

## บทที่ 2

# มูลเหตุของข้อพิพาท และการระงับข้อพิพาทตามร่างข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา



ในการศึกษาการระงับข้อพิพาทตามร่างข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกานั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงมูลเหตุต่างๆ ของข้อพิพาทว่ามูลเหตุที่พิพาทตามร่างข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา กันนั้นมีเรื่องอะไรบ้างและวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีนั้นเป็นอย่างไร ทั้งนี้เพื่อให้ทราบว่าข้อพิพาทประเภทใดจะต้องใช้การระงับพิพาทแบบใด ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนจะมุ่งศึกษาในประเด็นของการพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่าง รัฐ – เอกชน เป็นหลัก เพราะการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID นั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนเท่านั้น ส่วนถ้าเป็นเรื่องของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐด้วยกันก็จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททั่วไปที่ได้กล่าวมาแล้วในบทนำ ดังนั้นผู้เขียนจึงจะขอกล่าวเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วนคือ

1. มูลเหตุของข้อพิพาท
2. บุคคลผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาท
3. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ - เอกชน

### 2.1 มูลเหตุของข้อพิพาท

ในการที่จะหามูลเหตุของข้อพิพาทที่สามารถนำขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยการระงับข้อพิพาทของ ICSID ได้นั้น จำเป็นที่จะต้องดูว่ามูลเหตุพิพาทที่จะเกิดจากข้อบทเรื่องการลงทุนตามความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นี้เกิดจากอะไรได้บ้าง ซึ่งการพิจารณาว่ามูลเหตุพิพาทใดบ้าง ที่จะสามารถนำขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ภายใต้กรอบร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกานั้น จะต้องพิจารณาตาม Section B: Investor-State Dispute Settlement โดยข้อ 15 เรื่องการยื่นคำร้องขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติว่า

“1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

- (A) an obligation under Section A,
- (B) an investment authorization, or
- (C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach..."

ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้ร้องหรือโจทก์ (claimant) อาจนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เมื่อผู้ถูกร้องหรือจำเลย (respondent) ได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ Section A, ผู้ถูกร้องหรือจำเลยละเมิดการอนุญาตให้ลงทุน (investment authorization) หรือเมื่อผู้ถูกร้องหรือจำเลยละเมิดสัญญาการลงทุน (investment agreement) ดังนั้นผู้เขียนจึงขอแบ่งมูลเหตุของข้อพิพาทออกเป็น 3 หัวข้อดังนี้

2.1.1 การละเมิดพันธกรณีตาม Section A

2.1.2 การอนุญาตให้ลงทุน

2.1.3 สัญญาการลงทุน

### 2.1.1 การละเมิดพันธกรณีตาม Section A

ในการที่จะพิจารณาถึงมูลเหตุของข้อพิพาทในเรื่องการละเมิดพันธกรณีตาม Section A ของข้อบทการลงทุนนั้น จะต้องศึกษาขอบข่ายของการใช้ข้อบทการลงทุนนี้ ซึ่งได้กำหนดหลักการไว้ในข้อ 1 ของข้อบทเรื่องการลงทุนซึ่งได้กำหนดเรื่องของขอบข่ายการใช้ข้อบทการลงทุนนี้ ไว้ในข้อ 1.1 และข้อ 1.6 ดังนี้

ในข้อ 1.1 นี้ ได้กำหนดว่าข้อบทการลงทุนนี้จะใช้กับมาตรการที่นำมาใช้ หรือใช้โดยคู่ภาคี ที่เกี่ยวกับ

- (a) นักลงทุนของรัฐภาคีอื่น (investors of the other Party)
- (b) การลงทุนที่ตกลงกันไว้ (covered investments)
- (c) การลงทุนทุกรูปแบบในดินแดนของภาคีที่เกี่ยวข้องกับข้อ 8 และข้อ 10 (with respect to Articles 8 and 10, all investments in the territory of the Party)

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องแยกพิจารณาออกเป็น 3 เรื่อง ดังนี้

(a) investors of the other Party

investors of the other Party หรือนักลงทุนของรัฐภาคีอื่นนั้น เป็นการกำหนดถึงบุคคลที่อาจเกี่ยวข้องกับมาตรการใดๆ ตามข้อบทการลงทุนนี้ เนื่องจากความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาฉบับนี้ จำเป็นที่จะต้องกำหนดให้รู้ว่าใครบ้างที่เป็นนักลงทุนตามข้อบทการลงทุนเพื่อที่จะทราบว่าใครเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามข้อบทนี้ ดังนั้นในข้อบทการลงทุนนี้ได้กำหนดคำนิยามของ “investor of a Party” ไว้ใน ข้อ 27: Definitions โดยได้ให้ความหมายไว้ว่า “นักลงทุนของรัฐภาคี หมายความว่า รัฐภาคี หรือ รัฐวิสาหกิจของรัฐภาคี หรือบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติ (national) หรือ วิสาหกิจของรัฐภาคี (enterprise of a Party) ซึ่งพยายามที่จะ, กำลัง หรือ ได้ลงทุนในดินแดนของรัฐภาคีอื่น”

จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อบทการลงทุนนั้นได้แก่ตัวรัฐภาคนั้นเอง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลของประเทศคู่สัญญา ดังนั้นขอบเขตของคำจำกัดความ “นักลงทุนของรัฐภาคี” นี้จึงค่อนข้างกว้างมาก เพราะในกรณีนี้ข้อพิพาทตามข้อนี้ อาจเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากนักลงทุนที่เป็นเรื่องของรัฐภาคี หรือรัฐวิสาหกิจเข้าไปลงทุนในประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายเอง เช่น บริษัทที่รัฐบาลไทยถือหุ้น 100% เข้าไปลงทุนในสหรัฐอเมริกา เป็นต้น หรืออาจเป็นกรณีที่เอกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้าไปลงทุนในประเทศภาคีอีกฝ่ายก็ได้ เช่น คนไทยหรือนิติบุคคลไทยเข้าไปลงทุนในสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

(b) Covered investments

เหตุที่ต้องมีเรื่องของ Covered investments นั้น เพราะการลงทุนนั้นมีหลายรูปแบบมาก ดังนั้นในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ นี้จึงต้องกำหนดให้ชัดว่าอะไรบ้างที่เป็นการลงทุนใน

---

investor of a Party means : a Party or state enterprise thereof, or] a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality

ความหมายของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ นี้ ดังนั้นจึงจะต้องพิจารณาถึงความหมายของ Covered investments ที่กำหนดไว้ในข้อบทนี้

Covered investments หรือการลงทุนที่ตกลงกันภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นั้น หากพิจารณาจากคำนิยามตามข้อ 1 ที่ระบุว่าข้อบทเรื่องการลงทุน ให้ใช้บังคับแก่ ผู้ลงทุนของรัฐคู่ภาคีในข้อตกลงฉบับนี้ ดังนั้น Covered investment จึงหมายถึงประเภทการลงทุนต่างๆ ที่จะนำมาพิจารณาว่า investment ใดบ้างที่อยู่ หรือไม่อยู่ในข้อตกลงฉบับนี้ ทั้งนี้ได้มีการกำหนดความหมายของ covered investment ไว้ใน General Provision ว่า “การลงทุนที่ตกลงกัน หมายถึง การลงทุนที่ได้นิยามในข้อ XX [ตามนิยามในข้อบทการลงทุน] ในดินแดนของนักลงทุนของรัฐภาคีอื่นที่มีอยู่ หรือที่ถูกจัดตั้ง, มีขึ้นภายหลัง หรือถูกขยายหลังจากวันที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้แล้ว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการครอบคลุมถึงการลงทุนของนักลงทุนของประเทศคู่สัญญาในประเทศของตนเอง ทั้งที่จัดตั้งอยู่ก่อนหรือหลังจากที่ความตกลงการค้าเสรีมีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ covered investment จะอิงกับคำจำกัดความของ investment ใน Article XX: Definitions ตามข้อบทการลงทุนและคำนิยามว่า Enterprise ด้วย

ดังนั้นการจะพิจารณาว่า Covered investments นั้นหมายความว่าอะไรบ้าง จะต้องพิจารณาตาม ข้อ 27: Definitions” ซึ่งกำหนดความหมายของ investment โดยข้อดังกล่าวได้

---

“Covered investment” means, with respect to a Party, an investment, as defined in Article X.X [Investment Chapter, Definitions], in its territory of an investor of the other Party that is existing or is established, acquired, or expanded after the date of entry into force of this Agreement.

“investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;

กำหนดว่า "การลงทุน หมายถึง ทุกๆ สินทรัพย์ที่นักลงทุนเป็นเจ้าของหรือควบคุม โดยทางตรงหรือทางอ้อมซึ่งมีลักษณะเป็นการลงทุน รวมถึงลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบในทุนหรือทรัพย์สินของบริษัท, การคาดหวังผลประโยชน์หรือกำไร, หรือการเข้ารับความเสี่ยง ทั้งนี้รูปแบบของการลงทุนอาจรวมถึง

- (a) วิชาธุรกิจ (an enterprise)
- (b) ส่วนแบ่ง, หุ้น หรือรูปแบบอื่นใดที่เท่ากับเป็นการมีส่วนร่วมในวิชาธุรกิจ (shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise)
- (c) พันธบัตร, ใบเงินกู้ของบริษัท, ตราสารหนี้ชนิดอื่นใด และเงินกู้ (bonds, debentures, other debt instruments, and loans)
- (d) การซื้อขายล่วงหน้า, สิทธิเลือกซื้อขายในเวลาที่กำหนด และเอกสารทางการเงินอื่นๆ (futures, options, and other derivatives)
- (e) สัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ, สัญญาก่อสร้าง, สัญญาบริหาร, สัญญาการผลิต, สัญญาสัมปทาน, สัญญาการแบ่งผลประโยชน์ และสัญญาต่างๆ ในลักษณะเดียวกัน (turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts)
- (f) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property rights)
- (g) ใบอนุญาต, การให้อนุญาต, การอนุมัติ และสิทธิจากการอนุญาตต่างๆ ที่มีลักษณะก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายภายในประเทศ (licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law)
- (h) ทรัพย์สินที่จับต้องได้ หรือจับต้องไม่ได้, สิ่งหามทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในทรัพย์สินอื่นใด เช่น เช่า, จำนอง, สิทธิยึดหน่วง และการประกัน (other tangible or intangible,

- 
- (d) futures, options, and other derivatives;
  - (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
  - (f) intellectual property rights;
  - (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
  - (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;



movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges)

จากนิยามคำว่า “การลงทุน” (Investment) ตามข้อบทการลงทุนนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นคำนิยามที่กว้างมาก เพราะเป็นการแบ่งตามสินทรัพย์ (asset based definition) และแบ่งตามรูปแบบการลงทุน (enterprise based definition) ผสมกัน กล่าวคือ การลงทุนจะครอบคลุมสินทรัพย์ทุกประเภท และทุกรูปแบบ พร้อมให้ตัวอย่างของสินทรัพย์ที่ถือว่าเป็นการลงทุนไว้ด้วย (non-exhaustive list) จึงถือว่าเป็นนิยามแบบ open-ended และ looking forward เพราะครอบคลุมถึงรูปแบบใหม่ๆ ของสินทรัพย์ของนักลงทุนด้วย<sup>1</sup>

จากนิยามคำว่า investment นั้นจะเห็นได้ว่าการกำหนดรูปแบบของการลงทุนเอาไว้หลายรูปแบบ เพื่อให้เกิดความเข้าใจผู้เขียนจะขออธิบายลักษณะของการลงทุนรูปแบบต่างๆ ดังนี้

(a) an enterprise คำว่า enterprise หรือวิสาหกิจ นั้น ได้มีการให้คำนิยามไว้ในข้อบทการลงทุน ข้อ 27 ซึ่งบัญญัติว่า “วิสาหกิจ หมายถึง วิสาหกิจที่ให้คำจำกัดความตามข้อ \_\_\_\_ [ข้อบททั่วไป; คำนิยามของข้อพันธกรณีทั่วไป], และสาขาของวิสาหกิจ”

คำว่า enterprise หรือวิสาหกิจ ในข้อบท General Provision ให้คำจำกัดความว่า “วิสาหกิจ หมายถึง หน่วยใดๆ ที่ที่ถูกก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะแสวงหาผลกำไรหรือไม่ และไม่ว่าจะเป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมโดยเอกชนหรือภาครัฐก็ตาม รวมทั้ง บริษัท, สหกรณ์, ห้างหุ้นส่วน, ธุรกิจที่มีเจ้าของรายเดียว, การร่วมทุน, สมาคม หรือองค์การที่มีรูปแบบเดียวกัน”

<sup>1</sup> รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการที่ปรึกษาการวิเคราะห์การจัดทำเขตการค้าเสรีระหว่างไทย – สหรัฐอเมริกา เล่มที่ 2, ศูนย์ศึกษาเอเปคและศึกษาความร่วมมือในภูมิภาคแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 39-8

enterprise means an enterprise as defined in Article \_\_\_\_ [General Definitions Chapter; Definitions of General Application Article], and a branch of an enterprise;

“Enterprise” means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled,

คำนิยาม Enterprise ตามข้อบ่งชี้เป็นนิยามที่กว้าง เพราะหมายความถึงนิติบุคคลเอกชน และมหาชนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย โดยอาจมีรูปแบบที่หลากหลายไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น นิยามนี้จึงอาจรวมถึงรัฐวิสาหกิจ สมาคมการค้า มหาวิทยาลัย สหกรณ์ และองค์การมหาชนด้วย นอกจากนี้แล้ว คำว่า Enterprise ในข้อบ่งชี้การลงทุนนี้ได้ขยายคำจำกัดความเพิ่มว่าให้หมายความรวมถึง สาขาของ Enterprise ด้วย

(b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise ใน (b) นี้ ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดเอาไว้เฉพาะในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาอย่างไร (a) ดังนั้นผู้เขียนจึงจะขออธิบายความหมายทั่วไปของคำต่างๆ เหล่านี้ ดังต่อไปนี้

“shares” หมายถึง การแบ่งสับปันส่วนโดยความเป็นเจ้าของ, โดยการให้, หรือการตกลงกับบุคคลอื่น เช่นการแบ่งสรรปันส่วนผลกำไรของบรรดาหุ้นส่วน<sup>2</sup>

“stock” หมายถึง ส่วนของทุนบริษัท ที่แสดงเป็นจำนวนหน่วยที่เท่ากัน (หรือหุ้น) ที่เป็นเจ้าของ และให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของในการมีส่วนร่วมในบริษัทในการบริหารทั่วไปและได้รับการแบ่งสรรปันส่วนในผลกำไรหรือรายได้<sup>3</sup>

(c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans ใน (c) นี้ก็ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดเอาไว้ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาเช่นกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงจะขออธิบายความหมายทั่วไปของคำต่างๆ เหล่านี้ ดังต่อไปนี้

“bonds” หมายถึง หนังสือสัญญาว่าจะจ่ายเงินหรือกระทำการใดๆ ถ้าเหตุการณ์ที่ระบุเกิดขึ้น หรือเมื่อเวลาที่ระบุไว้ผ่านพ้นไป<sup>4</sup>

---

including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization.

<sup>2</sup> Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. Eighth edition. USA. 2004 หน้า 1408

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 1456

<sup>4</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 187

“debentures” หมายถึง หนี้ที่เกิดจากการยืมของลูกหนี้ ไม่ใช่โดยสิทธิในการครอบครองสินทรัพย์เพื่อเป็นหลักประกันการใช้หนี้<sup>5</sup>

“debt instruments” หมายถึง หนังสือสัญญาว่าจะชดใช้หนี้ เช่น ตั๋วสัญญาใช้เงิน, ใบแจ้งหนี้, พันธบัตร หรือเอกสารทางธุรกิจ<sup>6</sup>

“loans” หมายถึง เงินกู้ที่ให้ยืมโดยอาจมีดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้<sup>7</sup>

(d) futures, options, and other derivatives ใน (d) นี้ก็ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดเอาไว้ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาเช่นกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงจะของอธิบายความหมายทั่วไปของคำต่างๆ เหล่านี้ ดังต่อไปนี้

“futures” หมายความว่า สัญญาซื้อขายสินทรัพย์มาตรฐาน (เช่น สินค้า, หุ้น, หรือเงินตราต่างประเทศ) ที่ราคาคงที่ในเวลาในอนาคต<sup>8</sup>

“options” หมายความว่า พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่จะรักษาข้อเสนอไว้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งข้อเสนอ นั้นไม่อาจเพิกถอนได้ในช่วงเวลานั้น<sup>9</sup>

“derivatives” หมายความว่า เอกสารทางการเงินซึ่งราคาขึ้นอยู่กับหรือผันมาจากการกระทำของแหล่งกำเนิดที่สอง เช่น พันธบัตรบุริมสิทธิ, ช่วงเวลา, หรือสินค้า<sup>10</sup>

(e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts ใน (e) นี้ก็ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดเอาไว้ในร่างความตกลง

---

<sup>5</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 430

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 433

<sup>7</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 954

<sup>8</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 699

<sup>9</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 1127

<sup>10</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 475



เขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาเช่นกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงจะของอธิบายความหมายทั่วไปของคำต่างๆ เหล่านี้ ดังต่อไปนี้

“turnkey” หมายความว่าถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันถึงความรับผิดชอบที่กว้างและหลากหลายรวมถึงหน้าที่ในการออกแบบ, การวิศวกรรม, การจัดซื้อจัดจ้าง และการจัดการก่อสร้าง<sup>11</sup>

“construction” หมายความว่าถึง สัญญาที่เจาะจงเรื่องการสร้างโครงการสิ่งก่อสร้าง<sup>12</sup>

“management” หมายความว่าถึง สัญญาจ้างที่อนุญาตให้บุคคลใดเข้ามาบริหารกิจการบางอย่าง

“production” หมายความว่าถึง สัญญาจ้างผลิตสิ่งของบางอย่าง

“concession” หมายความว่าถึง สัญญาที่รัฐให้สิทธิพิเศษ, สัญญาที่รัฐโอนย้ายสิทธิบางประการให้กับวิสาหกิจต่างชาติ ซึ่งเกี่ยวพันกับกิจกรรมที่ไม่ได้คาดหมายมาก่อนว่ารัฐให้ความยินยอมและทำให้มีข้อกำหนดในสัญญา<sup>13</sup>

“revenue-sharing” หมายความว่าถึง สัญญาการแบ่งกำไรหรือขาดทุนระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการและหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในหุ้นส่วนจำกัด โดยส่วนมากจะเกี่ยวกับการดำเนินการแบ่งผลประโยชน์กับลูกจ้างบริษัท หรือระหว่างบริษัทในบริษัทพันธมิตร<sup>14</sup>

(f) intellectual property rights หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หมายความว่าถึง สิทธิในสินค้าที่มีมูลค่าในทางพาณิชย์ ที่เกิดจากสติปัญญามนุษย์ไม่ว่าเป็นรูปธรรมหรือนามธรรม เช่น งานอันมีลิขสิทธิ์, การคุ้มครองเครื่องหมายการค้า, สิทธิบัตรการประดิษฐ์ หรือความลับทางการค้า<sup>15</sup>

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 344

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 343

<sup>13</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 307

<sup>14</sup> อ้างอิงจาก <[http://en.wikipedia.org/wiki/Revenue\\_sharing](http://en.wikipedia.org/wiki/Revenue_sharing)>

<sup>15</sup> Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. Eighth edition. USA. 2004 หน้า 824

(g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law ใน (g) นี้ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดเอาไว้ ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ดังนั้นผู้เขียนจึงจะขออธิบายความหมายทั่วไปของคำต่างๆ เหล่านี้ ดังต่อไปนี้

“licenses” หมายความว่า ใบอนุญาตที่ให้แก่การกระทำบางอย่างซึ่งมีฉะนั้นแล้วจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>16</sup>

“authorizations” หมายความว่า การให้อำนาจตามกฎหมาย หรือการอนุญาต<sup>17</sup>

“permits” หมายความว่า หลักฐานรับรองการอนุญาต หรือใบอนุญาต<sup>18</sup>

(h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges ใน (h) นี้ไม่ได้มีคำนิยามกำหนดเอาไว้ ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา แต่ทั้งนี้ทรัพย์สินที่จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้, สหกรณ์ทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในทรัพย์สินอื่นใด เช่น เช่า, จำนอง, สิทธิยึดหวง และการประกันนั้น เป็นสิ่งที่ทุกคนเข้าใจกันดีอยู่แล้ว ผู้เขียนจึงไม่จำเป็นต้องอธิบายอีก

จากคำนิยามคำว่าการลงทุนที่ได้กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่านิยามการลงทุนดังกล่าว ได้นิยามไว้อย่างกว้างในลักษณะของสินทรัพย์ (Asset-based approach) โดยรวมการลงทุนทุกรูปแบบ ทั้งการลงทุนทางตรง (Direct investment), Portfolio investment, หุ้น, เงินกู้, ทรัพย์สินทางปัญญา, สัมปทาน และสัญญา เป็นต้น<sup>19</sup>

<sup>16</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 938

<sup>17</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 143

<sup>18</sup> เพิ่งอ้าง หน้า 1176

<sup>19</sup> รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการที่ปรึกษาการวิเคราะห์การจัดทำเขตการค้าเสรีระหว่างไทย – สหรัฐอเมริกา เล่มที่ 1, ศูนย์ศึกษาเอเปคและศึกษาความร่วมมือในภูมิภาคแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 14-2

(c) with respect to Articles 8 and 10, all investments in the territory of the Party

ซึ่งใน (c) นี้หมายถึงการลงทุนทุกรูปแบบในดินแดนของภาคี ที่เกี่ยวกับมาตรการตาม Articles 8 Performance Requirements\* (ข้อกำหนดให้ดำเนินการ) และ Articles 10 Investment and Environment\*\* (การลงทุนและสิ่งแวดล้อม)

---

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking:

(a) to export a given level or percentage of goods or services;

(b) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;

(d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;

(e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;

(f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory; or

(g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market.

2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:

(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;

---

(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or

(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraph 1(f) does not apply:

(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article \_\_\_\_ [Intellectual Property Rights Chapter; Patents Article; Paragraph on use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder], or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

ในเรื่อง Performance Requirements นั้น ได้กำหนดห้ามประเทศภาคีกำหนดและบังคับใช้เงื่อนไขบังคับให้ดำเนินการ เพื่ออนุญาตให้ลงทุนหรือรับการส่งเสริมการลงทุน เช่น เงื่อนไขการใช้วัตถุดิบภายในประเทศ (local content) เงื่อนไขการซื้อหรือใช้สินค้าจากผู้ประกอบการภายในประเทศ เงื่อนไขปริมาณการนำเข้าหรือส่งออกเงินทุน เงื่อนไขจำกัดการขายสินค้าหรือให้บริการภายในประเทศเพื่อรับสิทธิประโยชน์การส่งออก และเงื่อนไขการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น

ในเรื่อง Investment and Environment นั้นในร่าง ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ไม่ได้ห้ามประเทศภาคีที่จะกำหนดหรือบังคับใช้มาตรการด้านสิ่งแวดล้อมกับการลงทุน หากมาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสม

---

(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.

(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), and (g), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.

(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any requirement other than the requirements set out in those paragraphs.

5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

“ 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 concerns.



จากข้อบ่งชี้ในเรื่อง Performance Requirements และ Investment and Environment นั้นจะเห็นได้ว่าข้อพิพาททางการลงทุนนี้ อาจรวมถึงการตั้งเงื่อนไขเพื่ออนุญาตลงทุน หรือการตั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวกับการลงทุนด้วย ดังนั้นในอนุภาคทหาคประเทศไทยเป็นภาคีของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นี้แล้ว การที่ประเทศไทยจะทำสัญญาการลงทุนที่มีการตั้งเงื่อนไขในการลงทุน หรือมีเงื่อนไขทางด้านสิ่งแวดล้อมแล้ว ก็ทำให้เกิดประเด็นข้อพิพาทตามข้อบ่งชี้ได้

นอกจากข้อบ่งชี้ตามข้อ 1.1 ที่กล่าวมาแล้วนั้น ข้อบ่งชี้ในการบังคับใช้ข้อบ่งชี้ยังขยายไปตามที่ข้อ 1.6 ของข้อบทการลงทุน บัญญัติไว้ โดยกำหนดว่า เรื่อง Most-Favored National treatment, Minimum Standard of Treatment, Expropriation and Compensation, Transfer, Performance Requirements และเรื่อง Senior Management and Boards of Directors จะใช้กับมาตรการที่ใช้ หรือที่มีอยู่ของคู่ภาคีในเรื่องของการจัดการ, การบริหาร, การขาย หรือการจัดการอื่นใดที่เกี่ยวกับการลงทุน และเกี่ยวข้องกับการลงทุนทางตรงของนักลงทุนของคู่ภาคีอีกฝ่าย ซึ่งเคยได้รับการอนุมัติเป็นพิเศษเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องของรัฐคู่ภาคีอื่น ในการให้สิทธิในเรื่องผลประโยชน์ของข้อตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุน และนักลงทุนของคู่ภาคีอื่นในการลงทุนทางตรงดังกล่าว

นอกจากข้อ 1 ในข้อบ่งชี้จะได้อำนาจกำหนดข้อบ่งชี้การใช้ไว้แล้ว ในข้อ 1 นี้เองก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยเช่นกัน โดยแบ่งออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน คือตามข้อ 1.3, 1.4 และ 1.5 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

"3. This Chapter shall not apply to subsidies or grants provided by a Party or to any conditions attached to the receipt or continued receipt of such subsidies or grants,

---

\* "Articles 4 through 9 apply to measures adopted or maintained by a Party affecting the conduct, operation and sale or other disposition of investments and relating to:

(a) direct investments of investors of the other Party, which, if so required, have been specifically approved in writing by the competent authorities concerned of the other Party as being entitled to the benefits of an agreement relating to investments; and

(b) investors of the other Party of direct investments referred to in sub-paragraph (a)."

whether or not such subsidies or grants are offered exclusively to domestic investors and investments.

4. This Chapter shall not apply to laws, regulations or policies governing the procurement by governmental agencies of goods and services purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods or the supply of services for commercial sale.

5. Articles 3 and 3 bis shall not apply to measures adopted or maintained by a Party affecting:

- (a) trade in services as defined under Chapter (trade in services);
- (b) supply of a service in its territory by an investor of the other Party; and
- (c) investments of investors of the other Party made in services sectors."

จากบทบัญญัติดังกล่าวในข้อ 1.3 กำหนดว่าข้อบทการลงทุนนี้ ไม่ใช้กับการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน หรือให้เงินช่วยเหลือ (subsidies or grants provided) หรือเงื่อนไขใดๆ ที่มาพร้อมกับการช่วยเหลือดังกล่าว ซึ่งในส่วนี้ ประเทศไทยจำเป็นต้องพิจารณาว่าอะไรบ้างที่เป็น subsidies หรือ grants provided เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้ต่อไป เพราะหากเป็นเรื่องการช่วยเหลือทางการเงินดังกล่าวแล้วประเทศไทยก็ไม่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้ เพราะไม่ถือเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้ข้อบทการลงทุนที่สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICISID ได้

ส่วนข้อ 1.4 กำหนดว่าข้อบทการลงทุนนี้ไม่ใช้กับกฎหมาย, กฎระเบียบ หรือนโยบายทางปกครอง ในเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้างสินค้า หรือบริการของหน่วยราชการ ที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของทางราชการ ทั้งนี้เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐบาลนั้น เป็นเรื่องที่มีการกำหนดเอาไว้เฉพาะในข้อบท GOVERNMENT PROCUREMENT อยู่แล้ว ดังนั้นการระงับข้อพิพาทในเรื่องนี้ก็ต้องเป็นไปตามวิธีการระงับข้อพิพาทตามข้อบท GOVERNMENT PROCUREMENT เช่นกัน จะไม่มาใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามข้อบทการลงทุนอีก

ในข้อดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ากฎหมาย, กฎระเบียบของไทยในเรื่องนี้มีกฎหมายอะไรบ้าง เพื่อที่จะได้ทราบว่ากฎหมายอะไรบ้างของประเทศไทยในเรื่องการลงทุนที่ไม่ใช้ข้อบทการลงทุนนี้บังคับ

ส่วนข้อยกเว้นข้อสุดท้ายในข้อ 1.5 นั้นกำหนดว่าข้อ 3 ของข้อบทการลงทุนเรื่องของ National Treatment จะไม่ใช้กับมาตรการที่ใช้ หรือที่มีอยู่ในเรื่องของ

- (a) trade in services
- (b) การให้บริการในดินแดน โดยนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย
- (c) การลงทุนของนักลงทุนของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายที่ทำใน service sector

ในเรื่องดังกล่าวเป็นการกำหนดการยกเว้นการใช้เรื่อง National Treatment ของข้อบทนี้ เท่านั้น ไม่ได้มีข้อห้ามในเรื่องของการระงับข้อพิพาทเอาไว้ ดังนั้นหากเป็นการลงทุนที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวที่อยู่ในข้อ 1.5 แล้ว ข้อพิพาทดังกล่าวก็ยังสามารถใช้การระงับข้อพิพาทตามข้อบทการลงทุนนี้ได้

### 2.1.2 การอนุญาตให้ลงทุน

ส่วนในเรื่องของ investment authorization นั้น ในร่างข้อบทเรื่องการลงทุนนั้นได้กำหนดนิยามไว้ในข้อ 27 คำนิยาม ไว้ว่า

"investment authorization means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party;

คำจำกัดความนี้หมายถึงการอนุญาต หรือให้สัมปทานแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศคู่สัญญา โดยเป็นการใช้อำนาจหรือการกระทำของรัฐฝ่ายเดียว (unilateral act) ที่ให้สิทธิแก่การลงทุนหรือนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของ investment agreement ที่เป็นสัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ดังนั้น จึงเป็นกรณีของการออกใบอนุญาตลงทุน การอนุญาตหรืออนุมัติให้ลงทุน หรือการออกเอกสารสิทธิให้ประกอบกิจการลงทุนในประเทศได้ เป็นต้น<sup>20</sup>

ในข้อบทการลงทุนนี้ให้คำจำกัดความว่า "Investment Authorization" หมายความว่า การอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่การลงทุนหรือนักลงทุนของประเทศภาคีคู่สัญญา โดยเป็นการใช้อำนาจเหนือ หรือเป็นการกระทำของรัฐฝ่ายเดียว (unilateral act) ที่ให้สิทธิแก่การลงทุนหรือนัก

<sup>20</sup> รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการที่ปรึกษาการวิเคราะห์การจัดทำเขตการค้าเสรีระหว่าง ไทย - สหรัฐอเมริกา เล่มที่ 2, ศูนย์ศึกษาเอเปคและศึกษาความร่วมมือในภูมิภาคแห่ง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 40-41

ลงทุนต่างชาติ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของ "Investment Agreement" ที่เป็นสัญญา 2 ฝ่าย ซึ่งเป็นกรณีของการออกใบอนุญาตลงทุน หรือการออกเอกสารสิทธิให้ประกอบกิจการลงทุนในประเทศได้เป็นต้น

### 2.1.3 สัญญาการลงทุน

ในเรื่องของ investment agreement นั้น ในร่างข้อบทเรื่องการลงทุนนั้นได้กำหนดนิยามไว้ในข้อ 27 คำนิยาม ไว้ว่า

"investment agreement means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, upon which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:

(a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;

(b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or

(c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government;

คำนิยาม investment agreement นั้นเป็นสัญญา 2 ฝ่ายระหว่างหน่วยงานของรัฐกับขอบเขตการลงทุนหรือนักลงทุนที่อนุญาตให้จัดตั้ง หรือได้รับสิทธิลงทุนในประเทศ อาทิ สัญญาอนุญาตหรือให้สิทธิสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ การให้บริการกิจการสาธารณูปโภค หรือกิจการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะ เป็นต้น เป็นที่น่าสังเกตว่าเป็นการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการจัดตั้งและได้มาซึ่งสิทธิลงทุน แต่ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิการเข้ามาลงทุนในประเทศ (admission)<sup>21</sup>

<sup>21</sup> รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการที่ปรึกษาการวิเคราะห์การจัดทำเขตการค้าเสรีระหว่างไทย - สหรัฐอเมริกา เล่มที่ 2, ศูนย์ศึกษาเอเปคและศึกษาความร่วมมือในภูมิภาคแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 40-43



จากการศึกษาลักษณะของมูลคดีพิพาทที่ขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทของ ICSID แล้วพบว่า ส่วนใหญ่แล้วเป็นมูลที่พิพาทที่เกิดขึ้นจาก สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐภาคีกับเอกชนต่างชาติ และสัญญาสัมปทานที่รัฐทำกับเอกชนเสียเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเข้าลักษณะของ investment agreement ตามข้อบทการลงทุนของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นี้ ดังนั้นในอนาคต หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ดังกล่าว ประเทศไทยอาจจะต้องมีความระมัดระวังมากขึ้นในการทำสัญญากับเอกชนของสหรัฐอเมริกาในกิจการที่เป็นการร่วมทุน และการให้สัมปทานแก่เอกชน เนื่องจากลักษณะของมูลคดีที่เกิดจากสัญญาประเภทนี้อาจขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ทั้งสิ้น

## 2.2 บุคคลผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาท

ข้อพิพาทที่เกิดจากร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาในข้อบทการลงทุนนั้น อาจเกิดขึ้นจากรัฐภาคีเข้าไปลงทุนในรัฐภาคีอีกฝ่าย หรือเอกชนเข้าไปลงทุนในรัฐภาคีอีกฝ่ายก็ได้ ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าใครสามารถเป็นฝ่ายในข้อพิพาทได้นั้น จำเป็นที่จะต้องทราบว่าคู่ภาคีที่พิพาทตามข้อบทการลงทุนนั้น หมายถึงใคร ซึ่งในข้อ 27 ของข้อบทการลงทุนได้ให้คำจำกัดความของคำว่า คู่ภาคีพิพาทไว้ว่าหมายถึง ผู้ร้อง และผู้ถูกร้อง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาต่อไปว่าใครบ้างสามารถเป็นผู้ร้อง และผู้ถูกร้องได้บ้าง ซึ่งในข้อเดียวกันนั้นก็ได้กำหนดนิยามของคำทั้งสองไว้ว่า "ผู้ร้อง หมายความว่า นักลงทุนของคู่ภาคีซึ่งเป็นฝ่ายในข้อพิพาทเรื่องการลงทุนกับคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง" ส่วนคำว่า "ผู้ถูกร้อง หมายความว่า รัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีพิพาททางการลงทุน"

จากคำนิยามคำว่าผู้ร้องดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบุคคลในข้อพิพาทที่เป็นฝ่ายผู้ร้องตามข้อบทนี้จะเป็น "นักลงทุนของรัฐภาคี" ซึ่งคำว่านักลงทุนของรัฐภาคีนั้นในข้อ 27 ของข้อบทการลงทุนได้กำหนดนิยามของนักลงทุนของรัฐภาคีว่า "นักลงทุนของรัฐภาคี หมายความว่า หมายความว่า รัฐภาคี หรือ รัฐวิสาหกิจของรัฐภาคี หรือบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติ (national)

\* disputing parties means the claimant and the respondent

\*\* claimant means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party

\*\*\* respondent means the Party that is a party to an investment dispute



หรือ วิชาธุรกิจของรัฐคู่ภาคี (enterprise of a Party) ซึ่งพยายามที่จะ, กำลัง หรือได้ลงทุนในดินแดนของรัฐคู่ภาคีอื่น”

จากนิยามตามบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่านักลงทุนของรัฐภาคีนั้นอาจแบ่งได้ออกเป็น 4 ประเภท คือ รัฐ, รัฐวิสาหกิจ, เอกชนที่เป็นบุคคลธรรมดา และเอกชนที่เป็นนิติบุคคล ทั้งนี้ผู้เขียนจะขออธิบายออกเป็น 2 หัวข้อ ดังต่อไปนี้

- รัฐที่เป็นคู่พิพาทเรื่องการลงทุนตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา
- เอกชนที่เป็นคู่พิพาทเรื่องการลงทุนตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา

### 2.2.1 รัฐที่เป็นคู่พิพาทเรื่องการลงทุนตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา

ในเรื่องของบุคคลผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาทตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาได้นั้น กรณีของฝ่ายรัฐนั้นอาจเป็นได้ทั้งผู้ร้อง และผู้ถูกร้อง ซึ่งในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นี้ มิได้กำหนดคำนิยาม หรือความหมายเอาไว้แต่อย่างใด ดังนั้นในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นที่ต้องใช้คำว่ารัฐ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คือ มีจำนวนประชากร และมีอาณาเขตที่แน่นอน ต้องมีรัฐบาลและต้องมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายถึงการมีความสามารถที่จะติดต่อและมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับรัฐอื่นได้โดยอิสระ

แต่เนื่องจากความหมายของคำว่ารัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะที่เป็นนามธรรมเกินไป ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้ว รัฐภาคีที่เป็นผู้ร้องได้นั้นจึงอาจหมายถึง วิชาธุรกิจที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ควบคุม หรือเป็นเจ้าของเข้าไปลงทุนในประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนรัฐภาคีผู้ถูกร้องจึงควรหมายถึง องค์การของรัฐซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ และส่วนราชการทั้งหลาย เทศบาล องค์กรอิสระ และรัฐวิสาหกิจที่รับการลงทุนจากวิชาธุรกิจต่างประเทศ

---

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality

## 2.2.2 เอกชนที่เป็นคู่พิพาทเรื่องการลงทุนตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา

ในเรื่องของเอกชนที่เป็นคู่พิพาททางการลงทุนได้นั้น ในเรื่องนี้เอกชนจะสามารถเป็นได้เฉพาะผู้ร้องเท่านั้น ไม่สามารถเป็นผู้ถูกร้องได้

ซึ่งจากนิยามคำว่่านักลงทุนของรัฐภาคีที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าเอกชนที่เป็นนักลงทุนนั้นอาจแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ บุคคลธรรมดา (a national of a Party) และนิติบุคคล (an enterprise of a Party) นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าบุคคล หรือนิติบุคคลใดสามารถใช้สิทธิประโยชน์ในการใช้การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้นั้นจะต้องดูหลักในเรื่อง Denial of Benefit ด้วยว่าบุคคลใดที่รัฐภาคีสามารถปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้ด้วย โดยผู้เขียนจะขออธิบายตามเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

### บุคคลธรรมดา

ในกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดานั้นจะต้องดูในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการนิยามคำว่า "คนชาติ" โดยคำว่า "คนชาติ" นี้ได้มีบัญญัติไว้ในข้อบทการลงทุนในข้อ 27 คำนิยาม ที่บัญญัติว่า "คนชาติ หมายความว่า บุคคลธรรมดาผู้ซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีตาม ภาคผนวก \_\_ [ข้อบทคำนิยามทั่วไป; ภาคผนวกคำนิยามเฉพาะรายประเทศ]"

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงต้องดูคำนิยามคำว่า "national" ใน General Provision" มาประกอบ ซึ่งบัญญัติว่า "คนชาติ หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่กล่าวถึงในภาคผนวก XX ของความตกลงนี้ หรือมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐภาคี

---

\* "national means a natural person who has the nationality of a Party according to Annex \_\_\_\_ [General Definitions Chapter; Country-Specific Definitions Annex];"

\*\* national means a natural person referred to in Annex X-X to this Agreement or a permanent resident of a Party:

National means:

(a) with respect to Thailand, []; and

คนชาติ หมายความว่า:

- (a) ตามกฎหมาย [ ] ของประเทศไทย และ
- (b) ตามคนชาติของสหรัฐที่กำหนดไว้ใน Title III ของ the Immigration and Nationality Act ของประเทศไทย"

จากนิยามคำว่า "คนชาติ" (national) ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า คนชาติ หมายความว่า บุคคลธรรมดา หรือบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยถาวรในประเทศคู่สัญญา แต่คำนิยามของ "คนชาติ" ในข้อบทนี้อาจแตกต่างกันได้ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ตามกฎหมายของแต่ละประเทศ กรณีของสหรัฐอเมริกา หมายความว่า บุคคลที่เกิดในสหรัฐอเมริกา และอาณานิคมของสหรัฐอเมริกา หรือมีบุพการีคนใดคนหนึ่งเป็นคนชาติของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้รายละเอียดเป็นไปตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ Title III of the Immigration and Nationality Act ซึ่งกรณีของประเทศไทยก็น่าจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของไทยคือ พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดเรื่องสัญชาติของบุคคลธรรมดาไว้ชัดเจนอยู่แล้ว จึงไม่น่าจะเกิดปัญหาในการพิจารณาแต่อย่างใด

#### นิติบุคคล

กรณีของนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้พิพาทในการระงับข้อพิพาท ตามข้อบทเรื่องการลงทุนนั้น ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีใช้คำว่า "Enterprise of a Party" หรือ "วิสาหกิจของรัฐภาคี" ซึ่งข้อบทเรื่องการลงทุนได้กำหนดนิยามของ Enterprise of a Party ไว้ ดังนี้

"วิสาหกิจของรัฐภาคี หมายความว่า วิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น หรือบริหารจัดการภายใต้กฎหมายของรัฐภาคี และสาขาที่จัดตั้งขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี และได้มีการประกอบธุรกิจที่นั่น"

จากคำนิยาม "วิสาหกิจของรัฐภาคี" (enterprise of a Party) ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดว่าเป็นวิสาหกิจที่จัดตั้งของประเทศนั้น และตั้งประกอบธุรกิจด้วย และรวมถึงสำนักงาน

---

(b) with respect to United States, a national of United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act;

enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there

สาขาด้วย แต่ก็ได้เพิ่มเงื่อนไขทางกฎหมายว่าเป็นสำนักงานสาขาที่ตั้งอยู่ในประเทศคู่สัญญาและประกอบธุรกิจด้วย

ซึ่งในเรื่องนี้ไม่มีกฎหมายไทยกำหนดเรื่องนิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทยเอาไว้เป็นการทั่วไป จะมีก็แต่การกำหนดว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลต่างด้าวในความหมายของกฎหมายแต่ละเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, พระราชบัญญัติเรือไทย, พระราชบัญญัติธุรกิจจำพวกและมัดคุเทศก์ เพื่อนำมาประกอบเกี่ยวกับการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิที่จะเข้าประกอบกิจการนั้นๆ ในประเทศไทย

กล่าวโดยสรุปคือ ไม่มีกฎหมายสัญชาติไทยเกี่ยวกับนิติบุคคล การที่จะถือว่านิติบุคคลใดเป็นคนชาติจะระบุไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับ โดยเฉพาะสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่ไทยทำไว้กับอารยประเทศ

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การยอมรับสภาพและสถานะของนิติบุคคลต่างชาติให้เป็นรูปธรรมมากขึ้นในระบบกฎหมายไทยเอง เพราะปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 25 เมษายน พ.ศ. 2529 และวันที่ 24 มีนาคม พ.ศ. 2535 ที่กำหนดกระบวนการจัดตั้งสำนักงานตัวแทนของนิติบุคคลต่างประเทศ (representative and regional office) ในประเทศไทยเท่านั้น

จึงอาจจะพูดได้ว่าผู้ที่ให้นำข้อพิพาทขึ้นสู่นอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าเป็นเอกชน จะหมายถึงคนชาติที่เป็นบุคคลธรรมดา และวิสาหกิจ (enterprise) ที่เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของคู่กรณี และหมายถึงบริษัทสาขาที่ตั้งอยู่ในดินแดนของคู่ภาคี และดำเนินธุรกิจอยู่ที่นั่น

แต่ถึงกระนั้น บุคคลดังกล่าวต้องไม่ใช่บุคคลที่ถูกปฏิเสธสิทธิตามข้อ 11 ของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา เรื่อง Denial of Benefits ซึ่งระบุว่า

"1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

- (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or
- (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or



circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise"

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประเทศภาคีสามารถปฏิเสธสิทธิประโยชน์กับนักลงทุน และการลงทุนของอีกประเทศภาคีหนึ่งได้ หากบุคคลของประเทศอื่น (ประเทศที่ 3) เป็นเจ้าของกิจการหรือควบคุมกิจการ และประเทศภาคีที่ปฏิเสธไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย หรือมีมาตรการห้ามทำธุรกรรม นอกจากนี้ยังรวมไปถึงวิสาหกิจที่ประเทศที่ 3 หรือประเทศผู้ให้สิทธิประโยชน์เป็นเจ้าของหรือควบคุม และไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญในประเทศคู่ภาคีด้วย

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะจำกัดสิทธิมากขึ้น โดยประเทศภาคีอาจพิจารณาไม่ให้สิทธิประโยชน์ถ้าวิสาหกิจนั้น (ซึ่งจัดตั้งในประเทศภาคีอีกฝ่ายและประสงค์ที่จะไปลงทุนหรือให้บริการในประเทศภาคีแรก) เป็นของ หรือถูกควบคุมโดยพลเมืองของประเทศภาคีแรกเอง หรือพลเมืองของประเทศที่ 3 และไม่มี การประกอบธุรกิจจริงในประเทศภาคีอีกฝ่าย ซึ่งก็คือ ไม่ให้สิทธิในกรณีที่เพียงแต่จดทะเบียนจัดตั้งวิสาหกิจในประเทศภาคีอีกฝ่าย แต่ไม่มีกิจการที่แท้จริงแล้วไปลงทุนหรือให้บริการในประเทศภาคีแรก (shell company) นัยหนึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ถือว่า การถือหุ้นโดยบุคคลประเทศที่ 3 ก็เพียงพอแล้วที่จะปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามข้อบทนี้ แต่ยังคงมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า ไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจในประเทศภาคีอีกฝ่ายด้วย ดังนั้นหากเป็นกรณีที่วิสาหกิจดังกล่าว แม้จะไม่ใช่พลเมืองสหรัฐอเมริกา ที่ถือหุ้นส่วนข้างมาก แต่ถ้ามีกิจกรรมทางธุรกิจในสหรัฐอเมริกา ก็สามารถเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และยังได้รับสิทธิประโยชน์ตามความตกลง รวมไปถึงการใช้การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ตามร่างข้อบทเรื่องการลงทุนนี้ด้วย

บทบัญญัตินี้มีรายละเอียดมากกว่าการที่ประเทศภาคีจะพิจารณาระงับไม่ให้สิทธิประโยชน์กรณีวิสาหกิจหรือผู้ลงทุนนั้นมีบุคคลประเทศที่ 3 เป็นเจ้าของหรือควบคุม ซึ่งเป็นการพิจารณาเพียงสัดส่วนการถือหุ้นหรืออำนาจการควบคุมการบริหารเป็นหลัก เช่น วิสาหกิจที่จดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา ต้องการมาลงทุนในประเทศไทย ก็จะต้องมีพลเมืองสหรัฐอเมริกา ถือหุ้น



เกินกว่า 50% หรือมีคณะผู้บริหารเป็นพลเมืองสหรัฐอเมริกา ในสัดส่วนอย่างน้อยที่กำหนด เป็นต้น จึงจะเข้าข่ายได้รับสิทธิประโยชน์

ดังนั้นจากนิยามของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบุคคลที่อาจใช้การอนุญาตตุลาการนั้นอาจรวมถึงวิสาหกิจที่อาจไม่มีพลเมืองของประเทศที่เป็นภาคีถือหุ้นส่วนข้างมาก แต่มีการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญในประเทศภาคี ด้วย

จากบทบัญญัติเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า แม้ประเทศไทยไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับนิติบุคคลว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทย แต่ร่างข้อตกลงฉบับนี้ก็กำหนดเอาไว้ชัดเจนว่า นิติบุคคลที่จะอาศัยสิทธิประโยชน์ตามข้อนี้ได้ นิติบุคคลนั้นต้องมี substantial business activities ในไทย และนิติบุคคลที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ จะต้องมีความเป็นไทยเป็นเจ้าของหรือควบคุมกิจการนั้นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งร่างข้อตกลงฉบับนี้ช่วยทำให้เกิดความชัดเจนเรื่องบุคคลที่จะได้สิทธิประโยชน์มากกว่าที่กฎหมายไทยระบุไว้เสียอีก

## 2.3 การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ – เอกชน

หลังจากที่ได้ทราบถึงมูลเหตุของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐและเอกชน และใครคือรัฐกับเอกชนแล้ว สิ่งต่อไปที่ต้องพิจารณาก็คือ การระงับข้อพิพาทดังกล่าวตามข้อบทการลงทุนนั้นมีการระงับข้อพิพาทแบบใดบ้าง มีมีกระบวนการขั้นตอนอย่างไร ซึ่งในข้อบทการลงทุนนั้น ได้มีการกำหนดเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่าง รัฐ กับ เอกชนไว้ใน Section B: Investor-State Dispute Settlement อยู่ด้วยกัน 2 วิธีคือ กระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนจะไปสู่ระดับการอนุญาตตุลาการซึ่งได้แก่ การหารือและการเจรจา และกระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ

### 2.3.1 การระงับข้อพิพาทก่อนจะไปสู่ระดับอนุญาตตุลาการ

ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดว่าหากเกิดข้อพิพาทเรื่อง investment ขึ้น คู่กรณีควรจะแก้ไขข้อพิพาทด้วยการหารือและเจรจาก่อน โดยอาจใช้คนกลางเป็นบุคคลที่ 3 ในกระบวนการดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 13 ของข้อบทเรื่องการลงทุนนี้

---

\* Article 14: Consultation and Negotiation

ส่วนในเรื่องของกระบวนการในการหารือ และการเจรจานั้นในข้อบทของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีนี้ไม่ได้กำหนดวิธีการเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงน่าจะเป็นการเปิดช่องให้คู่กรณีสามารถหารือ และเจรจากันโดยใช้กระบวนการอย่างไรก็ได้แล้วแต่จะตกลงกัน

แต่หากกระบวนการในการหารือและเจรจານี้ไม่สามารถทำให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ภายใน 6 เดือน คู่ภาคีที่พิพาทสามารถยกข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการได้

### 2.3.2 กระบวนการการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

หากกรณีที่คู่ภาคีที่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาและหารือได้ภายใน 6 เดือน คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามข้อ 15.3 ที่บัญญัติว่า

"3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1 :

---

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures.

\* Article 15: Submission of a Claim to Arbitration

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Section A,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

- (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;
- (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;
- (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or
- (d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules."

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทได้นั้น แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. ICSID ตาม ICSID Convention และ ICSID Additional Facility Rules
2. UNCITRAL ตาม UNCITRAL Arbitration Rules หรือ
3. สถาบันอนุญาโตตุลาการอื่นใดที่คู่พิพาทตกลงกัน

---

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

- (i) that the respondent has breached
  - (A) an obligation under Section A,
  - (B) an investment authorization, or
  - (C) an investment agreement;
 and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance upon the relevant investment agreement.

จากกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า คู่กรณี จะไม่สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้เลยในทันที คู่กรณีจะต้องดำเนินการเจรจาและหารือเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าวก่อน หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้จึงสามารถจะนำข้อพิพาทมาสู่การอนุญาโตตุลาการได้

ส่วนในเรื่องของการเลือกสถาบันที่จะใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนี้เป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะเลือกสถาบันใดก็ได้ในการระงับข้อพิพาทตามข้อบนี้ ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ที่เป็นภาคีตามความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นี้ ประเทศไทยก็อาจเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ซึ่งเป็นสถาบันที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศก็ได้ ซึ่งกระบวนการในการอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นไปตาม ICSID Convention (อนุสัญญากรุงวอชิงตัน) หรือ ตาม ICSID Additional Facility Rules แล้วแต่กรณี

ส่วนถ้าคู่กรณีเลือกที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL หรือการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่น ก็จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดในเรื่องการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้นๆ ประกอบกับข้อบการลงทุนนี้

ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษาเฉพาะกระบวนการการระงับข้อพิพาทโดย ICSID เท่านั้น ทั้งนี้เพราะการระงับข้อพิพาทโดย ICSID นั้น มีขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และการบังคับใช้คำชี้ขาดที่แตกต่างไปจากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการประเภทอื่นดังที่ได้กล่าวในบทต่อไป