

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในสัญญา
สำรวจและผลิตปิโตรเลียม

ดร. รัฐพงศ์ สุภาภา

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในสัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียม Stabilization Clauses in Upstream Petroleum Contracts

ดร. รัฐพงศ์ สุภาภา^{*}
Dr. Rattapong Supapa

บทคัดย่อ

การลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเป็นการลงทุนที่มีความเสี่ยงสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนต่างชาติจะต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่รัฐผู้รับการลงทุนอาจใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียม การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยใช้อำนาจอธิปไตยเพียงฝ่ายเดียวอาจจะส่งผลเสียหายต่อสิทธิทางสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจึงถูกนำมาใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุนจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน บทความฉบับนี้จะอธิบายถึงความเสี่ยงในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ และพิจารณาเหตุผลเบื้องหลังการนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้ระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งพิจารณาถึงความสมบูรณ์และผลกระทบของข้อสัญญาดังกล่าวภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ บทความจะศึกษาถึงข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ปรากฏอยู่ในกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานปี พ.ศ. 2555 และพิจารณาถึงความคุ้มครองที่ข้อสัญญาดังกล่าวได้มอบให้กับนักลงทุนในกรณีที่การลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอาจได้รับความเสียหายจากความเสี่ยงทางการเมืองที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบันของประเทศไทย

^{*} อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. in Oil and Gas Law, LL.M. in International Commercial Law, Ph.D., University of Aberdeen, Scotland, United Kingdom.

Abstract

Upstream petroleum investments are high risks projects. In particular, the foreign investor is confronted with the risk that the host state may exercise its sovereignty and change the laws governing upstream petroleum contracts. This unilateral change by the sovereign power may adversely affect the contractual rights of the foreign investors. A stabilization clause may then be adopted to protect the foreign investors from the exercise of state sovereignty. This article will identify risks inherent in upstream petroleum investments, especially sovereign risks. It will also examine the objectives behind the adoption of stabilization clauses between the host state and the foreign investors, and consider the validity and effect of such clauses under international investment law. In addition, the article will examine stabilization clauses in the Thai model concession contract, and analyze how they might protect upstream investors against the current unstable political situation in Thailand.

คำสำคัญ: ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา, สัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียม,
กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

Keywords: Stabilization Clauses, Upstream Petroleum Contracts, International
Investment Law

1. ความเสี่ยงของนักลงทุนจากการเข้าทำสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุน

สัญญาระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทั่ว ๆ ไป ที่ทำขึ้นระหว่างนักลงทุนเอกชนด้วยกัน หนึ่งในประเด็นความแตกต่างที่สำคัญนั้น คือ รัฐมีสถานะเป็นทั้งคู่สัญญากับเอกชนและในขณะเดียวกันรัฐเองยังมีสถานะเป็นผู้ออกกฎหมายที่ใช้เพื่อบังคับกับสัญญาการลงทุนที่รัฐได้ทำขึ้นกับเอกชน¹ รัฐจึงเป็นทั้งผู้ที่ต้องทำตามข้อผูกพันภายใต้สัญญาและเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยที่สามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น นักลงทุนเอกชนจึงเสียเปรียบรัฐผู้รับการลงทุนเนื่องจากรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวในการเปลี่ยนแปลงข้อผูกพันภายใต้สัญญา ซึ่งการใช้อำนาจอ้างกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาและอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิทางสัญญาหรือต่อสถานะทางการเงินของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน² การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวมีหลายรูปแบบ ยกตัวอย่างเช่น การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อขึ้นอัตราภาษี การเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในการลงทุน การเพิกถอนสัญญา และออกกฎหมายเพื่อเวนคืนหรือยึดทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ³ นักลงทุนที่เข้าทำสัญญากับรัฐจึงต้องคำนึงถึงความเสี่ยงจากการที่รัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อผูกพันที่ตนเองได้ให้ไว้ภายใต้สัญญาการลงทุนดังกล่าว ซึ่งความเสี่ยงในรูปแบบนี้ไม่สามารถเกิดขึ้นกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกัน เนื่องจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกันและต่างไม่มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแต่อย่างใด

นักลงทุนต่างชาติที่มีความประสงค์จะเข้ามาลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจำเป็นที่จะต้องเข้าทำสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุนก่อนที่จะสามารถดำเนินกิจกรรมการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรปิโตรเลียมและมีอำนาจตัดสินใจที่จะอนุญาตให้นักลงทุนเข้ามาแสวงหาประโยชน์และพัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียมที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้น โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์และเงื่อนไขของการลงทุนไว้ในสัญญาที่รัฐได้

¹Patrick Dumbery, "International Investment Contract," in *International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations*, Tarcisio Gazzini and Eric D. Brabandere (eds) (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), pp. 215, 218.

²Jan O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), p. 16.

³Multilateral Investment Guarantee Agency, World Bank Group, *World Investment and Political Risk 2013* (Washington, D.C.: The World Bank, 2013), pp. 18-21.

ทำขึ้นกับนักลงทุนเพื่อตอบสนองต่อนโยบายในการพัฒนาปิโตรเลียมของรัฐ⁴ สัญญาดังกล่าวจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อนักลงทุนต่างชาติเนื่องจากเป็นสัญญาที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และส่วนแบ่งรายได้ระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ความจำเป็นของนักลงทุนที่จะต้องเข้าทำสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุนในกรณีนี้ทำให้นักลงทุนต้องเผชิญกับความเสี่ยงจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

2. ความเสี่ยงของนักลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

การลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรทางการเงินในจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในทะเลเขตนํ้าลึกที่มีสภาพแวดล้อมที่เป็นอุปสรรค การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจึงต้องการอุปกรณ์และเทคโนโลยีที่มีราคาสูง⁵ โดยค่าใช้จ่ายในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมนั้นขึ้นอยู่กับพื้นที่แหล่งทรัพยากรธรรมชาติว่าเอื้ออำนวยต่อการสำรวจและผลิตแค่ไหน มีอุปสรรคทางด้านธรณีวิทยาหรือธรณีฟิสิกส์ที่ส่งผลกระทบต่อการค้นหาและพัฒนาปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์อย่างไร ทรัพยากรปิโตรเลียมมีจำนวนเท่าไร และมีคุณภาพแค่ไหน การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมยังต้องว่าจ้างบุคลากรที่มีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษเพื่อดำเนินการในกิจกรรมสำรวจและผลิตในขั้นตอนต่าง ๆ⁶ นอกจากนี้การลงทุนในการสำรวจนั้นใช้ระยะเวลานานโดยอยู่ในช่วงระยะเวลาระหว่างเจ็ดถึงสิบปี ส่วนระยะเวลาในการผลิตนั้นขึ้นอยู่กับแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมที่ค้นพบว่าเป็นแหล่งขนาดใหญ่หรือแหล่งขนาดเล็กโดยช่วงระยะเวลาการผลิตอาจยาวนานถึงสิบห้าถึงสามสิบปี⁷ ในการสำรวจปิโตรเลียม นักลงทุนมีโอกาสประสบ

⁴Peter Robert, *Petroleum Contracts: English Law and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 37.

⁵Mustafa Erkan, *International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses* (AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011), pp. 21-22.

⁶Silva Tordo, David Johnston and Daniel Johnston, *Petroleum Exploration and Production Rights: Allocation Strategies and Design Issues* (Washington, D.C.: The World Bank, 2010), pp. 2, 5-6.

⁷Claude Duval et al, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects* 2nd edition (New York: Barrows, 2009), p. 127.

ความสำเร็จในการค้นหาปิโตรเลียมในอัตราที่ต่ำโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสำรวจในเขตทะเลน้ำลึก⁸ นอกจากนี้การลงทุนดังกล่าวจะไม่สามารถสร้างผลตอบแทนให้กับนักลงทุนจนกว่านักลงทุนจะสามารถค้นหาและผลิตปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้สำเร็จซึ่งระยะเวลาดังกล่าวอาจยาวนานถึงสิบปี⁹ ราคาน้ำมันที่ผันผวนตามกระแสเศรษฐกิจโลกและสถานการณ์ทางการเมืองระหว่างประเทศยังเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญอีกประการหนึ่งต่อการทำกำไรของการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

จากการวิเคราะห์ถึงลักษณะของการลงทุนในธุรกิจปิโตรเลียม สังเกตได้ว่านักลงทุนจะต้องเผชิญกับความเสี่ยงในหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงทางการเงินที่จะต้องลงทุนในจำนวนมหาศาลและใช้ระยะเวลายาวนานจนกว่าการลงทุนจะให้ผลตอบแทน ความเสี่ยงในการค้นหาปิโตรเลียมที่ไม่สามารถรับประกันได้ว่าการขุดเจาะแหล่งปิโตรเลียมในแต่ละครั้งจะสามารถผลิตปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้สำเร็จ และความเสี่ยงของสถานะเศรษฐกิจโลกที่มีผลต่อราคาน้ำมันที่อาจขึ้นลงอย่างผันผวนซึ่งส่งผลกระทบต่อรายได้ในการขายหรือจำหน่ายผลผลิตปิโตรเลียมของนักลงทุน

อีกประการหนึ่ง ในการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม นักลงทุนจะต้องเผชิญกับความเสี่ยงจากการที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมกำกับ (right to regulate)¹⁰ อย่างเข้มงวดมากกว่าการลงทุนในด้านอื่น ๆ เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้างทั้งทางด้านเศรษฐกิจในแง่ของการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อก่อให้เกิดเป็นรายได้เข้าสู่ภาครัฐและรัฐนำรายได้นั้นไปใช้เพื่อพัฒนาประเทศในด้านอื่น ๆ ต่อไป ส่งผลทางด้านความมั่นคงทางพลังงานในแง่ของการนำผลผลิตปิโตรเลียมมาสนับสนุนความต้องการการใช้พลังงานภายในประเทศเพื่อลดการนำเข้าพลังงานจากต่างประเทศ ส่งผลทางด้านสิ่งแวดล้อมเนื่องจากกิจกรรมการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมมีแนวโน้มสูงที่จะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยรอบไม่ว่า

⁸UNCTAD, *World Investment Report: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development* 2007, 92; C R K Moore, "Perspectives on the Valuation of Upstream Oil and Gas Interests: an Overview," *Journal of World Energy Law & Business* 2, 1 (February 2009): 24-42.

⁹Daniel Johnston, *International Petroleum Fiscal System and Production Sharing Contracts* (Oklahoma: Penn Well, 1994), p. 143.

¹⁰Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (New York: Kluwer Law International, 2009), p. 321.

จะเป็นการรั่วไหลของน้ำมันที่อาจเกิดขึ้นจากการขุดเจาะหรือขนส่งปิโตรเลียม หรือผลกระทบจากการละทิ้งสิ่งติดตั้งอุปกรณ์การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในทะเล

รัฐจึงมีหน้าที่ควบคุมกำกับการลงทุนดังกล่าวอย่างเข้มงวดเพื่อตอบสนองต่อนโยบายที่รัฐได้วางแนวทางเอาไว้¹¹ ซึ่งการควบคุมกำกับนั้นอาจเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของนักลงทุนภายใต้สัญญาสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและอาจส่งผลกระทบต่อผลกำไรที่นักลงทุนจะได้รับจากการลงทุน ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนในการควบคุมกำกับธุรกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอย่างเข้มงวดของรัฐคือก่อนการเริ่มต้นดำเนินกิจกรรมใด ๆ เกี่ยวกับการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม นักลงทุนจะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมกำกับจึงจะสามารถดำเนินการในกิจกรรมดังกล่าวได้ การดำเนินการโดยที่ไม่ได้รับการอนุมัติอาจส่งผลให้เจ้าหน้าที่อาจใช้อำนาจอธิปไตยในทางปกครองเพื่อเพิกถอนสัญญาดังกล่าว ซึ่งอำนาจในการควบคุมกำกับนี้แทรกซึมไปทุกขั้นตอนตั้งแต่ก่อนเริ่มทำการสำรวจจนถึงขั้นตอนสุดท้ายในการรื้อถอนสิ่งติดตั้งการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

นอกจากนี้ การลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมยังมีความอ่อนไหวอย่างสูงต่อนโยบายทางการเมืองของรัฐบาล เนื่องจากทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นสมบัติส่วนรวมของประชาชนและส่งผลกระทบโดยตรงต่อความเป็นอยู่ของประชาชนในแต่ละวันอย่างเห็นได้ชัด รวมไปถึงเป็นปัจจัยพื้นฐานในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศ¹² การลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติในธุรกิจนี้จึงได้รับความสนใจจากสาธารณชนเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีรายได้หลักจากการจัดเก็บภาษีหรือค่าภาคหลวงจากการพัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียมของนักลงทุนต่างชาติ¹³ นโยบายของรัฐบาลในการเปิดรับนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาพัฒนาและแสวงหากำไรจากทรัพยากรปิโตรเลียมอาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ทางการเมืองของรัฐบาลในประเทศนั้น ฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นนักการเมือง ประชาชนทั่วไป หรือองค์กรอิสระนอกภาครัฐอาจหยิบยกนโยบายในการพัฒนาปิโตรเลียมของรัฐบาลมาเป็นเครื่องมือทางการเมืองในการโจมตีรัฐบาลนั้น กลุ่มบุคคลเหล่านี้อาจมีทัศนคติในแง่ลบกับการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติและอาจกดดันหรือจู่โจมรัฐบาลในการ

¹¹William T. Onorato and Jay Park, "World Petroleum Legislation: Frameworks That Foster Oil and Gas Development," *Alberta Law Review* 39, 1 (January 2001): 70, 73-74.

¹²United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development* (Geneva: United Nations Publication, 2007), p. 92.

¹³Erkan, op. cit., p. 29.

กำหนดนโยบายต่าง ๆ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตน หรือรัฐบาลเองที่ใช้นโยบายในการพัฒนาปิโตรเลียมเพื่อเป็นเครื่องมือทางการเมืองในการรักษาอำนาจหรือเพิ่มฐานคะแนนเสียงจากประชาชน จึงมีความเสี่ยงสูงที่นักลงทุนจะได้รับผลกระทบจากการที่รัฐใช้นโยบายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียมมาเป็นเครื่องมือทางการเมือง ยกตัวอย่างเช่นรัฐอาจใช้อำนาจอุปถัมภ์ในการเวนคืนทรัพย์สินหรือเพิกถอนสัญญาการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของนักลงทุนเพื่อแสดงออกในเชิงสัญลักษณ์ว่ารัฐบาลยึดถือความเป็นชาตินิยมและมีนโยบายที่ไม่ต้องการให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาแสวงหากำไรจากทรัพยากรปิโตรเลียม (Resource Nationalism)¹⁴ ที่เป็นสมบัติส่วนร่วมของคนในชาติอีกต่อไป

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าอายุของการลงทุนในธุรกิจนี้อาจมีระยะเวลายาวนานระหว่างสามสิบถึงสี่สิบปี แต่อายุการบริหารงานของรัฐบาลในแต่ละชุดอาจมีวาระเพียงแค่สี่ถึงห้าปีหรือน้อยกว่านั้นในกรณีที่มีการยุบสภา การรัฐประหาร หรือการปฏิวัติ ทิศนคติต่อนักลงทุนต่างชาติของรัฐบาลในอดีตที่มีการเปิดรับนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาพัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียมอาจขัดแย้งกับนโยบายทางการเมืองของรัฐบาลในชุดปัจจุบันที่ยึดหลักความเป็นชาตินิยมและกีดกันการลงทุนจากต่างประเทศ นักลงทุนจึงต้องเผชิญกับความเสี่ยงทางการเมืองอย่างต่อเนื่องตลอดอายุการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนในประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงของคณะผู้บริหารประเทศอยู่บ่อยครั้ง

โดยสรุป ลักษณะของการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเป็นการลงทุนในระยะยาว ใช้เงินลงทุนสูง การลงทุนใช้เวลานานกว่าจะให้ผลตอบแทน โอกาสประสบความสำเร็จมีอัตราที่ต่ำ กอปรกับการควบคุมกำกับโดยภาครัฐอย่างเข้มงวด และมีความอ่อนไหวอย่างสูงจากนโยบายทางการเมือง ลักษณะเหล่านี้จึงจูงใจให้รัฐใช้อำนาจอุปถัมภ์เพื่อฉกฉวย (opportunistic behavior) ความสำเร็จของนักลงทุนที่สามารถผลิตปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์และสามารถสร้างผลตอบแทนจากการลงทุนที่มีความเสี่ยงสูง¹⁵ การใช้อำนาจของรัฐเพื่อเปลี่ยนแปลงสิทธิภายใต้สัญญาของนักลงทุน จึงอาจส่งผลกระทบต่อผลตอบแทนหรือผลกำไรที่นักลงทุนคาดการณ์ว่าจะได้รับจากการลงทุน

¹⁴Robert Buchanan and Syed T. Anwar, "Resource Nationalism and the Changing Business Model for Global Oil," *Journal of World Investment and Trade* 10, 2 (January 2009): 241.

¹⁵Peter Osmunden, "Time Consistency in Petroleum Taxation: Lessons from Norway" in *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*, Philip Daniel, Michael Keen and Charles Mcpherson (eds) (New York: Routledge, 2010), pp. 425, 427.

3. ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา

จากการที่นักลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่รัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยในการเปลี่ยนแปลงสิทธิภายใต้สัญญา นักลงทุนจึงใช้เครื่องมือในทางกฎหมายเพื่อเข้ามาจัดการความเสี่ยงในการลงทุนดังกล่าว ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา¹⁶ เป็นเครื่องมือในทางกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่นิยมนำมาใช้โดยนักลงทุนต่างชาติในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม¹⁷

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาสามารถจำแนกอย่างคร่าว ๆ ได้เป็นสองประเภท ในประเภทแรกคือข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางกฎหมาย (legal stabilization clause) โดยข้อสัญญาประเภทนี้กำหนดให้รัฐไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อเปลี่ยนแปลงสิทธิทางสัญญาของนักลงทุนโดยการเปลี่ยนกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาการลงทุน หรือกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายนั้นจะไม่สามารถมีผลนำมาบังคับใช้กับสัญญาการลงทุน ส่วนในประเภทที่สองคือข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางการเงิน (economic stabilization clause) โดยข้อสัญญาประเภทนี้กำหนดให้รัฐชดเชยค่าเสียหายคืนแก่นักลงทุนในกรณีการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐส่งผลเสียหายต่อสถานะทางการเงินของนักลงทุน หรือกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเจรจาเพื่อหาทางทำให้สถานะทางการเงินของนักลงทุนหวนกลับคืนสู่สภาพเดิมเหมือนก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงสิทธิภายใต้สัญญาของนักลงทุน¹⁸

¹⁶ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 242.

¹⁷ นอกจากข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา นักลงทุนยังสามารถจัดการความเสี่ยงผ่านเครื่องมือทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุน ยกตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีการลงทุนระหว่างประเทศ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และสัญญาประกันภัยการลงทุน โปรดดูรายละเอียดใน Paul E. Cameaux and Stephan Kinsella, "Reducing Political Risks in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance," *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 15, 1 (January 1994): 1.

¹⁸ AFM Maniruzzaman, "The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends," *Journal of World Energy Law & Business* 1, 2 (July 2008): 121, 122-137.

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างข้อสัญญาทั้งสองประเภทคือ ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางกฎหมายจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยตรง แต่ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางการเงินมิได้จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยแต่อย่างใดแต่กลับกำหนดหน้าที่ให้รัฐชดใช้ค่าเสียหายแก่นักลงทุนในกรณีที่ใช้ อำนาจนั้นเกิดผลเสียหายแก่นักลงทุน¹⁹ ข้อสัญญาประเภทแรกมุ่งเน้นความสำคัญต่อความมั่นคงของกฎหมาย แต่ข้อสัญญาประเภทสองมุ่งเน้นความสำคัญต่อความมั่นคงของสถานะทางการเงินของนักลงทุน²⁰ ถึงแม้จะมีความแตกต่างระหว่างข้อสัญญาทั้งสองแบบ แต่ข้อสัญญาทั้งสองแบบนี้ก็ต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกันที่จะคุ้มครองนักลงทุนจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ภายใต้สัญญาของนักลงทุน ความคุ้มครองดังกล่าวจึงสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนว่าการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจะไม่ได้รับความเสียหายจากการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายและกฎหมายของรัฐบาล

นอกจากนี้ ไม่ใช่มีเพียงนักลงทุนเท่านั้นที่มีความประสงค์ที่จะนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้เพื่อคุ้มครองการลงทุน แต่รัฐผู้รับการลงทุนเองก็มีความประสงค์ที่จะใช้ข้อสัญญาดังกล่าวเพื่อดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศตัวเองด้วยเช่นกัน²¹ จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรทางการเงินจำนวนมาก ทรัพยากรบุคคลที่มีคุณภาพ และอุปกรณ์เทคโนโลยีที่มีความทันสมัย รัฐผู้รับการลงทุนยังขาดแคลนทรัพยากรเหล่านี้จึงไม่สามารถพัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียมด้วยตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐจึงยังต้องพึ่งพานักลงทุนต่างชาติที่มีความพร้อมมากกว่าทั้งทางด้านทรัพยากรทางการเงิน บุคลากรผู้มีความรู้ความชำนาญและอุปกรณ์เทคโนโลยีที่ทันสมัยให้เข้ามาช่วยพัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียม ก่อนที่นักลงทุนจะตัดสินใจเข้าไปลงทุนในประเทศใดนั้น นักลงทุนจะต้องทำการวิเคราะห์ว่ามีความเสี่ยงใดบ้างที่นักลงทุนจะต้องเผชิญ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเป็นการลงทุนที่มีความเสี่ยงสูง เนื่องจากใช้เงินลงทุนสูง โอกาสประสบความสำเร็จต่ำ ใช้ระยะเวลานานกว่าการลงทุนจะให้ผลตอบแทน ผิดกับเป็นการลงทุนที่มีความอ่อนไหวต่อนโยบายทางการเมืองอย่างมาก ปัจจัยเหล่านี้อาจมีผลทำให้นัก

¹⁹ Ibid., pp. 126-127.

²⁰ Thomas Wälde and George Ndi, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation," *Texas International Law Journal* 31 (1996): 215, 261-264.

²¹ Abdullah Faruque, "Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Functional Value," *Journal of International Arbitration* 23, 4 (August 2006): 317, 322.

ลงทุนไม่มีความเชื่อมั่นว่าการลงทุนจะให้ผลตอบแทนและสร้างรายได้ให้กับนักลงทุน ฉะนั้นการที่รัฐให้คำมั่นว่าจะไม่ใช้อำนาจอธิปไตยที่เป็นการทำให้นักลงทุนเสียหายย่อมส่งผลในทางที่ดีต่อการตัดสินใจของนักลงทุนที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศนั้น

ถึงแม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติจะนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้อย่างแพร่หลาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจะมีการนำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้เพื่อคุ้มครองและดึงดูดนักลงทุนในทุกประเทศแต่อย่างใด ประเทศที่มีแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมในจำนวนมากและมีสภาพแวดล้อมทางภูมิศาสตร์และทางธรณีวิทยาที่เอื้ออำนวยต่อการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้เพื่อดึงดูดนักลงทุน เนื่องจากการลงทุนในประเทศดังกล่าว นักลงทุนมีโอกาสมากที่จะประสบความสำเร็จในการค้นพบและผลิตปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ แหล่งทรัพยากรดังกล่าวจึงมีศักยภาพในการดึงดูดนักลงทุนด้วยตัวของมันเอง²² ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศเหล่านี้จะมีแหล่งทรัพยากรที่เอื้ออำนวยต่อการลงทุน แต่ถ้าประเทศนั้นมีสถานการณ์ทางการเมืองที่ไม่มั่นคง มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนอยู่บ่อยครั้ง หรือมีประวัติในการใช้อำนาจอธิปไตยที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิทางสัญญาของนักลงทุนต่างชาติอย่างสม่ำเสมอ นักลงทุนก็อาจตัดสินใจที่จะไม่ลงทุนในประเทศที่มีอัตราความเสี่ยงทางการเมืองสูง แม้ว่าประเทศนั้นจะมีความเสี่ยงในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในอัตราที่ต่ำก็ตาม²³ ฉะนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่ประเทศที่มีทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นจำนวนมากอาจยังคงต้องพึ่งพาข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ

ในประเทศที่เคารพต่อสิทธิในการถือครองทรัพย์สินหรือเคารพต่อสิทธิทางสัญญาของนักลงทุนต่างชาติอย่างเคร่งครัด ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาก็ได้มีความจำเป็นในการนำมาใช้เพื่อดึงดูดนักลงทุนแต่อย่างใด เนื่องจากนักลงทุนมีความเชื่อมั่นว่ารัฐจะไม่ใช้อำนาจอธิปไตย

²²Philip Daniel and Emil M. Sunley, "Contractual Assurances of Fiscal Stability," in **The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice**, Philip Daniel, Michael Keen and Charles Mcpherson (eds) (New York: Routledge, 2010), p. 405.

²³ยกตัวอย่างเช่นประเทศในแถบละตินอเมริกาที่มีทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นจำนวนมากแต่มีความเสี่ยงทางการเมืองสูง ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจึงสามารถพบเห็นได้ในสัญญาการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมระหว่างประเทศในแถบนี้กับนักลงทุนต่างชาติ โปรดดูรายละเอียดใน Peter D. Cameron, **International Energy Investment Law: the Pursuit of Stability** (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 233-253; Elisabeth Eljuri and Clovis Trevino, "Energy Investment Disputes in Latin America: The Pursuit of Stability," **Berkeley Journal of International Law** 33, 2 (2015): 306, 337-346.

ที่ส่งผลอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สินหรือสิทธิภายใต้สัญญาของนักลงทุน ประเทศที่ยึดถือหลักนิติธรรม จะมีการประกันสิทธิในทางทรัพย์สินหรือสัญญาของนักลงทุนต่างชาติอย่างเคร่งครัด²⁴ การเปลี่ยนแปลงสิทธิภายใต้สัญญาโดยการใช้อำนาจอธิปไตยจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีความจำเป็นในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงผลเสียที่นักลงทุนจะได้รับ ถ้านักลงทุนเป็นผู้เสียหายอย่างร้ายแรงจากการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวของรัฐ รัฐก็จะต้องมี มาตรการเพื่อเยียวยานักลงทุนเพื่อชดใช้ต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับทรัพย์สินและสิทธิภายใต้ สัญญาของนักลงทุนฉะนั้นประเทศที่เคารพต่อสิทธิในทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุนต่างชาติจึงมี อัตราความเสี่ยงทางการเมืองที่ต่ำ ถึงแม้ว่าประเทศเหล่านี้จะไม่ได้มีทรัพยากรปิโตรเลียมในจำนวน มากและไม่ได้มีสภาพทางภูมิศาสตร์และธรณีวิทยาที่เอื้ออำนวยต่อการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ก็ตาม แต่ประเทศเหล่านี้ก็อาจจะสามารถดึงดูดนักลงทุนโดยไม่ต้องพึ่งพาข้อสัญญาเพื่อความมั่นคง แห่งสัญญาแต่อย่างใด

ฉะนั้นข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจึงเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในประเทศที่ไม่ได้มี ทรัพยากรปิโตรเลียมในจำนวนมาก ไม่ได้มีสภาพทางสภาพทางภูมิศาสตร์และธรณีวิทยา ที่เอื้ออำนวยต่อการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม²⁵ และเป็นประเทศที่ไม่มีเสถียรภาพทางการเมือง มีการเปลี่ยนแปลงของคณะผู้บริหารอยู่บ่อยครั้ง มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายและกฎหมายที่ส่งผล กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุนต่างชาติอย่างสม่ำเสมอ มีประวัติในการใช้ อำนาจอธิปไตยเพื่อมุ่งหวังต่อผลประโยชน์ทางการเมือง มีการยึดถือแนวคิดชาตินิยมที่ส่งผลต่อ ทศนคติในแง่ลบนักลงทุนต่างชาติและส่งผลกระทบต่อนโยบายที่เกี่ยวกับการลงทุน และมีการควบคุม กำกับที่ไม่ได้คำนึงถึงผลเสียต่อนักลงทุน ฉะนั้นนักลงทุนจึงพิจารณาว่าการลงทุนในประเทศเหล่านี้ จะมีอัตราความเสี่ยงสูงทั้งในแง่ของความเสี่ยงที่จะล้มเหลวในการค้นพบปิโตรเลียมเชิงพาณิชย์และ ความเสี่ยงทางการเมืองที่รัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อมุ่งหวังต่อทรัพย์สินและสิทธิภายใต้สัญญา ของนักลงทุน ประเทศเหล่านี้จึงไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะดึงดูดนักลงทุนและอาจเสียโอกาสที่จะ พัฒนาทรัพยากรปิโตรเลียมที่มีอยู่อย่างจำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ การนำข้อสัญญาเพื่อ

²⁴Thomas Wälde, "Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries: Industry and Political Cycles Meet the Rule of Law," *Journal of World Energy Law & Business* 1, 1 (May 2008): 55, 59.

²⁵Alvaro Pereira, "Legal Stability Contracts in Colombia: An Appropriate Incentive for Investments?," *Richmond Journal of Global Law and Business* 12, 2 (April 2013): 237, 250.

ความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้ในประเทศเหล่านี้จึงอาจสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนและอาจดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมได้มากขึ้น²⁶

4. ผลกระทบต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ

การที่รัฐใช้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาตินั้นต้องแลกเปลี่ยนกับการที่รัฐถูกจำกัดสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างอิสระ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงถูกพิเคราะห์จากนักกฎหมายบางส่วน²⁷ ว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resources)²⁸ โดยหลักดังกล่าวเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนในการออกมาตรการต่าง ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อนักลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้หลักดังกล่าวรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเปลี่ยนแปลงข้อผูกมัดที่รัฐได้ทำขึ้นกับนักลงทุน การสละอำนาจอธิปไตยโดยการที่รัฐเข้าทำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจึงขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยอย่างถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และส่งผลให้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาไม่มีความสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ²⁹

²⁶ Arghyrios A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors* (New York: Columbia University Press, 1962), pp. 62-65.

²⁷ Muthucumaraswamy Sornarajah, "The Myth of International Contract Law," *Journal of World Trade Law* 15, 3 (June 1981): 187; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 510, 550; Timothy B. Hansen, "The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements," *Virginia Journal of International Law* 28 (1987-1988): 1015, 1025.

²⁸ UN GA Resolution No. 1803 XVII, Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources (14 December 1962); UN GA Resolution No. 3281 XXIX, (12 December 1974), The Charter of Economic Rights and Duties of States (CERDs).

²⁹ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 282.

ในทางตรงกันข้าม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ³⁰ และความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่³¹ พิจารณาว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามีความสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอนุญาโตตุลาการและนักกฎหมายกลุ่มนี้อ้างอิงถึงความสำคัญของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (sanctity of contract)³² หรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)³³ ที่เป็นพลวัตรขับเคลื่อนเศรษฐกิจการค้าการลงทุนข้ามพรมแดน การจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยการเข้าทำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญากับนักลงทุนนั้น มิได้เป็นการสละอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยโดยวิธีการดังกล่าวเป็นการยืนยันถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐในการที่รัฐจะผูกมัดตนเองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ³⁴ การไม่เคารพต่อความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาย่อมส่งผลกระทบต่อให้ข้อผูกมัดใด ๆ ที่รัฐได้ทำขึ้นกับนักลงทุนไม่สามารถใช้บังคับกับรัฐได้ ซึ่งส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศขาดเสถียรภาพและทำให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นในการลงทุน รัฐจึงควรรับผิดชอบในกรณีที่ไม่สามารถทำตามข้อผูกพันที่ตนเองได้ทำไว้กับนักลงทุนต่างชาติ รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยได้ตาม

³⁰ *LIAMCO v the Government of the Libyan Arab Republic*, 20 (1981) *ILM*, 1; *Texaco Overseas Petroleum Co./ California Asiatic Oil Co. v. Government of the Libyan Arab Republic*, 17 Jan 1977, 17 (1978) *ILM*, 1; *The American Independent Oil Company (Aminoil) v. The Government of the State of Kuwait*, 24 March 1982, 21 (1982) *ILM*, 976; *AGIP Company v. Popular Republic of Congo*, 30 November 1979, 21 (1982) *ILM*, 726; *Revere Copper and Brass v. Overseas Private Investment Corporation*, 24 August 1978, 17 (1978) *ILM*, 1321; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability 28 April 2011.

³¹ Jan Paulsson, "The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners," *Journal of International Disputes Settlement* 1, 2 (August 2010): 341, 343; Wälde and Ndi, op cit., 243; Leo T. Kissam and Edmond K. Leach, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts," *Fordham Law Review* 28, 2 (June 1959): 177, 204.

³² Thomas Wälde and Abba Kolo, "Renegotiation and Contract Adaption in International Investment Projects," *Journal of World Investment and Trade* 1, 1 (January, 2000): 5, 7.

³³ Han Wehberg, "Pacta Sunt Servanda," *American Journal of International Law* 53, 4 (October 1959): 775, 786.

³⁴ Paulsson, op. cit., p. 343.

อำเภोजิตโดยปราศจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจึงควรต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิทธิในทางสัญญาของนักลงทุนจากการใช้อำนาจดังกล่าว

ฉะนั้นถ้าอ้างอิงจากความเห็นส่วนใหญ่และจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รัฐที่ไม่สามารถทำตามข้อผูกมัดที่ตนที่ได้ให้ไว้กับนักลงทุนภายใต้สัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจอธิปไตยที่ส่งผลเสียต่อสิทธิหรือรายได้ของนักลงทุนภายใต้สัญญาการลงทุนที่ได้ทำขึ้นกับรัฐผู้รับการลงทุน

ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาถูกพิเคราะห์จากความเห็นส่วนใหญ่ว่ามีความสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ก็มิได้หมายความว่าข้อสัญญาดังกล่าวสามารถให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้ในทุกกรณี ในปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อนโยบายในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน³⁵ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ควบคุมกำกับการลงทุนเพื่อมิให้ส่งผลกระทบเสียหายต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อม นักกฎหมายระหว่างประเทศ³⁶ จึงมีความเห็นไปถึงแม้รัฐจะใช้อำนาจอธิปไตยที่ขัดต่อข้อผูกพันภายใต้สัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจนส่งผลกระทบต่อการลงทุน แต่รัฐก็ไม่ควรที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าวถ้าการใช้อำนาจของรัฐนั้นกระทำไปเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม³⁷ ยกตัวอย่างเช่น รัฐออก

³⁵ Lorenzo Cotula, "Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Towards a Rethink of Stabilization Clauses," *Journal of World Energy Law & Business* 1, 2 (July 2008): 158, 168-170; Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights* (Geneva: International Finance Corporation and World Bank Group, March, 2008), p. 10; Lorenzo Cotula and Kyla Tienhaara, "Reconfiguring Investment Contracts to Promote Sustainable Development," in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*, Karl P. Sauvant (ed) (Oxford: OUP 2013), pp. 282, 297-308.

³⁶ Cotula, op. cit., 172-178; Audley Sheppard and Antony Crockett, "Are Stabilization Clause a Threat to Sustainable Development?," in *Sustainable Development in World Investment Law*, Marie-Claire C. Segger, Markus W. Gehring and Andrew Newcombe (eds), (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011), pp. 334, 348-350.

³⁷ ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะไม่ต้องรับผิดชอบตามข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา แต่ถ้าการใช้อำนาจควบคุมกำกับนั้นส่งผลเสียแก่นักลงทุนแบบเดียวกันกับการเวนคืนทรัพย์สิน รัฐก็จะต้องรับผิดชอบต่อการใช้อำนาจควบคุมกำกับดังกล่าวภายใต้หลักการเวนคืนทรัพย์สินของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการใช้อำนาจ

กฎหมายสิ่งแวดล้อมฉบับใหม่ที่กำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้กับนักลงทุนต่างชาติต้องทำการประเมินความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมก่อนที่จะสามารถลงมือดำเนินการสำรวจปิโตรเลียมในทะเล การเพิ่มเติมหน้าที่ดังกล่าวเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิภายใต้สัญญาของนักลงทุนที่จะต้องมีการจ่ายเพิ่มเติมในการสำรวจปิโตรเลียม การออกกฎหมายดังกล่าวของรัฐจึงเป็นการกระทำที่ผิดต่อข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงของสัญญาที่เปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ภายใต้สัญญาการลงทุน แต่ทว่าความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายจากการที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมกำกับเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนได้ในกรณีนี้

ข้อยกเว้นที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวทำให้เกิดความไม่แน่นอนต่อขอบเขตความคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา เนื่องจากรัฐอาจหยิบยกข้อยกเว้นดังกล่าวมาเป็นข้ออ้างที่ตนจะไม่ต้องรับผิดชอบจากการใช้อำนาจอธิปไตยที่มุ่งหวังต่อทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุน ยกตัวอย่างเช่น รัฐออกมาตรการเพื่อเพิกถอนสัญญาสัมปทานการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของนักลงทุนโดยอ้างว่าการลงทุนส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง ซึ่งความเป็นจริงนั้นการลงทุนดังกล่าวอาจไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด แต่รัฐมีวัตถุประสงค์หลักที่จะแทรกแซงการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ มาตรการดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่เสมือนเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะแต่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการออกมาตรการดังกล่าวคือการใช้มาตรการเพื่อเป็นการขับไล่นักลงทุนให้ออกจากการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียม รัฐสามารถบิดเบือนวัตถุประสงค์ที่เป็นเจตนาภายในโดยการปรุงแต่งการกระทำภายนอก³⁸ ซึ่งกรณีนี้เกิดขึ้นในประเทศรัสเซียที่ต้องการได้รับส่วนแบ่งที่มากขึ้นจากการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยรัฐบาล

ควบคุมกำกับดังกล่าวเปรียบเสมือนการเวนคืนทรัพย์สินโดยอ้อม โปรดดูรายละเอียดใน Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, **Principle of International Investment Law**, 2nd edition (Oxford: Oxford University Press), pp. 101-118.

³⁸Thomas Wälde and Abba Kolo, “Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law,” **International and Comparative Law Quarterly** 50, 4 (October, 2001): 811, 820.

รัสเซียใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมบีบบังคับให้นักลงทุนปรับเปลี่ยนโครงสร้างการลงทุนเพื่อให้บริษัทน้ำมันแห่งชาติของตนเข้าร่วมถือหุ้นกับนักลงทุนต่างชาติ³⁹

ฉะนั้นในการพิจารณาว่ารัฐควรจะได้รับยกเว้นที่จะไม่ต้องรับผิดชอบจากการใช้อำนาจอธิปไตยที่ขัดต่อข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาหรือไม่นั้น การพิจารณาไม่ควรจะมุ่งเน้นแค่รูปแบบหรือประเภทของมาตรการของรัฐเท่านั้นแต่ควรพิจารณาไปถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงเบื้องหลังการใช้มาตรการดังกล่าวว่าเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมหรือเพื่อมุ่งหวังต่อทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งการพิจารณาที่เจตนาภายในนั้นเป็นสิ่งที่มีความยากลำบากต่อนักกฎหมายเป็นอย่างยิ่งและส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนต่อขอบเขตความคุ้มครองที่นักลงทุนจะได้รับจากข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา

5. ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในสัญญาสัมปทานของประเทศไทย

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาได้ปรากฏอยู่ใน ข้อ 12 ของกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานปี พ.ศ. 2555 แม้ว่าข้อ 12 ของกฎกระทรวงดังกล่าวใช้คำศัพท์ว่า ‘การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน’ (Observance of Fundamental Provisions) และไม่ได้มีคำว่า ‘ความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา’ หรือ ‘ความมั่นคงแห่งสัญญา’ (sanctity of contract or stability of contract) ปรากฏอย่างชัดเจนเหมือนกับรูปแบบทั่วไปของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ปรับใช้ในประเทศอื่น ๆ ก็ตาม⁴⁰ แต่หากพิจารณาให้ลึกลงไปถึงในสาระัตถะของข้อ 12 ตามกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานดังกล่าว ก็สามารถบ่งบอกถึงลักษณะทางกฎหมายที่มีใจความสำคัญว่าเป็นการให้คำมั่นของรัฐบาลไทยที่จะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ ประโยชน์และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ซึ่งการให้คำมั่นของรัฐบาลไทยในข้อ 12 ของกฎกระทรวงในกรณีนี้ สามารถถูกจัดให้อยู่ในประเภทของการให้คำมั่นภายใต้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางกฎหมาย⁴¹

³⁹David M. Ong, “Transnational Investment Law and Environmental Protection: Russian State Intervention in the Sakhalin II Project-The Empire Strikes Back,” *Netherlands International Law Review* 58, 1 (June 2011): 1, 22.

⁴⁰โปรดดูเชิงอรรถที่ 18-23 ประกอบ.

⁴¹สำหรับประเภทของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา โปรดดูเชิงอรรถที่ 18 ประกอบ.

นอกจากนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวยังได้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองไว้ถึงเก้าประเภท⁴² ความคุ้มครองที่นักลงทุนพิจารณาว่ามีความสำคัญต่อการลงทุนของตนมากที่สุด คือ ความคุ้มครองตามข้อ 12 (ซ) ที่รัฐบาลไทยได้ให้คำมั่นไว้ว่ากลไกทางการเงินที่กำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมระหว่างรัฐบาลไทยและนักลงทุนผู้รับสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้นั้น จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงโดยการใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทย⁴³ การให้คำมั่นเกี่ยวกับกลไกทางการเงินในกรณีนี้ คือ “ความมั่นคงทางการเงิน” (fiscal stabilization) ที่นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองในกรณีที่ต้นคั่นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์และสามารถพัฒนาแปลงปิโตรเลียมให้สามารถสร้างผลกำไรตอบแทนได้สำเร็จ สังเกตได้ว่าข้อ 12 ของกฎกระทรวงข้างต้นกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาไว้เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม สิทธิในการจำหน่ายผลผลิตปิโตรเลียม รวมไปถึงส่วนแบ่งกลไกทางการเงินระหว่างรัฐและนักลงทุน แต่ข้อ 12 ของกฎกระทรวงมิได้ห้ามให้รัฐบาลไทยใช้อำนาจอธิปไตยในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน ดังนั้นรัฐบาลไทยจึงยังสามารถใช้อำนาจควบคุมกำกับที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้รับสัมปทาน

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของความคุ้มครองเพิ่มเติมหากรัฐบาลไทยออกมาตรการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยที่มาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่ออาณาเขต

⁴² ความคุ้มครองทั้งเก้าประเภทยัง ได้แก่ (ก) การใช้ที่ดินที่เป็นแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตเพื่อการประกอบกิจการปิโตรเลียม รวมทั้งการใช้ที่ดินนอกแปลงสำรวจหรือพื้นที่ผลิตในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม (ข) การนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์และวัสดุอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักร (ค) การคืนพื้นที่ (ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ (จ) การกำหนดและประกาศราคาปิโตรเลียม (ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก (ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ (ซ) การเสียค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้ตลอดจนการคำนวณ ค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้.

⁴³ หากเทียบเคียงกันกับประเทศในแถบเพื่อนบ้านเช่น เวียดนาม กัมพูชาและเมียนมาร์ ประเทศเหล่านี้ต่างนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้เพื่อคุ้มครองและดึงดูดการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของตนเช่นกัน โปรดดู Article 30.6 of Vietnam Model Production Sharing Contract 2005; Article 21.2 and 21.3 of Cambodian Draft Production Sharing Contract 2004; Side Letter No. 2/23/92 (1620) of the Production Sharing Contract between Myanmar Oil and Gas Enterprise and Total Myanmar Exploration and Production 9th July 1992; Article 27.7 of Myanmar Model Production Sharing Contract for the Exploration and Production of Petroleum for Onshore Block.

ในแปลงสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของนักลงทุน มาตรการดังกล่าวจะสามารถถูกพิเคราะห์ได้ว่าเป็น มาตรการที่ขัดกับคำมั่นที่รัฐบาลไทยได้ให้ไว้ภายใต้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาหรือไม่ เนื่องจากรัฐบาลได้ให้คำมั่นไว้กับนักลงทุนตามข้อ 12 (ก) ว่าสิทธิในที่ดินของนักลงทุนที่ใช้ในการ ดำเนินกิจกรรมทางการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง หากอ้างอิงจากแนวคิดใน การตีความของนักวิชาการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาไม่สามารถ ค้ำครองนักลงทุนในกรณีที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมกำกับการลงทุนที่มุ่งต่อประโยชน์ สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน ในกรณีนี้ ถึงแม้ว่า นักลงทุนจะได้รับความเสียหายจากการควบคุมกำกับ แต่ประเทศไทยอาจจะไม่ต้องรับผิดชอบจากการ ควบคุมกำกับดังกล่าวที่ขัดต่อข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ขอบเขต ความคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญานั้นไม่สามารถก้าวล้ำขอบเขตการใช้อำนาจ อธิปไตยในการควบคุมกำกับของรัฐเพื่อคุ้มครองประชาชนและสิ่งแวดล้อม ข้อสัญญาเพื่อความ มั่นคงแห่งสัญญาจึงยังมอบพื้นที่บางส่วนให้กับประเทศไทยในการใช้อำนาจอธิปไตยที่อาจส่งผล เสียหายต่อทรัพย์สินหรือสิทธิทางสัญญาของนักลงทุนโดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้น

นโยบายของประเทศไทยที่มอบความคุ้มครองให้กับนักลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิต ปิโตรเลียมโดยการเข้าทำสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญากับนักลงทุนนั้นประจวบเหมาะกับ สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยที่มีความวุ่นวายเกิดขึ้นในเวลาปัจจุบันและเหมาะสมกับ แหล่งทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยที่ขาดศักยภาพในการดึงดูดนักลงทุนเป็นอย่างยิ่ง

ประการแรก ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ปรากฏในกฎกระทรวงกำหนดแบบ สัมปทานมีนัยสำคัญต่อนักลงทุนเป็นอย่างยิ่งภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองในปัจจุบันของประเทศไทย เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวสามารถสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติที่ทำการลงทุนใน ธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยว่าการลงทุนของตนจะไม่ได้ประสบผลกระทบจาก สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยที่มีความไม่มั่นคงในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ประเทศไทยประสบเหตุการณ์รุนแรงทางการเมืองและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของคณะ ผู้บริหารทั้งที่มาจาก การเลือกตั้งและจากคณะรัฐประหาร นอกจากนี้ นโยบายและกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยในปัจจุบันยังได้รับผลกระทบจากการ กัดดันของภาคประชาชนที่ตั้งข้อสงสัยต่อระบบความโปร่งใสและความมีประสิทธิภาพของ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่ง การกดดันจากภาคประชาชนดังกล่าวส่งผลให้คณะรัฐมนตรีมีมติชะลอการเปิดประมูลสัมปทานการ

สำรวจและผลิตปิโตรเลียมในรอบที่ยี่สิบเอ็ดออกไปอย่างไม่มีกำหนดที่แน่นอน⁴⁴ และยังมีการปรับปรุงแก้ไขระบบสัญญาสัมปทานเดิมภายใต้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยมีการเพิ่มสัญญาแบ่งปันผลผลิตและสัญญาบริการให้เป็นทางเลือกเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและนักลงทุน⁴⁵ หากการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมที่กำลังจะเกิดขึ้นมีผลย้อนหลังและส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการลงทุนของนักลงทุนผู้ได้รับสัมปทาน นักลงทุนก็สามารถยกข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาคุ้มครองการลงทุนของตนจากการใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทยได้ในกรณีนี้ นักลงทุนจึงจะได้รับความคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางการเงินของนักลงทุน เช่น การเปลี่ยนกฎหมายเพื่อขึ้นอัตราภาษีเงินได้ปิโตรเลียม การขึ้นอัตราค่าภาคหลวง หรือการเพิกถอนสัมปทานการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจะคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นเกิดจากแรงจูงใจที่มาจากนโยบายทางการเมืองที่ไม่ต้องการเปิดรับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอีกต่อไป การคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในกรณีนี้จึงสามารถให้ความเชื่อมั่นกับนักลงทุนได้เป็นอย่างดี ในกรณีที่สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยยังไม่มีเสถียรภาพเพียงพอและยังมีการขัดแย้งกันระหว่างภาครัฐกับภาคประชาชนเกี่ยวกับความโปร่งใสและความมีประสิทธิภาพของกฎหมายปิโตรเลียม

ประการที่สอง แหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมในประเทศไทยไม่ได้มีศักยภาพที่จะสามารถดึงดูดนักลงทุนต่างชาติได้ดีเท่าไรนัก เนื่องจากแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมของประเทศไทยในปัจจุบันมีได้มีปริมาณมาก มีการสำรวจและผลิตมากกว่าห้าสิบปีจึงทำให้เป็นแหล่งที่ใกล้หมดสภาพในเชิงพาณิชย์ แหล่งปิโตรเลียมเป็นแหล่งขนาดเล็ก ปริมาณปิโตรเลียมที่สามารถผลิตขึ้นมาได้จึงมีจำนวน

⁴⁴ มติคณะรัฐมนตรีเรื่องการรายงานผลการดำเนินการประเด็นเรื่องสำคัญตามมติคณะรักษาความสงบแห่งชาติและข้อสั่งการของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (ตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน - 2 กันยายน 2557).

⁴⁵ รายงานผลการพิจารณาการศึกษาจากคณะกรรมการวิสามัญศึกษาปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514, (12/6/2558): 4; รัฐพงศ์ สุภาภา, “การนำสัญญาแบ่งปันผลผลิตมาปรับใช้ในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย,” **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยนเรศวร** 9, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2559) กำลังอยู่ในขั้นตอนการตีพิมพ์; รัฐพงศ์ สุภาภา, “การนำสัญญาบริการมาปรับใช้ในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย,” **วารสารกฎหมาย** 34, 1 (มีนาคม 2559): 257-274.

น้อยและมีแนวโน้มสูงที่จะไม่คุ้มค่าต่อการผลิตในเชิงพาณิชย์ การพัฒนาปิโตรเลียมจากแหล่งดังกล่าวจึงไม่อาจครอบคลุมค่าใช้จ่ายในการสำรวจและผลิตและไม่สามารถสร้างกำไรให้กับนักลงทุน ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นการลงทุนในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในอ่าวไทยจะมีค่าใช้จ่ายสูงกว่า การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจากแหล่งบนบก กอปรกับโอกาสประสบความสำเร็จในการผลิตปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์มีอัตราที่ต่ำกว่าแหล่งทั่วไป ปัจจัยและความเสี่ยงเหล่านี้จึงอาจส่งผลในแง่ลบต่อการตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยของนักลงทุนต่างชาติ

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ประเทศไทยนำมาปรับใช้อาจเข้ามาช่วยเพิ่มศักยภาพของประเทศไทยให้สามารถดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยได้มากขึ้น แม้ว่าการลงทุนในประเทศไทยจะมีความเสี่ยงสูงที่นักลงทุนจะไม่สามารถค้นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้สำเร็จ แต่หากนักลงทุนได้รับการรับประกันจากรัฐบาลไทยตามข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาว่าการลงทุนจะไม่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายและกฎหมาย นักลงทุนก็อาจพร้อมที่จะแบกรับความเสี่ยงในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย หากนักลงทุนสามารถค้นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้สำเร็จและสามารถสร้างผลกำไรจากการลงทุน ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาก็จะคุ้มครองนักลงทุนมิให้ได้รับผลกระทบจากการปรับเปลี่ยนกลไกทางการเงินแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทย ข้อสัญญาดังกล่าวจึงอาจจะช่วยลดต้นทุนข้อด้อยของแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมของประเทศไทยที่เป็นแหล่งปิโตรเลียมเก่าและมีคุณภาพและปริมาณปิโตรเลียมที่ไม่สามารถสร้างแรงจูงใจในการลงทุนให้กับนักลงทุนได้

ในกรณีที่ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาสามารถดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาทำการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยได้มากขึ้น การแข่งขันระหว่างนักลงทุนในการประมูลให้ได้มาซึ่งสิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมก็จะเกิดขึ้น ซึ่งการแข่งขันระหว่างนักลงทุนดังกล่าวจะส่งผลดีต่อประเทศไทยที่จะสามารถจัดเก็บรายได้จากการประมูลมากขึ้นและได้รับข้อเสนอที่ดีขึ้นจากนักลงทุนที่เสนอจะทำการสำรวจปิโตรเลียมในแปลงที่ตนสนใจจะเข้าไปลงทุน ในกรณีที่มีการลงทุนจากนักลงทุนเพิ่มมากขึ้น ก็เท่ากับมีอัตราการสำรวจปิโตรเลียมในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น การเพิ่มอัตราการสำรวจปิโตรเลียมจะช่วยสร้างโอกาสให้ประเทศไทยสามารถเพิ่มกำลังการผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยได้มากขึ้น ซึ่งส่งผลทำให้ประเทศไทยมีความมั่นคงทางพลังงานมากขึ้นโดยการลดการพึ่งพาการนำเข้าน้ำมันและก๊าซธรรมชาติจากต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการนำเข้า

ทางท่อส่งก๊าซธรรมชาติจากประเทศเมียนมาร์หรือการนำเข้าน้ำมันและก๊าซธรรมชาติในรูปแบบ LNG โดยการขนส่งทางเรือ⁴⁶

โดยสรุป การที่ประเทศไทยจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยในบางส่วนโดยการเข้าทำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญากับนักลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมส่งผลดีต่อประเทศไทย เพราะการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวทำให้ประเทศไทยสามารถดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติและสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองที่ไม่มีความมั่นคงในปัจจุบัน การที่มีนักลงทุนเข้ามาทำการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเพิ่มมากขึ้นจะช่วยสร้างโอกาสให้ประเทศไทยมีความมั่นคงทางพลังงานเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ นอกจากนี้ หากอ้างอิงจากแนวคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศ การจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยในกรณีนี้มิได้ทำให้ประเทศไทยสูญเสียอำนาจในการออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการที่ออกมาเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและประชาชน

⁴⁶ สำหรับประเด็นเรื่องความมั่นคงทางพลังงานของประเทศไทย โปรดดู International Energy Agency, **Southeast Asia Energy Outlook 2013: World Energy Outlook Special Report**: 82 [Online], available URL: https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/SoutheastAsiaEnergyOutlook_WEO2013SpecialReport.pdf, 2016 (May, 16).

บรรณานุกรม

- จุมพต สายสุนทร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2558.
- Buchanan, Robert and Anwar, Syed T. “Resource Nationalism and the Changing Business Model for Global Oil.” **Journal of World Investment and Trade** 10, 2 (January 2009).
- Cameron, Peter D. **International Energy Investment Law: the Pursuit of Stability**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Cotula, Lorenzo. “Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Towards a Rethink of Stabilization Clauses.” **Journal of World Energy Law & Business** 1, 2 (July 2008).
- Dumbergy, Patrick. “International Investment Contract.” In **International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations**, 215 Gazzini, Tarcisio and Brabandere, Eric D. (eds). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Duval, Claude and others. **International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects**. 2nd edition. New York: Barrows, 2009.
- Erkan, Mustafa. **International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses**. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- Faruque, Abdullah. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Functional Value.” **Journal of International Arbitration** 23, 4 (August 2006).
- Maniruzzaman, AFM. “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends.” **Journal of World Energy Law & Business** 1, 2 (July 2008).
- Paulsson, Jan. “The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners.” **Journal of International Disputes Settlement** 1, 2 (August 2010).

- Shemberg, Andrea. **Stabilization Clauses and Human Rights**. Geneva: International Finance Corporation and World Bank Group, March, 2008.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 3rd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Voss, Jan O. **The impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011
- Wälde, Thomas. “Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries: Industry and Political Cycles Meet the Rule of Law.” **Journal of World Energy Law & Business** 1, 1 (May, 2008).
- Wälde, Thomas and Ndi, George. “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation.” **Texas International Law Journal** 31 (1996).
- Wälde, Thomas and Kolo, Abba. “Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law.” **International and Comparative Law Quarterly** 50, 4 (October, 2001).

รัสเซียใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมบีบบังคับให้นักลงทุนปรับเปลี่ยนโครงสร้างการลงทุนเพื่อให้บริษัทน้ำมันแห่งชาติของตนเข้าร่วมถือหุ้นกับนักลงทุนต่างชาติ³⁹

ฉะนั้นในการพิจารณาว่ารัฐควรจะได้รับการยกเว้นที่จะไม่ต้องรับผิดชอบจากการใช้อำนาจอธิปไตยที่ขัดต่อข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาหรือไม่นั้น การพิจารณาไม่ควรจะมุ่งเน้นแค่รูปแบบหรือประเภทของมาตรการของรัฐเท่านั้นแต่ควรพิจารณาไปถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงเบื้องหลังการใช้มาตรการดังกล่าวว่าเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมหรือเพื่อมุ่งหวังต่อทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งการพิจารณาที่เจตนาภายในนั้นเป็นสิ่งที่มีความยากลำบากต่อนักกฎหมายเป็นอย่างยิ่งและส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนต่อขอบเขตความคุ้มครองที่นักลงทุนจะได้รับจากข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา

5. ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในสัญญาสัมปทานของประเทศไทย

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาได้ปรากฏอยู่ใน ข้อ 12 ของกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานปี พ.ศ. 2555 แม้ว่าข้อ 12 ของกฎกระทรวงดังกล่าวใช้คำศัพท์ว่า ‘การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน’ (Observance of Fundamental Provisions) และไม่ได้มีคำว่า ‘ความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา’ หรือ ‘ความมั่นคงแห่งสัญญา’ (sanctity of contract or stability of contract) ปรากฏอย่างชัดเจนเหมือนกับรูปแบบทั่วไปของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ปรับใช้ในประเทศอื่น ๆ ก็ตาม⁴⁰ แต่หากพิจารณาให้ลึกลงไปถึงในสาระสำคัญของข้อ 12 ตามกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานดังกล่าว ก็สามารถบ่งบอกถึงลักษณะทางกฎหมายที่มิใช่ความสำคัญว่าเป็นการให้คำมั่นของรัฐบาลไทยที่จะไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ ประโยชน์และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน ซึ่งการให้คำมั่นของรัฐบาลไทยในข้อ 12 ของกฎกระทรวงในกรณีนี้ สามารถถูกจัดให้อยู่ในประเภทของการให้คำมั่นภายใต้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางกฎหมาย⁴¹

³⁹David M. Ong, “Transnational Investment Law and Environmental Protection: Russian State Intervention in the Sakhalin II Project-The Empire Strikes Back,” *Netherlands International Law Review* 58, 1 (June 2011): 1, 22.

⁴⁰โปรดดูเชิงอรรถที่ 18-23 ประกอบ.

⁴¹สำหรับประเภทของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา โปรดดูเชิงอรรถที่ 18 ประกอบ.

นอกจากนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวยังได้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองไว้ถึงเก้าประเภท⁴² ความคุ้มครองที่นักลงทุนวิเคราะห์ว่ามีความสำคัญต่อการลงทุนของตนมากที่สุด คือ ความคุ้มครองตามข้อ 12 (ข) ที่รัฐบาลไทยได้ให้คำมั่นไว้ว่ากลไกทางการเงินที่กำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมระหว่างรัฐบาลไทยและนักลงทุนผู้รับสัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้นั้น จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงโดยการใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทย⁴³ การให้คำมั่นเกี่ยวกับกลไกทางการเงินในกรณีนี้ คือ “ความมั่นคงทางการเงิน” (fiscal stabilization) ที่นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองในกรณีที่ต้นคั้นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์และสามารถพัฒนาแปลงปิโตรเลียมให้สามารถสร้างผลกำไรตอบแทนได้สำเร็จ สังเกตได้ว่าข้อ 12 ของกฎกระทรวงข้างต้นกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาไว้เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม สิทธิในการจำหน่ายผลผลิตปิโตรเลียม รวมไปถึงส่วนแบ่งกลไกทางการเงินระหว่างรัฐและนักลงทุน แต่ข้อ 12 ของกฎกระทรวงมิได้ห้ามให้รัฐบาลไทยใช้อำนาจอธิปไตยในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน ดังนั้นรัฐบาลไทยจึงยังสามารถใช้อำนาจควบคุมกำกับที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้รับสัมปทาน

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของความคุ้มครองเพิ่มเติมหากรัฐบาลไทยออกมาตรการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยที่มาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่ออาณาเขต

⁴² ความคุ้มครองทั้งเก้าประเภานั้น ได้แก่ (ก) การใช้ที่ดินที่เป็นแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตเพื่อการประกอบกิจการปิโตรเลียม รวมทั้งการใช้ที่ดินนอกแปลงสำรวจหรือพื้นที่ผลิตในการเก็บรักษาหรือขนส่งปิโตรเลียม (ข) การนำคนต่างด้าว เครื่องจักร เครื่องมือ เครื่องใช้ โครงก่อสร้าง ยานพาหนะ ส่วนประกอบ อุปกรณ์และวัสดุอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมเข้ามาในราชอาณาจักร (ค) การคืนพื้นที่ (ง) การได้รับยกเว้นบางประการในการเสียภาษีอากรและเงินที่ส่วนราชการต่าง ๆ เรียกเก็บ (จ) การกำหนดและประกาศราคาปิโตรเลียม (ฉ) การส่งปิโตรเลียมออก (ช) การเก็บรักษาและส่งเงินตราต่างประเทศ (ซ) การเสียค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้ตลอดจนการคำนวณ ค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ และภาษีเงินได้.

⁴³ หากเทียบเคียงกันกับประเทศในแถบเพื่อนบ้านเช่น เวียดนาม กัมพูชาและเมียนมาร์ ประเทศเหล่านี้ต่างนำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาใช้เพื่อคุ้มครองและดึงดูดการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของตนเช่นกัน โปรดดู Article 30.6 of Vietnam Model Production Sharing Contract 2005; Article 21.2 and 21.3 of Cambodian Draft Production Sharing Contract 2004; Side Letter No. 2/23/92 (1620) of the Production Sharing Contract between Myanmar Oil and Gas Enterprise and Total Myanmar Exploration and Production 9th July 1992; Article 27.7 of Myanmar Model Production Sharing Contract for the Exploration and Production of Petroleum for Onshore Block.

ในแปลงสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของนักลงทุน มาตรการดังกล่าวจะสามารถถูกพิเคราะห์ได้ว่าเป็น มาตรการที่ขัดกับคำมั่นที่รัฐบาลไทยได้ให้ไว้ภายใต้ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาหรือไม่ เนื่องจากรัฐบาลได้ให้คำมั่นไว้กับนักลงทุนตามข้อ 12 (ก) ว่าสิทธิในที่ดินของนักลงทุนที่ใช้ในการ ดำเนินกิจกรรมทางการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง หากอ้างอิงจากแนวคิดใน การตีความของนักวิชาการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาไม่สามารถ ค้ำครองนักลงทุนในกรณีที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมกำกับการลงทุนที่มุ่งต่อประโยชน์ สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน ในกรณีนี้ ถึงแม้ว่า นักลงทุนจะได้รับความเสียหายจากการควบคุมกำกับ แต่ประเทศไทยอาจจะไม่ต้องรับผิดชอบจากการ ควบคุมกำกับดังกล่าวที่ขัดต่อข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ขอบเขต ความคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญานั้นไม่สามารถก้าวล้ำขอบเขตการใช้อำนาจ อธิปไตยในการควบคุมกำกับของรัฐเพื่อคุ้มครองประชาชนและสิ่งแวดล้อม ข้อสัญญาเพื่อความ มั่นคงแห่งสัญญาจึงยังมอบพื้นที่บางส่วนให้กับประเทศไทยในการใช้อำนาจอธิปไตยที่อาจส่งผล เสียหายต่อทรัพย์สินหรือสิทธิทางสัญญาของนักลงทุนโดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้น

นโยบายของประเทศไทยที่มอบความคุ้มครองให้กับนักลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิต ปิโตรเลียมโดยการเข้าทำสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญากับนักลงทุนนั้นประจวบเหมาะกับ สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยที่มีความวุ่นวายเกิดขึ้นในเวลาปัจจุบันและเหมาะสมกับ แหล่งทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยที่ขาดศักยภาพในการดึงดูดนักลงทุนเป็นอย่างยิ่ง

ประการแรก ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ปรากฏในกฎกระทรวงกำหนดแบบ สัมปทานมีนัยสำคัญต่อนักลงทุนเป็นอย่างยิ่งภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองในปัจจุบันของประเทศไทย เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวสามารถสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติที่ทำการลงทุนใน ธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยว่าการลงทุนของตนจะไม่ได้ประสบผลกระทบจาก สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยที่มีความไม่มั่นคงในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ประเทศไทยประสบเหตุการณ์รุนแรงทางการเมืองและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของคณะ ผู้บริหารทั้งที่มาจากการเลือกตั้งและจากคณะรัฐประหาร นอกจากนี้ นโยบายและกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยในปัจจุบันยังได้รับผลกระทบจากการ กัดดันของภาคประชาชนที่ตั้งข้อสงสัยต่อระบบความโปร่งใสและความมีประสิทธิภาพของ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่ง การกีดกันจากภาคประชาชนดังกล่าวส่งผลให้คณะรัฐมนตรีมีมติชะลอการเปิดประมูลสัมปทานการ

สำรวจและผลิตปิโตรเลียมในรอบที่ยี่สิบเอ็ดออกไปอย่างไม่มีกำหนดที่แน่นอน⁴⁴ และยังมีการปรับปรุงแก้ไขระบบสัญญาสัมปทานเดิมภายใต้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยมีการเพิ่มสัญญาแบ่งปันผลผลิตและสัญญาบริการให้เป็นทางเลือกเพิ่มเติมเพื่อปรับใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและนักลงทุน⁴⁵ หากการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมที่กำลังจะเกิดขึ้นมีผลย้อนหลังและส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการลงทุนของนักลงทุนผู้ได้รับสัมปทาน นักลงทุนก็สามารถยกข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญามาคุ้มครองการลงทุนของตนจากการใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทยได้ในกรณีนี้ นักลงทุนจึงจะได้รับความคุ้มครองจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางการเงินของนักลงทุน เช่น การเปลี่ยนกฎหมายเพื่อขึ้นอัตราภาษีเงินได้ปิโตรเลียม การขึ้นอัตราค่าภาคหลวง หรือการเพิกถอนสัมปทานการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาจะคุ้มครองนักลงทุนในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นเกิดจากแรงจูงใจที่มาจากนโยบายทางการเมืองที่ไม่ต้องการเปิดรับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอีกต่อไป การคุ้มครองของข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาในกรณีนี้จึงสามารถให้ความเชื่อมั่นกับนักลงทุนได้เป็นอย่างดี ในกรณีที่สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยยังไม่มีเสถียรภาพเพียงพอและยังมีการขัดแย้งกันระหว่างภาครัฐกับภาคประชาชนเกี่ยวกับความโปร่งใสและความมีประสิทธิภาพของกฎหมายปิโตรเลียม

ประการที่สอง แหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมในประเทศไทยไม่ได้มีศักยภาพที่จะสามารถดึงดูดนักลงทุนต่างชาติได้ดีเท่าไรนัก เนื่องจากแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมของประเทศไทยในปัจจุบันมีได้มีปริมาณมาก มีการสำรวจและผลิตมากกว่าห้าสิบปีจึงทำให้เป็นแหล่งที่ใกล้หมดสภาพในเชิงพาณิชย์ แหล่งปิโตรเลียมเป็นแหล่งขนาดเล็ก ปริมาณปิโตรเลียมที่สามารถผลิตขึ้นมาได้จึงมีจำนวน

⁴⁴ มติคณะรัฐมนตรีเรื่องการรายงานผลการดำเนินการประเด็นเรื่องสำคัญตามมติคณะรักษาความสงบแห่งชาติและข้อสั่งการของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (ตั้งแต่วันที่ 10 มิถุนายน - 2 กันยายน 2557).

⁴⁵ รายงานผลการพิจารณาศึกษาจากคณะกรรมการวิสามัญศึกษาปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514, (12/6/2558): 4; รัฐพงศ์ สุภาภา, “การนำสัญญาแบ่งปันผลผลิตมาปรับใช้ในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย,” **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยนเรศวร** 9, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2559) กำลังอยู่ในขั้นตอนการตีพิมพ์; รัฐพงศ์ สุภาภา, “การนำสัญญาบริการมาปรับใช้ในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย,” **วารสารกฎหมาย** 34, 1 (มีนาคม 2559): 257-274.

น้อยและมีแนวโน้มสูงที่จะไม่คุ้มค่าต่อการผลิตในเชิงพาณิชย์ การพัฒนาปิโตรเลียมจากแหล่งดังกล่าวจึงไม่อาจครอบคลุมค่าใช้จ่ายในการสำรวจและผลิตและไม่สามารถสร้างกำไรให้กับนักลงทุน ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นการลงทุนในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในอ่าวไทยจะมีค่าใช้จ่ายสูงกว่า การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจากแหล่งบนบก กอปรกับโอกาสประสบความสำเร็จในการผลิตปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์มีอัตราที่ต่ำกว่าแหล่งทั่วไป ปัจจัยและความเสี่ยงเหล่านี้จึงอาจส่งผลในแง่ลบต่อการตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยของนักลงทุนต่างชาติ

ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาที่ประเทศไทยนำมาปรับใช้อาจเข้ามาช่วยเพิ่มศักยภาพของประเทศไทยให้สามารถดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยได้มากขึ้น แม้ว่าการลงทุนในประเทศไทยจะมีความเสี่ยงสูงที่นักลงทุนจะไม่สามารถค้นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้สำเร็จ แต่หากนักลงทุนได้รับการรับประกันจากรัฐบาลไทยตามข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาว่าการลงทุนจะไม่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายและกฎหมาย นักลงทุนก็อาจพร้อมที่จะแบกรับความเสี่ยงในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทย หากนักลงทุนสามารถค้นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้สำเร็จและสามารถสร้างผลกำไรจากการลงทุน ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาก็จะคุ้มครองนักลงทุนมิให้ได้รับผลกระทบจากการปรับเปลี่ยนกลไกทางการเงินแต่เพียงฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทย ข้อสัญญาดังกล่าวจึงอาจจะช่วยลดต้นทุนข้อด้อยของแหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมของประเทศไทยที่เป็นแหล่งปิโตรเลียมเก่าและมีคุณภาพและปริมาณปิโตรเลียมที่ไม่สามารถสร้างแรงจูงใจในการลงทุนให้กับนักลงทุนได้

ในกรณีที่ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญาสามารถดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาทำการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยได้มากขึ้น การแข่งขันระหว่างนักลงทุนในการประมูลให้ได้มาซึ่งสิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมก็จะเกิดขึ้น ซึ่งการแข่งขันระหว่างนักลงทุนดังกล่าวจะส่งผลดีต่อประเทศไทยที่จะสามารถจัดเก็บรายได้จากการประมูลมากขึ้นและได้รับข้อเสนอที่ดีขึ้นจากนักลงทุนที่เสนอจะทำการสำรวจปิโตรเลียมในแปลงที่ตนสนใจจะเข้าไปลงทุน ในกรณีที่มีการลงทุนจากนักลงทุนเพิ่มมากขึ้น ก็เท่ากับมีอัตราการสำรวจปิโตรเลียมในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น การเพิ่มอัตราการสำรวจปิโตรเลียมจะช่วยสร้างโอกาสให้ประเทศไทยสามารถเพิ่มกำลังการผลิตปิโตรเลียมในประเทศไทยได้มากขึ้น ซึ่งส่งผลทำให้ประเทศไทยมีความมั่นคงทางพลังงานมากขึ้นโดยการลดการพึ่งพาการนำเข้าน้ำมันและก๊าซธรรมชาติจากต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการนำเข้า

ทางท่อส่งก๊าซธรรมชาติจากประเทศเมียนมาร์หรือการนำเข้าน้ำมันและก๊าซธรรมชาติในรูปแบบ LNG โดยการขนส่งทางเรือ⁴⁶

โดยสรุป การที่ประเทศไทยจำกัดการใช้ถ่านหินในบางส่วนโดยการเข้าทำข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญากับนักลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมส่งผลดีต่อประเทศไทย เพราะการจำกัดการใช้ถ่านหินดังกล่าวดังกล่าวทำให้ประเทศไทยสามารถดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติและสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองที่ไม่มีความมั่นคงในปัจจุบัน การที่มีนักลงทุนเข้ามาทำการลงทุนในธุรกิจสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเพิ่มมากขึ้นจะช่วยสร้างโอกาสให้ประเทศไทยมีความมั่นคงทางพลังงานเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ นอกจากนี้ หากอ้างอิงจากแนวคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศ การจำกัดการใช้ถ่านหินในกรณีนี้มีได้ทำให้ประเทศไทยสูญเสียอำนาจในการออกมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการที่ออกมาเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและประชาชน

⁴⁶ สำหรับประเด็นเรื่องความมั่นคงทางพลังงานของประเทศไทย โปรดดู International Energy Agency, **Southeast Asia Energy Outlook 2013: World Energy Outlook Special Report**: 82 [Online], available URL: https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/SoutheastAsiaEnergyOutlook_WEO2013SpecialReport.pdf, 2016 (May, 16).

บรรณานุกรม

- จุมพต สายสุนทร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2558.
- Buchanan, Robert and Anwar, Syed T. “Resource Nationalism and the Changing Business Model for Global Oil.” **Journal of World Investment and Trade** 10, 2 (January 2009).
- Cameron, Peter D. **International Energy Investment Law: the Pursuit of Stability**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Cotula, Lorenzo. “Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Towards a Rethink of Stabilization Clauses.” **Journal of World Energy Law & Business** 1, 2 (July 2008).
- Dumberby, Patrick. “International Investment Contract.” In **International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations**, 215 Gazzini, Tarcisio and Brabandere, Eric D. (eds). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Duval, Claude and others. **International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects**. 2nd edition. New York: Barrows, 2009.
- Erkan, Mustafa. **International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses**. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- Faruque, Abdullah. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Functional Value.” **Journal of International Arbitration** 23, 4 (August 2006).
- Maniruzzaman, AFM. “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends.” **Journal of World Energy Law & Business** 1, 2 (July 2008).
- Paulsson, Jan. “The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners.” **Journal of International Disputes Settlement** 1, 2 (August 2010).

- Shemberg, Andrea. **Stabilization Clauses and Human Rights**. Geneva: International Finance Corporation and World Bank Group, March, 2008.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 3rd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Voss, Jan O. **The impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011
- Wälde, Thomas. “Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries: Industry and Political Cycles Meet the Rule of Law.” **Journal of World Energy Law & Business** 1, 1 (May, 2008).
- Wälde, Thomas and Ndi, George. “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation.” **Texas International Law Journal** 31 (1996).
- Wälde, Thomas and Kolo, Abba. “Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law.” **International and Comparative Law Quarterly** 50, 4 (October, 2001).

