

ผู้บริหารของธนาคารโลก จึงได้ฟื้นฟูข้อเสนอที่จะจัดตั้งสถาบันพัฒนาระหว่างประเทศใหม่เป็นองค์กรประกันการลงทุนในระดับโลกขึ้นภายใต้ความอุปถัมภ์ของธนาคารโลก ชื่อว่า The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) หรือสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี ซึ่งในที่นี้เรียก MIGA หรือ สถาบัน ซึ่งจุดเริ่มต้นของการสร้าง MIGA ให้มีการดำเนินการทั่วโลก ภายใต้ความอุปถัมภ์ของธนาคารโลกนี้ได้รับการพิจารณาอีกครั้งโดยประธานธนาคารโลกนาย A.W.Clausen ดำรงตำแหน่งในปี 1981 – 1986² และแนวคิดที่เป็นรูปเป็นร่างได้รับการพัฒนาโดยรองประธานธนาคารโลกและที่ปรึกษาทั่วไป นาย Ibrahim F.I. Shihata ซึ่งแนวคิดนี้ได้แพร่หลายไปในประเทศสมาชิกธนาคารโลกเมื่อเดือนพฤษภาคม 1984

เจ้าหน้าที่ธนาคารโลกได้เตรียมร่างอนุสัญญาฉบับแรก โดยเจ้าหน้าที่ธนาคารโลกได้ปรึกษาหารือกับรัฐบาลสมาชิกของธนาคารโลกพร้อมด้วยภาคธุรกิจ สมาคมอาชีพต่าง ๆ และองค์กรระหว่างประเทศ ทั้งในรูปแบบเฉพาะรายและเป็นกลุ่ม ซึ่งความเห็นที่ได้รับกลับมาได้ให้การสนับสนุน MIGA อย่างกว้างขวางมากและร่างอนุสัญญาใหม่ก็ได้แพร่หลายไปในหมู่รัฐบาลประเทศสมาชิก เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 1985 ซึ่งในร่างอนุสัญญาที่จะเสนอต่อคณะกรรมการเต็มคณะในเดือนมิถุนายน 1985 นั้น ไม่ได้รวมข้อกำหนดต่าง ๆ เข้าไว้เป็นมาตรฐานของอนุสัญญา ทั้งนี้เพราะไม่ต้องการให้ข้อสรุปของร่างอนุสัญญาต้องล่าช้าออกไป³

ในเดือนมิถุนายน 1985 ผู้อำนวยการบริหารของธนาคารโลกได้มีประชุมกัน 20 ครั้ง เป็นกรรมการเต็มคณะ โดยมีรองประธานธนาคารโลก และที่ปรึกษาทั่วไปเป็นประธาน เพื่อพิจารณาร่างอนุสัญญาก่อตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency) หรืออนุสัญญา MIGA ภายใต้ความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญจากรัฐบาลประเทศสมาชิก และคณะทำงานยกเว้นจากหน่วยงานของธนาคารโลก คณะกรรมการเต็มคณะได้เห็นชอบร่างอนุสัญญา MIGA ในเดือนกันยายน 1985 ภายหลังจากที่ได้รับอนุมัติอย่างเป็นทางการจากผู้อำนวยการบริหารของธนาคารโลก อนุสัญญา MIGA ได้ถูกเสนอไปยัง

2. Aron Broaches, "MIGA and Foreign Investment : Origins, Operations, Policies and Basic Document of the Multilateral Guarantee Agency", American Journal of International Law (April, 1990), p.644.

3. Ibrahim, F.I.Shihata, "Legal Treatment of Foreign Investment Disputes The World Bank Guidelines", Martinus Nijhoff Publisher, 1993.

คณะกรรมการผู้ว่าการของธนาคารโลก ในวันที่ 11 ตุลาคม 1985 คณะผู้ว่าการได้มีมติเปิดให้ลงนามในอนุสัญญา MIGA โดยรัฐบาลประเทศสมาชิกของธนาคารโลกและประเทศสวิตเซอร์แลนด์⁴

อนุสัญญา MIGA จะมีผลบังคับใช้เมื่อประเทศผู้ส่งออกเงินทุน 5 ประเทศและประเทศผู้นำเข้าเงินทุน 15 ประเทศได้ให้สัตยาบันเข้าชื่อชื่อหุ้นจำนวนอย่างน้อย 1 ใน 3 ของทุนเรือนหุ้นของ MIGA หรือประมาณ 360 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ข้อมติของคณะกรรมการผู้ว่าการได้อ้างถึงข้างต้นดังกล่าวพร้อมคำแนะนำประธานธนาคารโลกให้ประชุมคณะกรรมการเตรียมการลงนามของรัฐต่างๆ เมื่ออนุสัญญา MIGA ได้รับการลงนามโดยจำนวนที่น้อยที่สุดของประเทศที่ให้สัตยาบันอันเป็นผลให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว ร่างกฎระเบียบต่างๆ จะได้ยื่นต่อ MIGA เพื่อนำไปใช้ดำเนินการต่อไป

ในวันที่ 18 มิถุนายน 1986 อนุสัญญา MIGA ได้รับการลงนามโดยประเทศที่ต้องการเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการเตรียมการในการประชุมที่จะมีขึ้นในวันที่ 15-19 กันยายน 1986 ที่กรุงวอชิงตันดีซี คณะกรรมการได้ยอมรับรายละเอียดของร่างข้อบังคับกฎเกณฑ์วิธีการระเบียบทางการเงินและระเบียบการดำเนินงาน และเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 1986 ประเทศต่างๆ 46 ประเทศได้ลงนามอนุสัญญา MIGA ประกอบด้วยประเทศในประเภทที่ 1 จำนวน 7 ประเทศ และประเทศในประเภทที่ 2 จำนวน 39 ประเทศ และ คาดว่า MIGA จะสามารถเริ่มดำเนินงานภายในปี 1987⁵ แต่ในความเป็นจริง MIGA ได้เริ่มดำเนินการในปี 1988⁶

ปัจจุบัน มีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญา MIGA แล้วจำนวน 173 ประเทศ⁷ โดยเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว จำนวน 25 ประเทศ และเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาจำนวน 148 ประเทศ นอกจากนี้ ยังมีประเทศที่อยู่ระหว่างการเข้าเป็นสมาชิกอีก 2 ประเทศ คือ ประเทศไนเจอร์และประเทศเม็กซิโก

4. Ibrahim, F.I.Shihata, "The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment : The Role of The World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA", American University Journal of International Law and Policy, Summer, 1986, p.107.

5. Ibrahim F.I.Shihata, *Ibid*, p.108.

6. Ibrahim F.I.Shihata, *supra* note 3.

7. ข้อมูล ณ วันที่ 8 ตุลาคม 2551 จาก www.miga.org/quickref/index_SV.cfm?stid=1577

ส่วนประเทศไทย ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในอนุสัญญา MIGA ภายหลังจากที่อนุสัญญามีผลใช้บังคับแล้วประมาณ 12 ปี โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบัน (ratification) เข้าเป็นสมาชิกลำดับที่ 156 ซึ่งการตัดสินใจเข้าร่วมเป็นสมาชิกในอนุสัญญา MIGA ของประเทศไทย อยู่ในกำหนดเวลาที่จะเข้าร่วมได้ตามปกติ ซึ่งต่างจากการเข้าเป็นสมาชิกสนธิสัญญาพหุภาคีอื่น ๆ ที่ประเทศไทยมักใช้เวลาศึกษามากเป็นพิเศษ จนพ้นเวลาที่เปิดให้ลงนามและให้สัตยาบันเป็นภาคี

นอกจากนี้ ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี พ.ศ. 2543 โดยได้ประกาศไว้ใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 117 ตอนที่ 37 ก หน้า 12 วันที่ 28 เมษายน 2543 เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้แล้ว

1.1.2 การดำเนินงาน

วัตถุประสงค์ของ MIGA คือ กระตุ้นให้มีการเคลื่อนย้ายการลงทุน เพื่อประโยชน์ในการเพิ่มผลผลิตระหว่างประเทศสมาชิก และโดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ไปสู่ประเทศที่กำลังพัฒนาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว MIGA จะรับประกันและรับประกันต่อในความสูญเสียจากความเสียหายที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์ อย่างไรก็ตามกิจกรรมรับประกันเป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งในการบรรลุวัตถุประสงค์ของ MIGA และ MIGA จะดำเนินกิจกรรมส่งเสริมในขอบข่ายที่กว้างขวางมากขึ้นต่อไปด้วย⁸

ใน Article 11 ของ อนุสัญญา MIGA ได้ระบุความเสี่ยงที่มีใช้ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ 4 ประเภท ที่จะได้รับความคุ้มครอง

1. ความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการโอนเงิน ซึ่งมีสาเหตุจากประเทศผู้รับการลงทุนสร้าง ข้อจำกัดในการโอนเงินออกนอกประเทศ
2. ความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการกระทำทางกฎหมาย หรือการกระทำทางบริหาร หรือการละเว้นการกระทำของรัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งส่งผลกระทบให้เสียสิทธิในการเป็นเจ้าของ หรือควบคุมหรือการได้รับผลประโยชน์จากการลงทุน
3. การผิดสัญญาโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนในกรณีที่นักลงทุนไม่สามารถ เข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือประสบกับความล่าช้าที่ไม่มีเหตุผลในการพิจารณาคดี หรือไม่สามารถบังคับพิพากษาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการได้

8. Ibrahim F.I. Shihata, *supra* note 4, pp.108.

4. ความเสี่ยงอันเนื่องมาจากสงคราม หรือความไม่สงบภายในประเทศ

การลงทุนที่สมควรมีสิทธิได้รับความคุ้มครองประกันภัย จาก MIGA จะต้องเป็นการลงทุนใหม่ เป็นการลงทุนในระยะปานกลางหรือระยะยาว และต้องได้รับการวินิจฉัยโดย MIGA ว่าเป็นการลงทุนที่เหมาะสม และมีส่วนช่วยเสริมสร้างการพัฒนาของประเทศผู้รับการลงทุน ในขณะที่ MIGA เมื่อแรกก่อตั้งจะมุ่งเน้นไปที่การได้รับผลประโยชน์อย่างยุติธรรม และในรูปแบบอื่นๆ ของ การลงทุนทางตรง ที่ซึ่งกำไรของนักลงทุนจะขึ้นอยู่กับอนาคตของกิจการ MIGA มีอำนาจในภายหลังที่จะขยายความคุ้มครองไปสู่การลงทุนระยะปานกลางและระยะยาวอื่นๆ รูปแบบของการลงทุนจะประกอบไปด้วยแบบต่างๆ ของความร่วมมืออุตสาหกรรม เช่น สัญญาการจัดการและบริการ ข้อตกลงในใบอนุญาตและแฟรนไชส์ สัญญา Turnkey พร้อมการจัดการที่เกี่ยวข้องกับการโอนเทคโนโลยีและ know-how ในรูปแบบใหม่ต่างๆ ของการลงทุนในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งได้รับความไม่เป็นธรรมโดยอาจจะคุ้มครองเงินกู้เชิงพาณิชย์ซึ่งสัมพันธ์กับการลงทุนเฉพาะที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับที่ MIGA รับประกัน⁹

นักลงทุนผู้มีคุณสมบัติจะได้รับความคุ้มครองจาก MIGA จะต้องเป็นชนชาติของประเทศสมาชิก หรือในกรณีที่เป็นิติบุคคล จะต้องจัดตั้งและมีสถานประกอบการหลักในประเทศสมาชิก หรือทุนส่วนใหญ่ต้องเป็นของชนชาติของสมาชิก นักลงทุนผู้มีคุณสมบัติ ประกอบไปด้วย ภาครัฐบาลและภาคเอกชนและรัฐบาลประเทศสมาชิก และการควบกิจการเข้าด้วยกัน ลักษณะที่สร้างสรรค์ของอนุสัญญา MIGA ที่จะแสดงให้เห็นในที่นี้ คือ ภายใต้ง่อนไขที่แน่นอน คุณสมบัติต่างๆ อาจจะขยายไปสู่ชนชาติของประเทศผู้รับการลงทุน ถ้าคนชาตินั้นได้เคลื่อนย้ายทรัพย์สินที่จะลงทุนมาจากต่างประเทศ ดังนั้น MIGA จะสามารถที่ช่วยประเทศสมาชิกในความพยายามที่จะนำเงินทุนกลับ

ใน Article 15 ของอนุสัญญา MIGA จะไม่ทำสัญญาประกันใดๆ ก่อนที่รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนได้ให้ความเห็นชอบต่อการรับประกัน ที่ MIGA จะให้สำหรับความเสี่ยงที่ระบุไว้ในความคุ้มครอง¹⁰ การอนุมัติจะขยายไปถึงความเกี่ยวพันของ MIGA เช่น ความเสี่ยงที่จะได้รับความคุ้มครองประเทศสมาชิกอาจจะจำกัดการใช้บริการของ MIGA ที่จะคุ้มครองการลงทุนโดยคนชาติตนเองในประเทศสมาชิกต่างชาติโดยไม่มีความจำเป็นที่จะให้ความคุ้มครองการลงทุน

9. Ibrahim F.I. Shihata, *Ibid*, p.109.

10. Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency, Article 15.

ต่างชาติในดินแดนของตนเองกล่าวโดยสรุป MIGA จะให้ความคุ้มครองในที่ซึ่งมีความยินยอมใน ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

กิจกรรมส่งเสริมการลงทุนของ MIGA จะประกอบไปด้วยการดำเนินวิจัยโอกาสทางการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา และการจัดหาความรู้ทางเทคนิคและการช่วยเหลือโดยสมาชิกเพื่อปรับปรุงเงื่อนไขการลงทุนในดินแดนของพวกเขา ดังในข้อ 23 (c) ที่กำหนดให้ “สถาบันให้ความสนใจเป็นพิเศษ.....ความสำคัญของการเพิ่ม การเคลื่อนย้ายการลงทุนในระหว่างประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา” กิจกรรมส่งเสริมการลงทุนของ MIGA จะเป็นส่วนสำคัญที่สุดของหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายมาและจะไม่เป็นหน้าที่อันดับสองของ MIGA

1.1.3 วัตถุประสงค์

จากอารัมภบทและ Article 2 ของอนุสัญญาได้ระบุวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง MIGA ไว้ว่าเพื่อให้เกิดการกระตุ้นให้มีการเคลื่อนย้ายการลงทุนไปสู่ประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา เพื่อประโยชน์ในการผลิตตามเงื่อนไขที่สอดคล้องกับความจำเป็น นโยบาย และวัตถุประสงค์ของการพัฒนาบนพื้นฐานของการปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติ โดยมีมาตรฐานที่เป็นธรรมและแน่นอน¹¹

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงได้จัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคีขึ้น เพื่อดำเนินการลดความเสี่ยงที่มีใช้ความเสี่ยงเชิงพาณิชย์ขึ้น ดังนี้

1. รับประกันความเสี่ยงรับประกันร่วม และรับประกันต่อในความเสี่ยงที่มีใช้ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์(non – commercial risk)ในการลงทุนภายในดินแดนของประเทศสมาชิก¹²

2. ส่งเสริมการลงทุนโดยค้นคว้ากระทำกิจกรรม เพื่อส่งเสริมการเคลื่อนย้ายการลงทุน และการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับโอกาสการลงทุนในประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา ให้ข้อแนะนำ และความช่วยเหลือทางวิชาการเพื่อปรับปรุงสภาวะการลงทุนในดินแดนต่างๆ ของสมาชิก¹³

11. Convention, *Ibid*, preamble.

12. Convention, *Ibid*, Article 2.

13. Convention, *Ibid*, Article 23.

เงื่อนไขที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์

ในอารัมภบทของอนุสัญญา MIGA ได้ยอมรับว่าการเคลื่อนย้ายการลงทุนและเทคโนโลยีไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา เป็นสิ่งที่พึงปรารถนาภายใต้เงื่อนไขที่สอดคล้องกับความจำเป็น นโยบายและวัตถุประสงค์ของประเทศกำลังพัฒนาและการเคลื่อนย้ายการลงทุนจะต้องอยู่บนพื้นฐานการปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติโดยมีมาตรฐานที่เป็นธรรมและแน่นอน ซึ่งข้อความในอารัมภบทข้อนี้ได้อธิบายไว้ใน Article 12 (d) และ Article 23 (b) ของอนุสัญญาไว้อย่างละเอียดดังนี้

Article 12 (d)

อนุสัญญา MIGA ได้กำหนดว่าในการรับประกันการลงทุน MIGA จะต้องเห็นชอบในเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน 2 เงื่อนไข ดังนี้

1. เงื่อนไขในด้านความเหมาะสมทางด้านเศรษฐกิจของการลงทุนและส่วนช่วยเสริมสร้างการพัฒนา ตลอดจนเป็นการลงทุนที่ปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบของประเทศผู้รับการลงทุน
2. เงื่อนไขในด้านประเทศผู้รับการลงทุนที่จะต้องมีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกันและมีกฎหมายสำหรับคุ้มครองการลงทุนซึ่งการมีเงื่อนไขนี้ มีความมุ่งหมายเพื่อให้มีความสำคัญเป็นพิเศษของไม่มีข้อตกลงการลงทุนทวิภาคีระหว่างประเทศของนักลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน

Article 23 (d)

อนุสัญญาได้กำหนดให้ MIGA พยายามให้มีการทำความตกลงกับประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนาโดยเฉพาะกับประเทศที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจจะเป็นการรับรอง MIGA ว่าการลงทุนที่ได้รับการประกันโดย MIGA มีการปฏิบัติด้วยความอนุเคราะห์ที่อย่างน้อยที่สุดให้ความพอใจเหมือนกับที่สมาชิกที่เกี่ยวข้องได้ตกลงให้ความอนุเคราะห์ให้แก่ MIGA หรือรัฐให้ความตกลงเกี่ยวกับการลงทุน

ใน Commentary ของอนุสัญญา MIGA ได้อธิบาย Article 12 (d) และ Article 23 (b) ไว้ด้วยกันโดยใน Commentary no.21 ได้อธิบายว่า MIGA อาจรับประกันการลงทุนภายใต้เงื่อนไขการลงทุนที่เหมาะสมอันประกอบไปด้วย การได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกันรวมทั้งมีการคุ้มครองตามกฎหมายสำหรับการลงทุน ในกรณีที่ไม่มีการคุ้มครองการลงทุนอย่างเพียงพอโดยกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนหรือสนธิสัญญาทวิภาคี “สถาบันจะรับประกันการลงทุนหลังจากได้บรรลุข้อตกลงกับประเทศผู้รับการลงทุนตาม Article 23 (b) (ii)

หรือไม่เช่นนั้นก็ตามสนธิสัญญาที่จะขยายการคุ้มครองการลงทุนโดยสถาบัน” จากการอธิบายนี้ทำให้มองเห็นได้ชัดว่า ความตกลงเงื่อนไขการลงทุนระหว่าง MIGA และประเทศผู้รับการลงทุนจะสำคัญกว่าการดำเนินการประกันใด ๆ ถ้าการปฏิบัติของนักลงทุนภายใต้เงื่อนไขที่เป็นอยู่ไม่เป็นที่พอใจของ MIGA อันเนื่องมาจากการไม่มีข้อตกลงที่ผูกมัดกับประเทศที่เป็นบ้านของนักลงทุนหรือการที่มาตรฐานที่ได้กำหนดไว้สำหรับความตกลงนั้นมีไม่เพียงพอ ซึ่ง Commentary no.44 ก็ได้ยืนยันในเรื่องนี้ไว้¹⁴

นอกจากนี้ Article 23 (b) ของอนุสัญญา ยังได้กำหนดด้วยว่า MIGA จะ “ส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการทำความตกลงระหว่างสมาชิกในเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่าง ๆ “ ซึ่งในข้อนี้ ได้รับการอธิบายไว้ใน Commentary no.43 ว่า MIGA ควรจะเข้าไปศึกษาในข้อตกลงที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่และช่วยเหลือรัฐบาลสมาชิกในการวิเคราะห์ความตกลงและช่วยทำให้เกิดมิติของสหประชาชาติในร่างกฎหมายการดำเนินกิจการของบริษัทข้ามชาติ¹⁵

1.2 โครงสร้างของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี

1.2.1 โครงสร้างของสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี¹⁶ ประกอบด้วย

1.2.1.1 สภาผู้ว่าการ (Council of Governors)

1.2.1.2 คณะกรรมการบริหาร (Board of Directors)

1.2.1.3 ประธานและเจ้าหน้าที่ (President and Staff)

1.2.1.1 สภาผู้ว่าการ 1 คน ซึ่งสมาชิกแต่ละรายแต่งตั้งมา โดยผู้ว่าการสำรองไม่มีสิทธิออกเสียง อำนาจหน้าที่ของสภาผู้ว่าการได้แก่¹⁷

- รับสมาชิกใหม่ และกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการรับเข้าเป็นสมาชิก

14. Ibrahim F.I. Shihata, *supra* note 4, p.108.

15. *Ibid.* pp.109 – 110.

16. See, Gregg B. Brelsford, “International Investment Insurance – The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency”, Harvard International Law Journal, Spring, 1986, pp.735-744.

17. Convention, Article 31.

- ระเบียบสมาชิกภาพชั่วคราว
 - วินิจฉัยการเพิ่มทุนหรือลดทุน
 - เพิ่มขีดจำกัดของจำนวนภาระผูกพันทั้งหมดตาม Article 22 (a)
 - กำหนดให้สมาชิกใดเป็นประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนาตาม Article 3 (c)
 - จำแนกสมาชิกใหม่ว่าเป็นสมาชิกประเภท 1 หรือประเภท 2
 - เลิกกิจการและชำระบัญชีของสถาบัน
 - แก้ไขอนุสัญญาฯ ภาคผนวก และตารางต่างๆ ทำอนุสัญญาฯ
- สภาผู้ว่าการจะมีการประชุมประจำปี และอาจมีการประชุมอื่นตามที่สภา

กำหนด

1.2.1.2 คณะกรรมการบริหาร (Board of Directors) ประกอบด้วยประธาน

คณะกรรมการบริหาร 1 คน (ประธานของธนาคารโลกเป็นประธานคณะกรรมการบริหารโดยตำแหน่ง แต่จะไม่มีสิทธิออกเสียงเว้นแต่ในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานคณะกรรมการบริหาร จึงจะมีสิทธิออกเสียงชี้ขาด) และกรรมการไม่น้อยกว่า 12 คน โดยมาจากการเลือกของผู้ว่าการ

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารได้แก่ การรับผิดชอบในการดำเนินกิจการทั่วไปของสถาบัน โดยสามารถที่จะกระทำการใดๆ ตามที่อนุสัญญากำหนดหรืออนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งได้แก่¹⁸

- ติความและการบังคับใช้อนุสัญญา ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้อนุสัญญา ที่เกิดขึ้นระหว่างสมาชิกของสถาบันกับสถาบัน หรือระหว่างสมาชิกของสถาบันด้วยกันเอง

- กำหนดคุณสมบัติของโครงการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครอง
- กำหนดคุณสมบัติของผู้ลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครอง
- กำหนดข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาประกันแต่ละฉบับ
- อนุมัติงบประมาณรายได้และรายจ่ายประจำปีของสถาบัน
- แต่งตั้งประธานสถาบัน

1.2.1.3 ประธานและเจ้าหน้าที่ (President and Staff)

18. Convention, Article 32.

ประธานสถาบัน 1 คน ซึ่งได้รับการเสนอชื่อโดยประธานคณะกรรมการบริหาร และคณะกรรมการบริหารเป็นผู้แต่งตั้ง

อำนาจหน้าที่ของประธาน ได้แก่¹⁹

- รับผิดชอบสถาบันด้านงานธุรการทั่วไป โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการ
- แต่งตั้งพนักงานซึ่งการแต่งตั้งพนักงานประธานสถาบันจะต้องคัดเลือกบุคลากรจากภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก โดยคำนึงถึงประสิทธิภาพและความเชี่ยวชาญด้านเทคนิค
- เลิกจ้างพนักงาน

1.2.2 สมาชิกภาพ

ประเทศสมาชิกของธนาคารโลกและประเทศสวิตเซอร์แลนด์สามารถเข้าเป็นสมาชิกของสถาบันได้ โดยประเทศที่จะเข้าเป็นสมาชิกจะต้องลงนามให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญา นอกจากนี้สมาชิกแต่ละรายจะต้องซื้อหุ้นเป็นจำนวนที่ได้มีข้อกำหนดและเงื่อนไขตามที่สมาชิกำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 50 หุ้น คณะผู้บริหารของธนาคารโลกได้เคยเสนอเรื่องการออกเสียงลงคะแนนว่า การจะอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนกับประเทศผู้ลงทุน ซึ่งประเทศต่างๆ จะได้รับการจัดกลุ่มในตอนเริ่มต้นว่าจะเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งใน 2 กลุ่ม ซึ่งการจัดกลุ่มนี้จะได้รับอนุมัติโดยสภาผู้ว่าการ

ในการอภิปรายกันระหว่างผู้บริหารของธนาคารโลก ข้อเสนอที่ได้รับการทำทนายว่า จะไม่สามารถบอกล่วงหน้าได้ว่ามีกี่ประเทศในแต่ละกลุ่มที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกสถาบันตั้งแต่นั้นมา ซึ่งในจำนวนของประเทศที่ไม่สามารถทำนายได้ของแต่ละกลุ่มใน 2 กลุ่มนี้เอง จึงเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะจัดสรรออกเสียงลงคะแนนอย่างเท่าเทียม ก่อนที่จะรู้ว่าโครงสร้างสมาชิกภาพที่แท้จริงเป็นอย่างไร อย่างไรก็ตาม บนหลักการพื้นฐานของข้อเสนอของคณะผู้บริหารธนาคารโลก ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่า ทั้งสองกลุ่มจะได้สิทธิออกเสียงเท่าเทียมกัน เมื่อสมาชิกทั้งหมดของธนาคารโลกได้เข้ามาเป็นสมาชิกของสถาบัน²⁰

19. Convention, Article 33.

20. Ibrahim F.I. Shihata, *supra* note 4, pp.110 – 111.

ประเทศสมาชิกของสถาบันจะได้รับการจัดกลุ่มว่าจะได้อยู่ในประเภทที่ 1 หรือประเภทที่ 2

ประเภทที่ 1 หมายถึง กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส เยอรมัน ออสเตรเลีย อิตาลี ญี่ปุ่น เนเธอร์แลนด์ ฯลฯ

ประเภทที่ 2 หมายถึง กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ได้แก่ จีน อินเดีย ซาอุดีอาระเบีย สเปน อินโดนีเซีย ไทย ฯลฯ

ประเทศสมาชิกจะต้องชำระค่าหุ้นร้อยละ 10 ของราคาหุ้นทั้งหมดเป็นเงินสด และอีก ร้อยละ 10 ชำระเป็นตั๋วสัญญาใช้เงินที่ไม่มีดอกเบี้ยและไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้ และใน ส่วนค่าหุ้นที่เหลืออีกร้อยละ 80 สถาบันจะเรียกชำระตามความจำเป็น

1.3 หลักการสำคัญและมาตรฐานการปฏิบัติตามอนุสัญญา

1.3.1 หลักความยินยอม (Consent)

ใน Article 15 ของอนุสัญญา MIGA ได้ระบุถึงการให้ความเห็นชอบของประเทศผู้รับ การลงทุนว่า

“สถาบันจะไม่ทำสัญญาประกันใดๆ ก่อนที่รัฐบาลของประเทศผู้รับการได้ให้ความ เห็นชอบต่อการรับประกันที่สถาบันจะให้สำหรับความเสี่ยงที่ระบุไว้ในการให้ความคุ้มครอง”

ซึ่งหมายความว่า MIGA จะรับประกันการลงทุนให้กับผู้ลงทุนรายใดได้ก็ต่อเมื่อรัฐบาล ของประเทศผู้รับการลงทุนได้ให้ความเห็นชอบต่อการรับประกันพร้อมทั้งความเสี่ยงที่จะได้รับ ความคุ้มครองจาก MIGA

นอกจากนี้ยังเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับการลงทุนในการควบคุม การนำเข้าการลงทุนจากต่างประเทศอีกด้วย

1.3.2 หลัก Additionality และ Flexibility

อนุสัญญา MIGA เน้นการ “เสริม” มิใช่ “แข่งขัน” กับระบบที่มีอยู่²¹ โดยใน Article 11 ของอนุสัญญา ซึ่งนอกจากจะระบุความเสี่ยง 4 ประเภท ที่จะได้รับความคุ้มครองแล้ว ผู้ลงทุน และประเทศผู้รับการลงทุนยื่นคำขอร่วมกันขอขยายความคุ้มครองถึงความเสี่ยงที่มีใช้

21. พิรุณา ดิงศภัทัย, “MIGA กับการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อการ พัฒนา”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19, น.4, (มิถุนายน 2532).

ความเสี่ยงเชิงพาณิชย์นอกเหนือไปจากความเสี่ยง 4 ประเภทตามอนุสัญญาได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ใช่ความเสี่ยงจากการลดค่าเงินหรือการเสื่อมค่าของเงิน ซึ่งคณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษ อาจให้ความเห็นชอบขยายการคุ้มครองตามที่ขอไปได้

ซึ่งวิธีการลงทุนที่เอาประกันได้กับ MIGA ก็มีหลากหลายกว่า มีระยะเวลายาวกว่า และ MIGA ยังไม่จำกัดการรับประกันเฉพาะการลงทุนที่ทำขึ้นในดินแดนของสมาชิก ซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่มีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับประเทศผู้ส่งออกทุน

นอกจากนี้ใน Article 13 (c) ของอนุสัญญายังกำหนดให้ผู้ลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน ทำคำขอร่วมกัน ขยายคุณสมบัติของผู้ลงทุนที่จะได้รับการประกันไปยังบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนหรือนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน โดยมีเงื่อนไขว่าทรัพย์สินที่จะนำมาลงทุนนั้นต้องนำมาจากภายนอกประเทศผู้รับการลงทุนเท่านั้น ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของประเทศกำลังพัฒนาสามารถเอาประกันกับ MIGA ได้สำหรับการลงทุนที่ผู้ลงทุนนั้นต้องการดำเนินการในประเทศของตน

1.4 มาตรฐานการประติบัติตามอนุสัญญา

1.4.1 การรับช่วงสิทธิ (Subrogation)²² การรับช่วงสิทธิเป็นวิธีการทางกฎหมายในการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งมีลักษณะเสริมและเพิ่มเติมการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection)²³ เนื่องจากการรับช่วงสิทธิเป็นหลักทั่วไปของการประกันภัยในกฎหมายภายใน MIGA จึงได้แก้ไขจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องของระบบประกันของรัฐหรือเอกชน ซึ่งมักประสบปัญหาว่ารัฐผู้รับการลงทุนโดยเฉพาะในกลุ่มทวีปละตินอเมริกาปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการให้รัฐของผู้รับประกันรับช่วงสิทธิเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนคืนให้แก่ผู้รับประกันไม่ว่าจะโดยวิธีการทางการทูต การให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือวิธีการกระบวนการยุติธรรม ด้วยสาเหตุสำคัญคือผู้รับประกันไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง²⁴

22. See, Jennifer A. Bueler, "Understanding the Difference between the Right to Subrogation and Assignment of an Insurance Claim", Missouri Law Review, Fall 2006, pp.945-958.

23. จตุรนต์ ธีระวัฒน์, "การส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทย เน้นปัญหากฎหมายในระดับระหว่างประเทศ" วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 1, ปีที่ 26, น.1 (มีนาคม 2539).

24. พิรุณา ดิงศภทิพย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น.49.

ใน Article 18 (a) ของอนุสัญญาได้บัญญัติเกี่ยวกับ เรื่องการรับช่วงสิทธิไว้ว่า

“เมื่อมีการชำระหรือตกลงที่จะชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกัน ให้สถาบันรับช่วงสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่เกี่ยวกับการลงทุนที่ได้ประกันไว้ เท่าที่ผู้เอาประกันจะมีต่อประเทศผู้รับการลงทุนและคู่สัญญาอื่น สัญญาประกันต้องระบุข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ของการรับช่วงสิทธิดังกล่าว”

ซึ่งการกำหนดเรื่องการรับช่วงสิทธิไว้ในอนุสัญญา จะทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนไม่อาจปฏิเสธพันธกรณีตามอนุสัญญาได้ แต่ถ้าไม่มีการระบุข้อบ่งชี้ไว้ ประเทศผู้รับการลงทุนก็อาจปฏิเสธการรับช่วงสิทธิได้เสมอ เพราะหลักการนี้ยังไม่ถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

การรับช่วงสิทธิจึงจะเป็นหลักพื้นฐานของการประกันการลงทุน โดยผู้ลงทุนจะได้รับค่าสินไหมทดแทนจากองค์กรที่รับประกันสำหรับความสูญเสียที่เกิดจากภัยที่ตนเอาประกันไว้ หลังจากนั้นผู้รับประกันรับช่วงสิทธิเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนคืนจากรัฐผู้รับการลงทุน²⁵

ความหมายของรับช่วงสิทธิ

ตามกฎหมายแพ่ง การรับช่วงสิทธินั้น เป็นกรณีเจ้าหนี้และลูกหนี้มีหนี้ผูกพันกันและมีบุคคลที่สามเข้ามาขอใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ โดยผลแห่งกฎหมายบุคคลนั้นได้สวมสิทธิเป็นเจ้าหนี้แทนต่อไป²⁶

หลักเกณฑ์การรับช่วงสิทธิของ MIGA

ใน Article 18 (a) ของอนุสัญญาได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศรับรองสิทธิในการรับช่วงสิทธิของสถาบันจากผู้เอาประกัน สิทธิและส่วนได้เสียในทรัพย์สิน ตลอดจนสิทธิเรียกร้องของผู้ลงทุนที่เอาประกันไว้กับ MIGA เอกสารสัญญาต่างๆ จะโอนไปให้แก่ MIGA โดยอัตโนมัติและในทันทีที่ MIGA ได้จ่ายหรือตกลงว่าจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เอาประกัน และการรับช่วงสิทธินี้เป็นเอกเทศจากการฟ้องร้อง หรือการดำเนินคดีทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการใดๆ ระหว่างประเทศผู้รับกับเอกชนผู้ลงทุน

MIGA ได้แก้ไขข้อบกพร่องของระบบประกันของรัฐ ซึ่งเกิดจากรัฐผู้รับการลงทุน ไม่ยอมรับหลักการให้รัฐของผู้รับประกันรับช่วงสิทธิเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนคืนให้แก่ผู้รับประกัน ไม่ว่าจะโดยวิธีทางการทูต การให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือวิธีทางกระบวนการยุติธรรม ซึ่ง MIGA

25. พิชญา ดิงศรัทีย, เพิ่งอ้าง, น.35.

26. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2 เล่ม (พระนคร : อักษรสาสน์ 2505) เล่มที่ 2, น.988.

ได้แก้ไขปัญหานี้ โดยกำหนดรับช่วงสิทธิไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญา ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า MIGA กำหนดการรับช่วงสิทธิของผู้รับประกันให้เรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ ซึ่งตรงข้ามกับองค์การภายในประเทศผู้ส่งออกการลงทุน เช่น Overseas Private Investment Corporation (OPIC) ของ สหรัฐอเมริกา The Canadian Export Development Corporation (EDC) ของ แคนาดา และ The Export Credits Guarantee Department (ECGD) ของอังกฤษ ซึ่งองค์การที่กล่าวมานี้ แม้จะจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ลงทุนแล้ว ก็ไม่สามารถรับช่วงสิทธิไปเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้

1.4.2 การจ่ายค่าสินไหมทดแทน ²⁷

MIGA จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับนักลงทุนต่างชาติเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน

ใน Article 17 ของอนุสัญญาได้กำหนดเรื่องการจ่ายสินไหมทดแทนไว้ว่า “ประธานจะวินิจฉัยในการชำระค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เอาประกันตามสัญญาประกันและนโยบายต่างๆ ซึ่งคณะกรรมการกำหนด สัญญาประกันต้องกำหนดว่าก่อนที่จะสถาบันจะชำระค่าสินไหมทดแทนให้นั้น ผู้เอาประกันต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งการเยียวยาในทางปกครองตามควรแก่กรณีเสียก่อน ทั้งนี้การเยียวยาทางปกครองตามกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนต้องมียุทธวิธีสำหรับผู้เอาประกันสัญญาดังกล่าว”

2.1 การเยียวยาในทางปกครองตามกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน ²⁸

ก่อนดำเนินการขอให้ MIGA ชำระค่าสินไหมทดแทนให้นั้น จำเป็นที่ประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งต้องรับผิดชอบกรณีได้มีการกระทำความเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาตินั้น ควรได้มีโอกาสแก้ไขความผิดนั้นตามวิถีทางภายใต้ระบบกฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุนนั้นก่อน และเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ก่อนที่ผู้เอาประกันจะขอความคุ้มครองการลงทุนจาก MIGA เพื่อให้ดำเนินการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ต่อไป

27. See, Thomas J. Lang, “Satisfaction of Claims Against Vietnam for The Expropriation of U.S. Citizens’ Property in South Vietnam in 1975”, Cornell International Law Journal , Winter, 1995, pp. 265-300.

28. See, Matias F. Travieso – Diaz, “Some Legal and Practical Issues in The Resolution of Cuban Nationals’ Expropriation Claims Against Cuba”, University of Pennsylvania Journal of International Business Law, Summer, 1995, pp. 1-11.

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐยังไม่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในกรณีทำให้คนต่างด้าวต้องได้รับเสียหาย ตราบที่วิธีการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ยังไม่ได้ดำเนินการจนถึงที่สุด²⁹

หรืออาจกล่าวได้ว่า ในกรณีที่มีการเรียกร้องระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดแก่คนชาติของรัฐอื่น รัฐที่ถูกเรียกร้องอาจทำการโต้แย้งเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบนี้ได้ว่า ผู้เสียหายนั้นยังไม่ได้ดำเนินการตามกระบวนการเยียวยาความเสียหายภายในรัฐจนหมดสิ้นหนทาง³⁰

นอกจากนี้ หลักการเยียวยาในทางปกครองตามกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน เป็นการที่จะช่วยมิให้มีการแทรกแซงอธิปไตยของรัฐอื่นได้ตามอำเภอใจ และหลักการนี้ยังเป็นการให้โอกาสแก่รัฐผู้รับการลงทุนได้มีโอกาสแก้ไขการกระทำที่เกิดขึ้นตามวิธีการของตน

อย่างไรก็ตามความสำคัญทางกฎหมายของหลักการหมดทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศอาจมีความชัดเจนขึ้นด้วยข้อตกลงสะสมความคุ้มครองทางทูตหรือข้อกำหนดให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีสิทธิอย่างคนชาติ หรือที่เรียกว่า Calvo Clause³¹ ซึ่งหมายความว่าทุกประเด็นปัญหาอาจไม่ต้องรอดำเนินการจนหมดทางเยียวยาความเสียหายภายในประเทศก่อน

2.2 การจ่ายค่าสินไหมทดแทน

ถ้าผู้เอาประกันได้รับความเสียหายจากภัยที่ตนเอาประกันไว้ MIGA จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามเงื่อนไขหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน MIGA Regulations (ข้อ 4.01-4.14) และในสัญญาประกัน โดยผู้เอาประกันมีหน้าที่จะต้องบอกกล่าวไปยัง MIGA ว่า ตนได้รับความ

29. Gerhard Van Glahn, Law Among Nations, (New York : Macmillan Publishing Co.,1986), p.231. อ้างใน ศิวรัตน์ เล้าประเสริฐ “ความคุ้มครองทางทูตแก่ผู้ลงทุนต่างชาติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 54.

30. Award of The Commission of Arbitration in Ambatielos case (Greece V. United Kingdom) 1956, David R. Mummery, The Content of The Duty to Exhaust Local Judicial Remedies, 58 American Journal of International Law 389, 1964).

31. See, Christopher K. Dalrymple, "Politics and Foreign Direct Investment : The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause", Cornell International Law Journal, (1996), pp.161-189.

เสียหายอันเนื่องมาจากภัยที่ได้เอาประกันไว้และเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ภายในกำหนดเวลา 3 ปี หรือเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หากเลยกำหนดเวลาแล้ว MIGA อาจปฏิเสธไม่จ่ายค่าสินไหมทดแทนได้

เมื่อ MIGA ได้รับคำบอกกล่าวจากผู้เอาประกันแล้ว จะหารือกับประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารและข้อมูล จากนั้นภายในเวลาไม่เกิน 1 ปี ประธาน MIGA จะวินิจฉัยว่าจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้หรือไม่ ถ้าจ่ายจะจ่ายเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งตาม MIGA Regulations ข้อ 4.11 บัญญัติไว้เป็นแนวทางให้เป็นไปตาม “หลักเกณฑ์ และหลักการทางบัญชีที่สมควร” ทั้งนี้ต้องไม่เกินวงเงินที่เอาประกันไว้ เช่น ในกรณีส่วนได้เสียที่เป็นเงินให้คิดจากมูลค่าทรัพย์สินตามราคาตลาด หรือราคาตามบัญชีก่อนได้รับความเสียหาย และถ้าเป็นการลงทุนโดยเงินกู้ก็ให้คิดเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยค้างชำระจนถึงวันที่จ่ายค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น³²

อย่างไรก็ตามการคิดมูลค่าสินทรัพย์ที่ถูกโอนกิจการตามราคาตลาด อาจเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาเนื่องจาก มูลค่าสินทรัพย์ตามราคาตลาดนั้น จะถือเอาราคา ณ เวลาใด เพราะหากถือเอาราคาตลาดในเวลาที่ได้ทราบว่าทรัพย์สินของเอกชนนั้นถูกเวนคืน อาจส่งผลให้ราคาทรัพย์สินนั้นลดลง ทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย ดังนั้นหากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการจ่ายเงินชดเชย เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหาย จึงควรที่จะถือเอาราคาก่อนที่จะทราบว่ามีการเวนคืนกิจการ³³

นอกจากนี้ยังมีปัญหาว่า MIGA ในฐานะผู้รับช่วงสิทธิจะเรียกค่าสินไหมทดแทนคืนทั้งหมดหรือบางส่วน (Recovery หรือ Recoupment) จากประเทศผู้รับการลงทุนหรือไม่นั้น อยู่ในอำนาจตัดสินใจของประธาน MIGA โดยกระบวนการเรียกเงินคืนกระทำโดยการเจรจากับประเทศผู้รับการลงทุน หากเจรจาไม่สำเร็จภายใน 120 วัน คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือโดยการไกล่เกลี่ย (Conciliation) ทั้งนี้หากการไกล่เกลี่ยล้มเหลว ก็จะต้องให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศชี้ขาดเป็นขั้นสุดท้าย

32. พิรุณา ติงศรัทิตย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น 49.

33. ศิริชัย มงคลเกียรติศรี, “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 1987: ศึกษาเชิงเปรียบเทียบกับความตกลงทวิภาคีที่ประเทศไทยทำกับสมาชิกอาเซียน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น 63.

1.4.3. การระงับพิพาท³⁴

การระงับข้อพิพาทนั้น ถือเป็นมาตรการหนึ่งในการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนตามปกติและในอนุสัญญา MIGA Article 56 - 58 ได้บัญญัติวิธีการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะสำหรับข้อพิพาท 3 ลักษณะสำคัญ ได้แก่

- a. ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้อนุสัญญา
- b. ข้อพิพาทระหว่างสถาบันกับสมาชิก
- c. ข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้ถือประกันหรือประกันต่อ

3.1 ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้อนุสัญญา

ใน Article 56 ของอนุสัญญา MIGA ได้บัญญัติว่า “ปัญหาใดๆ เกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้บทบัญญัติอนุสัญญานี้ที่เกิดขึ้นระหว่างสมาชิกใดของสถาบันกับสมาชิกหรือระหว่างสมาชิกของสถาบัน ให้นำเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อตัดสิน สมาชิกใดซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากปัญหาและไม่มีผู้แทนชาติตนในคณะกรรมการอาจส่งผู้แทนเข้าร่วมการประชุมของคณะกรรมการในการพิจารณาปัญหานั้นได้”

เมื่อคณะกรรมการได้มีคำตัดสินโดยเสียงข้างมาก ตาม Article 42 ของอนุสัญญาแล้ว สมาชิกอาจร้องขอให้ส่งปัญหาดังกล่าวไปยังสมัชชานับเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้โดยคำตัดสินของสมัชชานับถือเป็นที่สุด

3.2 ข้อพิพาทระหว่างสถาบันกับสมาชิก

เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการรับช่วงสิทธิ ซึ่งในข้อ 57 (b) ของอนุสัญญาได้บัญญัติว่า “ข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อเรียกร้องของสถาบัน ซึ่งกระทำการในฐานะผู้รับช่วงสิทธิของนักลงทุนจะถูกระงับตาม (1) กระบวนการที่ระบุไว้ในภาคผนวกที่ 2 ของอนุสัญญานี้ หรือ (2) ข้อตกลงที่มีอยู่ระหว่างสถาบันกับสมาชิกที่เกี่ยวข้องว่าด้วยวิธีการอื่นๆ วิธีการใดวิธีการหนึ่ง หรือหลายวิธีในการระงับข้อพิพาทต่างๆ เหล่านั้น ในกรณีหลังภาคผนวกที่ 2 ของอนุสัญญานี้จะเป็นบรรทัดฐานของการตกลง ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษก่อนการดำเนินการใดๆ ของสถาบันในดินแดนของสมาชิกที่เกี่ยวข้อง”

34. See, M. Sornarajah., The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, 2000.

วิธีการที่กำหนดไว้ในภาคผนวกที่ 2 มุ่งเน้นให้คู่กรณีจะรับข้อพิพาทโดยสมานฉันท์ (Amicable Settlement) โดยได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ 3 ขั้นตอนตามลำดับ คือ

1. การเจรจาจับข้อพิพาท (Negotiation)
2. การประนอมข้อพิพาท (Conciliation)
3. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

1. การเจรจาจับข้อพิพาท (Negotiation) เป็นวิธีการแรกที่กำหนดให้ทำก่อนวิธีประนอมข้อพิพาทหรือวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยคู่พิพาทจะต้องเจรจาตกลงกันได้ภายใน 120 วัน

หากการเจรจาจับข้อพิพาทล้มเหลว คู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายอาจยินยอมเลือกเข้าสู่วิธีการประนอมข้อพิพาท หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจนำข้อพิพาทเข้าสู่วิธีการอนุญาโตตุลาการก็ได้

2. การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) เมื่อคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่าย ต้องตกลงกันในการระบุชื่อผู้ประนอมข้อพิพาท หากตกลงกันไม่ได้คู่พิพาทอาจร้องขอให้ศูนย์ระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) หรือประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้แต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาท ทั้งนี้หากภายใน 90 วัน คู่พิพาทยังไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะแต่งตั้งผู้ใดเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท ให้ถือว่าการประนอมข้อพิพาทเป็นอันยุติ

กรณีแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทได้ ผู้ประนอมข้อพิพาทมีเวลา 180 วัน ในการเสนอรายงานและข้อเสนอของตนที่จะระงับข้อพิพาทต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

คู่พิพาทจะมีเวลา 60 วัน นับจากวันที่ได้รับรายงานและข้อเสนอจากผู้ประนอมข้อพิพาท ที่จะแสดงความเห็นของตนเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับรายงานและข้อเสนอดังกล่าว ให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

3. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)³⁵

เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่ต้องการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ มีหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายเกี่ยวกับสภาพแห่งข้อพิพาทคำขอบังคับ และชื่อของอนุญาโตตุลาการในฝ่ายของตน คู่พิพาทอีกฝ่ายจะต้องแจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการของตนให้อีกฝ่ายทราบภายใน 30 วัน และคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายจะต้องเลือกอนุญาโตคนที่ 3 ซึ่งจะต้องทำหน้าที่เป็น

35. See, M. Sornarajah, *Ibid*, p.173.

ประธานของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 2 แล้ว แต่ถ้าหากไม่สามารถที่จะจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ ภายใน 60 วัน ก็ให้เลขาธิการของ ICSID หรือประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ยังไม่ได้แต่งตั้ง หรือประธานอนุญาโตตุลาต่อไป

คณะอนุญาโตตุลาการ จะกำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยนำเอา กฎเกณฑ์. การอนุญาโตตุลาการในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับคน ชาติของรัฐอื่นมาเป็นแนวทาง

คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการใช้เสียงข้างมาก พร้อมทั้งระบุเหตุผลของคำ ตัดสิน และทำเป็นลายลักษณ์อักษร ลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการอย่างน้อย 2 คน คำตัดสินถือเป็นที่สุดผูกพันคู่พิพาทและไม่อาจอุทธรณ์ ยกเลิก หรือทบทวนใหม่ได้

3.3 ข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้ถือประกันหรือประกันต่อ

เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกันระหว่าง MIGA กับผู้เอาประกันซึ่งในข้อ 58 ของ อนุสัญญา MIGA ได้บัญญัติว่า “ข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นตามสัญญาประกันหรือประกันต่อระหว่าง คู่สัญญาให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ เพื่อคำตัดสินชี้ขาดเป็นที่สุดตามกฎหมายที่ระบุไว้หรืออ้าง ถึงในสัญญาประกันหรือประกันต่อ”

เพราะว่าสัญญาประกันไม่สัญญาที่อยู่ใต้บังคับของกฎหมายภายใน แต่เป็นสัญญา ระหว่างประเทศที่ทำในระหว่างเอกชนผู้ลงทุนหรือรัฐที่ทำการลงทุนในต่างประเทศกับองค์การฯ ซึ่งเป็นบุคคลระหว่างประเทศ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกันระหว่างองค์การกับผู้เอาประกันให้ อนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัยชี้ขาด³⁶

ส่วนกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้นำเอากฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID มาใช้เป็นแนวทาง

การระงับข้อขัดแย้ง

อนุสัญญาได้กำหนดวิธีการระงับข้อขัดแย้งไว้ 4 แบบ

a) ตามตัวอย่างของธนาคารโลกและสถาบันการเงินระหว่างประเทศ ถ้าตามของการ ตีความหรือการประยุกต์ใช้ของอนุสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างสมาชิกและสถาบันหรือระหว่างสมาชิก ด้วยกันเอง จะได้รับการตัดสินโดยคณะกรรมการภายใต้ความเป็นไปได้ของการอุทธรณ์ของสภา

36. พิรณา ดิงศภิตย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น 52.

b) ข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาประกันหรือการรับประกันต่อระหว่างสถาบัน และฝ่ายอื่นจะถูกยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามหลักที่บรรจหรือที่อ้างถึงในสัญญาประกันหรือ ประกันต่อ (Article 58)

c) ข้อขัดแย้งระหว่างสถาบันในฐานะผู้รับช่วงสิทธิของนักลงทุนและสมาชิกจะได้รับ การระงับโดยให้สอดคล้องกับ Annex 2 ของอนุสัญญาหรือสอดคล้องกับข้อตกลงที่ลงนามระหว่าง สถาบันและสมาชิคนั้นบนกลไกของการระงับข้อพิพาทที่เลือกได้ (Article 57 (b)) สัญญานั้นจะ ได้รับการเจรจาระหว่างฝ่ายที่ใช้ Annex 2 เป็นหลักเกณฑ์ (ซึ่งสัญญานั้นต้องได้รับอนุมัติโดย คณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษ ก่อนที่สถาบันจะดำเนินในดินแดนของสมาชิกที่เกี่ยวข้อง ขอบเขตที่การจัดการจะเป็นที่พอใจของสถาบัน ข้อตกลงควรจะกำหนดว่าสถาบันต้องมองหาการ เยียวยาที่หาได้ภายใต้กฎหมายภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนและมองหาการอาศัย การอนุญาโตตุลาการ เพียงถ้าไม่ได้บรรลุผลการบรรเทาภายใต้การเยียวยาการเยียวยานั้น ภายใน ระยะเวลาที่กำหนด ข้อตกลงจะมั่นใจว่าสถาบันจะได้รับการปฏิบัติอย่างน้อยที่สุดให้การ อนุเคราะห์เท่ากับการจัดการซึ่งสมาชิกที่เกี่ยวข้องได้ตกลงสำหรับหน่วยงานประกันการลงทุนที่ อนุเคราะห์ที่สุดหรือฝ่ายรัฐใด ๆ ต่อข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ข้อตกลงอาจกำหนดวิธีการ อนุญาโตตุลาการทางเลือก เช่น มองหาการให้ความเห็นเชิงแนะนำจากศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศ

d) ข้อขัดแย้งที่นอกเหนือจาก a) b) หรือ c) ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างสถาบันและสมาชิกหรือ สถาบันพร้อมด้วยข้อขัดแย้งทั้งหมดระหว่างสถาบันและสมาชิก จะได้รับการระงับให้สอดคล้องกับ Annex 2 เป็นโดยการเจรจาและถ้าล้มเหลว ก็จะไปสู่การไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Article 57 (a)) สถาบันจะไม่กำหนดวิธีการพิเศษในการอนุญาโตตุลาการระหว่างสถาบันและผู้เอาประกัน หรือนโยบายประกันต่อ ซึ่งคาดการณ์ล่วงหน้าว่าสัญญาประกันหรือประกันต่อจะอ้างอิงองค์การที่ เป็นที่รู้จักระหว่างประเทศในกฎของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ เช่น กฎของ ICSID กฎที่ พัฒนาโดย UNCITRAL หรือ กฎของ ICC

Annex 2 ซึ่งเหมือนกับ Annex 1 ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญากำหนดว่า แต่ละฝ่ายต้องพยายามในการเจรจาจะระงับข้อพิพาทเป็นอย่างแรกก่อนที่จะอาศัยการอนุญาโต ตุลาการ (Article 2 ของ Annex 2) ในความเป็นจริง, ซึ่งคาดว่าข้อขัดแย้งทั้งหมดจะต้องได้รับการ ระงับอย่างสมานฉันท์โดยการเจรจาต่อรองตามที่เป็นกรณีในการปฏิบัติของสถาบันการเงิน ระหว่างประเทศอื่น ถ้าการเจรจาล้มเหลวทั้ง 2 ฝ่ายมีทางเลือกในความพยายามระงับข้อพิพาท ผ่านทางการไกล่เกลี่ย (conciliation) หรือวิธีการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าทั้ง 2 ฝ่ายตกลงใจใช้

การไกล่เกลี่ย ทั้ง 2 ฝ่ายอาจใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเมื่อการไกล่เกลี่ยล้มเหลว (Article 3 ของ Annex2) Article 4 (g) ของ Annex 2 กำหนดคณะอนุญาโตตุลาการจะ “ใช้บทบัญญัติของอนุสัญญานี้, ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องระหว่างคู่กรณีที่เป็นข้อขัดแย้ง, ข้อบังคับภายในและกฎระเบียบของสถาบัน กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในประเทศของสมาชิกที่เกี่ยวข้องพร้อมด้วยข้อกำหนดของสัญญาการลงทุนถ้ามี” การอ้างอิงถึงกฎหมายภายในประเทศรวมถึงหลักการขัดกันของกฎหมาย (conflict of law rules) ของสมาชิก ในกรณีของการขัดกันระหว่างกฎของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎฝ่ายเดียวที่ออกโดยฝ่ายที่ขัดแย้งทั้งคู่ คณะอนุญาโตตุลาการจะใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพัน คู่กรณี (Article 4 (h) ของ Annex 2) และคำตัดสินบังคับใช้ภายในดินแดนของสมาชิกแต่ละราย เหมือนกับว่าเป็นคำพิพากษาของศาลของสมาชิกที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามคู่กรณีสามารถกระทำให้สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศที่กระทำถูกค้นหา (Article 4 (j) ของ Annex 2) การจัดการนี้สะท้อนถึงผลประโยชน์ปกติของสมาชิกทั้งหมดในสถาบัน

1.5 คุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครอง

1.5.1 การลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง

ในอนุสัญญา MIGA ได้กำหนดการลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ดังนี้³⁷

- a. การลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองให้รวมถึงการหาประโยชน์ต่าง ๆ จากการมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของรวมทั้งเงินกู้ระยะปานกลางหรือระยะยาวที่ให้กู้หรือค้ำประกันโดยผู้ถือหุ้นในวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องและการลงทุนโดยตรงรูปแบบต่าง ๆ ตามที่คณะกรรมการกำหนด
- b. คณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษสามารถขยายขอบข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองไปยังการลงทุนระยะปานกลางหรือระยะยาวรูปแบบอื่นใดได้ยกเว้นเงินกู้อื่น ๆ นอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้ใน ก. ซึ่งอาจจะอยู่ในข่ายได้รับการคุ้มครอง ถ้าเป็นเงินกู้เกี่ยวข้องกับการลงทุนเฉพาะที่สถาบันรับประกันหรือจะรับประกัน
- c. สถาบันจะรับประกันเฉพาะการลงทุนที่เริ่มดำเนินการภายหลังจากที่ได้ลงทะเบียนคำร้องขอเอาประกันจากสถาบันการลงทุนดังกล่าวอาจรวมถึง

37. Convention, Article 12.

- (1) การโอนเงินตราต่างประเทศใด ๆ เพื่อปรับปรุงให้ทันสมัย ขยายหรือพัฒนาโครงการลงทุนที่มีอยู่และ
- (2) การใช้จ่ายได้จากการลงทุนที่มีอยู่แทนที่จะโอนออกไปจากประเทศผู้รับการลงทุน

แบบของการลงทุน

Article 12 (a) ของอนุสัญญาได้กำหนดว่าการลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองจะประกอบด้วย

- 1) การลงทุนที่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน (equity interest)
- 2) การลงทุนทางตรงที่ไม่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน (non – equity direct interest)³⁸

นอกจากนี้ ข้อ 12 (b) ของอนุสัญญาได้ให้อำนาจคณะกรรมการตัดสินใจในแบบของการลงทุนอื่น ๆ ที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครอง ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด

จาก 1) การลงทุนที่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน (equity interest)³⁹

การลงทุนที่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน เป็นการลงทุนที่ได้ผลประโยชน์จากการมีส่วนเป็นเจ้าของ เป็นการลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงแบบที่ถูกต้องตามกฎหมายของวิสาหกิจโครงการและไม่มีเกณฑ์ขั้นต่ำในเรื่องหุ้นของผู้ยื่นคำขอในโครงการลงทุน

การคุ้มครองได้ขยายไปถึงแบบต่าง ๆ ของ equity interest ดังต่อไปนี้

- ก) หุ้นในบริษัทหรือนิติบุคคลอื่นซึ่งได้ตั้งขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน
- ข) สิทธิในการมีส่วนร่วมในกำไรและชำระบัญชีอันเนื่องมาจากการเข้าร่วมลงทุน (joint venture) ในประเทศผู้รับการลงทุน
- ค) สิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของสาขาหรือการจัดตั้งอื่นของนักลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน

38. จุลสารการขอมและการลงทุน, กองนโยบายการขอมและการลงทุน, สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, ฉบับที่ 1, กรกฎาคม 2543.

39. Operational Regulations (As amended by The Board of Directors Through October 1, 2007), paragraph 1.02 – 1.04.

ง) การลงทุนในหุ้นและการลงทุนด้วยเงินโดยตรง, ประกอบด้วย การถือหุ้นข้างน้อยในการเข้าร่วมลงทุน, หุ้นบุริมสิทธิและหุ้นที่เป็นผลมาจากการแปลงหนี้, กับบุริมสิทธิในการลงทุนในหุ้นที่ยกให้ในการเข้าร่วมกับการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศและ

จ) เงินกู้ของผู้ถือ equity ในวิสาหกิจโครงการถึงวิสาหกิจโครงการและการประกัน (รวมถึงทรัพย์สินค้ำประกันหรือหลักทรัพย์) ของผู้ถือ equity ในวิสาหกิจโครงการของเงินกู้ที่ถูกทำในวิสาหกิจโครงการ กำหนดว่าในทั้ง 2 กรณี ช่วงเวลาระหว่างการเริ่มต้นใช้บังคับของข้อตกลงเงินกู้และเงินซึ่งเป็นชำระหนี้ครั้งสุดท้ายของเงินกู้ได้ครบกำหนดเป็นเวลานานอย่างน้อยที่สุด 3 ปี โดยไม่ได้มีความเสียหายต่อ Article 12 (a) ของอนุสัญญา ซึ่งเงินกู้และการประกันเงินกู้ของระยะเวลาที่น้อยกว่า 3 ปี อาจมีสิทธิได้รับการคุ้มครอง ถ้าคณะกรรมการอนุมัติ กำหนดว่านักลงทุนสามารถแสดงข้อผูกมัดในระยะยาวในโครงการลงทุน

จาก 2) การลงทุนที่ไม่อยู่ในรูปของหลักทรัพย์หรือตัวเงิน (Non – Equity Direct Investment)⁴⁰

สืบเนื่องมาจากหลักเกณฑ์การประกันของสถาบันอาจให้การรับประกันสำหรับแบบต่างของการลงทุนที่ไม่อยู่ในรูปของหลักทรัพย์หรือตัวเงินดังต่อไปนี้

ก) สัญญาแบ่งปันผลผลิตซึ่งผู้ทำสัญญาให้การช่วยเหลือโครงการการลงทุนและการตอบแทนที่เป็นเนื้อเป็นหนังของเขาขึ้นอยู่กับส่วนแบ่งของผลผลิตของโครงการลงทุน ประกอบด้วยสิทธิที่จะซื้อหุ้นที่ราคาก่อนการตัดสินใจ หรือราคาที่จะต้องตัดสินใจภายใต้สูตรที่เห็นพ้องต้องกัน

ข) สัญญาแบ่งปันกำไรที่ผู้ทำสัญญาให้การช่วยเหลือโครงการลงทุนและการตอบแทนที่เป็นเนื้อเป็นหนังของเขาขึ้นอยู่กับรายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน

ค) สัญญาการจัดการที่ผู้ทำสัญญามีส่วนรับผิดชอบสำหรับการจัดการของโครงการลงทุนหรือมีส่วนสำคัญในการดำเนินการและการตอบแทนที่เป็นเนื้อเป็นหนังของเขาขึ้นอยู่กับผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน

ง) ข้อตกลง franchising ที่ franchiser จัดหาทรัพยากรต่าง ๆ ให้กับผู้รับแฟรนไชส์ (franchisee) เช่น เครื่องหมายการค้า เทคโนโลยีการผลิต (know – how) และความช่วยเหลือด้านการจัดการและการตอบแทนโดยส่วนใหญ่ของเขาขึ้นอยู่กับผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน

40. Operational Regulations, para.1.05.

จ) ข้อตกลงอนุญาต (licensing) ซึ่งผู้อนุญาตจัดหาเทคโนโลยีให้กับผู้รับอนุญาตและผลตอบแทนโดยส่วนใหญ่ของผู้อนุญาตขึ้นอยู่กับผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน หรือที่ข้อตกลงอนุญาตได้เข้าไปมีส่วนสัมพันธ์กับการลงทุนที่มีคุณสมบัติอีกอย่างหนึ่งของผู้รับอนุญาตในโครงการลงทุน

ฉ) สัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ (Turnkey) ที่ผู้ทำสัญญามีความรับผิดชอบสำหรับการก่อตั้งหน่วยผลิตหรือบริการที่สมบูรณ์ในประเทศผู้รับการลงทุนที่ผลตอบแทนส่วนใหญ่ของผู้ทำสัญญาขึ้นอยู่กับผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุนหรือผู้ทำสัญญาได้รับรับผิดชอบสำหรับการดำเนินการโครงการลงทุนที่มาตรฐานประสิทธิภาพได้ระบุสำหรับช่วงเวลาอย่างน้อยที่สุด 3 ปี หลังจากสร้างเสร็จ

ช) ข้อตกลงเช่าดำเนินการซึ่งมีช่วงเวลาอย่างน้อย 3 ปี ที่ผู้ให้เช่าให้ผู้เช่าเช่าสินค้าที่ใช้ในการลงทุน (capital goods) และการจ่ายค่าเช่าโดยส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน

ซ) หุ้นกู้ด้อยสิทธิ (subordinate debentures) กับช่วงระยะเวลาจ่ายคืนเฉลี่ยไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งออกโดยวิสาหกิจโครงการให้กับนักลงทุนที่ลงทุนในหุ้นหรือบุคคลที่มีสิทธิในการลงทุนทางตรงแบบ non-equity ในโครงการการลงทุน

ณ) แบบอื่น ๆ ของการลงทุนทางตรงที่ไม่อยู่ในรูปของหลักทรัพย์หรือตัวเงิน ผลตอบแทนส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานของโครงการการลงทุนอาจถูกแนะนำโดยประชาชนและอนุมัติโดยคณะกรรมการ

ด) การประกันหรือหลักทรัพย์อื่น ๆ ที่ได้จัดหาสำหรับเงินกู้ให้กับวิสาหกิจโครงการซึ่งพอใจข้อกำหนดช่วงระยะเวลาจ่ายคืนที่ก่อตั้งและซึ่งถูกทำโดยที่ท่าแบบข้างบนใด ๆ ของการลงทุนทางตรงโดยไม่อยู่ในรูปของหลักทรัพย์หรือตัวเงินในโครงการลงทุน

ใน Article 12 ของอนุสัญญาได้นิยามแบบของการลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสถาบัน ซึ่งข้อกำหนดนี้ เป็นความพยายามที่จะรักษาความสมดุลระหว่างความต้องการที่จะรักษาเงินทุนของสถาบันในการส่งเสริมการเคลื่อนย้ายการลงทุนทางตรงกับความต้องการที่จะประกันความยืดหยุ่นในอนาคต โดยอนุญาตให้คณะกรรมการขยายความคุ้มครองการลงทุนไปสู่รูปแบบอื่น ๆ ทำให้มองเห็นว่าสถาบันจะเน้นไปที่การลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้ Article 12 (a) ได้แก่ การลงทุนที่อยู่ในรูปของหลักทรัพย์หรือตัวเงินแบบของการลงทุนทางตรงในรูปแบบต่าง ๆ และเงินกู้ระยะปานกลางถึงระยะยาวที่รับประกันโดยเจ้าของ

วิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง⁴¹

คำว่า “การลงทุนทางตรง” คือคำทั่ว ๆ ไป ซึ่งความหมายที่ถูกต้องจะต้องได้รับการกำหนดโดยคณะกรรมการ ซึ่งคณะกรรมการอาจกำหนดคำนิยามนี้โดยอาศัยแนวทางการกำหนดค่านิยามของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ในการนิยามการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศว่าเป็น “การลงทุนที่ทำให้ได้มาซึ่งผลตอบแทนในระยะยาว ในการดำเนินวิสาหกิจให้เป็นประโยชน์มากที่สุด ที่นอกเหนือจากประโยชน์ของนักลงทุน ซึ่งจุดประสงค์ของนักลงทุนเป็นสิ่งที่มิมีประสิทธิผลในการจัดการวิสาหกิจ” คณะกรรมการอาจพิจารณาการลงทุนทางตรงในรูปแบบใหม่นั้น ได้แก่ สัญญาการจัดการและบริการพร้อมด้วยข้อตกลงแฟรนไชส์ การอนุญาต การเช่าและการแบ่งผลผลิตที่ผลตอบแทนของนักลงทุนขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานของวิสาหกิจ ในกรณีใด ๆ ก็ตาม มันเป็นเรื่องที่ไม่สำคัญไม่ว่าการลงทุนจะอยู่ในรูปแบบของการลงทุนด้วยเงินหรืออยู่ในรูปแบบของการให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน ในเรื่องเครื่องจักร กระบวนการทางเทคนิคและเทคโนโลยี

เกณฑ์สำหรับการลงทุนทางตรงแบบ non – equity

ในการตัดสินใจให้สิทธิของการลงทุนทางตรงแบบไม่อยู่ในรูปของตัวเงินหรือหลักทรัพย์ องค์การผู้รับประกันจะออกความคุ้มครองเพียงสำหรับการลงทุนที่

- (i) มีช่วงระยะเวลาอย่างน้อย 3 ปีและ
- (ii) ส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับผลผลิต รายได้และกำไรของโครงการลงทุนสำหรับการจ่ายผลตอบแทน

ในแง่นี้ การพิจารณาเป็นพิเศษจะพิจารณาให้กับการจัดการลงทุนที่มีระยะเวลายาว และมีศักยภาพในการพัฒนาสูง เมื่อมีการลงความเห็นและได้ปรึกษากันอย่างพอเหมาะแล้ว สถาบันจะคุ้มครองแบบนี้ที่สามารถได้รับจากรัฐบาลหรือองค์การรับประกันสินเชื่อเพื่อการส่งออกของสมาชิก

ผู้ยื่นคำขออาจจะช่วยเหลือทรัพยากรให้กับโครงการลงทุนภายใต้การจัดการที่หลากหลาย เช่น หุ้นส่วนเข้าร่วมลงทุนอาจเข้าจัดการงานภายใต้ข้อตกลงการจัดการหรือผู้ทำสัญญาอาจเปิดโรงงานภายใต้สัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จและจัดหาผู้ปฏิบัติงานในโรงงานกับเทคโนโลยีภายใต้ข้อตกลงการเช่า ในกรณีนั้น องค์การผู้รับประกันจะต้องคำนึงถึงขอบเขตของผลประโยชน์ของธุรกิจทั้งหมดของผู้ยื่นคำขอในโครงการลงทุน

41. Commentary on Convention, no.19.

3) การลงทุนแบบอื่น ๆ ⁴²

แบบของการลงทุนในระยะกลางหรือระยะยาวใด ๆ ซึ่งไม่มีคุณสมบัติสำหรับการคุ้มครองภายใต้ Article 12 (a) ของอนุสัญญาอาจได้รับการคุ้มครองถ้าคณะกรรมการอนุมติโดยเสียงข้างมากพิเศษตามที่ดำเนินการใน Article 12 (b) ของอนุสัญญา ยกเว้นเงินกู้อื่น ๆ นอกเหนือจากที่สมควรได้รับการคุ้มครองภายใต้ Article 12 (a) ของอนุสัญญาอาจมีคุณสมบัติได้รับการคุ้มครองถ้าเป็นเงินกู้ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนเฉพาะที่สถาบันรับประกันหรืออาจจะรับประกัน การอนุมัติของคณะกรรมการสำหรับการคุ้มครองในแบบอื่นของการลงทุนนั้น อาจได้รับการรับประกันเป็นกรณีเฉพาะหรือเป็นกรณีทั่วไป

ใน Article 12 (b) ให้คณะกรรมการมีความยืดหยุ่นในการขยายความคุ้มครองของสถาบันไปสู่รูปแบบอื่น ๆ ของการลงทุนในอนาคต คณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษ มีอำนาจที่จะขยายการคุ้มครองไปสู่แบบของการลงทุนระยะปานกลางหรือระยะยาว ยกเว้นเงินกู้ ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยเฉพาะที่คุ้มครองโดยสถาบัน เพื่อเป็นการสงวนทรัพยากรที่หายากของสถาบัน สถาบันจะไม่รับประกันหรือรับประกันต่อในสินเชื่อเพื่อการส่งออกใด ๆ โดยไม่มีการคำนึงถึงรูปแบบการลงทุน ซึ่งการรับประกันหรือรับประกันต่อในสินเชื่อเพื่อการส่งออกนี้ ได้รับการกำหนดให้รับประกันหรือรับประกันต่อโดยรัฐบาลหรือองค์กรที่ให้สินเชื่อเพื่อการส่งออก เพราะว่าความคุ้มครองของสถาบันถูกจำกัดให้อยู่แต่ในเฉพาะเรื่องของการลงทุน การส่งออกจะได้รับการคุ้มครองเพียงในขอบเขตที่ว่า การส่งออกได้แสดงว่ามีส่วนสนับสนุนการลงทุนอย่างเจาะจง องค์กรการจัดจำหน่ายซึ่งได้รับการออกแบบมาตั้งแต่แรกให้สนับสนุนการส่งออกและนักลงทุนเองก็ไม่ได้ได้รับประโยชน์โดยตรง จะไม่ได้รับการคุ้มครองโดยสถาบัน สถาบันมีหน้าที่ในฐานะเป็นองค์กรรับประกันการลงทุนและจะไม่เป็นหน้าที่เป็นองค์กรที่ให้สินเชื่อเพื่อการส่งออกซึ่งแข่งขันกับองค์กรที่ให้สินเชื่อเพื่อการส่งออกที่ตั้งอย่างเป็นทางการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยไม่มีการทำลายฐานะทางการเงินของสถาบัน สถาบันจะจำกัดการรับประกันเฉพาะการลงทุนที่เป็นปกติ (sound investment) ซึ่งสถาบันจะพอใจที่การลงทุนที่สถาบันรับประกันจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศผู้รับการลงทุนสอดคล้องกับกฎหมายและระเบียบของประเทศนั้น และตรงกับวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาตามที่ประเทศนั้นได้ประกาศเอาไว้ สถาบันจะพอใจในเงื่อนไขของการลงทุนที่เหมาะสมด้วย ซึ่งเงื่อนไขของการลงทุนที่เหมาะสมประกอบไปด้วย การมี

42. Commentary on Convention, no.20.

การปฏิบัติที่ยุติธรรมและเที่ยงธรรมและมีการคุ้มครองตามกฎหมายที่จะนำไปใช้กับการลงทุนที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่ไม่มีมาตรการคุ้มครองภายใต้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนหรือภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี สถาบันจะรับประกันการลงทุน หลังจากที่ได้สถาบันได้บรรลุข้อตกลงกับประเทศผู้รับการลงทุนตามที่ได้ดำเนินการตาม Article 23 (b) (ii) ในอนุสัญญานั้นคือ สถาบันจะให้การประคับประคองด้วยความอนุเคราะห์ที่อย่างน้อยที่สุดเท่ากับสมาชิกที่เกี่ยวข้องได้ตกลงให้ความอนุเคราะห์ให้แก่สถาบันประกันการลงทุนหรือรัฐให้ความตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งความตกลงดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากพิเศษของคณะกรรมการ

การลงทุนที่รับประกันโดยสถาบันควรจะเป็นการลงทุนใหม่ด้วย ซึ่งการลงทุนใหม่จะต้องเริ่มดำเนินการภายหลังจากที่ได้ลงทะเลี่ยนคำร้องขอเอาประกันจากสถาบัน โดยไม่รวมการลงทุนที่อาจขัดขวางสถาบันจากการคุ้มครองการลงทุนที่ทำเพื่อพัฒนาการลงทุนที่ยังคงดำเนินอยู่หรือจากการคุ้มครองรายได้การลงทุนใหม่ซึ่งอาจถูกโอนออกไปนอกประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งคำว่า “รายได้” (earnings) ใน Article 12 (c) (ii) นั้นในอนุสัญญามีเจตนาให้รวมค่าภาคหลวง (royalties) และค่าธรรมเนียมใบอนุญาต (license) ไว้ด้วย

1.5.2 ผู้ลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง

ในอนุสัญญา MIGA ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ดังนี้⁴³

ก. บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลใด ๆ อาจมีคุณสมบัติที่จะได้รับการประกันจากสถาบันเมื่อ

- (1) บุคคลธรรมดานั้นเป็นคนชาติของสมาชิกที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุน
- (2) นิติบุคคลนั้นได้จัดตั้งและมีสถานประกอบธุรกิจหลักในประเทศสมาชิก หรือทุนส่วนใหญ่ของนิติบุคคลดังกล่าวเป็นของสมาชิกหนึ่งหรือหลายสมาชิกหรือคนชาติของสมาชิก ทั้งนี้เมื่อสมาชิกล่าว่าไม่ใช่ประเทศผู้รับการลงทุนไม่ว่าในกรณีข้างต้นใด ๆ ก็ตามและ
- (3) นิติบุคคลนั้นไม่ว่าเอกชนจะเป็นเจ้าของหรือไม่ก็ตามประกอบกิจการเพื่อการพาณิชย์

43. Convention, Article 13.

ข. ในกรณีที่มีผู้ลงทุนมีมากกว่าหนึ่งสัญชาติ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตาม ก. ข้างต้นให้ถือเอาสัญชาติของสมาชิกมีผลเหนือสัญชาติของประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิก และให้ถือว่าสัญชาติของประเทศผู้รับการลงทุนมีผลเหนือสัญชาติของสมาชิกอื่นใด

ค. โดยคำขอร่วมกันของผู้ลงทุนกับประเทศผู้รับการลงทุน คณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษ อาจขยายคุณสมบัติที่จะได้รับการประกันไปยังบุคคลธรรมดา ที่เป็นคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุน หรือนิติบุคคลซึ่งได้จัดตั้งขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน หรือทุนส่วนใหญ่เป็นของคนชาตินั้น ทั้งนี้ ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ลงทุนนั้น ต้องนำมาจากภายนอกประเทศผู้รับการลงทุน

1. แบบของนักลงทุน⁴⁴

นักลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หุ้นส่วนซึ่งมิได้เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย สมาคมที่มีได้รวมกันเป็นบริษัทและสาขา ไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง ในกรณีเช่นนี้ คุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองได้ถูกกำหนดให้กับหุ้นส่วนแต่ละคน สมาชิกของสมาคมและเจ้าของของสาขา ซึ่งในกรณีนี้ นักลงทุนบางคนมีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง ในขณะที่นักลงทุนอื่น ๆ ไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง การประกันอาจออกให้สำหรับส่วนของการลงทุน ตามหุ้นของนักลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองในโครงการการลงทุน

2. สัญชาติของนักลงทุน⁴⁵

เพื่อให้สอดคล้องกับ Article 13 (a) ของอนุสัญญา บุคคลธรรมดาที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นคนชาติของสมาชิกของสถาบันที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุน

ในขณะที่นิติบุคคลที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีคุณสมบัติดังนี้

i) ได้จัดตั้งและมีสถานประกอบธุรกิจหลักในประเทศสมาชิกของสถาบันที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุน หรือ

44. Commentary on Convention, no.22.

45. Operational Regulations, para 1.15.

ii) ทุนส่วนใหญ่ของนิติบุคคลดังกล่าว เป็นของสมาชิกคนหนึ่งหรือเป็นของสมาชิกคนอื่น ๆ หรือเป็นคนชาติของประเทศสมาชิกหนึ่งหรือของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุน เพื่อให้มีคุณสมบัติสำหรับการประกัน นักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาจะต้องเป็นคนชาติของสมาชิกที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุน ถ้านักลงทุนเป็นนิติบุคคลจะต้องรวมกันเป็นบริษัทและมีสถานประกอบธุรกิจหลักในประเทศสมาชิกที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุนหรือมีทุนโดยส่วนใหญ่เป็นของประเทศสมาชิกหรือคนชาติที่นอกเหนือจากประเทศผู้รับการลงทุนหรือคนชาติ

การลงทุนที่เป็นเจ้าของโดยเอกชนหรือรัฐบาลจะมีคุณสมบัติได้รับการคุ้มครองตราบเท่าที่ได้ดำเนินการบนหลักการพาณิชย์ (Article 13 (a) (iii) อย่างไรก็ตาม เป็นที่คาดการณ์ว่าการลงทุนที่ได้รับการประกันส่วนใหญ่จะเป็นเจ้าของโดยเอกชน⁴⁶

ข้อยกเว้น⁴⁷

ใน Article 13 (c) ได้กำหนดข้อยกเว้น ที่นักลงทุนอาจไม่เกี่ยวข้องกับประเทศผู้รับการลงทุน ในกรณีของทรัพย์สินที่นำมาจากต่างประเทศโดยคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนหรือบริษัทนิติบุคคลในประเทศผู้รับการลงทุนหรือที่เป็นเจ้าของโดยคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุน ได้กำหนดว่า นักลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุนจัดทำคำขอร่วมกันสำหรับการประกันและคณะกรรมการโดยเสียงข้างมากพิเศษได้อนุมัติ ซึ่งข้อยกเว้นนี้ ได้ตรงกันกับวัตถุประสงค์กลางของสถาบันในช่องทางการเคลื่อนย้ายการลงทุนไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งปัจจุบันได้มีคนชาติที่อาศัยอยู่ต่างประเทศมีเงินทุนที่อยู่นอกประเทศเป็นจำนวนมาก ซึ่งจะเป็นการช่วยให้เงินทุนได้กลับคืนไปยังประเทศกำลังพัฒนาต่อไป ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่ากลุ่มเป้าหมายของข้อยกเว้นนี้คือผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติหรือนิติบุคคลของประเทศในอ่าวเปอร์เซียที่เป็นประเทศผู้ส่งออกน้ำมัน⁴⁸

1.5.3 ประเทศผู้รับการลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง

ในอนุสัญญา MIGA ได้กำหนดคุณสมบัติของประเทศที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ใน Article 14 ดังนี้

การลงทุนที่จะได้รับการประกันตามหมวดนี้ ต้องเป็นการลงทุนที่ได้กระทำในดินแดนของประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนาเท่านั้น

46. Commentary on Convention, no.22.

47. Commentary on Convention, no.23.

48. พิรุณา ดิงศรัทีย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น.43.

1. ประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา

เพื่อให้สอดคล้องกับ Article 14 ของอนุสัญญา การลงทุนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครอง จะต้องกระทำในดินแดนของประเทศสมาชิกซึ่งมีรายชื่อประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา ตามที่ปรากฏใน Schedule A ทำอนุสัญญาและ Schedule A อาจได้รับการแก้ไขในบางโอกาส

2. ดินแดนที่อยู่ในความดูแล

ดินแดนที่อยู่ในความดูแลของประเทศสมาชิกที่มีความสัมพันธ์กับต่างประเทศ อาจได้รับการแต่งตั้งโดยคณะกรรมการให้อยู่ในฐานะของประเทศสมาชิกกำลังพัฒนา เพื่อจุดประสงค์ของ Article 14 ของอนุสัญญา ถ้าสมาชิกร้องขอ อย่างไรก็ตาม ได้กำหนดว่าการลงทุนของประเทศสมาชิก ในดินแดนที่อยู่ในความดูแลจะอยู่นอกการคุ้มครอง

ใน Article 14 ได้จำกัดการดำเนินการประกันของสถาบันในการลงทุนที่ทำในดินแดนของประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนา ประเทศสมาชิกที่กำลังพัฒนาที่ได้รับการนิยามใน Article 3 (c) ได้แก่ประเทศสมาชิกที่มีรายชื่อตาม Schedule A ในอนุสัญญา ในระหว่างการอภิปรายโดยผู้อำนวยการบริหารได้เป็นที่เข้าใจว่าสถาบันจะพัฒนานโยบายในเรื่องคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครอง โดยที่สิทธิที่จะพิจารณาก่อนจะให้กับประเทศที่พัฒนาน้อยกว่า สำหรับจุดประสงค์ของ Article 14 ได้มีความเห็นพ้องกันว่า ดินแดนที่อยู่ในความดูแลของประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีความสัมพันธ์กับต่างประเทศควรจะได้รับปฏิบัติในฐานะเป็นสมาชิกประเทศกำลังพัฒนา ถ้าสมาชิกประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการ อย่างไรก็ตามการลงทุนของสมาชิกในดินแดนที่อยู่ในความดูแลอาจอยู่นอกเหนือการคุ้มครอง⁴⁹

49. Commentary on Convention, no.24.