

## ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ ผลกระทบจากการเปิดเสรีการลงทุน

“ฐานะที่เป็นนักกฎหมายบอกได้เลยว่า สิ่งเหล่านี้ [สาระของการเปิดเสรีการลงทุนในเอฟทีเอตามโมเดลของสหรัฐอเมริกา] ไม่เคยมีในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยมาก่อน เพราะฉะนั้นเราจะศึกษาจากอดีต [สนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่เดิม] ก็คงไม่ได้ ศึกษาอดีตเพื่อช้อนาคตต่อสิ่งที่ไม่เคยมีไม่ได้”[1]

รศ.ดร. ลาวัญย์ ทัศนศิลป์กุล

ผู้อำนวยการโครงการสถาบันศึกษากฎหมายเศรษฐกิจและธุรกิจระหว่างประเทศ

ในการเจรจาการค้าระดับพหุภาคี การเปิดเสรีการลงทุน เป็นประเด็นหนึ่งที่ได้รับการต่อต้านจากประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมาก เพราะประเทศพัฒนาแล้วต้องการให้รัฐโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาให้สิทธิกับนักลงทุนต่างชาติ เช่นเดียว กับนักลงทุนในประเทศตนเอง ซึ่งขัดกับหลักปฏิบัติปกติที่แต่ละรัฐมีสิทธิที่จะกำหนดกฎเกณฑ์และเงื่อนไขการลงทุนตามแต่สภาพของแต่ละประเทศ จึงไม่น่าแปลกใจหากประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกาจะผลักดันประเด็นนี้ผ่านข้อตกลงเขตการค้าเสรี แทน และแม้ว่าจะเรียกชื่อว่า “เปิดเสรี” แต่สาระของการเปิดเสรีการลงทุนจริงๆแล้วมีอยู่ 2 ส่วน คือ การเปิดเสรี และการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน

### หัวใจสำคัญการเปิดเสรีลงทุน คือ การลดอำนาจรัฐและอำนาจนักลงทุนในชาติ

การเปิดเสรี คือ การกำจัดเงื่อนไขและกฎระเบียบเดิมของรัฐที่ใช้กับนักลงทุนและการลงทุนจากประเทศคู่ค้า รวมทั้งเพิ่มระดับการปฏิบัติกับนักลงทุนหรือการลงทุนต่างชาติให้ถึง “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ” (ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการให้ความคุ้มครองและมัน- คงเต็มที่และการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม) รวมทั้งต้อง “ไม่น้อยไปกว่า” ที่ให้กับนักลงทุนและการลงทุนในประเทศและประเทศอื่นๆ แต่หากจะให้สิทธิพิเศษหรือการปฏิบัติอื่นๆกับนักลงทุนต่างชาติ “มาก” กว่าคนในชาติไม่ถือว่าขัดกับข้อตกลง

ในอดีต ประเทศในแถบละตินอเมริกาจะปฏิบัติในลักษณะที่ว่า ถ้าคนในชาติไม่ได้สิทธิอะไร คนต่างชาติก็จะได้สิทธิเหล่านั้นด้วย เช่น ถ้าคนในชาติถูกยึดทรัพย์ไม่ได้รับค่าชดเชย คนต่างชาติก็ไม่ได้ค่าชดเชยเหมือนกัน ซึ่งการปฏิบัติเช่นนี้ทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่พอใจอย่างยิ่ง จึงเรียกร้องให้มีการยกระดับกฎหมายในประเทศให้เท่ามาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศ

ในสหรัฐอเมริกาที่ประสบปัญหาที่ข้อตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (นาฟต้า) ให้สิทธิกับนักลงทุนต่างชาติมากเกินไปกว่านักลงทุนในชาติ สมาสูงและสภาล่างของสหรัฐ มีข้อเสนอให้แก้ไขสิทธิของนักลงทุนต่างชาติให้ **“ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองการลงทุนที่สำคัญมากกว่านักลงทุนสหรัฐในประเทศ”** แต่สุดท้ายข้อเสนอนี้ต้องเป็นอันตกไป<sup>[ii]</sup>

ขั้นตอนหนึ่งของการลงทุนที่ได้รับผลกระทบมากจากกระบวนการเปิดเสรี คือ การเข้ามา (Entry) และการจัดตั้ง (Establishment) ของกิจการ เพราะที่ผ่านมา เป็นเรื่องปกติที่แต่ละประเทศจะกำหนดเงื่อนไขบางอย่างสำหรับการลงทุนบางชนิดที่จะข้ามพรมแดนเข้ามาในประเทศ เช่น กำหนดประเภทการลงทุนที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตสำหรับคนต่างชาติ หรือ การกำหนดสัดส่วนความเป็นเจ้าของกิจการของนักลงทุนต่างชาติ เป็นต้น ในการคุ้มครองการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนแบบเดิม หรือ Bilateral Investment Treaties (BIT) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติเช่นกัน ยังรับรองอำนาจของประเทศที่รับการลงทุนในการคัดเลือก กำหนดเงื่อนไข ยกเว้น และควบคุมการลงทุน ทั้งในขั้นตอนก่อนและหลังการเข้ามาของการลงทุน

ข้อเรียกร้องของสหรัฐ คือ ให้เปิดเสรีกับทุกกิจการ (ยกเว้นเพียงกิจการที่ขอยกเว้นในสัญญาเท่านั้น) และขยายการเปิดเสรีคลุมถึงขั้นตอนการเข้ามาและการจัดตั้งกิจการให้นักลงทุนสหรัฐมีสิทธิเท่ากับนักลงทุนชาวไทย ประเด็นสำคัญ ก็คือ **การลงทุนมีความหมายกว้างขวางมาก** (ดูล้อมกรอบ) และครอบคลุมถึงแม้กระทั่งการลงทุนแบบจอร์จ โซรอส ที่โจมตีค่าเงินบาทจนก่อให้เกิดวิกฤตเศรษฐกิจในปี 2540 และการลงทุนอื่นๆที่แต่เดิมไม่ถือเป็นการลงทุน เช่น ส่วนแบ่งตลาด ยิ่งสหรัฐมีข้อเรียกร้องในการรวมภาคบริการเข้ากับการลงทุนด้วยแล้ว ยิ่งทำให้การลงทุนขยายความถึงการลงทุนในภาคบริการด้วย รัฐต้องให้สิทธิในการเข้ามาและการจัดตั้ง รวมถึงการจัดเงื่อนไขอื่นๆที่เคยใช้กับนักลงทุนต่างชาติภายหลังการตั้งกิจการ ซึ่งเท่ากับจำกัดความสามารถของรัฐในการกำหนดมาตรการที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศในหลากหลายสาขา ที่น่าเป็นห่วงคือสาขาเศรษฐกิจที่ยังอ่อนแออยู่มาก เช่น สาขาการเงิน และ ทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐจะต้องปล่อยให้การเข้าออกของเงินทุนและผลกำไรที่ได้จากการลงทุนเหล่านั้นเป็นไปอย่างเสรีด้วย

คำนิยามของการลงทุนในเอฟทีเอของสหรัฐช่วงหลังๆ ครอบคลุมตั้งแต่ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) หุ้น พันธบัตร หลักทรัพย์ ทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้และเคลื่อนที่ไม่ได้ สิทธิภายใต้สัญญา สัมปทาน ใบอนุญาต เงินกู้ ทรัพย์สินทางปัญญา และในบางกรณียังอาจตีความรวมถึง ส่วนแบ่งตลาด การเข้าถึงตลาด ผลกำไรที่คาดว่าจะได้ สมมุติฐานด้านความเสี่ยง และข้อผูกพันด้านทุนและทรัพยากรอื่นๆ

## หัวใจสำคัญการคุ้มครองการลงทุน คือ การเพิ่มอำนาจนักลงทุนต่างประเทศ

หากการสูญเสียความสามารถในการกำหนดนโยบายเป็นผลกระทบจากการเปิดเสรีแล้ว ธุรกรรมของการคุ้มครองนักลงทุนภายใต้ข้อตกลงเอฟทีเอ คือ แนวโน้มที่ประชาชนผู้เสียภาษีในประเทศต้องจ่ายเงินค่าชดเชยให้กับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งปรากฏแล้วในหลายกรณี

โดยปกติ แต่ละรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองกับนักลงทุนในกรณีที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของนักลงทุน เช่น โดยการจ่ายค่าชดเชย อย่างไรก็ตาม ภายใต้เอฟทีเอ นอกจากรัฐจะต้องเปิดเสรีให้มากขึ้นแล้ว ยังต้องเพิ่มระดับและขอบเขตการคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนให้สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีและความหมายของการลงทุนที่ขยายกว้างออกไปด้วย

การคุ้มครองนักลงทุนตามหลักการ “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ” นั้นในทางปฏิบัติยังเป็นปัญหาอยู่มาก เพราะตามกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถตีความได้กว้างไกล นอกจากนี้ การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติยังรวมถึงการคุ้มครองจาก “การยึดทรัพย์” โดยรัฐผู้รับการลงทุน ปัญหาที่สำคัญตรงนี้คือ เอฟทีเอของสหรัฐฯที่ทำกับประเทศอื่นกำหนดการกระทำของรัฐซึ่งเข้าข่าย “การยึดทรัพย์” ได้อย่างกว้างขวาง ไม่เฉพาะการยึดทรัพย์ในรูปแบบปกติธรรมดา แต่รวมถึงการยึดทรัพย์ทางอ้อม หรือ การกระทำที่เทียบเท่ากับการยึดทรัพย์ ซึ่งหมายความถึง การยึดทรัพย์อันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงในมาตรการ กฎหมาย เงื่อนไข นโยบายใด ๆ ที่เกิดภายหลังจากข้อตกลงมีผลบังคับใช้ ที่ส่งผลให้การลงทุนไม่สามารถเกิดขึ้นได้หรือไม่เกิดความคุ้มค่าอีกต่อไป

### **ตัวอย่างกรณีฟ้องร้องภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ**

ในปี 2540 บริษัท Ethyl Canada ผู้นำเข้าสาร MMT ที่ใช้เติมในน้ำมันเครื่องบินจากบริษัทแม่ในสหรัฐฯ ได้ยื่นฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดาภายหลังที่กฎหมายห้ามการนำเข้าสารดังกล่าวของ แคนาดา มีผลบังคับใช้ โดยเรียกร้องค่าเสียหายจำนวน 250 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ แคนาดาออกกฎหมายควบคุมเพราะสาร MMT ทำลายกลไกในเครื่องบินที่ช่วยควบคุมการปล่อยมลพิษ รวมทั้งความเสี่ยงที่สารดังกล่าวจะเป็นภัยต่อสุขภาพประชาชนหากสูดดม อย่างไรก็ตาม เพียง 1 ปีต่อมา รัฐบาลแคนาดาได้เอาสารนั้นออกจากรายชื่อสารห้ามนำเข้า เนื่องจากกลัวว่าการกระทำดังกล่าวขัดกับข้อตกลงนาฟต้า สุดท้ายได้ตกลงจ่ายเงินชดเชย 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ

เครื่องมือคุ้มครองนักลงทุนต่างประเทศ คือ การระงับข้อพิพาทผ่านระบบอนุญาโตตุลาการนอกประเทศ ปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือ อนุญาโตตุลาการนอกประเทศไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐไม่ว่าจะด้วยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัย หรือเหตุผลสาธารณะอื่นๆ ดังนั้น มาตรการของรัฐที่ออกมาเพื่อประโยชน์ของสังคม ไม่ว่าจะมีความมุ่งหมายให้กระทบกับการลงทุนหรือไม่ก็ตาม หากสามารถตีความได้ว่าเป็น “การยึดทรัพย์” เพราะ

ส่งผลเสียต่อการลงทุน หรือ ติความได้ว่าการกระทำของรัฐไม่เป็นไปตาม “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ” แล้ว รัฐจะมีพันธะต้องจ่ายค่าชดเชยเป็นจำนวนเท่ากับผลประโยชน์ที่นักลงทุนคำนวณว่าต้องสูญเสียไปจากมาตรการดังกล่าว

นอกจากนี้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังมีปัญหาในเรื่องความโปร่งใสและขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ แต่ที่สำคัญที่สุดคือ แนวโน้มที่ศาลไทยจะทำหน้าที่ได้เพียงบังคับคดีที่ตัดสินมาแล้วจากอนุญาโตตุลาการนอกประเทศ และไม่มีสิทธิพิจารณาโต้สวนข้อพิพาท โดยเฉพาะหากเป็นการใช้ออนุญาโตตุลาการที่ศูนย์นานาชาติเพื่อยุติข้อพิพาทจากการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes)

ในกรณีของนาฟต้า ประเทศเม็กซิโกเป็นประเทศที่ถูกนักลงทุนยื่นฟ้องร้องมากที่สุด โดยตั้งแต่ปี 2540 เป็นต้นมา เม็กซิโกจ่ายเงินกว่า 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐให้กับบริษัทที่ปรึกษาทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกาและแคนาดาเพื่อเป็นตัวแทนรัฐบาลในการต่อสู้คดีฟ้องร้องจากนักลงทุนสหรัฐและแคนาดา<sup>[iii]</sup>

### ข้อเสนอ : แก่นอธิปไตยเป็นของประชาชน

ในขณะที่หลายประเทศรวมตัวกันคัดค้านการผนวกเอาข้อตกลงเปิดเสรีการลงทุนในเวทีการค้าโลก สหรัฐฯกลับพยายามใช้ช่องทางการเจรจาเอฟทีเอเพื่อเรียกร้องผลประโยชน์เหล่านี้เพื่อนำไปใช้ในการต่อรองในเวทีพหุภาคีอีกต่อหนึ่ง

ในเอฟทีเอ รัฐบาลไทยอาจ “ยินยอมโดยสมัครใจ” ที่จะเปิดเสรีและปกป้องคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติแบบสุดชีวิต พร้อมกันนั้นก็ “ยอมเสี้อำนาจอธิปไตย” ที่เคยมีในการกำกับ ควบคุม และตัดสินนโยบายการลงทุนและนโยบายอื่นๆที่จะส่งผลต่อการลงทุนโดยอิสระโดยการยอมรับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนผ่านอนุญาโตตุลาการนอกประเทศ แต่ประเด็นสำคัญก็คือ อำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน “การยินยอมสละอำนาจอธิปไตยโดยสมัครใจ” ไม่ใช่เรื่องของรัฐเพียงฝ่ายเดียว แต่เป็นเรื่องของประชาชนไทยที่จะมีส่วนร่วมในการรับรู้และตัดสินใจ

ข้อเสนอหนึ่งของภาคประชาชน คือ การพิจารณาว่าอะไรควรอยู่ในกระบวนการของอนุญาโตตุลาการได้บ้าง เพราะเรื่องบางเรื่อง กฎหมายบางอย่าง ที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัย สาธารณสุข ความมั่นคง วัฒนธรรม เป็นต้น ไม่สมควรที่จะถูกปล่อยให้ข้อตกลงเอฟทีเอมาละเมิด และให้คนเพียง 2-3 คนในคณะ

อนุญาโตตุลาการมาตัดสิน รัฐไทยก็มีสิทธิเต็มที่จะเรียกร้องให้เอฟทีเอต้องยอมรับกฎหมายเหล่านี้แทน เพราะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับ “แก่นอธิปไตย” อันเป็นพื้นฐานที่มาของอำนาจรัฐที่จะต้องรับผิดชอบต่อประชาชน

---

[i] การเสวนาทางวิชาการ “เปิดเสรีการลงทุนและกลไกระงับข้อพิพาท กับ ระบบกฎหมายและอธิปไตยไทย”

ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 21 มิถุนายน 2548

[ii] Public Citizen. 2005. NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases : Lessons for the Central American Free Trade Agreement.

[iii] อ้างใน Sergio Puig De La Parra. 2005. “Is Investment Arbitration Good or Bad for Developing Countries?: The Mexican Experience in the North American Free Trade Agreement Context”. The Law and Practice of International Courts and Tribunals.