยนแปลงในลักษณะดังกล่าวได้ รวมถึงคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Europa Nova v. Czech Republic*<sup>159</sup> คดี *Voltaic Network v. Czech Republic*<sup>160</sup> คดี *Photovoltaik Knopf v. The Czech*

<sup>153</sup> *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, Award, paras. 605-606.

<sup>154</sup> *JSW Solar (Zwei) GmbH & Co.Kg, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic*, Final Award, paras. 407-408.

<sup>155</sup> *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À R.L. v. Kingdom of Spain*, Award, para. 382.

<sup>156</sup> *Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. And Energia Termosolar B.V. (Formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. And Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, Award, para. 560.

<sup>157</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. And Nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, paras. 596-599.

<sup>158</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), Sicar v. Kingdom of Spain*, Final Arbitral Award, paras. 688, 695-697.

<sup>159</sup> *WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic*, Award, paras. 586.

<sup>160</sup> *Voltaic Network GmbH v. The Czech Republic*, Award, para. 505.

*Republic*<sup>161</sup> และคดี *I.C.W. v. Czech Republic*<sup>162</sup> ก็ได้มีคำชี้ขาดในลักษณะเดียวกันว่าการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์ของนักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

นอกจากนี้ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่สนับสนุนแนวคิดนี้ยังชี้ให้เห็นเพิ่มเติมว่า แม้ว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่ถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมาย แต่กรอบทางกฎหมายเป็นการให้คำมั่นถึงความมั่นคงในการลงทุน ดังนั้น นักลงทุนอาจมีความคาดหวังอย่างชอบธรรมถึงผลตอบแทนในการประกอบกิจการอย่างสมเหตุสมผลได้ เช่นที่ชี้ให้เห็นในคำชี้ขาดในคดี *Antaris and Göde v. Czech Republic*<sup>163</sup> คดี *Stadtwerke München and others v. Spain*<sup>164</sup> และคดี *RREEF v. Spain*<sup>165</sup> ดังนั้น ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายนั้นส่งผลกระทบต่อผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลในการลงทุน การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

กล่าวโดยสรุปคือ คณะอนุญาโตตุลาการในแนวทางแรกชี้ให้เห็นว่านักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายที่นักลงทุนเชื่อถือในขณะทำการลงทุนได้ แต่นักลงทุนจะต้องสามารถคาดหมายได้ว่ากรอบทางกฎหมายที่กำหนดไว้นั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายนั้นจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงอย่างไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ ไม่สมเหตุสมผล ไม่ได้สัดส่วน หรือไม่อาจคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผล นอกจากนี้ แม้ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงพื้นฐานหรือสาระสำคัญของกฎหมายซึ่งกระทบต่อการลงทุนหรือผลตอบแทนของนักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ เว้นแต่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้คำมั่นอย่างชัดแจ้งถึงความมั่นคงของกฎหมายแก่นักลงทุน หรือมีการกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในสัญญาการลงทุน

<sup>161</sup> Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. The Czech Republic, Award, para. 501.

<sup>162</sup> I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic, Award, para. 547.

<sup>163</sup> Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, Award, para. 418.

<sup>164</sup> Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and Others v. Kingdom of Spain, Award, para. 308.

<sup>165</sup> RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, paras. 378-390.

แนวทางที่สอง อนุญาโตตุลาการเห็นว่ากรอบทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่างเฉพาะเจาะจงซึ่งใช้บังคับแก่นักลงทุนเฉพาะกลุ่มที่เข้าเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด และไม่ใช้กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป อาจทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากฎหมายจะไม่มีเปลี่ยนแปลง เนื่องจากกฎหมายนั้นถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน ซึ่งอาจมาจากแนวทางที่กำหนดโดยการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) ที่กำหนดว่า “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน อาจเกิดจากกฎระเบียบที่ไม่ได้กำหนดไว้เฉพาะสำหรับนักลงทุนรายใดรายหนึ่ง แต่กำหนดขอบเขตเฉพาะเพื่อจูงใจให้เกิดการลงทุนจากต่างประเทศ และนักลงทุนได้พึ่งพาในการลงทุน” ตัวอย่างเช่นที่ปรากฏในคำชี้ขาดในคดี *9REN Holding v. Spain*<sup>166</sup> คดี *Watkins Holdings v. Spain*<sup>167</sup> คดี *Greentech and NovEnergia v. Italy*<sup>168</sup> และคดี *ESPF and others v. Italy*<sup>169</sup> ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายจึงเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

จากแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในแนวทางที่สองข้างต้น ซึ่งพิจารณาว่า นักลงทุนควรสามารถเชื่อถือการแสดงออกอย่างชัดเจนที่ทำโดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะในการดึงดูดการลงทุนในด้านพลังงานหมุนเวียนได้ในลักษณะเดียวกันกับการเชื่อถือในการแสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงของรัฐ ผู้เขียนเห็นว่าแนวความคิดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจมาจากแนวความคิดที่ว่าหากรัฐต้องการได้รับประโยชน์จากการลงทุนจากต่างประเทศ รัฐจะต้องรับผิดชอบจากการให้คำมั่นที่ตนได้ให้ไว้ อันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศและจากการให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่างเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์และเนื้อหาของกฎหมายที่บังคับใช้กับการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาการผลิตพลังงานหมุนเวียนเพื่อให้มีการใช้พลังงานจากแหล่งธรรมชาติมากขึ้น เพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม และเพื่อดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุน

<sup>166</sup> *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, Award, paras. 307-308.

<sup>167</sup> *Watkins Holdings S.à r.l. and Others v. Kingdom of Spain*, Award, para. 532.

<sup>168</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic*, Final Award, para. 447.

<sup>169</sup> *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic*, Award, paras. 512-514.

ต่างชาติโดยการให้สิทธิประโยชน์ระยะยาวแก่นักลงทุน เช่น RD 661/2006 ที่บังคับใช้ในประเทศสเปน เป็นต้น กรอบทางกฎหมายจึงเป็นคำมั่นอย่างชัดเจนถึงระยะเวลาของสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้รับ ประมวลการรายได้ในการลงทุน รวมถึงผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในแนวทางที่สองนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณากรอบทางกฎหมายเป็นสำคัญในการพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากคำชี้ขาดในแนวทางแรกที่พิจารณาการกระทำอื่น ๆ ของรัฐและนักลงทุนประกอบว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ กล่าวคือ หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหากกรอบทางกฎหมายเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงของรัฐ ก็เพียงพอแล้วที่จะพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นชอบธรรมและควรได้รับการคุ้มครอง

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในแนวทางแรก เนื่องจากเห็นว่า นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนได้ทำการลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่างเฉพาะเจาะจง นักลงทุนจึงควรคาดหวังจากการลงทุนที่อาศัยกรอบทางกฎหมายดังกล่าวได้ แต่ในขณะเดียวกันรัฐก็ยังคงมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ โดยในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้น รัฐต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนด้วย และการตีความว่านักลงทุนอาจคาดหวังในความมั่นคงของกรอบทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจงได้ ดังเช่นแนวคำชี้ขาดแนวที่สองนั้นเป็นการให้การคุ้มครองนักลงทุนที่มากเกินไป ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจของรัฐในการออกกฎหมายที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอาจทำให้มีผลเป็นการแซ่แข่งกฎหมายของรัฐได้

แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะมีความเห็นออกเป็นสองแนวทางในประเด็นที่ว่ากรอบทางกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่กำหนดสิทธิประโยชน์ที่ให้นักลงทุนในกิจการดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงนั้นเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมายหรือไม่ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ให้เห็นว่านักลงทุนอาจอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายได้ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้นำแนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *CMS v. Argentina* ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการที่รัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิมมาปรับใช้ กล่าวคือ นักลงทุนสามารถอ้าง

ความคาดหวังที่เกิดจากกฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับกิจการของนักลงทุนที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่เข้าไปลงทุนซึ่งจูงใจให้นักลงทุนเข้าไปลงทุนได้ เนื่องจากความมั่นคงของกรอบกฎหมายเป็นองค์ประกอบสำคัญของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

#### 4.2.1.2. การแสดงออกฝ่ายเดียว (unilateral representation) ของรัฐผู้รับการลงทุน

โดยทั่วไปแล้วการแสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐสามารถดำเนินการได้หลายรูปแบบ เช่น จดหมาย (letter) การแถลงการณ์ (statement) การออกใบอนุญาต (license) การขึ้นทะเบียน (registration) และรายงาน (report) จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนไม่สามารถคาดหวังได้ว่ากรอบทางกฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับอยู่ขณะทำการลงทุนจะไม่เปลี่ยนแปลงไป เว้นแต่กรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนได้กระทำการในลักษณะที่เป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง (specific commitment) แก่ นักลงทุนว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ระบุในคดี *Charanne v. Spain*<sup>170</sup> คดี *Eiser and Energia Solar v. Spain*<sup>171</sup> คดี *Stadtwerke München and others v. Spain*<sup>172</sup> คดี *Blusun v. Italy*<sup>173</sup> และคดี *JSW Solar and Wirtgen v. Czech Republic*<sup>174</sup>

ทั้งนี้ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าการกระทำที่จะถือว่าเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงจะต้องเป็นการกระทำอย่างชัดแจ้งต่อนักลงทุนโดยตรงอย่างเฉพาะรายถึงการรับประกันความมั่นคงของกฎหมาย เช่น การที่รัฐมนตรีส่งจดหมายให้แก่ นักลงทุนรายใดรายหนึ่ง ซึ่งระบุข้อความที่ชี้ให้เห็นถึงการรับประกันความ

<sup>170</sup> *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, para. 494.

<sup>171</sup> *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À R.L. v. Kingdom of Spain*, Award, para. 362.

<sup>172</sup> *Stadtwerke München Gmbh, Rwe Innogy Gmbh, and Others V. Kingdom of Spain*, Award, para. 264.

<sup>173</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award, para. 372.

<sup>174</sup> *JSW Solar (Zwei) GmBH & Co.Kg, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic*, Final Award, paras. 407-408.

มั่นคงของกฎหมาย<sup>175</sup> ไม่ใช่เป็นการแถลงการณ์หรือแสดงออกอย่างทั่วไป เช่น ในคดี *Eskosol v. Italy*<sup>176</sup> คดี *The PV Investors v. Spain*<sup>177</sup> และคดี *Europa Nova v. Czech Republic*<sup>178</sup> คดี *Masdar v. Spain*<sup>179</sup> และการออกใบอนุญาตหรือการขึ้นทะเบียนนั้นโดยหลักไม่ถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงใด ๆ ดังเช่นที่ปรากฏใน คดี *NextEra v. Spain*<sup>180</sup> และคดี *JSW Solar and Wirtgen v. Czech Republic*<sup>181</sup> เว้นแต่ ในกรณีที่นักลงทุนต้องดำเนินการขออนุญาตอย่างเฉพาะเจาะจงเพื่อให้ได้รับอนุญาต เช่น ในคดี *Masdar v. Spain*<sup>182</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนพบว่าในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมจากกรอบทางกฎหมายในฐานะที่เป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง เช่น ในคดี *9REN Holding v. Spain*<sup>183</sup> คดี *Watkins Holdings v. Spain*<sup>184</sup> และคดี *ESPF and others v. Italy*<sup>185</sup> การแสดงออกของรัฐ แม้ว่าจะเป็นการแสดงออกอย่างทั่วไป เช่น การแถลงการณ์ การนำเสนอกฎหมาย การขึ้นทะเบียน และไม่ได้แสดงออกแก่นักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจงก็ถือเป็นการกระทำที่สนับสนุนคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงที่รัฐได้ให้ผ่านกฎหมาย

#### 4.2.1.3. การจัดทำสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน

จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ผู้เขียนพบว่าในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนนักลงทุนส่วน

<sup>175</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, paras. 590-593.

<sup>176</sup> *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, Award, paras. 426-435.

<sup>177</sup> *The PV Investors v. Spain*, Final Award, paras. 615-616.

<sup>178</sup> *WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic*, Award, paras. 601-602

<sup>179</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, paras. 516-520.

<sup>180</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. And Nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, para. 585.

<sup>181</sup> *JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic*, Final Award, para. 424.

<sup>182</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, paras. 512-515.

<sup>183</sup> *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, Award, paras. 294-296.

<sup>184</sup> *Watkins Holdings S.à r.l. and Others v. Kingdom of Spain*, Award, paras. 526-529.

<sup>185</sup> *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic*, Award, para. 545.



ใหญ่ที่ได้ศึกษา นักลงทุนมักจะไม่ได้จัดทำสัญญาการลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนโดยตรง แต่เป็นการลงทุนโดยอาศัยการกรอบทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนที่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนเพื่อส่งเสริมหรือดึงดูดการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนจากภาคเอกชนเป็นสำคัญ ดังนั้น ข้อพิพาทในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนจึงพบการอ้างถึงความคาดหวังบนพื้นฐานของสัญญาไม่มากนัก เนื่องจากนักลงทุนมักจะอ้างถึงความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมาย ทั้งนี้ คดีที่อ้างถึงการจัดทำสัญญาการลงทุนเป็นคดีที่เกิดขึ้นกับประเทศอิตาลี เนื่องจาก *Conto Energia* ได้กำหนดให้เอกชนที่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายเข้าทำสัญญาการรับซื้อไฟฟ้าจาก GSE ทั้งนี้ หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อบทของกฎหมายเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนถึงความมั่นคงของกรอบทางกฎหมาย สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนถือเป็นการสนับสนุนคำมั่นที่รัฐได้ให้ผ่านกฎหมาย แม้ว่าสัญญานั้นจะไม่ได้มีลักษณะที่เฉพาะเจาะจงหรือไม่ได้มีการระบุข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงก็ตาม ดังเช่นที่ปรากฏในคดี *CEF Energia v. Italy*<sup>186</sup> คดี *Greentech and NovEnergia v. Italy*<sup>187</sup> และคดี *ESPF and others v. Italy*<sup>188</sup>

อย่างไรก็ดี ในคดี *Belenergia v. Italy*<sup>189</sup> แม้ว่าข้อเท็จจริงจะไม่แตกต่างจากคดีข้างต้น แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าสัญญาไม่ถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงและไม่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าสัญญานั้นอ้างอิงการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนจากข้อบทของกฎหมาย และไม่ได้มีข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง หรือข้อบทที่รับประกันถึงความมั่นคงของกฎหมาย จึงไม่ได้เป็นการให้คำมั่นใด ๆ แก่นักลงทุน

#### 4.2.2. ลักษณะและเหตุผลของการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน

จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนลักษณะและเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

<sup>186</sup> CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015, Award, paras. 213, 217.

<sup>187</sup> Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic, Final Award, para. 453.

<sup>188</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, Award, para. 545.

<sup>189</sup> Belenergia S.A. v. Italian Republic, Award, paras. 579–583.

ชี้ให้เห็นว่าแม้ว่ารัฐจะไม่ได้มีการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนถึงความมั่นคงของกฎหมาย แต่นักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือไม่สอดคล้องความจำเป็นและสมเหตุสมผล เช่น ในคดี *Charanne v. Spain*<sup>190</sup> คดี *Eiser and Energía Solar v. Spain*<sup>191</sup> และคดี *Novenergia v. Spain*<sup>192</sup> นอกจากนี้ยังเห็นว่า แม้จะเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่นักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างรุนแรงในลักษณะที่ทำลายสาระสำคัญของกฎหมายเดิมที่เปลี่ยนแปลงสิทธิของนักลงทุนภายใต้กฎหมายเดิมอย่างสิ้นเชิงหรือกระทบต่อความมั่นคงในการประกอบกิจการของนักลงทุน โดยที่นักลงทุนไม่สามารถคาดหมายถึงการเปลี่ยนแปลงนั้นได้อย่างสมเหตุสมผล เช่น ในคดี *Europa Nova v. Czech Republic*<sup>193</sup> คดี *NextEra v. Spain*<sup>194</sup> และคดี *Belenergia v. Italy*<sup>195</sup> รวมถึงการเปลี่ยนแปลงที่กระทบต่อผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน เช่น ในคดี *Infrastructure Services and Energia Termosolar (formerly Antin) v. Spain*<sup>196</sup> และคดี *RREEF v. Spain*<sup>197</sup> ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนสามารถคาดหวังผลตอบแทนในการประกอบกิจการอย่างสมเหตุสมผลได้ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่ไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนได้รับและผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน ไม่ถือเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>190</sup> *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, para. 517.

<sup>191</sup> *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À R.L. v. Kingdom of Spain*, Award, paras. 382-383.

<sup>192</sup> *Novenergia li - Energy & Environment (SCA), Sicar v. Kingdom of Spain*, Final Arbitral Award, paras. 688-689, 693-695.

<sup>193</sup> *WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic*, Award, para. 586.

<sup>194</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. And Nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, para. 596.

<sup>195</sup> *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, Award, para. 605-606.

<sup>196</sup> *Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. And Energia Termosolar B.V. (Formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. And Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, Award, para. 560.

<sup>197</sup> *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, para. 381.

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้พิจารณาว่ากรอบทางกฎหมายของรัฐเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมาย รัฐยังคงมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ โดยการเปลี่ยนแปลงนั้นจะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงซึ่งกระทบต่อสาระสำคัญของกฎหมายที่นักลงทุนไม่สามารถคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลถึงการเปลี่ยนแปลงนั้น และไม่กระทบต่อผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน หากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นกระทบต่อการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็อาจเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับสิทธิของรัฐในการออกกฎหมายหรือมาตรการที่ควบคุมเศรษฐกิจและประโยชน์ของรัฐ แต่การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อการลงทุนอย่างมีสาระสำคัญและไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ากรอบทางกฎหมายอาจสร้างความคาดหวังให้แก่การลงทุนได้ในระดับหนึ่งว่ารัฐจะไม่กระทำการในลักษณะที่กระทบต่อความมั่นคงในการลงทุน ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ แต่อาจไม่เท่ากับความคาดหวังจากการกระทำต่อนักลงทุนที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงที่นักลงทุนอาจคาดหวังถึงความมั่นคงของกรอบทางกฎหมายได้

#### 4.2.3. การกระทำของนักลงทุน

การกระทำของนักลงทุนเป็นข้อพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรมหรือไม่ โดยแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนชี้ให้เห็นว่า นักลงทุนอาจได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายที่ใช้บังคับ ไม่ว่ารัฐจะได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมายหรือไม่ หากนักลงทุนได้ใช้ความระมัดระวัง หรือตรวจสอบเชิงลึก (due diligence) ในการลงทุน เนื่องจากนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนซึ่งเป็นกิจการที่ใช้เงินลงทุนจำนวนมาก จะต้องทำการศึกษา ตรวจสอบ และวิเคราะห์กรอบทางกฎหมายอย่างระมัดระวังและรอบคอบ เพื่อให้มีความรู้เพียงพอเกี่ยวกับกรอบทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน และจะต้องศึกษาปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การศึกษาประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลภายในที่ตัดสินเกี่ยวกับความมั่นคงของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน และสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมของรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อให้สามารถคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของการลงทุนและการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เช่นที่ปรากฏในคดี

*Charanne v. Spain*<sup>198</sup> คดี *The PV Investors v. Spain*<sup>199</sup> คดี *Stadtwerke München and others v. Spain*<sup>200</sup> และคดี *Belenergia v. Italy*<sup>201</sup> ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนสามารถคาดการณ์ถึงการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายได้ เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ผลิตพลังงานทดแทนมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ และในกรณีของสเปนคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าขณะที่นักลงทุนทำการลงทุนได้ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งตัดสินว่ากฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์ไม่ได้เป็นการรับประกันแก่ผู้ประกอบการโรงไฟฟ้าว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงในอนาคต แม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่นักลงทุนใช้พิจารณาในการลงทุนก็ตาม ดังนั้น นักลงทุนควรคาดหมายได้ว่าสเปนอาจใช้อำนาจในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในระหว่างการดำเนินการนักลงทุนควรตระหนักและเข้าใจถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นในรัฐผู้รับการลงทุน เช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นในคดี *Antaris v. Czech Republic*<sup>202</sup> ว่าจากปัญหาทางเศรษฐกิจและการเมืองที่เกิดขึ้น ซึ่งรัฐได้มีการแถลงการณ์เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว นักลงทุนจึงควรได้ทราบถึงปัญหาทางการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนที่เกิดขึ้น และควรคาดการณ์ได้ถึงถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ จากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าหากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงผ่านกรอบทางกฎหมาย การพิจารณาการกระทำของนักลงทุนจะมีน้ำหนักค่อนข้างน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือคำรับรองของรัฐผ่านกรอบทางกฎหมายก็เพียงพอแล้วที่นักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม แต่หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากรอบทางกฎหมายไม่ได้เป็นคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณานักลงทุนได้มีการตรวจสอบอย่างเพียงพอหรือไม่ หากนักลงทุนได้ตรวจสอบอย่างเพียงพอแล้ว ความคาดหวังในความมั่นคงของกฎหมายอาจเป็นความคาดหวังที่ชอบธรรมได้

<sup>198</sup> *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, para. 505.

<sup>199</sup> *The PV Investors v. Spain*, Final Award, paras. 603-608.

<sup>200</sup> *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and Others v. Kingdom of Spain*, Award, para. 281.

<sup>201</sup> *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, Award, para. 584.

<sup>202</sup> *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*, Award, paras. 368-380.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาการกระทำของนักลงทุน เนื่องจากการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนใช้เงินทุนในการดำเนินการค่อนข้างมาก และนักลงทุนได้อาศัยกรอบทางกฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญในการตัดสินใจทำการลงทุน ดังนั้น นักลงทุนควรใช้ความระมัดระวังหรือตรวจสอบเชิงลึก (due diligence) โดยศึกษากฎหมายและสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องก่อนทำการลงทุน เพื่อให้ทราบและป้องกันความเสี่ยงในการลงทุน อย่างไรก็ตาม ในกรณีของสเปนที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนควรได้ทราบและศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของสเปนเพื่อให้ทราบว่ากฎหมายอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้นั้น อาจเป็นแนวคำชี้ขาดที่เข้มงวดเกินไป เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีชี้ให้เห็นว่ากฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกามีได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่นักลงทุนใช้พิจารณาในการทำการลงทุน ซึ่งอาจทำให้ขอบเขตในการศึกษาปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการลงทุนของนักลงทุนนั้นค่อนข้างกว้าง และอาจเป็นการสร้างภาระให้แก่นักลงทุนที่มากเกินไป

#### 4.3. การพิจารณาความสมดุลระหว่างความคาดหวังของนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ความคาดหวังของนักลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายจะได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากกรอบทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดนักลงทุนให้ทำการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่างเฉพาะเจาะจงเป็นพื้นฐานสำคัญในการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เช่นเดียวกับในกิจการพลังงานเชื้อเพลิงดั้งเดิม เช่น ในคดี *CMS v. Argentina* ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการที่รัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงาน ความมั่นคงของกรอบกฎหมายและธุรกิจจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญ และนักลงทุนสามารถอ้างความคาดหวังที่เกิดจากกฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับกิจการของนักลงทุนที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่เข้าไปลงทุนซึ่งจูงใจให้นักลงทุนเข้าไปลงทุน<sup>203</sup> ทั้งนี้ สิทธิในการกำกับดูแลของรัฐ (right to regulate) ได้รับความสำคัญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระหว่างประเทศ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้นำหลักขอบเขตแห่งการใช้ดุลยพินิจ (margin of appreciation) จากศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Right) มาปรับใช้กับข้อพิพาทด้านการลงทุน

<sup>203</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 274-275

ระหว่างประเทศ<sup>204</sup> เช่นเดียวกับในคดี *Philip Morris v. Uruguay*<sup>205</sup> กล่าวคือ ในการพิจารณาการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย อย่างไรก็ตาม ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐนั้นค่อนข้างกว้าง เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เห็นว่าการใช้ดุลยพินิจในการกำกับดูแลของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อนักลงทุน<sup>206</sup> ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายจึงไม่ได้ถูกจำกัดโดยมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม แต่ขอบเขตการใช้อำนาวดังกล่าวก็ไม่ได้มีอยู่อย่างไม่จำกัด การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและไม่เกินขอบเขตที่สามารถยอมรับได้ในการใช้อำนาจในการกำกับดูแลตามปกติของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>207</sup>

จากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานทดแทนที่ได้ศึกษาชี้ให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นออกเป็นสองแนวทางดังที่ได้อธิบายในข้อ 4.2. โดยผู้เขียนเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการในแนวทางแรกซึ่งเป็นแนวชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ได้สร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนกับการใช้อำนาจในการกำกับดูแลของรัฐ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากรอบทางกฎหมายอาจเป็นพื้นฐานของความคาดหวังอันชอบธรรมของได้ แต่นักลงทุนไม่อาจคาดหวังได้ว่ากรอบทางกฎหมายนั้นจะไม่มีเปลี่ยนแปลง หากมีความจำเป็นรัฐผู้รับการลงทุนสามารถใช้อำนาจในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ โดยอำนาวดังกล่าวไม่ได้มีอยู่อย่างไม่จำกัด แต่จะต้องยึดตามหลักความได้สัดส่วนและความสมเหตุสมผล และไม่เกินกว่าขอบเขตที่นักลงทุนสามารถยอมรับได้ในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงไม่ทำลายผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน นอกจากนี้ยังเห็นว่า การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนใช้เงินทุนในการดำเนินการสูง และนักลงทุนได้อาศัยกรอบทางกฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญในการตัดสินใจทำการลงทุน นักลงทุนจึงควรทำการตรวจสอบเชิงลึก (due diligence) ในการลงทุน

<sup>204</sup> Julian Arato, "The Margin of Appreciation in International Investment Law," *Virginia journal of international law* 54 (2013): 553.

<sup>205</sup> Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 430, 430.

<sup>206</sup> Yuka Fukunaga, "Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is It Applicable to Investment Arbitration?," *Journal of International Dispute Settlement* (2018): 2

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 16.

อย่างเพียงพอ โดยต้องใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผลในการวิเคราะห์กรอบทางกฎหมายและปัจจัยที่เกี่ยวข้องอย่างระมัดระวังและรอบคอบ เพื่อให้สามารถคาดหมายได้ถึงความเสี่ยงของการลงทุนและการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นักลงทุนต้องสามารถคาดหมายได้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนอาจเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายได้ แต่การเปลี่ยนแปลงนั้นจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงพื้นฐานและสาระสำคัญของกฎหมาย และผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน ดังเช่นคณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงในคดี *The PV Investors v. Spain*<sup>208</sup> ว่าการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์ของนักลงทุนกับสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของมาตรการของรัฐ ทั้งนี้ รัฐมีสิทธิในการพิจารณาขอบเขตของการประเมินทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ขอบเขตดังกล่าวไม่ได้มีขึ้นอย่างไม่จำกัด มิฉะนั้นการคุ้มครองนักลงทุนตามสนธิสัญญาจะไม่มีผล ดังนั้น ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องยึดตามหลักความได้สัดส่วน<sup>209</sup> และความสมเหตุสมผล

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาการกระทำอื่น ๆ ของรัฐประกอบว่ารัฐมีเจตนาที่จะรับประกันถึงความมั่นคงของกฎหมายหรือไม่ หากรัฐได้กระทำการในลักษณะที่เป็นการให้คำมั่นถึงความมั่นคงของกฎหมาย และนักลงทุนได้เชื่อถือในการกระทำดังกล่าว รัฐมีหน้าที่จะต้องรักษาความมั่นคงของกฎหมายดังที่ได้แสดงออกแก่นักลงทุน หากการใช้อำนาจในการกำกับดูแลนั้นขัดต่อสิ่งที่รัฐได้ให้คำมั่นอย่างชัดเจนแก่นักลงทุน รัฐมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดกับนักลงทุน ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศควรบังคับใช้กับข้อผูกพันที่รัฐเจตนาทำขึ้นอย่างอิสระ กล่าวคือ รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่รัฐได้กระทำต่อนักลงทุน เนื่องจากรัฐไม่ได้มีหน้าที่ผูกพันที่จะกระทำการเช่นนั้น เช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ระบุในคดี *Watkins Holdings v. Spain* ว่าสเปนได้ให้คำมั่นแก่นักลงทุนถึงความมั่นคงของกฎหมาย ในขณะที่สเปนไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการดังกล่าว จึงทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรม<sup>210</sup>

<sup>208</sup> *The PV Investors v. Spain*, Final Award, para. 583.

<sup>209</sup> หลักความได้สัดส่วนถูกพัฒนามาจากกฎหมายของประเทศในสหภาพยุโรป เพื่อจำกัดไม่ให้รัฐใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอิสระ การใช้อำนาจของรัฐจะต้องไม่เพียงแต่พิจารณาประโยชน์สาธารณะของรัฐเท่านั้น แต่จะต้องคำนึงถึงบุคคลที่ได้รับผลกระทบและความจำเป็นของการกระทำนั้น โดยจะต้องไม่สร้างภาระแก่บุคคลเกินสมควร ("The Principle of Proportionality," in *General Principles of Eu Civil Law*, ed. Norbert Reich (Intersentia, 2013), 157)

<sup>210</sup> *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, Award, para. 528.

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเกณฑ์ในการสร้างความสมดุลระหว่างความคาดหวังของนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนยังไม่มีที่ชัดเจนเท่าที่ควร เนื่องจากแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นเกี่ยวกับการให้ค้ำประกันอย่างเฉพาะเจาะจงของรัฐผ่านกรอบทางกฎหมายยังมีความแตกต่างกันว่ากรอบทางกฎหมายที่บังคับใช้กับนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนถือเป็นค้ำประกันที่รัฐได้ให้แก่การลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจงหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แนวคำชี้ขาดส่วนใหญ่ก็ได้ชี้ให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างความคาดหวังของนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน

#### 4.4. นัยสำคัญของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่อการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

จากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการข้างต้นชี้ให้เห็นว่าในกรณีที่ข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้กำหนดขอบเขตและเนื้อหาของของการคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม และรัฐมีหน้าที่ต้องละเว้นจากการกระทำที่ละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ทั้งนี้ จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน พบว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมีผลกระทบต่อรัฐผู้รับการลงทุนในการจำกัดการใช้อำนาจในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในกิจการพลังงาน เพราะแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะยอมรับการใช้อำนาจรัฐในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ แต่หากการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของกฎหมายหรือกระทบต่อผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน หรือหากการเปลี่ยนแปลงนั้นขัดต่อสิ่งที่รัฐได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนก็อาจเป็นการละเมิดหน้าที่ตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและอาจทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องชดเชยความเสียหายแก่นักลงทุนหรือเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการกระทำนั้น รวมถึงองค์กรและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐจะต้องระมัดระวังในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุน โดยจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อนักลงทุนที่ทำการลงทุนโดยอาศัยกรอบทางกฎหมายเดิม



นอกจากนี้ การปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมโดยปราศจากการกำหนดแนวทางในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ประการแรก อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความถูกต้องและเหมาะสมของการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมได้ เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมโดยปราศจากหลักเกณฑ์หรือขอบเขตที่กำหนดอย่างชัดเจน และประการที่สอง ความไม่ชัดเจนของแนวคำชี้ขาดอาจทำให้รัฐและนักลงทุนไม่สามารถคาดการณ์คำชี้ขาดได้ ทำให้รัฐไม่สามารถกำหนดแนวทางในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของนักลงทุน หรือทำให้ยากต่อการคาดการณ์แนวทางการต่อสู้คดีอย่างชัดเจนได้ เนื่องจากการปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนขึ้นอยู่กับมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการและข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญ

ด้วยเหตุดังกล่าวเป็นเหตุผลสำคัญให้รัฐต่าง ๆ มีความระมัดระวังในการร่างหรือปรับปรุงข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อให้เนื้อหาของข้อบดังกล่าวมีความชัดเจนมากขึ้น เพื่อใช้เป็นแนวทางแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการตีความและปรับใช้ รวมถึงเป็นการจำกัดการใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการอีกด้วย เพื่อให้สิทธิในการกำกับดูแลของรัฐไม่ถูกจำกัดโดยหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองการลงทุน<sup>211</sup> ทั้งนี้ แนวทางในการกำหนดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนปรากฏให้เห็น ดังนี้

(1) การกำหนดขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างชัดเจน ซึ่งให้ความชัดเจนถึงการกระทำที่ถือเป็นการละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ตัวอย่างเช่น ข้อ 2 ของความตกลงทวิภาคีระหว่างฮังการีกับคีร์กีซสถาน (Hungary - Kyrgyzstan BIT 2020) ซึ่งระบุว่า

<sup>211</sup> Cornelia Maarfield, *Energy Charter Treaty (ECT) reform: Why it has failed to deliver on the EU own objective* [online], 20 March 2022. From [https://www.voblen-institute.org/IMG/pdf/ect\\_reform\\_briefing\\_march\\_2022.pdf](https://www.voblen-institute.org/IMG/pdf/ect_reform_briefing_march_2022.pdf) (accessed on 10 June 2022)

“1. รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องส่งเสริมและอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในการทำการลงทุนในดินแดนของตน และจะต้องรับการลงทุนดังกล่าวตามกฎหมายและกฎระเบียบภายในของตน

2. รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ ดังที่กำหนดในวรรค 3 ถึง 6 ของข้อนี้

3. มาตรการหรือการกระทำที่เป็นการละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม มีดังต่อไปนี้

- ก) การปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการทางอาญา แพ่ง หรือปกครอง หรือ
- ข) การละเมิดพื้นฐานของกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย รวมถึงการละเมิดพื้นฐานของความโปร่งใสและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและกระบวนการทางปกครอง หรือ
- ค) การกระทำตามอำเภอใจอย่างชัดแจ้ง หรือ
- ง) การเลือกปฏิบัติอย่างไม่ถูกต้อง เช่น เพศ เชื้อชาติ ความเชื่อทางศาสนา หรือ
- จ) การลวงละเมิด การบังคับ การใช้อำนาจในทางที่ผิด หรือการกระทำอย่างไม่สุจริต<sup>212</sup>”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>212</sup> Hungary - Kyrgyzstan BIT 2020, Article 2 Promotion and Protection of Investments

1. Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to make investments in its territory and, shall admit such investments in accordance with its national laws and regulations.

2. Each Contracting Party shall accord in its territory to investments of the other Contracting Party and to investors with respect to their investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 3 through 6 of this Article.

3. With respect to the investments the following measures or series of measures constitute breach of the obligation of fair and equitable treatment:

- a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; or
- b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency and obstacles to effective access to justice, in judicial and administrative proceedings; or
- c) manifest arbitrariness; or
- d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or
- e) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct;

การกำหนดเช่นนี้อาจเป็นการบ่งชี้ว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นจะมีเนื้อหาครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเท่านั้น และไม่รวมถึงการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม

(2) การกำหนดเรื่องการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ข้อ 8.10(4) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปกับแคนาดา (Comprehensive Economic and Trade Agreement 2016 – CETA) ซึ่งให้ความชัดเจนว่า

“ในการปรับใช้ข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าภาคีได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนเพื่อจูงใจให้เกิดการลงทุนซึ่งสร้างความคาดหวังอันชอบธรรมหรือไม่ และนักลงทุนได้อาศัยในการตัดสินใจทำการลงทุนหรือคงไว้ซึ่งการลงทุนแต่ภาคีได้ทำลายในภายหลัง<sup>213</sup>”

การกำหนดเช่นนี้เป็นการบ่งชี้ว่าความคาดหวังอันชอบธรรมนั้นจะได้รับการคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่รัฐได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้อาจเกิดปัญหาว่า การแสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงของรัฐที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อบทดังกล่าวจะมีลักษณะอย่างไร ซึ่งคำตอบสำหรับปัญหานี้อาจขึ้นอยู่กับมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการและข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ดังที่ได้ชี้ให้เห็นในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้างต้น ทำให้รัฐอาจไม่สามารถจำกัดขอบเขตการใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ทั้งหมด

(3) การกำหนดยกเว้นการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนอย่างชัดเจน เช่น ข้อ 9.6(4) ของข้อตกลงความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership 2021 - CPTPP) ซึ่งให้ความชัดเจนว่า

...

<sup>213</sup> The Comprehensive and Economic Trade Agreement, Article 8.10(4) Treatment of investors and of covered investments

When applying the above fair and equitable treatment obligation, the Tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.

“เพื่อความชัดเจน การที่รัฐภาคีดำเนินการหรือไม่ดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับความคาดหวังของนักลงทุนไม่ถือเป็นการละเมิดข้อบทนี้ แม้ว่าจะมีความสูญเสียหรือเสียหายเกิดขึ้นแก่นักลงทุนก็ตาม<sup>214</sup>”

นอกจากนี้ ข้อบ่งชี้ลักษณะดังกล่าวยังได้ปรากฏในความตกลงทวิภาคีบางฉบับ เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียกับสหราชอาณาจักร (Australia - United Kingdom FTA 2021)<sup>215</sup> ทั้งนี้ การกำหนดเช่นนี้เป็นการบ่งชี้ว่าภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้ให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมแก่นักลงทุน ซึ่งอาจสามารถจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐในการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนได้ เนื่องจากได้ระบุอย่างชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ว่ารัฐไม่ได้ให้การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน อย่างไรก็ตาม การกำหนดในลักษณะเช่นนี้ อาจส่งผลเสียต่อบรรยากาศในการลงทุนจากต่างชาติ เนื่องจาก นักลงทุนย่อมมีความคาดหวังจากการทำการลงทุน ซึ่งการที่รัฐไม่ให้การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนต่างชาติอาจทำให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นในการทำการลงทุนในรัฐ และทำให้อัตราการลงทุนจากต่างชาติลดลงได้

(4) การกำหนดให้มาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอ้างอิงถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ข้อ 14.6(2) ของความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา เม็กซิโก และแคนาดา (The Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 2018 - USMCA) ระบุว่า

“เพื่อความชัดเจนในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อการลงทุนตามวรรค 1

<sup>214</sup> Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Article 9.6(4) Minimum Standard of Treatment

For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.

<sup>215</sup> Australia - United Kingdom FTA 2021, Article 13.7 Minimum Standard of Treatment

For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.

แนวคิดของ “การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม” และ “การคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่” ไม่ได้กำหนดการปฏิบัติที่นอกเหนือหรือเกินกว่าที่มาตรฐานดังกล่าวกำหนด และไม่ได้สร้างสิทธิทางสารบัญญัติเพิ่มเติมแต่อย่างใด<sup>216</sup>”

ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership 2020 – RCEP) ข้อ 10.5 ซึ่งระบุว่า

“1. ภูมิภาคแต่ละฝ่ายจะต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองความมั่นคงอย่างเต็มที่ ตามที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว

2. เพื่อความชัดเจน:

(ค) แนวคิดเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ ไม่ได้กำหนดการปฏิบัติที่นอกเหนือหรือเกินกว่าที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว และไม่ได้สร้างสิทธิทางสารบัญญัติเพิ่มเติมแต่อย่างใด<sup>217</sup>”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>216</sup> United States-Mexico-Canada Agreement 2018, Article 14.6(2) Minimum Standard of Treatment

For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.

<sup>217</sup> RCEP 2020, Article 10.5 Treatment of Investment

1. Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

2. For greater certainty:

...

(c) the concepts of fair and equitable treatment and full protection and security do not require treatment to be accorded to covered investments in addition to or beyond that which is required under the customary international law minimum standard of treatment of aliens, and do not create additional substantive rights.

รวมถึงได้ปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในระดับทวิภาคี เช่น ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระหว่างอินโดนีเซียกับสาธารณรัฐเกาหลี (Indonesia - Republic of Korea CEPA 2020)<sup>218</sup> เป็นต้น

ทั้งนี้ มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นยังคงขาดความชัดเจนในตัวเอง เนื่องจากการพัฒนาหรือเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ดังนั้น การอ้างอิงการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศจึงทำให้ขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเปลี่ยนแปลงไปตามการพัฒนาของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่แน่นอนในหลักเกณฑ์และขอบเขตของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตีความ<sup>219</sup> ว่าจะสามารถจำกัดความคุ้มครองให้แก่นักลงทุนได้หรือไม่ และอาจทำให้มีการวางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติในระดับที่สูงซึ่งทำให้ขอบเขตของหน้าที่รัฐต้องให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาตินั้นกว้างขึ้น นอกจากนี้ อาจมีปัญหว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หน้าที่ภายใต้มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามหลักจารีตประเพณีจะรวมถึงการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือไม่ การที่คณะกรรมาธิการการค้าเสรี (NAFTA Free Trade Commission) ได้ตีความข้อ 1105 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>218</sup> Indonesia - Republic of Korea CEPA 2020, Article 7.6 Treatment of Investment

1. Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, in accordance with customary international law minimum standard of treatment of aliens.

2. For greater certainty:

(a) fair and equitable treatment requires each Party not to deny justice in any legal or administrative proceedings;

(b) full protection and security require each Party to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the physical protection and security of the covered investment; and

(c) the concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment to covered investments in addition to or beyond that which is required under customary international law minimum standard of treatment of aliens, and do not create additional substantive rights.

<sup>219</sup> Roland Kläger, “Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development,” in *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (Oxford University Press, 2016), page 72.

(North American Free Trade Agreement – NAFTA) ว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้กำหนดให้รัฐจะต้องให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนเหนือไปกว่าที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว<sup>220</sup> ทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นหน้าที่หนึ่งภายใต้มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ NAFTA ส่วนใหญ่เห็นว่าการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนไม่ถือว่าเป็นการละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม แต่เป็นเพียงข้อเท็จจริงในการพิจารณาว่ามีการละเมิดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมหรือไม่ ซึ่งแตกต่างกับคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ NAFTA<sup>221</sup> ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ NAFTA คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะไม่ให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>222</sup>

นอกจากนี้ การอ้างอิงการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจมีการกำหนดรายละเอียดของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเพิ่มเติม ตัวอย่างเช่น ข้อ 13.7 ของความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียกับสหราชอาณาจักร (Australia -

<sup>220</sup> NAFTA Free Trade Commission Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions on July 31, 2001

“Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).” (available at: [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp))

<sup>221</sup> Patrick Dumberry, “The Protection of Investors’ Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105,” *Journal of International Arbitration*, 31(1) (2014); 72.

<sup>222</sup> Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, paras. 575-576; Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 May 2012, para. 152; Waste Management, Inc. v. United Mexican States (“Number 2”), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98; Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009, para. 296.

United Kingdom FTA 2021)<sup>223</sup> และข้อ 8.5 ของความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสาธารณรัฐประชาชนจีนกับสาธารณรัฐมอริเชียส (China - Mauritius FTA 2019)<sup>224</sup> ซึ่งกำหนดว่า

1. รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความมั่นคงอย่างเต็มที่ ตามที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

2. เพื่อความชัดเจนของวรรค 1 เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อกันต่างตัวเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อการลงทุน แนวคิดเรื่อง “การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม” และ “การคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่” ไม่ได้กำหนดการปฏิบัติที่นอกเหนือหรือเกินกว่าที่กำหนดในมาตรฐานดังกล่าว และไม่ได้สร้างสิทธิทางสารบัญญัติเพิ่มเติมแต่อย่างใด หน้าที่ตามวรรค 1 กำหนดให้:

(ก) “การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม” รวมถึงหน้าที่การไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการทางอาญา แพ่ง และปกครองตามกระบวนการอันชอบธรรมแห่งกฎหมาย ...”

<sup>223</sup> Australia - United Kingdom FTA 2021, Article 13.7 Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with applicable customary international law principles, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and...

<sup>224</sup> China - Mauritius FTA 2019, Article 8.5 Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with customary international law.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with due process of law;

...



ทั้งนี้ คำว่า “รวมถึง” หรือ “include” นั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้เป็นการจำกัดขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมให้ครอบคลุมเฉพาะการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น แต่เป็นเพียงการอธิบายเพิ่มเติมเพื่อให้ชัดเจนว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจะต้องไม่ปฏิเสธความยุติธรรมแก่นักลงทุน ซึ่งอาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมได้อย่างกว้างขวาง และอาจรวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน

(5) การกำหนดให้มีข้อยกเว้นทั่วไป (general exceptions clause) ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อให้รัฐสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ในกรณีของรัฐไม่ได้ให้การปฏิบัติแก่นักลงทุนตามที่เคยได้ให้ไว้แก่นักลงทุน ตัวอย่างเช่น ข้อ 14.16 ของความตกลง USMCA ซึ่งกำหนดว่า

“สิ่งที่กำหนดในบทนี้ไม่ถือว่าเป็นการจำกัดรัฐภาคีในการใช้ คงไว้ หรือบังคับใช้มาตรการใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับที่กำหนดในบทนี้ หากเป็นการดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อให้การลงทุนในดินแดนของตนนั้นดำเนินไปในลักษณะที่สอดคล้องกับความอ่อนไหวของสภาพแวดล้อม สุขภาพ ความปลอดภัย หรือวัตถุประสงค์ด้านกฎระเบียบอื่น ๆ<sup>225</sup>”

(6) การกำหนดข้อยกเว้น (exceptions) ในข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เพื่อให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยไม่เป็นการละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ตัวอย่างเช่น ความตกลงทวิภาคีระหว่างราชอาณาจักรโมร็อกโกกับญี่ปุ่น (Japan - Morocco BIT 2020) ข้อ 4 ซึ่งระบุว่า

“1. รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของนักลงทุนจากรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในดินแดนของตนตามที่กำหนดในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความมั่นคงอย่างเต็มที่

<sup>225</sup> United States-Mexico-Canada Agreement 2018, Article 14.16 Investment and Environmental, Health, Safety, and other Regulatory Objectives

Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health, safety, or other regulatory objectives.

2. เพื่อความชัดเจน การเปลี่ยนแปลงกฎหมายของรัฐภาคีไม่ถือว่าเป็นการละเมิดวรรค 1<sup>226</sup>”

การกำหนดเช่นนี้เพื่อป้องกันไม่ให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการตีความและปรับใช้ข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างกว้างขวางจนกระทบกับสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐ แม้ว่าในปัจจุบันแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับการใช้สิทธิในการกำกับดูแลของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะและให้ความสำคัญกับความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐ โดยผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดข้อบทดังกล่าวเป็นการดำเนินการเพื่อยืนยันว่ารัฐมีอำนาจในการใช้สิทธิในการกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ โดยไม่กระทบต่อการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ

นอกจากนี้ ความพยายามในการปรับปรุงข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่บังคับใช้อยู่ได้ปรากฏให้เห็นในการเจรจาเพื่อแก้ไขความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหภาพยุโรป<sup>227</sup> เช่น ในการประชุมกฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Conference) ปี พ.ศ. 2561 ได้ประกาศให้มีการเจรจาเพื่อปรับปรุงข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน<sup>228</sup> โดยสหภาพยุโรปได้เสนอการแก้ไขข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเนื่องจากเห็นว่าข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ระบุในสนธิสัญญากฎบัตรพลังงานนั้นขาดความชัดเจนและทำให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจในการตีความสิทธิของนักลงทุนได้อย่างกว้างขวาง และในบางครั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความว่าการปฏิบัติอย่างเป็น

<sup>226</sup> Japan - Morocco BIT 2020, Article 4 General Treatment

1. Each Contracting Party shall in its Territory accord to investments of investor of the other Contracting Party treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, a change of the regulation of Contracting Party does not constitute by itself a violation of paragraph 1.

<sup>227</sup> Cornelia Maarfield, **Energy Charter Treaty (ECT) reform: Why it has failed to deliver on the EU own objective** [online], 20 March 2022. From [https://www.veblen-institute.org/IMG/pdf/ect\\_reform\\_briefing\\_march\\_2022.pdf](https://www.veblen-institute.org/IMG/pdf/ect_reform_briefing_march_2022.pdf) (accessed on 10 June 2022)

<sup>228</sup> Energy Charter, **Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty** [online], 29 November 2018. From <https://www.energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/> (accessed on 10 June 2022)

ธรรมและเท่าเทียม หมายถึง การที่รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องเคารพความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในการบังคับใช้กฎระเบียบใหม่ ซึ่งหมายความว่านักลงทุนสามารถคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายได้ว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงพื้นฐานของกรอบทางกฎหมาย จึงเห็นว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมที่ระบุในสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อสิทธิของรัฐในการกำกับดูแล โดยสหภาพยุโรปได้เสนอให้เพิ่มเติมข้อยกเว้นทั่วไปเพื่อให้รัฐสามารถใช้สิทธิในการกำกับดูแลและเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายและกฎระเบียบได้ ดังนี้

“ 1. รัฐภาคีรับรองสิทธิในการกำกับดูแลภายในดินแดนของตนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การรักษาสังแวดล้อม รวมถึงการป้องกันการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ การคุ้มครองด้านสาธารณสุข การบริการทางสังคม การศึกษา ความปลอดภัย ศิลธรรม การคุ้มครองสังคมหรือผู้บริโภค การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและข้อมูล หรือการส่งเสริมและคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรม

2. เพื่อความชัดเจน บทบัญญัติในส่วนที่ 3 ของสนธิสัญญาจะไม่ถูกตีความว่าเป็นการให้คำมั่นสัญญาจากรัฐภาคีว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงกรอบของกฎหมายและกฎระเบียบ รวมถึง ในลักษณะที่อาจส่งผลเสียต่อการดำเนินการของการลงทุนหรือความคาดหวังในผลกำไรของนักลงทุน

3. ภายใต้บทบัญญัติวรรค 4 และเพื่อความชัดเจน การตัดสินใจของรัฐภาคีในการไม่ประกาศ ต่ออายุ หรือคงไว้ซึ่งการอุดหนุน

(ก) ในกรณีที่ไม่มีคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงใด ๆ ภายใต้กฎหมายหรือสัญญาในการออก ต่ออายุ หรือคงไว้ซึ่งการอุดหนุน หรือ

(ข) ในกรณีที่เป็นไปตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการออก ต่ออายุ หรือการคงไว้ซึ่งการอุดหนุน

จะไม่ถือเป็นการละเมิดบทบัญญัติในส่วนที่ 3 ของสนธิสัญญา

4. เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น บทบัญญัติในส่วนที่ 3 ของสนธิสัญญาจะไม่ถูกตีความว่าเป็นการขัดขวางมิให้รัฐภาคีหยุดการอุดหนุนหรือการเรียกเงินคืนในกรณีที่มีการดำเนินการดังกล่าวเป็นการจำเป็นเพื่อให้สอดคล้องกับภาระผูกพันของรัฐภาคีที่กำหนดโดยความตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำโดยองค์การความร่วมมือและบูรณา

การแห่งภูมิภาคหรือโดยคำสั่งศาลที่มีเขตอำนาจ ศาลปกครอง หรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น ๆ หรือตามที่กำหนดให้รัฐภาคีชดเชยให้แก่นักลงทุนนั้น<sup>229</sup>”

นอกจากนี้ ยังได้เสนอให้ปรับปรุงข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยการจำกัดขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ดังนี้

“(1) ภาคีผู้ทำความตกลงแต่ละฝ่ายจะต้องให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม และการคุ้มครองและความมั่นคงเต็มที่แก่นักลงทุนของภาคีผู้ทำความตกลงอื่นที่อยู่ในดินแดนของตนตามที่ระบุไว้ในวรรค (i) ถึง (v)

(i) ภาคีผู้ทำความตกลงจะละเมิดหน้าที่ในการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมหากมีการดำเนินมาตรการในลักษณะที่

(ก) เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมทางอาญา แพ่ง หรือกระบวนการทางปกครอง หรือ

<sup>229</sup> EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT) Part III, Regulatory Measure

1. The Contracting Parties reaffirm the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of the environment, including combatting climate change, protection of public health, social services, public education, safety, public morals, social or consumer protection, privacy and data protection, or the promotion and protection of cultural diversity.

2. For greater certainty, the provisions of Part III of the Treaty shall not be interpreted as a commitment from a Contracting Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of investments or the investor's expectations of profits.

3. For greater certainty and subject to paragraph 4, a Contracting Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy

(a) in the absence of any specific commitment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy; or

(b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy, shall not constitute a breach of the provisions of Part III of the Treaty.

4. For greater certainty, the provisions of Part III of the Treaty shall not be construed as preventing a Contracting Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement, where such action is necessary to comply with obligations imposed upon the Contracting Party concerned by an international agreement establishing a Regional Economic Integration Organisation or been ordered by a competent court, administrative tribunal or other competent authority, or as requiring that Contracting Party to compensate the investor therefore. (available at: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf))

- (ข) เป็นการละเมิดพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรม รวมถึงการละเมิดพื้นฐานของความโปร่งใสในกระบวนการยุติธรรมและการปกครอง หรือ
- (ค) เป็นการกระทำตามอำเภอใจอย่างชัดแจ้ง หรือ
- (ง) เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่ถูกต้องและไม่มีเหตุผลอย่างชัดแจ้ง เช่น เพศ เชื้อชาติ หรือความเชื่อทางศาสนา หรือ
- (จ) เป็นการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม เช่น การลวงละเมิด การข่มขู่ หรือการบังคับ

(ii) ในการปรับใช้หน้าที่การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าภาคีผู้ทำความตกลงได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนเพื่อจูงใจให้เกิดการลงทุนซึ่งสร้างความคาดหวังอันชอบธรรมหรือไม่ และนักลงทุนได้อาศัยในการตัดสินใจทำการลงทุนหรือคงไว้ซึ่งการลงทุนแต่ภาคีผู้ทำความตกลงได้ทำลายในภายหลัง<sup>230</sup>”

<sup>230</sup> EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT) Part III, Investment promotion and protection “(1) Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities and to Investors of other Contracting Parties with respect to such Investments fair and equitable treatment and the most constant protection and security in accordance with sub-paragraphs (i) to (iv).

(i) A Contracting Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced above through measures or series or measures that constitute:

- (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; or
- (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency in judicial and administrative proceedings; or
- (c) manifest arbitrariness; or
- (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or
- (e) abusive treatment such as harassment, duress or coercion.

(ii) When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Contracting Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Contracting Party subsequently frustrated. (available at: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf))

ทั้งนี้ ข้อเสนอของสหภาพยุโรปถูกปฏิเสธและไม่ได้นำมาปรับปรุงสนธิสัญญาฉบับตรพลังงาน เนื่องจาก รัฐภาคีเห็นว่าการกำหนดว่าการทำงานความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนถือเป็นการละเมิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นไม่ได้เป็นการจำกัดขอบเขตของความคุ้มครอง แต่เป็นการขยายขอบเขตของมาตรฐานดังกล่าว การปรับปรุงข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจึงยังคงเป็นประเด็นที่มีการโต้แย้งกันมากที่สุดในการปฏิรูปสนธิสัญญาฉบับตรพลังงาน<sup>231</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าการปฏิรูปความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หรือการพยายามในการแก้ไขความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน อาจส่งผลในการตีความการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ในกรณีที่ข้อบทระบุอย่างชัดเจนถึงหน้าที่ในการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม หรือในกรณีที่ข้อบทกำหนดอย่างชัดเจนว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่รวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจตีความให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมรวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมได้ หรือในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศกำหนดข้อยกเว้นทั่วไป หรือกำหนดสงวนสิทธิในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในข้อบทเรื่องการปฏิบัติเป็นธรรมและเท่าเทียม ก็อาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจยกการเปลี่ยนแปลงกฎหมายมาเป็นฐานในการพิจารณาการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่ข้อบทกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม เช่น กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่ารัฐได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงและนักลงทุนได้เชื่อถือในการแสดงออกของรัฐหรือไม่ และรัฐได้ทำลายความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือไม่ อาจทำให้ความเข้าใจเกี่ยวกับการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมชัดเจนขึ้น และอาจจะสามารถจำกัดขอบเขตในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้

<sup>231</sup> Energy Charter, **Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty** [online], 29 November 2018. From <https://www.energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/> (accessed on 10 June 2022)

## สรุป

ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนที่ได้ศึกษาเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับประเทศสเปน สาธารณรัฐเช็ก และอิตาลี จากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน กล่าวคือ ประเทศดังกล่าวได้บังคับใช้กฎหมายที่ให้ผลตอบแทนแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนผ่านมาตรการรับซื้อไฟฟ้า ต่อมาเมื่อประเทศดังกล่าวประสบปัญหาทางการเงิน จึงได้เปลี่ยนแปลงมาตรการดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษาแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มีส่วนช่วยให้ปัญหาความไม่ชัดเจนของการแสดงออกผ่านกรอบทางกฎหมายของรัฐต่อนักลงทุนที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมมีความชัดเจนยิ่งขึ้น แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัดในประเด็นที่ว่ากรอบทางกฎหมายเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากยังมีแนวความเห็นที่แตกต่างกันในบางคดี แต่ผู้เขียนเห็นว่าแนวคำชี้ขาดก็ได้สร้างแนวทางในการตีความบ้างแล้ว กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่านักลงทุนมีความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายได้ และในกรณีของรัฐไม่ได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงถึงความมั่นคงของกฎหมาย นักลงทุนไม่อาจคาดหวังได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง อย่างไรก็ตาม กรอบทางกฎหมายนั้นเป็นการแสดงออกของรัฐและทำให้นักลงทุนคาดหวังได้ว่ารัฐจะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างไม่ชอบธรรม รุนแรงถึงขนาดที่ทำลายสาระสำคัญของกฎหมายเดิมหรือทำลายผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน หรือไม่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ การกระทำที่จะถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนจะต้องเป็นการกระทำอย่างชัดแจ้งต่อนักลงทุนอย่างเฉพาะเจาะจง มิใช่เป็นการแถลงการณ์อย่างทั่วไป นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนนั้นชอบธรรมหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของนักลงทุนประกอบว่านักลงทุนได้มีการตรวจสอบเชิงลึกถึงกฎหมายและสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนเพียงพอ หรือสามารถคาดการณ์การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายได้หรือไม่ รวมถึงสามารถคาดการณ์ถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในกรณีของรัฐประสบปัญหาทางการเมืองหรือเศรษฐกิจ กล่าวคือ แม้รัฐจะไม่ได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง แต่นักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง หากนักลงทุนได้ทำการตรวจสอบและเข้าใจสถานการณ์ของการลงทุนอย่างเพียงพอแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองนักลงทุนกับอำนาจการกำกับดูแลของรัฐในกิจการด้านพลังงานหมุนเวียนบ้างแล้ว โดยการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนที่อยู่บนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงไปถึงขนาดที่กระทบต่อการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ และในมุมมองของรัฐผู้รับการลงทุนก็ยังคงมีสิทธิในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่จะต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนประกอบโดยระมัดระวังมิให้การกระทำของรัฐกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ องค์กรและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐจะต้องระมัดระวังในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน โดยจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อนักลงทุนที่ทำการลงทุนโดยอาศัยกรอบทางกฎหมายเดิมด้วย นอกจากนี้ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ส่งผลให้รัฐต่าง ๆ รวมถึงสหภาพยุโรปหันมาให้ความสำคัญในการร่างหรือปรับปรุงข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมากขึ้น เพื่อให้เนื้อหาของข้อบถดังกล่าวมีความชัดเจน เพื่อใช้เป็นแนวทางแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการตีความและปรับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน และเพื่อไม่ให้สิทธิในการกำกับดูแลของรัฐถูกจำกัดโดยข้อบถดังกล่าว



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1. บทสรุป

การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนเป็นกิจการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง และมีระยะเวลาในการลงทุนยาวนาน ซึ่งอาจครอบคลุมการประกอบกิจการในห่วงโซ่พลังงานทั้งหมดตั้งแต่การสำรวจ การผลิต การแปรสภาพ การขนส่ง และการจำหน่ายพลังงาน ทั้งนี้ พลังงานเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีวิตและเกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ และสหประชาชาติได้กำหนดเป้าหมายในการพัฒนาอย่างยั่งยืน ส่งผลให้การพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นเป้าหมายระดับโลก และนานาชาติ รวมถึงประเทศไทยได้กำหนดเรื่องดังกล่าวเป็นเป้าหมายของประเทศ ดังนั้น การลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนจึงได้รับความสำคัญและได้รับการส่งเสริมจากรัฐต่าง ๆ ผ่านกรอบทางกฎหมายเพื่อให้รัฐบรรลุเป้าหมายดังกล่าว เช่น การให้สิทธิประโยชน์ทางการเงิน การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร และการให้สิทธิประโยชน์อื่น ๆ เช่น การยกเว้นเงินโอนบางประการที่กำหนดในกฎหมาย การให้สิทธิพิเศษทางการตลาด ซึ่งรวมถึงการรับซื้อไฟฟ้าในราคาที่สูงกว่าราคาตลาด และการสนับสนุนในการวิจัย เมื่อรัฐมีการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนซึ่งกระทบกับการลงทุน นักลงทุนจึงนำข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมขึ้นสู่คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่ใช้บังคับระหว่างความสัมพันธ์ของรัฐกับนักลงทุน เพื่อให้รัฐเยียวยาความเสียหายแก่นักลงทุน

จากการศึกษาพบว่า ข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมถูกกำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลากหลายรูปแบบ และในกรณีที่มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนไม่ได้กำหนดขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมอย่างชัดเจน แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ตาม การที่ถ้อยคำของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมมีลักษณะเป็นถ้อยคำกว้าง ๆ ไม่มีการกำหนด

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความคาดหวังอันชอบธรรม นำไปสู่ปัญหาความไม่ชัดเจนในการปรับใช้กับข้อเท็จจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน เนื่องจากเป็นกิจการที่ใช้เงินลงทุนจำนวนมาก และนักลงทุนอาศัยกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนเป็นพื้นฐานสำคัญในการตัดสินใจทำการลงทุน ในขณะที่เดียวกันก็เป็นกิจการที่รัฐมีการควบคุมสูง และเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐรวมถึงประชากร การเปลี่ยนแปลงกฎหมายแม้จะเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะก็อาจส่งผลกระทบต่อการลงทุนได้ จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องของความสมดุลระหว่างการคุ้มครองการลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐ

ทั้งนี้ จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน ซึ่งเกิดขึ้นกับประเทศสเปน อิตาลี และสาธารณรัฐเช็ก ในช่วงปี ค.ศ. 2011 ถึง 2020 จากการศึกษาที่ประเทศดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียน พบว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน โดยยืนยันหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนดังนี้ (1) พิจารณาว่ามีการแสดงออกหรือการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมีลักษณะที่เป็นการดึงดูดการลงทุนหรือไม่ (2) นักลงทุนเชื่อถือในการแสดงออกหรือการกระทำของรัฐหรือไม่ และ (3) รัฐได้ปฏิเสธการแสดงออกหรือการกระทำนั้นหรือไม่ ซึ่งในการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวกับข้อเท็จจริงของคณะอนุญาโตตุลาการ สามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

#### 1. การพิจารณากระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดความคาดหวังของนักลงทุน

การกระทำของรัฐอาจเป็นการกระทำโดยรัฐบาลกลาง (federal government) หรือรัฐบาลส่วนท้องถิ่น (municipal government) เจ้าหน้าที่ของรัฐ (officer) หรือผู้มีอำนาจ หรือตัวแทนของรัฐบาลก็ได้ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสามประเภท ดังนี้

(1) กรอบทางกฎหมาย (Regulatory Framework) เป็นพื้นฐานสำคัญของความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน เนื่องจากนักลงทุนทำการลงทุนโดยอาศัยกรอบทางกฎหมายเป็นส่วนสำคัญในการตัดสินใจทำการลงทุน โดยกรอบทางกฎหมายจะรวมถึงกฎหมาย (law) พระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ (Act) พระราชกฤษฎีกาหรือรัฐกฤษฎีกา (Decree) กฎกระทรวง (Ministry Decree) และกฎหมายท้องถิ่น (Municipal Law) ของรัฐ ทั้งนี้ ในการ

คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมาย คำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นเป็นสองแนวทาง

แนวทางแรก เป็นแนวทางที่คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในคดีที่เกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนยอมรับ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่านักลงทุนอาจมีความคาดหวังจากกรอบทางกฎหมายได้ว่าจะได้รับสิทธิประโยชน์หรือผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลตามที่กำหนดในกฎหมาย แต่กฎหมายที่ให้สิทธิประโยชน์นั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยนักลงทุนไม่สามารถมีความคาดหวังได้ว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่มีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากกรอบทางกฎหมายไม่ได้เป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน แม้ว่ากฎหมายจะมีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียน และใช้บังคับกับนักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนอย่างเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ การกระทำที่จะถือว่าเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน จะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่กระทบต่อพื้นฐานหรือสาระสำคัญของกฎหมาย และผลตอบแทนของนักลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Charanne and Construction Investments v. Spain, Final Award, SCC Case No. 062/2012, Final Award, 21 January 2016, paras. 517-536; Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016, paras. 371-372; Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019, paras. 605-606; JSW Solar (Zwei) GmbH & Co.Kg, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October 2017, paras. 407-408; Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017, para. 382; Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Energia Termosolar B.V. (Formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. And Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, para. 560; NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019, paras. 596-599; Novenergia II - Energy & Environment (SCA), Sicar v. Kingdom of Spain, SCC Case No. 063/2015, Final Arbitral Award, 15 February 2018, paras. 688, 695-697; WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-19, Award, 15 May 2019, paras. 586; Voltaic Network GmbH v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-20, Award, 15 May 2019, para. 505; Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-21, Award, 15 May 2019, para. 501; I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-22, Award, 15 May 2019, para. 547; Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018, para. 418; Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH, and Others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019, para. 308; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure

แนวทางที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า กรอบทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดการลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนโดยเฉพาะ และใช้บังคับอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุนในกิจการพลังงานหมุนเวียนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ไม่ใช่กฎหมายที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายจึงละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน<sup>2</sup>

(2) การแสดงออกฝ่ายเดียว (unilateral representation) ของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่เป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง (specific commitment) แก่นักลงทุน เช่น จดหมายที่ให้แก่นักลงทุนที่ระบุถึงการรับประกันความมั่นคงของกฎหมายอย่างชัดเจน หรือการแถลงการณ์ที่สร้างขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อรับประกันแก่นักลงทุนและมีการกล่าวถึงการไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมาย<sup>3</sup> กล่าวคือ จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการรับประกันอย่างชัดเจนต่อนักลงทุนโดยตรง ใดๆก็ดี ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน การแสดงออกฝ่ายเดียวของรัฐผู้รับการลงทุน แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่น การแถลงการณ์ต่อสาธารณะ การประชาสัมพันธ์ หรือการนำเสนอกฎหมาย หรือการออกใบอนุญาตหรือการขึ้นทะเบียน ก็เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมในฐานะที่เป็นการกระทำที่สนับสนุนคำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงในกฎหมาย<sup>4</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, paras. 378-390.

<sup>2</sup> 9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019, paras. 307-308; Watkins Holdings S.à r.l. and Others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 January 2020, para. 532; Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic, SCC Case No. 2015/095, Final Award, 23 December 2018, para. 447; ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020, paras. 512-514.

<sup>3</sup> Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 4 September 2020, paras. 427, 434-435.

<sup>4</sup> 9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain, Award, paras. 270-273; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, paras. 512-515.

(3) สัญญา เป็นการกระทำที่พบไม่มากนักในคดีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนที่ได้ศึกษา ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากรอบทางกฎหมายไม่ถือเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง สัญญาที่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้จะต้องมีการกำหนดข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง หรือข้อบทอื่นที่มีลักษณะเป็นการรับประกันความมั่นคงของกฎหมาย และจะต้องเป็นสัญญาที่รัฐมีเจตนาทำขึ้นกับนักลงทุนรายใดรายหนึ่งอย่างเฉพาะมิใช่จัดทำขึ้นโดยผลของกฎหมาย<sup>5</sup> ในทางกลับกัน หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะเป็นการสนับสนุนคำมั่นที่รัฐได้ให้ผ่านกฎหมาย และทำให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้<sup>6</sup>

## 2. การพิจารณาเหตุผลและการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่านอกจากนักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมจากการเปลี่ยนแปลงที่ไม่ชอบธรรม ไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือไม่สอดคล้องความจำเป็นและสมเหตุสมผลแล้ว การเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างรุนแรงซึ่งทำลายสาระสำคัญของกฎหมายเดิม กระทบต่อผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน แม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็เป็นการกระทำที่ละเมิดความคาดหวังของนักลงทุนเช่นกัน

## 3. การพิจารณาการกระทำของนักลงทุน

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่า นักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมได้ หากนักลงทุนได้ใช้ความระมัดระวังหรือตรวจสอบเชิงลึก (due diligence) ในการลงทุนอย่างระมัดระวังและรอบคอบแล้ว<sup>7</sup> รวมถึงจะต้องศึกษาปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอื่น ๆ ในรัฐผู้รับการ

<sup>5</sup> Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019, paras. 579-583.

<sup>6</sup> CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015, Award, 16 January 2019, para. 217; ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020, paras. 521-520; Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic, SCC Case No. 2015/095, Final Award, 23 December 2018, para. 455.

<sup>7</sup> Charanne and Construction Investments v. Spain, Final Award, para. 505; The PV Investors v. Spain, Final Award, paras. 603-608; Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH, and Others V. Kingdom of

ลงทุนด้วย<sup>8</sup> เพื่อให้สามารถคาดการณ์ได้ถึงความเสี่ยงของการลงทุนและการเปลี่ยนแปลงของกรอบทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการกระทำของนักลงทุนจะมีน้ำหนักค่อนข้างน้อยในกรณีที่รัฐได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน เนื่องจากคำรับรองของรัฐอาจเพียงพอที่นักลงทุนจะได้รับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ส่งผลต่อการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน ทำให้รัฐต่าง ๆ มีความระมัดระวังในการร่างหรือปรับปรุงข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อให้เนื้อหาของข้อบทดังกล่าวมีความชัดเจนมากขึ้น เพื่อเป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้แก่คณะอนุญาโตตุลาการ และจำกัดการใช้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในระยะหลัง โดยปรากฏในรูปแบบที่แตกต่างกัน รวมถึงจากการเจรจาเพื่อแก้ไขปรับปรุงข้อบทเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในสนธิสัญญาภาคีพลังงานในการประชุมกฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Conference)

ทั้งนี้ แม้ว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*<sup>9</sup> จะชี้ให้เห็นว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปจะยังไม่ได้รับการยอมรับก็ตาม<sup>10</sup> แต่ผู้เขียนเห็นว่าในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนควรได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากในการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการพลังงานหมุนเวียน นักลงทุนได้ทุ่มเทพยายามเป็นจำนวนมาก นักลงทุนย่อมมีความคาดหวังในผลตอบแทน

---

Spain, Award, para. 281; Belenergia S.A. v. Italian Republic, Award, para. 584; Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, Award, paras. 368-380.

<sup>8</sup> Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, Award, paras. 368-380.

<sup>9</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (Bolivia v. Chile), Judgment, 1 October 2008, I.C.J. Rep. 507, 599. paras. 161 – 162.

<sup>10</sup> Emmanuel Laryea, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application* (2020), 13

หรือผลกำไรจากการลงทุน ดังนั้น ในกรณีที่รัฐได้กระทำการใดซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่การลงทุน ความคาดหวังของนักลงทุนก็ควรได้รับการคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม การให้การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนจะต้องคำนึงถึงอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย สิทธิในการกำกับดูแลของรัฐกับการคุ้มครองนักลงทุนจึงจะต้องได้สัดส่วนกัน และคณะอนุญาโตตุลาการก็มีบทบาทสำคัญในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุน โดยจากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัด เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการยังมีแนวความเห็นต่างกัน บางคดี แต่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ได้สร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนกับอำนาจในการกำกับดูแลของรัฐผู้รับการลงทุนบ้างแล้ว กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐไม่ได้ให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจง นักลงทุนอาจมีความคาดหวังอันชอบธรรมบนพื้นฐานของกรอบทางกฎหมายได้ว่ากฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงจนถึงขนาดที่กระทบต่อการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากหากรัฐได้ให้คำมั่นอย่างชัดแจ้งแก่นักลงทุน รัฐควรจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่รัฐได้กระทำต่อนักลงทุน เนื่องจากรัฐไม่ได้มีหน้าที่ผูกพันที่จะกระทำการเช่นนั้น

## 5.2. ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีผลใช้บังคับแล้วทั้งหมด 58 ฉบับ (ข้อมูลปี 2565)<sup>11</sup> ซึ่งในความตกลงเหล่านี้มักจะมีการให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยรูปแบบของข้อบทดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยมักจะกำหนดรวมอยู่กับข้อบทว่าด้วย มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่<sup>12</sup> หรือกำหนดในลักษณะที่เป็นอิสระโดยไม่อ้างอิงถึงมาตรฐานอื่นหรือมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยมีได้กำหนดขอบเขตของหน้าที่ในการปฏิบัติอย่างชัดเจน<sup>13</sup> ซึ่งเมื่อไทยตกเป็นคู่พิพาทใน

<sup>11</sup> See International Investment Agreements Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search> (last visited 12 June 2022)

<sup>12</sup> See Thailand - United Arab Emirates BIT (2015), Article 4; Myanmar - Thailand BIT (2008), Article 3; Jordan - Thailand BIT (2005), Article 3; Israel - Thailand BIT (2000), Article 2; Germany - Thailand BIT (2002), Article 2.

<sup>13</sup> See Bulgaria - Thailand BIT (2003), Article 3.1; BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Thailand BIT (2002), Article 4.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการดังเช่นในคดี *Walter Bau v. Thailand* และคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้ไทยชดใช้ค่าเสียหายแก่นักลงทุน เพราะไทยได้ทำให้ความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเสื่อมเสียไป อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจากสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างไทยกับเยอรมนี ค.ศ. 2002 (Germany - Thailand BIT 2002) ได้รับรองมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ในลักษณะที่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดและขอบเขตการคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน และไม่ได้อ้างอิงกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>14</sup> และคณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความข้อบทดังกล่าวว่าความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ในขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม<sup>15</sup> ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่าข้อบทที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนดังกล่าวเป็นข้อบทที่ไม่ได้อ้างอิงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือกำหนดเนื้อหาอย่างละเอียด ส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถตีความมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมได้อย่างไม่มีขอบเขต

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนในระดับอาเซียน มักจะกำหนดข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในลักษณะที่อ้างอิงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงมีการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่รัฐใช้มาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อความจำเป็นในการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ เช่น ข้อ 17 ของความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 2009 (ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009 – (ACIA)<sup>16</sup> และข้อ 10.15 ของความตกลงหุ้นส่วน

<sup>14</sup> Germany - Thailand BIT 2002, Article 2 Admission, Protection and Treatment of Investments

...

(3) Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment and full protection.

...

<sup>15</sup> *Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand*, UNCITRAL, Award, 1 July 2009, para. 11.7.

<sup>16</sup> ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009, Article 17 General Exceptions

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Member States or their investors where like conditions prevail, or a disguised restriction on investors of any other Member State and their investments, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member State of measures:

(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;



ทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค ค.ศ. 2020 (Regional Comprehensive Economic Partnership 2020 - RCEP)<sup>17</sup>

แม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่เคยมีข้อพิพาทกับนักลงทุนในกิจการด้านพลังงาน หมุนเวียน แต่คำชี้ขาดในคดี *Walter Bau v. Thailand* และการที่นักลงทุนต่างชาตินำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในคดี *Kingsgate v. Thailand*<sup>18</sup> ชี้ให้เห็นว่ารัฐควรให้ความสำคัญกับข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทในประเด็นของการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนจากการที่รัฐใช้อำนาจในการกำกับดูแล โดยการนำหลักเกณฑ์และแนวทางในการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการมาพิจารณาปรับใช้ เพราะถึงแม้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ผูกพันในคดีต่อมา แต่คำชี้ขาดก็เป็นแนวทางหรือบรรทัดฐานในการพิจารณา คดีได้ โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าประเทศไทยสามารถนำแนวทางในการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ได้ประเด็นดังนี้

- 
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
  - (c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with this Agreement, including those relating to:
    - (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices to deal with the effects of a default on a contract;
    - (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;
    - (iii) safety;
    - (d) aimed at ensuring the equitable or effective<sup>13</sup> imposition or collection of direct taxes in respect of investments or investors of any Member State;
    - (e) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
    - (f) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.

...

<sup>17</sup> Regional Comprehensive Economic Partnership 2020, Article 10.15 Security Exceptions

Notwithstanding Article 17.13 (Security Exceptions), nothing in this Chapter shall be construed to:

- (a) require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
- (b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for:
  - (i) the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security; or
  - (ii) the protection of its own essential security interests.

<sup>18</sup> *Kingsgate Consolidated Ltd v. The Kingdom of Thailand*. PCA Case No. 2017-36.

## 1. ด้านเนื้อหาของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยสามารถนำแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมาเป็นแนวทางในการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทย และสามารถนำไปเป็นแนวทางในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ ดังนี้

(1) การกำหนดเนื้อหาของข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยประเทศไทยควรกำหนดความหมายหรือขอบเขตของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมให้ชัดเจน เช่น ควรระบุให้ชัดเจนว่าในการให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้นหมายถึงการปฏิบัติใดบ้าง และจะให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนหรือไม่ และในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกำหนดให้คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน อาจกำหนดแนวทางในการพิจารณาการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเพื่อเป็นแนวทางแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาด้วย

(2) การกำหนดข้อยกเว้นในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โดยประเทศไทยควรพิจารณากำหนดข้อยกเว้นของการกระทำของรัฐที่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดหน้าที่ที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น การกำหนดให้รัฐมีสิทธิใช้อำนาจในการบังคับใช้มาตรการใด ๆ อย่างเหมาะสมเพื่อให้สอดคล้องประโยชน์สาธารณะ ความปลอดภัย หรือวัตถุประสงค์ด้านกฎระเบียบอื่น ๆ เพื่อเป็นการสงวนสิทธิในการใช้อำนาจของรัฐและเพื่อไม่ให้เกิดการให้ความคุ้มครองนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกระทบต่อสิทธิในการใช้อำนาจในการกำกับดูแลของรัฐ เพราะแม้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเริ่มยอมรับอำนาจของรัฐในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่การกำหนดข้อยกเว้นจะเป็นหลักประกันแก่รัฐว่าประโยชน์สาธารณะจะต้องได้รับการพิจารณา และเป็นการป้องกันไม่ใช้คณะอนุญาโตตุลาการตีความและปรับใช้ข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกว้างขวางเกินสมควร<sup>19</sup> รวมถึง เป็นข้อต่อสู้ของรัฐในการละเมิดหน้าที่ที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่า

<sup>19</sup> Andrew Newcombe, “The Use of General Exceptions in IIAs; Increasing Legitimacy or Uncertainty,” in *Improving International Investment Agreements*, C Levesque, eds (Routledge, 2012). อ้างถึงใน โชติกา วิทยารากุล, “การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนักลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน,” ใน

ด้วยการลงทุน<sup>20</sup> ดังเช่นที่กำหนดในความตกลง ACIA ที่ได้อธิบายข้างต้น ทั้งนี้ อาจกำหนดในลักษณะเป็นข้อยกเว้นในข้อบทเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม หรืออาจกำหนดเป็นข้อบทหนึ่งแยกจากข้อบทที่เกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติต่อนักลงทุน โดยการกำหนดข้อบทเรื่องข้อยกเว้นแยกต่างหากออกมานั้น อาจจะไม่เพียงแต่จำกัดความรับผิดตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมได้เท่านั้น แต่จะสามารถจำกัดความรับผิดจากมาตรฐานอื่น ๆ ที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้เช่นกัน

(3) การตัดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมออกจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ทั้งนี้ การตัดข้อบทดังกล่าวออกไปมีข้อพิจารณา ดังนี้ *ประการแรก* การไม่ระบุข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจทำให้ส่งผลเสียด้านการลงทุนหรือการลงทุนของไทย เนื่องจากจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากรัฐภาคี เพราะความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีการให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนในลักษณะต่างตอบแทนกัน กล่าวคือ ประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การคุ้มครองนักลงทุนหรือการลงทุนของต่างชาติ ในขณะที่เดียวกันนักลงทุนจากประเทศไทยที่เข้าไปทำการลงทุนในรัฐอื่นก็จะได้รับการคุ้มครองการลงทุนจากรัฐที่นักลงทุนเข้าไปทำการลงทุนเช่นกัน *ประการที่สอง* รัฐยังต้องให้การคุ้มครองการลงทุนตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อกันต่างด้าวภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้จะไม่ปรากฏหน้าที่การให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนก็ตาม<sup>21</sup> ซึ่งมียังไม่มีความชัดเจนว่าพันธกรณีภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นรวมถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมหรือไม่ และคำตอบของปัญหาดังกล่าวขึ้นอยู่กับบทพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี และ *ประการสุดท้าย* นักลงทุนอาจอ้างการคุ้มครองตามมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง<sup>22</sup> ดังเช่นที่คณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดี เช่นในคดี *Bayindir v.*

---

ความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ รวมบทความเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ, (สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม), หน้า 173.

<sup>20</sup> Caroline Henckels, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?," *Boston College Law Review* 59, no. 8 (2018): 2830.

<sup>21</sup> UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment," *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* II (2011): 18.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 19.

*Pakistan* ได้ยอมรับข้อกล่าวอ้างดังกล่าว<sup>23</sup> ทำให้แม้จะตัดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมออกจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน นักลงทุนก็ยังสามารถอ้างการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งได้อยู่ ดังนั้น อาจต้องปรับปรุงข้อบทเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งด้วย โดยกำหนดให้ไม่รวมการปฏิบัติภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอื่น ดังนั้น แม้ว่าจะตัดมาตรฐานการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมออกจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ก็ไม่อาจทำให้รัฐหลุดพ้นจากข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนเสมอไป และอาจจะทำให้รัฐขาดความน่าเชื่อถือจากนักลงทุนต่างชาติซึ่งอาจส่งผลให้การลงทุนจากต่างชาติลดลงด้วย การตัดข้อบทการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมออกจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจึงอาจไม่สมเป็นประโยชน์ของรัฐนัก

## 2. ด้านการดำเนินการภายในของรัฐ

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยสามารถนำแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมาเป็นแนวทางในการดำเนินการของรัฐ รวมถึงองค์กร หน่วยงาน และบุคคลต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุน รวมถึงการแถลงการณ์ การแสดงออก และการกระทำต่อนักลงทุนต่างชาติ ดังนี้

(1) แนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการจะช่วยสร้างความตระหนักและระมัดระวังแก่รัฐในการออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมาตรการด้วยความโปร่งใส ไม่ปฏิบัติตามอำเภอใจ ไม่เลือกปฏิบัติ และคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนมากขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน เพราะแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะยอมรับอำนาจของรัฐในการเปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีการลงทุนด้านพลังงานหมุนเวียนก็ให้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน หากเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอย่างสิ้นเชิงซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หรือ

<sup>23</sup> Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, paras. 155-160.

ทำให้การลงทุนหรือนักลงทุนได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม

(2) แนวทางการตีความของคณะอนุญาโตตุลาการจะช่วยสร้างความระมัดระวังในการแสดงออกต่อนักลงทุน เช่น การแถลงการณ์ การชี้แจง การประชุม หรือการสื่อสารกับนักลงทุนผ่านจดหมายหรือวิธีการอื่นต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างเฉพาะรายหรือเฉพาะเจาะจงในลักษณะที่เป็น การให้คำมั่นแก่นักลงทุนที่อาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม หากรัฐไม่ต้องการจะผูกพันตนเองจากการกระทำเช่นนั้น เนื่องจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการให้คำมั่นอย่างเฉพาะเจาะจงแก่นักลงทุน อาจส่งผลเป็นการผูกพันรัฐที่จะไม่เปลี่ยนแปลงกรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ซึ่งอาจส่งผลต่อสิทธิในการกำกับดูแลของรัฐ และเป็นการขัดแย้งกฎหมายของรัฐได้



บรรณานุกรม



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## บรรณานุกรม

### คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาล

*9REN Holding S.A.R.L v. Kingdom of Spain*, ICSID, Award (31 May 2019).

*Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID, Award (25 June 2001).

*Antaris Solar Gmbh and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*, PCA, Award (2 May 2018).

*Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID, Award (14 July 2006).

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID, Award (27 August 2009).

*Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID, Award (28 August 2019).

*CEF Energia Bv v. Italian Republic*, SCC, Award (16 January 2019).

*Charanne and Construction Investments V. Spain*, SCC, Final Award (21 January 2016).

*EDF (Services) Ltd v. Romania*, ICSID, Award (2 October 2009).

*Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID, Award (4 May 2017).

*ESPF Beteiligungs Gmbh, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs Gmbh, and Infraclass Energie 5 Gmbh & Co. Kg v. Italian Republic*, ICSID, Award (14 September 2020).

*Greentech Energy Systems a/S, Novenergia II Energy & Environment (Sca) Sicar, and Novenergia II Italian Portfolio Sa v. Italian Republic*, SCC, Final Award ( 23 December 2018).

*I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic*, PCA, Award (15 May 2019).

*Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Energia Termosolar B.V. (Formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, ICSID, Award (15 June 2018).

*International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* UNCITRAL, Award (26 January 2006).

- JSW Solar (Zwei) Gmbh & Co.Kg, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic*, PCA, Final Award (11 October 2017).
- NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles (12 March 2010).
- Novenergia II - Energy & Environment (Sca), Sicar v. Kingdom of Spain*, SCC, Final Arbitral Award (15 February 2018).
- Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, I.C.J., Judgment (1 October 2008).
- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Final Award (1 July 2004).
- Photovoltaik Knopf Betriebs-Gmbh v. The Czech Republic*, PCA, Award (15 May 2019).
- The PV Investors v. Spain*, PCA, Final Award (February 2020 2020).
- RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum (30 November 2018).
- Stadtwerke München Gmbh, RWE Innogy Gmbh, and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID, Award (2 December 2019).
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID, Award (29 May 2003).
- Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Award (27 November 2013).
- Voltaic Network Gmbh v. The Czech Republic*, PCA, Award (15 May 2019).
- WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic*, PCA, Award (15 May 2019).
- Waste Management v. Mexico*, ICSID, Award (30 April 2004).
- Watkins Holdings S.À R.L. and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID, Award (21 January 2020).



## บทความวิชาการและหนังสือภาษาไทย

กิริติพงศ์ แนวมาลี. การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้อง  
ระวังในการบังคับใช้กฎหมาย. รายงานที่ตีอาร์ไอ 49 (2550).

เกียรติไกร ไกรแก้ว. การคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
วิญญูชน, 2552.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
วิญญูชน, 2552.

โชติกา วิทยาวรากุล. การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) ของนัก  
ลงทุนภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน. ใน รวมบทความเกี่ยวกับกร  
อนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ  
สำนักงานศาลยุติธรรม, 2559.

ดวงรัตน์ ประจักษ์ศิลป์ไทย. การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment : FDI)  
ในประเทศไทย. Academic Focus (2557).

นาถนรินทร์ จันทร์งาม. มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1.  
กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564.

นาถนรินทร์ จันทร์งาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุน  
ระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการ  
สอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

ปฎิภาณ นิลศิริ. มาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ ในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการ  
ส่งเสริมการลงทุน (BITs): ขอบเขตพันธกรณีและสมดุลของภาระและผลประโยชน์ระหว่างรัฐ  
และนักลงทุนต่างชาติ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ปัทม์ชนิต ศิริสาร. มาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนธุรกิจพลังงานสะอาด ศึกษากรณีพลังงานลม.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. หลักสุจริตในระบบกฎหมาย. จลนิตี 10, 6 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2556).

สุรพี โปธิสาราช. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย. วารสารนิติ รัฐกิจ และสังคมศาสตร์ 1, 1 (มิถุนายน 2560)

### บทความวิชาการและหนังสือภาษาอังกฤษ

Arato, J. The Margin of Appreciation in International Investment Law." Virginia journal of international law. Virginia journal of international law 54, 3 (2014).

Biggs, J. The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 36, 1 (2021).

Bjorklund, A. Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law. International Investment Law and Soft Law (January 2012).

Dolzer, R., and Schreuer, C. Principles of International Investment Law. 2<sup>nd</sup> ed.: United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

Dromgool, T., and Enguix, D. The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs—Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain. In Mauerhofer, V. (eds.), Legal Aspects of Sustainable Development, Springer, 2015.

Dumberry, P. The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs." ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 32, 1 (2016).

Fukunaga, Y. Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is It Applicable to Investment Arbitration?. Journal of International Dispute Settlement 10,1 (2019).

Gehne, K., and Brillo, R. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment, 2017.

Grisel, F. The Sources of Foreign Investment Law. In The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice. University Press Scholarship Online, 2014.

Halperin, R. E. The Czech Income Tax. Penn Law: Legal Scholarship Repository 15 (2014).

- Henckels, C. Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?. Boston College Law Review 59, 8 (2018).
- Henckels, C. Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law, A., and Schill, S. (eds.), Investment Protection Standards and the Rule of Law. Oxford University Press, 2020.
- Hirsch, M. Sources of International Investment Law. In International Investment Law and Soft Law, 2011.
- International Energy Agency. Renewable Energy Market Update - May 2022 [online] IEA, 2020. Available from <https://iea.blob.core.windows.net/assets/d6a7300d-7919-4136-b73a-3541c33f8bd7/RenewableEnergyMarketUpdate2022.pdf> [16 August 2022]
- International Energy Agency. Renewables 2021 [online]. IEA, 2021. Available from <https://iea.blob.core.windows.net/assets/5ae32253-7409-4f9a-a91d-1493ffb9777a/Renewables2021-Analysisandforecastto2026.pdf> [16 August 2022]
- International Energy Agency. Energy Technology Perspectives 2020 [online]. IEA, 2020. Available from [https://iea.blob.core.windows.net/assets/7f8aed40-89af-4348-be19-c8a67df0b9ea/Energy\\_Technology\\_Perspectives\\_2020\\_PDF.pdf](https://iea.blob.core.windows.net/assets/7f8aed40-89af-4348-be19-c8a67df0b9ea/Energy_Technology_Perspectives_2020_PDF.pdf) [16 August 2022]
- Islam, R. Interplay between Fair and Equitable Treatment (FET) Standard and Other Investment Protection Standards. Bangladesh Journal of Law 14 (2014).
- Islam, R. Role of Good Faith in Interpreting Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in Arbitral Practice." Bangladesh Journal of Law 12 (2012).
- Krajewski, M. The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation. In Herrmann, C and Philipp, T. J. (eds.), European Yearbook of International Economic Law 2012. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012.
- Krzykowski, M., Mariański, M., and Zięty, J. Principle of Reasonable and Legitimate Expectations in International Law as a Premise for Investments in the Energy Sector. International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 21, 1 (2021).

- Laryea, E. Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application. In Chaisse, J., Choukroune, and L., Jusoh, S. (eds.), Handbook of International Investment Law and Policy. Springer, Singapore. 2020.
- Leal-Arcas, R., and Nalule, V. Multilateral and Bilateral Energy Investment Treaties. In Handbook of International Investment Law and Policy, 2019.
- Levashova, Y. Fair and Equitable Treatment and the Protection of the Environment: Recent Trends in Investment Treaties and Investment Cases. 2016.
- Lo, M. W. Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's Covid-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses under International Investment Agreements. Contemporary Asia Arbitration Journal 13, 1 (2020).
- Novikau, A. Conceptualizing and Redefining Energy Security: A Comprehensive Review. In China's Energy Security: Analysis, Assessment and Improvement, 2021.
- OECD. "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. (2004).
- Rajput, A., and Malhotra S. Legitimate expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective. In Singh, M. P., and Kumar, N. (eds.), The Indian Yearbook of Comparative Law 2018. Singapore: Springer Singapore, 2019.
- Reich, N. The Principle of Proportionality. In General Principles of EU Civil Law, 2013.
- Reisman, W. M., and Arsanjani, M. H. The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 19, 2 (2004).
- Sallam, K. Investor's Legitimate Expectations under the Fair and Equitable Standard. Should They Be Protected?. Master's Thesis, Master Programme in Investment Treaty Arbitration, Uppsala Universitet, 2017.
- Sinclair, A. C. The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. Arbitration International 20, 4 (2014).
- Spertino, F., Leo, P. D., and Cocina, V. Economic Analysis of Investment in the Rooftop Photovoltaic systems: A Long-Term Research in the Two Main Markets." Renewable and Sustainable Energy Reviews 28 (2013).

- Takamichi, I. The Evolution of Investment Liberalization under the Recent Investment Treaties." *Public Policy Review*. Public Policy Review 16, 5 (2020).
- Tudor, I. The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment. United Kingdom: Oxford University Press, 2008.
- UNCTAD. Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2011).
- UNCTAD. Transfer of Funds. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (2000).
- Uçaryılmaz, T. The Principle of Good Faith in Public International Law. Estudios de Deusto 68, 1 (2020).
- Whitsitt, E., and Bankes, N. The Evolution of International Investment Law and its Application to the Energy Sector. Alberta Law Review 51 (2013).
- Winzer, C. Conceptualizing Energy Security. Energy Policy 46 (2011).
- Wongkaew, T. Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Zannoni, D. The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty. Leiden Journal of International Law 33, 2 (2020).
- Zeyl, T. Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law. Alberta Law Review, 49 (2011).

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	พัทธ์ธีรา ทองลั่นจี
วัน เดือน ปี เกิด	23 มีนาคม 2536
สถานที่เกิด	อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
ที่อยู่ปัจจุบัน	838/28 ซอยสุขุมวิท 50 ถนนสุขุมวิท แขวงพระโขนง เขตคลองเตย กรุงเทพมหานคร



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY