

บทที่ 6 การลงทุน

ความตกลงที่พีพีได้กำหนดประเด็นการลงทุน (investment) ไว้เป็นหนึ่งในหัวข้อของการเจรจา โดยบทดังกล่าวถือว่ามิใช่บทสำคัญที่ถูกผลักดันโดยประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกาซึ่งมีฐานะเป็นผู้ส่งออกการลงทุนที่จะทำให้พีพีเป็นความตกลงมาตรฐานสูงแห่งศตวรรษที่ 21 บทลงทุนจึงได้รับการออกแบบให้มีการจัดทำกฎเกณฑ์ที่เอื้อให้เกิดการลงทุนระหว่างประเทศโดยเสรีและให้มีการคุ้มครองการลงทุนสูงสุด

อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศกำลังพัฒนา การจัดทำความตกลงด้านการลงทุน โดยเฉพาะความตกลงที่กำหนดให้มีการเปิดเสรีและการคุ้มครองการลงทุนอย่างกว้างขวาง ซึ่งครอบคลุมถึงการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ถือเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เนื่องจากความตกลงลักษณะดังกล่าว ถือเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุนในการออกกฎระเบียบหรือมาตรการต่างๆ ของรัฐเพื่อกำกับดูแลและควบคุมกิจกรรมการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศ ทั้งยังสร้างข้อผูกพันทางการค้าให้ประเทศภาคี ต้องเปิดเสรีการลงทุนในสาขาต่างๆ ระหว่างกันให้มีความเท่าเทียมกับคนในชาติรวมถึงให้มีความเท่าเทียมหรือสูงกว่าประเทศที่สาม

อย่างไรก็ดี โดยที่พีพีเป็นความตกลงพหุภาคี ประเทศที่เข้าร่วมการเจรจาประกอบด้วยประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีความเหลื่อมล้ำในด้านเศรษฐกิจและสังคม มีผลประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายมุ่งปกป้องมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะประเด็นเรื่องกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำให้บทลงทุนเป็นอีกหนึ่งอุปสรรคของการสรุปการเจรจา ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ร่างบทลงทุนแม้จะมีความเป็นมาตรฐานสูง แต่การเจรจาก็ยังสะท้อนความต้องการที่จะเพิ่มความยืดหยุ่นให้กับรัฐในการออกนโยบายสาธารณะที่จำเป็นเพื่อสร้างสมดุลให้กับการเปิดเสรีและการคุ้มครองการลงทุน โดยในบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์พันธกรณีของความตกลงที่พีพีเกี่ยวกับประเด็นการลงทุนระหว่างประเทศ

6.1 สารสำคัญของประเด็นการลงทุน

ร่างความตกลงที่พีพีกำหนดคำนิยามของการลงทุนไว้อย่างกว้างซึ่งครอบคลุมการลงทุนทางตรง (direct investment) และรูปแบบการถือหุ้น (portfolio investment) ซึ่งโดยผิวเผินคล้ายกับความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศทั่วไป อาทิ การลงทุนในตลาดทุน ตลาดเงิน การซื้อขายพันธบัตรและตราสารหนี้ การทำสัญญา สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สิทธิในทรัพย์สินประเภทต่างๆ ทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิการเช่า และสิทธิจำนอง เป็นต้น¹

¹ เพื่อเป็นตัวอย่างโปรดดู United State – Singapore Free Trade Agreement, Articles 15.1(13);15.4.

ทั้งนี้ ความพิเศษของคำนิยามการลงทุนคือการกำหนดให้สัญญา ที่นักลงทุนได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรกับรัฐ (written agreement) ซึ่งหมายรวมถึงสัญญาสัมปทานของรัฐในการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐควบคุมอยู่ให้ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น หากไทยเข้าร่วมความตกลงที่พีพี ไทย จำเป็นต้องพิจารณาขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองการลงทุน ทั้งที่เป็นการลงทุนระยะยาวและการลงทุนระยะสั้น การลงทุนในรูปแบบของทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้มีการระบุมาตรฐานที่ให้เป็นเพียงตามกฎหมายภายในประเทศ รวมถึงการคุ้มครองเรื่องการทำสัญญาที่ได้กล่าวมา ความตกลงที่พีพีก็ให้ถือว่าเป็นการลงทุนด้วยเช่นกัน

ความตกลงที่พีพีจำกัดการให้รัฐมีข้อยกเว้นในเรื่องการทำนโยบายสาธารณะและการจัดทำข้อสงวนในการเปิดเสรีในสาขาต่าง ๆ ของการลงทุนตามรูปแบบ negative list approach เท่ากับว่าไทยต้องเปิดเสรีการลงทุนในทุกสาขาให้กับประเทศสมาชิกที่พีพีทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกัน หากไทยมิได้ระบุข้อสงวนที่ครอบคลุมเพื่อที่จะระบุในตาราง non-conforming measures ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสาขาที่กฎหมายสงวนไว้สำหรับคนสัญชาติไทยเท่านั้น อาทิ การสื่อสาร การรับฝากเงินและธนาคาร การใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ธุรกิจการค้าด้านการเกษตร กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือความมั่นคงของประเทศกิจการสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นไฟฟ้า ประปา โทรคมนาคม การศึกษา การรักษาพยาบาล การสาธารณสุข ฯลฯ หรือในสาขาที่ไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขัน

ความตกลงที่พีพีได้ถอดแบบมาจากความตกลงนาฟต้า (NAFTA) ซึ่งได้ผนวกการลงทุนในภาคบริการ (trade in services) และภาคที่มีให้บริการ (trade in non-services) ไว้ด้วยกัน โดยมีข้อบทสำคัญ อาทิ ข้อบทห้ามรัฐกำหนดเงื่อนไขการลงทุนของนักลงทุน (prohibitions on performance requirements) ว่าด้วยการห้ามมิให้บังคับส่งออก ห้ามบังคับใช้วัตถุดิบในประเทศ ห้ามควบคุมการส่งผลกำไรและเงินตราออกนอกประเทศ และห้ามบังคับถ่ายโอนเทคโนโลยี² ซึ่งนักลงทุนมีสิทธิที่จะใช้ฟ้องร้องรัฐภาคีที่รับการลงทุน ในกรณีที่รัฐผิดพันธกรณีซึ่งเป็นไปตาม Model ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนของสหรัฐฯ (Bilateral Investment Treaty)

ภายใต้ร่างบทลงทุนของความตกลงที่พีพี นักลงทุนของประเทศคู่เจรจาจะมีสิทธิเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยโดยเสรีมากขึ้น หากมิใช่เป็นการลงทุนในสาขาที่ไทยระบุในตารางข้อสงวนและจะไม่ถูกจำกัดให้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายหรือมาตรการที่ไทยจะออกในอนาคต

นอกจากนี้ ร่างบทลงทุนที่พีพีได้กำหนดข้อบทต่างๆ ในด้านการคุ้มครองการลงทุนที่สำคัญ อาทิ ด้วยการห้ามมิให้รัฐทำการเวนคืนกิจการที่เป็นของนักลงทุนคู่ภาคี ไม่ว่าจะเป็นการเวนคืนโดยตรงหรือโดยอ้อม ยกเว้นจะเป็นการเวนคืนกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องกระทำโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ต้องเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) และจะต้องจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอเป็นธรรม และโดยไม่ชักช้าให้แก่การลงทุน³

² Ibid., Articles 15.7 and 15.8.

³ Ibid., Articles 15.5 and 15.6.

พันธกรณีดังกล่าว แม้จะมีความเป็นสากลตามหลักการคุ้มครองการลงทุนโดยทั่วไป แต่พันธกรณีการจำกัดการเวนคืนทางอ้อม ได้กลายมาเป็นประเด็นที่ถูกฟ้องร้องระหว่างประเทศภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor-to-State Dispute Settlement - ISDS) เป็นจำนวนมาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อรัฐผู้รับการลงทุนในการออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อปกป้องสาธารณะประโยชน์ ดังเช่น ในกรณีกฎหมายฉลากบรรจุภัณฑ์บุหรี (plain packaging law) ของออสเตรเลีย หรือกรณีบริษัทยาอเมริกัน อีไลลิลลี่ (Eli Lilly) กับรัฐบาลแคนาดา หรือกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น กรณีโรงไฟฟ้าบ่อนอก หินกรูด กรณีโรงบำบัดน้ำเสียคลองด่าน กรณีทางด่วนบางนา-บางพระฯ ฯลฯ ก็อาจทำให้รัฐถูกนักลงทุนสหรัฐฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายค่าชดเชยได้ ดังที่แคนาดาและเม็กซิโกประสบภายใต้ความตกลงนาฟต้า หรือที่ประเทศออสเตรเลียกำลังถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอยู่ในปัจจุบัน

นอกจากนี้ ร่างบทลงโทษภายใต้ความตกลงที่พีพีได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนในการนำข้อพิพาทที่เกิดจากการผิดพันธกรณีใดๆ ของรัฐเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ICSID) หรือคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ซึ่งมีได้มีการกำหนดหรือจำกัดขอบเขต (scope) พันธกรณีที่สามารถใช้กลไกการระงับข้อพิพาทที่กล่าวมาได้ ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบความตกลงนาฟต้า และร่างความตกลงเอ็มเอไอ การมีขอบเขตการฟ้องร้องที่เปิดกว้างในลักษณะดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยต้องเผชิญความเสี่ยงในการรับผิดชอบค่าชดเชยค่าเสียหายให้นักลงทุนต่างชาติเพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากกฎหมาย มาตรการหรือการกระทำของรัฐที่กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนประเทศภาคีโดยค่าเสียหายดังกล่าวจะถูกพิจารณาภายใต้ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นและสามารถดำเนินการอย่างเป็นอิสระจากอำนาจของศาลไทย

สาระสำคัญและรายละเอียดของบทลงโทษภายใต้ความตกลงที่พีพี เปรียบเทียบกับความตกลงอื่นๆ ที่ไทยเป็นภาคีและบทสรุปผลกระทบของความตกลงดังกล่าว ปรากฏตามตารางที่ 6.1 และตารางที่ 6.2

ตารางที่ 6.1 เปรียบเทียบสาระสำคัญของบทลงโทษภายใต้ความตกลงที่พีพีกับความตกลงต่างๆ

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
รูปแบบ การเปิดเสรี	Negative list approach (Article 12.9 ระบุ Non-conforming measures หรือมาตรการยกเว้นที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี NT, MFN, PR, SMBD สำหรับ sectors ที่ระบุในตาราง)	N/A เนื่องจากเป็นความตกลงที่มีเฉพาะเรื่องการคุ้มครองการลงทุนสำหรับการลงทุนที่ได้รับอนุญาตและได้เข้ามาจัดตั้งตามกฎหมายภายในของไทยแล้ว (post-	Positive list approach ระบุเฉพาะ sectors ที่พันธกรณีการเปิดเสรีจะมาบังคับใช้ โดยปัจจุบันไทยมีความตกลง ACIA ฉบับเดียวเท่านั้นที่ใช้รูปแบบการเปิดเสรีแบบ negative list approach ซึ่งถือว่าเป็นการ

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
		establishment)	ให้ระหว่างประเทศสมาชิก อาเซียนด้วยกันสูงที่สุด
Model	รวมการลงทุนภาคบริการ (trade in services) และ ภาคที่มีใช้บริการ (trade in non-services) ไว้ ด้วยกัน ซึ่งเป็น NAFTA Model	คุ้มครองการลงทุนทั้งภาค บริการ (trade in services) และภาคที่มีใช้ บริการ (trade in non- services)	แยกการเปิดเสรีการลงทุน ภาคบริการ (trade in services) และภาคที่มีใช้ บริการ (trade in non- services) โดยให้การ คุ้มครองการลงทุนภายใต้ บทลงทุนที่มีใช้ภาคบริการ ครอบคลุมถึงการลงทุนภาค บริการ Mode 3 (Establishment)
Definitions of investment (Article 12.2) นิยามการลงทุน	นิยามการลงทุนที่จะต้อง ได้รับความคุ้มครอง ครอบคลุมทั้ง FDI และ Portfolio investment ทรัพย์สินทางปัญญา (IP) และสัญญาสัมปทาน (concession)	มีความครอบคลุม คล้ายคลึงกับนิยามการ ลงทุนใน TPP แต่มีการ ระบุการให้ความคุ้มครอง ที่ชัดเจนว่าจะต้องเป็นการ ลงทุนที่มีได้มุ่งหวังการเก็ง กำไรเพียงอย่างเดียว	นอกจาก JTEPA ซึ่งนิยาม การลงทุนเป็นลักษณะ closed list และครอบคลุม เฉพาะการลงทุนทางตรง ความตกลงอื่นๆ มีความ ครอบคลุมคล้ายคลึงกับ นิยามการลงทุนใน TPP และรวมถึงการลงทุนใน รูปแบบสัมปทานในการ แสวงหาประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติ เช่นเดียวกับร่างมาตรฐาน BIT ของไทยอย่างไรก็ตาม ความตกลง JTEPA และ TAFTA มีการจำกัดการให้ ความคุ้มครองการลงทุนที่ เป็น FDI
National Treatment (Article 12.4) การปฏิบัติเยี่ยง	มีความสอดคล้องกับความ ตกลงทั่วไป โดยที่รัฐภาคี จะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุน ต่างชาติและการลงทุนของ	มีหลักการที่สอดคล้องกับ พันธกรณีดังกล่าวใน TPP โดยการคุ้มครอง ครอบคลุมทั้งตัวผู้ลงทุน	มีหลักการที่สอดคล้องกับ พันธกรณีดังกล่าวใน TPP โดยการคุ้มครองครอบคลุม ทั้งตัวผู้ลงทุนและการลงทุน

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
คนชาติ	ต่างชาติเสมอเหมือนนัก ลงทุนและการลงทุนของ ตน ทั้งนี้ ข้อบทดังกล่าวได้ แยกการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน และการลงทุนคนละ วรรคเพื่อให้เกิดความ ชัดเจนว่าการคุ้มครองจะ ครอบคลุมทั้งตัวผู้ลงทุน และการลงทุน	และการลงทุน	
Most Favoured Nation treatment (Article 12.5) การปฏิบัติเยี่ยง ชาติที่ได้รับความ อนุเคราะห์ยิ่ง	แม้จะมีความสอดคล้องกับ ความตกลงทั่วไปที่บังคับ ให้รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติต่อ ผู้ลงทุนและการลงทุนของ คู่ภาคีเท่าเทียมกันและที่ มิใช่ภาคี แต่ข้อบทดังกล่าวไม่มีการ กล่าวถึงข้อยกเว้นสำหรับ ความตกลงอื่นๆ มีเพียง ข้อยกเว้นในเรื่อง การ ระงับข้อพิพาทที่จะไม่ สามารถใช้ on MFN basis ได้กล่าวคือข้อ ได้เปรียบที่ภาคีได้มีการให้ ในกรอบ อื่นๆ ในเรื่องการ ระงับข้อพิพาทให้ใช้เฉพาะ กับความตกลงนั้นๆ	มีการระบุข้อยกเว้นที่ ชัดเจนโดยเฉพาะความตก ลงที่ภาคีได้มีการทำไว้ก่อน หน้านี้	ACIA และ ASEAN-China มีการระบุข้อยกเว้นที่ชัดเจน โดยเฉพาะความตกลงที่ภาคี ได้มีการทำไว้ก่อนหน้านี้ ขณะที่ ภายใต้ JTEPA คู่ ภาคีจะต้องมีการ request ระหว่างกัน ในส่วนของ TH- NZ TH-AUS FTA แม้จะไม่ มีข้อยกเว้น การให้ auto MFN เป็นการให้ในเรื่องการ คุ้มครองการลงทุน (post- establishment) โดยไม่ รวมเรื่องการเปิดเสรี (pre- establishment)
Minimum standard of treatment การปฏิบัติขั้น พื้นฐานต่อนัก ลงทุน	การปฏิบัติที่เป็นธรรมต่อ นักลงทุนโดยอ้างอิงถึง หลักจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ (customary international law) ซึ่ง อาจตีความได้กว้างกว่า	แม้จะมีการอ้างอิงถึงหลัก จารีตประเพณีระหว่าง ประเทศ (customary international law) เช่นเดียวกับใน TPP เนื่องจาก Model มีการ ระบุที่ชัดเจนว่าถึงหลัก	มีการระบุที่ชัดเจนถึงหลัก ปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่ง ครอบคลุมเฉพาะเรื่อง หลักประกันที่นักลงทุนของ ประเทศภาคีต้องได้รับความ เป็นธรรมภายใต้ กระบวนการยุติธรรมทั้งทาง

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
	ความตกลงทั่วไปเนื่องจากการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable treatment) ครอบคลุมเรื่องอื่นๆ นอกจาก หลักประกันที่นักลงทุนของประเทศภาคีต้องได้รับความเป็นธรรมภายใต้กระบวนการยุติธรรมทั้งทางแพ่งและอาญา (due process of law)	ปฏิบัติที่เป็นธรรมว่ามาตรการที่ออกจะต้องมีความเหมาะสมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในเรื่องการจัดการ การดูแลการลงทุน (post establishment) จึงอาจตีความได้ว่าให้ความคุ้มครองที่จำกัดกว่าภายใต้ TPP	แพ่งและอาญา (due process of law)
Treatment in case of armed conflict/civil strife การปฏิบัติในกรณีที่เกิดการสูญเสียจากเหตุสงครามหรือจลาจล	ว่าด้วยหลักการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนและการลงทุนในกรณีที่เกิดการสูญเสียจากเหตุสงครามหรือจลาจล โดยรัฐจะต้องออกมาตรการใดๆ ที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและจะต้องมีการชดเชยที่เหมาะสมและทันทั่วทั้งที่	อยู่ภายใต้ข้อบทการชดเชย (compensation for losses) มีหลักการมีคล้ายคลึงกัน โดยต่างกันตรงที่ในร่างมาตรฐานของไทยมีการระบุที่ชัดเจนว่าด้วยเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องการชดเชยที่จะต้องมีความเท่าเทียมกับคนในประเทศ (NT) และกับประเทศที่มีใช้ภาคี (MFN)	โดยทั่วไป ข้อบทดังกล่าวภายใต้ TPP มีหลักการที่คล้ายคลึงกับความตกลงฉบับอื่นๆ ที่ไทยเป็นภาคี โดยเฉพาะใน ASEAN-Australia-New Zealand FTA ซึ่งกล่าวถึงการออกมาตรการของรัฐที่จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ในขณะที่ความตกลงฉบับอื่นๆ อาทิ ACIA JTEPA ASEAN-China FTA มีการระบุที่ชัดเจนเหมือนในร่างมาตรฐานของไทยว่าด้วยเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องการชดเชย
Performance Requirements การระบุเงื่อนไขของรัฐในการรับการลงทุน	พันธกรณีซึ่งห้ามรัฐภาคีระบุเงื่อนไขในการรับการลงทุนแบ่งออกเป็น 3 ส่วนหลัก ประกอบด้วย 1) การห้ามมิให้รัฐมี	ไม่มีพันธกรณีดังกล่าว	ปรากฏอยู่ใน ACIA ASEAN-Australia-New Zealand FTA และใน JTEPA โดยใน ACIA ASEAN-Australia-New Zealand

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
	ข้อบังคับกับการลงทุนของ นักลงทุนต่างชาติ อาทิ เรื่องสัดส่วนการใช้วัตถุดิบ ภายในประเทศเพื่อการ ผลิต กำหนดสัดส่วนการ ส่งออกสินค้าหรือบริการ การกำหนดแหล่งที่มาการ ใช้วัตถุดิบ การบังคับการ ถ่ายโอนเทคโนโลยีหรือใช้ เทคโนโลยีในประเทศผู้รับ การลงทุน หรือการบังคับ ให้มีการส่งออกไปยังตลาด ที่กำหนด 2) การบังคับมิให้รัฐออก เงื่อนไขในการรับสิทธิ ประโยชน์ (ซึ่งอาจ เกี่ยวเนื่องกับนโยบาย ส่งเสริมการลงทุนของไทย) สำหรับการลงทุนของนัก ลงทุนต่างชาติ อาทิ เรื่อง สัดส่วนการใช้วัตถุดิบ ภายในประเทศเพื่อการ ผลิตการกำหนดแหล่งที่ใช้ วัตถุดิบหรือผู้ผลิต ภายในประเทศ 3) ข้อยกเว้นสำหรับ พันธกรณีดังกล่าว อาทิ การกำหนดเงื่อนไขเพื่อ การฝึกอบรม การจ้างงาน การวิจัยและการพัฒนา นอกจากนี้ ยังมีประเด็น ข้อยกเว้นที่อยู่ระหว่างการ เจรจา ได้แก่การกำหนด		FTA เป็นพันธกรณีที่เท่ากับ TRIMS ภายใต้ WTO และมี การยกเว้นมาตรการของรัฐ ที่มีอยู่ ในขณะที่ JTEPA มี การจัดทำตารางข้อผูกพันซึ่ง มีการยกเว้นการกำหนด เงื่อนไขของรัฐในการให้สิทธิ

สาระัตถะ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
	เงื่อนไขซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นไปตาม TRIPS และข้อบังคับที่เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งศาลหรือฝ่ายบริหารเพื่อเยียวยาการละเมิดกฎหมายการแข่งขัน (competition law) เพื่อให้เกิดความชอบธรรมและที่สำคัญที่ TPP มีความเป็นเอกลักษณ์คือข้อยกเว้นสำหรับการมีข้อบังคับของรัฐในการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน หากเงื่อนไขนั้นเป็นมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยและเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยที่มาตรการนั้นจะต้องไม่เป็นไปเพื่อกีดกันการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ		
Senior Management and Board of Directors การกำหนดเงื่อนไขด้านผู้บริหารระดับสูง	เป็นพันธกรณีที่ห้ามรัฐภาคีกำหนดสัญญาในตำแหน่งของผู้บริหารในกิจการการลงทุน ทั้งนี้รัฐภาคียังมีสิทธิกำหนดเงื่อนไขที่จะให้สัดส่วนส่วนใหญ่ของบอร์ดผู้บริหารหรือคณะกรรมการ (board of directors or committee) ต้องมี	ไม่มีพันธกรณีดังกล่าว	ปรากฏอยู่ใน ACIA ซึ่งเป็นหนึ่งในพันธกรณีที่นักลงทุนสามารถใช้ฟ้องร้องรัฐได้ (Article 32)

สาระัตถะ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
	สัญชาติหรือถิ่นพำนัก ตามที่รัฐกำหนด		
Transfer การโอน	เป็นพันธกรณีที่ให้ หลักประกันการโอน อาทิ ผลกำไรสุทธิ รายได้ เงินทุน ค่าชดเชยจากการ เวนคืนหรือจากกระบวนการ การระงับข้อพิพาทเข้า ออกจากรัฐที่รับการลงทุน โดยเสรีของนักลงทุน โดย มีข้อยกเว้นสำหรับรัฐใน การระงับหรือชะลอการ โอนของนักลงทุนในกรณีที่ กฎหมายกำหนด อาทิ การละเมิดทางแพ่งและ ทางอาญา หรือเป็นไปเพื่อ ช่วยในการบังคับคดี ทั้งนี้ สาระัตถะโดยรวมของ พันธกรณีดังกล่าวมีความ ครอบคลุมและสอดคล้อง กับหลักสากลทั่วไป	สอดคล้องกับร่าง มาตรฐานของไทยซึ่ง ประกอบด้วยหลักประกัน การโอนในเรื่องต่างๆ ครอบคลุมคล้ายคลึงกับใน TPP โดยร่างมาตรฐานของ ไทยมีการระบุในเรื่อง ค่าตอบแทนจากงานหรือ การบริการที่เกี่ยวข้องกับ การลงทุนเพิ่มเข้ามา นอกจากนี้ ร่างมาตรฐาน ของไทยยังมีความละเอียด ในเรื่องการระบุหน้าที่ของ นักลงทุนที่จะต้องปฏิบัติ ตามข้อผูกพันทางการเงิน (fulfillment of fiscal obligations) อาทิ ใน เรื่องภาษี ก่อนจึงจะได้รับ ความคุ้มครองตาม พันธกรณีดังกล่าวจากรัฐ และที่สำคัญมีข้อยกเว้น สำหรับรัฐในการระงับหรือ ชะลอการโอนโดยเสรีเพื่อ รักษาเสถียรภาพทางการเงิน (the integrity and stability of its currency, external financial position or balance of payments)	มีหลักการของพันธกรณีที่ สอดคล้องกับ TPP โดยใน กรอบพหุภาคี (ACIA, ASEAN-Australia-New Zealand, ASEAN-China) มีข้อยกเว้นสำหรับรัฐในการ ออกมาตรการชั่วคราวใน การระงับหรือชะลอการโอน โดยเสรีของนักลงทุนเพื่อ รักษาเสถียรภาพทางการเงิน
Expropriation and	พันธกรณีดังกล่าวห้ามมิให้ รัฐใช้มาตรการเวนคืนทั้ง	มีหลักการที่คล้ายคลึงกับ TPP กล่าวคือ	ความตกลงทั้งทวีภาคีและ พหุภาคีมีความสอดคล้องกับ

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
Compensation การเวนคืนและ การชดเชย	ทางตรงและทางอ้อม นอกจากในกรณีที่เป็นไป เพื่อสาธารณประโยชน์ ไม่มี การเลือกปฏิบัติ มีการจ่าย ค่าชดเชยที่รวดเร็ว เหมาะสมและเป็นไปตาม กระบวนการทางกฎหมาย โดยพันธกรณีดังกล่าวมี การกำหนดมาตรฐานการ จ่ายค่าชดเชยซึ่งต้องไม่มี ความล่าช้า เป็นไปตาม ราคาจริงของตลาดและ สามารถโอนออกได้โดย เสรี สอดคล้องกับหลัก ปฏิบัติสากลทั่วไป อย่างไรก็ดี TPP ได้ กำหนดให้มีการจ่าย ดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ที่มีการ เวนคืนจนถึงวันจ่ายจริง โดยมิได้ระบุว่าต้องเป็น ในกรณีที่มีการจ่าย ค่าชดเชยที่ล่าช้า นอกจากนี้ TPP ได้ให้ ข้อยกเว้นสำหรับการออก CL ของรัฐที่เป็นไปตาม ความตกลง TRIPS โดยไม่ ถือว่ามาตรการดังกล่าว เป็นการเวนคืนทางอ้อม และมีภาคผนวกที่ขยายคำ จำกัดความของการเวนคืน ทางตรงและทางอ้อม เพื่อให้เกิดความชัดเจน	ประกอบด้วยมาตรการ เวนคืนทั้งทางตรงและ ทางอ้อม มีการกำหนด มาตรฐานการเวนคืนและ การจ่ายค่าชดเชย อย่างไรก็ดี ร่างมาตรฐาน ไทยกำหนดให้มีการจ่าย ดอกเบี้ยเฉพาะในกรณีที่ <u>การจ่ายค่าชดเชยมีความ ล่าช้า</u> โดยอัตราดอกเบี้ย จะต้องเป็นไปตาม <u>กฎหมายภายใน</u> นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงสิทธิ ของนักลงทุนที่จะได้รับ การอุทธรณ์ในการได้รับ ค่าชดเชยซึ่งจำเป็นต้อง เป็นไปตามกระบวนการ ของกฎหมายภายใน	ร่างมาตรฐานไทย โดยความ ตกลงพหุภาคีมีการเพิ่ม ข้อยกเว้นในเรื่องมาตรการ ของรัฐในการออก CL และ ภาคผนวกเพื่อขยายคำ จำกัดความของการเวนคืน ทางตรงและทางอ้อม เช่นเดียวกับ TPP

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
Denial of Benefits การปฏิเสธการ ได้รับประโยชน์ (ตามความตกลง)	เป็นสิทธิของรัฐในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ภายใต้ความตกลง ในกรณีที่นักลงทุนไม่เข้าตามเงื่อนไข อย่างไรก็ดี TPP ให้สิทธิรัฐในการปฏิเสธอย่างมีข้อจำกัดใน 2 กรณี ได้แก่ - ในกรณีที่นิติบุคคลที่เข้ามาลงทุนนั้นเป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมกิจการโดยบุคคลที่ 3 (non-Party) หรือบุคคลที่มีสัญชาติเดียวกับรัฐผู้รับการลงทุน (denying Party) และไม่มีการดำเนินกิจการอย่างจริงจังในรัฐที่รับการลงทุน - ในกรณีที่นิติบุคคลที่เข้ามาลงทุนนั้นเป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมกิจการโดยบุคคลที่ 3 (non-Party) และรัฐผู้รับการลงทุนไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วยหรือมีมาตรการคว่ำบาตรรัฐของบุคคลที่ 3 หรือบุคคลอื่นๆ อยู่ หลักการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ดังกล่าวจึงถือเป็นการปฏิเสธอย่างแคบๆ เนื่องจากมิได้ให้สิทธิรัฐผู้รับการลงทุนปฏิเสธสิทธิประโยชน์ non-Party ที่เข้ามา	ไม่มีพันธกรณีดังกล่าว	ในกรอบพหุภาคี ไทยได้สงวนที่จะปฏิเสธสิทธิประโยชน์ภายใต้ความตกลงอย่างกว้าง โดยสามารถปฏิเสธได้ทันทีในกรณีที่นิติบุคคลที่เข้ามาลงทุนนั้นเป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมกิจการโดยบุคคลที่ 3 (non-Party) หรือบุคคลที่มีสัญชาติเดียวกับรัฐผู้รับการลงทุน โดยไม่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขอื่นๆ และในกรอบทวิภาคีไทยแบ่งการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เป็น 2 ประเภท คือในช่วงการเปิดเสรี (pre-establishment) และการคุ้มครองการลงทุน (post-establishment) โดยสงวนสิทธิของรัฐในการปฏิเสธ non-Party ในช่วงการเปิดเสรีและ non-Party ที่ไม่มี <u>การดำเนินกิจการอย่างแท้จริง</u>สำหรับการได้รับความคุ้มครองการลงทุน โดยมีเพียง JTEPA เท่านั้นที่ใช้หลักการ DOB ตาม TPP ซึ่งอาจเป็นเพราะญี่ปุ่นมีการลงทุนทางตรงมหาศาลในไทย ทำให้โอกาสที่ non-Party จะสวมสิทธิเป็นไปได้ น้อย

สาระ ความตกลง	พันธกรณีภายใต้ TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับ ต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)
	ควบคุมหรือเป็นเจ้าของ นิติบุคคลที่จดทะเบียน จัดตั้งในรัฐภาคีเสียทีเดียว แต่จะต้องมีเงื่อนไขอื่นๆ เป็นองค์ประกอบด้วย		
Investment and Environment/ Health/Safety and Labour มาตรการด้าน สิ่งแวดล้อมและ สุขอนามัย	ข้อบทดังกล่าวให้สิทธิรัฐ ในการใช้ดุลยพินิจเพื่อ ออกมาตรการที่อาจขัดต่อ พันธกรณีภายใต้ความตก ลงกับกิจกรรมการลงทุน เพื่อให้การดำเนินกิจกรรม คำนึงถึงผลกระทบต่อ สิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความปลอดภัยและ แรงงาน นอกจากนี้ ข้อบทดังกล่าว ยังสนับสนุนให้รัฐไม่ ส่งเสริมการลงทุนด้วยการ ผ่อนผันมาตรการข้างต้น เพื่อดึงดูดการลงทุนใน ประเทศ	ไม่มีข้อบทดังกล่าว แต่ ปรากฏอยู่ในรูปแบบ ข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ซึ่งมี ข้อจำกัดว่าการออก มาตรการของรัฐจะต้องไม่ เป็นการเลือกปฏิบัติหรือ โดยพลการและจะต้องเป็น มาตรการที่จำเป็นต่อการ ปกป้อง อาทิ สิ่งแวดล้อม และทรัพยากรธรรมชาติ โดยมิได้มีการกล่าวถึงเรื่อง แรงงาน	ความตกลงพหุภาคีที่ไทย เป็นภาคีอยู่ไม่มีข้อบท ดังกล่าว แต่ปรากฏอยู่ใน รูปแบบข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) มี หลักการสอดคล้องกับร่าง มาตรฐานของไทยโดยความ ตกลงทวิภาคีมีเพียง JTEPA ที่กล่าวถึงมาตรการด้าน สิ่งแวดล้อมที่มีความ คล้ายคลึงกับวรรคสองของ ข้อบทดังกล่าวภายใต้ TPP กล่าวคือให้รัฐภาคีตระหนัก ถึงความสำคัญที่จะไม่ ส่งเสริมการลงทุนด้วยการ ผ่อนผันมาตรการด้าน สิ่งแวดล้อมเพื่อดึงดูดการ ลงทุนในประเทศ แต่มิได้มี การกล่าวถึงมาตรการอื่นๆ
Corporate Social Responsibility ความรับผิดชอบต่อ การมีส่วนร่วม ขององค์กร (หลักธรรมาภิ บาล)	ข้อบทดังกล่าวสนับสนุนให้ รัฐส่งเสริมให้บริษัทที่ ลงทุนในรัฐนั้นๆ ผนวก เรื่อง CSR เข้ากับการ ดำเนินนโยบายภายในของ บริษัทให้เข้ากับ มาตรฐานสากลซึ่งอาจเป็น หลักการสากลที่รัฐให้การ สนับสนุนอยู่	ไม่มีข้อบทดังกล่าว	ไม่มีข้อบทดังกล่าว

ตารางที่ 6.2 ตารางเปรียบเทียบสาระสำคัญของกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (ISDS)

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
ขอบเขต (Scope)	- ขอบเขตเปิดกว้าง มีได้ระบุพันธกรณีที่เอกชนมีสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ - มีการระบุที่ชัดเจนที่ขอบเขตการฟ้องร้องจะไม่ครอบคลุมการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ (government procurement) และเรื่องการอุดหนุน (subsidy or grant)	- ระบุพันธกรณีที่ชัดเจนที่นักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐได้ หากมีการละเมิด - จำกัดการฟ้องร้อง เฉพาะกรณีข้อพิพาท <u>เกิดขึ้นหลังจากความตกลงมีผลใช้บังคับเท่านั้น</u>	- ความตกลงพหุภาคีมีการระบุการพันธกรณีที่ชัดเจนซึ่งเป็นช่วง post-establishment ที่นักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐได้ หากมีการละเมิด - จำกัดการฟ้องร้อง เฉพาะกรณีข้อพิพาท <u>เกิดขึ้นหลังจากความตกลงมีผลใช้บังคับเท่านั้น</u> และมีได้อยู่ระหว่างการพิจารณาภายใต้กระบวนการยุติธรรมอื่นๆ	โดยที่ขอบเขตการฟ้องร้องมิได้มีการระบุพันธกรณี ความตกลงจึงให้สิทธินักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐที่มีขอบเขตกว้าง หากรัฐละเมิดพันธกรณีใดๆ ภายใต้ความตกลง รวมถึงพันธกรณี performance requirement ซึ่งความตกลงที่ไทยเป็นภาคียังไม่มีการรวมเรื่องดังกล่าวในขอบเขตการฟ้องร้อง จึงเป็นเรื่องใหม่สำหรับไทยที่จำเป็นต้องพิจารณาสำหรับมาตรการต่าง ๆ ที่ไทยมีอยู่ โดยเฉพาะมาตรการส่งเสริมการลงทุน มาตรการสนับสนุน SMEs นอกจากนี้ขอบเขตการฟ้องร้องยังครอบคลุมถึง การผิดสัญญา investment agreement ระหว่างรัฐกับเอกชน ที่ทำให้เอกชนเกิดความเสียหายจากการยึดถือ (rely on) สัญญานั้นๆ อย่างไรก็ดี โดยที่ความตกลงมีการระบุว่าข้อพิพาทนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับการลงทุนที่ได้เกิดขึ้นแล้ว (covered investment made in the territory of a Party) จึงมีนัยของการฟ้องร้องเฉพาะช่วง post-establishment เท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายการคุ้มครองการลงทุนของไทยในปัจจุบัน

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
การเจรจา (Consultation and Negotiation)	- มีการเสนอให้มีการเจรจาเพื่อหาทางระงับข้อพิพาทในเบื้องต้นระหว่างรัฐและนักลงทุนก่อนไม่ว่าจะเป็นการประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (conciliation) การใช้บุคคลที่สามในการประนีประนอม (good offices) - ภายใต้กระบวนการหารือ TPP ยังได้มีการเสนอให้รัฐมีสิทธิที่จะบังคับให้นักลงทุนเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายในของฝ่ายบริหารก่อน (administrative review procedures) หากกฎหมายภายในกำหนดโดยมีการจำกัดเวลา review ไม่เกิน 3 เดือน	- กำหนดให้มีการเจรจาเพื่อหาทางระงับข้อพิพาทในเบื้องต้นระหว่างรัฐและนักลงทุนก่อนไม่ว่าจะเป็นการประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (conciliation) การใช้บุคคลที่สามในการประนีประนอม (good offices) ที่จะสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ - หากการหารือไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ภายในระยะเวลา 6 เดือน นักลงทุนสามารถยื่นฟ้องตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้	- บังคับให้มีการเจรจาเพื่อหาทางระงับข้อพิพาทในเบื้องต้นระหว่างรัฐและนักลงทุนก่อนที่จะสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ โดยมีกำหนดระยะเวลาการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทที่ต่างกัน ตั้งแต่มีได้ระยะเวลาไปจนถึง 6 เดือน - ACIA และ ASEAN-Australia-New Zealand กำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนสำหรับการเริ่มการหารือภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้มีการทบทวนเป็นลายลักษณ์อักษรจากอีกฝ่ายหรือภายในระยะเวลาที่ทั้งสองฝ่ายได้มีการตกลงกัน (เงื่อนไขเดียวกับ TPP)	สอดคล้องกับนโยบายของไทยในการจำกัดการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่ส่งเสริมให้รัฐและเอกชนพยายามระงับข้อพิพาทด้วยการหารือกันก่อน สำหรับการเสนอให้นักลงทุนเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายในของฝ่ายบริหารก่อน (administrative review procedures) ตามที่เท่าที่กฎหมายภายในมีใช้บังคับ (where applicable) นั้น อาจสอดคล้องกับกฎหมายภายในของไทยที่มีอยู่ ได้แก่ พ.ร.บ. เวเนคืนซึ่งมีการระบุ administrative review โดยให้รัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับคำอุทธรณ์ ซึ่งอยู่ภายในกำหนดเวลาเงื่อนไขของ TPP

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	- มีการกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนสำหรับการเริ่มการหารือ ภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้มีการทบทวนเป็นลายลักษณ์อักษรจากอีกฝ่ายหรือภายในระยะเวลาที่ทั้งสองฝ่ายได้มีการตกลงกัน			
การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Submission of a claim)	เงื่อนไข - หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาได้ภายในระยะเวลา 6 เดือน - ข้อฟ้องร้องต้องมีการระบุที่ชัดเจนว่ารัฐผิดพันธกรณีในข้อใด (obligations) การอนุญาโตตุลาการการลงทุน (investment authorization) หรือสัญญาการลงทุนอื่นๆ (investment agreement) - จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นกับการลงทุน	เงื่อนไข - หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาได้ภายในระยะเวลา 6 เดือน - จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นกับการลงทุนและนักลงทุนต้องฟ้องร้องภายใน 3 ปี นับตั้งแต่วันที่นักลงทุนทราบหรือควรที่จะทราบการผิดพันธกรณีนั้นๆ - นักลงทุนมีสิทธิยื่นฟ้องตามกระบวนการยุติธรรมภายในทั้งของฝ่ายบริหารและตุลา	เงื่อนไข - หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาได้ - จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นกับการลงทุนและนักลงทุน - ความตกลงพหุภาคีมีการจำกัดระยะเวลาฟ้องร้อง กล่าวคือต้องฟ้องร้องภายใน 3 ปี นับตั้งแต่วันที่นักลงทุนทราบหรือควรที่จะทราบการผิดพันธกรณีนั้นๆ - นักลงทุนมีสิทธิยื่นฟ้องตามกระบวนการยุติธรรมภายในหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยนักลงทุนมีสิทธิเลือกที่จะใช้ระเบียบได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL	ประเด็นที่ไทยควรพิจารณาให้ความระมัดระวัง - การละเมิดเรื่อง investment authorization ไม่มีความชัดเจนว่าครอบคลุมเรื่องสิทธิของรัฐในการเพิกถอนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนหรือไม่ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีนัยของการคุ้มครองการลงทุนในช่วง pre-establishment และในความตกลงทวิภาคี Thailand-New Zealand และ Thailand-Australia FTA มีการระบุที่ชัดเจนที่นักลงทุนจะไม่สามารถฟ้องร้องรัฐภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับผลการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐในเรื่องการอนุญาโตให้เข้ามาลงทุนหรือขยายการลงทุน - นอกจากนี้ ยังมีการให้นักลงทุนฟ้องร้องรัฐสำหรับการผิดสัญญา

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	และนักลงทุน - กฎระเบียบที่ใช้ในการยื่นฟ้อง ได้แก่ ICSID rules, ICSID additional facilities rules, UNCITRAL arbitration rules หรือที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันต้องฟ้องร้องภายใน 3 ปี นับตั้งแต่วันที่นักลงทุนทราบหรือควรที่จะทราบการผิดพันกรณีนั้นๆ - จำกัดให้นักลงทุนใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางใดทางหนึ่งโดยผู้ฟ้องต้องระบุเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะสละสิทธิในการฟ้องร้องช่องทางอื่น ๆ ตามกระบวนการยุติธรรมภายใน (fork in the road) - อนุญาตให้ผู้ฟ้องขอคำสั่งศาลชั่วคราว	การ (court or administrative tribunal) โดยไม่มีข้อบังคับที่ต้อง exhaust local remedy ก่อน หรือหากเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ นักลงทุนมีสิทธิเลือกที่จะใช้ระเบียบใดก็ได้ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันทางเลือกดังกล่าวเป็นไปตาม TPP - จำกัดให้นักลงทุนใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางใดทางหนึ่ง นอกเหนือจาก local remedy	arbitration rules กฎระเบียบภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการท้องถิ่น (ACIA) หรือที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน - จำกัดให้นักลงทุนใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางใดทางหนึ่ง หากมีการยื่นฟ้องตามกระบวนการตุลาการภายใน จะต้องเพิกถอนการฟ้องร้องก่อนมีสิทธิเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (fork in the road) ซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับ TPP - ความตกลงพหุภาคีมีการระบุให้ผู้ฟ้องสามารถขอคำสั่งศาลชั่วคราว (interim injunctive relief) เพื่อปกป้องทรัพย์สินของผู้ฟ้องในระหว่างที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังไม่สิ้นสุด	ลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน investment agreement ทำให้เกิดความเสียหายกับการลงทุน ซึ่งมาจากการยึดถือสัญญานั้นๆ ประเด็นดังกล่าวอาจอยู่นอกเหนือนโยบายการให้ความคุ้มครองการลงทุนของไทยที่ไม่ต้องการขยายช่องทางการฟ้องร้องรัฐเพิ่มเติมจากในสัญญาเอกชนนั้นๆ โดยหลักการอื่นๆ ถือว่ามีความสอดคล้องกับนโยบายการคุ้มครองการลงทุนของไทยที่ผ่านมา

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	(interim injunctive relief) เพื่อปกป้องทรัพย์สินของผู้ฟ้องในระหว่างที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังไม่สิ้นสุด			
การยินยอม (Consent to arbitration)	การเข้าเป็นภาคีในความตกลงนี้ได้ถือว่ามีรัฐให้การยินยอมที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอัตโนมัติ ซึ่งเป็นหนึ่งในข้อบังคับของ ICSID	ไม่มีข้อบทดังกล่าว	ไม่มีข้อบทดังกล่าว โดยความตกลงพหุภาคีกำหนดเพียงให้เป็นไปตามทางเลือกของนักลงทุน (investor's choices) ในการใช้กฎระเบียบในการยื่นฟ้อง ยกเว้น JTEPA ซึ่งมีการระบุเรื่องยินยอมเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอัตโนมัติ (auto consent) แต่มีเงื่อนไขว่านักลงทุนจะต้องฟ้องร้องภายในระยะเวลา 2 ปี นับตั้งแต่วันที่นักลงทุนทราบหรือควรที่จะทราบการผิดพันธกรณีนั้นๆ	โดยปกติ ความตกลงที่ผ่านมาไทยไม่มีการระบุการยินยอมเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอัตโนมัติ (auto consent) แต่จะระบุเป็นทางเลือกของนักลงทุน (investor's choices) ในการใช้กฎระเบียบในการยื่นฟ้อง ซึ่งรัฐอาจต้องให้การยินยอมในอีกชั้นหนึ่ง
การเลือกอนุญาโตตุลาการ (Selection of arbitrators)	ประกอบด้วย 3 คน โดยแต่ละฝ่ายเลือก 1 คน และร่วมกันเลือกคนที่ 3 โดยหากยังไม่มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 75 วัน	ไม่มีข้อบทดังกล่าว แต่ให้ปฏิบัติตามกฎระเบียบที่นักลงทุนเลือกได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules,	ข้อบทดังกล่าวปรากฏอยู่ภายใต้ความตกลงพหุภาคีและ JTEPA ซึ่งสอดคล้องกับ TPP โดยมีข้อกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายเลือกและระยะเวลาที่จะต้องมีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (ภายใน	การเลือกอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องกับหลักสากลทั่วไปและคล้ายคลึงกับความตกลงทวิภาคีและพหุภาคีที่ไทยเป็นภาคี

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	Secretary-General มีอำนาจในการแต่งตั้ง โดยที่ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่มีสัญชาติเดียวกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ จะมีการตกลงกันเป็นอื่น และระบุมารเลือกอนุญาโตตุลาการตามกฎระเบียบของ ICSID	UNCITRAL arbitration rules หรือที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน	75 วัน นับจากวันที่มีการยื่นฟ้อง) อย่างชัดเจน	
กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Conduct of arbitration)	- คู่พิพาทมีสิทธิตกลงเลือกสถานที่สำหรับการระงับข้อพิพาท หากตกลงกันไม่ได้ คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายเลือกใช้โดยจะต้องอยู่ภายในรัฐที่เป็นภาคี New York Convention - มีการเสนอให้ใช้ความเห็นของบุคคลที่ 3	- ไม่มีข้อบทดังกล่าว แต่ให้เป็นไปตามกฎระเบียบที่นักลงทุนเลือกได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน	- ความตกลงพหุภาคีกำหนดวิธีพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านต่อข้อฟ้องร้อง - คู่พิพาทมีสิทธิตกลงเลือกสถานที่สำหรับการระงับข้อพิพาท หากตกลงกันไม่ได้ คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายเลือกใช้ โดยจะต้องอยู่ภายในรัฐที่เป็นภาคี New York Convention - มีการกำหนดให้มีการเจรจาหารือระหว่างรัฐภาคีในกรณีที่คำฟ้องเกี่ยวข้องกับมาตรการทางภาษีของ	กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องกับหลักสากลทั่วไปและคล้ายคลึงกับความตกลงพหุภาคีที่ไทยเป็นภาคี อย่างไรก็ดี โดยที่ TPP มีแนวคิดเพิ่มเติมในเรื่องการใช้ความเห็นของบุคคลที่ 3 ประกอบการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ (amicus curiae) และ appellate mechanism สำหรับอนาคต จึงเป็น 2 ประเด็นที่ไทยอาจต้องพิจารณาในเชิงนโยบาย เนื่องจากรัฐภาคีมีสิทธิที่จะกำหนดกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการโดยอิสระ เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและไม่เป็นภาระกับรัฐจนเกินไป

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	ประกอบกรพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ (amicus curiae) - มีการระบุอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (competence) ในการตัดสินว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในอำนาจการพิจารณาหรือไม่ พร้อมทั้งกระบวนการคัดค้านอำนาจในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ - มีการกล่าวถึงการจัดตั้ง appellate mechanism สำหรับอนาคต		รัฐที่ละเมิดพันธกรณีการเวนคืนทางตรงและทางอ้อมเพื่อพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวผิดพันธกรณีหรือไม่	
ความโปร่งใส (Transparency of arbitral proceeding)	- กำหนดให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างเปิดเผย (open public hearing) - ระบุเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการ	ไม่มีข้อบทดังกล่าว แต่ให้เป็นไปตามกฎระเบียบที่นักลงทุนเลือกได้แก่ ICSID rules, ICSID Additional	ความตกลงพหุภาคีมีการจำกัดการเปิดเผยต่อสาธารณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยระบุเพียงรัฐผู้เป็นคู่พิพาทอาจเผยแพร่คำตัดสิน (awards/decisions)	ข้อพิจารณาที่ไทยควรให้ควมระมัดระวัง - มีการระบุเรื่องความโปร่งใสในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการอย่างละเอียดและชัดเจน ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวจะแทนที่กฎ transparency ภายใต้

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	ผู้คดีที่ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ อาทิ คำฟ้อง บันทึกการพิจารณา คัดตัดสิน - มีข้อยกเว้นเพื่อปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับ	Facilities Rules, UNCITRAL arbitration rules หรือที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน	ของคณะอนุญาโตตุลาการและมีข้อยกเว้นเพื่อปกป้องข้อมูลที่เป็นความลับ	กฎระเบียบที่ใช้ยื่นฟ้องอื่นๆ (ICSID, UNCITRAL) โดยไม่มีการยกเว้นว่าคู่พิพาทสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ - ความตกลงที่ไทยเป็นภาคีที่ผ่านมาการเปิดเผยต่อสาธารณะจำกัดอยู่เพียงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ (decisions/awards)
การตีความของภาคผนวก (Interpretation of annexes)	ในกรณีที่รัฐมีข้อคัดค้านว่ามาตรการที่ออกสอดคล้องกับข้อยกเว้นในภาคผนวก (NCM) รัฐมีสิทธิที่จะขอให้ joint commission เพื่อตีความภาคผนวก โดยต้องมีการตัดสินภายใน 90 วันนับจากวันร้องขอ - คำตัดสินของ Joint commission จะมีผลผูกพันกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ	คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการต้องอยู่บนพื้นฐานของการตีความพันธกรณี (เนื่องจากร่างมาตรฐานไทยไม่มีภาคผนวกด้านมาตรการของรัฐ) ที่ออกโดย Joint Committee on Investment ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนระดับสูง (senior representatives) ของรัฐภาคี	ความตกลงพหุภาคีมีการกล่าวถึงหลักการการตีความร่วม (joint interpretation) ภายใต้ข้อบท Governing Law ซึ่งระบุว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการต้องอยู่บนพื้นฐานของการตีความพันธกรณีสันติร่วมกันระหว่างรัฐภาคีโดยมีกำหนดระยะเวลาการยื่นการตีความที่ชัดเจน และ คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับ joint interpretation ดังกล่าวซึ่งจะมีผลผูกพันกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ	มีหลักการสอดคล้องกับข้อบท Joint Interpretation ภายใต้ความตกลงอื่นๆ ที่ไทยเป็นภาคีซึ่งภาคีมีสิทธิที่จะยื่นการตีความที่เกี่ยวกับพันธกรณีภายใต้ความตกลงนั้นๆ และมีผลผูกพันกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ
คำตัดสิน (Award)	- ต้องเป็นในรูปแบบของค่าชดเชยหรือทรัพย์สิน ค่าธรรมเนียมที่	- การบังคับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตาม	โดยทั่วไปมีหลักการคล้ายคลึงกับ TPP โดยเฉพาะความตกลงพหุภาคีและ JTEPA มี	โดยที่ไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคี ICSID Convention การบังคับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention ซึ่ง

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	เกี่ยวข้อง - ไม่สามารถให้ค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษได้ (punitive damage) - ค่าตัดสินมีผลผูกพัน - ระบุเงื่อนไขการบังคับค่าตัดสินสำหรับ ICSID 120 วัน หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้คำตัดสิน หากไม่มีการโต้แย้งหรือกระบวนการขอแก้ไขคำตัดสินได้เสร็จสมบูรณ์แล้ว และ 90 วัน หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ให้คำตัดสิน หากไม่มีการโต้แย้งหรือศาลมีคำสั่งให้แก้ไขคำตัดสินหรือไม่มีการอุทธรณ์สำหรับ ICSID Additional Facilities Rule หรือ UNCITRAL rules	กฎหมายภายใน - ให้ถือว่าคำตัดสินที่ได้มีการบังคับแล้วเป็นที่สิ้นสุดและมีผลผูกพันกับทั้งสองฝ่าย	รายละเอียดที่สอดคล้องกับ TPP ดังนี้ - ต้องเป็นในรูปของค่าชดเชยหรือทรัพย์สินค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้อง - ไม่สามารถให้ค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษได้ (punitive damage) - ค่าตัดสินมีผลผูกพัน - ค่าตัดสินอาจรวมถึงเรื่องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ - เงื่อนไขการบังคับค่าตัดสินสำหรับ ICSID ICSID Additional Facilities Rule หรือ UNCITRAL rules อย่างไรก็ดี ความตกลงที่ไทยเป็นภาคีมีการระบุที่ชัดเจนว่าการบังคับค่าตัดสินจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายใน จึงไม่มีหลักการเรื่อง auto enforcement	เป็นการบังคับโดยอัตโนมัติ ซึ่งไม่ต้องใช้ศาลในการบังคับคำตัดสินนั้น (award enforcement) อาจขัดต่อหลักกฎหมายไทย

องค์ประกอบที่สำคัญ	TPP	ร่างมาตรฐาน BIT ของไทย	ความตกลง FTA ฉบับต่างๆ ของไทย (JTEPA, TH-NZ, TH-AUS, ACIA, ASEAN-China)	นัยด้านกฎหมาย
	- ระบุช่องทางสำหรับกรณีที่รัฐไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินขออนุญาตตุลาการ - ผู้ฟ้องสามารถเลือกที่จะบังคับคำตัดสินของอนุญาตตุลาการตาม ICSID Convention, New York Convention, Inter-American Convention			

6.2 บทวิเคราะห์ประเด็นการลงทุน

ร่างบทลงทุนภายใต้ความตกลงทีพีพี ถือเป็นบทที่มีมาตรฐานสูงแต่ก็มีความสอดคล้องกับหลักสากล ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเสรีและการคุ้มครองการลงทุนกล่าวคือมีพันธกรณีที่ผูกพันรัฐ โดยเฉพาะเรื่องการให้ความคุ้มครองการลงทุนแก่นักลงทุนและการลงทุน เพื่อมิให้มีการเลือกปฏิบัติ หรือมิให้มีการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีมีความสูญเสียที่เกิดจากมาตรการของรัฐ หรือมีการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนใดๆ ที่เป็นการกีดกันด้านการค้าและการลงทุน นักลงทุนจะมีช่องทางที่เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐได้ แต่ในขณะเดียวกัน ร่างบทลงทุนดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นและสะท้อนความต้องการของคู่เจรจาที่จะให้มีมาตรการผ่อนปรนเพื่อให้รัฐมี policy space ในการดำเนินนโยบายภายในที่เป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการให้ความสำคัญกับการออกมาตรการของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสุขอนามัย ความปลอดภัย แรงงาน สิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ

แม้ร่างบทลงทุนภายใต้ความตกลงทีพีพี จะมีความเป็นมาตรฐานสากลและให้สิทธิรัฐในการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อสาธารณะประโยชน์ สำหรับประเทศไทยการยอมรับพันธกรณีและข้อผูกพันของบทลงทุนภายใต้ความตกลงทีพีพี ยังถือเป็นความท้าทายซึ่งต้องอาศัยการปรับเปลี่ยนนโยบายทั้งการเปิดเสรีและขอบเขตการให้ความคุ้มครองเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเปิดเสรีแบบ negative list โครงสร้างบทลงทุนในรูปแบบของความตกลงนาฟต้า (NAFTA) ที่รวมบทลงทุน และการค้าบริการใน Mode 3 ไว้ด้วยกัน

ประเด็นที่ไทยจำเป็นต้องพิจารณาในส่วนของการคุ้มครองการลงทุน ได้แก่

- 1) การให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ครอบคลุมถึง การลงทุนแบบเงินลงทุนในหลักทรัพย์ (portfolio investment) และสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (investment agreement)
- 2) การให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกับรัฐภาคีโดยอัตโนมัติสำหรับความตกลงที่ไทยได้เป็นภาคีหรือจะเข้าเป็นภาคีในอนาคต (auto MFN)
- 3) มาตรฐานการปฏิบัติต่อนักลงทุนซึ่งมิได้จำกัดเพียงหลักประกันในเรื่องกระบวนการยุติธรรม แต่อาจหมายรวมถึงการให้การประกันในสิทธิและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- 4) การจำกัดเงื่อนไขการรับการลงทุนของรัฐ (performance requirements) ซึ่งเป็นหนึ่งในพันธกรณีที่นักลงทุนมีสิทธิฟ้องร้องรัฐภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (ISDS)
- 5) เรื่องการโอนที่ปราศจากมาตรการปกป้อง (safeguard measure) ในกรณีเกิดวิกฤตการเงิน ขอบเขตการเวนคืนทางอ้อมที่ครอบคลุมถึงการผิดสัญญาของรัฐ
- 6) สิทธิของรัฐในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ (denial of benefits) ภายใต้ความตกลงที่เป็นไปอย่างจำกัด และ
- 7) หลักการภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่อาจไม่สอดคล้องกับนโยบายและกฎหมายไทย

การเปิดเสรีในรูปแบบที่กำหนดในร่างบทการลงทุนภายใต้ความตกลงทีพีพีดังกล่าว เป็นการเปิดเสรีที่เปิดกว้างกว่าแนวทาง Positive List approach ซึ่งเป็นแนวทางการเปิดเสรีที่ไทยใช้ในปัจจุบัน ไทยจึง

จำเป็นต้องเพิ่มความระมัดระวังในการจัดทำข้อสงวนโดยต้องมีการระบุสาขาการลงทุนและมาตรการของรัฐให้มีความครอบคลุม

นอกจากนี้ พันธกรณีพื้นฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหลัก NT, MFN, PR, SMBD จะยังถูกบังคับใช้กับมาตรการใหม่ของรัฐในอนาคต โดยให้ข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับมาตรการที่รัฐดำเนินอยู่ในปัจจุบันหรือมีการดำเนินการปรับปรุงอยู่ (continuation or prompt renewal) สำหรับมาตรการที่รัฐระบุในตารางข้อสงวน ดังนั้น หากไทยมิได้ระบุมาตรการและสาขาการลงทุนในตารางข้อสงวน ไทยจะไม่สามารถจำกัดกิจกรรมการลงทุนของนักลงทุนประเทศภาคีตามกฎหมายหรือนโยบายภายในได้ และแม้ไทยจะทำข้อสงวน การออกมาตรการหรือการต้องการปกป้องสาขาการลงทุนใหม่ๆ ในอนาคต อาทิ ธุรกิจที่ผู้ประกอบการในประเทศยังไม่พร้อมแข่งขันจะเป็นไปด้วยความยากลำบากเนื่องจากต้องคำนึงถึงพันธกรณีภายใต้ความตกลงที่พีพีที่มีอยู่เป็นสำคัญ

ในส่วนของคำนิยามการลงทุน (investment definitions) ไทยจำเป็นต้องมีนโยบายที่ชัดเจน ในการให้ความคุ้มครองการลงทุนว่าจะจำกัดความคุ้มครองเฉพาะการลงทุนทางตรงหรือไม่ โดยอาจคำนึงถึงแนวโน้มการลงทุนในปัจจุบัน และแนวทางปฏิบัติของนานาประเทศเป็นองค์ประกอบ เนื่องจากความตกลงที่พีพีมิได้จำกัดเพียงการลงทุนทางตรง

นอกจากนี้ โดยที่ความตกลงที่พีพีมีการเจรจาเรื่องคำนิยามของการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่ ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (written agreement) ที่จะต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้ร่างบทลงทุนของความตกลงที่พีพีซึ่งหมายถึงสัญญาสัมปทานของรัฐในการแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐ ควบคุมอยู่ ที่จะต้องได้รับการชดเชย หากรัฐผู้รับการลงทุนกระทำผิดสัญญานั้นๆ ประเทศไทยจึงต้องมีความ ระมัดระวังในเรื่องภาระการให้ความคุ้มครองที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทานซึ่งจะส่งผลให้ เอกชนมีสิทธิใช้บทลงทุนของทีพีพีในการฟ้องร้องรัฐ (investor-state dispute settlement) ได้อีกทางหนึ่ง

ประเด็นดังกล่าวถือเป็นลักษณะเดียวกับ umbrella clause ซึ่งปัจจุบันไทยมีนโยบายที่จะ หลีกเลี่ยง เนื่องจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนในเชิงพาณิชย์อาจมีข้อผูกพันที่นอกเหนือจากพันธกรณี ภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับรัฐ การเปิดช่องให้นักลงทุนสามารถใช้ความตกลงฟ้องร้องได้ อีกช่องทางหนึ่งในกรณีที่รัฐกระทำผิดสัญญาเอกชนอาจถือเป็นการขยายสิทธิให้นักลงทุนเกินความจำเป็น และเพิ่มความเสี่ยงสำหรับรัฐในการถูกฟ้องร้อง

สำหรับพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ สิ่งที่ประเทศไทยควรพิจารณาให้ความระมัดระวังคือ การ จัดทำข้อสงวนสำหรับกิจกรรมการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อาทิ การทำเรือกสวนไร่นา ที่อนุญาตให้เฉพาะคนไทยทำ อย่างไรก็ตาม แม้พันธกรณีดังกล่าวจะไม่ถูกบังคับใช้กับ มาตรการในปัจจุบัน ไทยจำเป็นต้องคำนึงถึงมาตรการที่จะออกในอนาคต

นอกจากนี้ ความตกลงที่พีพีให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ที่เปิด กว้าง เนื่องจากความตกลงที่พีพีบังคับให้รัฐภาคีต้องให้ประโยชน์ที่เท่าเทียมหรือสูงกว่าความตกลงอื่นๆ ไม่ว่า

จากความตกลงที่รัฐภาคีได้จัดทำก่อนหน้านี้หรือในอนาคตกับประเทศอื่นๆ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อยกเว้น (auto MFN) ซึ่งสำหรับไทยแล้ว ความตกลงที่ประเทศไทยได้ให้ประโยชน์สูงสุดคือ ความตกลงด้านการลงทุนของอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement – ACIA) ซึ่งมีการเปิดเสรีที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติ อาทิ การทำประมง (การอนุญาตให้เพาะเลี้ยงสัตว์น้ำบางประเภท อาทิ กุ้งมังกร ปลาหูฉลามในกระชังน้ำลึก) ป่าไม้ (ป่าปลูก) ไทยจึงจำเป็นต้องมีความระมัดระวังเป็นพิเศษสำหรับการขยายพันธกรณีในเรื่องดังกล่าวไปยังประเทศอื่นนอกอาเซียน

พันธกรณีการปฏิบัติขั้นพื้นฐานต่อนักลงทุนเป็นอีกพันธกรณีที่มีความสำคัญและมักถูกใช้ในการฟ้องร้องรัฐในการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ ภายใต้ร่างบทลงทุนที่พีพี พันธกรณีดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างกว่าความตกลงทั่วไป โดยพันธกรณีดังกล่าวครอบคลุมไม่แต่เฉพาะหลักประกันในเรื่องกระบวนการยุติธรรมแต่หมายรวมถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักลงทุนตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย (Annex 12B) การยอมรับพันธกรณีดังกล่าวจึงต้องมีความระมัดระวังเนื่องจากการขยายมาตรฐานการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งครอบคลุมไม่แต่เฉพาะในนิติกฎหมายแต่รวมถึงมิติเศรษฐกิจ

สำหรับพันธกรณีการปฏิบัติในกรณีที่เกิดการสูญเสียจากเหตุสงครามหรือจลาจล เนื้อหาของพันธกรณีดังกล่าวถือว่ามีความเป็นมาตรฐานสากลตามหลักการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ไทยควรพิจารณาศึกษาว่ามีมาตรการของรัฐในกรณีที่ความเสียหายเกิดกับการลงทุนและผู้ลงทุนของประเทศภาคีที่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ โดยเฉพาะในเรื่องมาตรการเยียวยา เนื่องจากร่างข้อบทดังกล่าวกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องมีการชดเชยความเสียหายที่เท่าเทียม

อย่างไรก็ดี ร่างข้อบทดังกล่าวได้ให้ข้อยกเว้นสำหรับมาตรการอุดหนุนของรัฐ (grants or subsidies) ซึ่งจะไม่ถือเป็นมาตรการเลือกปฏิบัติ ในกรณีที่เกิดความสูญเสียจากเหตุดังกล่าว แต่ก็ยังจำเป็นต้องมีการตีความในเรื่องของขอบเขตคำนิยาม grants or subsidies ให้มีความชัดเจน

พันธกรณีเรื่องการกำหนดเงื่อนไขของรัฐในการรับการลงทุนถือว่าเป็นอีกหนึ่งพันธกรณีที่มีมาตรฐานสูง และแตกต่างจากที่มีอยู่ในความตกลงทั่วไป ดังนี้

- เป็นพันธกรณีที่มีขอบเขตเกินความตกลงทริมส์ (TRIMS) ภายใต้องค์การการค้าโลก ซึ่งว่าด้วยการกำหนดเงื่อนไขการค้าสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยไม่มีเรื่องภาคบริการ
- เป็นพันธกรณีที่ห้ามมิให้รัฐกำหนดเงื่อนไขการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับทั้งก่อนและหลังจัดตั้งการลงทุน (Pre/post-establishment)
- แม้พันธกรณีดังกล่าวจะมีข้อยกเว้นดังรายละเอียดปรากฏในตารางเปรียบเทียบสาระัตถะความตกลงด้านการลงทุน ในกรณีที่รัฐมีการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว นักลงทุนมีสิทธิในการฟ้องร้องรัฐภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (ISDS)

ดังนั้น ไทยจำเป็นต้องพิจารณามาตรการที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะมาตรการส่งเสริมการลงทุน เนื่องจากเป็นมาตรการที่อาจมีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับนักลงทุนที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นในการยกเว้นภาษี การนำเข้าเครื่องมือการผลิต สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองการลงทุน

สำหรับพันธกรณีการกำหนดเงื่อนไขด้านผู้บริหารระดับสูง (SMBD) ไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งมีข้อกำหนดในเรื่องสัญชาติและสัดส่วนของผู้บริหารอยู่ใน พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามคำนิยามบุคคลต่างด้าวตามมาตรา 4(3) สำหรับนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งจะไม่สามารถประกอบกิจการหรือจะต้องมีเงื่อนไขในการขออนุญาตประกอบกิจการ ตามบัญชีแนบท้าย พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ และโดยที่พันธกรณีดังกล่าว เป็นหนึ่งในพันธกรณีที่นักลงทุนสามารถใช้ฟ้องร้องรัฐภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนได้ ประเทศไทยจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการระบุมาตรการหรือกฎหมายดังกล่าวในการจัดทำตารางข้อสงวน

สำหรับพันธกรณีการโอน แม้พันธกรณีดังกล่าวภายใต้ร่างบทลงทุนของความตกลงทีพีพี และร่างมาตรฐานไทยจะมีความคล้ายคลึงกันโดยรวมซึ่งสอดคล้องกับหลักมาตรฐานสากล ไทยได้ให้ความสำคัญกับข้อยกเว้นสำหรับรัฐในการระงับหรือชะลอการโอนโดยเสรี เพื่อรักษาเสถียรภาพทางการเงินเพื่อให้รัฐมีสิทธิใช้มาตรการทางการเงินเข้าแทรกแซงโดยชั่วคราวในกรณีที่เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ภายใต้พันธกรณีการโอน หรือบทลงทุนของความตกลงทีพีพี ซึ่งโดยทั่วไปจะเรียกว่า มาตรการปกป้อง (safeguard measures)

สำหรับพันธกรณีการเวนคืนและการชดเชย โดยที่ร่างบทลงทุนของความตกลงทีพีพี มีการกำหนดการจ่ายดอกเบี้ยโดยที่ไม่ระบุกรณีและเป็นอัตราดอกเบี้ยที่เป็นไปตามกลไกตลาด ไทยจำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อกำหนดดังกล่าวอาจขัดต่อ พ.ร.บ. เวนคืน พ.ศ. 2530 ซึ่งมีการกำหนดการจ่ายอัตราดอกเบี้ยซึ่งเป็นอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินหรือไม่ อย่างไรก็ดี พ.ร.บ. ดังกล่าว ใช้บังคับกับการเวนคืนทางตรงเป็นหลัก การพิจารณาเรื่องอัตราดอกเบี้ยสำหรับการชดเชยในกรณีการเวนคืนทางอ้อมอาจต้องเป็นไปในเชิงนโยบาย

นอกจากนี้ โดยที่ร่างบทลงทุนของความตกลงทีพีพีมีภาคผนวกที่ขยายคำจำกัดความของการเวนคืนทางตรงและทางอ้อม ซึ่งจะมีบทบาทความสำคัญสำหรับการตีความและตัดสินคดีว่า รัฐภาคีได้กระทำการผิดพันธกรณีดังกล่าวหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีของการเวนคืนทางอ้อม (indirect expropriation) ซึ่งมีการระบุอย่างชัดเจนถึงมาตรการของรัฐที่ทำให้ทรัพย์สินของนักลงทุนสูญเสียอย่างยั่งยืน หรือไม่มีกำหนดระยะเวลาและไม่สมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์สำหรับสาธารณประโยชน์

และอีกกรณีหนึ่งที่ประเทศไทยจำเป็นต้องเพิ่มความระมัดระวังคือ การระบุว่าการผิดสัญญาของรัฐ (breach of state's prior binding written commitment...whether by contract, license or legal document) ซึ่งจะนำไปสู่การผิดพันธกรณีดังกล่าวเช่นกัน พันธกรณีดังกล่าวโดยทั่วไปจะอยู่ภายใต้ “Umbrella Clause” ซึ่งไทยมีนโยบายที่จะหลีกเลี่ยงข้อผูกพันดังกล่าวอยู่แล้ว เนื่องจากสัญญาของรัฐและเอกชนโดยปกติจะมีการกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้สัญญานั้นๆ อยู่แล้ว

อย่างไรก็ดี พันธกรณีดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะที่ให้ข้อยกเว้นในเรื่องการผิดสัญญาของรัฐ สำหรับมาตรการของรัฐที่จำเป็นที่ออกเพื่อปกป้องสาธารณะประโยชน์ (public welfare) สุขอนามัย (public health) และสิ่งแวดล้อม (environment) ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวมีลักษณะที่เปิดกว้างและอาจจำเป็นสำหรับไทยในการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย หรือนโยบายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุขปภคที่จำเป็น

สำหรับการให้สิทธิรัฐในการปฏิเสธการให้ประโยชน์ (ตามความตกลง) ไทยจำเป็นต้องพิจารณาในเชิงนโยบาย โดยเฉพาะในกรอบพหุภาคีซึ่งมักมีประเด็นการใช้สิทธิของฝ่ายที่ไม่ใช่คู่สัญญา (non-Party) เนื่องจากการมีหลายประเทศเข้าร่วมเป็นภาคี ย่อมเปิดโอกาสให้การสวมสิทธิได้ โดยที่ผ่านมามีไทยได้ยึดนโยบาย/หลักการตาม พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งถือว่านิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยซึ่งมีคนไทยต่างชาติถือครองหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น (controlled) เป็นนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งจะไม่สามารถประกอบกิจการหรือจะต้องมีเงื่อนไขในการขออนุญาตประกอบกิจการตามบัญชีแนบท้ายกฎหมายดังกล่าว

อย่างไรก็ดี โดยที่ พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ กำหนดให้การปฏิเสธสิทธิประโยชน์ของบุคคลต่างด้าว ไม่ใช่ของ Non-party และในมาตรา 10 ของกฎหมายดังกล่าวก็ยกเว้นการบังคับใช้ พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ ตามสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ไทยจึงยังสามารถพิจารณาในระดับนโยบาย ถึงความเหมาะสมในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ของพันธกรณีระหว่างประเทศให้เป็นไปอย่างจำกัดแบบความตกลงที่พีพี และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) หรือเป็นไปอย่างกว้างๆ ตามแบบความตกลงอื่นๆ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ก็ได้ โดยอาจพิจารณาจากสถานการณ์การลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน และจากนักลงทุนไทย ซึ่งได้จดทะเบียนนิติบุคคลในต่างประเทศมากมาย ซึ่งการปรับนโยบายอาจส่งผลดีในระยะยาว หากไทยกำลังผันตัวเป็นผู้ส่งออกการลงทุนที่เพิ่มขึ้น

แม้ร่างบทลงทุนของความตกลงที่พีพีจะสะท้อนความมีมาตรฐานของพันธกรณีที่สูงกว่าความตกลงลงทุนทั่วไป แต่ความตกลงที่พีพีก็ให้ความสำคัญกับการมี policy space ของรัฐในการออกมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยที่ค่อนข้างกว้าง เพื่อลดผลกระทบของการดำเนินกิจกรรมการลงทุนต่อสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความปลอดภัยและแรงงาน เนื่องจากข้อบทดังกล่าวให้ดุลยพินิจรัฐในการออกมาตรการตามที่รัฐเห็นว่าเหมาะสม โดยไม่มีการจำกัดว่าจะต้องเป็นไปตามพันธกรณีหรือไม่ และโดยที่ข้อบทดังกล่าวไม่ใช่พันธกรณี แต่เป็นการให้สิทธิในการออกมาตรการแก่รัฐ จึงอาจเป็นผลดีมากกว่าผลเสียสำหรับไทย ในการที่ประเทศไทยจะถือเป็นโอกาสในการทบทวนนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงการยกระดับมาตรฐานแรงงานเพื่อบังคับใช้กับการลงทุนภายในประเทศให้มีความเป็นมาตรฐานสากลและสอดคล้องกับผลประโยชน์ในประเทศมากที่สุด

นอกจากนี้ ร่างบทลงทุนของความตกลงที่พีพียังมีเรื่องความรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมขององค์กรหรือหลักธรรมาภิบาล โดยในส่วนของไทย ปัจจุบันไทยยังไม่ได้เป็นภาคีขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) ซึ่งมีประมวลแนวปฏิบัติ (guidelines) สำหรับบริษัทข้ามชาติในเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท (corporate social responsibility, CSR) และไม่มีกฎหมายภายใน

เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว คงมีเพียงมาตรฐานอุตสาหกรรม (มอก.) โดยสำนักงานมาตรฐานอุตสาหกรรม(สมอ.) ซึ่งอิงหลัก ISO 26000 ประกอบด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน การปฏิบัติด้านแรงงาน สิ่งแวดล้อม การปฏิบัติที่เป็นธรรม ประเด็นด้านผู้บริโภค และการมีส่วนร่วมในการพัฒนาชุมชน ซึ่งส่งเสริมหลักการความรับผิดชอบต่อสังคมหรือหลักธรรมาภิบาลของผู้ผลิต หากแต่ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย

ทั้งนี้ โดยที่ข้อบ่งชี้ดังกล่าวไม่ได้เป็นพันธกรณี หากแต่เป็นเพียงการส่งเสริมหลักการในเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมขององค์กร และมุ่งเน้นในหน้าที่และบทบาทของเอกชนมากกว่ารัฐ โดยให้สิทธิรัฐในการส่งเสริมบทบาทดังกล่าว การมีข้อบ่งชี้ดังกล่าวจึงไม่มีผลกระทบต่อรัฐ แต่อาจเป็นโอกาสสำหรับรัฐในการทบทวนนโยบายเพื่อส่งเสริมการลงทุนเพื่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ความสมดุลของบทลงทุนภายใต้ความตกลงที่พีพี ระหว่างพันธกรณีที่รัฐต้องปฏิบัติตามในการให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ และสิทธิของรัฐในการดำเนินนโยบายภายใน อาจประเมินได้จากปัจจัยสองประการ ได้แก่ (1) พันธกรณีและความเหมาะสมของข้อสงวนของรัฐ และ (2) เงื่อนไขหรือข้อจำกัดสำหรับนักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐ ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

แม้บทลงทุนภายใต้ความตกลงที่พีพี จะมีพันธกรณีที่เข้มข้น อาทิ เรื่องมาตรฐานการปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุน การเวนคืนทางอ้อม การจำกัดการกำหนดเงื่อนไขการรับการลงทุนของรัฐ แต่ก็เปิดช่องเพื่อให้รัฐสามารถออกมาตรการภายในที่เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ ซึ่งไทยจำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อยกเว้นต่าง ๆ มีความเพียงพอ เหมาะสมและสอดคล้องกับนโยบายของไทยในปัจจุบันมากนักน้อยเพียงใด รายละเอียดได้แสดงไว้ในตารางเปรียบเทียบต่อไปนี้ (ตาราง 6.3)

ตารางที่ 6.3 ตารางสรุปพันธกรณีและข้อสงวนของรัฐ

พันธกรณี	ข้อยกเว้น
การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)	สามารถใส่ในตารางข้อสงวนสำหรับมาตรการที่อยู่ระหว่างแก้ไขปรับปรุงในปัจจุบันที่อาจขัดต่อพันธกรณีดังกล่าว
การปฏิบัติในกรณีที่เกิดการสูญเสียจากเหตุสงครามหรือจลาจล (Treatment in case of armed conflict/civil strife)	ให้ข้อยกเว้นสำหรับมาตรการช่วยเหลือหรืออุดหนุนของรัฐ (grants or subsidies) ซึ่งจะไม่ถือเป็นมาตรการเลือกปฏิบัติ
การระบุเงื่อนไขของรัฐในการรับการลงทุน (Performance Requirements)	- การกำหนดเงื่อนไขเพื่อการฝึกอบรม การจ้างงาน การวิจัยและการพัฒนา - การกำหนดเงื่อนไขซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นไปตาม TRIPS - การกำหนดเงื่อนไขซึ่งเป็นข้อบังคับที่เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งศาลหรือฝ่ายบริหารเพื่อเยียวยาการละเมิดกฎหมายการแข่งขัน (competition law) - หากเงื่อนไขนั้นเป็นมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัยและเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ โดยที่มาตรการนั้นจะต้องไม่เป็นไปเพื่อกีดกันการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ - การกำหนดเงื่อนไขการลงทุนที่เป็นมาตรการส่งเสริมการส่งออก (export promotion) หรือมาตรการช่วยเหลือ (foreign aid) - การกำหนดเงื่อนไขการลงทุนที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ - การกำหนดเงื่อนไขการใช้วัตถุดิบการนำเข้าเพื่อให้สิทธิประโยชน์ในการยกเว้นภาษี (tariff or quota preferences)
การกำหนดเงื่อนไขด้านผู้บริหารระดับสูง (Management and Board of Directors)	ให้สิทธิรัฐภาคีในการกำหนดเงื่อนไขที่จะให้สัดส่วนส่วนใหญ่ของบอร์ดผู้บริหารหรือคณะกรรมการ (board of directors or committee) ต้องมีสัญชาติหรือถิ่นพำนักตามที่รัฐกำหนด
การโอน (Transfer)	มีข้อยกเว้นในการระงับหรือชะลอการโอนสำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลาย การซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ การละเมิดทางแพ่งและอาญา เพื่อช่วยในการบังคับคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดด้านการเงิน เพื่อปฏิบัติตามคำสั่งศาลและที่เกี่ยวข้องกับบำนาญหรือกองทุน

พันธกรณี	ข้อยกเว้น
	บำเหน็จบำนาญ
การเวนคืนและการชดเชย (Expropriation and Compensation)	- ให้ข้อยกเว้นสำหรับการออก CL ของรัฐที่เป็นไปตามความตกลง TRIPS โดยไม่ถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการเวนคืนทางอ้อม - ข้อยกเว้นในเรื่องการผิดสัญญาของรัฐที่ไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อมสำหรับมาตรการที่ออกเพื่อปกป้องสาธารณประโยชน์ (public welfare) สุขอนามัย (public health) และสิ่งแวดล้อม (environment)
การปฏิเสธการได้รับประโยชน์ (Denial of Benefits)	ให้สิทธิรัฐในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ตามความตกลงกับนักลงทุนและการลงทุนที่ไม่เข้าเงื่อนไข
มาตรการด้านสิ่งแวดล้อม สุขอนามัยและแรงงาน (Investment and Environment/Health/Safety and Labour)	ให้สิทธิรัฐในการใช้ดุลยพินิจเพื่อกำหนดมาตรการที่อาจขัดต่อพันธกรณีภายใต้ความตกลงกับกิจกรรมการลงทุนเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย ความปลอดภัยและแรงงาน
ความรับผิดชอบต่อการมีส่วนร่วมขององค์กร (หลักธรรมาภิบาล) (Corporate Social Responsibility)	ไม่ใช่ข้อบังคับ แต่เปิดโอกาสให้รัฐส่งเสริมการลงทุนโดยตระหนักถึงประเด็นดังกล่าว โดยเฉพาะรัฐที่มีนโยบายภายในที่สนับสนุนหลักธรรมาภิบาลขององค์กร

6.3 กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ: เงื่อนไขและข้อจำกัด

ร่างบทลงทุนภายใต้ความตกลงที่พีพีพีมีขอบเขตการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่เปิดกว้าง โดยให้สิทธินักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐละเมิดพันธกรณีใดๆ ภายใต้บทลงทุนและสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (investment agreement) และที่เกี่ยวข้องอำนาจในการลงทุน (investment authority) ซึ่งเป็นขอบเขตที่กว้างกว่าความตกลงทั่วๆ โดยเฉพาะความตกลงที่ไทยเป็นภาคีที่ผ่านมา

อย่างไรก็ดี กระบวนการฟ้องร้องระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้ความตกลงที่พีพีพี มิได้เป็นไปโดยง่าย ไม่มีข้อจำกัด ร่างบทลงทุนยังคงมีเงื่อนไขและกลไกการจำกัดการฟ้องร้องของนักลงทุนที่กำหนดโดยรวมที่มีความสอดคล้องกับนโยบายการคุ้มครองการลงทุนของไทยที่ผ่านมา ดังนี้

- การกำหนดขอบเขตการฟ้องร้องคดีด้วยการห้ามไม่ให้นักลงทุนนำข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (government procurement) หรือเรื่องการอุดหนุนช่วยเหลือ (subsidy or grant) เข้าสู่กระบวนการดังกล่าว
- กำหนดให้มีกลไกการระงับข้อพิพาทเบื้องต้น โดยให้มีการเจรจาเพื่อหาทางระงับข้อพิพาทในเบื้องต้นระหว่างรัฐและนักลงทุนก่อน ไม่ว่าจะเป็นการประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (condition) การใช้บุคคลที่สามในการประนีประนอม (good offices) ภายในระยะเวลา 6 เดือน
- หากรัฐมีกระบวนการยุติธรรมของฝ่ายบริหาร (administrative review) รัฐมีสิทธิที่จะบังคับให้นักลงทุนใช้กระบวนการดังกล่าวซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายภายในกำหนดก่อน

- การจำกัดระยะเวลาการฟ้องร้อง นักลงทุนจะต้องฟ้องร้องภายในระยะเวลา 3 ปี นับตั้งแต่วันที่นักลงทุนทราบหรือควรที่จะทราบการผิดนัดกรณีนั้นๆ
- การจำกัดช่องทางการฟ้องร้อง ได้มีการจำกัดให้นักลงทุนใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางใดทางหนึ่ง หากนักลงทุนเลือกที่จะฟ้องร้องภายใต้กระบวนการตุลาการแล้ว จะไม่มีสิทธิใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนได้ นอกจากนี้เป็นการขอคำสั่งศาลชั่วคราวเพื่อปกป้องทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ของคู่พิพาท (interim injunctive relief) และในทางกลับกัน หากนักลงทุนเลือกที่จะใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ก็จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงความประสงค์ที่จะสละสิทธิการฟ้องร้องภายใต้กระบวนการตุลาการ
- สถานภาพของผู้ฟ้องร้อง (standing) จะต้องเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง มีการสูญเสียต่อทรัพย์สินหรือการลงทุนของนักลงทุนจริง นอกจากนี้ ค่าตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damage) ได้
- ร่างบทลงโทษของความตกลงที่พีพีเป็นความตกลงที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุน และแม้บทลงโทษจะมีการกำหนดเงื่อนไข ในการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนของนักลงทุน ในทางปฏิบัติ เงื่อนไขดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นอุปสรรคที่แท้จริงที่จะจำกัดสิทธิของนักลงทุนในการฟ้องร้อง แต่ปัจจัยสำคัญที่ประเทศไทยต้องพึงระมัดระวังคือ พันธกรณีภายใต้บทลงโทษ และการที่จะประเมินว่าข้อยกเว้นต่างๆ ภายใต้พันธกรณีมีความเพียงพอ เหมาะสม และจะมีความสอดคล้องกับนโยบายของไทยมากน้อยเพียงใด ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการศึกษาตัวอย่างข้อพิพาทภายใต้พันธกรณีต่างๆ (case law) ประกอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดี Walter Bauer ซึ่งไทยเป็นคู่พิพาทกับนักทุนเยอรมัน การวิเคราะห์กรณีศึกษาดังกล่าวจะแสดงไว้ในบทต่อไป