

การวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ ความตกลงการค้าเสรี¹

ความตกลงการค้าเสรีหรือความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีเป็นชื่อของความตกลงที่ประเทศภาคีความตกลงนั้นๆ จะตกลงกันว่าจะใช้ชื่ออย่างไร แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นไร ความตกลงดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐที่แสดงเจตนาทำความตกลงนั้นๆ ตามหลักกฎหมาย *Pacta Sunt Servanda* หรือสัญญาต้องผูกพัน² ดังนั้นเมื่อรัฐได้แสดงเจตนารมณ์ใดในความตกลงใดๆ ย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามความตกลงนั้นๆ หากละเมิดพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลงนั้นๆ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ต่อรัฐอื่นๆ ที่เป็นคู่ภาคีแห่งความตกลงนั้น และได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีของรัฐดังกล่าวข้างต้น

คำว่า FTA (Free Trade Agreement) หมายถึง กรณีที่ประเทศไทยได้ทำความตกลงกับประเทศคู่ค้าหรือภาคีต่างๆ ในระดับทวิภาคี กล่าวคือ “ความตกลงการค้าเสรี” ต่างจากคำว่า FTA ที่หมายถึง Free Trade Area หรือ “เขตการค้าเสรี” ดังนั้น FTA ที่กล่าวกันในขณะนี้ เป็นความตกลงที่ไทยทำกับคู่ภาคี ภายหลังจากเจรจาอบโตฮาเพื่อการพัฒนาล้มเหลวลงหรือหยุดชะงักลง ทำให้ประเทศต่างๆ หันมาเจรจาความตกลงการค้าเสรีในระดับทวิภาคีกันมากขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาการไม่สามารถบรรลุผลการเจรจาในรอบการค้าโตฮาดังกล่าว ภายใต้อกรอบการเจรจาขององค์การการค้าโลก

ความตกลงดังกล่าวมีการจัดทำขึ้นหลายระดับ ไม่ว่าจะเป็นระดับทวิภาคี (Bilateral) ระดับพหุภาคี (Multilateral) หรือระดับภูมิภาค (Regional) ซึ่งความตกลงในระดับภูมิภาคก็คือความตกลงในระดับพหุภาคี หรือความตกลงหลายฝ่ายที่จำกัดรัฐภาคีสมาชิกในภูมิภาคนั้น โดยอาจจะมีสมาชิกตาม

¹ ในบทนี้จะมีข้อคิดเห็นของ ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์ ประกอบในบางประเด็น โดย ดร.พรชัย เป็นผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายที่ให้ข้อคิดเห็นต่อการศึกษาโครงการฯ ในการวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าเสรี ปัจจุบันดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

² ข้อ 26 และวรรคอารัมภบทที่ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

กลุ่มวัตถุประสงค์ หรือตามเป้าหมายที่มาทำความตกลงกัน กล่าวคือ ความตกลงการค้าเสรี เป็นความตกลงที่ได้กระทำขึ้นระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือต่อองค์การระหว่างประเทศ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะผูกพันตามความตกลงที่ได้กระทำขึ้นระหว่างกัน และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งได้กระทำกันขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยรัฐภาคีมีเจตจำนงโดยสมัครใจที่จะกระทำขึ้น ซึ่งองค์ประกอบดังกล่าวมีฐานะเป็นความตกลงระหว่างประเทศ หรือที่เรียกว่าสนธิสัญญา ทั้งนี้ตามบทนิยาม คำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งนิยามไว้ในมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่ง คำว่าสนธิสัญญานั้น อาจจะมีชื่อเรียกต่าง ๆ ได้หลาย ๆ ลักษณะ เช่น สนธิสัญญา อนุสัญญา ความตกลง ปฏิญญา หนังสือแลกเปลี่ยน ตราสาร เป็นต้น และสนธิสัญญานั้น สามารถทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับ หรือเป็นตราสารโต้ตอบกันก็ได้ ความตกลงหรือสนธิสัญญานั้น ไม่ว่าจะ มีชื่ออย่างไรก็ตามมีฐานะทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันทั้งสิ้น

ความตกลงการค้าเสรี ที่ประเทศไทยทำกับคู่ภาคีจึงมีฐานะเป็นสนธิสัญญา และย่อมผูกพันรัฐหรือคู่ภาคีในการที่จะต้องอนุวัติการตามสนธิสัญญาหรือความตกลงเหล่านั้น ดังนั้นหากรัฐใดหรือองค์การระหว่างประเทศใด ๆ ที่ได้ตกลงทำสนธิสัญญา ความตกลงใด ๆ โดยชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ย่อมต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้น ๆ หากไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลง ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อรัฐ หรือคู่ภาคีฝ่ายอื่น หรืออีกฝ่าย แล้วแต่ว่าเป็นความตกลงในระดับใด ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ความตกลงนั้น ๆ ย่อมมีความรับผิดชอบ ทั้งตามที่ได้กำหนดไว้ในความตกลง และการรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นด้วย

ดังนั้นหากประเทศไทยซึ่งได้ทำความตกลงการค้าเสรีไปแล้วไม่อนุวัติการตามความตกลงจึงต้องรับผิดชอบต่อคู่ภาคี โดยเหตุนี้เองประเทศไทยจึงจำเป็นต้องพิจารณาให้ดีเสียก่อนที่จะไปผูกพันตามความตกลงใด ๆ ที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศไทยในระยะยาว เนื่องจากประเทศไทยต้องผูกพันต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้กระทำขึ้นภายใต้ความตกลงเหล่านี้ จนกว่าจะมีการเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลง และเป็นที่ตกลงทั้งสองฝ่าย หรือทุกฝ่ายแล้วแต่กรณี หรืออาจจะต้องยกเลิกความตกลงนั้น ๆ หากได้มีการตกลงกันไว้เช่นนั้นในสนธิสัญญาแล้ว

เมื่อเปรียบเทียบความสัมพันธ์ของความตกลงหรือพันธะภายใต้ WTO กับ FTA นั้น WTO เป็นความตกลงระดับสากล หรือระดับระหว่างประเทศ โดยมีสมาชิกเกือบทั้งโลกร่วมกันกำหนดหลักเกณฑ์ในการขจัดอุปสรรคทางการค้า โดยมีความมุ่งหมายหลักคือการลด หรือยกเลิกอุปสรรคทางการค้า ทั้งอุปสรรคที่เป็นภาษีอากร (Tariff Barriers) และที่ไม่ใช่ภาษีอากร (Non Tariff Barriers) โดยเดิมที GATT เน้นที่การลดอุปสรรคทางภาษีอากร ในการค้าสินค้า (Trade in Goods) โดยไม่ครอบคลุมถึงการเปิดเสรีทางด้านการลงทุนและการค้าบริการ และไม่ครอบคลุมกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ต่อมาจึงได้มีการเพิ่มเติม แก้ไข ในเรื่องของการขจัดอุปสรรคการค้าบริการ ซึ่งมีลักษณะที่ต้องเกี่ยวข้องกับการลงทุนด้วย โดยเฉพาะใน Mode 3 Commercial Presence รวมทั้งเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และเกี่ยวข้องกับการขจัดอุปสรรคของการค้าที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางการลงทุนด้วย แต่ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปิดเสรีทางด้านการลงทุน

ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างพันธะภายใต้ GATT/WTO และ FTA ในระดับทวิภาคี เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการเพิ่มเติมพันธะความผูกพันที่อยู่นอกเหนือความตกลงภายใต้ WTO เช่น กรณี TRIP – PLUS, TRIM – PLUS เป็นต้น แต่ยังคงรับรองที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ GATT/WTO ด้วยในส่วนที่ยังเป็นความผูกพันหลักทั่วไป แต่ส่วนใดที่ไม่ได้มีการตกลงไว้ใน GATT/WTO คู่ภาคีย่อมต้องปฏิบัติตามความผูกพันหรือพันธะภายใต้ FTA ที่มีความก้าวหน้า หรือผูกพันยิ่งไปกว่าความตกลงใน GATT/WTO ในกรณีนี้ เท่ากับเป็นการเปลี่ยนแปลงและเพิ่มเติมกรอบ ระเบียบ ข้อบังคับใหม่ ๆ ซึ่งต่อไปย่อมสามารถนำเข้าไปผนวกในกรอบของ GATT/WTO ได้โดยง่าย ในกรณีนี้ทำให้อำนาจต่อรองภายใต้ GATT/WTO ของประเทศกำลังพัฒนาภายใต้องค์การการค้าโลกย่อมหมดไปด้วย และนำมาสู่การเจรจาในระดับทวิภาคีที่ดำเนินอยู่ในขณะนี้

ประเด็นทางด้านกฎหมายในบทนี้สามารถจำแนกได้ดังต่อไปนี้

4.1 กระบวนการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2550

ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีข้อควรพิจารณาโดยสังเขปดังต่อไปนี้ คือ

- ปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 190

ในส่วนกฎหมายภายในได้ทำการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความแจ้งดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจง

ต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญา นั้น ในการนี้ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่มีการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสมและเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา ดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา ๑๕๔ (๑) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

กล่าวคือโดยหลักพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการทำสนธิสัญญา ทั้งนี้เพราะตามรัฐธรรมนูญของไทย พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาได้นำมาบัญญัติไว้ในหมวด 9 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี จึงหมายความว่า อำนาจในการทำสนธิสัญญานั้นเป็นของคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารและพระมหากษัตริย์ได้ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ผ่านทางคณะรัฐมนตรี

ส่วนวรรคสองเป็นกรณีที่ประเทศไทยจะทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวไว้ในวรรค 2 นั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อผ่านการความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ในวรรคสองนี้มีสิ่งที่จะต้องพิจารณาอย่างมากหลายประเด็น ประเด็นแรก คือ เขตอำนาจซึ่งจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดในข้อ 4.6.1 ของบทนี้

ในรัฐธรรมนูญใหม่ยังครอบคลุมถึงกรณีทำสนธิสัญญาความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเรื่องเศรษฐกิจด้วย เช่น FTA ต่างๆ เวลานี้ เพื่อให้ประชาชนเจ้าของประเทศเป็นผู้ตัดสินใจระบบเศรษฐกิจที่เปิดเสรีด้วยตนเองว่า หากมีการเปิดเสรีแล้วมีผลกระทบต่อคนชาติอย่างไร สมควรที่จะไปผูกพันหรือไม่จึงให้ผนวกกลุ่มของสนธิสัญญานี้เข้าไปด้วย วรรคสองทั้งหมดต้องผ่านสภาเป็นเงื่อนไขของการไปทำสนธิสัญญา

สิ่งที่น่าเป็นห่วงอย่างยิ่งอีกประการคือประเทศไทยใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” เมื่อเป็นหนังสือสัญญาก็ต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศจะมีอยู่หลายลักษณะซึ่งอาจรวมไปถึงความตกลงด้วยวาจาด้วย เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

ไม่ได้มีผลกระทบต่อสนธิสัญญาที่แม่ไม่ได้ได้อยู่ภายใต้บทนิยามของอนุสัญญากรุงเวียนนา ก็ไม่ได้ทำให้สนธิสัญญานั้นๆ เป็นโมฆะหรือสิ้นผลไป³

นอกจากนี้ แนวทางการปฏิบัติแบบสมัยใหม่ที่มีก้าวหน้าทางเทคโนโลยี สนธิสัญญาอาจกระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีรูปแบบที่ทันสมัย เช่น การตกลงเจรจาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) หรือการส่งข้อความการตกลงทางโทรเลข แฟกซ์ เทเลกซ์ หรือแม้กระทั่งการบันทึกข้อความการตกลงในแผ่นดิสก์ แล้วนำมาพิมพ์เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ แม้แต่การลงนามที่กระทำโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic signature) หรือกระทำโดย Smart Card อาทิ กรณีประธานาธิบดีคลินตันทำความตกลง (Communique on electronic commerce) กับนายกรัฐมนตรี Ahern แห่ง Irish โดยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ถือว่ามีผลบังคับสมบูรณ์ในฐานะสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁴

ภายใต้มาตรา 190 ไม่ได้ครอบคลุมถึงความตกลงด้วยวาจา แต่ผู้ศึกษาเห็นว่ก็สามารถเขียนไว้ในพระราชบัญญัติว่าหนังสือความตกลงดังกล่าวจะให้ครอบคลุมได้ขนาดไหน ประกอบกับร่างที่กระทรวงการต่างประเทศนำเสนอออกฤษฎีกา ได้นิยาม “หนังสือสัญญา” หมายความว่า “ความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทย หรือราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ” ประเด็นนี้ ขอต้งไว้เป็นประเด็นสำคัญ เพราะวันข้างหน้าหากมีการทำความตกลงแบบไร้กระดาษ (paperless) ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 190 วรรคสองนี้

วรรคสองนี้ก็เป็ปัญหาที่ฝ่ายบริหารต้องพิจารณาว่าสนธิสัญญาใดเข้าข่ายวรรคสองหรือเปล่า ซึ่งประชาชนคนไทยก็ไม่ประสงค์ให้ฝ่ายบริหารไปทำ FTA ที่มีข้อบทที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจระยะยาวของประเทศโดยประชาชนไม่อาจจะรู้ชะตากรรมได้ การเปิดเสรีนั้นจะมีผลดีถ้าเปิดเสรีแล้วไทยรู้จักที่จะแสวงหาประโยชน์จากตลาดที่เปิด ซึ่งนั่นหมายความว่าไทยต้องมีศักยภาพสูงที่จะแสวงหาประโยชน์จากตลาดที่เปิดและมีศักยภาพในการแข่งขันสูงกว่าคู่แข่ง หากไทยยังไม่พร้อมกฎหมายไทยก็มีช่องโหว่อยู่มาก อีกทั้งระดับบังคับการก็ไม่มีประสิทธิภาพ ปัญหาที่ตามมา คือ ประเทศไทย เปิดตลาดให้ผู้อื่นมาแสวงหาประโยชน์เสียมากกว่า

ปัญหาอีกประการที่จะต้องตีความคือสนธิสัญญาใดที่ต้องมีกฎหมายออกมานุ้ตรการตามในระดับพระราชบัญญัติ กล่าวคือต้องมีพระราชบัญญัติออกมาบังคับเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญากรณีนี้ อาจจะมีการหลีกเลี่ยงโดยออกกฎหมายใหม่รองรับไว้เลยก่อนที่จะไปทำสนธิสัญญาก็จะไม่เข้า

³ ถ้อยคำในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หมายความว่าความตกลงหรือสนธิสัญญาที่ทำด้วยวาจาอาจจะเป็นสนธิสัญญาตามความหมายของอนุสัญญานี้ ส่วนถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญซึ่งใช้คำคำเดียวกันนี้มาโดยตลอดย่อมเป็นไปภายใต้หลักการที่ว่าด้วยความตกลงนั้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่รวมถึงความตกลงทางวาจา (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

⁴ การสรุปว่าการส่งโทรสารถึงกันเป็นสนธิสัญญาเมื่อมีการลงนามของผู้มีอำนาจลงนามแล้วอาจไม่ถูกต้อง คงต้องพิจารณาด้วยว่าครบองค์ประกอบของการเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

เงื่อนไขกรณีนี้ ปัญหาเริ่มมีการทำในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ไทยต้องบังคับการให้เป็นไปตามหลักกฎหมายของอเมริกา ดังนั้นก่อนที่จะลงนามกันก็มีการแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไว้แล้ว อย่างไรก็ตามมีปัญหาในทางปฏิบัติ หรือแทนที่จะออกพระราชบัญญัติกลับออกกฎหมายในระดับอื่น หรือใช้วิธีอื่นในการอนุวัติการตามก็สามารถทำได้ เป็นปัญหาทางปฏิบัติเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น การเจรจาเกี่ยวกับการลดภาษีศุลกากรได้มีการออกกฎหมายหลักไว้แล้ว โดยได้รับความเห็นชอบจากสภาให้อำนาจตามพระราชบัญญัติศุลกากร เวลาต้องลดอัตราภาษีใดก็เพียงแต่ออกเป็นกฎหมายระดับรองได้โดยไม่ต้องเข้าสภาอีก ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญเก่าปัญหาตามมาคือตามรัฐธรรมนูญใหม่ ในเมื่อเรื่องนี้ไปเข้าวรรคสองที่เพิ่มเติมเข้ามาใหม่จะถือเป็นกรณีที่ต้องเห็นชอบในแต่ละสนธิสัญญาความตกลง ที่ต้องลดภาษีศุลกากรอีกหรือไม่ หรือคงไว้ตามที่สภาได้เคยให้อำนาจไว้แล้วตามรัฐธรรมนูญฉบับเก่า ซึ่งน่าจะพิจารณาว่าเข้าวรรคสองรัฐธรรมนูญใหม่เพราะเกี่ยวกับการค้า ดังนั้นสิ่งที่เคยกระทำได้โดยไม่ต้องเข้าสภาในการลดอัตราภาษีก็เห็นจะต้องเข้า เพราะไปผูกพันกับเงื่อนไขเรื่องกระทบต่อการเงิน รายได้ของแผ่นดินประเด็นนี้คงต้องมีการวิพากษ์ความเห็นแต่ละฝ่ายต่อไป

ต่อมาวรรคสามเป็นกระบวนการภายในของไทยเราตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญใหม่ว่า ก่อนจะไปทำสนธิสัญญาต้องให้ข้อมูลเบื้องต้นเสียก่อนว่าจะไปทำสนธิสัญญาอะไร ครอบคลุมเรื่องใด ลักษณะเป็นอย่างไร ไปศึกษาหาข้อมูล ผลดี ผลเสียมาแล้วหรือยัง กระทบใคร ภาคส่วนไหนหรือเปล่า เพื่อให้ตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย เพื่อการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแล้วจึงนำเข้าสู่การพิจารณาเพื่อขอความเห็นชอบกลับกรองอีกชั้นและเห็นชอบในหลักการของประชาชนในเบื้องต้น ในขั้นนี้ การไปเจรจាការทำความตกลงโดยละเอียดตามกฎหมายระหว่างประเทศยังคงเป็นของฝ่ายบริหารและผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจเต็มไปเจรจา

เมื่อได้ศึกษาสนธิสัญญาเกี่ยวกับการเปิดเสรีและ FTA ตลอดจนสนธิสัญญาทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกว่าหกพันฉบับแล้วทั่วโลกทั้งระดับทวิภาคีและพหุภาคี พบว่าไทยเรายังมีปัญหายอยู่อย่างมาก แม้แต่การไปเจรจากับประเทศมหาอำนาจที่เสนอร่างสำเร็จรูปมาแล้ว ประเทศไทยมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าและแก้ไขร่างที่เสนอไม่ได้มากนัก เนื่องจากประเทศมหาอำนาจคู่เจรจาย่างกฎหมายภายในว่า ร่างที่เสนอมานั้นผ่านการอนุมัติจากสภา Senate แล้วแก้ไขไม่ได้ หากจะแก้ไขต้องนำกลับไปผ่านความเห็นชอบใหม่ และค่อนข้างแน่นอนว่าจะไม่ผ่านความเห็นชอบด้วย⁵

วรรคสี่มีปัญหาที่จะขัดข้องในทางปฏิบัติเนื่องจากการลงนามเพียงอย่างเดียวก็อาจจะเป็นการแสดงเจตนาผูกพันสนธิสัญญาโดยรัฐแล้ว ซึ่งมีวิธีการแสดงเจตนาในการผูกพันตามสนธิสัญญา

⁵ หากไทยซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยยังคงอ้างว่าไม่สามารถยืดหยุ่นได้เพราะสภาให้ความเห็นชอบกรอบในการเจรจามาแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า กรณีเช่นนี้ ประเทศคู่ค้าเจรจาของไทยอาจไม่ประสงค์จะเจรจากับไทย และหากไทยกลับไปขอกรอบการเจรจาใหม่อีก ก็เท่ากับว่าความเห็นชอบของรัฐสภาไม่อาจนำไปใช้อ้างได้อีกว่าไทยต้องเจรจายกเว้นกรอบเช่นนั้น (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

โดยรัฐ หลายวิธี⁶ เช่น การลงนาม (Signature)⁷ การแลกเปลี่ยนตราสาร (Exchange of instruments)⁸ การให้สัตยาบัน (Ratification)⁹ การยอมรับ (Acceptance)¹⁰ การให้ความเห็นชอบ (Approval)¹¹ การภาคยานุวัติ (Accession)¹²

ดังนั้นในวรรคสี่นี้หากบุคคลที่ไปทำสนธิสัญญาแล้วแสดงเจตนาผูกพันรัฐโดยวิธีลงนาม Signature เลยเท่ากับผูกพันรัฐทันทีโดยไม่ต้องมาขอการให้สัตยาบันหรือเห็นชอบอีก กรณีนี้วรรค 4 จึงมี ปัญหาในทางปฏิบัติแน่นอน แต่ก็มีวิธีแก้ กล่าวคือ ต้องเพิ่มเติมลงไปรัฐธรรมนูญก่อน วรรคนี้ว่าใน กรณีการทำสนธิสัญญาตามวรรคสองนั้นต้องไม่แสดงเจตนาผูกพันรัฐโดยการลงนาม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การทำสนธิสัญญาตามวรรคสองต้องมีการให้สัตยาบันเสมอ จะไปกำหนดให้ผูกพันโดยการลงนามเพียง อย่างเดียวไม่ได้

อย่างไรก็ตาม หากการไปลงนามผูกพันรัฐโดยการลงนามอย่างเดียวโดยมิได้ขอความ เห็นชอบจากรัฐสภาหรือถือว่าขัดต่อมาตรา 190 นี้แล้ว การลงนามโดยไม่ผ่านรัฐสภาย่อมสามารถ กล่าวอ้างได้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง¹³ ผิดกับกรณีที่ทำสนธิสัญญาแล้ว แต่ยังไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญานั้นเพราะยังขาดกฎหมายภายในมารองรับซึ่งฝ่ายที่ ประสบปัญหานี้ไม่สามารถอ้างมาเป็นเหตุไม่ผูกพันตามสนธิสัญญานั้น

สรุปปัญหาของวรรคสี่คือถ้อยคำผิดพลาดตรงที่บัญญัติว่าเมื่อลงนามในหนังสือสัญญา ตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันรัฐ เป็นการบัญญัติที่ผิดหลักกฎหมายสนธิสัญญา เพราะหากผู้มีอำนาจเต็มในการทำสนธิสัญญาไปแสดงความผูกพันโดยวิธีลงนาม Signature เสียแล้วก็จะ ไม่มาขอรับการให้สัตยาบันอีก ซึ่งจะเป็นการผิดต่อวรรคสอง ประเด็นนี้จึงเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งต้องให้ศาล รัฐธรรมนูญมาตีความ

ส่วนวรรค 5 รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการ จัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับ

⁶ ข้อ 11 ของอนุสัญญา ฯ

⁷ ข้อ 12 ของอนุสัญญา ฯ

⁸ ข้อ 13 ของอนุสัญญา ฯ

⁹ ข้อ 14 ของอนุสัญญา ฯ

¹⁰ เพิ่งอ้าง

¹¹ เพิ่งอ้าง

¹² ข้อ 15 ของอนุสัญญา ฯ

¹³ ข้อ 46 ของอนุสัญญา ฯ

ผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์ กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป ตามวรรคนี้เป็น การกำหนดให้รัฐบาลต้องไปออกกฎหมายว่าด้วยกระบวนการทำสนธิสัญญาที่มีผลตามวรรคสอง เพื่อเป็น หลักเกณฑ์และสามารถกล่าวอ้างกับประเทศคู่ภาคีได้ว่าการณสิ่งใดยังไม่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการ ทำสนธิสัญญานั้นกระทำไม่ได้ ซึ่งทำให้การไปทำสนธิสัญญาที่มีความรัดกุมและตรวจสอบได้ ไม่ใช่เป็น อำนาจโดยเด็ดขาดของผู้แทนที่ไปเจรจาตามที่เคยเป็นมาก่อน ซึ่งให้อำนาจกว้างขวางเบ็ดเสร็จ รวมทั้ง การใช้ดุลยพินิจในการเจรจา/ต่อรอง/ตัดสินใจกรณีนี้ทางกระทรวงต่างประเทศไม่ค่อยจะเห็นด้วย เพราะ ไปลิดรอนอำนาจในการเจรจาและตัดสินใจค่อนข้างมากอ้างว่าขาดความคล่องตัว¹⁴

วรรคท้ายเป็นการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยลักษณะของสนธิสัญญาตาม วรรคสองว่าสนธิสัญญาใดเข้าข่ายวรรคสองหรือไม่ กล่าวคือกระทบต่อกระบวนการที่จะตามมาตามวรรค สาม สี่ และห้าด้วย หากไม่เข้าวรรคสองก็ไม่ต้องด้วยบทบัญญัติในเรื่องที่ต้องผ่านสภาและกระบวนการ อื่นๆ รวมทั้งกฎหมายใหม่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาด้วย

จะเห็นได้ว่าการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศจะต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักกฎหมาย สนธิสัญญาระหว่างประเทศสำหรับทุกประเทศ และต้องสอดคล้องกับกฎหมายภายในด้วย สำหรับ ลักษณะทางกฎหมายของการทำความเข้าใจการค้าเสรีดังนี้

4.1.1 ประเภทของกฎหมายเพื่ออนุรักษ์การตามสนธิสัญญา

ประเภทของกฎหมายเพื่ออนุรักษ์การตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ตามแนวทางของรัฐธรรมนูญไทยสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

¹⁴ การที่รัฐสภามีส่วนในการให้ความเห็นชอบเช่นนี้เป็นสิ่งที่ดี แต่จะกล่าวว่าไม่ต้องการให้ผู้เจรจามีอำนาจเด็ดขาดอาจจะยังไม่ ถูกต้องนัก เพราะหากสนธิสัญญาใดที่เข้าข่าย ม.190 วรรค 2 และรัฐสภาไม่เห็นชอบสนธิสัญญานั้นย่อมตกไป ฝ่ายบริหารไม่เคยโต้แย้งว่า ทำให้สูญเสียอำนาจในการเจรจา แต่สิ่งที่ต้องคำนึงถึงอยู่เสมออีกคือ 1) อำนาจในการทำสนธิสัญญา ซึ่งรวมถึงอำนาจในการเจรจานั้นเป็น อำนาจของฝ่ายบริหารมิใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ 2) อำนาจบริหารและนิติบัญญัติจะต้องไม่ก้าวท้าวกันแต่เกื้อหนุนกัน ตามหลักการแบ่งแยก อำนาจ (Separation Powers) มิใช่ว่าฝ่ายใดมีอำนาจมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง

การที่ฝ่ายบริหารออกหรือแก้ไขกฎหมายไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสนธิสัญญา อันเป็นเหตุให้สนธิสัญญาดังกล่าวไม่เข้าข่าย ม. 190 วรรค 2 นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงตรวจสอบได้อยู่ดี เพราะการออกกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมายนั้นก็คือการวางกรอบในการทำ สนธิสัญญานั้นเอง และหากฝ่ายบริหารยังคงหลีกเลี่ยงทำสนธิสัญญาที่เกินกรอบของกฎหมาย ฝ่ายบริหารเองก็จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา ไม่ได้ และต้องมาขอความเห็นชอบจากสภา เพื่อออกหรือแก้ไขกฎหมายอยู่ดี จึงไม่ต้องเป็นกังวล หากเป็นการออกกฎหมายในระดับ รองลงมาก็ไม่เป็นประเด็น เพราะจะออกเกินกว่า พรบ.ซึ่งเป็นกฎหมายแม่มีได้อยู่ดี (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

1) แนวทางปฏิบัติของไทยตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการรับสนธิสัญญา มาปรับใช้ในประเทศไทยและปัญหาในคดีต่าง ๆ ในปัจจุบัน

(1) หลักการ

กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยมีบทบัญญัติที่พอจะตีความได้ว่าในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศนั้นอยู่ในรูปของสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ระบบกฎหมายของไทยถือปฏิบัติตามทฤษฎีและแนวความคิดของ “สำนักทวินิยม” เห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2540 ที่กำหนดให้การทำหนังสือสัญญา¹⁵ ใดที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้สามารถอนุวัติการตามพันธกรณีของรัฐตามหนังสือสัญญานั้นได้ (ซึ่งหมายถึงกรณีที่กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นไม่เปิดช่องให้หรือไม่เพียงพอที่จะทำให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในหนังสือสัญญานั้นได้) ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วย ทำให้ตีความได้ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวที่ให้เป็นลายลักษณ์อักษรทุกฉบับจะต้องมีกฎหมายรองรับ มิฉะนั้นก็ต้องออกกฎหมายอนุวัติการซึ่งตรงกับทฤษฎีของสำนักทวินิยม

มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 หรือมาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 หรือมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 หรือมาตราต่าง ๆ ในเรื่องเดียวกันนี้ในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ที่ผ่านมา ต่างก็มีบทบัญญัติไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1 ของบทที่ 4 โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญกำหนดให้การทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่กระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์¹⁶ โดยสามารถทำสนธิสัญญาได้ทั้งกับรัฐอื่นๆ และกับองค์การระหว่างประเทศ

(2) ปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการดำเนินการรับกฎหมายสนธิสัญญา มาปรับใช้ในประเทศไทย: ปัญหาเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน

(2.1) ปัญหาประการแรก การที่ใช้คำว่า “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” หมายถึงอาณาบริเวณหรืออาณาเขตทางภูมิศาสตร์ หรือ geographical area ในภาษาอังกฤษซึ่งแม้จะไม่ได้ถึงกับเป็นดินแดนของรัฐ แต่รัฐก็มีสิทธิที่จะใช้อำนาจของรัฐได้ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ ซึ่งครอบคลุมถึงเขตไหล่ทวีป เขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตต่อเนื่อง ตลอดจนอาณาเขตอื่นใดก็ตามที่รัฐมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะใช้อำนาจของรัฐได้ ซึ่งอาจเกิดมีขึ้นมาใหม่ในอนาคตด้วย หรือ

¹⁵ ซึ่งหมายถึงสนธิสัญญา เพราะคำแปลเป็นภาษาอังกฤษของคำว่า “หนังสือสัญญา” ทั้งในรัฐธรรมนูญฉบับนี้และในทุกๆ ฉบับที่ผ่านมาใช้คำว่า treaty ซึ่งแปลว่า สนธิสัญญา และใช้คำว่า “หนังสือ” ก็เพื่อจำกัดเพียงสนธิสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

¹⁶ ถึงแม้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การทำสนธิสัญญาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แต่การที่กฎหมายนำเอาพระราชอำนาจนี้มาบัญญัติไว้ในหมวดที่ว่าด้วยอำนาจของคณะรัฐมนตรีซึ่งหมายถึงรัฐบาล ทำให้ตีความได้ว่าอำนาจในการทำสนธิสัญญา ระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร

คำว่า “เขตอำนาจ” จะมีความหมายเดียวกันกับในพระธรรมนูญศาลยุติธรรมกล่าวคือ นอกจากอาณาเขตทางภูมิศาสตร์แล้วยังรวมถึงขอบเขตหรือสารัตถะของอำนาจของรัฐใน ความหมายของคำว่า competence ในภาษาอังกฤษอีกด้วย ซึ่งการตีความตามแนวทางนี้จะมีผลให้การทำสนธิสัญญาใดก็ตามต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเสมอ

ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ให้รวมถึงขอบเขตหรือสารัตถะของอำนาจในความหมายของ competency ด้วย จึงวินิจฉัยว่าการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเข้าข่ายที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 224 วรรค 2 หรือ มาตรา 190 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งนอกจากจะไม่ถูกต้องตามหลักการตีความหมายแล้ว ยังเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการของรัฐธรรมนูญอีกด้วย ทั้งนี้เพราะตาม มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญโดยหลักการแล้วอำนาจการทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารการที่รัฐสภาจะเข้ามามีส่วนร่วมพิจารณาด้วยเป็นเพียงข้อยกเว้นซึ่งมีเพียง 3 กรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 224 วรรค 2 เท่านั้น แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลให้การทำสนธิสัญญาทุกฉบับต้องได้รับการเห็นชอบจากรัฐสภา เพราะการทำสนธิสัญญาทุกฉบับจะเป็นผลให้มีความเปลี่ยนแปลงในสารัตถะและขอบเขตของอำนาจของรัฐทั้งนั้นไม่มากนัก คำวินิจฉัยดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญจึงสร้างปัญหาในทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาในอนาคตเป็นอย่างมาก ในอนาคต ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยทำคำวินิจฉัยในกรณีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นการกระทำเกินอำนาจ (ultra virus) แล้วเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยเสียใหม่ให้ถูกต้อง

(2.2) ปัญหาประการที่สอง รัฐธรรมนูญมิได้ให้คำนิยามว่า “สนธิสัญญา” เอาไว้เลย จึงจำเป็นต้องตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา และอนุสัญญาดังกล่าวก็เป็นรูปหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาอธิบายความหมายของกฎหมายไทยซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยพิจารณาไว้กรณีที่ประเทศไทยต้องทำหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent; L.O.I.) เสนอให้กองทุนการเงินระหว่างประเทศ พิจารณา ในที่สุด ศาล ฯ วินิจฉัยว่าหนังสือเจตจำนงมิใช่สนธิสัญญากรณีก็ไม่เข้าข่าย มาตรา 224 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

4.1.2 วิธีการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์การตามสนธิสัญญา

การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาอนุรักษ์การเพื่อปรับใช้ในประเทศ ในทางปฏิบัติของนานาชาติมีรูปแบบและวิธีการที่อาจแบ่งออกได้เป็นสองทาง คือการนำมาใช้บังคับโดยตรงและการนำมาบังคับใช้โดยทางอ้อม ซึ่งอาจกระทำได้โดยการแปรรูปกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในเสียก่อน หรือมิฉะนั้นก็ต้องออกกฎหมายอนุรักษ์การ (Implementing Legislation)¹⁷ ในกรณีที่ยังไม่มี

¹⁷ หมายถึง กฎหมายที่จะทำให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศในรูปอื่น ๆ ได้

กฎหมายได้ในประเทศรองรับ (Enabling Legislation)¹⁸ ก็ได้ การศึกษารูปแบบและวิธีการเหล่านั้นจึงต้องพิจารณาตามที่มาและลักษณะของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป

กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีเนื้อหาสาระที่ปราศจากความชัดเจนและแน่นอน ในทางปฏิบัติส่วนมากกฎหมายภายในมักมิได้กำหนดรูปแบบและขั้นตอนที่ตายตัวเอาไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการนำกฎหมายระหว่างประเทศในรูปนี้มาปรับใช้ในประเทศ และปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาเอาเองว่าควรจะใช้รูปแบบใดในการนำเอากฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ มาปรับใช้ในประเทศ ตามความเหมาะสมเป็นแต่ละกรณีไป แต่ก็มีกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างกว้างๆ โดยใช้ถ้อยคำที่ไม่สู้จะชัดเจนนัก เช่น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 มีกล่าวไว้ในอารัมภบทว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสยึดถือต่อธรรมเนียมปฏิบัติตามกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ และมาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี ฉบับวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ก็บัญญัติไว้ว่า กฎหมายอิตาลีถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป นอกจากนี้รัฐที่ใช้กฎหมายในระบบ Common Law ก็บัญญัติไว้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของแผ่นดิน (International Law is part of the law of the land)

นอกจากนี้ ยังมีรัฐธรรมนูญของบางประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนี ฉบับ ค.ศ. 1949 ซึ่งได้บัญญัติว่า กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของและส่วนเดียวกับกฎหมายของสหพันธ์โดยมีศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายในประเทศ และก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีต่อประชาชนโดยตรงในดินแดนของสหพันธ์ ในทำนองเดียวกันนี้ มาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1931 ก็บัญญัติไว้ว่า สเปนถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์สากลแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายในประเทศของสเปน

อย่างไรก็ตาม โดยปกติในกรณีที่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดรูปแบบและวิธีการสำหรับการรับเอากฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายใน องค์การฝ่ายตุลาการของรัฐจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ขาดเป็นแต่ละกรณีไปเมื่อเอกชนยกหลักกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นเป็นประเด็นในคดี ส่วนในประเทศอังกฤษ ศาลมีท่าทีที่ชัดเจนว่ายอมรับเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นเหตุผลและพื้นฐานทางกฎหมายในการวินิจฉัยและตัดสินคดีเช่นเดียวกับศาลฝรั่งเศส¹⁹

¹⁸ หมายความว่า กฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับเท่าที่มีอยู่ในขณะนั้นเพียงพอที่จะทำให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศในรูปอื่นๆ ได้อยู่แล้ว

¹⁹ D.Carreau, Droit International Public. Pp. 442-443

2) การนำเอากฎหมายระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญามาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายใน

ในการนำเอากฎหมายระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญามาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในนั้น ในทางปฏิบัติอาจแบ่งออกได้อีก 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก คือจะต้องผ่านกระบวนการพิเศษในการรับเข้ามาในระบบกฎหมายภายในเสียก่อน. เช่น ระบบกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ไอร์แลนด์ และอิตาลี เป็นต้น ซึ่งอาจจะทำได้ในหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น ในรูปแบบเดียวกับกฎหมายอนุวัติการบันทึกความเข้าใจที่ก่อตั้งองค์การร่วมไทย - มาเลเซีย เพื่อการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมร่วมกันในพื้นที่พัฒนาร่วมระหว่างไทยกับมาเลเซีย (Thai - Malaysia Joint Development Area) หรืออาจกระทำโดยการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วให้คลุมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นก็ได้

มีกรณีที่กำหนดให้ข้อตกลงในสนธิสัญญาที่แนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย²⁰ ได้เช่นกัน แต่รัฐสภาไทยมักจะไม่ชอบวิธีออกกฎหมายอนุวัติการในรูปนี้ เนื่องจากรัฐสภาเห็นว่าเป็นเสมือนการโอนอำนาจนิติบัญญัติไปให้ฝ่ายบริหาร เพราะการออกกฎหมายวิธีนี้จะทำให้รัฐสภาไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาและแปรญัตติเปลี่ยนแปลงแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายในรายละเอียดได้ ซึ่งน่าจะเป็นการมองปัญหาที่ไม่ถูกต้องนักเพราะความจริงการออกกฎหมายด้วยวิธีนี้เป็นวิธีที่ง่าย เหมาะสมและปลอดภัยที่สุด เนื่องจากเมื่อการทำสนธิสัญญาใดๆ ที่ต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว และเมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบให้ทำสนธิสัญญานั้นได้ รัฐสภาก็มีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการซึ่งจะทำให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญานั้นได้ ซึ่งหากออกกฎหมายในวิธีอื่น โอกาสที่จะเกิดความผิดพลาดก็มีทางที่จะเป็นไปได้ เช่น หากใช้ถ้อยคำที่ผิดเพี้ยนไปจากตัวบทสนธิสัญญาแม้แต่เพียงเล็กน้อยก็อาจทำให้รัฐไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาฉบับนั้นได้

แนวทางที่สอง คือหลังจากที่ได้ผ่านขั้นตอนของการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วก็เพียงแต่ลงพิมพ์ประกาศใช้สนธิสัญญานั้นในวารสารของทางการที่มีไว้สำหรับประกาศและเผยแพร่กฎหมายและระเบียบข้อบังคับของทางการ เช่น Gazette du Palais ของฝรั่งเศส เป็นต้น ก็เป็นการรับเอาสนธิสัญญานั้นเข้ามาอยู่ในระบบกฎหมายภายในแล้วถ้าตามกฎหมายของประเทศนั้น

²⁰ การออกกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1961 ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตและกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา ก็กระทำในรูปแบบเดียวกันนี้

การลงพิมพ์ประกาศใช้เช่นนั้น จะทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในประเทศได้²¹ ซึ่งเป็นทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ เช่น ทางปฏิบัติของฝรั่งเศสตาม มาตรา 26 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ.1946 และรัฐธรรมนูญของยูโกสลาเวีย ค.ศ.1963 มาตรา 153 รวมทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 25 เป็นต้น

ในส่วนของที่เกี่ยวกับข้อขัดแย้ง ข้อแย้งข้อบังคับ และกฎเกณฑ์ขององค์การระหว่างประเทศ ยังไม่ปรากฏว่ามีทางปฏิบัติของรัฐที่ชัดเจน เนื่องจากเป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดใหม่และเพิ่งเป็นที่ยอมรับว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่หลังที่มาอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมักจะมิได้มีการกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป อีกทั้งรัฐธรรมนูญก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศส่วนมากก็มิได้กำหนดรูปแบบและวิธีการที่จะนำมาใช้ในประเทศเอาไว้แต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีของสหภาพยุโรปเท่านั้นที่มีกฎเกณฑ์อันชัดเจนในเรื่องการอนุมัติการข้อมติขององค์การระหว่างประเทศในระบบกฎหมายในประเทศ โดยมีศาลของสหภาพยุโรปทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านั้นเพื่อให้มีความเป็นเอกภาพ

3) ค่าใช้จ่ายในการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญา

การออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญานั้น มีค่าใช้จ่ายในส่วนของการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามหนังสือสัญญาดังนี้

(1) ค่าใช้จ่ายในการจัดทำร่างกฎหมายโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา และค่าใช้จ่ายในการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการอนุวัติการตามหนังสือสัญญาว่าจะเป็นแบบใด หากเป็นแบบประกาศใช้หนังสือสัญญาทั้งฉบับ ก็เพียงแต่พิมพ์หนังสือสัญญานั้นแล้วตราเป็นกฎหมาย ค่าใช้จ่ายก็ย่อมน้อยตามไปด้วย แต่หากการออกกฎหมายอนุวัติการกระทำโดยออกกฎหมายเพื่อรองรับหนังสือสัญญา ก็จะต้องผ่านการประชุมสภาเพื่อพิจารณาร่างโดยผ่านทั้งสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ไม่อาจคำนวณระยะเวลาในการประชุมพิจารณาร่างกฎหมายได้ว่าจะใช้ระยะเวลาสั้นเพียงใด และจะบังคับให้รัฐสภาผ่านกฎหมายภายในระยะเวลาใดก็ได้ ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ย่อมไม่อาจจะกำหนดแน่นอนได้

²¹ แต่ในทางปฏิบัติของไทยถึงแม้จะมีการลงพิมพ์ประกาศใช้สนธิสัญญาบางฉบับในราชกิจจานุเบกษา การลงพิมพ์ประกาศใช้นั้นก็เป็นเพียงการประกาศให้สาธารณชนทราบเท่านั้นและมีใช้เป็นเงื่อนไขหรือรูปแบบของการที่จะทำสนธิสัญญานั้นๆ มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด แต่การลงพิมพ์ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐอเมริกาและราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2509 เป็นพระบรมราชโองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชซึ่งมีผลเสมือนพระราชบัญญัติ ถือได้ว่าเป็นการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาจึงไม่อยู่ในข่ายของการลงพิมพ์ประกาศใช้ในความหมายนี้ นอกจากนั้น การลงพิมพ์ประกาศพระบรมราชโองการประกาศให้ลัทธิวิปัสสนาเป็นเพียงการใช้สิทธิของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น มิใช่การทำสนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน การลงพิมพ์ประกาศสนธิสัญญาในราชกิจจานุเบกษาที่จะทำสนธิสัญญามีผลใช้บังคับ ในทางปฏิบัติของไทยจะมีได้ใ้กรณีเดียวคือเมื่อสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญาสงบศึกเท่านั้น

(2) ค่าใช้จ่ายในการพิมพ์กฎหมายที่ผ่านสภาเรียบร้อยแล้วในราชกิจจานุเบกษา ค่าใช้จ่ายในการพิมพ์จะขึ้นอยู่กับจำนวนในการจัดพิมพ์

(3) ค่าใช้จ่ายในการออกกฎหมายปฏิบัติการ (Implementing Law) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรองบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่อีกทีหนึ่ง เช่น การออกกฎหมายตามพระราชบัญญัติภาษีศุลกากร

(4) ค่าใช้จ่ายในการทำหนังสือแจ้งไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้บังคับการตามกฎหมาย

(5) ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรม จัดสัมมนา เพื่อทำความเข้าใจกับการบังคับใช้กฎหมายใหม่ ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงาน

(6) ค่าใช้จ่ายในการจัดพิมพ์หนังสือคู่มือการใช้กฎหมาย

(7) หากเป็นไปได้ ควรจัดพิมพ์หนังสือสัญญาทุกฉบับที่ไทยทำ FTA หรือหนังสือสัญญาอื่นใดที่มีผลบังคับต่อไทยเกี่ยวกับการค้าเสรี และจัดทำรวมกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการต้องอนุวัติการตามหนังสือสัญญาดังกล่าวด้วย (Compendium) ย่อมต้องเกิดค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ย่อมเกิดค่าใช้จ่ายในการรวบรวม จัดหมวดหมู่ และค่าจัดพิมพ์

(8) ค่าใช้จ่ายในการจัดทำเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายทางเทคโนโลยี เช่นกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้แก่ เครื่องมือ ทางวิทยาศาสตร์ ในการติดตามการเคลื่อนย้ายของขยะ การกำจัด การฝังกลบ การเผาทำลาย หรือการรีไซเคิล

(9) ค่าใช้จ่ายในการจ้างเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการและบังคับการตามกฎหมาย เช่นกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐาน อย. เจ้าหน้าที่ตรวจสอบติดตามบังคับการอย่างมีประสิทธิภาพ

(10) ค่าใช้จ่ายในการจัดตั้งระบบการรับจดทะเบียนสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและค่าใช้จ่ายในการจัดทำโครงการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนในการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร และสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

4.1.3 ปัญหาการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน

ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมนระหว่างประเทศย่อมไม่อาจอ้างความขัดข้องตามกฎหมายของตน หรือความขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสาเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ เพราะกฎหมาย

ระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ที่เหนือกว่ากฎหมายภายใน ตรงกับหลักกฎหมายในมาตรา 27 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²² แต่ในแง่ของกฎหมายภายในและทางปฏิบัติของแต่ละรัฐ ศาลจะพิจารณาใช้ดุลพินิจเป็นแต่กรณีไปโดยค่านึงว่าเป็นการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในระดับใด

1) ความขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในระดับรัฐธรรมนูญ

กรณีความขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในระดับรัฐธรรมนูญ พบว่าบางครั้งรัฐธรรมนูญก็กำหนดวิธีการแก้ปัญหาเอาไว้ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าสนธิสัญญาอาจยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐโดยเสียงข้างมาก 2 ใน 3 หรือ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับ ค.ศ.1958 มาตรา 54 ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยเสียก่อนว่ามีการขัดกันระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ถ้าปรากฏว่ามีการขัดกัน การให้สัตยาบันหรือแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับสนธิสัญญานั้นแล้วเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญส่วนมากมักจะไม่กำหนดวิธีแก้ปัญหาไว้ในตัวรัฐธรรมนูญเอง

2) กรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศขัดกับกฎหมายภายในในระดับธรรมดา²³

หลักการทั่วไปในกรณีเช่นนั้นคือ กฎหมายใหม่ย่อมเหนือกว่าและเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายเก่า และกฎหมายที่มีขึ้นภายหลังย่อมเหนือกว่าและเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายที่มีอยู่ก่อน²⁴ ปกติการขัดกันของกฎหมายในลักษณะนี้มักจะเกิดขึ้นได้ยาก และมีวิธีแก้ปัญหาหลายวิธีด้วยกัน เช่น

วิธีแรก คือถือเป็นหลักการว่ากฎหมายภายในซึ่งเกิดภายหลังไม่เป็นเหตุขัดขวางที่จะทำให้กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีผลแต่อย่างไร เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 65 หรือรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 25 เป็นต้น

²² 1) ในแง่ที่ต้องระมัดระวังให้ดี เพราะผู้อ่านอาจไม่เข้าใจชัด เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถยกเลิกกฎหมายภายในได้ยกเว้นกฎหมายระหว่างประเทศที่ถูก Jus cogens 2) การที่อ้างข้อ 27 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา นั้น อาจไม่ตรงนักเพราะการที่รัฐจะอ้างความขัดข้องของกฎหมายภายในเพื่อปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีไม่ได้นั้น ย่อมแสดงว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในเองไม่ได้โดยรัฐนั้นจะมีความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ที่จะต้องรับผิดชอบภาคีอื่น และแก้ไขกฎหมายภายในดังกล่าวให้สอดคล้อง (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

²³ หมายถึง กฎหมายภายในที่มีใช้ในระดับรัฐธรรมนูญ

²⁴ หลักการนี้หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหนทางแก้ไขเอาไว้จะเป็นอันตรายมาก เพราะจะมีผลเท่ากับเป็นการเปิดช่องให้รัฐสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสนธิสัญญาโดยฝ่ายเดียวได้โดยพลการ เพราะรัฐย่อมมีสิทธิที่จะออกกฎหมายภายในของตนได้ทุกเมื่อ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐอื่น ดังนั้น หากรัฐปรารถนาที่จะยกเลิกสนธิสัญญาฉบับใดก็สามารถกระทำได้ทุกเมื่อ โดยเพียงออกกฎหมายที่ขัดต่อสนธิสัญญานั้นเท่านั้น

วิธีที่สอง คือกฎหมายภายในซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ จะมีผลให้ต้องระงับใช้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นการชั่วคราว เช่น รัฐธรรมนูญของอิตาลี เป็นต้น แต่มีเงื่อนไขว่าจะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญประกาศผลเช่นนั้นโดยชัดแจ้งเสียก่อน

วิธีที่สาม คือกฎหมายภายในที่เกิดขึ้นภายหลังจะขัดขวางมิให้รับใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่ขัดกับกฎหมายภายในนั้นได้ ซึ่งเกิดขึ้นบ่อยครั้งในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งถือเป็นหลักการว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับในประเทศได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดแย้งกับกฎหมายภายในของรัฐนั้น ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ถือว่ากฎหมายภายในมีอันดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาแม้จะมีหลักการว่ากฎหมายที่มีขึ้นภายหลังจะยกเว้นกฎหมายที่มีอยู่ก่อนแต่ศาลมักจะพยายามประสานมิให้กฎหมายสองระบบนี้เกิดความขัดกัน²⁵

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดวิธีแก้ปัญหาคัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้ ศาลซึ่งมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายต้องพยายามแก้ไขปัญหานั้นโดยขึ้นอยู่กับว่าศาลของประเทศนั้นๆ มีอำนาจและความเป็นอิสระในเรื่องที่อาจกระทบต่อนโยบายและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่นของรัฐมากน้อยเพียงไรด้วย

4.2 สถานะทางกฎหมายของการทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีของไทย

สืบเนื่องจากความล่าช้าของการเจรจาการค้าพหุภาคีใน WTO ทั้งรอบอุรุกวัยและโดฮา ทำให้ประเทศต่างๆ ได้มีการจัดทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีในระดับพหุภาคีและระดับทวิภาคีมากขึ้นเป็นลำดับ จนถึงปัจจุบันมีประมาณ 259 ฉบับ และมีแนวโน้มจะทวีจำนวนขึ้นเรื่อยๆ โดยภูมิภาคยุโรปมีการจัดทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีในระดับพหุภาคีและระดับทวิภาคีมากถึง 139 ฉบับ รองลงมาคือภูมิภาคเอเชีย จำนวน 43 ฉบับ ทั้งนี้ในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา สิงคโปร์และไทยถือว่าเป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียที่มีความเคลื่อนไหวในการเจรจาจัดทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีมากที่สุด ตามมาด้วยญี่ปุ่น จีน และอินเดีย

นับตั้งแต่ปี 2546 ประเทศไทยมีการลงนามในความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีทั้งสิ้น 5 ฉบับ โดยมีสถานการณ์ด้านกฎหมาย ดังนี้

²⁵ D.Carreau, Droit International Public. pp. 460-462

4.2.1 สถานะของประเทศที่ความตกลงมีผลบังคับใช้

รัฐบาลได้กำหนดให้การจัดทำเขตการค้าเสรีเป็นยุทธศาสตร์เชิงรุกของการค้าระหว่างประเทศ เพื่อสร้างพันธมิตรทางการค้า เพิ่มโอกาสในการขยายการค้าและการลงทุน รวมทั้งให้ประเทศคู่เจรจาเป็นประตูการค้าเข้าสู่ประเทศต่างๆ ในบริเวณใกล้เคียง และขยายการส่งออกไปสู่ตลาดใหม่ที่มีศักยภาพประเทศไทยได้เจรจาจัดทำเขตการค้าเสรีกับ 8 ประเทศ และ 1 กลุ่ม โดยได้มีการลงนามในกรอบความตกลงแล้ว 7 ประเทศ ได้แก่ จีน บาหลีเรน อินเดีย ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น นิวซีแลนด์ และเปรู กับอีก 1 กลุ่มประเทศคือ BIMSTEC (บังกลาเทศ อินเดีย พม่า ศรีลังกา ไทย ภูฏานและเนปาล) และมีการหยุดเจรจาหลังจากเจรจาดำเนินการบรรลุเป้าหมายกับสหรัฐอเมริกา²⁶

ในหัวข้อนี้ได้ทำการวิเคราะห์ผลกระทบทางกฎหมายกับการทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีที่ไทยได้ทำกับรัฐคู่ภาคีที่มีผลบังคับแล้ว โดยกำหนดขอบเขตการวิเคราะห์เฉพาะความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับญี่ปุ่น, อินเดีย, จีน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ และเนื่องจากความตกลงฯ ที่มีผลกระทบทางด้านกฎหมายค่อนข้างมาก คือ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ดังนั้นจึงได้แสดงผลการวิเคราะห์โดยละเอียดสำหรับความตกลงฉบับนี้ สำหรับความตกลงการค้าเสรีฉบับอื่น ได้เสนอผลการวิเคราะห์ไว้โดยสังเขป เนื่องจากมีประเด็นผลกระทบทางกฎหมายร่วมกันในหลายลักษณะกับความตกลง JTEPA อยู่แล้ว ดังนั้นจึงได้แสดงผลการวิเคราะห์ในส่วนที่มีลักษณะเฉพาะของแต่ละความตกลงเท่านั้น สำหรับรายละเอียดของการวิเคราะห์สรุปได้ดังนี้

1) ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA)

การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการทำความตกลงมีรายละเอียดดังนี้

(1) ขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญากับเขตการลงทุน

เนื้อหาข้อบทเรื่องการลงทุนใน JTEPA ทุกข้อมิมีนัยสำคัญต่อประเทศชาติอย่างยิ่งไม่ว่าจะเป็นเรื่อง “Investment Area” เรื่องการบังคับการตามอนุสัญญาบาเซลและเรื่องอื่นๆ เพื่อเริ่มเปิดประเด็นให้ศึกษาวิเคราะห์อย่างละเอียดรอบคอบขอยกตัวอย่าง เช่น บทนิยามใน JTEPA คำว่า “Area” ซึ่งให้หมายถึงอาณาเขต (อันเป็นเขตแดนทางบก) แล้วยังได้หมายถึงทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ และเขตทางทะเลที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น โดยปกติในสนธิสัญญาความตกลงระหว่างประเทศจะต้องมีการกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้สนธิสัญญาว่าครอบคลุมเขตแดนเพียงใด (Territorial coverage of treaty) ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการกำหนดเขตการลงทุน แต่ใน JTEPA นั้นญี่ปุ่นยกเว้นให้เจรจาโดยสามารถทำให้ขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นขอบเขตการลงทุนโดยโยงขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาไปใช้ในบทการลงทุนคือคำว่า

²⁶ ข้อมูลจากกระทรวงพาณิชย์

“Area” นั้นหมายถึงเขตการลงทุน จึงทำให้เขตการลงทุนครอบคลุมอาณาเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุน (Bilateral investment treaty หรือที่เรียกย่อๆ ว่า BIT) นั้นจะแยกกันอย่างชัดเจนในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญา ซึ่งต้องครอบคลุมเขตแดนของประเทศคู่ภาคีทั้งหมดวันแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น เช่น ในสมัยโบราณความตกลงของอังกฤษกับคูภาคีจะครอบคลุมไปถึงดินแดนอาณานิคมด้วย เป็นต้น

ส่วนเขตการลงทุนนั้นในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองส่งเสริมการลงทุนจะกำหนดไว้ตามแต่คู่ภาคีจะตกลงกัน อาจจะจำกัดเขตการลงทุนตามความเหมาะสม ดังนั้นในกรณีของ JTEPA เมื่อไทยยอมรับให้ขอบเขตการบังคับใช้ของสนธิสัญญาไปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับเขตการลงทุนนั้นคืออาณาเขตทั้งหมด ย่อมเป็นการตกลงให้ญี่ปุ่นสามารถเข้ามาลงทุนได้ทุกอณูของแผ่นดินไทย หากไทยไม่มีกฎหมายภายในที่เท่าทันมากำหนดหรือจำกัดไว้โดยไม่สามารถบัญญัติกฎหมายได้ภายหลังการทำความตกลง ตามหลัก Stand still and roll back หรือหลักการไม่เพิ่มอุปสรรคการค้าการลงทุนและต้องค่อยๆ ผ่อนปรน ยกเลิกอุปสรรคที่มีอยู่เดิมออกไป แม้ผู้เจรจาได้โต้แย้งว่าเวลานี้เปิดเสรีให้เฉพาะอุตสาหกรรมรถยนต์ซึ่งทำอยู่แต่ในกรุงเทพมหานครและปริมณฑลเท่านั้น ในอนาคตญี่ปุ่นไม่เพียงแต่จะมาลงทุนในเขตแดนทางบกหรือในกรุงเทพฯ เท่านั้น ญี่ปุ่นยังจะมาลงทุนในทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ และเขตทางทะเลที่ไทยมีเขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ย่อมกระทำได้เพราะได้ทำความตกลงเปิดเสรีไว้แล้ว และที่ได้มีการกล่าวไว้ในทะเลไทยได้ให้สัมปทานทั้งหมดแล้วนั้น ยิ่งเป็นการยืนยันว่าทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตทางทะเลที่ไทยมีเขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้เปิดให้มีการลงทุนอย่างเสรีมาก่อน จึงต้องผ่านการขออนุญาตและเป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทาน การระบอบอย่างชัดเจนใน JTEPA ว่าทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ และเขตทางทะเลที่ไทยมีเขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็น Investment Area ผูกพันในความตกลง JTEPA ทำให้มีการเปิดเขตดังกล่าวให้เป็นเขตการลงทุนได้ เช่นเดียวกับการลงทุนในดินแดนทางบกไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบคัดกรองการให้สัมปทานอีกต่อไป เนื่องจากมีการเปิดเสรีและเป็นเขตการลงทุนที่เปิดเสรี แม้ไทยจะบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสัมปทานก็อาจประสบกับปัญหาได้ ในอนาคตเมื่อหมดสัมปทานแล้ว ทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้และจะกลายเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ทางอ้อมที่รัฐบาลไทยต้องชดใช้หากเวลาก่อนการลงทุนไม่ได้มีการจำกัดการบังคับใช้ความตกลงกับกฎหมายพิเศษเหล่านี้ไว้ตั้งแต่แรก ในขณะที่ทุกฝ่ายก็ทราบดีว่าทรัพยากรบนผิวดิน ใต้ผิวดิน และในท้องทะเลนั้นมีปริมาณมากมายมหาศาลกว่าบนบกมากมายนัก

ที่ผ่านมาญี่ปุ่นได้กำหนดยุทธศาสตร์การเจรจาอย่างมีเป้าหมาย กล่าวคือญี่ปุ่นมีเป้าหมายในการเข้ามาลงทุนในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตทางทะเลที่ไทยมีเขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว โดยญี่ปุ่นก็ได้เปิดเผยยุทธศาสตร์การเจรจาเรียบร้อยแล้วคือการแสวงหาพลังงาน การประมง แร่ธาตุ และการเกษตร ซึ่งมีเหตุผลและน้ำหนักเพียงพอที่ควรจะต้องกำหนดให้มีการทบทวนประเด็นดังกล่าว เพราะสิ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจนและแน่นอนคือปัญหาผลกระทบระยะยาวต่อประเทศชาติในเรื่องการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มากเกินไปและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางทรัพยากรธรรมชาติของไทย (Over Exploitation of Natural Resources) (ภาคผนวก ข-1)

(2) ประเด็นเรื่องการห้ามใช้มาตรการทางการลงทุนที่กระทบต่อการค้า (Trade-Related Investment Measures – TRIMs)

ยังมีความเข้าใจผิดคาดเคลื่อนอย่างมากในเรื่องข้อกำหนดให้ใช้ชิ้นส่วน/วัตถุดิบ/ส่วนประกอบที่ผลิตในประเทศ (Local Content Requirement) ของประเทศที่รับการลงทุน โดยกำหนดให้อุตสาหกรรมที่เข้าไปลงทุนในประเทศที่รับการลงทุนนั้นต้องใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศตามอัตราส่วนที่กำหนดไว้ เช่น ร้อยละ 60 เป็นวัตถุดิบในการผลิต นั้นหมายความว่าอุตสาหกรรมเหล่านี้จะนำเข้าชิ้นส่วนมาเป็นวัตถุดิบหรือชิ้นส่วนประกอบได้ไม่เกิน ร้อยละ 40

ข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นถือเป็นมาตรการทางการลงทุนมาตรการหนึ่ง ขณะที่ WTO ได้กำหนดเป็นตัวอย่างว่ามาตรการดังกล่าวมีบทบาททำให้มีการบิดเบือนตลาด ซึ่งภายใต้ข้อกำหนดเรื่อง TRIMs อันเป็นข้อห้ามภายใต้กรอบของ WTO ซึ่งมักเข้าใจกันว่าถูกห้ามใช้โดยสิ้นเชิงนั้น แท้จริงแล้วมาตรการทางการลงทุนที่ถูกห้ามใช้ภายใต้กรอบของ WTO ได้แก่ การกำหนดสัดส่วนการใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ (Local Content Requirement) การให้ถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology Transfer) การรักษาดุลการค้า (Trade Balance Requirement) นั้น จะถูกห้ามใช้โดยรัฐที่รับการลงทุนก็ต่อเมื่อมาตรการดังกล่าวได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็น “เงื่อนไข” ในการรับการลงทุน หรือเป็น “เงื่อนไข” เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์อันเป็นสิ่งจูงใจในการเข้ามาลงทุนและบังคับใช้โดยการฝ่าฝืนต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามวรรค 4 มาตรา III

จากข้อมูลเกี่ยวกับ TRIMs ข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศสมาชิกยังสามารถนำมาตรการทางการลงทุนมาใช้ในกรณีที่เหมาะสมได้หากไม่เข้าหลักเกณฑ์อันเป็นข้อห้ามนั้น และด้วยสาเหตุดังกล่าวจึงทำให้การเจรจาความตกลงทวิภาคี FTA หรือความตกลงทางเศรษฐกิจอื่นๆ จึงจำเป็นต้องเรียกร้องมากกว่าที่ WTO ได้กำหนดไว้ (TRIMs-Plus) กล่าวคือเป็นการกำหนดห้ามการใช้มาตรการทางการลงทุนดังกล่าวโดยสิ้นเชิง ในกรณีที่ได้เสนอความคิดเห็นมาไม่ได้หมายความว่าส่งเสริมให้ไทยใช้มาตรการทางการลงทุนในเรื่อง Local Content Requirement เป็นการทั่วไป หากแต่ให้นำมาใช้ในกรณีที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ นั่นคือไม่ได้ถูกห้ามโดยสิ้นเชิงแต่สามารถใช้ควบคู่กับมาตรการอื่นได้ เพราะหากถูกห้ามโดยสิ้นเชิงแล้วจะทำให้อุตสาหกรรมบางประเภทที่กำลังเติบโตจะไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ และเป็นการตัดโอกาสในการรับการพัฒนาระยะยาวอันจะทำให้ไทยเติบโตอย่างเต็มที่จนสามารถยืนอยู่บนขาของตนเองและแข่งขันกับคู่แข่งได้ โดยเฉพาะในกรณีของญี่ปุ่นคืออุตสาหกรรมรถยนต์ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีการเติบโตจากมาตรการทางการลงทุนในเรื่องการรับถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology Transfer) และการกำหนดอัตราส่วนการใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศเป็นอย่างมาก และภายใต้ JTEPA ซึ่งต่อไปนักลงทุนในอุตสาหกรรมรถยนต์จะสามารถนำเข้าชิ้นส่วนทั้งหมดเข้ามาได้และยอมทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนภายในประเทศได้รับผลกระทบโดยตรงจนอาจต้องปิดตัวลงพร้อมกับอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง เช่น อุตสาหกรรมหรือธุรกิจอุตสาหกรรมรถยนต์ที่ใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศเป็นส่วนใหญ่ เป็นต้น และสถานภาพของ

อุตสาหกรรมรถยนต์ในระยะต่อไปจะเป็นเพียงโรงงานประกอบชิ้นส่วนรถยนต์ (Screw Driver Plant) ซึ่งสามารถติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ให้ทำงานซึ่งจะทำให้ไม่ต้องใช้แรงงานจำนวนมาก

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมรถยนต์และอุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนรถยนต์ที่จะได้รับกระทบจากข้อบทใน JTEPA คือเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่ว่าด้วยการออกแบบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (Industrial Design) กล่าวคือ นอกจากบริษัทญี่ปุ่นจะไม่ถ่ายทอดเทคโนโลยีให้ไทย แต่สามารถนำเข้าชิ้นส่วนวัตถุดิบในการประกอบรถยนต์จากประเทศญี่ปุ่นเองหรือประเทศที่ญี่ปุ่นไปลงทุนเป็นฐานการผลิตแล้ว ผลของการได้รับการคุ้มครองสิทธิในรูปแบบการออกแบบชิ้นส่วนอะไหล่หรือรูปโฉมรถยนต์โดยได้รับการคุ้มครองภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาจะทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนท้องถิ่นไม่สามารถที่จะผลิตชิ้นส่วนหรืออะไหล่รถยนต์ได้อีกต่อไป เนื่องจากเป็นการละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองในส่วนของ การออกแบบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และจะส่งผลให้อุตสาหกรรมเหล่านี้ต้องปิดตัวลงหรืออาจจะต้องจ่ายค่าใช้สิทธิในราคาที่สูงซึ่งทำให้ต้นทุนการผลิตสูง ผู้บริโภคก็จะไม่ได้รับประโยชน์จากสินค้าเหล่านี้และหันไปใช้สินค้าต้นแบบที่นำเข้าจากประเทศที่มีต้นทุนการผลิตต่ำกว่า เช่น เวียดนาม ลาว เขมร จีน ในราคาที่สูงขึ้น (ภาคผนวก ข-2)

ถึงแม้ไทยรับข้อห้ามในการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนในภาคที่ไม่ใช่บริการเพียง 4 ข้อ คือ (1) ห้ามกำหนดระดับหรือสัดส่วนสินค้าที่ต้องส่งออก (2) ห้ามกำหนดระดับหรือสัดส่วนวัตถุดิบภายในประเทศ (3) ห้ามกำหนดการซื้อใช้หรือปฏิบัติเป็นพิเศษแก่สินค้าที่ผลิตในประเทศ และ (4) ห้ามเชื่อมโยงปริมาณหรือมูลค่าสินค้านำเข้ากับปริมาณหรือมูลค่าของสินค้าที่ส่งออกหรือกับจำนวนเงินตราต่างประเทศที่ไหลเวียนซึ่งเกี่ยวกับการลงทุน แต่เงื่อนไขดังกล่าวถือเป็นมาตรการทางการลงทุนที่สำคัญที่สุดของไทย และเป็นมาตรการลงทุนที่เคยทำให้อุตสาหกรรมไทยได้มีการพัฒนาโดยเฉพาะอุตสาหกรรมยานยนต์ที่ได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว และแม้ว่าญี่ปุ่นรับที่จะไม่กำหนดเงื่อนไขการลงทุนในภาคที่ไม่ใช่บริการถึง 11 ข้อ อย่างไรก็ตาม ในข้อ 114 เรื่องการทบทวนได้ระบุว่าภาคียอมรับที่จะมีการเจรจาเพิ่มเติมหลังจากวันที่ข้อตกลงมีผลบังคับใช้อีก 5 ปี ในเรื่องที่ว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และข้อกำหนดให้ปฏิบัติ (Performance Requirement) ซึ่งหมายความว่าในอีก 5 ปีข้างหน้า การกำจัดเงื่อนไขทางการผลิตซึ่งเป็นอำนาจสำรองของประเทศกำลังพัฒนาในการรับเงินลงทุนจากประเทศเพื่อประโยชน์ของการพัฒนาก็จะถูกทยอยกำจัดไปตามลำดับ และในภาคผนวก 6 ตารางของไทยนั้นได้ระบุข้อห้ามในการกำหนดเงื่อนไข 11 อย่างรวมถึงการห้ามว่าจ้างคนชาติไทยในระดับที่กำหนด การห้ามถ่ายทอดเทคโนโลยี กระบวนการผลิตหรือความรู้ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตรและสิทธิอื่น ๆ และการห้ามไม่ให้กำหนดว่าต้องทำวิจัยและพัฒนาถึงระดับที่กำหนดในประเทศไทย ซึ่งข้อกำหนดที่มากับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจจีนนี้จะเป็นการตรึงการพัฒนาในระยะยาวหรือก่อให้เกิดต้นทุนที่สูงขึ้น โดยเฉพาะทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาและการห้ามถ่ายทอดเทคโนโลยีอันเคยเป็นและควรเป็นประโยชน์อย่างสูงในการรับการลงทุนจากนักลงทุนต่างดาว

(3) การปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวญี่ปุ่น

การปฏิบัติต่อนักลงทุนญี่ปุ่นตามมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งปัจจุบันได้มีการตีความการละเมิดต่อมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองคนต่างด้าวให้ครอบคลุมถึงการกระทำต่อนักลงทุนแม้มิใช่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาอันไม่สุจริต (acting in bad faith) เท่านั้น แต่อาจเกิดจากเจตนาสุจริตในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอันก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะที่ไม่อาจคาดหมายหรือเกินความจำเป็นด้วย ซึ่งหากมีการตีความลักษณะนี้จริงก็เท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธินักลงทุนอย่างกว้างขวางโดยไม่พิจารณาถึงความเหมาะสมและจะส่งผลกระทบต่อการแก้ปัญหาสาธารณะของไทยในอนาคต เช่น ปัญหาการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาท้องถิ่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และมาตรการอื่นๆ เพื่อคุ้มครองคนชาติ แม้เป็นการปฏิบัติหรือบังคับการตามกฎหมาย เนื่องจากมีข้อบทคุ้มครองฝ่ายคู่ภาคีว่าการบังคับการตามกฎหมายมีผลกระทบต่อประกอบกรของนักลงทุนย่อมเป็นประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนเป็นต้น²⁷ (ภาคผนวก ข-3)

(4) การคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ : พิจารณากรณีเวนคืนทางอ้อม

ในเรื่องการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนญี่ปุ่นครอบคลุมถึง “การใช้มาตรการใดๆ ที่เทียบเท่ากับการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐ” หรือเป็นที่รู้จักกันว่า “การยึดทรัพย์ทางอ้อม” (Indirect Appropriation) ซึ่งหมายถึงมาตรการที่รัฐออกเพื่อประโยชน์สาธารณะที่จะเป็นเหตุให้รัฐบาลไทยอาจถูกฟ้องร้องจากนักลงทุนจากญี่ปุ่นได้ แม้แต่มาตรการยืดหยุ่นตามหลักเกณฑ์ของ WTO เช่น มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) ก็ไม่ได้มีการระบุไว้ว่าเป็นข้อยกเว้นแต่อย่างใดซึ่งหมายความว่า หากฝ่ายไทยบังคับใช้สิทธิในเรื่อง CL แล้วกระทบต่อนักลงทุนญี่ปุ่นก็ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมได้ เพราะการบังคับใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นว่าไม่ถือเป็นการเวนคืนทางอ้อม แม้แต่ข้อบทว่าด้วยการกำหนดมาตรการทางภาษียังเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์ทางอ้อมด้วยนั้น พิจารณาได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศไทยอย่างมาก และไม่ควรที่จะปรากฏอยู่ในความตกลง อีกทั้งมาตรการการเวนคืนทางอ้อมก็อาจจะมีการตีความอย่างกว้างขวาง²⁸ (ภาคผนวก ข-4)

²⁷ หากดูตามข้อ 95 ของ JTEPA แล้วก็ไม่มีส่วนใดที่เกินกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้สิ่งที่เป็นประเด็นสำคัญที่หลาย ๆ คนยังเข้าใจผิดก็คือ Minimum international standard ในที่นี้ ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คงมีแต่ในบริบทของสิทธิมนุษยชนในเรื่อง Due Process of Law เท่านั้น ที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ แต่ไม่มีที่ใดกล่าวถึงความคุ้มครองพิเศษ “ขั้นต่ำ” ที่ต้องให้แก่การลงทุนโดยเฉพาะ (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

²⁸ ที่สรุปเช่นนี้มีส่วนถูก แต่ควรพิจารณาด้วยว่า การจะถือว่าเป็นการเวนคืนนั้น จะต้องเข้าองค์ประกอบของการเวนคืนด้วย และโอกาสที่ไทยจะดำเนินการในลักษณะเช่นนี้น่าจะน้อยมากแต่ในกรณีประเทศบางประเทศที่ไทยไปลงทุน เช่น พม่า เวียดนาม ลาว กัมพูชา คงน่าเป็นห่วงเหมือนกัน (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

(5) ประเด็นความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ (State responsibility)²⁹

นอกจากนี้ JTEPA ยังคุ้มครองนักลงทุนจากการที่นักลงทุนจะได้รับความเสียหายจากการฉ้อฉล การใช้กำลังในรูปแบบใดๆ การประท้วง ภาวะฉุกเฉิน เกิดการขัดแย้งทางอาวุธ การปฏิวัติรัฐประหารหรือรูปแบบอื่นใดอีกด้วย ในทำนองเดียวกันหากเกิดผลเสียหายแก่นักลงทุนในข้อนี้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะมีการกระทำในสองส่วน คือ (1) การกระทำส่วนที่รัฐต้องรับผิดชอบโดยตรงซึ่งเกิดจากการกระทำของรัฐหรือในนามของรัฐทั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ และ (2) ส่วนที่อยู่นอกเหนือความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐอันเกิดจากการกระทำของเอกชน ผู้กระทำการปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบเว้นแต่รัฐไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่กำลังความสามารถในการเข้าควบคุมดูแลมิให้เกิดความเสียหาย ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐซึ่งปัจจุบันความตกลงชนิดนี้รวมทั้ง JTEPA จะกำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ใช่การกระทำของรัฐที่ได้ใช้กำลังความสามารถในการเข้าควบคุมแล้วก็ตาม จึงถือว่าก้าวล่วงเกินกว่าหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Plus) ดังนั้นไม่ว่าเกิดอะไรขึ้นรัฐต้องรับผิดชอบเสมอ โดยต้องชดเชยค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนแบบเดียวกับการเวนคืน (ภาคผนวก ข-5)

(6) กลไกการยุติข้อพิพาททางการลงทุน

ในเรื่องกลไกในการยุติข้อพิพาทแม้จะกำหนดให้ยุติข้อพิพาทกันโดยการเจรจาตกลงกันก่อนก็ตามแต่ก็มีได้กำหนดขั้นตอนต่อไปในการใช้มาตรการทางศาลและคู่พิพาทสามารถนำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการโดยสละสิทธิ์ยื่นฟ้องกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นๆ และศาลยุติธรรม³⁰ ซึ่งหากเป็นกรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยประโยชน์สาธารณะ การนำข้อพิพาทสู่กระบวนอนุญาโตตุลาการเป็นการเสี่ยงต่อการสูญเสียประโยชน์ของประเทศชาติ เนื่องจากเป็นการพิจารณาโดยบุคคลเพียงสองถึงสามคนและเน้นประโยชน์ทางธุรกิจการลงทุนมากกว่าประโยชน์สาธารณะ

ยิ่งกว่านั้นกรณีการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างภาคีและผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่าย ข้อตกลงมุ่งให้ประโยชน์กับนักลงทุนโดยเฉพาะ เพราะระบุประเภทของข้อพิพาทการลงทุนที่จะมีกลไกระงับข้อพิพาทได้เพียงกรณีเดียวคือเป็นข้อพิพาทที่ผู้ลงทุนอ้างว่าได้รับความสูญเสียหรือความเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนพันธกรณีโดยภาคีหรือรัฐอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น โดยที่หน้าที่และพันธะที่

²⁹ ตามข้อ 103 ของ JTEPA มีภูมิหลังว่าเป็นข้อหาที่ไทยทำกับประเทศต่างๆก่อนที่จะเป็นภาคีของ Multilateral Investment Guarantee Agreement หรือ MIGA แต่เมื่อไทยเป็นภาคีแล้ว ภาระในส่วนนี้จะเรียกเอาจาก MIGA ต่อไป ซึ่งข้อบทนี้ก็ใช้กับเหตุการณ์ในที่อยู่ด้วย (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

³⁰ ในวรรค 3 เป็นกรณีที่นักลงทุนไม่ใช้สิทธิทางศาลเอง ซึ่งก็ทำได้ แต่มีได้ยอมรับเขตอำนาจศาล (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

นักลงทุนมีต่อรัฐนั้นไม่ได้ถูกนำมาระบุและคุ้มครองผ่านกลไกนี้³¹ อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนชาติไทยเอง เนื่องจากนักลงทุนต่างตัวสามารถฟ้องรัฐได้ภายใต้ข้อบทการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนในกลไกการยุติข้อพิพาททางการลงทุน แต่ไม่มีข้อกำหนดนี้ไว้สำหรับคนชาติเอง³² (ภาคผนวก ข-6)

(7) ประเด็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

แม้ว่าจะมีการระบุถึงมาตรการทางสิ่งแวดล้อมว่าภาคีต้องไม่ยกเว้นหรือผ่อนปรนมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อสนับสนุนกิจกรรมการลงทุนแต่มิฉะนั้นก็เพราะไม่มีการระบุชัดเจนว่าหากมาตรการสิ่งแวดล้อมบางอย่างขัดกับบทว่าด้วยการลงทุน ภาคีจะเลือกยึดตามหลักการใดและภาคีที่ละเมิดมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมจะได้รับบทลงโทษอย่างไร³³ ควรกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องหน้าที่ความรับผิดชอบของนักลงทุนต่อการรักษาสภาพแวดล้อมและกำหนดโทษหากฝ่าฝืน ตลอดจนการกระทำใดๆ แม้เป็นเรื่องการลงทุนในการที่จะไม่นำเข้า ผลิต ตลอดจนกระบวนการผลิตที่เป็นหรือก่อให้เกิดเป็นซึ่งวัตถุดิบพิษอันตรายไม่ว่ารูปแบบใดๆ เข้ามาในหรืออยู่ในราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ในการผลิต ดำเนินการทางธุรกิจการค้าโดยเคร่งครัด ไทยควรจะต้องเร่งดำเนินการในเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของผู้ประกอบการทั้งไทยและต่างตัวให้เข้มแข็งและไม่ให้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตกอยู่ภายใต้การบังคับข้อบทการคุ้มครองการลงทุน กล่าวคือยกเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากการกระทบเรื่องการลงทุนมาเป็นข้อกำหนดหรือประเด็นพิพาทต่อรัฐบาลไทย (Craft Out)

การบังคับผลคำตัดสินหากได้ดำเนินการตามกระบวนการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ภายใต้กรอบระเบียบของ ICSID และ UNCITRAL) คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด การอุทธรณ์ของศาลภายในประเทศในกรณีที่มีการตีความเชิงกฎหมายต่างกันไม่สามารถกระทำได้ ประเด็นนี้จะส่งผลในเชิงกระบวนการยุติธรรมของไทยโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสาธารณะอย่างมากดังได้กล่าวถึงประเด็นสิ่งแวดล้อมมาแล้ว³⁴

³¹ ในแง่หน้าที่ของนักลงทุนที่ต้องปฏิบัติ แต่ละเลย ทางรัฐที่รับการลงทุนจะดำเนินคดีตามกฎหมายภายในเลย ไม่ต้องใช้กระบวนการนี้ การที่มีกระบวนการนี้เพราะต่างชาติยังไม่ไว้ใจระบอบการระงับข้อพิพาทของประเทศกำลังพัฒนา (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

³² คนไทยยอมฟ้องหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายได้ไม่ว่าจะเป็นแพ่ง อาญา หรือปกครอง (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

³³ หมายความว่า JTEPA ยอมให้ภาคีใช้ดุลยพินิจพิจารณาได้เอง (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

³⁴ เรื่องนี้เป็นปัญหานโยบาย และปัญหากฎหมาย เป็นเรื่องปกติของ ICSID ซึ่งหากไทยไม่พร้อมจะรับหลักการนี้ก็ไม่ควรเข้าเป็นภาคี นอกจากนั้นหลักการเช่นนี้ยังสอดคล้องกับ พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ด้วย (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

(8) ประเด็นที่เกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงาน

ในข้อบทว่าด้วยการเคลื่อนย้ายแรงงานพบว่าญี่ปุ่นไม่ได้ให้ประโยชน์แก่ไทยมากนักเนื่องจากไม่ใช้การเปิดตลาดแรงงานอย่างแท้จริง แต่เป็นการเลือกแรงงานที่ต้องการจะใช้โดยยังคงอยู่ภายใต้กรอบระเบียบของกฎหมายของญี่ปุ่นทุกประการและการให้เข้าไปทำงานในญี่ปุ่นเป็นเพียงระยะสั้นไม่ใช่แบบถาวร (ตั้งข้อบทของ JTEPA ในข้อ 15) ซึ่งต่างจากการเปิดเสรีทางด้านแรงงานแบบสหภาพยุโรปที่แรงงานเคลื่อนย้ายในตลาดได้โดยเสรีรัฐสมาชิกไม่อาจกีดกันได้ (ภาคผนวก ข-7)

(9) ประเด็นปัญหาบทนิยามคำว่า “การลงทุน” และ “นักลงทุน”

บทนิยามของคำว่าของ “การลงทุน” ของ JTEPA กว้างขวางมากไม่แพ้ของสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่รวมเกี่ยวกับการลงทุนทางอ้อมก็ตาม แต่บทนิยามที่กว้างมากในลักษณะนี้ย่อมทำให้การลงทุนและนักลงทุนได้รับการคุ้มครองมากตามความตกลงและรวมไปถึงการลงทุนมีความหมายครอบคลุมตั้งแต่หุ้นส่วน หุ้น กำไรที่นำมาลงทุนต่อ พันธบัตร หุ้นกู้ ตราสารหนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินอื่นที่จับต้องได้และไม่ได้ รวมถึงสินเชื่อผู้ขาย สินเชื่อผู้ซื้อ และเงินกู้โครงการ ซึ่งสามอย่างหลังนี้เป็นส่วนหนึ่งของบริการทางการเงิน นอกจากนี้ในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความหมายเป็นการลงทุนนั้นยังครอบคลุมถึงสิทธิที่ได้รับตามกฎหมายและข้อบังคับของภาคี ดังเช่นสัมปทาน ใบอนุญาต การจดทะเบียนมอบอำนาจ และการอนุญาต รวมถึงทรัพย์สินทั้งที่จับต้องได้และไม่ได้ และสิทธิในทรัพย์สินใดๆด้วย ซึ่งประเด็นนี้อาจส่งผลถึงการตีความกรณีการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตและการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (CL) ในกรณีสิทธิบัตรยาได้ (ภาคผนวก ข-8)

(10) ประเด็นปัญหาเรื่องการลงทุนให้หมายถึงสัมปทานด้วย

ปัญหาที่สำคัญเมื่อสัมปทานหมายถึงการลงทุน จึงย้อนกลับไปสู่ประเด็นที่กล่าวถึงในการตั้งข้อสังเกตในข้อ 1 ข้างต้นเรื่อง Investment Area ว่า ถึงแม้การเข้าไปลงทุนในรูปสัมปทานในเขตการลงทุนที่ครอบคลุมทุกอนุของอาณาเขตประเทศไทยตามที่กล่าวมานั้น ก็ถือเป็นการลงทุนภายใต้บทนิยาม JTEPA ดังนั้นจึงเป็นการรับรองสิทธิหลายชั้นไม่ว่าเขตแดนดังกล่าวนั้นยังเป็นสัมปทานอยู่หรือจะเปิดเสรี ญี่ปุ่นย่อมได้รับการคุ้มครองทั้งสองประเด็นซึ่งแตกต่างจากการไม่ได้ระบุว่าเป็นเขตการลงทุน เพราะว่าหากเป็นการทำสัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบการให้สัมปทานตามกฎหมายภายในที่อยู่ นอกเหนือเขตการลงทุนและไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ข้อบทการลงทุนตาม JTEPA ย่อมจะไม่อยู่ภายใต้ข้อบทการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองตามความตกลง JTEPA แต่เมื่อความตกลง JTEPA ได้รับรองแล้วว่าสัมปทานก็เป็นการลงทุนและรับรองซ้ำว่าอาณาเขตประเทศไทยทั้งหมดเป็นเขตการลงทุน ดังนั้นข้อบทคุ้มครองการลงทุนก็คุ้มครองสัมปทานด้วย ผลที่ตามมาเมื่อสัมปทานสิ้นสุดลงหากเป็นไปตามกฎหมายภายในเมื่อสัมปทานสิ้นสุดลง นักลงทุนต้องยุติการประกอบและการออกไปโดยรัฐไม่มีความรับผิดชอบแต่หากสัมปทานคือการลงทุนและการลงทุนได้รับการคุ้มครองเมื่อสัมปทานสิ้นสุดลง

นักลงทุนย่อมได้รับการคุ้มครองเพราะการบังคับใช้กฎหมายทำให้นักลงทุนต้องยุติการประกอบการลงทุนซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบในการชดใช้ตามข้อบทการคุ้มครองการลงทุน³⁵ ดังนั้นรัฐบาลไทยจะต้องยกเอาเรื่องการยุติการประกอบการตามกฎหมายภายในเรื่องสัมปทานออกจากการคุ้มครองการเวนคืนยึดทรัพย์เนื่องจากเป็นกฎหมายพิเศษที่คงอำนาจอธิปไตยของรัฐในการสงวนทรัพยากรธรรมชาติหากไม่ได้กำหนดยกเว้นไว้ย่อมตกอยู่ภายใต้ข้อบทการคุ้มครองการลงทุนในสัมปทานที่รัฐจะต้องชดใช้เมื่อสัมปทานสิ้นสุดลง

(11) ประเด็นการชดเชยนักลงทุนและการลงทุนต่างตัวจากการเวนคืน

กรณีการชดเชยการเวนคืนตามความตกลง JTEPA กำหนดไว้ว่ามูลค่าการชดเชยของการเวนคืนที่รัฐต้องจ่ายนั้นถูกกำหนดให้อยู่ในรูปราคาตลาด บนเงื่อนไขที่ว่าสาธารณชนยังไม่ทราบว่าจะมีการเวนคืนเกิดขึ้น หรือ “ต้องไม่สะท้อนการเปลี่ยนแปลงในมูลค่าตลาดที่เกิดขึ้นเนื่องจากการเวนคืนเป็นที่รู้ของสาธารณชนก่อนหน้านั้น” ซึ่งข้อกำหนดนี้แม้ว่าอาจจะดีในทางทฤษฎีแต่ในทางปฏิบัติมีคำถามว่าประชาชนคนไทยที่ได้รับผลกระทบอย่างเดียวกันจากการเวนคืนของรัฐจะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันหรือไม่ ข้อนี้อาจจะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ดีกว่าให้กับนักลงทุนญี่ปุ่น³⁶ นอกจากนี้การคิดมูลค่าของค่าชดเชยนั้นเริ่มนับตั้งแต่เมื่อมีการเวนคืนหรือประกาศว่าจะเวนคืน โดยต้องจ่ายรวมถึงดอกเบี้ยอย่างไม่ล่าช้า สิ่งที่น่าเป็นห่วงคือการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากดอกเบี้ยจะเกิดขึ้นทันทีที่ถือว่าถูกเวนคืนทางอ้อม นั้นย่อมหมายความว่าในทุกกรณีที่ถูกตีความว่ามีการเวนคืนทางอ้อมแล้ว ไม่ว่าจะเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายภายใน มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือมาตรการอื่นใดอันกระทบต่อการลงทุน³⁷ รัฐบาลย่อมเกิดภาระในเรื่องดอกเบี้ยทันทีโดยนัย ดังนั้นทุกกรณีที่เป็นการเวนคืนทางอ้อมภาระดอกเบี้ยจะสูงมากเพราะอาจจะเกิดเวลาใดก็ไม่ทราบ ต่างจากการเวนคืนทางตรงที่รู้แน่ชัดว่าเมื่อใดมีการเวนคืน ยิ่งการเวนคืนเกิดเป็นข้อพิพาทที่นำสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโอกาสที่รัฐบาลจะชนะก็น้อยลง และตามมาด้วยภาระความรับผิดชอบในการชดเชยพร้อมดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ถือว่ามี การเวนคืน (ภาคผนวก ข-9)

(12) ประเด็นเรื่องการโอนเงินกำไรออกนอกประเทศ

เรื่องการโอนเงินออกนอกประเทศ (Transfers) จะเกี่ยวข้องกับข้อบทนิยาม หากบทนิยาม “การลงทุน” และ “ผู้ลงทุน” กว้างขวางมากเกินไป การคุ้มครองการโอนผลของกำไรจากการ

³⁵ ประเด็นก็คือ กฎหมายภายในยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ เมื่อสัมปทานก็หมดสิทธิ แต่การลงทุนในบริษัทยังคงมีและได้รับความคุ้มครอง (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

³⁶ ข้อ 102 วรรค 2 ของ JTEPA น่าจะตรงกับ ม. 21(1) พรบ. เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 คือ ให้คิดจากราคาที่ซื้อขายกันในห้องตลาดในวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาการเวนคืน (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

³⁷ เรื่องดอกเบี้ยนี้ในกรณีการเวนคืนทางตรงก็เช่นกัน คือไม่มีโอกาสที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะได้เงินค่าทดแทนทันที (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

ลงทุนก็กว้างขวางมากไปด้วย นอกจากนั้นข้อตกลงเรื่องการโอนจะเปิดทางให้เงินทุนที่ได้จากการดำเนินกิจการของบริษัทญี่ปุ่นไม่ว่าจะเป็นผลกำไร รายได้ ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม ผลตอบแทนอื่นๆ รวมถึงค่าชดเชยต่างๆ ในกรณีที่รัฐบาลไทยต้องจ่ายหากตีความว่าเป็นการยึดทรัพย์ ต้องกระทำโดยทันที ไม่ล่าช้าและต้องอยู่ในรูปสกุลเงินที่โอนได้อย่างเสรี รวมถึงดอกเบี้ยของเงินนั้นยกเว้นใน 4 กรณี ซึ่งจะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่เลือกปฏิบัติ ได้แก่ การล้มละลาย การออกตราสาร การค้าหรือการซื้อขายหลักทรัพย์ เรื่องทางอาญาและการให้ความมั่นใจว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่งในกระบวนการพิจารณาเพื่อชี้ขาด ซึ่ง 4 กรณีนี้เป็นข้อยกเว้นที่จำกัด ซึ่งในกรณีที่เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจ การจำกัดการเคลื่อนย้ายเงินทุนจะขัดกับบทนี้และแม้ว่าจะเปิดช่องในข้ออื่นให้มีการใช้มาตรการเพื่อให้ความมั่นใจในเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยน แต่ก็ระบุว่า “ต้องไม่เกินกว่าเท่าที่จำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์ในการให้ความมั่นใจว่ามีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจมหภาคหรืออัตราแลกเปลี่ยน” โดยจะต้องไม่ใช้มาตรการนี้เพื่อการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองสาขาที่เฉพาะเจาะจง ซึ่งข้อตกลงสองข้อนี้มีผลเท่ากับการจำกัดมาตรการทางการเงินของรัฐบาลไทยบางส่วนที่จะสนับสนุนธุรกิจอุตสาหกรรมไทยให้เติบโต รวมทั้งยังก่อปัญหาการตีความอีกว่ามาตรการที่ใช้เป็นการเกินกว่าจำเป็นหรือไม่³⁸ (ภาคผนวก ข -10)

(13) การปรับใช้ข้อบทการลงทุนกับข้อบทการค้าบริการ

ถึงแม้จะมีความตกลงที่จะไม่นำข้อบทการลงทุนไปปรับใช้กับข้อบทการค้าบริการ แต่มีการนำหลักเกณฑ์ในหลายมาตรามาบังคับใช้กับการค้าบริการในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนในสาระสำคัญทั้งหมด ดังปรากฏในข้อ 90 ของ JTEPA (ภาคผนวก ข -11)

ข้อสังเกตคือการค้าบริการในหมวดที่ 3 "Commercial Presence" คือลักษณะของการลงทุนแต่การอยู่ภายใต้หมวดการค้าบริการนั้นมีลักษณะของการเปิดเสรีที่แตกต่างกับข้อบทการลงทุน ทั้งในเรื่องของการตั้งข้อสงวนทั้งในส่วนของการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และการเข้าถึงตลาดที่มีนัยสำคัญ อีกทั้งอยู่ในรายการความผูกพันเฉพาะรายการ (Specific Commitment) ที่อาจจะสงวนไม่เปิดในภาคส่วนย่อย (Sub sectors) ที่ไม่พร้อมจะแข่งขันได้ แต่หากนำเอาความตกลงในข้อบทการลงทุนมาปรับในเรื่องการคุ้มครองทั้งในส่วนการเวนคืนหรือส่วนการชดเชยตลอดจนมาตรการอื่นๆ อันเป็นการคุ้มครองในส่วนการลงทุนให้บังคับใช้กับการค้าบริการด้วยก็เท่ากับการต้องให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือการเข้าถึงตลาดไปด้วยหากตกอยู่ภายใต้ข้อสงวนแต่จะได้รับการคุ้มครอง ผลที่ตามมาคือการบังคับใช้กฎหมายในส่วนการค้าบริการ อาจจะเข้าอยู่ในข่ายการเวนคืนทางอ้อมได้ และในข้อบท JTEPA ไม่ได้ระบุไว้เลยว่าหากการบังคับใช้ข้อบททั้งสองขัดแย้งกัน บทใดมีอำนาจเหนือกว่าหากมีปัญหาในทางปฏิบัติจะบังคับการกันอย่างไรเพราะหากไม่มีการกำหนดให้ชัดเจนนักลงทุนย่อมได้ประโยชน์จากข้อบทการเวนคืนทางอ้อมและการชดเชยเสมอ หากตีความว่าการไม่ได้รับการปฏิบัติเยี่ยง

³⁸ ต้องพิจารณาควบคู่กับการที่ไทยรับพันธะข้อ VIII ของ IMF (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

คนชาติก็ดี การไม่สามารถเข้าถึงตลาดก็ดี ซึ่งเป็นข้อสงวนภายใต้บทการค้าบริการนั้น ถือว่าเป็น การเวนคืนทางอ้อม แม้เป็นการบังคับตามข้อบทการค้าบริการที่อยู่ภายใต้ข้อสงวนในเรื่องการให้ การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือการสงวนการให้เข้าถึงตลาด เพราะนักลงทุนให้บริการ การค้าบริการไม่อาจ กระทำใด้ภายใต้ข้อบทการค้าบริการเนื่องจากตกอยู่ภายใต้ข้อสงวนหรือการไม่ให้การเข้าถึงตลาด หรือ การไม่ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่กลับได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อบทการลงทุน จึงเป็นการบัญญัติที่ ขัดแย้งกัน ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้แต่ผลเสียจะตกอยู่กับประเทศไทย

(14) ประเด็นยุทธศาสตร์การเจรจาความตกลงของญี่ปุ่น

จากการที่ยุทธศาสตร์การเจรจาความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจของญี่ปุ่นมี วัตถุประสงค์และเป้าหมายที่แน่นอนในการเจรจาเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ แร่ธาตุ เชื้อเพลิง อาหาร เกษตรกรรม ป่าไม้ การประมง และญี่ปุ่นไม่เพียงแต่ต้องการการนำเข้าสินค้าเหล่านี้เท่านั้น แต่ยัง รวมถึงการเข้ามาลงทุนในสาขา (Sector) ดังกล่าวด้วย จึงจำเป็นที่รัฐบาลโดยฝ่ายเจรจาจะต้องกำหนด มาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่อาจทดแทนได้อย่างไร เจื่อนไขหรือโดยสิ้นเชิง การกำหนดเขตเกษตรกรรมที่สงวนไว้เพื่อคนชาติกล่าวคือไม่ตกอยู่ภายใต้ การเปิดเสรีหรือไม่ปล่อยให้มีการยกเลิกบัญชีข้อสงวนสำหรับคนชาติ เช่น การเกษตร การป่าไม้ การประมง³⁹ เมื่อแก้ไขกฎหมายฉบับนี้เป็นผลสำเร็จแล้ว ผลบังคับของความตกลง JTEPA ก็จะได้ ประโยชน์ครบถ้วนทุกประการของญี่ปุ่นโดยไม่จำเป็นต้องมาเจรจาเปิดเสรีในความตกลงอีก ดังนั้นผู้ เจรจาที่เคยกล่าวว่าเป็นการเปิดเสรีเฉพาะการลงทุนอุตสาหกรรมรถยนต์เท่านั้นจึงต้องพิจารณาด้วยว่า ด้วยกลไกการแก้ไขกฎหมายภายในของไทยเองที่ให้ออกเลิกรายการอุตสาหกรรมสงวนยอมเป็นการเปิด เสรีทันทีได้ทุกภาคส่วนที่ไม่เป็นข้อห้ามอีกต่อไป เพราะไทยได้ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติรองรับไว้อีก ชั้นหนึ่งแล้ว ซึ่งปัญหาคือเรื่องการสูญเสียฐานทรัพยากรธรรมชาติรวดเร็วเกินไปและหากมีการทำ FTA, JTEPA ในลักษณะนี้มากเท่าใดปัญหาการสูญเสียทรัพยากรธรรมชาติก็มากขึ้นตามไปด้วย โดยเฉพาะ ทรัพยากรธรรมชาติในป่าไม้ที่เป็นพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ ตลอดจนจลชีพต่าง ๆ นั้นมีมูลค่ามหาศาลจนไม่อาจ ประเมินค่าได้ ไม่มีประเทศใดที่ทำความตกลงเพื่อประโยชน์ของไทยโดยแท้หากแต่เพื่อประโยชน์ของ ตนเอง เพียงแต่ประโยชน์ที่ได้รับนั้นอาจจะตรงกับความต้องการของฝ่ายไทย เช่น การส่งออกสินค้า เกษตร ซึ่งแท้จริงแล้วญี่ปุ่นได้รับประโยชน์ในการนำเข้าสินค้าเกษตรอยู่แล้ว แต่การจะได้ประโยชน์ใดๆ จาก JTEPA ย่อมต้องคำนึงถึงการสูญเสียด้านอื่นแบบถาวรมาพิจารณาประกอบกัน (ภาคผนวก ข-12)

³⁹ ปัจจุบันได้พิจารณยกเลิกบัญชีดังกล่าวเพื่อการเปิดเสรีโดยการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ รongรับแล้ว (Alien Business Act)

2) ความตกลงการค้าเสรีไทย - ออสเตรเลีย

ภายใต้ความตกลงฉบับนี้มีประเด็นสำคัญทางกฎหมายที่สำคัญดังนี้

(1) ประเด็นบทนิยาม คำว่า “การลงทุน” ภายใต้ FTA ไทย-ออสเตรเลีย ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “การลงทุน” หมายถึง สิทธิทรัพย์สินทุกประเภทซึ่งนักลงทุนเป็นเจ้าของหรือควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมดังต่อไปนี้

- สิทธิทรัพย์สินและอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งสิทธิต่างๆ เช่น จำนวนสิทธิยึดเหนี่ยว และจำนำอื่นๆ
- หุ้น หุ้นสามัญ พันธบัตรและหุ้นกู้ และรูปแบบอื่นใดของการมีส่วนร่วมในนิติบุคคล
- เงินที่เรียกร้องให้ชำระหรือสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติตามซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ
- สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงสิทธิต่างๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า แบบอุตสาหกรรม ความลับทางการค้า ความรู้ความชำนาญ และค่าความนิยม
- สัมปทานทางธุรกิจและสิทธิอื่นใดที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ให้สิทธิโดยกฎหมายหรือภายใต้สัญญา รวมถึงสัมปทานในการหา การเพาะ การสกัด หรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
- ผลตอบแทนที่นำมาลงทุน เพื่อความมุ่งประสงค์ของความตกลงนี้ ให้การเปลี่ยนแปลงใดๆ ในรูปแบบของสิทธิที่นำมาลงทุนหรือลงทุนซ้ำไม่กระทบต่อลักษณะของสิทธิที่นั้นในฐานะที่เป็นการลงทุน โดยมีเงื่อนไขว่าการลงทุนที่เปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้รับความเห็นชอบโดยภาคีที่เกี่ยวข้อง หากกฎหมาย ระเบียบ หรือนโยบายของตนกำหนดไว้เช่นนั้น

จากบทนิยามดังกล่าวซึ่งคล้ายคลึงกับบทนิยาม การลงทุนในความตกลงฉบับอื่นๆ แต่ที่จำเป็นต้องพิจารณาสำหรับออสเตรเลีย คือสัมปทานทางธุรกิจและสิทธิอื่นใดคือการลงทุน ซึ่งในกรณีของออสเตรเลียจะมีนักลงทุนเข้ามาขอสัมปทานทำเหมืองทอง ดังนั้นสัมปทานที่นักลงทุนออสเตรเลียได้รับ จึงเป็นการลงทุนด้วย และย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบทในเรื่องการคุ้มครองการลงทุนรวมทั้งคุ้มครองการเวนคืนและมาตรการเวนคืนทางอ้อมด้วย

ตามกฎหมายภายใน กฎหมายสัมปทานยอมเป็นที่ทราบดีแล้วว่าเป็นการให้สัมปทานในการทำกิจการใดที่ต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายสัมปทาน กล่าวคือการสิ้นสุดการให้สัมปทานและสิทธิ ทั้งปวงจะกลับคืนมายังรัฐบาลโดยผู้ได้รับสัมปทานไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิใน

การครอบครอง แสวงหา ทำประโยชน์ได้ต่อไปหลังจากสัมปทานสิ้นสุดลง ดังนั้นการคุ้มครองการลงทุน และนักลงทุนต่างด้าวให้สัมปทานเป็นการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองด้วย จึงทำให้รัฐที่ให้สัมปทาน กล่าวคือประเทศไทยต้องรับผิดชอบในกรณีสัมปทานสิ้นสุดลง อันมีผลทำให้การลงทุนนั้น⁴⁰ ไม่สามารถ ดำเนินต่อไปได้และยอมตกอยู่ภายใต้บทการตีความว่าด้วยการเวนคืนที่รัฐบาลจะต้องให้การคุ้มครอง ชดใช้ค่าเวนคืนเมื่อสัมปทานสิ้นสุดลง

กิจการท่าเหมืองทองของออสเตรเลีย ได้รับการเรียกร้องให้พิจารณาภายใต้ การตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการท่าเหมืองทองในพื้นที่ที่ได้รับสัมปทาน อย่างกว้างขวางนั้นได้ทำลายพื้นที่ดินอย่างกว้างขวางและไม่สามารถเข้าทำประโยชน์ใดได้อีกกว่าจะ พื้นฟูสภาพที่ดิน ดังกล่าว อีกทั้งการทำเหมืองทองจำเป็นต้องใช้ไซยาไนด์ในการสกัดทองคำที่นักลงทุน ได้ทิ้งไว้บนแผ่นดินไทยโดยรัฐบาลได้รับค่าภาคหลวงเพียง 2% เท่านั้น

ข้อบทนี้จึงกระทบเรื่องความรับผิดชอบในการเวนคืนกระทบต่อปัญหาสิ่งแวดล้อม การสูญเสียที่ดิน การสูญเสียสิทธิพยานกรรมชาติโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม และเกิดปัญหา แผ่นดินถล่ม (Land slide)

(2) ข้อบทความร่วมมือทางด้านการวิจัยและพัฒนา เนื่องจากในความตกลง การค้าเสรีมักบรรจุข้อบทในหมวดความร่วมมือและพัฒนาด้วย ทำให้เป็นความตกลงเพื่อการพัฒนา แต่ สิ่งที่ต้องระมัดระวังคือการเข้ามาทำการศึกษาและวิจัยทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ จุลชีวะ สิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์ และทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่ไทยยังไม่ได้ทำการจดทะเบียนสิทธิบัตร อาจจะถูกนำออกไป แล้วทำการดัดแปลงเพื่อการจดทะเบียนสิทธิบัตรต่อไป ข้อควรระวังนี้ไม่ได้หมายถึงการห้ามการที่จะมี ความตกลงเพื่อความร่วมมือและพัฒนา แต่ควรมีกฎหมายมากำกับ ดูแลในเรื่องนี้อย่างรอบคอบ และหาก การวิเคราะห์ และการวิจัยและพัฒนานำมาสู่การเผยแพร่หรือนำมาใช้ในทางการพาณิชย์ จะต้อง มี ข้อตกลงในเรื่องของการมีสิทธิบัตรร่วม หรือส่วนแบ่งที่เป็นธรรมตลอดไป ข้อควรระวังนี้ควรนำไปปรับใช้ กับทุกกรณีของความตกลง

(3) กฎแหล่งกำเนิดของสินค้า สินค้าที่กำเนิดหรือผลิตโดยใช้วัตถุดิบในภาคนั้น ทั้งหมด (Wholly obtained) หมายถึง

- 1) สินค้าที่เป็นแร่ธาตุซึ่งสกัดได้ในดินแดนของภาคนั้น
- 2) สินค้าทางการเกษตรที่เก็บเกี่ยว เก็บ หรือรวบรวมได้ในดินแดนของ ภาคนั้น

⁴⁰ ไม่ใช่เช่นนั้น เพราะเมื่อสัมปทานสิ้นสุด การคุ้มครองในส่วนนั้นก็ยุติตามไปด้วยและไม่มีทางตีความว่าเป็นการเวนคืน เพราะ มิใช่เป็นการที่รัฐดำเนินการตัดสิทธิหรือรอนสิทธิใดๆ ที่สัมปทานยังมีอายุ (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

- 3) สัตว์มีชีวิตที่กำเนิดและเลี้ยงเติบโตในดินแดนของภาคีนั้น
- 4) สินค้าที่ได้จากสัตว์มีชีวิตในดินแดนของภาคีนั้น
- 5) สินค้าที่ได้มาโดยตรงจากการล่า การดัก การประมง การรวบรวม หรือการจับในดินแดนของภาคีนั้น
- 6) สินค้า (ปลา สัตว์น้ำจำพวกมีเปลือก พืชและสิ่งมีชีวิตในน้ำอื่น ๆ) ที่ได้มาจากภายในทะเลอาณาเขต หรือเขตทางทะเลที่เกี่ยวข้องของภาคีที่ยื่นออกไปจากทะเลอาณาเขตภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับของภาคีนั้น โดยเป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล หรือได้มาจากทะเลหลวงโดยเรือที่มีสิทธิชักธงของภาคีนั้น
- 7) สินค้าที่ได้หรือผลิตขึ้นบนเรือผลิตที่มีสิทธิชักธงของภาคีนั้น โดยใช้สินค้าที่กล่าวถึงในอนุวรรค 6)
- 8) สินค้าที่ภาคีนั้นหรือบุคคลของภาคีนั้นได้จากพื้นดินท้องทะเลหรือดินใต้ผิวดินที่อยู่ใต้พื้นดินท้องทะเลของทะเลอาณาเขตหรือไหล่ทวีปของภาคีนั้น โดยเป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล
- 9) เศษและของที่ใช้ไม่ได้ที่ได้มาจากการผลิตในดินแดนของภาคีนั้น หรือสินค้าที่ใช้แล้วที่เก็บรวบรวมในดินแดนของภาคีนั้น หากว่าสินค้านั้นกล่าวมาเหมาะสำหรับการนำกลับมาใช้เป็นวัตถุดิบเท่านั้น
- 10) สินค้าที่มีการผลิตทั้งหมดในดินแดนของภาคีนั้น นอกเหนือจากสินค้าที่กล่าวถึงในอนุวรรคตั้งแต่ 1) – 6)

ประเด็นที่ต้องสนใจ คือการส่งออกสินค้าไทยที่ไม่เป็นไปตามกฎแหล่งกำเนิดของสินค้าตามที่ตกลงไว้ ซึ่งสินค้าไทยก็จะไม่ได้ประโยชน์จากสิทธิพิเศษ หลัก Wholly obtained นี้ได้ทำให้ไทยค่อนข้างเสียเปรียบเพราะสินค้าทั้งหมดของไทยอาจไม่ได้เกิดในประเทศไทยทั้งหมด จึงควรใช้หลักการผลิตภายในประเทศอย่างเพียงพอ หรือมีส่วนของสินค้าที่ผลิตในประเทศ (Local content) ในอัตราที่เหมาะสม เช่น 40% น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่า จึงต้องพิจารณาว่าสินค้าใดที่ไทยส่งออกไปยังออสเตรเลียมากแต่ไม่ได้สิทธิพิเศษตามหลักแหล่งกำเนิดสินค้า ในกรณีของออสเตรเลียจะไม่ได้ระบุเรื่องการนำขยะเข้ามากำจัด โดยระบุแต่ขยะที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้เท่านั้น ดังนั้นรัฐบาลไทย

จะต้องเฝ้าระวังว่าจะมีขยะมีพิษใดที่เล็ดลอดนำเข้ามาในประเทศ นอกเหนือจากที่เป็นขยะเพื่อการนำกลับมาใช้ได้อีก⁴¹

(1) ประเด็นมาตรการการตอบโต้การทุ่มตลาด การตอบโต้การอุดหนุนสินค้า มาตรการปกป้อง มาตรการ SPS, TBT ซึ่งสามารถใช้ได้ตามความเหมาะสมนั้น บ่อยครั้งมักจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันการเข้าตลาดโดยบิดเบือน (Disguised protectionism) จึงควรคำนึงถึงความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ (Comparative advantages) มาประกอบการพิจารณาด้วย มิใช่การทุ่มตลาดอย่างแท้จริง และปัญหาในทางปฏิบัติมักจะเกิดขึ้นเมื่อไม่มีการคำนวณราคาที่เป็นธรรม (Fair market price) แต่มักจะเพิ่มราคาไป 30% เป็นต้น โดยไม่ได้หาราคาที่แท้จริงและพิจารณาถึงความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ เป็นต้น⁴²

(2) การให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติขึ้นก่อนการเข้ามาลงทุน ทำให้รัฐที่รับการลงทุนต้องถูกกระทบอำนาจอธิปไตยส่วนที่เกี่ยวกับการคัดกรองนักลงทุน และให้สิทธิการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติขึ้นหลังการเข้ามาลงทุนแล้ว⁴³

(3) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเวนคืนยึดทรัพย์ทางอ้อม ซึ่งไม่มีการนิยามขอบเขตโดยหลักการ ทำให้เป็นเรื่องของการตีความ จึงเสี่ยงต่อการจะถูกตีความว่ามาตรการหรือการบังคับใช้กฎหมายนั้นๆ เป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ และต้องชดเชยค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทน หรือการส่งเงินทุนคืนกลับไป

(4) ข้อบทรเกี่ยวกับการโอนเงินออกนอกประเทศโดยเสรี เมื่อได้รับการร้องขอโดยผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องอนุญาตให้เงินทุนทั้งหมดของผู้ลงทุนนั้นๆ เกี่ยวกับการลงทุนในดินแดนของตนสามารถโอนเข้ามาและออกไปได้โดยเสรีจากดินแดนของตน ข้อบทรนี้ประกอบกับบทนิยามการลงทุนที่กว้างขวางซึ่งผลตอบแทนการลงทุนก็กว้างขวางมากเช่นกัน และการนำเงินออกนอกประเทศจำนวนมากโดยรวดเร็ว ย่อมอาจเกิดภาวะชะงักงันทางการเงินหรือการเสียดุลการชำระเงิน

⁴¹ การที่มีรายละเอียดของคำว่า Wholly obtained ในบางเรื่องก็ถือว่าไทยไม่เสียเปรียบ (แม้จริงๆ จะไม่ใช่ Wholly obtained โดยสภาพ แต่ก็ให้ถือว่าเป็น Wholly obtained) เช่น กรณีตามอนุวรรค 6, 7, 8 (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

⁴² ตัวบทของ AD ใช้ว่า Fair Market value ดังนั้น ที่อ้างว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติจึงถูกต้อง แต่การที่อ้างว่ามีการเพิ่มราคาไปอีก 30% ควรจะอ้างแหล่งที่มา หรือกรณีศึกษาเรื่องใด เพราะที่จริงแล้วอาจเกิดจาก Constructed value และ Facts available ที่รัฐนำมาใช้ ซึ่งความตกลง AD เปิดช่องให้ทำได้ (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

⁴³ ได้เคยให้ข้อสังเกตไปแล้วว่าขั้น Pre นี้ ไม่มีการคุ้มครองตาม FTA แต่เรื่อง NT นั้น หมายถึงให้มีสิทธิที่จะยื่นเรื่องราว หรือขอข้อมูลดังเช่นที่คนชาติจะพึงได้เพื่อให้มีโอกาสทัดเทียมกัน ตั้งแต่ข้อ 7 ถึงข้อ 11 และ 15 ได้ให้ข้อสังเกตไปแล้ว JTEPA จึงไม่ขอกล่าวซ้ำ (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

(5) ให้สิทธิที่จะได้ผลประโยชน์ตามกฎหมายที่เหนือกว่าความผูกพันตามความตกลงนี้ ทำให้คู่ภาคีอาจจะได้สิทธิพิเศษมากกว่าคนชาติ เช่นตามบทบัญญัติในเรื่องการส่งเสริมการลงทุนที่ให้มากกว่าคนชาติ

(6) ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติรัฐประหาร การก่อกบฏจลาจล เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) หมายความว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศการกระทำที่รัฐต้องรับผิดชอบจะต้องเป็นการกระทำของรัฐ ไม่ว่าจะโดยหน่วยงาน เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐต่างชาติ รัฐนั้นต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหาย แต่การกระทำของเอกชนหรือคณะปฏิบัติ รัฐประหารนั้นไม่ใช่การกระทำของรัฐ หากรัฐได้ใช้ความพยายามถึงที่สุดในการป้องกันเหตุร้ายแล้วรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ภายใต้ความตกลงไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นของรัฐหรือไม่ เช่น การกระทำโดยเอกชนหรือ การปฏิบัติรัฐประหาร การก่อกบฏจลาจล รัฐต้องรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง

(7) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับกลไกในการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและให้สิทธิเอกชน นักลงทุนฟ้องรัฐได้⁴⁴ ซึ่งรัฐบาลควรต้องพิจารณานำเรื่องสิ่งแวดล้อม และนโยบายสาธารณะออกจากผลความผูกพันไม่ตกอยู่ภายใต้การอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากโดยหลักการของอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อพิพาทที่จะนำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้นั้นจะต้องเป็นข้อพิพาทที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้เท่านั้น จะไม่ใช่เรื่องที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อนโยบายสาธารณะ จึงควรจำแนกข้อพิพาท โดยเฉพาะกรณีของออสเตรเลียจะมีประเด็นพิพาทที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสิ่งแวดล้อม เช่นเรื่องเหมืองทองที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อบทการลงทุนในเรื่องสัมปทานที่จะไม่ถูกเวนคืน เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายภายในเป็นเหตุให้สัมปทานสิ้นสุดลงหรือการใช้มาตรการด้านสิ่งแวดล้อม

(8) สามารถเคลื่อนย้ายแรงงานเข้ามาในประเทศที่รับการลงทุน หรือเพื่อดำเนินธุรกิจการค้าสามารถส่งผลกระทบต่อปัญหาแรงงาน จึงต้องมีการกำหนดมาตรการในการดูแลในเรื่องดังกล่าว เพื่อป้องกันปัญหาการว่างงานภายในประเทศ

(9) มีข้อบทยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจากกฎหมายภายในของไทยเกี่ยวกับกฎหมายที่ส่งเสริมให้มีการแข่งขันยังไม่มี ความเข้มแข็งเพียงพอ อาจประสบปัญหาจากกรณีการลงทุนโดยอธิปไตย (Sovereign wealth fund – SWF) เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายป้องกันการผูกขาด เพราะกฎหมายไม่ห้ามการที่วิสาหกิจมีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นในกรณีของ SWF ทำให้ตลาดไม่มีการแข่งขัน (Natural monopoly) หรือเป็นตลาดที่มี

⁴⁴ ประเด็นสำคัญของบทนี้คือการให้ความยินยอมล่วงหน้า ที่จะให้เอกชนฟ้องรัฐได้ เนื่องจากเดิมไทยยินยอมให้เอกชนฟ้องรัฐได้ภายใต้ ICSID เท่านั้น (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

การแข่งขันน้อย (Oligopolistic market) เป็นการผูกขาดโดยชอบด้วยกฎหมายทำให้การแข่งขันเพื่อการเข้าถึงตลาดน้อยลง⁴⁵

(10) เปิดเสรีการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Public/government procurement) ผู้ประกอบการจะต้องเพิ่มศักยภาพในการแข่งขัน และความโปร่งใส นับเป็นการพัฒนาระบบการจัดซื้อโดยรัฐ ขณะเดียวกันทำให้งบประมาณแผ่นดินไหลออกนอกประเทศ และจะต้องขจัดปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันซึ่งเป็นปัญหาที่ยังรบกวนเศรษฐกิจไทยอย่างมากที่สุด และเป็นสาเหตุของความยากจนของคนในชาติ⁴⁶

(11) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นที่สุดและคู่พิพาทที่เป็นฝ่ายต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดต้องปฏิบัติตามโดยพลัน หากเป็นประเด็นพิพาทที่เกี่ยวกับนโยบายสาธารณะจะเป็นการรวบรัดจนเกินไป และอนุญาโตตุลาการมีเพียง 1,3,5 คนที่อาจจะไม่ใช่ทนายความก็ได้ จึงน่าเป็นห่วงในกรณีด้านสิ่งแวดล้อมและนโยบายสาธารณะที่กระทบต่อคนส่วนใหญ่ของแผ่นดิน เนื่องจากข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการจะตัดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี

(12) การมีผลเริ่มบังคับใช้ให้ความตกลงนี้มีผลใช้บังคับเมื่อครบกำหนด 30 วันหลังจากวันที่คู่ภาคีได้แจ้งซึ่งกันและกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่าได้เสร็จสิ้นขั้นตอนภายในของตนเพื่อให้ความตกลงนี้มีผลใช้บังคับ จะเห็นได้ว่าความตกลงได้กำหนดให้คู่ภาคีปฏิบัติตามกฎหมายภายในให้เสร็จสิ้นเสียก่อน จึงมีข้อพิจารณาว่าฝ่ายไทยได้กระทำให้เสร็จสิ้นตามกระบวนการกฎหมายภายในแล้วหรือยัง ในขณะที่มีการทำความตกลงฉบับนี้ ภายใต้รัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2540 เนื่องจากต้องมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลงฉบับนี้ด้วยในหลายกรณี

(13) หลักการปฏิเสธการให้สิทธิพิเศษ ซึ่งทำให้ไทยอาจจะไม่ได้รับประโยชน์จากการเปิดเสรีได้ หากไม่เป็นไปตามข้อกำหนดของความตกลง

3) ความตกลงการค้าเสรีไทย - นิวซีแลนด์

ความตกลงการค้าเสรีไทย - นิวซีแลนด์ จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับความตกลงฉบับอื่นๆ ใน Model ที่ใกล้เคียงกัน จึงไม่กล่าวซ้ำในประเด็นที่ระบุไว้แล้วในความตกลงที่ไทยทำกับญี่ปุ่นและ ออสเตรเลีย แต่ระบุเฉพาะกรณีที่แตกต่างเท่านั้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁴⁵ การที่ไทยยังไม่ยอมรับเรื่อง Competition นั้น ถูกส่วนหนึ่งที่เป็นเพราะกฎหมายภายในยังไม่เข้มงวดเพียงพอ แต่ต้องเข้าใจด้วยว่าไทยยกเว้นกฎหมายตนเองนี้ตามแนวของสหประชาชาติ แต่เหตุผลอีกเหตุผลหนึ่งที่ไทยยังไม่ยอมรับเรื่องดังกล่าวเพราะ เรื่อง Competition Law and Policy ยังมิได้เป็นพันธกรณีภายใต้ WTO ดังนั้น ไทยจึงยังคงปฏิเสธไปก่อน (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

⁴⁶ เรื่องการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐก็ยังมีได้เป็นพันธกรณี ทั้งนี้เพราะมิใช่พันธกรณีภายใต้ WTO (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

(1) ความตกลงฉบับนี้ จะให้สิทธิในการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่างจากของ ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา โดยให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในการจัดตั้งและการได้มาซึ่ง การลงทุน ครอบคลุมการลงทุนและนักลงทุน รวมทั้งให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่รับความอนุเคราะห์ยิ่งใน เรื่องการจัดการ การดำเนินการ การปฏิบัติการ และการจำหน่ายจ่ายโอนการลงทุน และให้การปฏิบัติ เยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองทางการลงทุน

(2) การคุ้มครองการเวนคืนและการชดเชยการเวนคืนที่เป็นธรรมและคุ้มครอง ความเสียหายจากการจลาจล ปฏิวัติ ก่อกบฏ โดยเท่าเทียมกับชาติที่สามอื่นๆ ที่ได้รับการชดเชย

(3) คุ้มครองโดยการให้สิทธิเสรีในการโอนเงินออกนอกประเทศ ในสกุลเงินที่ สามารถแลกเปลี่ยนได้ในกำไรหรือผลตอบแทนที่มาจากการลงทุนข้อนี้ เช่นเดียวกับความตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับขบวนการลงทุน หากคำว่าการลงทุนมีความหมายกว้างขวางมาก ผลกำไรที่จะสามารถ โอนออกนอกประเทศ ย่อมกระทำได้กว้างขวางมากเพียงนั้น ในประเด็นนี้ ต้องพิจารณาโดยรวมในความ ตกลงทุกฉบับจะมีข้อยกเว้นว่าการลงทุนกว้างขวางมากทั้งสิ้น จึงอาจจะต้องมีการกำหนดข้อยกเว้น ทั้งตามกฎหมายภายในและตามความตกลงเพื่อกำกับดูแลเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการเงินทั้งระยะสั้น และระยะยาว

(4) ขอบทความร่วมมือทางด้านการศึกษาและพัฒนา เนื่องจากในความตกลง การค้าเสรีมักจะบรรจุขอบทในหมวดความร่วมมือ และพัฒนาด้วยทำให้เป็นความตกลงเพื่อการพัฒนา แต่สิ่งที่ต้องระมัดระวังคือการเข้ามาทำการศึกษาวิจัยทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ จุลชีวะ สิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์ และทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่ไทยยังไม่ได้ทำการจดทะเบียนสิทธิบัตรอาจจะถูกนำออกไป แล้วทำการดัดแปลงเพื่อการพัฒนาต่อไป ข้อควรระวังนี้ไม่ได้หมายถึงการห้ามการที่จะมี ความตกลงเพื่อความร่วมมือและพัฒนา แต่ควรมีกฎหมายกำกับดูแลในเรื่องนี้อย่างรอบคอบ และหาก การวิเคราะห์ วิจัย พัฒนา นำมาสู่การเผยแพร่ หรือนำมาใช้ในทางการพาณิชย์ จะต้องมีการขออนุญาตในเรื่อง ของการมีสิทธิบัตรร่วมหรือส่วนแบ่งที่เป็นธรรมตลอดไป

(5) ความตกลงฉบับนี้ก็ได้กำหนดเกี่ยวกับกลไกการยุติข้อพิพาท เช่นเดียวกับ ความตกลงอื่นๆ เรื่องการนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และมีข้อระวังในทำนอง เดียวกัน

(6) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดใน กรณีที่สมควร ซึ่งจำเป็นที่จะต้องกำหนดเกณฑ์การพิจารณาว่ากรณีที่เหมาะสมคืออะไร แต่ไหน อย่างไม่อย่างใด มิฉะนั้นการบังคับใช้กฎหมายที่ส่งเสริมให้มีการแข่งขันจะไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งไม่สามารถ ควบคุมการแทนที่อำนาจรัฐด้วยอำนาจเอกชนที่เป็นอุปสรรคของการแข่งขัน

(7) เปิดเสรีการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐให้ผู้ประมูลจากต่างชาติได้เข้าประมูล หาก กระทำโดยโปร่งใสย่อมเป็นประโยชน์ หากแต่ไทยต้องพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน และโปร่งใสด้วย

เพื่อสามารถเข้าร่วมแข่งขันเพื่อป้องกันการไหลออกของเงินงบประมาณออกนอกประเทศ และสูญเสีย การจ้างงานภายในประเทศ หากผู้ชนะการประมูลต่างชาติไม่ได้ใช้คนงานจากภายในประเทศเนื่อง จากการเปิดเสรีด้านแรงงาน

(8) มีข้อกำหนดยกเว้นการปฏิบัติตามความตกลงทั้งข้อยกเว้นทั่วไปและ ข้อยกเว้นเฉพาะ เช่น ความมั่นคง เป็นต้น ในกรณีนี้จะเป็นรูปแบบโดยทั่วไปที่บรรจุในความตกลง ทุกฉบับ

(9) ในส่วนดีจะมีมาตรการป้องกันในเรื่องดุลการชำระเงิน และมาตรการสำหรับการ ย้ายถิ่นของเศรษฐกิจมหภาคและทางการเงิน

(10) สนธิสัญญาไวแวงก็ให้สิทธิพิเศษแก่ชาวเมารีที่ความตกลงนี้ไม่ได้รับสิทธิ ดังกล่าวได้

(11) ผลทางกฎหมายของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันคู่ภาคีที่ ต้องปฏิบัติตามทันทีและต้องชดใช้ความเสียหาย

(12) ความตกลงฉบับนี้กำหนดให้คู่ภาคีแต่ละฝ่ายกลับไปดำเนินการให้เป็นไป ตามกฎหมายภายในของตนจึงต้องพิจารณาว่าฝ่ายไทยได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วหรือยัง

4) ความตกลงการค้าเสรีไทย - อินเดีย

สาระสำคัญทางกฎหมายของความตกลงฉบับนี้ ได้แก่

(1) เปิดเสรีการค้าแบบ Progressive ลดอุปสรรคทั้งทางภาษีและไม่ใช่อาชีพ ตามรายการสินค้าที่ค่อยๆ เจริญระหว่างกัน เป็นความตกลงที่อินเดียมีความระมัดระวังอย่างมากและ ถือว่าอินเดียเป็นประเทศที่มีการกำหนดอุปสรรคการค้าการลงทุนค่อนข้างสูงมาก

(2) กำหนดหลักเกณฑ์แหล่งกำเนิดสินค้า ไทยต้องศึกษาถึงสินค้าที่นำเข้ายัง ตลาดอินเดีย ว่ามีความสอดคล้องกับแหล่งกำเนิดสินค้าหรือไม่ มิฉะนั้นไทยอาจจะไม่ได้ประโยชน์ตามที่ ควรจะเป็นในเรื่องของการเปิดเสรี

(3) กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีและการเจรจา จึงสามารถนำ ข้อพิพาทสู่การพิจารณาในศาลได้

(4) ข้อกำหนดเปิดเสรีทางการลงทุนและคุ้มครองการลงทุน โดยได้รับการ ปฏิบัติเพียงคนชาติและเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยังเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของ สนธิสัญญาคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุน จึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับ BITs ทั่วไป

(5) กำหนดข้อตกลงการรับรองร่วมกัน (Mutual recognition) ในคุณสมบัติและประกาศนียบัตร หลักมาตรฐานสินค้าเพื่ออำนวยความสะดวกเปิดเสรี มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในไทย ทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดแรงงานสูงมากขึ้น รัฐบาลต้องมีมาตรการรองรับการแข่งขันด้านแรงงานมากขึ้น เช่น มีแผนระยะยาวในการพัฒนาแรงงานไทย (Capacity Building)

(6) เปิดเสรีการค้าบริการในภาคส่วนต่อไปนี้ คือ การประมง เทคโนโลยีสารสนเทศ เทคโนโลยีทางด้านอวกาศ เทคโนโลยีชีวภาพ การเงินและการธนาคาร การท่องเที่ยว การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน บริการสาธารณสุข การแพทย์ การก่อสร้าง การศึกษา การจัดซื้อภาครัฐ

ในส่วนนี้ประเทศไทยจะขาดดุลการค้าบริการเนื่องจากเทคโนโลยีทางด้านสารสนเทศ คอมพิวเตอร์ของอินเดียมีความก้าวหน้ามาก ขณะนี้ได้มีสถาบันการศึกษาได้เริ่มเข้ามาก่อตั้งในประเทศไทยเพื่อศึกษาเกี่ยวกับภูมิปัญญาไทยอย่างลึกซึ้งในรูปแบบของสถาบันการศึกษาวิจัย ซึ่งไทยจะต้องตระหนักในเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาไทยเพื่อแทนที่การแข่งขันของไทย รวมทั้งการเปิดเสรีทางด้านการเงิน การธนาคาร กฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ไทยควรให้ความสนใจและพัฒนาคือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายการเงิน การธนาคาร กฎหมายป้องกันการผูกขาด

(7) เปิดเสรีทางด้านอื่นๆ การบินพลเรือน สิ่งแวดล้อมทางด้านป่าไม้ เหมืองแร่ พลังงาน ผลิตภัณฑ์จากป่าไม้เป็นภาคส่วนที่ควรเฝ้าระวัง

(8) เปิดเสรีการค้าไร้กระดาษ เป็นหัวข้อที่ปรากฏในความตกลงการค้าทุกฉบับตามพัฒนาการของเทคโนโลยีและการค้าระหว่างประเทศ ในขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับการค้าไร้กระดาษของไทยยังต้องพัฒนาอย่างมาก การค้าไร้กระดาษจะเข้ามาแทนที่กระบวนการทางการค้าระหว่างประเทศอย่างมาก รวมทั้งการเดินเรือ การขนส่งทางทะเล การชำระเงินระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสัญญาไร้กระดาษ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับตราสาร เช่น Bill of lading ซึ่งนำมาเป็นหลักฐานในการเปิด Documentary credit, Letter of credit และประกอบการชำระเงินระหว่างประเทศ หมวดนี้จำเป็นที่ไทยต้องมีกฎหมายที่รองรับการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศไร้กระดาษเหล่านี้ด้วย

(9) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรการปกป้อง และการบังคับใช้กรอบของกฎหมายภายใต้องค์การการค้าโลก

(10) กำหนดเกี่ยวกับข้อยกเว้นทั่วไป และข้อยกเว้นเฉพาะตามหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก จากการบังคับใช้ความตกลงฉบับนี้

(11) กำหนดเกี่ยวกับกลไกการยุติข้อพิพาทโดยการเจรจาตกลงกัน

(12) กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และ กฎหมายภายใน ซึ่งต้องพิจารณาการดำเนินการตามกฎหมายภายในของฝ่ายไทยว่าได้ดำเนินการเรียบร้อยแล้วหรือไม่

จะเห็นได้ว่าอินเดียมีความระวังในการเปิดเสรีมาก ข้อกำหนดส่วนใหญ่จึงยังคงอิงกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก อย่างไรก็ตาม ไทยต้องพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน โดยเฉพาะอินเดียมีศักยภาพมากในเรื่องของคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยี อุตสาหกรรมหนัก ระบบโครงสร้างพื้นฐาน ขณะนี้อินเดียได้เข้ามาลงทุนในอุตสาหกรรมรถยนต์และสถาบันการวิจัยจำนวนมาก จึงควรเตรียมความพร้อมในเรื่องของการกำกับดูแล และการป้องกันเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

5) ความตกลงการค้าเสรีอาเซียน - จีน

สำหรับความตกลงการค้าเสรีอาเซียน – จีนนั้น มีประเด็นทางกฎหมายที่ควรพิจารณา ดังนี้

(1) ปัญหาหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยนิตินัย (De jure) และโดยพฤตินัย (De facto) ภายใต้ความตกลง เนื่องจากประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีลักษณะทางกฎหมายเป็นรัฐมณฑล ภายใต้การปกครองรัฐบาลส่วนกลาง โดยรอบ ระเบียบ กฎหมาย และข้อบังคับทางกฎหมาย อาจจะมีลักษณะที่แตกต่างกัน หรือขัดแย้งกัน (Conflict of law) ทางกฎหมายระดับกลางและระดับท้องถิ่น ปัญหาดังกล่าวจะทำให้เกิดความยุ่งยากต่อการค้าและการลงทุนที่ทางฝ่ายไทยจะเข้าถึงตลาดได้ เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายในระดับมณฑลจะแตกต่างจากกฎหมายหรือนโยบายส่วนกลาง ดังนั้น การเปิดเสรีที่กำหนดนโยบายและการให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในระดับประเทศโดยนิตินัย (De jure) จึงถูกอุปสรรคของกฎหมายระดับท้องถิ่นมาขัดขวาง จึงต้องพิจารณาเรื่องการให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยพฤตินัย (De facto) ทำให้การเปิดเสรีทั้งการค้าและการลงทุนสำหรับฝ่ายไทยไม่ได้รับการปฏิบัติที่ทัดเทียมกัน ในขณะที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีลักษณะทางกฎหมายเป็นรัฐเดี่ยวจึงมีการบังคับการทางกฎหมายและนโยบายตลอดทั้งประเทศ จึงทำให้ไทยมีความเสียเปรียบอย่างมากเพราะเท่ากับเป็นการเปิดเสรีฝ่ายเดียว⁴⁷

แม้ว่าโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศการบังคับใช้สนธิสัญญาจะต้องครอบคลุมทั้งประเทศ แต่ถ้าหากว่าประเทศคู่ภาคีมีลักษณะของกฎหมายที่ขัดแย้งกันเช่นนี้ ย่อมเป็นอุปสรรคและกว่าที่รัฐบาลกลางจะดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบาย หรือพันธกรณีส่วนกลางก็ใช้เวลานานและยุ่งยากในกรณีนี้ หากในความตกลงกำหนดข้อบทว่าให้เป็นไปตามกฎหมายภายใน เท่ากับไทยยอมรับความแตกต่างของกฎหมายสองระดับนี้ในความตกลงไปแล้ว จึงไทยจึงควรเจรจาในประเด็นนี้ด้วยการมุ่งให้เกิดการบังคับใช้นโยบายการค้าเสรีโดยให้ข้อตกลงที่ทำกันไว้กับรัฐบาลกลางมีแนวทางเดียวกันกับ

⁴⁷ ไม่ควรใช้คำว่า de jure กับ de facto เพราะจะมีความหมายทางกฎหมายที่ไม่ตรงกับที่เขียนในภาษาไทย ประเด็นก็คือทางทฤษฎี หรือหลักการนั้น ตกลงกันไว้อย่างไร แต่ในทางปฏิบัติ อาจไม่เป็นไปตามนั้น เนื่องจากรัฐบาลกลาง ควบคุมรัฐบาลท้องถิ่นไม่ได้ รวมทั้งการใช้คำว่า Conflict of Laws ก็เช่นกัน เพราะบางทีก็มีใช้ว่ากฎหมาย “ขัดแย้ง” กันตามความหมายในภาษาไทย แต่กฎหมายที่รัฐบาลกลางออกมามีอาจต่างจากกฎหมายที่รัฐบาลท้องถิ่นออกมา ซึ่งมีใช้ขัดกันแต่ไม่ตรงกันมากกว่า เช่นรัฐบาลกลางกำหนดว่าไม่มีการเก็บภาษีเงินได้เพราะมีอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่รัฐบาลท้องถิ่นขอหักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ก่อนในทุกกรณี แล้วขอคืนภาษีภายหลัง (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

รัฐบาลท้องถิ่น เพื่อลดปัญหาการเปิดเสรีที่ตกลงกับรัฐบาลกลางของจีนแต่เกิดปัญหากับรัฐบาลท้องถิ่น อันเกิดจากการขัดแย้งทางกฎหมายระดับกลางและระดับท้องถิ่น

(2) ความตกลงฉบับนี้มีการเปิดเสรีทางการเกษตรอย่างมาก และได้กำหนดหลักแหล่งกำเนิดสินค้าแบบ Wholly obtain principle ทำให้ไทยขาดดุลการค้าอย่างมาก เนื่องจากไทยเป็นประเทศสิทธิกรรมเช่นเดียวกับจีน ดังนั้นเมื่อสินค้าจำนวนมากหลังไหลเข้ามาโดยมีราคาถูกมากจนสินค้าไทยต้องออกจากตลาดไป ผลที่ตามมาคือการขึ้นราคาของสินค้านำเข้าอย่างมากภายหลัง ทำให้ไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคตามทฤษฎีการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากไม่มีคู่แข่งในตลาด

แม้ว่ามีผู้ออกมาปฏิเสธผลกระทบการสูญเสียตลาดกระเทียมแก่จีนว่ามีใช้เกิดจากการเปิดเสรีการค้า โดยอ้างว่ากระเทียมส่วนใหญ่ที่นำเข้ามาเป็นกระเทียมนอกโควตาและมีอัตราภาษีการนำเข้าสูงก็ตาม แต่เนื่องจากสินค้าจีนภายใต้บัญชีการลดภาษีมีจำนวนมาก การนำเข้ากระเทียมโดยอาศัยผลประโยชน์จากการนำเข้าสินค้าที่ได้รับสิทธิพิเศษอื่นๆ จำนวนมากยอมทำให้จีนยังได้ดุลในการจำหน่ายสินค้า และการกำหนดราคาต่ำมากของสินค้าจีนอาจเป็น Predatory Pricing เพื่อขจัดคู่แข่งได้

(3) เน้นมุ่งขจัดปัญหาภาษีศุลกากรและภาษีอื่นๆ รวมทั้งค่าธรรมเนียมที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าและให้มีระยะเวลาในการปรับตัว

(4) ให้มีการขจัดอุปสรรคทางการค้าในรูปแบบที่ไม่ใช่มาตรการทางภาษีต่างๆ ที่มีต่อการส่งออกของทั้งสองฝ่าย รวมถึงอุปสรรคอันเกิดมาจากการออกใบอนุญาตสินค้าเกษตรกรรมและสินค้าอื่นๆ ขจัดการบริหารอันมีลักษณะจำกัดโดยขจัดมาตรฐานใดๆ ที่ไม่เป็นธรรมและการกำหนดมาตรฐานใดๆ จะขอดำเนินการแบบทวิภาคีในการร่วมการกำหนดมาตรฐานให้เป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่าย ซึ่งในส่วนนี้ถือว่าเป็นประโยชน์ แต่ปัญหาอาจเกิดจากการย่อหย่อนในการควบคุมสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน โดยเฉพาะสินค้าจากประเทศจีนที่มีการปนเปื้อนสูงและอันตราย

แนวทางการแก้ไขในส่วนนี้ ฝ่ายไทยควรมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการเรื่อง Tracability ของ supply chain เพื่อสามารถตรวจสอบแหล่งที่มาของวัตถุดิบในสินค้าได้ เพื่อป้องกันเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าเมื่อมีการยกเลิกกฎระเบียบเกี่ยวกับเอกสาร และมาตรฐานสินค้าในการนำเข้า นอกจากนี้ ไทยต้องมีกฎหมายกำกับมาตรฐานสินค้าก่อนการนำเข้าและบตลงโทษ⁴⁸

(5) มุ่งขจัดการปฏิบัติใดๆ ของรัฐบาลอันเป็นผลเสียต่อการส่งสินค้าส่งออกประเภทเน่าเสียได้ หรือสินค้าทางเกษตรกรรมตามฤดูกาลของไทย ในขณะที่เดียวกันควรกำหนดให้มีการปรับมาตรการปลดปล่อยการนำเข้าสินค้าสู่ไทยตามความเหมาะสมด้วย ซึ่งในกรณีนี้ก็

⁴⁸ เป็นเรื่องดีที่จะมี Tracability แต่เป็นดาบสองคม เช่นกัน เพราะ EU เรียกร้องให้ไทยมีมาตรการทำนองนี้ซึ่งไทยมีความเห็นว่าเป็นภาระมากและเพิ่มต้นทุนของไทย (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

เช่นเดียวกับข้อข้างต้น นั่นคือเมื่อมีการลดหย่อนในแง่ของกฎระเบียบในพิธีการนำเข้า ก็ย่อมต้องมีกฎเกณฑ์มากำกับดูแลเพื่อการตรวจสอบและมาตรฐานของสินค้าที่ดีกว่าและมีประสิทธิภาพมากกว่า

(6) ให้มีมาตรการเปิดเสรีการลงทุนทางด้านธุรกิจบริการ ด้านการเงิน การประกันภัย โดยมีการใช้วิธีการที่เป็นระบบดำเนินการเข้าสู่ตลาดจีน และให้มีการปรับปรุงกฎหมาย ระเบียบการต่าง ๆ ด้านธุรกิจบริการเพื่อมิให้เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้จำเป็นที่รัฐต้องมีกลไกในการกำหนดหลักธรรมาภิบาลในตลาดบริการทางการเงินและความโปร่งใส รวมทั้งเรื่อง Self regulation หากต้องการให้เป็นการค้าบริการโดยเสรี

(7) การเปิดเสรีการลงทุน ต้องขจัดปัญหาในการที่ต้องให้นักลงทุนไทยที่ไปลงทุนในจีนต้องเป็นบริษัทสัญชาติจีน เนื่องจากจีนมีกฎหมายบังคับรูปแบบการจัดตั้งธุรกิจในรูปการร่วมทุน (Joint venture) หรือการค้าขายส่งออกและนำเข้าต้องติดต่อนำเข้าโดยผ่านนายหน้าของจีน จึงควรแก้ไขเพื่อให้ไทยสามารถดำเนินการลงทุนได้โดยตรงในการดำเนินธุรกิจนำเข้า-ส่งออกโดยไม่ต้องผ่านนายหน้าของจีนซึ่งจะช่วยลดต้นทุนของการส่งออก

(8) การเปิดเสรีการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ จำเป็นต้องให้มีการตั้งกฎระเบียบ เพื่อให้มีวิธีการและวิธีปฏิบัติในการจัดซื้อที่เป็นธรรม โปร่งใส และเสมอต้นเสมอปลายสำหรับผู้ขายสินค้าและบริการชาวไทยที่มุ่งดำเนินการธุรกิจกับจีน และให้มีมาตรการเพื่อสร้างความเชื่อมั่นว่าผู้ขายสินค้าและบริการชาวจีนจะได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกันกับผู้ขายสินค้าของไทยเอง หรือผู้ขายสินค้าต่างชาติใด ๆ ในจีนด้วย

(9) ห้ามมิให้มีการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายของไทยที่ต่อต้านการทุ่มตลาดและกฎหมายกำหนดภาษีแบบชดเชย รวมทั้งการให้เงินช่วยเหลือการส่งออก ดังนั้นจึงควรระงับการใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดของจีนในลักษณะบิดเบือนการใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อเป็นการสร้างอุปสรรคการค้า

(10) กำหนดมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายระหว่างประเทศ จีนเป็นประเทศที่มีปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อมอย่างมาก ไทยจึงอาจกำหนดมาตรการโดยใช้หลัก Polluter Pays อย่างในกรณีของสหภาพยุโรป⁴⁹

(11) กำหนดกลไกการยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธี การเจรจาปรึกษาหารือกัน จะเห็นได้ว่าจีนยังไม่ยอมรับกลไกการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในระดับท้องถิ่น ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้ ความตกลงมีความลักลั่นกันระหว่างไทยกับจีนในประเด็นนี้

⁴⁹ หลักการ Polluter Pay Principle นั้น หมายถึงผู้ผลิตสินค้าที่ทำให้เกิดมลพิษต้องชำระค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น หากสินค้าที่ผลิตในจีนก่อมลพิษในไทยจะต้องพิจารณาด้วยว่ามาตรฐานการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในไทยเป็นอย่างไร สินค้าชนิดนั้นได้มาตรฐานหรือไม่ หากไทยเองไม่มีมาตรฐานที่ดีหรือสูงพอ อาจเป็นปัญหาที่ไทยเองก็ต้องแก้ไขด้วย (ดร.พรชัย ด่านวิวัฒน์, 2552)

(12) กำหนดมาตรฐานแรงงานทั้งแรงงานผู้ใหญ่และแรงงานเด็ก โดยไทยควรออกกฎหมายด้านอาชีวอนามัยและความปลอดภัยอย่างเข้มแข็ง เพราะในภาวะที่มีการเปิดตลาดแรงงานในประเทศและมีการแข่งขันอย่างมาก อาจจะมีการบิดเบือนหลักการใช้กฎหมายแรงงานโดยเลี่ยงไปทำสัญญาจ้างทำของแทน จึงควรมีกฎหมายกำหนดมาตรฐานแรงงาน และความปลอดภัยให้แก่แรงงานไม่ว่าจะเป็นแรงงานตามสัญญาใดก็ตามและควรมีการกำหนดสำนักงานมาตรฐานแรงงานเพราะแม้ว่าจะมีการยอมรับร่วมกันในคุณสมบัติของแรงงาน แต่กฎหมายไม่ได้ห้ามการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการตรวจสอบคุณสมบัติ

(13) การเจรจาการลดอัตราภาษีอากร จะกระทำเป็นระยะตั้งแต่กลุ่มสินค้าที่ลดภาษีใน Fast Track และ Normal Track และมีกลไกการเร่งกรอบเวลาในการลดอัตราภาษีด้วย ไทยจึงควรพิจารณาให้ดีโดยศึกษาว่าสินค้าใดที่ไทยจะได้รับประโยชน์จากการเปิดเสรี และสินค้าใดมีความเสี่ยงในการเปิดเสรี

4.2.2 สถานะของประเทศที่ความตกลงยังไม่มีผลบังคับใช้

1) ความตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา

สำหรับกรณีของ FTA ไทย-สหรัฐอเมริกานั้น สืบเนื่องจากเมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2546 ระหว่างการเยือนประเทศไทยอย่างเป็นทางการในฐานะพระราชอาคันตุกะของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและสมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถ นาย George W. Bush ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา และนายกรัฐมนตรีของไทยได้ประกาศเจตนารมณ์ร่วมกันที่จะเจรจาจัดทำ FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา โดยก่อนหน้านั้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2545 ไทยได้ลงนามกรอบความตกลงด้านการค้าและการลงทุน (TIFA) กับสหรัฐอเมริกาแล้ว

รัฐบาลให้เหตุผลในการ FTA ไทย-สหรัฐอเมริกาว่ามีความสำคัญต่อไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงการที่สหรัฐอเมริกาเป็นตลาดส่งออกอันดับหนึ่งของไทย (การส่งออกของไทยไปสหรัฐอเมริการะหว่างเดือนมกราคม - พฤศจิกายน 2547 มีมูลค่า 14,190.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 567,636 ล้านบาท โดยไทยได้เปรียบดุลการค้า 7,518.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 300,760 ล้านบาท) และการลงทุนของสหรัฐอเมริกาในไทยมากเป็นอันดับสองรองจากญี่ปุ่น (การลงทุนของสหรัฐอเมริกาในปี 2546 มีมูลค่า 558.075 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 22,323 ล้านบาท) จากการแข่งขันที่รุนแรงจากประเทศอื่นๆ เช่น จีนและเม็กซิโกในตลาดสหรัฐอเมริกา สินค้าไทยมีแนวโน้มจะแข่งขันได้ยากขึ้น ไทยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำ FTA กับสหรัฐอเมริกาเพื่อรักษาตลาดสหรัฐอเมริกา ตลอดจนขยายตลาดในสินค้าและบริการที่ไทยมีศักยภาพโดยคาดว่า FTA กับสหรัฐอเมริกา จะช่วยขยายความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจในระยะยาวลดอุปสรรคทางการค้าและดึงดูดการลงทุนจากสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้น

การเจรจาจัดทำ FTA กับสหรัฐอเมริกาได้เริ่มการประชุมเจรจารอบแรกขึ้นระหว่างวันที่ 28 มิถุนายน - 2 กรกฎาคม 2547 ณ เมืองโฮโนลูลู มลรัฐฮาวาย การประชุมเจรจารอบที่สองมีขึ้นระหว่างวันที่ 11-15 ตุลาคม 2547 ณ เมืองโฮโนลูลู มลรัฐฮาวายเช่นกัน การประชุมเจรจารอบที่ 3 มีขึ้นระหว่างวันที่ 4-9 เมษายน 2548 ที่เมืองพัททยา การประชุมเจรจารอบที่ 4 มีขึ้นระหว่างวันที่ 11-15 กรกฎาคม 2548 ที่เมือง Great Falls มลรัฐ Montana การประชุมเจรจารอบ 5 มีขึ้นระหว่างวันที่ 26-30 กันยายน 2548 East-West Center มหาวิทยาลัยฮาวาย เมืองโฮโนลูลู มลรัฐฮาวาย และการประชุมเจรจารอบที่ 6 มีขึ้นระหว่างวันที่ 9 -13 มกราคม 2549 ณ จังหวัดเชียงใหม่ การเจรจา 5 รอบแรกดำเนินไปอย่างเร่งด่วน แต่ในรอบที่ 6 เกิดการต่อต้านจากกลุ่มผู้ต่อต้าน และนอกจากนั้นการยุบสภาของนายกรัฐมนตรีทำให้การเจรจา FTA กับสหรัฐอเมริการวมทั้งกับญี่ปุ่นซึ่งบรรลุข้อตกลงไปแล้วเพียงรอการลงนามนั้น ต้องหยุดชะงักลงชั่วคราวจนกว่าจะมีการจัดตั้งรัฐบาลใหม่เป็นที่เรียบร้อย

อย่างไรก็ตาม เหตุผลในการเจรจาจัดตั้งเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาเป็นไปในด้านบวกทั้งสิ้น รวมทั้งผลการศึกษาวิจัยทางเศรษฐศาสตร์โดยสถาบันและหน่วยงานต่างๆ จำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ผลการศึกษาของ TRDI เรื่องผลกระทบจากการทำความตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา จะสะท้อนผลลัพธ์ในทางบวกถึงความจำเป็นในการทำความตกลงการค้าเสรีดังกล่าวก็ตาม แต่ยังไม่ปรากฏความกังวลใจในประเด็นต่างๆ มากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความกังวลในด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การค้าบริการ ด้านสิ่งแวดล้อม การลงทุน ฐานทรัพยากรธรรมชาติ การเกษตร และสภาพทางสังคม วัฒนธรรม โครงสร้างทางสังคมและเศรษฐกิจ ตลอดจนความไม่พร้อมในการแข่งขันเมื่อมีการเปิดเสรีทั้งการค้า บริการ และการลงทุน ซึ่งความกังวลในด้านต่างๆ ที่กล่าวมานี้ไม่มีการทำวิจัยให้ปรากฏชัดว่าประเทศไทยจะมีความได้เปรียบอย่างไร หรือจะได้ประโยชน์อย่างไร อย่างแท้จริง หรือจะไม่เกิดผลเสียแก่ประเทศไทยในระยะยาว ซึ่งทำให้เกิดกระแสการต่อต้านการทำความตกลง FTA โดยทั่วไป

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือไม่ปรากฏการทำวิจัยในแง่กฎหมาย หรือการศึกษาถึงข้อบ่งชี้ของความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีดังกล่าว ซึ่งจะเป็นกุญแจสำคัญที่บ่งบอกถึงความได้เปรียบ-เสียเปรียบ หรือผลดี-ผลเสียของการทำ FTA อย่างแท้จริง โดยเหตุผลที่ว่าข้อบ่งชี้การเจรจา FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา อยู่ในสถานะที่เป็นเอกสารชั้นความลับ และการกล่าวถึงความจำเป็นของประเทศไทยที่ต้องการมีการทำความตกลงดังกล่าวว่าหากประเทศไทยไม่เร่งรีบในการจัดทำความตกลง FTA กับสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญ จะทำให้ไทยเกิดการชะงักงันในการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และแข่งขันกับประเทศอื่นๆ ซึ่งอาจไม่ถูกต้อง เนื่องจากทั่วโลกพากันทำ FTA ในทุกระดับประมาณ 300 ความตกลงไปแล้วนั้น เป็นแรงกดดันให้รัฐบาลยิ่งต้องเร่งรีบทำ FTA โดยเร็ว ประกอบกับการที่สหรัฐอเมริกาก็มีความเร่งด่วนในการบรรลุข้อตกลงการค้าเสรีทั้งหลายให้เสร็จสิ้นก่อนที่ Trade Promotion Act (TPA) จะครบกำหนด ซึ่งอาจจะไม่มีการต่ออายุของ TPA อีก ยิ่งกว่านั้นการกล่าวอ้างถึง

ความเร่งด่วนที่จะต้องจัดทำ FTA เพื่อมาแทนที่สนธิสัญญาไมตรี⁵⁰ ที่ไทยทำกับสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ให้ไทยต้องประสบกับปัญหาในการที่จะต้องให้สิทธิพิเศษแก่ภาคีสมาชิกอื่นของ WTO ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง จึงมีความจำเป็นต้องทำความตกลง FTA ขึ้นแทนที่สนธิสัญญาไมตรีและพาณิชย์เพื่อให้การให้สิทธิพิเศษเหล่านั้นแก่สหรัฐอเมริกา ตามความตกลง FTA เป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา XXIV GATT/WTO และมาตรา V GATS นั้นจึงเป็นเหตุผลให้ความกดดันเหล่านี้ยิ่งทำให้ความกังวลใจและแคลงใจของฝ่ายต่างๆ ทั่วความกังวลมากขึ้น

โดยเหตุผลดังกล่าวมานี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงผลกระทบของการทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีในประเด็นด้านกฎหมายซึ่งยังเป็นส่วนที่ขาดหายไป หรือยังมีการศึกษาน้อยกว่าที่ควรจะเป็น เพื่อให้การศึกษาเรื่อง FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา มีความครอบคลุมและถูกต้องมากขึ้น อย่างไรก็ตามด้วยความจำกัดในแง่ของเวลาในการทำการศึกษาและเก็บข้อมูล การวิเคราะห์นี้เป็นเพียงการศึกษาส่วนหนึ่งของประเด็นทางด้านกฎหมาย โดยจะเปรียบเทียบความตกลงทางด้านการค้าที่เคยมีมาก่อนกับความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีไทย-อเมริกาฉบับปัจจุบันที่กำลังเจรจากันอยู่ และจำกัดการศึกษาเฉพาะเรื่องการลงทุนเท่านั้น นอกจากนี้ ยังศึกษาวิวัฒนาการของการทำความตกลงทางเศรษฐกิจ และศึกษาสาระสำคัญของข้อบทการลงทุนในความตกลงดังกล่าวเปรียบเทียบกับข้อบทการลงทุนในความตกลง FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา

บทสรุปของการศึกษาจะช่วยเป็นแบบอย่างในการทำ FTA ไทยกับสหรัฐอเมริกาในอนาคตด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมาย กฎ ระเบียบ และวิถีปฏิบัติต่อธุรกรรม การค้า การลงทุน ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาในระยะยาวภายใต้ความตกลงฉบับนี้ กรอบของกฎหมายจะเป็นตัวกำหนดบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการจะมีสิทธิและหน้าที่อย่างไร รัฐมีอำนาจอย่างไร สามารถเข้าแทรกแซงการดำเนินการทางด้านการค้า การลงทุน และการค้าบริการ ระหว่างกันได้มากน้อยเพียงใด สภาพแวดล้อมทางกฎหมาย (Legal environment) นี้ควรต้องศึกษาควบคู่กับการศึกษาวิจัยทางเศรษฐศาสตร์และมีมิติทางสังคมต่อไปด้วยจึงจะทราบผลกระทบต่อประเทศไทยในระยะยาวได้อย่างครบถ้วน

⁵⁰ เรื่องสนธิสัญญาไมตรีและพาณิชย์นั้น ไทยเองได้ระบุขอยกเว้นไว้ใน Schedule ของไทยเป็นเวลา 10 ปี แต่บัดนี้ สว่างพ้นเวลานั้นแล้ว ทำให้ไทยเองไม่สามารถนำสนธิสัญญาไมตรีฯ เป็นข้ออ้างที่จะให้สิทธิพิเศษแก่สหรัฐฯ เพียงประเทศเดียวได้ โดยจะต้องใช้ประเทศอื่นๆ ด้วยตามหลัก MFN (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

4.3 การเปรียบเทียบผลกระทบทางกฎหมายจากการทำความตกลงการค้าเสรี

4.3.1 การวิเคราะห์สถานการณ์ทางกฎหมายการทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับประเทศภาคีอื่น

การวิเคราะห์สถานการณ์ทางกฎหมายโดยการใช้การวิเคราะห์ SWOT Analysis เพื่อประเมินจุดอ่อน - จุดแข็งจากสภาพแวดล้อมภายในประเทศ โอกาสและอุปสรรคจากสภาพภายนอก ตลอดจนผลกระทบที่มีศักยภาพจากปัจจัยเหล่านี้ต่อการบรรลุเป้าหมายในการแสวงหาประโยชน์ภายใต้ความตกลงการค้าเสรี

1) ปัจจัยที่ประเทศไทยต้องพิจารณาก่อนการเจรจาความตกลงการค้าเสรี มีดังนี้

(1) ประเทศไทยต้องกำหนดเป้าหมายในการเจรจาว่าต้องการบรรลุเป้าหมายใด เพื่อสนองนโยบายทางเศรษฐกิจใดที่กำหนดไว้แล้วตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจระยะยาว ระยะกลาง และระยะสั้น พร้อมกำหนดแผนปฏิบัติการ (Action Plan) อย่างมีระบบและมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ประเทศไทยต้องการอะไรจากการเจรจาการค้า FTA แต่ละฉบับกับแต่ละประเทศคู่ภาคี ซึ่งไม่เหมือนกันแล้วแต่ แต่ละบริบทของแต่ละความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของไทยกับประเทศนั้นๆ ต้องศึกษาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ โครงสร้างทางอุตสาหกรรม ศักยภาพการแข่งขันและปัจจัยต่างๆ ทั้งภายในและภายนอก

(2) ประเทศไทยต้องวิเคราะห์โอกาสและอุปสรรค ของการทำ FTA ที่จะนำมาสู่การบรรลุเป้าหมายตามข้อ 1 ได้อย่างไร สิ่งใดที่ต้องกระทำในช่วงเวลาขณะนั้น สิ่งใดต้องเป็นการเตรียมการในอนาคต ระยะสั้น ระยะกลาง และระยะยาว ต้องขจัดอุปสรรคใดและไม่เพิ่มอุปสรรคใดจากภายนอกให้มากกว่าเดิม เช่น การผูกพันกับพันธะที่ทำให้ไทยขาดโอกาสการพัฒนา หรือเพิ่มความยากจนยิ่งขึ้น

(3) ประเทศไทยต้องกำหนดปัจจัยหลักในการนำมาสู่ความสำเร็จ (key success factors) ที่เกี่ยวกับการเจรจา FTA และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมให้ถูกต้อง

(4) ประเทศไทยต้องประเมินความสามารถและศักยภาพของตนให้ถูกต้อง กล่าวคือพิจารณาปัจจัยภายใน ทั้งจุดอ่อนและจุดแข็งอย่างถูกต้องแท้จริง จึงจะสามารถวิเคราะห์ความสามารถในการแข่งขันภายใต้กรอบของความผูกพัน FTA

(5) การระบุจุดอ่อน จุดแข็ง ของภาพรวมหรือปัจเจกของประเทศไทยอย่างซื่อสัตย์

(6) ประเทศไทยต้องจัดการกับกลไกการป้องกันตนเองอย่างรอบคอบ และมีประสิทธิภาพ

(7) ประเทศไทยต้องระมัดระวังการประเมินจุดแข็งเกินจากความเป็นจริง

(8) ประเทศไทยต้องมีข้อมูล และบริหารข้อมูลอย่างเพียงพอ ทั้งข้อมูลภายใน และ ข้อมูลสิ่งแวดล้อม ภายนอก ติดตามการเบี่ยงเบน และ การเปลี่ยนแปลงของสิ่งแวดล้อมทั้งภายใน และ ภายนอก ซึ่งอาจจะเป็นโอกาสหรืออุปสรรคก็ได้

2) วิธีการศึกษาวิเคราะห์ SWOT ทางกฎหมายของการทำ FTA

การศึกษาวิเคราะห์ SWOT ทางกฎหมาย เพื่อให้ทราบผลดี-ผลเสียของการทำความตกลงการค้าเสรี จึงศึกษาจากปัจจัยภายในและปัจจัยภายนอก ทั้งข้อดีและข้อเสียของการทำ FTA ที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศต่าง ๆ โดยศึกษาข้อบทในความตกลงที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นผูกพันประเทศไทย ซึ่งไทยต้องปฏิบัติตามและออกกฎหมายอนุวัติการตาม หากฝ่าฝืนประเทศไทยจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐภาคี โดยพิจารณาข้อบทความตกลงภายใต้ FTA ที่มีผลบังคับใช้แล้ว 5 ความตกลง ได้แก่ ไทย-จีน (ภายใต้กรอบอาเซียน-จีน), ไทย-อินเดีย, ไทย-ออสเตรเลีย, ไทย-นิวซีแลนด์ และไทย-ญี่ปุ่น และความตกลงที่ยังอยู่ระหว่างการเจรจาซึ่งในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะความตกลง FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นความตกลงที่มีความเกี่ยวข้องทางด้านกฎหมายมาก

3) ผลการวิเคราะห์ SWOT ทางด้านกฎหมาย

ผลการวิเคราะห์จุดอ่อน จุดแข็ง โอกาส และอุปสรรค ทั้งจากภายในและภายนอกของประเทศไทยมีดังนี้

<p>จุดแข็ง (Strengths)</p> <ul style="list-style-type: none">• การมีทรัพยากรธรรมชาติ• การมีแรงงานราคาถูก• การมีฝีมือในการประดิษฐ์• การมีการเกษตร• การมีศักยภาพในการท่องเที่ยว อาหาร แหล่งท่องเที่ยว• ความหลากหลายทางชีวภาพ	<p>จุดอ่อน (Weaknesses)</p> <ul style="list-style-type: none">• ความยากจน การคอร์รัปชัน ภาวะการว่างงาน• การขาดแคลนเทคโนโลยี การขาดโอกาสในการศึกษา• การขาดโอกาสในการเข้าถึงตลาด• การขาดโอกาสในการเข้ารับการพัฒนา• ทรัพยากรธรรมชาติถูกใช้หมดไปอย่างสิ้นเปลือง• สภาวะแวดล้อมเสื่อมโทรม ภูเขา ต้นไม้ ถูกทำลาย• การบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพจากปัญหาสิ่งแวดล้อม
<p>โอกาส (Opportunities)</p> <ul style="list-style-type: none">• การเปิดตลาดสินค้า โดยการขจัดอุปสรรคที่เป็นภาษีและมีไซเบอร์การ• การเปิดตลาดการค้าบริการ• การเปิดโอกาสการลงทุน• การเปิดตลาดแรงงานบางระดับ	<p>อุปสรรค (Threats)</p> <ul style="list-style-type: none">• ความไม่เท่าเทียมกันในการเข้าถึงตลาด• การใช้มาตรการฝ่ายเดียวในการกีดกันการเข้าถึงตลาด• อุปสรรคจากปัญหาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยบิดเบือน การผูกขาดโดยกฎหมาย• การลงทุนโดยอภิปัตย์ที่มีกำลังทรัพย์และเทคโนโลยีสูง• การแทนที่อุปสรรคภาครัฐโดยอุปสรรคเอกชน• การมีอำนาจเหนือตลาด ปัจจัยเหนือความคาดหมาย• การกำหนดพฤติกรรมกรรมการบริโภค

การที่ประเทศไทยมีโอกาสจากการทำ FTA ในการได้รับการเปิดตลาด แต่ถูก off set ด้วยความอ่อนด้อยคือความสามารถในการเข้าสู่ตลาด ในขณะที่ความแข็งแกร่งหรือผลดีจากปัจจัยภายในกลับถูกอุปสรรคจากปัจจัยภายนอกมาบดบัง และเมื่อพิจารณาผลของการเจรจาทำ FTA จากข้อบทความตกลง พบว่าพันธะความผูกพันในหลายกรณีกลับมาซ้ำเติมความด้อยทำให้ไม่มีโอกาสพัฒนาและไปเสริมอุปสรรคปัจจัยภายนอกเช่นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกบิดเบือน

ตารางที่ 4.1 เป็นการสรุปกลุ่มประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นจากผลของการทำความตกลงที่มีข้อบทที่ไทยเสียเปรียบ เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางในการแก้ไขเยียวยาต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยจำแนกกลุ่มปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องดังนี้

ตารางที่ 4.1: ประเด็นข้อกฎหมายที่การทำความตกลงการค้าเสรีอาจจะส่งผลกระทบต่อประเทศไทย: ผลกระทบจากพันธกรณีของ FTA ต่อวิสาหกิจไทย

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
ผลกระทบต่อปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาและรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550	ประเด็นที่ 1 ในการเจรจาทำความตกลง FTA ภายใต้มาตรา 190 รัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันและปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยมีอำนาจการต่อรองที่น้อยเกินไป กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของชาติ โดยหลักการ	ประเด็นที่ 1 ออกกฎหมายว่าด้วยการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อสามารถเป็นมาตรฐานในกระบวนการทำสนธิสัญญาและเป็นหลักประกันว่าการทำสนธิสัญญาเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายสำคัญนี้
ผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย กฎระเบียบ (Regulatory Impacts) ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลด้านการลงทุน	ประเด็นที่ 2 ในการเจรจาจัดทำความตกลง FTA มีข้อเรียกร้องที่จะส่งผลให้ประเทศไทยต้องเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมายทางด้านการลงทุนและการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนหรือไม่ เพียงใด (Investment Laws and Regulations)	ประเด็นที่ 2 มีศูนย์กลางดูแลเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศและการตรวจตรา ข้อบท ความผูกพันตามสนธิสัญญา กับพันธกิจในการอนุรักษ์การตามสนธิสัญญา ไม่ควรให้มีการหลีกเลี่ยงการออกกฎหมายรองรับผลของสนธิสัญญาไว้ก่อน เพื่อหลบหลีกการนำความตกลงนี้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของสภา ตามรัฐธรรมนูญ ควรจัดทำชุดกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไว้เป็นระบบด้วย
	ประเด็นที่ 3 การเจรจาทำข้อตกลง FTA ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนหรือไม่ เพียงใด (Investment -Related Laws and Regulations) ทั้งทางตรงและทางอ้อม	ประเด็นที่ 3 สรรวจกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผูกพันตามสนธิสัญญา ความตกลง ในทุกระนาบ และจัดทำเป็นหมวดหมู่ สังคายนากฎหมายทั้งระบบที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน One stop Services
	ประเด็นที่ 4 การเจรจาจัดทำความตกลง FTA มีข้อเรียกร้องที่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับพันธกรณีที่กำหนดในความตกลงทวิภาคี หรือพหุภาคีที่ไทยทำกับคู่ภาคีอื่นๆหรือไม่ รวมทั้งแตกต่างจากข้อกำหนดภายใต้ WTO หรือไม่เพียงใด	ประเด็นที่ 4 จัดทำ Compendium ของความตกลงหลายระนาบที่ไทยได้ทำกับทุกๆประเทศและองค์การระหว่างประเทศ เพื่อนำมาเข้าตารางผลความผูกพัน ทั้งที่สอดคล้องและที่ขัดแย้ง หรือ ที่ จำเป็นต้องมีกฎหมายใหม่ ดูแล

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
<p><u>ผลกระทบต่อฐานทรัพยากรธรรมชาติและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอันเนื่องมาจากข้อเรียกร้อง FTA</u></p>	<p><u>ประเด็นที่ 5</u> การเจรจาความตกลง FTA ซึ่งมีข้อเรียกร้องให้มีการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ประกอบกับกฎหมายที่ถูกยกเลิกเปลี่ยนแปลง ภายใต้ FTA จะนำมาซึ่งการเข้าสู่ฐานทรัพยากรธรรมชาติที่เคยห้ามการลงทุนของต่างชาติหรือไม่</p> <p><u>ประเด็นที่ 6</u> เกี่ยวเนื่องกับการขาดกฎหมายและข้อกำหนดในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลที่แน่นอนและความไม่รัดกุมของกฎหมายไทย การมีช่องโหว่ของกฎหมาย ทำให้นักลงทุนต่างตัวสามารถจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการห้ามการประกอบธุรกิจของคนต่างตัว การห้ามการถือครองที่ดินและไม่ตกอยู่ภายใต้การห้ามทำธุรกิจในบัญชีรายการอุตสาหกรรมที่ไม่เปิดเสรี (Negative List) หรือไม่</p>	<p><u>ประเด็นที่ 5 และ 6</u> ควรมีกฎหมายภายในที่เข้มแข็งรองรับไว้ทุกด้านและแก้ไขปัญหาช่องโหว่ของกฎหมาย เหล่านั้น เช่น กรณีการที่ไทยไม่มีกฎหมายที่แน่นอนเกี่ยวกับ สัญชาตินิติบุคคลไทย⁵¹ ทำให้คนต่างตัวสามารถทำธุรกิจใดๆที่สงวนไว้ให้คนชาติ ที่สงวนไว้ใน Negative List หรือกฎหมายอื่นๆ เช่นประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ห้ามคนต่างตัวถือครองที่ดิน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น การมีกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและมาตรการในการใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืน</p> <p>การแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสัมปทาน ที่ยกเว้นการบังคับใช้ภายใต้ FTA, JTEPA มีกฎหมายการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างต่างตัวและ ไทยอย่างชัดเจน</p>
	<p><u>ประเด็นที่ 7</u> การกำหนดความรับผิดชอบของรัฐบาลไทยต่อการบังคับใช้กฎหมายภายใน กฎระเบียบ ข้อบังคับ ทำให้กระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองฐาน</p>	<p><u>ประเด็นที่ 7</u> ควรมีขอบทที่กำหนดให้กฎหมายภายในเกี่ยวกับ การบังคับใช้กฎหมาย โดยสุจริต ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับของ FTA, JTEPA และกฎหมายบางประเภท เช่น</p>

⁵¹ ไทยไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของนิติบุคคลไทยนั้นถูกต้อง แต่การจำแนกระหว่างนิติบุคคลไทยกับนิติบุคคลต่างตัวรวมทั้งบุคคลธรรมดาด้วยนั้น ไทยมี พรบ.ประกอบธุรกิจของคนต่างตัว พ.ศ. 2542 จึงควรพิจารณาด้วยว่า พรบ.นี้มีข้อที่ยังต้องปรับปรุงแก้ไขอย่างไรหรือไม่ด้วย (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือไม่	กฎหมายเกี่ยวกับ สิ่งแวดล้อม ต้องอยู่เหนือ ความตกลง FTA, JTEPA เป็นต้น Carve Out Principle ⁵²
	<p><u>ประเด็นที่ 8</u> ข้อเรียกร้องภายใต้ FTA ที่เรียกร้องให้ไทยรับผิดชอบมากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibilities) กระทบต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำประชามติ กระทบต่อการแสดงออกโดยเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญในการประชุม เติมนวน การประท้วงต่อต้านการลงทุนของต่างด้าวหรือไม่ เช่นต่อต้านโรงงานพลังงานปรมาณู นิวเคลียร์หรือไม่</p> <p><u>ประเด็นที่ 9</u> ข้อกำหนดภายใต้ FTA ที่รัฐภาคีไม่ต้องรับผิดชอบตาม MEAs หากไม่ได้เป็นรัฐภาคีของ MEAs นั้นจะกระทบต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของไทย หรือไม่ เพียงใด กระทบต่อปัญหาบังคับใช้กฎหมายภายใน และพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่</p>	<p><u>ประเด็นที่ 8</u> ฝ่ายเจรจาควรยึดมั่นในหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ไม่ควรจะต้องรับความผูกพันมากเกินไปกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (International law – Plus) เนื่องจากขัดต่อสิทธิมนุษยชน ที่ประชาชนทั้งประเทศควรสามารถมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของประชาชนและสามารถมีการแสดงออกที่เป็นหลักประกันภายใต้รัฐธรรมนูญ</p> <p><u>ประเด็นที่ 9</u> เสนอให้ใช้หลัก Carve – Out หรือ สงวนอำนาจอธิปไตยไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับของสนธิสัญญาต่อประเด็นการรักษา คุ้มครองสิ่งแวดล้อมและรัฐภาคี ต้องเคารพในพันธกรณีของไทยภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ</p>
ผลกระทบต่อปัญหาแรงงาน การตกลงงานและสภาพการจ้างงาน อาชีวอนามัยและความปลอดภัย	<u>ประเด็นที่ 10</u> การเจรจา FTA ที่ผูกพันให้ประเทศไทยเปิดตลาดแรงงาน ทั้งระดับผู้บริหาร โดยไม่กำหนดสัญชาติ ผู้บริหารและลูกจ้างระดับอื่น ซึ่งเข้ามาสู่ตลาดแรงงานไทย	<u>ประเด็นที่ 10</u> ประเทศไทย จะต้องพยายามเจรจา เพื่อให้มีการเปิดเสรีทางการเคลื่อนย้ายประชากร ในตลาดแรงงาน ได้ซึ่งกันและกัน (Two Way Liberalization in Labor Market)

⁵² ประเด็นที่ 7 นี้มีอยู่ 2 ส่วน ส่วนแรก คือ การบังคับใช้กฎหมายโดยสุจริต หมายถึงกรณีที่ไม่สุจริต อีกส่วนหนึ่ง คือ ภายใต้ข้อ XX ของ GATT ได้กำหนดให้สิ่งแวดล้อมเป็นข้อยกเว้น หรือเป็นเรื่องที่รัฐนำมาอ้างเพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีใน GATT ได้อยู่แล้ว ใน FTA ต่างๆ ก็ยอมรับหลักการนี้ (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	<p>พร้อมกับการลงทุนได้ โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติจะส่งผลกระทบต่อปัญหาแรงงานในประเทศ หรือไม่ ก่อให้เกิดปัญหาการว่างงานของคนชาติ หรือไม่</p> <p><u>ประเด็นที่ 11</u> การเจรจา FTA ทำให้ไทยต้องรับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายเรื่องต่างๆ ที่กระทบต่อการลงทุน เช่น การบังคับใช้กฎหมายแรงงาน มาตรฐานสภาพการจ้าง มาตรฐานสถานที่ทำงาน ระยะเวลาในการทำงานและค่าจ้างหรือไม่ หาก นักลงทุนต่างชาติใช้สัญญาจ้างทำของ หรือ ทำสัญญารับช่วงการจัดหางานแทนการทำสัญญาจ้างแรงงาน ตามกฎหมายแรงงาน เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบต่อแรงงานตามกฎหมายแรงงาน ไทยจะสามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ และจะสามารถบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยอาชีวอนามัยและความปลอดภัยได้หรือไม่ เพียงใด แม้นักลงทุนต่างดาวเสี่ยงไปทำสัญญาจ้างทำของแทนสัญญาการจ้างแรงงาน</p>	<p>กับประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศไทยสามารถกำหนดมาตรการในเรื่อง Substantive requirementsและProcedural Requirement) ของผู้ทำงาน หรือ วิชาชีพได้ แม้ ASEAN จะต้องบังคับการตาม ข้อผูกพัน ในเรื่อง Mutual Recognition ก็ตาม ไทยยังต้องมีสถาบันที่มีมาตรฐานในการกำกับ ดูแลเรื่องวิชาชีพและแรงงานเหล่านี้</p> <p><u>ประเด็นที่ 11</u> ประเทศไทยยังขาดกฎหมาย และการกำหนดสถาบัน กำกับดูแล อิศระ เกี่ยวกับ อาชีวอนามัยและความปลอดภัย Occupational Safety and Health Agency – OSHA)และกฎหมายภายในต้องบังคับการให้มีประสิทธิภาพ ภายใต้กฎหมายอาชีวอนามัยและสิ่งแวดล้อม ที่ไม่ว่า นายจ้างจะทำสัญญาจ้างแรงงาน หรือ จ้างทำของก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอาชีวอนามัยและสิ่งแวดล้อมโดยเคร่งครัด รวมทั้งการต้องปฏิบัติตามมาตรฐานด้านเครื่องจักรกล สารเคมี สภาพการจ้าง สภาวะ สถานที่ทำงาน ชั่วโมงการทำงาน สวัสดิการและความมั่นคงในการทำงาน การมีสภาพชีวิตที่ดี ตามมาตรฐานสากลของกฎหมายแรงงาน</p>
ผลกระทบต่อการเติบโตของอุตสาหกรรมภายในประเทศ	<u>ประเด็นที่ 12</u> การเจรจาความตกลง FTA ซึ่งเปิดเสรีการค้าการลงทุนตั้งแต่ระดับก่อนการเข้ามาลงทุน (Pre-Entry	<u>ประเด็นที่ 12</u> การเจรจาที่ยืดหลักเกณฑ์ของ TRIMs โดยไม่ตัดโอกาสในการเติบโตของไทย เช่น การไม่ห้ามให้มีการ

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	<p>National Treatment)⁵³ ส่งผลกระทบต่อการค้าการลงทุนและการกำหนดพื้นที่การลงทุนตาม แผนเศรษฐกิจระยะยาวของประเทศ ห้ามการใช้ TRIMs⁵⁴ หรือ มาตรการทางการลงทุน ที่ไทยเคยใช้มาก่อนโดยตลอด จะกระทบต่อการเติบโตของอุตสาหกรรมไทยหรือไม่</p> <p><u>ประเด็นที่ 13</u> การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดเกินกว่ากรอบระเบียบของข้อกำหนด WTO เช่นสิทธิบัตรยา การออกแบบอุตสาหกรรมจะกระทบต่อการพึ่งตนเองของอุตสาหกรรมเหล่านี้ หรือไม่ ก่อให้เกิดต้นทุนที่สูงมากขึ้น หรือไม่ เป็นการตัดโอกาสในการพัฒนาระยะยาวหรือไม่จากการต้องจ่ายค่าสิทธิบัตรเหล่านี้</p> <p><u>ประเด็นที่ 14</u> นักลงทุนไทย ถูกเลือกปฏิบัติโดยปริยายจากการไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนเพราะไม่สามารถมีคุณสมบัติที่จะรับการส่งเสริมการลงทุนได้ เช่นมาตรการกำหนดจำนวนเงินลงทุน การลงทุนเพื่อการส่งออก เป็นต้น</p>	<p>ถ่ายโอนเทคโนโลยี หรือ เป็นข้อกำหนดที่ต้องปฏิบัติตามโดยเสมอภาคกัน เน้นเจรจาให้มีการถ่ายโอนเทคโนโลยีและไม่รับเงื่อนไข TRIMs – Plus</p> <p>สามารถกำหนด แผนการพัฒนาแห่งชาติ อย่างยั่งยืนตามแผนเศรษฐกิจ</p> <p><u>ประเด็นที่ 13</u> ประเทศไทยพึงบัญญัติกฎหมาย การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่เน้นการพัฒนาและไม่ผูกพันในระดับ WTO – Plus สามารถกำหนดนโยบายสาธารณะได้ ด้านสุขภาพ อนามัยและการรักษา พยาบาล มีการจัดตั้งศูนย์ อีสระ ในกรมให้ความรู้และ ช่วยเหลือการจดทะเบียน สิทธิบัตรอย่างเป็นมิตร</p> <p><u>ประเด็นที่ 14</u> ออกกฎหมายที่เอื้อต่อการพัฒนาตนเองของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมและ SMEs มีสิทธิได้รับสิทธิพิเศษ โดยได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยทั่วหน้าสามารถจำแนกประเภทธุรกิจที่จะได้รับการส่งเสริม ไม่เพียงแต่นักลงทุนต่างชาติ ต้องไม่ให้เกิดภาวะในการเสีย</p>

⁵³ Pre-Entry National Treatment ที่นี้ไม่ได้มีความคุ้มครองตามมา แต่ต่างชาติต้องการความแน่ใจว่าคนต่างชาติไม่ถูกกีดกัน (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

⁵⁴ ไม่ได้มีข้อยกเว้นที่ห้ามมิให้ใช้ TRIMs โดยตรง (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	<p>ทำให้นักลงทุนไทยไม่ได้สิทธิประโยชน์เยี่ยงนักลงทุนต่างด้าวและต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล⁵⁵ การนำเข้าสินค้าและเสียภาษีอื่นๆ เนื่องจากไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ทำให้ต้นทุนในการผลิตสูงกว่าในขณะที่นักลงทุนต่างด้าวได้รับสิทธิพิเศษ สิ่งจูงใจทางภาษีอากร และที่ไม่ใช่ภาษีอากร ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้และได้รับยกเว้น ภาษีอากรการนำเข้า สถานการณ์นี้กระทบต่อการดำรงอยู่และพัฒนาอุตสาหกรรมภายในประเทศได้หรือไม่ ผลดี ผลเสียเป็นอย่างไร ต่างชาติมาใช้ทรัพยากรธรรมชาติ แต่ไม่ต้องเสียภาษี แต่คนไทยเป็นผู้เสียภาษีในขณะที่ได้รับสิทธิด้วยกว่า (Discriminate against national)</p>	<p>ภาษียิ่งกว่าต่างชาติ มีกฎหมายภาษีอากรและระบบการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ มีการฝึกอบรมภาษีอากรระหว่างประเทศแก่พนักงาน มีมาตรการในการป้องกันการเลี่ยงภาษี โดยทุจริต และในรูปของการวางแผนภาษี ผู้ประกอบการไทย ย่อมได้รับสิทธิในประเภทเดียวกัน แม้เงินทุนต่างกันก็ได้</p>
<p><u>ผลกระทบต่อเงินได้ของแผ่นดินและภาษีอากร</u></p>	<p><u>ประเด็นที่ 15</u> ภายใต้ความตกลง FTA ห้ามรัฐบาลบังคับใช้กฎหมายที่กระทบต่อการลงทุน รวมทั้งมาตรการทางภาษีอากร ความสลับซับซ้อนของปัญหาภาษีอากรทำให้รัฐต้องสูญเสียรายได้จากการเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลและบุคคลธรรมดาอย่างมาก หากการบังคับใช้กฎหมายภาษีอากรให้มีประสิทธิภาพทำให้นักลงทุนต่างชาติต้องเสียภาษีเต็มเม็ดเต็มหน่วย หรือ การถูกประเมินภาษีโดยการตีความข้อเท็จจริงให้ถูกต้อง จะถือว่ารัฐต้องรับผิดชอบหรือไม่ กรณีนี้ มีช่องทางให้มีการหลบเลี่ยงภาษีโดยชอบแต่โดยไม่สุจริต</p>	<p><u>ประเด็นที่ 15</u> การเจรจา FTA ต้องไม่นำประเด็นภาษีมาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าเป็นมาตรการเวดคีนยึดทรัพย์ทางอ้อม มีกฎหมายภาษีอากรและระบบการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ มีการฝึกอบรมภาษีอากรระหว่างประเทศแก่พนักงาน มีมาตรการในการป้องกันการเลี่ยงภาษี โดยทุจริต และในรูปของการวางแผนภาษี สามารถจัดการกับการเลี่ยงภาษีโดยชอบได้ เช่น การใช้มาตรการ Arm's Length อย่างมีประสิทธิภาพ ในการจัดการกับปัญหา Transfer Pricing สามารถจัดการกับการวางแผนภาษี เช่น การใช้เทคนิค Thin</p>

⁵⁵ ต้องพิจารณาที่ตัวกฎหมายภายในของไทยประกอบกันด้วย คือ พรบ.ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 รวมทั้งนโยบายของคณะกรรมการ BOI ในเรื่องนี้ หากไทยจะส่งเสริมคนไทยกันเองก็ยอมทำได้ (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	<p>มากมายหลายช่องทาง เช่นโดยวิธีโอนราคาสินค้า (Transfer Pricing), การลงทุนโดยการถือหุ้นที่น้อยกว่าการระดมทุนโดยการกู้ (Thin Capitalization), การเสียภาษีจากส่วนต่างที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนสกุลเงิน (Treatment of gain and loss from foreign exchange) เป็นต้น</p> <p><u>ประเด็นที่ 16</u> การขาดรายได้จากภาษีอากรของรัฐ จากการลดอัตราภาษีการนำเข้า กับการได้ประโยชน์ของผู้บริโภคมีผลประโยชน์ที่เป็นสัดส่วนในระดับที่สูงมาก น้อยเพียงใด และเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบต่ออุตสาหกรรม หรือ การผลิตภายในประเทศที่ต้องล้มหายตายจากไปและการว่างงานของพนักงานลูกจ้าง</p>	<p>Capitalization ได้ สามารถจัดเก็บภาษีได้เต็มเม็ด เต็มหน่วย</p> <p><u>ประเด็น 16</u> มีการศึกษาวิจัย ผลได้ ผลเสีย ของการเปิดเสรีในทุกระบบและทุกระนาบ เช่นต้นทุนตั้งแต่เข้ามาในประเทศไทย จนนำเงินออกนอกประเทศ การที่อุตสาหกรรมภายในประเทศต้องออกจากตลาดและการนำเข้าสินค้าทั้งหมด แทนการผลิตภายในประเทศ</p>
ผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา	<p><u>ประเด็นที่ 17</u> จากผลของความผูกพันภายใต้ FTA ที่ทำให้ไทยต้องแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดขึ้นกระทบต่อ สภาพชีวิตความเป็นอยู่ของคนชาติมาก น้อยแค่ไหนในแต่ละภาคส่วน เช่น การแพทย์ ยารักษาโรค ค่าสิทธิบัตร การรักษา พยาบาลและวินิจฉัยโรคและผลกระทบด้านการเกษตร (โปรดดูผลกระทบด้านทรัพย์สินทางปัญญาเรื่องยาและการเกษตร)ตลอดจนปัญหาด้านทรัพย์สินทางปัญญาด้านอื่นๆ ก่อให้เกิดต้นทุนหรือความสูญเสียอย่างน้อยเพียงใด ทั้งที่มองเห็นและมองไม่เห็น (Invisible loss)</p>	<p><u>ประเด็นที่ 17</u> มีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แนว พัฒนา และเน้นการพัฒนาอย่างยั่งยืน (โปรดศึกษาจาก เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาและอื่นๆ)</p>
	<p><u>ประเด็นที่ 18</u> ข้อเรียกร้องภายใต้ FTA ที่ทำให้ไทยต้องแก้ไขกฎหมายตามรัฐภาคีและการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว</p>	<p><u>ประเด็นที่ 18</u> มีกรอบแห่งกฎหมายและสถาบัน ในการกลั่นกรองการออกกฎหมายที่ต้องอนุวัติการตาม FTA และ</p>

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	<p>กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ หรือไม่⁵⁶ ที่ไม่มีโอกาสได้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามโดยอิสระจากความประสงค์และการพิจารณาของรัฐเอง แต่ต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายต่างชาติ</p>	<p>ยึดกรอบแห่งรัฐธรรมนูญและตามพระราชบัญญัติ การจัดทำสนธิสัญญา</p>
<p><u>ผลกระทบต่อการกำหนดเขตการเกษตร การลงทุนและพื้นที่สงวน เขตสัมปทาน</u></p>	<p><u>ประเด็นที่ 19</u> เขตพื้นที่การลงทุนที่ครอบคลุมทั้งประเทศไม่สามารถกำหนดเขตการลงทุนได้ จะมีผลกระทบต่อ การกำหนดเขต การเกษตร การลงทุน เขตอุตสาหกรรม พื้นที่สงวนได้ หรือไม่ ปัญหาการกำหนดขอบเขตของเขตแดนที่มี การบังคับใช้ของสนธิสัญญา (Territorial coverage of treaty) กับการกำหนดเขตการลงทุน (Investment Area) ซึ่งแตกต่างกัน แต่ถูกนำมาผนวกเป็นเรื่องเดียวกัน</p> <p><u>ประเด็นที่ 20</u> ความตกลงกำหนดให้มีการคุ้มครองนักลงทุนต่างด้าวจากการเวนคืนยึดทรัพย์ หากการที่รัฐบาลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในเขตพื้นที่สงวนโดยผิดพลาด หรือโดยทุจริต จะสามารถเพิกถอนการลงทุนโดยไม่ต้องรับผิดชอบใช้การเวนคืนการยึดทรัพย์ได้หรือไม่⁵⁷ หรือการลงทุนในสัมปทานที่หมดอายุ</p>	<p><u>ประเด็นที่ 19</u> เป็นหน้าที่ฝ่ายเจรจา ที่จะต้องศึกษาเรื่องดังกล่าว อย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศไทยควรมีอธิปไตยในการกำหนดเขตที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบทการลงทุน หรือเปิดเสรีทางการลงทุน ควรมีการกำหนดผังเมืองอย่างมีมาตรฐาน มีเขตเกษตรกรรม เขตอุตสาหกรรม เขตที่อยู่อาศัย ห้ามการขายที่ดินในเขตดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ห้ามการถือครองที่ดินโดยคนต่างด้าวในเขตที่กำหนด ในลักษณะที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ความตกลง FTA</p> <p><u>ประเด็นที่ 20</u> ออกกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทาน ที่มีประสิทธิภาพและไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ FTA</p>

⁵⁶ ยังสามารถกระทำได้ เพราะความตกลง FTA ยังอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายภายใน แต่การบังคับใช้กฎหมาย หรือการควบคุมดูแลเป็นอีกประเด็นหนึ่ง (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

⁵⁷ การที่ขัดต่อกฎหมาย การนั้นย่อมต้องห้าม และสามารถเพิกถอนได้ แต่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	สัมปทาน ยกเลิกสัมปทาน รัฐต้องรับผิดชอบใช้การเวนคืนยึดทรัพย์หรือไม่ เพราะเป็นการบังคับใช้กฎหมายภายในที่มีผลกระทบต่อประกอบการกิจการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว ภายใต้ข้อบทการคุ้มครองการลงทุน	
ผลกระทบด้านภาวะความรับผิดชอบต่อคนต่างด้าวในฐานะคนชาติ (Diplomatic Protection)	ประเด็นที่ 21 จากกรณีปัญหา การที่ไทยไม่มีกฎหมายกำหนดสัญชาตินิติบุคคล ทำให้ในทางปฏิบัติ นิติบุคคลต่างด้าวสามารถเข้ามาจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยได้ และมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลไทย ก่อให้เกิดภาวะความรับผิดชอบต่อนิติบุคคลต่างด้าวในฐานะคนชาติ ที่จะต้องให้ความคุ้มครองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือการคุ้มครองทางทูต (Diplomatic Protection) ⁵⁸	ประเด็นที่ 21 ออกกฎหมาย หรือ กำหนด กฎเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลให้เป็นมาตรฐานและคำนึงถึงผลประโยชน์ในอนาคตได้เป็นอย่างดี ยึดหลักการเกี่ยวกับการจัดสรรเอกชน ระหว่างประเทศ ดูแล แก้ไข มาตรการภายใต้ พระราชบัญญัติสัญชาติ มิให้มีช่องโหว่ ในการได้สัญชาติไทย โดยไม่สุจริต
ผลกระทบด้านเสถียรภาพทางการเงิน	ประเด็นที่ 22 การเจรจา FTA ผูกพันให้ไทยต้องยอมให้มีการส่งเงินทุนและกำไรออกนอกประเทศโดยเสรี ไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการส่งเงินออกนอกประเทศที่ไทยเคยกระทำได้มาก่อน เช่น สามารถกำหนดให้ส่งเงินออกแบบผ่อนชำระนั้น ⁵⁹ ไม่อาจจะกระทำได้อีกต่อไป อีกทั้งบทนิยามคำว่า การลงทุน นั้นกว้างขวางมาก ส่งผลกระทบต่อการค้าขายที่	ประเด็นที่ 22 มีการกำหนดมาตรการทางด้านการเงินและการควบคุมด้านการเงิน อย่างมีประสิทธิภาพ

⁵⁸ ตาม พรบ.ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นการจำแนกบุคคลว่าบุคคลใดเป็นไทยเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจในประเทศ แต่มีใช้เวลาที่บุคคลนั้นไปประกอบธุรกิจนอกประเทศ ประเด็นเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลในกรณีหลังนี้ คงต้องอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาประกอบ นั่นคือดูจากสถานที่ที่มีการจดทะเบียนหรือสถานประกอบการแห่งใหญ่ (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

⁵⁹ เป็นประเด็นที่น่าสนใจซึ่งควรพิจารณาควบคู่ไปกับการที่ไทยได้ยอมรับพันธะข้อ VIII ของ IMF ล่วงก่อนหน้าด้วย (ดร.พรชัย ตำนวิวัฒน์, 2552)

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
	<p>เป็นผลได้จากการลงทุนได้กว้างขวางมากยิ่งขึ้นและสามารถที่จะส่งเงินออกนอกประเทศได้โดยไม่ถูกจำกัดเนื่องจากเป็นผลกำไรจากการลงทุน จะมีผลกระทบต่อการควบคุมทางการเงิน หรือไม่ มีมาตรการใดที่มีประสิทธิภาพในการกำกับดูแลเพียงใด (Short term capital control) ซึ่งมีผลกระทบต่อเสถียรภาพทางการเงิน รุนแรงและรวดเร็ว</p>	
<p><u>ผลกระทบต่อข้อกำหนดนโยบายสาธารณะและการจัดการปัญหาในเวลาวิกฤติ</u></p>	<p><u>ประเด็นที่ 23</u> การทำความตกลง FTA จะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐในการกำหนด นโยบายสาธารณะและการกำหนดมาตรการในการจัดการกับปัญหาวิกฤติ เช่น ข้อจำกัดต่อการใช้นโยบายการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือ compulsory licensing(CL) หากมีผลกระทบต่อนักลงทุน นโยบายการแปรรูปกิจการสาธารณะ</p>	<p><u>ประเด็นที่ 23</u> วางหลัก ในการกำหนดนโยบายสาธารณะและควรจะทำก่อนที่ จะเจรจา FTA และให้อยู่นอกเหนือการบังคับใช้ FTA, JTEPA</p>
<p><u>ผลกระทบด้านอำนาจอธิปไตยทางด้านนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ</u></p>	<p><u>ประเด็นที่ 24</u> การทำความตกลง FTA กับมหาอำนาจอาจจะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายทางอ้อม กล่าวคือ ต้องออกกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศเหล่านั้น เช่นกรณีของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ซึ่งการออกกฎหมายควรสะท้อนสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและความ เป็นอยู่ของคนในชาติ ที่เหมาะสมในแต่ละประชาคม อำนาจการออกกฎหมายผ่านอธิปไตยทางด้านนิติบัญญัติ ที่มาจากปวงชน แต่ไม่ได้สะท้อนความต้องการของปวงชน</p>	<p><u>ประเด็นที่ 24</u> การทำ FTA ควรต้องระบุ ให้ชัดเจนถึงสิทธิและอธิปไตย ในการออกกฎหมาย ที่จะกำกับดูแล (Right to regulate) บ้านเมือง เนื่องจากการเปิดเสรีในระดับทวิภาคี ใน Model ปัจจุบันนี้ ซึ่งเป็น แบบ Preferential treatment นั้น กลไกการทำงานของตลาดไม่สมบูรณ์ การยกเลิกอุปสรรคจากภาครัฐ กรอบกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับต่างๆ ทั้งอุปสรรคที่เป็นภาษีอากรและไม่ใช่ภาษีอากร ฝ่ายรัฐด้านเดียว โดยไม่มีกลไกมากำกับพฤติกรรมภาคเอกชน ผู้ประกอบการอุปสรรคภาครัฐ จะถูกแทนที่ด้วยอำนาจเหนือตลาดและปัจจัยเหนือตลาดที่เบี่ยงเบนการค้าที่แข่งขันอย่างสมบูรณ์และจะมีสภาวะที่ล้มเหลวทางตลาดรุนแรงกว่าเพราะ</p>

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
		<p>ขาดอำนาจรัฐในการกำกับ ดูแลและประชาชนจะเคียดแค้นว่าหาที่พึ่งพิงมิได้ รัฐในกลไกตลาดย่อมยังคงรักษาอธิปไตยในการกำกับดูแล เนื่องจากรัฐมีหน้าที่บำบัดทุกข์บำรุงสุขของพลกในแผ่นดิน แต่องค์กรธุรกิจไม่มีหน้าที่ในส่วนนี้</p>
	<p><u>ประเด็นที่ 25</u> การกำหนดให้ใช้กลไกการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็น สิ่งที่กระทำอย่างกว้างขวางและเป็นที่ยอมรับ ทั้งในระดับมหชน ภาครัฐและระดับเอกชนตลอดจนทางด้านการค้า การลงทุน ทั้งระดับภายในประเทศและต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การใช้กลไกนี้ จำเป็นที่จะต้องแยกแยะ<u>ประเด็น ประโยชน์สาธารณะ</u> ออกจากกรณี<u>พันธกรณีอื่น ๆ</u> ซึ่งไม่สามารถและไม่ควรนำกลไกนี้มาใช้อย่างไม่แยกแยะ</p>	<p><u>ประเด็นที่ 25</u> กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ จะต้องกำหนดเกี่ยวกับ การแยกแยะข้อพิพาทที่สามารถนำขึ้นสู่กลไกการยุติข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการได้ หรือไม่ได้ให้ชัดเจน (Arbitrability) นอกจากนี้ ยังเกี่ยวพันกับการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ หรือการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับการชี้ขาดผิดด้วยปัญหาข้อเท็จจริง หรือปัญหาข้อกฎหมาย หากไม่มีการแยกแยะให้ดี เมื่อมีการชี้ขาดผิดพลาดในส่วนของการปรับใช้กฎหมาย จะ ยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดไม่ได้ ทำให้เสียหายแก่แผ่นดิน จึงจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายในส่วนนี้ให้ชัดเจน</p>
	<p><u>ประเด็นที่ 26</u> ผลกระทบด้านตุลาการ</p>	<p><u>ประเด็นที่ 26</u> ผลกระทบต่อระบบตุลาการ คือ การที่ไทยต้องยอมรับข้อบทที่ต้องสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐภาคี เช่น เรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่นอกเหนือจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยที่มีอยู่เดิม ทำให้ไทยต้องอนุวัติการตามความผูกพันดังกล่าวโดยต้องออกกฎหมายตามความผูกพันบังคับการตามกฎหมายดังกล่าวพิจารณาดีต่างๆอนุวัติการตามความผูกพัน ทำให้เป็นการยกเลิกอำนาจรัฐในอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการทางอ้อมเพราะไม่มีโอกาสต้องพิจารณา เนื่องจาก</p>

กลุ่มประเด็นผลกระทบ	ประเด็นผลกระทบที่ประเมิน	ข้อเสนอแนะต่อการเจรจา
		ต้องออกกฎหมาย บังคับกฎหมาย พิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมายที่เป็นไปตามพันธะความตกลงในเรื่องต่างๆ โดยออกกฎหมายอนุวัติการตามนั่นเอง
ผลกระทบที่สืบเนื่องมาจากการทำความตกลงหลายระนาบโดยเฉพาะภายใต้กรอบของอาเซียนเอง	<u>ประเด็นที่ 27</u> เนื่องจากไทยเป็นสมาชิกอาเซียนอยู่แล้ว ภายใต้กรอบของอาเซียนนั้น ไทยได้ผูกพันในการเปิดเสรีอย่างมากแล้วและภายใต้ข้อบทของ ASEAN Investment Area – AIA ได้เปิดเสรีระนาบกว้างแก่ทุกประเทศผ่าน บทนิยาม “นักลงทุนอาเซียน” ไปแล้ว สิ่งที่จะส่งผลกระทบต่อพิจารณาระดับภูมิภาค	<u>ประเด็นที่ 27</u> ต้องพิจารณาแก้ไขผ่านช่องทางอาเซียน ซึ่งค่อนข้างจะลำบากเนื่องจาก เป็นมติดระดับภูมิภาค แต่สิ่งที่ไทยจะต้องทำคือ การพัฒนาศักยภาพของไทย ให้สามารถในการแสวงหาประโยชน์จากตลาดที่เปิด ไม่ใช่เปิดตลาดให้ถูกแสวงหาประโยชน์

4.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับอุปสรรคของการค้าและการลงทุนในการทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี

1) อุปสรรคของการค้าและการลงทุน

ในการทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ อุปสรรคของการเปิดเสรีการค้าและการเปิดเสรีการลงทุน เนื่องจากความตกลง FTA ในยุคหลังการเจรจาอบโตฮา หรือ Doha Round จะมีรูปแบบที่แตกต่างจากการเจรจาการค้าแบบเดิมๆ ซึ่งรูปแบบใหม่จะมีลักษณะโดดเด่นกว่าที่ผ่านมาคือได้มีการนำเอาบทการเปิดเสรีด้านการลงทุนผนวกเข้ากับการเปิดเสรีด้านการค้าและบริการด้วยโดยจะปรากฏอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันและอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน แต่เดิมประเทศต่างๆ จะทำเป็นสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองด้านการลงทุนโดยไม่ได้เป็นการเปิดเสรีในลักษณะเดียวกันกับการค้า รวมทั้งยังได้นำเอาบทการเปิดเสรีทางด้านบริการมาผนวกเข้ากับความตกลงการค้าเสรีด้วย ซึ่ง Mode 3 ของการค้าบริการคือการลงทุนก็จะได้รับอานิสงค์จากการเปิดเสรีการลงทุนไปด้วย ในหัวข้อนี้จึงได้พิจารณาอุปสรรคของการลงทุนซึ่งแต่เดิมไม่ได้มีการเปิดเสรีการลงทุนมาก่อน นอกจากความตกลงการรวมตัวทางเศรษฐกิจบางกลุ่ม เช่น EU และ NAFTA เป็นต้น ซึ่งแม้แต่บทการเปิดเสรีการลงทุนภายใต้ ASEAN ก็จะมีการแยกการเจรจาความตกลงด้านการลงทุนออกไปเพื่อบังคับใช้ภายใต้เขตการลงทุนเสรีอาเซียน

การศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องดำเนินการ เนื่องจากธรรมชาติของการเปิดเสรีโดยเฉพาะด้านการค้ากับการลงทุนจะมีความแตกต่างกันอย่างอย่างมากและจะส่งผลกระทบต่อประเทศชาติที่ต่างกันอย่างมากด้วย อย่างไรก็ตาม ผลกระทบด้านการลงทุนนั้นมีความยากลำบากในการวิเคราะห์ เนื่องจากการลงทุนจะส่งผลกระทบต่อฐานทรัพยากรธรรมชาติและยากต่อการวิเคราะห์ในระยะเวลายันสั้น

โดยความเป็นจริงแล้วการเปิดเสรีการลงทุนในยุคปัจจุบันหาใช่เรื่องใหม่แต่ประการใดไม่ อย่างไรก็ตาม การลงทุนข้ามชาติที่มีมาตั้งแต่ในอดีตนั้นนักลงทุนต่างตัวจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐอย่างเต็มที่ โดยการลงทุนทุกชนิดต้องผ่านการคัดกรองหรือกลั่นกรองจากรัฐบาล รวมถึงการมีข้อกำหนดอันเป็นเงื่อนไขอย่างมากมาใช้ในการควบคุมการลงทุนในประเทศ ด้วยเหตุนี้การพยายามที่จะให้มีการเปิดเสรีการลงทุนจึงเป็นสิ่งที่นักลงทุนต่างตัวอย่างยิ่งยวด และถือเป็นโอกาสอันดีที่จะผนวกการเปิดเสรีการลงทุนเข้ากับความตกลงการค้าเสรีด้วย เพราะสามารถการกระทำได้โดยง่ายดายเนื่องจากเป็นการเจรจากันสองฝ่าย อีกทั้งประเทศไทยจำเป็นต้องยอมรับการเปิดเสรีการลงทุนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการเข้าถึงตลาดของสินค้าที่ประเทศไทยมีความประสงค์ที่จะนำเข้าสู่ตลาดคู่ภาคี อีกทั้งยังมีความไม่เข้าใจในอุปสรรคของการลงทุนที่มีความแตกต่างจากอุปสรรคของการค้า ซึ่งเป็นการมองเฉพาะด้านที่เป็นประโยชน์เพียงด้านเดียวโดยไม่ได้พิจารณาว่า หากมีการเปิดเสรีการลงทุนที่แท้จริงจะส่งผลกระทบต่อประเทศชาติในระยะยาวหรือไม่อย่างไร และจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจอันเป็นผลมาจากการเปิดเสรีการลงทุนอย่างไรบ้าง

2) อุปสรรคทางกฎหมายของการลงทุน และการลงทุนภาคบริการ⁶⁰

• อุปสรรคทางกฎหมายของการลงทุน

อุปสรรคทางกฎหมายของการลงทุน ได้แก่ การมีอำนาจอธิปไตยเหนือเขตแดนของรัฐและสิทธิในการควบคุมกำกับดูแล ซึ่งทำให้นักลงทุนต่างด้าวต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในโดยเคร่งครัดและตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายภายในของรัฐที่รับการลงทุนโดยสิ้นเชิง โดยมีหลักประกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองการลงทุนตามหลัก การคุ้มครองคนต่างด้าวตามมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum International Standard) เป็นอย่างน้อย และคนต่างด้าวจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองคนชาติของรัฐที่ตนสังกัดอยู่ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการคุ้มครองทางทูต (Diplomatic Protection) และได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนยึดทรัพย์ โดยได้รับการชดเชยการเวนคืนยึดทรัพย์ ซึ่งจะต้องมีการกระทำอย่างถูกต้องตามกฎหมายกล่าวคือมีการเวนคืนยึดทรัพย์โดยชอบเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่มีการเลือกปฏิบัติ และมีการชดเชยทันที (Appropriation for public interest, due procedure, non – discrimination, fair compensation) การชดเชยอย่างเพียงพอและอย่างจริงจัง (Prompt Adequate and Effective) ตามราคาที่เป็นธรรมหรือราคาตลาด ณ เวลาที่ถูกเวนคืน

อย่างไรก็ตาม รัฐที่รับการลงทุนมีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดในการกำกับ ดูแล และควบคุม ตลอดจนออกกฎหมายในการบังคับการใดๆ ที่ชอบด้วยกฎหมายต่อนักลงทุนต่างด้าว รวมทั้งการออกข้อกำหนดและเงื่อนไขในการรับการลงทุน หรือเพื่อเป็นเงื่อนไขในการให้การส่งเสริมการลงทุนแก่นักลงทุนต่างด้าวได้ อีกทั้งสามารถกำหนดมาตรการทางการลงทุนเพื่อประโยชน์ของรัฐที่รับการลงทุนที่จะได้ประโยชน์สูงสุดจากการลงทุน เช่น การกำหนดให้นักลงทุนต้องปฏิบัติตามมาตรการทางการลงทุน (Performance Requirements) ในลักษณะต่างๆ ได้แก่ การกำหนดสัดส่วนการใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ การกำหนดสัดส่วนการผลิตเพื่อการส่งออก การกำหนดสัดส่วนการนำเข้า – ส่งออก การห้ามการส่งเงินออกนอกประเทศเกินกว่าอัตราที่กำหนดไว้ การกำหนดให้ดำรงรักษาทุนไว้ภายในประเทศ โดยการให้ลงทุนซ้ำ (Re-investment) หรือการกำหนดให้นักลงทุนต่างด้าวต้องจำหน่ายหุ้นการลงทุนแก่คนชาติ (Di-vestment) ภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อให้คนชาติมีส่วนร่วมในการเป็นเจ้าของธุรกิจ นอกจากนี้ยังมีการกำหนด สัดส่วนคนชาติในคณะกรรมการบริหาร จัดการบริษัทข้ามชาติหรือนักลงทุนต่างชาติเหล่านั้น กำหนดให้ต้องมีการจ้างงานคนชาติตั้งที่บางประเทศเช่นมาเลเซีย ได้มีการกำหนดสัดส่วนคนมาเลเซียในทุกองค์กรธุรกิจ เป็นต้น และที่สำคัญคือข้อกำหนดให้ต้องมีการถ่ายโอนเทคโนโลยีแก่คนชาติของประเทศที่รับการลงทุน ซึ่งจำแนกเป็นอุปสรรคของการลงทุนได้ดังนี้ คือ

⁶⁰ อุปสรรคเหล่านี้เป็นข้อพิจารณาที่ดีที่ควรตระหนักอยู่เสมอ แต่ควรระวังให้ชัดว่าเป็นอุปสรรคที่รวบรวมได้จาก FTA ที่ไทยทำไว้ หรือเป็นหลักสูตรที่ตำราหรือบทความบางฉบับสรุปไว้ในภาพรวม (ดร.พรชัย ตำนานวิวัฒน์, 2552)

- ข้อจำกัดในการเข้ามาลงทุน (Restrictions on investment)
- ข้อจำกัดในการส่งเงินออกนอกประเทศที่รับการลงทุน (Restrictions on capital repatriation)
- ข้อจำกัดในการลงทุนโดยห้ามการลงทุนในภาคส่วนต่างๆ ที่ปิด (Restrictions on industrial sectors)
- ข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับระบบ ระเบียบ และการควบคุมการลงทุนต่างด้าว (Restrictions on bureaucratic procedures)
- ข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการทางการลงทุน (Restrictions on TRIMs – Trade-Related Investment Measures)
- ข้อจำกัดเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน (Restrictions on investment protection)
- ข้อจำกัดเกี่ยวกับเรื่องภาษีอากรและค่าธรรมเนียม (Restrictions on taxation and fees)
- ข้อจำกัดเกี่ยวกับเขตพื้นที่การลงทุน (Restriction on area of investment)
- ข้อจำกัดเกี่ยวกับสัดส่วนการถือครองหุ้น (Restriction on equity ratio)
- ข้อจำกัดเกี่ยวกับเงื่อนไขต่างๆ ในการขอรับการลงทุนหรือรับการส่งเสริมการลงทุน (Restriction on requirements for admission of investment and investment promotion)

ข้อจำกัดเหล่านี้เคยเป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตยของรัฐในการควบคุม กำกับ ดูแล การลงทุนของคนต่างด้าวและถือว่าเป็นอุปสรรคของการลงทุน โดยพิจารณาว่าข้อจำกัดเหล่านี้จะเป็น การบิดเบือนการค้า (Trade distortion) และได้มีการกำหนดเป็นอุปสรรคของการค้าที่จะต้องยกเลิกหรือ ทำให้หมดไปภายใต้ข้อบังคับของ Trade – Related Investment Measures (TRIMs) ซึ่งก่อนหน้านี้ รัฐต่างๆ จำนวนมากได้ใช้มาตรการทางการลงทุนเหล่านี้มาเป็นกลไกในการแสวงหาประโยชน์จาก การลงทุน แต่มาตรการเหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคของการลงทุนที่จะต้องยกเลิกไป รวมทั้งห้ามการที่รัฐที่รับ การลงทุน บังคับใช้กฎหมายซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการค้าและการทางธุรกิจของนักลงทุนด้วยโดย กำหนดให้ถือว่าการบังคับใช้กฎหมายใดๆ ที่มีผลต่อการลงทุนนั้นให้ถือว่าเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ ทางอ้อมด้วยเพื่อเป็นหลักประกันในการลงทุนของคนต่างด้าวในรัฐคู่ภาคี

เดิมทีนั้นข้อกำหนดเหล่านี้ รัฐที่รับการลงทุน (Host Country) ถือว่าการลงทุน ก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐที่รับการลงทุนโดยสังเขปดังนี้และหากมีการยกเลิกมาตรการเหล่านี้ย่อมกระทบ ต่อผลประโยชน์ที่ควรได้รับ โดยมีรายละเอียดดังตารางที่ 4.2

ตารางที่ 4.2: ประโยชน์จากการรับการลงทุนและมาตรการทางด้านการลงทุน

ประโยชน์จากการรับการลงทุน	มาตรการทางด้านการลงทุน
Capital inflow	Re-investment, Divestment, conditional repatriation of profit, Equity ratio
Technology transfer	Technology Transfer requirement, Local content requirement
Increment of employment	Employment requirement, Immigration restriction
Improvement of Management and Administration	Management intervention, national ratio of board of directors

ดังนั้นการเจรจาความตกลงการค้าเสรีที่ผนวกการเจรจาการเปิดเสรีทางการลงทุนจึงมุ่งที่จะยกเลิกอุปสรรคทางกฎหมายต่อไปนี้

(1) จำกัดอำนาจรัฐ Sovereign rights of host country to admit and control foreign investment

- **ขั้นก่อนเข้ามาลงทุน (Pre entry)**
 - กำจัดการเลือกปฏิบัติขั้นก่อนการเข้ามาลงทุน (Pre-entry treatment) โดยการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตั้งแต่ก่อนเข้ามาลงทุน (Pre-Entry National Treatment)
 - ห้ามการขจัดการลงทุนจากต่างชาติฉบับโดยสิ้นเชิง (Total Exclusion)
 - การจำกัดการเข้ามาลงทุนในรายการห้ามการลงทุนโดยต่างชาติ (Exclusion from negative list, sensitive list, closed sectors) ซึ่งในกรณีนี้นักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้โดยการจดทะเบียนบริษัทในประเทศไทยและดำรงสัดส่วนการถือครองหุ้นในระดับร้อยละ 49.5
 - ห้ามมาตรการคัดกรอง (Screening) เนื่องจากต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตั้งแต่ก่อนการเข้ามาลงทุน
 - ห้ามการจำกัดจำนวนการรับการลงทุน (Quantitative restriction)
 - ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน (Conditional entry)
 - ห้ามกำหนดเขตการลงทุน (Restricted allocation) เห็นได้จาก JTEPA ให้ถือว่าเขตแดนทั้งประเทศเป็นเขตการลงทุน
 - ห้ามกำหนดข้อห้ามในลักษณะอื่นๆ

- *ขั้นได้เข้ามาลงทุนแล้ว (Post entry)*

- ห้ามกำหนดเกี่ยวกับเลือกปฏิบัติหลังจากเข้ามาลงทุนแล้ว (Post- entry Treatment) โดยการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหลังเข้ามาลงทุนแล้ว
- ห้ามกำหนดรูปแบบการลงทุน (Form of establishment) เช่น การกำหนดว่าต้องลงทุนในรูปแบบของการร่วมทุนเท่านั้น
- ห้ามกำหนดควบคุมการเป็นเจ้าของ (Ownership control) นั่นคือห้ามกำหนดสัดส่วนการถือครองหุ้นโดยให้นักลงทุนต่างชาติสามารถลงทุนได้ 100% โดยไม่ต้องมีผู้ถือหุ้นหรือลงหุ้นที่เป็นคนชาติเลย
- ห้ามการแทรกแซงของรัฐบาลในการดำเนินธุรกิจ (Governmental intervention)
- ห้ามมีข้อกำหนดพิเศษอื่นใด (Special requirements)
- ห้ามมีข้อจำกัดอื่นใด (Other Restrictions)
- ห้ามเข้ามาควบคุมการดำเนินงานของบริษัทข้ามชาติ เช่น การตรวจสอบ (Control over the operation of MNEs)
- ห้ามการเวนคืนทรัพย์สินโดยมิชอบ (Expropriation/ Nationalization)
- ข้อห้ามอื่นๆ เช่น การบังคับใช้กฎหมายที่เป็นอุปสรรคการลงทุน
- ขั้นตอนการจัดตั้งและบริหารจัดการ (Admission and Establishment)
- ห้ามกำหนดรูปแบบใดๆ ในการควบคุมกำกับเกี่ยวกับการจัดตั้งและบริหารงานของบริษัทข้ามชาติ (The form of controls or restrictions over the admission and establishment of foreign investor)
- ห้ามกำหนดให้คนชาติเข้ามามีส่วนร่วมในธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ (The acquisition of interests in local business)
- ห้ามกำหนดสัดส่วนการถือครองหุ้นและการควบคุมบริษัท (The limitations on foreign ownership and control)
- ห้ามกำหนดเกี่ยวกับการต้องรายงานหรือลงทะเบียนที่มากไปกว่าคนชาติ (Registration and report requirements)
- ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน การรับการส่งเสริม หรือมาตรการทางการลงทุน (The conditional entry of foreign investors: investment measures, incentive regimes, economic policy)

(2) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งหรือบริหารงาน (Measures relating to admission and establishment)

- ห้ามควบคุมการเข้าถึงตลาดหรือการเข้ามาลงทุน (Control over access to the host country economy)
- ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน (Conditional entry into the host country economy)

(3) มาตรการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการถือครองหุ้นและควบคุมบริษัท (Measures relating to ownership and control)

- ห้ามกำหนดเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของ (Control over ownership)
- ห้ามกำหนดการจำกัดอำนาจในการออกเสียงของผู้ถือหุ้น (Controls based on limitation of shareholder powers)
- ห้ามมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการสามารถเข้ามาแทรกแซงของรัฐบาลในการดำเนินธุรกิจ (Control based on governmental intervention in the running of the investment)
- ห้ามมีข้อกำหนดอื่นใด (Other types of restriction)

(4) มาตรการควบคุมการเข้าถึงตลาดของนักลงทุน (Control over access to the host country economy)

- ห้ามการห้ามลงทุนแบบเด็ดขาด (Absolute ban on all forms of FDI : Former centrally – planned economies prior to the transitional process) ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีของประเทศที่เป็นสังคมนิยมเดิม
- ห้ามการทำธุรกิจหรือการลงทุนบางประเภท (Closing certain sectors, industries or activities to FDI for economic, strategic or other public policy reasons)
- ห้ามกำหนดจำนวนผู้เข้ามาลงทุน (Quantitative restrictions on the number of foreign companies admitted in specific sectors, industries or activities for economic, strategic or other public policy reasons) ส่วนใหญ่มักเป็นภาคส่วนที่มีความอ่อนไหวหรือที่อยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ของประเทศ
- ห้ามการกำหนดรูปแบบการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (Investment must take a certain legal form: incorporation in accordance with local company law requirements)

- ห้ามบังคับให้ต้องลงทุนแบบร่วมทุน (Compulsory joint ventures either with state participation or with local private investors) กรณีนี้ประเทศจีนจะใช้มาตรการนี้กับนักลงทุนต่างด้าว

(5) เงื่อนไขในการรับการลงทุนทั่วไป Conditional entry into host country:

General conditions

- ห้ามกำหนดเงื่อนไขโดยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือ สิ่งแวดล้อมต่าง ๆ (Conditional entry upon investment meeting certain development or other criteria (environmental responsibility, benefit to national economy) based on outcome of screening evaluation procedures)

- ห้ามกำหนดให้นักลงทุนต้องปฏิบัติตามมาตรการใดๆ (Investors required complying with requirements related to national security, policy, customs, public morals as conditions of entry)

(6) ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับทางด้านเงินทุน (Condition based on capital requirement)

- ห้ามกำหนดการลงทุนขั้นต่ำ (Minimum capital requirements)

- ห้ามกำหนดมาตรการภายหลังการลงทุนหรือบังคับให้ลงทุนซ้ำ (Subsequent additional investment or reinvestment requirements)

- ห้ามกำหนดมาตรการในการนำเข้าสินค้าทุน (Restrictions on import of capital goods needed to set up investment (e.g. machinery, software) possibly combined with local sourcing requirements.)

- ห้ามกำหนดให้นักลงทุนต้องวางเงินประกันต่างๆ (Investors required to deposit certain guarantees (e.g. for financial institutions)

(7) เงื่อนไขอื่นๆ Other Conditions

- ห้ามกำหนดมาตรการรูปแบบอื่นใดแม้ที่ไม่เกี่ยวกับทุน (Special requirements for non-equity forms of investment (e.g. BOT agreement, licensing of foreign technology).

- ห้ามกำหนดเกี่ยวกับข้อกำหนดในเรื่องการต้องได้รับใบอนุญาตหรือ บัตรอื่นใด (Investors to obtain licenses required by activity or industry specific regulations)

- ห้ามกำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าธรรมเนียมหรือภาษีต่างๆ เกินกว่าคนชาติ (Admission fees (taxes) and incorporation fees (taxes))

- ห้ามมีข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรการทางการลงทุนอื่นๆ (Other performance requirements (e. g. local content rules, employment quotas, export requirements))

จะเห็นได้ว่าปัญหาทางกฎหมายของการเปิดเสรีการลงทุนจะมีความแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับเรื่องเปิดเสรีการค้า และนับตั้งแต่ยุคหลังอาณานิคมไม่มีประเทศใดเปิดเสรีการลงทุนโดยสิ้นเชิงเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ และอธิปไตยเหนือฐานทรัพยากรธรรมชาติ และการมีส่วนร่วมในเศรษฐกิจของคนชาติอีกด้วย

- **อุปสรรคของการค้าบริการ**

อุปสรรคของการค้าบริการสามารถจำแนกได้เป็น 4 ลักษณะ ได้แก่

(1) อุปสรรคทางตรงและเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างด้าว (Direct and facially discriminatory barriers to trade in services) เช่น ห้ามคนต่างด้าวเป็นนักกฎหมายหรือมัคคุเทศน์ กล่าวคือต้องมีสัญชาติไทยเท่านั้น (แต่ปัจจุบันอาเซียนกำลังเปิดตลาดแรงงานภายใต้ข้อกำหนด Mutual Recognition Arrangement)

(2) อุปสรรคทางอ้อมแต่เลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างด้าว (Indirect but facially discriminatory to trade in services) เช่น จำกัดโควตาจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศ

(3) อุปสรรคทางตรงแต่เป็นอุปสรรคที่เป็นกลางบังคับทั้งต่อคนชาติและคนต่างด้าว (Direct but facially neutral barriers to trade in services) เช่น การประกอบกิจการไปรษณีย์โทรเลขเป็นของรัฐเท่านั้น

(4) อุปสรรคทางอ้อมและไม่เลือกปฏิบัติเนื่องจากปฏิบัติทั้งต่อคนชาติและคนต่างด้าว (Indirect and facially neutral barriers to trade in services) เช่นการประกอบวิชาชีพแพทย์จะต้องได้รับใบประกอบโรคศิลป์ทุกท่าน

จะเห็นได้ว่าอุปสรรคการค้าบริการนั้นเกี่ยวข้องกับนโยบายแห่งชาติอย่างมาก อาทิ กิจการสาธารณูปโภคเป็นกิจการที่ไม่เปิดเสรีแก่เอกชนเว้นแต่จะมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ นักกฎหมายต้องเป็นคนชาติเท่านั้น รัฐอาจมีนโยบายจำกัดจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศเพื่อเหตุผลทางความมั่นคงของชาติ กิจการโทรคมนาคมต้องสงวนไว้เป็นของชาติ เป็นต้น ล้วนแล้วแต่มีปัจจัยหลายด้านที่ต้องพิจารณา ซึ่งแตกต่างจากการเปิดเสรีการค้าที่จะส่งผลกระทบต่อเพียงภาคส่วนนั้นๆ หากแข่งขันไม่ได้ก็ต้องถูกออกจากตลาดไป อาจมีคนตกงานจากอาชีพนั้นหรือการผลิตสินค้าชนิดนั้นจำเป็นต้องถูกยกเลิกไป สำหรับประเทศที่พ่ายแพ้การแข่งขันแม้เป็นเพียงการค้าก็ยังมีผลกระทบระยะยาวไม่น้อยหากปัจจัยการแข่งขันของคนชาติถูกบั่นทอน เช่น ปัญหาการผูกขาดโดยผลของทรัพย์สินทางปัญญา ย่อมทำให้การค้าไม่เสรีและประเทศที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินต้องเป็นทาสทางเศรษฐกิจตลอดไป

4.4 ค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นจากการทำความตกลงเขตการค้าเสรี

4.4.1 แนวทางการประเมินค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการดำเนินการตามความตกลง

1. แนวทางในการประเมินค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการดำเนินการตามความตกลงนั้น จะพิจารณาจากลักษณะของการออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์การตามความตกลง เนื่องจากเป็นวิธีการในการดำเนินการตามความตกลง อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายเพื่ออนุรักษ์การตามความตกลงนั้นมีหลายลักษณะและสามารถกระทำได้ทั้งก่อนและหลังการมีผลผูกพันตามความตกลง จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าความตกลงแต่ละฉบับจะต้องออกกฎหมายในระดับใดมารองรับเสียก่อน จึงจะทราบแนวทางในการประเมิน

2. นอกจากพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ยังมีการออกกฎหมายในรูปของพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อกำหนดสุขาภิบาล และข้อบัญญัติจังหวัด ซึ่งแต่ละประเภทจะมีวิธีการและการดำเนินงานที่แตกต่างกันไป ดังนั้นการกำหนดแนวทางในการประเมินค่าใช้จ่ายจึงต้องพิจารณาว่าความตกลงการค้าเสรีในเรื่องต่างๆ จะต้องบังคับใช้ผ่านกฎหมายชนิดใดจึงจะสามารถประเมินค่าใช้จ่ายได้ บางกรณี สภานิติบัญญัติเคยให้อำนาจไว้แล้ว เช่น การผูกพันตามพันธกรณีภายใต้องค์การ การค้าโลก ในการลดอัตราภาษีอากร เมื่อออกพระราชบัญญัติศุลกากรให้อำนาจออกกฎหมายในระดับปฏิบัติการได้ต่อไป หลังจากนั้นก็ไม่ต้องนำมาเข้าสภาอีก เนื่องจากสามารถออกกฎหมายในระดับรองเพื่ออนุรักษ์การตามความตกลงได้เลยโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทที่มีการกำหนดอำนาจไว้แล้วเป็นต้น

4.4.2 ค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินการตามกฎหมายและข้อกำหนดด้านสิ่งแวดล้อม

1. ในขั้นก่อนการลงนาม รวมทั้งการดำเนินการล่วงหน้าเพื่อรองรับผลของความตกลง

1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมของไทย

ปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นปัญหาที่มีความสำคัญยิ่ง หากประเทศไทยไม่ได้คำนึงถึงต้นทุนทางสิ่งแวดล้อมโดยแลกกับการเปิดเสรีเต็มรูปแบบ ประเทศไทยและประชาชนคนไทยอาจจะประสบกับปัญหาระยะยาวในด้านคุณภาพชีวิตที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไข ดังนั้นกระบวนการเปิดเสรีทางการค้าจึงจำเป็นต้องศึกษาทำการถึงกรอบทางกฎหมายภายในประเทศที่กำลังดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาสิ่งแวดล้อมและพิจารณาถึงความเหมาะสม ความมีประสิทธิภาพในการกำกับดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นไปเพื่อรองรับกับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นพร้อมกับการเปิดเสรีทางการค้าการลงทุน โดยกรอบทางกฎหมายภายในที่ใช้กำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งแบ่งตามประเภทของมลภาวะและปัญหาสิ่งแวดล้อม มีดังนี้

- **มลพิษทางน้ำ**

- พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติรักษาคลอง ร.ศ. 121
- พระราชบัญญัติสำหรับกำจัดผักตบชวา พ.ศ. 2456
- พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456
- พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2490
- พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490
- ประมวลกฎหมายอาญา
- พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504
- พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510
- พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514
- พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520
- พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522
- พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522
- พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526
- พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543
- กฎหมายขององค์การส่วนท้องถิ่น

- **มลพิษทางอากาศ เสียงและความสั่นสะเทือน**
 - พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
 - พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456
 - พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องเสียงขยายเสียง พ.ศ. 2493
 - พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511
 - พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522
 - ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 16 ลงวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2514
 - พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522
 - พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522
 - พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535
 - พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535
 - พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535
 - พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

- **มลพิษจาก มูลฝอย สิ่งปฏิกูลและขยะของเสียอันตราย**
 - พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
 - พระราชบัญญัติรักษาคลอง ร.ศ. 121
 - พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456
 - พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2490
 - พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504
 - พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526

- พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

- **มลพิษจากวัตถุอันตราย**

- พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535
- ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ที่กรมโรงงานอุตสาหกรรมมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบ พ.ศ. 2538
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ที่กรมโรงงานอุตสาหกรรมมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543
- ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง การขึ้นทะเบียนวัตถุอันตรายที่กรมวิชาการเกษตรเป็นผู้รับผิดชอบ พ.ศ. 2538
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการขึ้นทะเบียนวัตถุอันตรายที่ใช้ในทางการสาธารณสุข ที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยามีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบ พ.ศ. 2538

- **ภาวะการร่อยหรออย่างรุนแรงของทรัพยากรธรรมชาติ**

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550
- พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540
- ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด

2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์กรอบของกฎหมายหลายระนาบที่เกี่ยวข้องกับการ
รักษาสิ่งแวดล้อม ดังตารางที่ 4.6 ต่อไปนี้

ตารางที่ 4.3: Matrixes of the Multilayered Legal Framework for Environmental Protection

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
Technical Barrier to Trade			The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution	<p><u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม</p> <p><u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร</p> <p><u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช</p>	พระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522
SPS Article XX: General Exceptions สุขอนามัยพืช				<p><u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม</p> <p><u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร</p>	พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507 (แก้ไข พ.ศ. 2542)

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
				<u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	
TRIPS สิทธิบัตร		CBD		<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร <u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช <u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> บทที่ 10 ทรัพย์สินทางปัญญา <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 13 ทรัพย์สินทางปัญญา	พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
				ไทย-นิวซีแลนด์ บทที่ 12 ทรัพย์สินทางปัญญา	
Article XX: General Exceptions ของเสีย,สารเคมี	BASEL CONVENTION ON THE CONTROL OF TRANSBOUNDARY MOVEMENTS OF HAZARDOUS WASTES AND THEIR DISPOSAL (1989) Entered into Force May 5, 1992, Stockholm Convention Stockholm Convention POPs, ROTTERDAM CONVENTION on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous	THE RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1992) Waigani Convention		ไทย-ญี่ปุ่น ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม ไทย-ออสเตรเลีย บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร ไทย-นิวซีแลนด์ บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	พระราชบัญญัติ วัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการส่งออกป้อนอกและนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
	Chemicals and Pesticides in International Trade				<p>พระราชบัญญัติสภา ตำบลและองค์การบริหาร ส่วนตำบล พ.ศ. 2537</p> <p>พระราชบัญญัติองค์การ บริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540</p> <p>พระราชบัญญัติรับขน ของทางทะเล พ.ศ. 2534</p>
	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)		ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources, 1985	<p><u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม</p> <p><u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร</p> <p><u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช</p>	

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
		<p>International Plant Protection Convention, 1951</p> <p>Agreement Concerning the Cooperation in the Quarantine of Plants and their Protection against Pests and Diseases, 1959</p>	<p>Plant Protection Agreement for the South-East Asia and Pacific Region, 1956</p>	<p><u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม</p> <p><u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชและมาตรฐานอาหาร</p> <p><u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช</p>	<p>พระราชบัญญัติกักเรือ</p> <p>พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456</p>
<p>Art XX</p> <p>Article XX: General Exceptions</p>		<p>INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PROTECTION OF BIRDS</p> <p>Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere (1940)</p>	<p>European Convention for the Protection of Animals during International Transport, 1968</p> <p>Benelux Convention Concerning Hunting and the Protection of Birds, 1970</p>	<p><u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม</p> <p><u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชและมาตรฐานอาหาร</p> <p><u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6</p>	<p>พระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522,</p>

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
				มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	
Art XX Article XX: General Exceptions			Agreement on the Conservation of Polar Bear, 1973	<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร <u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	
Art XX Article XX: General Exceptions	Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean, RFMOs	UN Fish Stocks Agreement, 1995 Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, 1993, UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA 1982	Convention on Future Multilateral Cooperation in the North-West Atlantic Fisheries, 1978	<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร	พระราชบัญญัติ การประมง พ.ศ. ๒๕๙๐

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
		(UNCLOS) ICCAT Wellington Convention		<u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	
	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (Washington, 1973). (CITES)		Convention for the Conservation and Management of the Vicuña, 1979	<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร <u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	
Art XX Article XX: General Exceptions อากาศ	Montreal Protocol The 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (as agreed in 1987)	UNFCCC		<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6	ไทยได้ให้สัตยาบัน อนุสัญญา UNFCCC เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2537, พระราชบัญญัติควบคุม

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
	(MP) KYOTO PROTOCOL TO THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, UNFCCC, Ozone Depleting Substances(ODS)			มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร <u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
		ITTO ITTA		<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร <u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	

WTO	MEAs	International	Regional	Bilateral	Domestic Law
ระบบศุลกากร การเงิน ธนาคาร	BASEL CONVENTION ON THE CONTROL OF TRANSBOUNDARY MOVEMENTS OF HAZARDOUS WASTES AND THEIR DISPOSAL (1989) Entered into Force May 5, 1992	Izmir		<u>ไทย-ญี่ปุ่น</u> ข้อ 111 มาตรการทางสิ่งแวดล้อม <u>ไทย-ออสเตรเลีย</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรฐานอาหาร <u>ไทย-นิวซีแลนด์</u> บทที่ 6 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2534 ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

ที่มา: รวบรวมและจำแนกหมวดหมู่โดยผู้เขียนจากความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม ความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมระดับภูมิภาค และกฎหมายภายใน

2. กรณีที่ได้มีการลงนามไปแล้ว

ค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่อาจจะเกิดขึ้นจากการอนุวัติการตามผลของความตกลง และเป็นภาระที่รัฐต้องรับผิดชอบ สามารถจำแนกเป็นสองขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 เป็นขั้นการแก้ไขกฎหมาย ออกกฎหมาย หรือปรับกฎหมายก่อนมีการลงนามทำความตกลง โดยปกติ จะดำเนินการแก้ไขกฎหมายเมื่อทำความตกลงเสร็จแล้วและก่อนที่ความตกลงจะมีผลใช้บังคับ อย่างไรก็ตามก็อาจมีการพิจารณาเลยไปในอนาคตเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมว่าในช่วงระยะเวลาตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจของไทย นโยบายของไทยจะมุ่งพัฒนาทางเศรษฐกิจไปในทิศทางใดและจะมีการทำความตกลงการค้าเสรีกับรัฐใด และผลของการศึกษารูปแบบของความตกลงของประเทศดังกล่าวมีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในของไทยมากน้อยแค่ไหนเพียงใดไว้ก่อน ซึ่งไทยได้เคยดำเนินการแล้ว โดยได้แก้ไขกฎหมายให้ทันสมัยซึ่งอาจถือได้ว่าสอดคล้องกับหลักการปฏิรูปกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ กรณีการแก้ไขกฎหมายให้ทันสมัยจึงไม่ถือเป็นส่วนของค่าใช้จ่ายที่เรียกว่าเกิดจากการได้ตกลงทำความตกลงระหว่างประเทศหรือเป็นผลกระทบจากการทำความตกลงระหว่างประเทศอย่างมากก็เป็นเพียงค่าใช้จ่ายทางอ้อมเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศในระดับพหุภาคี แต่สอดคล้องกับความตกลงระดับทวิภาคีก็ไม่คิดเป็นค่าใช้จ่ายโดยตรง

ขั้นตอนที่ 2 เป็นขั้นการออกกฎหมายอนุวัติการตามผลความตกลงภายหลังจากมีการทำความตกลงไปแล้ว ซึ่งย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนตามกระบวนการโดยมีความสอดคล้องกับประเภทของการอนุวัติการตามความตกลงว่าจะออกกฎหมายในลักษณะและประเภทใด เช่น เป็นพระราชบัญญัติย่อมต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาหรือออกกฎหมายในรูปของกฎหมายระดับรอง เช่น ประกาศ กฎกระทรวง เนื่องจากมีกฎหมายแม่ในลำดับที่สูงกว่าให้อำนาจไว้แล้ว ทำให้มีค่าใช้จ่ายไม่มากนัก การศึกษาครั้งนี้จึงพิจารณาค่าใช้จ่ายจากขั้นตอนในการออกกฎหมายดังต่อไปนี้

4.4.3 ค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นกรณีกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นกรณีกฎหมายภายในขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ค่าใช้จ่ายในการแก้ไขกฎหมายที่ขัดแย้งนั้น ให้เป็นกฎหมายที่อนุวัติการตามหนังสือสัญญาที่สามารถกระทำได้ คือ การยกเลิกกฎหมายเดิม การแก้ไขกฎหมายเดิม การออกกฎหมายใหม่ โดยมีค่าใช้จ่ายในลักษณะต่อไปนี้

(1) ค่าใช้จ่ายในการกระทำการสำรวจอย่างละเอียดว่ามีกฎหมายใดบ้างที่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหนังสือสัญญาที่ไทยได้กระทำขึ้น

(2) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการยกเลิกกฎหมายที่ขัดแย้งนั้น ซึ่งการยกเลิกกฎหมายอาจจะกระทำโดยออกกฎหมายใหม่ (ฉบับเดิม) มายกเลิกกฎหมายเดิมในฉบับเดียวกัน เรื่องเดียวกัน ค่าใช้จ่ายจะเป็นเช่นเดียวกับการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามหนังสือสัญญา

(3) ค่าใช้จ่ายในการประกาศยกเลิกกฎหมายที่ขัดแย้งนั้นโดยตรง แล้วจึงออกกฎหมายฉบับใหม่เพื่ออนุวัติการตามหนังสือสัญญา ค่าใช้จ่ายเป็นไปตามการออกกฎหมายอนุวัติการตามหนังสือสัญญาที่กล่าวมาแล้ว

(4) ค่าใช้จ่ายในการคงกฎหมายทั้งฉบับไว้แต่ออกพระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายเดิมที่มีลักษณะขัดแย้งกับหนังสือสัญญาเฉพาะส่วนที่ขัดแย้งกันนั้น เป็นการออกกฎหมายแก้ไขกฎหมายเดิม

(5) ค่าใช้จ่ายในกระบวนการออกกฎหมายใหม่ทั้งฉบับเพื่ออนุวัติการตามหนังสือสัญญาหลังจากยกเลิกกฎหมายฉบับเดิมแล้ว

ค่าใช้จ่ายข้างต้นนี้ยังมีค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการไม่อนุวัติการตามกฎหมายเนื่องจากกฎหมายขัดแย้งกับสนธิสัญญาความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ค่าใช้จ่ายจากการรับผิดชอบของรัฐบาลรัฐฝ่าฝืนพันธะความผูกพันตามสนธิสัญญาในลักษณะต่างๆ ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ในทางแพ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งไม่อาจจะคำนวณได้ล่วงหน้า หรือการบังคับใช้กฎหมายที่ถูกถือว่าเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ ซึ่งรัฐจะต้องชดเชยค่าเวนคืนพร้อมดอกเบี้ยด้วย

4.5 สรุป

สรุปผลการศึกษาวิเคราะห์ในบทนี้ ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อผลกระทบในการทำความตกลงการค้าเสรีต่อประเทศไทยทางด้านกฎหมาย พิจารณาได้ว่าในทางทฤษฎีการเปิดเสรีเป็นแนวคิดในทางเศรษฐศาสตร์และทฤษฎีการค้าระหว่างประเทศที่เป็นที่เชื่อถือกันอย่างกว้างขวางว่าการเปิดเสรีนั้นมีประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของทุกประเทศ เพื่อให้มีการจัดสรรการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดให้มีประสิทธิภาพสูงสุด การค้าเสรียังทำให้กลไกตลาดทำงานตามหลักอุปสงค์และอุปทานตลาดเป็นตัวกำหนดสินค้าและบริการ เพื่อประโยชน์สูงสุดคือผู้บริโภคที่จะได้บริโภคสินค้าดี ราคาถูก และมีความหลากหลาย ผู้ประกอบการสามารถผลิตสินค้าตามกลไกตลาดอย่างเสรีและตลาดเสรีทำให้การค้าข้ามพรมแดนเป็นไปอย่างเสรี อีกทั้งทำให้สินค้า บริการ แรงงานและปัจจัยการผลิต สามารถข้ามแดนได้อย่างเสรี ตลาดการค้าเสรีจึงเป็นตลาดที่เป็นประโยชน์สำหรับทุกประเทศ โดยเชื่อว่าตลาดการค้าเสรีทำให้ทุกประเทศสามารถผลิตสินค้าที่ตนมีความได้เปรียบมากกว่าออกจำหน่าย โดยใช้แรงงานและปัจจัยการผลิตที่น้อยกว่า จึงทำให้สามารถใช้ทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าทุกประเทศจึงผลิตสินค้าที่ตนถนัดและทำได้ดีที่สุด ทุกๆ ประเทศและซื้อสินค้าที่ตนไม่สามารถผลิตได้ดี ในราคาที่ถูกและมีคุณภาพดี จึงเชื่อว่าการค้าเสรีเปิดตลาดแก่ทุกประเทศให้พัฒนาและผู้บริโภคทั่วโลกจะได้รับประโยชน์

อย่างไรก็ตาม ตลาดเสรีนั้นไม่ได้เกิดขึ้นเองได้ เนื่องจากไม่ใช่ทุกประเทศจะยินยอมเปิดตลาด โดยไม่มีอุปสรรคอย่างแท้จริง ยังจำเป็นต้องมีกลไกกำกับดูแลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและมีกลไกทำให้ตลาดเปิดเสรีอย่างเป็นธรรม โดยกรอบของการกำกับดูแลขององค์การการค้าโลกซึ่งพัฒนามาจากความตกลง GATT โดยมีรอบการเจรจาการค้าระหว่างภาคีสมาชิก ในการลดอัตราภาษีศุลกากรระหว่างกัน ซึ่งเป็นอุปสรรคทางภาษีอากรที่ค่อยๆ ลดลงทั้งหมดจนเป็นศูนย์ พร้อมกับการลดอุปสรรคการค้าที่มีใช้ ภาษีศุลกากรไปด้วย อย่างไรก็ตาม GATT/WTO จำกัดอยู่เพียงการลดภาษีอากรและอุปสรรคการค้าอื่นๆ ที่ไม่ใช่ภาษีทางด้านการค้าเท่านั้น จนในรอบอุรุกวัยจึงได้มีการนำประเด็นการลดอุปสรรคทางการค้าบริการ (GATS) และมาตรการเกี่ยวกับการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIMs) และเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาในกรอบขององค์การการค้าโลกด้วย แต่ไม่มีประเด็นเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนและเรื่องการเงิน

การเจรจาการค้าแบบทวิภาคีที่อำนาจการต่อรองไม่เท่าเทียมกันระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาจึงเป็นเรื่องของการเจรจาบนพื้นฐานของความไม่เสมอภาคกันในอำนาจต่อรอง อีกทั้งการทำความตกลงการค้าเสรีในรูปแบบนี้เป็นเพียงความตกลงทางการค้าเพื่อประโยชน์ในการให้สิทธิพิเศษระหว่างกัน (Preferential Trade Agreement- PTA) จึงหาใช้การค้าเสรีในรูปแบบตามที่ควรจะเป็น การเจรจาจึงมีผลได้ผลเสียที่จำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ เนื่องจากความตกลงชนิดนี้แตกต่างกันไปในระหว่างคู่เจรจาแต่ละคู่ ผลประโยชน์ที่แต่ละคู่จะมีต่อกันจึงแตกต่างกันไป จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่เป็นผลมาจากความตกลงหรือข้อบทที่ตกลงกันอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้น

หนึ่ง อุปสรรคของการค้าการลงทุนและบริการนั้น มีอุปสรรคทั้งภาครัฐอันเป็นกรอบของกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ กับอุปสรรคภาคเอกชนผู้ประกอบการและอุปสรรคภาคธรรมชาติ ในปัจจุบันการเจรจาการค้าในทุกระนาบ ไม่ว่าจะพหุภาคีหรือทวิภาคี แม้แต่การเปิดเสรีฝ่ายเดียว (Unilateral) ต่างก็มุ่งเน้นแต่การเปิดเสรีภาครัฐในเรื่องกฎหมาย กรอบระเบียบที่ภาครัฐกำหนดขึ้นทั้งสิ้น หากได้มีการเจรจาเพื่อลดอุปสรรคภาคเอกชนผู้ประกอบการเลยแม้แต่น้อย ดังนั้นตลาดจึงไม่เปิดเสรีอย่างแท้จริง

ความตกลงการค้าเสรีที่เรียกว่า FTA ในยุคปัจจุบัน จึงไม่ใช่เครื่องมือในการเปิดเสรีที่ดีและมีผลเสียระยะยาวต่อประเทศชาติด้วย เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับต้นทุนของแผ่นดิน เช่น ปัญหายาเสพติด การกำจัดมลพิษในสิ่งแวดล้อม ปัญหาแรงงาน ปัญหาทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาและโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนในทางกฎหมายที่ทำให้ลดทอนอำนาจอธิปไตยในการคัดกรองนักลงทุน ตลอดจนการกำกับดูแลเกี่ยวกับการลงทุน ตลอดจนการใช้มาตรการที่เหมาะสมในการพัฒนาอุตสาหกรรม อีกทั้งบริษัทในตลาดโลกเปลี่ยนแปลงไป เกิดการลงทุนโดยรัฐวิสาหกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด เป็นผู้ประกอบการที่ไม่มีคู่แข่ง จนก่อให้เกิดปัญหาการผูกขาดตามธรรมชาติหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อย ปัญหาการบิดเบือนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา อันมีผลทำให้ตลาดกลับปิดลงอย่างรุนแรง จึงเห็นได้ว่าในยุคปัจจุบันกลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้ในบริบทเดิม ตลาดสามารถถูกสร้างสรรค์บิดเบือนได้ (Manipulated Market) เช่น อำนาจสื่อโฆษณา การกำหนดพฤติกรรมผู้บริโภค เป็นต้น

ด้วยอำนาจทุนและเทคโนโลยีที่สูงกว่าทำให้ยากที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม จะสามารถแข่งขันได้ตามธรรมชาติ

อีกทั้งปัจจัยทางกฎหมายที่ถูกลดหรือผ่อนปรน จนอำนาจรัฐในการกำกับดูแลด้อยลงอย่างมาก ทำให้อำนาจทางเศรษฐกิจภายในประเทศลดลงอย่างมาก การเติบโตทางเศรษฐกิจจึงมีน้อย โดยเฉพาะผู้ประกอบการภายในประเทศเกือบทั้งหมด (99.5%) ไม่มีส่วนแบ่งของตลาดในการส่งออกเท่าที่ควรทำให้คนชาติกลับยากจนลง ซึ่งส่งผลต่อมาคือการทำให้ขาดกำลังซื้อสินค้าและบริการที่ดี ซึ่งย่อมไม่เข้ามาสู่ตลาดที่ไม่มีกำลังซื้อ ประโยชน์ที่ควรจะได้จากการเปิดเสรีจึงไม่ได้เป็นไปตามทฤษฎีที่ควรจะเป็น

เมื่อพิจารณาในลักษณะทางกฎหมายของความตกลงการค้าเสรี จะเห็นได้ว่า FTA ไม่ใช่การทำการค้าเสรีตามที่ควรจะเป็น แต่เป็นความตกลงให้สิทธิพิเศษระหว่างกันอันเป็นผลจากการเจรจาที่มีการแลกเปลี่ยนผลได้ผลเสียซึ่งไม่มีความสมดุลกัน เนื่องจากอำนาจในการต่อรองที่แตกต่างกันอย่างมาก การทำ FTA ยังก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่ไทยต้องปฏิบัติตามต้องออกกฎหมายอนุวัติการตามความผูกพันดังกล่าวหากฝ่าฝืนย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ

ในท้ายที่สุดเมื่อพิจารณาแนวทางในการแก้ไขปัญหา จึงต้องประกอบด้วยการวิเคราะห์อย่างลึกซึ้ง โดยมีข้อเสนอดังต่อไปนี้

(1) มีการกำหนดแผนการพัฒนาทางเศรษฐกิจระยะยาวเพื่อกำหนดแนวทางในการเจรจาว่าพึงจะดำเนินการไปในทิศทางใด ต้องเจรจาเพื่อให้ได้อะไร เปิดเสรีอะไร ด้านไหนอย่างไร ไม่เปิดด้านใด

(2) มีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาการค้าระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ ให้มีความรู้ ความเข้าใจอย่างรอบด้านและมียุทธศาสตร์การเจรจาที่ดี มีความรู้เกี่ยวกับกระบวนการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ

(3) มีแผนการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์อย่างจริงจัง เพื่อสร้างศักยภาพในการแข่งขันและการเข้าถึงตลาดในประชาคมโลก

(4) มีการพัฒนาตลาดที่เป็นเอกลักษณ์ของไทย พัฒนาสินค้าและบริการที่ไม่มีใครแข่งขันได้ กล่าวคือสร้าง Nich market

(5) ป้องกันและปราบปรามคอร์รัปชันอย่างจริงจัง

(6) พัฒนารอบและสถาบันทางกฎหมายให้มีความแข็งแกร่ง มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน รักษาสิ่งแวดล้อม กฎหมายแรงงาน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

(7) สร้างความเข้มแข็งให้กับหน่วยงานที่ดูแลเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าและบริการ เช่น สำนักงานอาหารและยา (อย.) เพิ่มจำนวนพนักงานเจ้าหน้าที่และมีอำนาจในการดำเนินการ

(8) สร้างกฎหมายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเรื่องอาชีวอนามัยและความปลอดภัยอย่างมีประสิทธิภาพของคณงานในที่ทำงานเพื่อรองรับการเปิดเสรีการลงทุนที่กระทบต่อสวัสดิการแรงงาน

(9) ส่งเสริมการพัฒนาความเข้มแข็งภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก ซึ่งอิงกรอบทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันและคำนึงถึงประเทศที่กำลังพัฒนา

(10) พัฒนากฎหมายว่าด้วยการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ มีการรวบรวมความตกลงการค้าและทางเศรษฐกิจไว้เป็นระบบและแสดงความผูกพันภายใต้ความตกลงเหล่านี้