

สรุปการให้ความเห็น

เรื่อง

ผลกระทบของการทำ FTA Thai-US: ความเห็นทางกฎหมายในข้อบทการลงทุน

เสนอต่อ

มูลนิธิสถาบันธรรมรัฐเพื่อการพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม

ในโครงการวิจัยของ สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ

ชุดโครงการวิจัยการศึกษาผลกระทบของการทำ FTA Thai-US

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร. ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล

สรุปการให้ความเห็นผลกระทบของความตกลง FTA Thai-US

ข้อบทว่าด้วยการลงทุน และ

สรุปประเด็นข้อเสนอแนะทางกฎหมาย FTA Thai-US

ข้อบทว่าด้วยการลงทุน*

รศ. ดร. ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล

“The World has enough for every one’s need but not enough for every one’s greed”

Mahatma Gandhi

“โลกมีทรัพยากรเพียงพอสำหรับความต้องการที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์ทุกคน แต่มีไม่เพียงพอสำหรับความโลภที่ไม่สิ้นสุดของมนุษย์ทุกคน”

มหาตมะ กานธี

Lamy’s statement

“We need to remember that trade is only a tool to elevate the human condition: the ultimate impact of our rules on human beings should always be at the centre of our consideration”.

Lamy urged more assistance to help developing countries deal with the imbalances created between winners and losers from trade opening”.

ผลกระทบที่สำคัญของ FTA Thai-US ต่อประเทศไทย

การทำ FTA Thai-US ตามความเรียกร้องทั้งหมด ของสหรัฐอเมริกาต่อประเทศไทย เป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจของไทยครั้งมหาศาล และย่อมมีผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อวิถีไทย และระบบคุณธรรม จริยธรรม และหากยอมตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องทุกประการ ก็จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายในครั้งเดียวที่

* หมายเหตุ ใช้ข้อมูลในการศึกษา ณ. เดือนกุมภาพันธ์ 2005

มิโทพาร์ที่สูดครั้งหนึ่ง (เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายในประเทศจะถูกแก้ไขไว้ก่อนแล้วเพื่อเตรียมรองรับการทำ FTA) Contradiction ระหว่างเศรษฐกิจพอเพียง กับ Global Market ในแนวคิดแบบ Neo-Classical หรือที่วิวัฒนาการมาเป็นแนวคิดแบบ Neo-Liberalism คนรวยจะรวยขึ้น และจะเป็นนักลงทุนต่างชาติ แต่จำนวนคนรวยในประเทศจะน้อยลง คนจนจะจนมากขึ้น และจำนวนคนจนจะมากขึ้น คนส่วนใหญ่จะผันตัวเองมาเป็นผู้ใช้แรงงาน เป็นลูกจ้างกินเงินเดือนมากขึ้นไม่มีโอกาสเป็นผู้ประกอบการเอง หลายธุรกิจจะล้มหายตายจากไปเพราะการแข่งขันไม่ได้ ด้วยกำลังทุน และเทคโนโลยี ในยุคเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน การประกอบการที่แข่งขันกันด้วยทุนและเทคโนโลยี จึงเป็นประเด็นที่ภาครัฐควรจะหันมาส่งเสริมให้ไทยแข็งแกร่งจากภายใน จากภูมิปัญญาไทย พัฒนาศักยภาพ คุณภาพไทยให้ยั่งยืน มากกว่าการต้อนรับทุนที่ไม่ยั่งยืนเพราะทุนไหลออกมากกว่าทุนไหลเข้า จากกลไกของ Freely fund transfer

การทำ FTA Thai-US ครั้งนี้ ไม่ใช่วิธีการเปิดเสรีตามทฤษฎีว่าด้วย Economic integration ตามครรลองที่ควรจะเป็น หากแต่พบว่าภายใต้ความตกลงฉบับดังกล่าวมีการเรียกร้องในสิ่งที่มีใช้การเปิดเสรีโดยตรงอย่างมากมายที่กระทบต่อผลประโยชน์ระยะยาวของประเทศชาติบ้านเมือง ฐานทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาไทย ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศักยภาพในการพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสูญเสียที่มีอาจคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ Invisible loss ที่ไม่คุ้มกับ visible gain ที่ไทยจะได้รับจากการเปิดตลาดสินค้าของสหรัฐแก่ไทย หรือมูลค่าที่คาดว่าจะได้รับจากการลงทุนจากสหรัฐ เพราะสิ่งที่สหรัฐอเมริกาคือต้องการเรียกร้องจากไทยภายใต้ FTA เช่นที่เรียกร้องจากประเทศต่างๆ คือเรื่อง การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การเปิดเสรีทางการค้า บริการ และ การลงทุน ชนิดที่ไม่เคยปรากฏในการความตกลงคุ้มครองการลงทุนที่มีมาก่อน

จากการชะงักงัน และปัญหาในการเจรจาภายใต้กรอบของ WTO เนื่องจาก มีการ Lobby จากกลุ่มผลประโยชน์ในสหรัฐอเมริกา และประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลายเรียกร้องความตกลงที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และการพัฒนาที่ยั่งยืน มากขึ้นเรื่อยๆ ตลอดจนการเปิดเสรีมากขึ้นทางด้าน การลงทุน การค้าบริการ และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่ประเทศเหล่านี้มีผลประโยชน์มากกว่า และ มีการต่อต้านจากประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย สหรัฐอเมริกาจึงหันมาใช้ยุทธวิธีในการเจรจาทำ FTA ในระดับทวิภาคีแทน และโดยอาศัยอำนาจการต่อรองที่สูงกว่า และอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่ากดดันให้ประเทศต่างๆยอมตกลงทำ FTA ด้วย และระบอบไปทั่วโลก

การประสบความสำเร็จในการทำ FTA ไปทั่วโลกกว่า 70 ประเทศ ทำให้สหรัฐอเมริกาชะงักงันที่จะเจรจาใน Trade negotiation round ภายใต้กรอบของ WTO และหันมาสร้างแรงกดดันเพิ่มขึ้นให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นคู่ค้าต่างต้องยอมทำ FTA ในระดับทวิภาคีมากขึ้นเรื่อยๆ เพราะประเทศต่างๆ กลัวการสูญเสียตลาดสหรัฐอเมริกาให้แก่ประเทศคู่แข่งอื่นๆในตลาดสหรัฐอเมริกา

ในท้ายที่สุดเมื่อสหรัฐประสบความสำเร็จในการทำ FTA ไปทั่วโลกแล้วกรอบการค้าภายใต้ FTA จะถูกนำไปแทนที่ กรอบการค้า WTO ในที่สุดเนื่องจากทุกชาติพากันยอมรับกฎเกณฑ์ต่างๆ

ตามคำเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาแล้ว ตลาดการค้าโลกที่ไม่มีพรมแดน ไม่มีอุปสรรคจากภาครัฐของประเทศต่างๆ อันเป็นที่พึงประสงค์ของนายทุน ย่อมนำมาสู่การมีอำนาจเหนือรัฐ และผลประโยชน์ที่ไร้พรมแดนของนายทุนยุคโลกาภิวัตน์

หากมองอย่างผิวเผินอาจจะเห็นว่าเป็นผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ได้ประโยชน์จากการแข่งขัน ได้ประโยชน์จาก Comparative advantages กระตุ้นการแข่งขันเสรีที่นำมาซึ่งการผลิตที่มีคุณภาพ ในราคาที่ต่ำลงคุณภาพดีขึ้น ตัวเลื่อมมากขึ้นเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ มีการลงทุนมากขึ้นดึงเม็ดเงินเข้าประเทศมากขึ้น มีการจ้างงานมากขึ้น มีตลาดรองรับสินค้าจากประเทศไทยมากขึ้น เข้าถึงตลาดอเมริกันได้มากขึ้น ช่วยให้ได้เปรียบต่อคู่แข่งในตลาดอเมริกามากขึ้น แต่เมื่อศึกษาวิเคราะห์ลึกลงไปโดยเฉพาะในแง่ของกฎหมายแล้วจะพบเงื่อนไขที่ต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง และต้องใช้ สติ ปัญญา ในการพิจารณาอย่างมาก ต้องมีวิสัยทัศน์ที่ยาวไกล และการเตรียมพร้อมอย่างรอบคอบ มิฉะนั้นโลกทั้งโลกจะอยู่ภายใต้อำนาจของเครือข่ายบริษัทข้ามชาติของประเทศมหาอำนาจ

โลกนี้ไม่เคยว่างเว้นจากอำนาจของประเทศมหาอำนาจ ตั้งแต่ยุคอาณานิคม การมีทาส และมาเข้าสู่ยุคสมัยต่อไปเป็นยุคอาณานิคมทางเศรษฐกิจที่เลวร้ายไม่แพ้กัน หากจะนับไปแล้วประเทศทั่วโลกเพิ่งจะปลดแอกจากเจ้าอาณานิคม เป็นประเทศเอกราชมาได้ประมาณ 40 กว่าปีเท่านั้นเอง ประเทศกำลังพัฒนาเพิ่งจะได้ธำปไตยทางเศรษฐกิจมาไม่นาน แต่ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้กำลังกระโจนไปสู่การเป็นอาณานิคมทางเศรษฐกิจอีกครั้งหนึ่งในยุคโลกาภิวัตน์ และด้วยนวัตกรรมทางเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าล้ำยุคของประเทศมหาอำนาจทำให้การผลาญทรัพยากรธรรมชาติเป็นไปอย่างรวดเร็ว แน่แน่นอนว่าประเทศที่ด้อยกว่าย่อมเป็นเหยื่อของประเทศมหาอำนาจ ที่จะถูกใช้เป็นฐานการผลิต และมาผลาญการใช้ทรัพยากรอย่างรวดเร็วให้หมดสิ้นไป นำผลประโยชน์สู่ประเทศมหาอำนาจเหล่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งส่วนนายทุนของประเทศมหาอำนาจ จากการเปิดเสรีที่ไม่มีอุปสรรคนี้เองทำให้ไม่มีกรอบของกฎหมายที่จะมาขัดขวางการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากนั้นการทำประโยชน์จากการเป็นเจ้าของเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ประเทศมหาอำนาจมีอำนาจเหนือการพัฒนา และตัดรอนศักยภาพของคนท้องถิ่นในการพัฒนา Appropriate technology ในระยะยาวต่อไป อีกทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนทรัพยากรทางธรรมชาติอันเป็นทรัพย์สินทางชีวภาพที่มีคุณค่า อาจจะถูกปล้นไปโดยยุทธวิธีที่แยบยลภายใต้กรอบของ FTA นับเป็นการสูญเสียที่ยิ่งใหญ่ อีกทั้งก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ยากจะเยียวยา หากการใช้มาตรการป้องกันสิ่งแวดล้อมต่อนักลงทุนต่างชาติถูกตีความว่าเป็นการยึดทรัพย์สินทางอ้อม และรัฐบาลถูกฟ้องร้องห้ามการใช้มาตรการดังกล่าวอีกต่อไป ปัญหาสิ่งแวดล้อมถูกทำลายจึงเป็นเรื่องที่น่าเป็นห่วง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายใต้ FTA Thai-U.S. นั้นการผลาญทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ถือว่าการทำลายสิ่งแวดล้อม

สิ่งที่น่าเป็นห่วงคือการสูญเสียพื้นที่ทางการเกษตรแก่การรุกรานทางการลงทุนทางอุตสาหกรรม หากไม่มีการวางแผนจัดผังเมืองและสงวนเขตการเกษตรไว้ไม่นานคนชาติก็จะไม่มีที่ดินทำการเกษตรและอาจจะต้องซื้อข้าวจากต่างประเทศต่อไป และหากรัฐบาลมีการแก้ไขกฎหมายให้คนต่างชาติสามารถถือครอง เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ โอกาสที่คนชาติจะสูญเสียที่ดินแก่คนต่างชาตินั้นย่อมเป็นไปได้สูงมาก เนื่องจากอำนาจทุน ที่สามารถเข้ามาซื้อ ถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้นั่นเอง

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

- ไทยจะต้องกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่ชัดเจนก่อนการเคลื่อนไหวไปสู่ทิศทางใดทางเศรษฐกิจ ระหว่างการเปิดเสรีสุดโต่ง กับการเปิดเสรีอย่างระมัดระวัง ไทยเลือกรูปแบบการเปิดเสรีที่เหมาะสมได้ หากเราไม่อาจต้านทานกระบวนการโลกาภิวัตน์ตามยุคสมัยได้ การศึกษาที่ดี การสร้างคนไทยที่มีคุณภาพ มีประสิทธิภาพ และมีสติ ปัญญา มีคุณธรรม จริยธรรม เป็นสิ่งสำคัญ
- การทำ FTA จึงต้องเท่าทันสหรัฐและปรับโครงสร้างทั้งทางกฎหมาย และ สถาบันพื้นฐาน (Legal and Institutional Framework) มารองรับ มี Regulator ที่มีคุณภาพและ ประสิทธิภาพ เพราะ FTA ก็เหมือน Tsunami ที่ถาโถมเข้ามาอย่างไม่ทันตั้งตัว ปัญหาเฉพาะหน้าคือ การแข่งขันไม่ได้ของผู้ประกอบการไทย เพราะในระบบ Neo Liberalism ทุน และเทคโนโลยี เป็นข้อได้เปรียบ ซึ่งไทยสู้ไม่ได้ การเปิดเสรีจึงต้องมีปัญญามาก เพราะแนวคิดแบบ Neo Liberalism เป็นการสร้างตลาดเศรษฐกิจโลกแบบไม่มีพรมแดน ลดอุปสรรคทุกชนิด ลดบทบาทอำนาจรัฐ และลดอุปสรรคจากกฎหมายภายใน ยกเลิกมาตรการและนโยบายทางเศรษฐกิจภายในที่เป็นอุปสรรคโดยสิ้นเชิง บริษัทข้ามชาติสามารถเข้าถึงแหล่งทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดโดยไม่มีอุปสรรค ทั้ง Natural endowment และ created endowment ในอนาคต เศรษฐกิจทั้งโลกจะอยู่ในมือบริษัทข้ามชาติ และนายทุนใหญ่ การเปิดเสรีครั้งนี้มีนัยอันสำคัญกล่าวคือ โครงสร้างทางเศรษฐกิจที่เป็นอยู่ปัจจุบันของไทยเรานั้นไม่อาจรองรับการประกอบธุรกิจของทุนขนาดหมื่น หรือแสนล้านได้ จึงต้องสร้างโครงสร้างทางเศรษฐกิจใหม่ที่รองรับได้ และการลงทุนขนาดนั้นจึงต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่และสมบูรณ์ที่สุด ชนิดนักลงทุนฟ้องรัฐได้
- การทำ FTA ในขณะที่ไทยไม่มีระบบ กฎหมาย และ นโยบายการแข่งขัน Competition Law and Policy ที่เป็นธรรมที่มีประสิทธิภาพ ทำให้ไทยจะสูญเสียอำนาจ และ เอกราช หรือ อธิปไตยทางเศรษฐกิจเพราะการแข่งขันไม่ได้ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจดีกว่า เศรษฐกิจของประเทศจะอยู่ในมือคนต่างชาติ และอาจจะเกิด การใช้

อำนาจเหนือตลาดไปในทางไม่ชอบ Abuse of Market dominance ของบริษัทต่างชาติ และ
 นายทุนใหญ่ ตลอดจนปัญหาการผูกขาด และ Restrictive Business Practices

- ปัญหา Restrictive Business Practice ในรูปแบบต่างๆ ทำให้การแข่งขันไม่เสรีอย่างแท้จริง แต่เป็นการแทนที่อำนาจรัฐโดยอำนาจนายทุนใหญ่
- ปัญหาสิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ฐานทรัพยากรธรรมชาติถูกทำลาย หรือถูกแสวงหาประโยชน์ โดยไม่มีการวางแผน ประเทศจระพนาสูร และทิ้งความเสื่อมโทรมเอาไว้เบื้องหลัง ตัวอย่างการทำเหมืองทองในไทยโดยนายทุนต่างชาติ ซึ่งที่ดินไทย ภูเขาไทยราพนาสูรไป เป็นหมิ่นไร้ เพราะหิน 1 ตันสกัดทองคำได้ 1 กรัม นายทุนขนเงินออกนอกประเทศไปเป็น หมิ่นล้านบาท แต่รัฐบาลไทยเก็บค่าภาคหลวงได้เพียง 2 % จากรายได้ทั้งหมดที่ส่งออก นอกประเทศ และทิ้งหลุมไซยาไนต์อันเป็นสารพิษขนาดใหญ่ไว้ในแผ่นดินไทย สารพิษนี้ ใช้สำหรับการสกัดทอง และสารพิษนี้จะซึมลงสู่แหล่งน้ำใต้ดินให้คนไทยบริโภคโดยทั่ว หน้ากัน คุ่มค่ากันใหม่กับการเปิดเสรี แทนที่จะเก็บทรัพยากรของแผ่นดินไว้ให้ลูกหลาน ได้ค่อยใช้ทำประโยชน์นานๆ อีกทั้งอุตสาหกรรมรีไซเคิลจากต่างประเทศที่แผ่นดินไทย เป็นที่ตั้งโรงงานขยะอิเล็กทรอนิกส์ และวัตถุมีพิษ ขยะเหล่านี้จะถูกฝังกลบ หรือทิ้งขว้างใน แผ่นดินไทยโดยขนมาจากต่างประเทศ แล้วเก็บเอาแต่ชิ้นส่วนที่ยังเป็นประโยชน์ออกไปใช้ หรือเป็นวัตถุดิบของการผลิตสินค้าอื่นๆต่อไป ต่อไป แผ่นดินไทยทั้งประเทศจะเป็นเขต อุตสาหกรรม หรือเขตโรงงานของอเมริกา คนไทยคือแรงงานราคาถูกของนายทุน บ้านเรือนของเราก็ตั้งปะปนอยู่กับโรงงานสกปรกเหล่านั้น มีการจัดตั้งเขตคนรวยที่เฉพาะ คนรวยอยู่อาศัย คนไทยผู้ยากไร้อยู่ในเขตคนจน ตัวอย่างเห็นได้ในประเทศฟิลิปปินส์ และ บราซิล แม็กซิโก อาร์เจนตินา ที่เปิดเสรีล่วงหน้าไปแล้ว

การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมาย

มาตรา 1. Scope and Coverage

ประเด็น บทนิยาม “Investor” และ “Covered investment” เป็นการกำหนดบทนิยาม คำว่า “นักลงทุน” และ “ การลงทุน” เพื่อเป็นกรอบการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนที่กว้างขวางไว้ ขอบเขต

เพราะ บทนิยามคำว่าการลงทุน และ นักลงทุนเกี่ยวข้องกับหลายสิ่ง หาก ใคร หรือ สิ่งใด อยู่ภายใต้บทนิยามนี้ก็จะได้รับประโยชน์จาก FTA ดังนั้น Portfolio Investment ก็เป็นการลงทุน นาย จอร์จ โชลอจ ผู้โจมตีเงินบาททำให้ไทยประสบวิกฤติเศรษฐกิจทางการเงินก็เป็นนักลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองได้ และสิทธิประโยชน์ภายใต้ FTA ได้แก่

1. สิทธิประโยชน์ทั้งหลายภายใต้ FTA ทั้งหมด
2. การเข้ามา และ ได้รับอนุมัติการลงทุน (Entry, admission and Establishment)
3. การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน ได้รับความคุ้มครองจากการเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย การคุ้มครองจากการประกอบกร (Full Protection from expropriation) การได้รับการคุ้มครองภายใต้บทการคุ้มครองทั้งหลายเช่นเรื่องเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย และ การได้รับดอกเบี้ยต่างๆ จากการชดเชยการยึดทรัพย์ full protection and security
4. การได้รับสิทธิภายใต้การเวนคืนยึดทรัพย์ทั้งทางตรงและทางอ้อม taking of property จากการบังคับใช้กฎหมายของไทย และการป้องกันการถูกทำลายโดย การจลาจล และการใช้กำลัง
5. การได้รับสิทธิประโยชน์ และ สิ่งจูงใจในการลงทุน (Entitle to incentives) การได้รับสิ่งจูงใจในการลงทุน ทั้ง Tax incentives and non-tax incentives
6. การส่งผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศได้โดยเสรีหากเป็นผลได้จากการลงทุน (Entitle to freely fund transfer) ไทยอาจประสบภาวะวิกฤติทางการเงิน
7. การนำข้อพิพาทสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (dispute settlement) นักลงทุนฟ้องรัฐได้
8. อัตราส่วนการถือครองหุ้น (Equity ratio) จะเป็น 100 % หรือได้สิทธิCumulative Equity Ratio ภายใต้ อาเซียนตามหลัก MFN ตามที่อเมริกาขอ
9. การได้รับการ(ระดับดี)ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ/หรือ ชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment ในทุกกรณีภายใต้ FTA
10. การได้รับประโยชน์จากข้อบทเรื่องผู้บริหาร จัดการ (Management, Director)ที่เป็นคนต่างชาติได้ 100% ไม่ต้องเป็นคนไทยในคณะกรรมการบริหาร

11. นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินออกนอกประเทศโดยไม่จำกัด หรือตกอยู่ภายใต้กรอบมาตรการทางการเงิน Freely funds transfer ข้อนี้ทำให้ยากแก่การควบคุมการส่งเงินออกนอกประเทศโดยเฉพาะไม่สามารถมี Short-Term Capital Control ซึ่งอันตรายที่สุด ไทยเคยหาหนะกับเรื่องนี้มาแล้วตอน Financial Crisis
12. การได้รับสิทธิประโยชน์จากกระบวนการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในกรอบของ State-Investor dispute settlement นักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐได้
13. การได้รับผลประโยชน์ตามความตกลงภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆที่ไทยทำไว้ทั้งระบวิภาคี และพหุภาคี เช่นสิทธิประโยชน์ภายใต้ ASEAN
14. การได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย และมาตรการการลงทุนอื่นๆ หรือสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่น การส่งเสริมการลงทุนดังกล่าว และตามหลักการ NT/MFN
15. การได้สิทธิในการลงทุน หรือ ควบคุม การลงทุนทางอ้อม (Indirect Own or Control Investment)

แม้ไทยเสนอเฉพาะ “Direct investment” ก็จริงซึ่งถูก Circumvent ได้ไม่ยากนัก

Definition ใน investment chapter ซึ่งขึ้นอยู่กับคำนิยามของคำว่า Investor และ Investment ใน General Definition Clause ด้วย แต่ใน Investment Chapter ไทยได้ยอมรับว่า Investment หมายถึง “Investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. From that an investment may take include:

- (a) an enterprise
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise
- (c) bonds, debentures, other debt instruments and loans;
- (d) future, options, and other derivatives;
- (e) Turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) Intellectual property rights;
- (g) Licenses authorization, permits and similar rights conferred pursuant to domestic law; and

- (h) Other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;

เดิมที่ถ้อยคำที่ใช้ใน Bilateral Investment Treaty (BIT) ปกติจะนิยาม Investment ว่า “investment brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any Contracting Party by nationals or companies of any Contracting Party and which are specifically approved in writing and registered by the host country”

และเดิมที่นั่นการอนุมัติการลงทุนเป็นอำนาจของรัฐเจ้าบ้าน (Host country) ในสนธิสัญญาจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “Each Contracting Party will endeavor to admit in its territory, in accordance with its legislation, the investment of capital by nationals or companies of the other Contracting Party.....” “Investment owned by, or under the management or effective control by nationals or companies of each Contracting Party.....” แต่ต่อไปไทยต้องให้สิทธิการปฏิบัติเชิงคนชาติในระดับ Pre-establishment แก่นักลงทุนอเมริกัน

2. มาตรา 2 Relation to other chapters

ถึงแม้จะมีถ้อยคำที่ดูดีว่า 1. In the event of any inconsistency between this chapter and another chapter, the other chapter shall prevail to the extent of this inconsistency. ก็ตาม แต่โอกาสที่ chapter ต่อ chapter จะขัดกัน per se นั้นยาก สิ่งที่จะขัดกันมักเป็นประเด็นภายใน chapter เอง เช่น การลงทุนที่ถูกกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสั่งห้ามนั้น จะถูกหยิบมาพิจารณาใน chapter การลงทุนมิใช่ chapter สิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะถือว่าเป็น indirect expropriation หรือไม่นั้น จะพิจารณาเป็นกรณีไป ไม่ได้อยู่ในขอบทสิ่งแวดล้อมแต่ประการใด และจะโยงมาที่ dispute settlement โดยกลไกอนุญาโตตุลาการเพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาการลงทุนว่าจะกระทำได้หรือไม่ ส่วนกรณีที่ขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมก็เป็นไปตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กล่าวคือเพราะขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงลงทุนต่อไป หรือดำเนินธุรกิจต่อไปไม่ได้

2. มาตรการและขอบทในขอบทการลงทุนไม่นำไปปรับใช้กับการนำพันธบัตร หรือหลักทรัพย์ใดๆ ที่จะต้องนำมาวางเป็นประกันในการให้บริการ ค้าบริการ

มาตรา 3. National Treatment

มาตรา 3.1, 3.2 ให้นำ National treatment มาปรับใช้ในขั้น pre-establishment ทำให้นักลงทุน และการลงทุน ไทยและสหรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคัดสรร นักลงทุน และการลงทุน ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนอื่นใด (TRIMS) ไม่อาจจะนำมาเป็น เงื่อนไขในการรับการลงทุน หรือเงื่อนไขในการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งหลายท่านอาจจะเห็นว่า TRIMS ก็เหมือนกับที่กำหนด ใน FTA นั้นแท้จริงแล้ว FTA ก้าวล่วงไปกว่านั้นมาก TRIMS-Plus โดยผ่านกลไกของ Negative Approach เพราะไม่ว่า TRIMS จะนำมาใช้ไม่ได้ก็ตามแต่อำนาจ อธิปไตยของรัฐด้าน Core Sovereignty ไม่ได้ถูกระทบ แต่ FTA จะก้าวล่วงเข้ามาถึง Core Sovereignty ด้วยถ้าไทยไปตกลงผูกพันตามนั้น

มาตรา 3.3 ให้ไทยให้ National Treatment แก่นักลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้กับคนชาติที่ลงทุนแม้ ในระดับท้องถิ่น สหรัฐได้บทเรียนมาจากจีน conflict of law ระดับ

มาตรา 4 Most-Favored-Nation Treatment

มาตรา 4.1, 4.2 ให้ไทยต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแก่นักลงทุนและการ ลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้แก่ชาติชาติอื่นๆ ซึ่งย่อมรวมทั้งที่ไทยได้ให้แก่นักลงทุนและการลงทุน อื่นๆภายใต้ความตกลงระดับภูมิภาคใดๆ หรือ ระดับทวิภาคีใดๆ เช่น ภายใต้ความร่วมมือ อาเซียน ตามโครงการ AIA, AFAS, เป็นต้น เท่ากับสหรัฐต้องการ ASEAN-Plus อีกด้วย

ไทยได้สงวนที่จะไม่ให้ความผูกพันในระดับภูมิภาคอยู่ภายใต้มาตรา 4 แต่ต้องดูต่อไปว่า ในท้ายที่สุด อเมริกายอมตามหรือเปล่า และคาดหมายได้ว่าไม่ยอม

มาตรา 5 Minimum Standard of Treatment

ให้นักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ ซึ่งกว้างขวาง และส่วนใหญ่วิวัฒนาการ จากโลกตะวันตกและประเทศที่พัฒนาแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งไปยกเลิก A New International Economic Order ในช่วง De-colonization ที่เคารพอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และ สิทธิของคนชาติทางด้านเศรษฐกิจ สหรัฐเรียกร้องการคุ้มครองอย่างเต็มที่ “Fair and Equitable treatment”, Full protection and security” “Do not deny justice...process embodied in the principal legal system of the world” “...to provide the level of police protection required under custom international law” และการปฏิบัติที่ดีกว่าที่สุดระหว่าง NT, MFN, Minimum standard

มาตรา 5.3 หากสหรัฐปฏิบัติผิดในข้อบทใดๆ หรือพันธะภายใต้ความตกลงใดๆ (ที่สหรัฐมิได้เป็น ภาคคู่ด้วย) ไม่ถือว่าสหรัฐปฏิบัติผิดพันธะกิจภายใต้สนธิสัญญานี้

สรุป คือ ไทยให้สิทธิใดๆที่ดีกว่า มีประโยชน์กว่าต้องให้สหรัฐด้วย ส่วนข้อพันธะใดๆที่สหรัฐไม่ต้องการผูกพันด้วยโดยไม่ได้เป็นภาคี ไทยจะไปบังคับให้ต้องปฏิบัติตามไม่ได้ รับแต่สิ่งดีๆต้องการได้แต่สิทธิ แต่ปฏิเสธหน้าที่

ข้อ 4. ไทยต้องรับผิดชอบในความสูญหาย เสียหายใดๆ แม้เกิดขึ้นเพราะการใช้กำลัง สงครามกลางเมือง เหตุจลาจลใด ดังนั้นหากในอนาคตเกิดคนไทยลุกฮือขึ้นมาทำลายโรงงาน การลงทุน การเดินประท้วง ทำลายทรัพย์สินใดๆ เกิดเหตุจลาจลไม่ว่าไทยจะใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการเข้าควบคุม ดูแล ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) แล้วก็ตามรัฐบาลไทยก็ต้องรับผิดชอบเสมอ เหตุสุดวิสัยไม่เป็นข้อยกเว้นหากไทยยอมตกลงรับ

กรณีที่น่าเป็นห่วงอย่างมาก คือ กรณีที่รัฐวิสาหกิจ สาธารณูปโภคทั้งหลายที่จะแปรรูปเป็นของเอกชนแต่ต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรี ย่อมมีโอกาสอย่างมากที่จะตกอยู่ในกำมือของนักลงทุนต่างชาติ ที่เหนือกว่าด้วยทุน และเทคโนโลยี ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา รถไฟ โทรศัพท์

การแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นในต่างประเทศทำกันเป็นปกติก็จริง ไม่ใช่เรื่องแปลก แต่ถ้าประเทศไทยทำนั้นแตกต่างจากต่างประเทศอย่างมาก เพราะเหตุผลดังต่อไปนี้

รัฐวิสาหกิจเหล่านี้เป็นบริการสาธารณะ ที่มีการลงทุนสูง โดยธรรมชาติเป็นการลงทุนในตลาด Oligopolistic Market หรือบางประเทศเป็น Natural Monopoly ตลาดเช่นนี้โดยธรรมชาติมีการแข่งขันได้น้อยราย โอกาสที่กิจการตกเป็นของต่างชาติมีมากกว่าจะตกอยู่ในมือคนไทย ในต่างประเทศการแปรรูปรัฐวิสาหกิจยังอยู่ในมือนักธุรกิจคนชาติ เงินยังคงหมุนเวียนอยู่ในประเทศ หรือเป็นผลประโยชน์ของชาติ แต่หากรัฐวิสาหกิจของไทยแปรรูปแล้ว ไปตกอยู่ในมือต่างชาติ ผลกำไรที่ผู้ประกอบการทำได้ ย่อมถูกนำส่งออกนอกประเทศ และ การทำธุรกิจคือการ Maximise Profit เงินทุนต่างๆที่ลงทุนก็ต้องถอนทุนคืนพร้อมกำไร ส่งออกนอกประเทศหมด ตามพันธะภายใต้ FTA เรื่อง Freely fund transfer

ในปัจจุบันพลังงานทดแทนยังไม่ได้พัฒนาไปมากนัก การขาดแคลนพลังงาน ทำให้โอกาสที่ต่างชาติซึ่งได้กิจการเหล่านี้ไป ย่อมนำเอาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มาใช้โดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งการลงทุนชนิดนี้สูงมากหากคนไทย ไม่ปรารถนาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เกิดการต่อต้าน รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบในทุกกรณี หากต้องยอมให้สร้าง ประเทศไทยก็เสี่ยงกับ โศกนาฏกรรม เช่น โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์เชอโนบีลในรัสเซีย ที่เทคโนโลยีสูงมากแล้วยังพลาดได้คนตายไม่รู้

เท่าไร่ บาดเจ็บและเป็นมะเร็งจำนวนมหาศาล เหมือนโดนระเบิดปรมาณู หากไม่ยอมให้สร้าง
รัฐบาลก็ต้องชดใช้ทรัพย์สิน พร้อมดอกเบี้ยมากมายมหาศาล ที่คนไทยทุกคนต้องแบกรับภายใต้
ข้อตกลงเรื่องการชดเชยการเวนคืน ยึดทรัพย์

รัฐบาลไม่อาจควบคุม หรือกำหนดราคาค่าบริการได้ ผู้บริโภคจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูงมาก คน
ยากจนจะลำบาก

การแข่งขันที่จะสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ การได้ประโยชน์จาก Comparative Advantages และ
จาก Economy of Scale ได้จริง ๆ นั้น Competitor ต้องมีศักยภาพพอ ๆ กัน หาก คู่แข่งคนหนึ่งเป็น
Champion อีกคนเป็นเด็กพิการขาดอาหาร ย่อมไม่มีโอกาสแข่งขันได้ในทุกกรณี ที่สำคัญไม่มี
โอกาสได้แข่งด้วยเพราะถูกตัดโอกาสในการพัฒนาในระยะยาวด้วย เด็กขาดอาหารคนนี้อาจจะถ่อ
ถาดทองคำในมือก็ยังคงถูกแย่งชิงเอาไปได้ด้วยกำลัง

คำว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้นบทนิยามเป็นสิ่งสำคัญ มีแต่เงิน และวัตถุ แต่ขาดคุณภาพชีวิต
จิตใจหายขาด สังคมตกต่ำ ช่องว่างระหว่างคนจนและคนรวยสูงเกินไป ชีวิตคนจำนวนหนึ่งไม่มี
สภาพเป็นมนุษย์ เงินของคนรวยก็ไม่สามารถจะเยียวยาสังคมได้

จงคิดให้ดี ๆ อยู่อย่างสมถะ พอเพียงตามแนวพระราชดำริ รักษาแผ่นดินไทยไว้ให้ลูกหลานได้อยู่
อย่างมีความสุขนาน ๆ รักษาทรัพยากรธรรมชาติ และภูมิปัญญาไทยเอาไว้ให้ยั่งยืน พัฒนาคนไทย
ให้มีปัญญามาก แนวทางการพัฒนาแบบยั่งยืน Sustainable Development เป็นสิ่งที่เหมาะกับคนไทย
ไม่ต้องโตให้เร็วหรือหวือหวา แต่ช้าในกลาง แล้วแม้แต่แผ่นดินก็ไม่เหลือไว้ให้คนไทยอยู่ ชาวต่างชาติ
ซื้อกิน อย่างนี้จะสุขหรือ

แผ่นดินนี้จึงต้องการบุคคลที่ซื่อสัตย์สุจริตเป็นสำคัญ และมีปัญหาในการนำรัฐนาวาไปอย่างมั่นคง
ไม่ต้องตกเป็นทาสใครเพราะคนไทยเกิดและตายบนแผ่นดินไทย ไม่หนีไปไหน และสหรัฐอเมริกา
ไม่เปิดเสรีเรื่อง Labor Movement คนไทยไปอเมริกาไม่ได้ นอกจากการลงทุน ซึ่งโอกาสน้อยกว่า
มากนัก One way Investment- One way preferential treatment

นักลงทุนอเมริกาผลาญทรัพยากรธรรมชาติไปหมดแล้วเหลือแผ่นดินที่ว่างเปล่าไว้เบื้องหลังให้คน
ไทย กับสภาพมลพิษ มลภาวะ สิ่งแวดล้อมถูกทำลาย

ข้อ 5. กำหนดให้ฝ่ายไทยต้องรับผิดชอบประการในการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะโดยการบังคับหรือโดยอำนาจตามกฎหมายก็แล้วแต่ (5(a), 5 (b) ไทยต้องให้การชดเชยอย่างเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการยึดทรัพย์สิน ตามหลัก Prompt, adequate, and effective ว่าด้วยการยึดทรัพย์สิน

หากไทยไม่คุ้มครอง หรือคุ้มครองบกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในทุกกรณี ไทยก็ต้องรับผิดชอบ หากไทยไม่ดูแลเรื่องโรงงานไทยปฏิบัติตามกฎหมาย ไทยก็ต้องรับผิดชอบ และอาจจะต้องชดเชยแบบเกี่ยวกับการเวนคืน ยึดทรัพย์สิน

ข้อ 6. Expropriation and Compensation

จะไม่มีมีการยึดทรัพย์สินทั้งทางตรงและทางอ้อม เว้นแต่ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ มีการชดเชยอย่างเต็มที่ และเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 5.1-5.3

มาตรา 6.2.b

ส่วนการชดเชยต้องกระทำโดยทันทีไม่ล่าช้า ก่อนการยึดทรัพย์สิน หรือเวนคืนจะได้กระทำขึ้น (before the expropriation took place) ในวันที่ยึดทรัพย์สิน ในราคาตลาดตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกยึด นั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงมูลค่าใดๆ และการชดเชยต้องสามารถนำเงินส่งออกนอกประเทศได้โดยเสรี ต้องสามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่แลกเปลี่ยนได้ด้วย และต้องชดเชยพร้อมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามทางการพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ ใครจะกำหนด เอาอะไรเป็นเกณฑ์กำหนดตั้งแต่วันที่เวนคืน ยึดทรัพย์สิน จนถึงวันที่ได้ชดเชยจนเรียบร้อยแล้ว

ปัญหาเกี่ยวเนื่องของผลในมาตรานี้คือ กรณีที่มีการตีความว่า การที่นักลงทุน และการลงทุนสหรัฐถูกยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้น หากได้กระทำไปแล้ว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับในมาตรานี้ ไทยย่อมต้องเสียดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ถูกตีความว่ายึดทรัพย์สินทางอ้อม ฉะนั้นนอกจากไทยจะต้องรับผิดชอบใช้ คืนทรัพย์สินตามหลักการเวนคืน ยึดทรัพย์สินแล้ว ยังต้องโดนเรียกร้องให้ชำระดอกเบี้ยด้วยโดยอัตโนมัติ เท่ากับการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้นจะโดนเรียกเก็บดอกเบี้ยเสมอ ได้มีการเจรจา ยกเว้นตรงนี้หรือไม่?

มาตรา 7 Transfers

การโอนเงิน หรือผลประโยชน์ใดๆออกนอกประเทศสามารถกระทำได้โดยเสรี และไม่ถูกจำกัด และให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตามอัตราที่ตลาดในเวลาที่ทำกรโอน

ปัญหาที่เชื่อมโยง คือ ประเด็นเรื่อง อะไรคือการลงทุน เพราะผลของกำไรจากการลงทุนโอนได้ทุกชนิด จึงต้องทราบว่า การลงทุนกว้างขวางแค่ไหน ผลประโยชน์จากการลงทุนก็กว้างขวางแค่นั้น การโอนเงินจึงสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดหากการลงทุนถูกนิยามไว้ไม่จำกัด

มาตรา 8 Performance requirements

มาตรการทางการลงทุนที่ถูกกำหนดห้ามภายใต้มาตรา 8 นี้กว้างกว่า TRIMS และที่จริงแล้ว TRIMS เพียงแต่ยกตัวอย่างของ TRIMS เท่านั้นและอยู่ภายใต้สิทธิในการเสนอขอเจรจาได้หลังจากผ่านช่วงเปลี่ยนผ่าน และ TRIMS นั้นห้ามเฉพาะที่รัฐเจ้าบ้านกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเพื่อรับการลงทุน หรือ ส่งเสริมการลงทุน แต่ตาม FTA นั้น ไม่ว่าจะกำหนดเป็นเงื่อนไข (มาตรา 8.2) หรือ แม้ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขการรับการลงทุน (มาตรา 8.1) ก็กระทำไม่ได้ โดยเหตุนี้ประโยชน์ที่ควรจะได้จากการลงทุนแก่ประเทศเจ้าบ้านเช่น การถ่ายโอนเทคโนโลยี การพัฒนาวิชาการ การบริหารการจัดการ การตลาดหรือมาตรการอื่นๆที่ไทยเคยใช้เพื่อส่งเสริมการลงทุนจึงไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป ยิ่งกว่านั้นที่เคยคิดว่าการลงทุนเป็นการดึงเม็ดเงินเข้าประเทศนั้นก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะทุกบาททุกสตางค์ที่นำเข้ามาในประเทศนั้น ในที่สุดจะถูกส่งออกไปทั้งหมดพร้อมกับกำไรที่มากกว่าก็ได้ จะไม่เหลืออะไรสำหรับแผ่นดิน และคนไทย ทุนหมุนเวียนที่คงเหลือในประเทศก็เกินไปเพื่อการดำเนินการธุรกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของบริษัท (To maximize profit)

แม้จะปรากฏในวรรค 3 (a) ว่าไม่เป็นข้อห้ามที่จะกำหนดมาตรการบางประการเพื่อการกำหนดที่ ที่ทำการผลิต ให้บริการ ฝึกหัดคน พนักงาน จ้างงาน ก่อสร้าง ติดตั้งอุปกรณ์ วัสดุ เครื่องมือ หรือเพื่อการวิจัยและพัฒนา ก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์โดยส่วนเดียวภายในการดำเนินการของผู้ประกอบการ ภายในองค์กรเท่านั้นมิใช่เพื่อประโยชน์ของสังคมไทยโดยรวม รวมทั้งข้อ 3(b) ไม่ให้นวรรค 1 (b) มาปรับใช้ในการถ่ายโอนเทคโนโลยี ขบวนการผลิต หรือความรู้อื่นใดแก่บุคคลในประเทศเจ้าบ้านก็ตาม ก็เป็นเพียงผลประโยชน์ขององค์กรธุรกิจโดยตรงเท่านั้น

มาตรา 8.3 (c) นั้นอนุญาตให้กำหนดมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม adopting or maintaining measures, including environmental measures” ก็จริงแต่ไม่ได้กล่าวถึงการบังคับตามมาตรการทางสิ่งแวดล้อมด้วย ยิ่งกว่านั้นข้อบทการลงทุนกำหนดไว้ชัดเจนว่ามาตรการดังกล่าวต้องไม่ขัดกับความตกลง FTA นี้ “law and regulations that are not inconsistent with this Agreement” จะเห็นได้ว่านักลงทุนกับปัญหาสิ่งแวดล้อมย่อมตกอยู่ภายใต้ข้อบทการลงทุนหากกระทบการลงทุนและเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น ตามมาตรา 5.5 (a), (b) ประกอบมาตรา 4 (a) Annex B.

มาตรา 9 Senior Management and Boards of Directors

สนธิสัญญากำหนดห้ามที่จะมีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของผู้บริหารที่ไทยเคยกำหนดไว้เพื่ออำนาจในการควบคุม บริหาร และ ดูแลองค์กรธุรกิจ จึงกล่าวได้ว่าไทยไม่มีโอกาสเป็นเจ้าของบริษัทต่างชาติ เพราะไทยไม่สามารถกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท Limitation of Equity

Ratio อีกต่อไป ต่างชาติสามารถเป็นผู้ถือครองหุ้นได้ 100% และไม่มีโอกาสเป็นคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่ไทยเคยทำได้

มีผู้โต้แย้งว่าไทยเราก็ได้เคยให้สิทธิในการถือครองหุ้น 100% มาแล้วไม่มีอะไรต้องกังวลนั้นเป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจว่าโดยหลักกฎหมายทั่วไปเรามีข้อจำกัดในเรื่องการถือครองหุ้นไม่เกินอัตราส่วนข้างมาก 49: 51 มาโดยตลอดจนกระทั่งการมีมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่อนุญาตให้ต่างชาติถือครองได้มากกว่าอัตราที่กำหนด ได้ถึง 100% แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องของการส่งเสริมการลงทุน มีเงื่อนไขต่างๆมากมายเช่น ข้อกำหนดในเรื่อง Local content requirement, Export, Allocation of investment, etc. และอีกกรณีคือภายใต้ Hanoi Plan ของความร่วมมืออาเซียน และ Short Measures เพื่อกระตุ้นการลงทุน หลังวิกฤตทางการเงินที่ผ่านมา นั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นล้วนแต่เป็นมาตรการชั่วคราว และมาตรการเฉพาะ ซึ่งจะยกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้ ไม่เป็นกฎหมายที่ออกมาถาวร ส่วนผลของ FTA นั้นจะทำให้ไทยต้องออกกฎหมายมาอนุวัติการตามข้อผูกพันในสนธิสัญญา

แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้มีกฎหมายกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้น 49-51 % ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ในหลายรูปแบบก็จริงแต่สิ่งเหล่านั้นย่อมเป็นการกระทำผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งกระทำผิดกฎหมาย หากมีการตรวจสอบและพบ ย่อมเป็นการกระทำผิด อย่างน้อยบุคคลที่มีคุณธรรม จริยธรรมย่อมมีหิริโอตัมปปะ เกรงกลัวไม่กล้ากระทำ หรือหากใจหายบกล้ำกระทำก็ต้องคอยหวาดกลัวภัยว่าจะถูกตรวจพบการกระทำผิดกฎหมายนั้นๆ จึงไม่เหมือนกันอย่างแน่นอน

แม้ว่ามาตรา 9.2 จะอนุญาตให้กระทำได้แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่าต้องไม่ทำให้อำนาจการบริหารจัดการเหนือการลงทุนต้องสูญเสีย หรือด้อยลงไป จึงเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติย่อมยากที่จะปฏิบัติตามได้ยิ่งโอกาสที่นักลงทุนเป็นเจ้าของทั้งหมด ย่อมไม่มีโอกาสที่คนไทยจะเข้าไปก้าวท้าวได้

มาตรา 10 Investment and Environment

ถึงแม้ถ้อยคำในข้อบทดังกล่าวจะอ่านแล้วดูดีก็ตามแต่ต้องตกอยู่ภายใต้บริบทที่ว่า “Measure otherwise consistent with this Chapter”

มาตรา 12 Non-Conforming measures

3. หลังจากสนธิสัญญามีผลบังคับแล้วรัฐภาคีจะไม่ใช้มาตรการในการให้นักลงทุนขาย หรือจำหน่ายจ่ายโอน ถอนการลงทุน ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของนักลงทุน

มาตรา 14 การยุติข้อพิพาทซึ่งให้สิทธิเอกชนในการฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง

ทำให้รัฐบาลไทยมีโอกาสถูกฟ้องเป็นหมิ่น เป็นพันล้านได้โดยง่าย เช่นที่เกิดขึ้นใน เม็กซิโก แคนาดา หรือ รัฐอาจจะหาทางออกโดยยอมแพ้เพื่อแลกกับการที่จะไม่ต้องถูกฟ้องโดยเอกชน ยอมไม่ออกกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่เป็นการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือคนชาติ หรือยอมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้ว เช่นนี้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติก็ถูกระทอนไปด้วย

ข้อที่น่าสังเกตคือนักลงทุนต่างชาติมีสิทธิมากกว่านักลงทุนไทยในการฟ้องรัฐได้เนื่องจากเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องการคุ้มครองการลงทุนต่างค่า

ข้อ 5. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันรัฐภาคี และรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยพลัน และในข้อ 6 รัฐภาคีจะไม่เรียกร้องหักกลับกับเงินที่จะได้รับจากการชดเชย

มาตรา 15 การนำข้อพิพาทสู่การอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการผิดสัญญาในพันธกรณี ภายใต้สนธิสัญญา ผิดสัญญาการลงทุน หรือผิดหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการลงทุน ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการลงทุน และนักลงทุนไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม

รับรองกฎ ระเบียบของ UNCITRAL, ICSID, New York Convention, การบังคับการให้เป็นไปตาม คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยต้อง enforce arbitration award ให้โดยไม่ต้องพิจารณาคดีซ้ำ โดยเหตุที่ Arbitration Award นั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายในตัวเองเป็น Pacta Sunt Servanda การไม่ปฏิบัติตาม Arbitration Award จึงเป็นเพียงการผิดสัญญาเท่านั้น ดังนั้น FTA จึงเรียกร้องให้ศาลไทย บังคับการตาม Arbitration Award ให้ด้วยโดยพลัน

มาตรา 16 Consent of each party to arbitration

โดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการ จะต้องได้รับการยินยอมจากคู่ภาคีจึงต้องให้รัฐภาคีให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

และให้เป็นไปตามบทบัญญัติ ICSID เรื่องเขตอำนาจเหนือการชี้ขาดข้อพิพาท

รวมทั้งให้บังคับการตาม New York Convention ด้วย

มาตรา 21 Governing Law

ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ, กฎหมายที่คู่ภาคีตกลง, ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือถ้าไม่ได้ตกลงไว้ให้ใช้กฎหมายขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ

การตีความภายใต้ข้อบทเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการร่วม และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความเห็น หรือการตีความของคณะกรรมการ และหากคณะกรรมการไม่ให้คำตัดสิน ให้อำนาจตกเป็นของอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 25 ข้อ 10 ให้ถือว่าข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้า พาณิชย์ ทั้งนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมาตรา 1 ของ New York Convention “A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purpose of Article I of New York Convention”

มาตรา 29 แม้จะมีมาตรการจำกัดการส่งออกเงินเมื่อมีภาวะเสียดุลทางการเงินก็ตามแต่กลับตกอยู่ภายใต้มาตรการของ IMF จะต้องคำนึงถึงเศรษฐกิจ และความเสียหายทางเศรษฐกิจของอีกฝ่ายหนึ่ง

Annex A Customary International Law นิยามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมโลก โดยเฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่มีโอกาสได้เห็น หรือศึกษา Annex ต่างๆ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญยิ่ง

ไม่มีโอกาสเห็น General definition, Entry into force, consent to be bound by State

Expropriation Annex B

4. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by- case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (i) the economic impact of the government action,
- (ii)
- (iii) the character of the government action

ไม่มีโอกาสเห็นสนธิสัญญาทั้งฉบับนั้นเสียมากเพราะต้องอ่านทั้งฉบับ ไม่ทราบว่าข้อข้อบทใดที่อาจจะกระทบข้อบทอื่น เช่นนักลงทุนอาจจะได้ Double wind fall benefit จากการส่งเสริมการลงทุน เช่น การยกเว้นภาษี และขณะเดียวกันก็ได้รับสิทธิประโยชน์ตาม FTA ด้วย หรือประเด็นการลงทุนกับเรื่องวังเวดล้อม เป็นต้น

ปัญหาด้านภาษีอากร ไทยได้ทำข้อสงวนเรื่องกฎหมายภาษีอากรไว้รัดกุมเพียงใดมิฉะนั้น การลงทุนที่ควรจะต้องให้ภาษีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของไทยจะตกอยู่ภายใต้การขนเงินออกนอกประเทศ และไม่ต้องเสียภาษี ทั้งจากผลของ Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Haven, Conduit Company etc. รายได้ของชาติคือภาษีอากรหารัฐบาลไม่ได้เก็บภาษีเต็มเม็ดเต็มหน่วย ชาติก็ไม่เหลืออะไร และไม่มั่งบประมาณมาพัฒนาประเทศชาติ

นอกจากนี้ภายใต้สนธิสัญญาที่ญี่ปุ่นทำกับประเทศอื่น ในลักษณะ สนธิสัญญาความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ที่ไทยทำกับญี่ปุ่น (อาจจะปรากฏในความตกลง ไทย-ญี่ปุ่นด้วย) การเรียกเก็บภาษีอาจถือว่าเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ทางอ้อมได้ ซึ่งหากไทยได้ทำกับญี่ปุ่น อเมริกาย่อมได้ประโยชน์อย่างเดียวกันภายใต้หลัก MFN ด้วย ในประเด็นนี้กำลังพยายามหา Text มาดูเพื่อยืนยันข้อมูล

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายในกระบวนการทำสนธิสัญญา

อำนาจอธิปไตยของรัฐ

1. กระบวนการเจรจา ทำสนธิสัญญา: การมีส่วนร่วมของภาคส่วนที่ถูกระทบโดยตรงและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทาง

รัฐบาลควรให้ความสำคัญกับการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศชาติ และประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เพราะ FTA ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจของชาติ ทำให้เป็นระบบ Capitalism ที่เน้นการเปิดเสรีเต็มรูปแบบ TNCs จะเป็นผู้กุมอำนาจทางเศรษฐกิจ ลดบทบาทอำนาจรัฐ ลดการเข้ามากำกับดูแลของรัฐ ลดอุปสรรคจากระเบียบ กฎหมาย ข้อบังคับ ทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคนชาติซึ่งด้อยกว่าในเรื่องทุน เทคโนโลยี การบริหารจัดการไม่อยู่ในภาวะที่แข่งขันได้ และเกี่ยวข้องกับทุกภาคส่วนของสังคม จึงควรที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเข้ามาดูแลตลอดจนภาคส่วนนั้นๆ โดยตรง เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณา มากกว่าข้าราชการประจำเพียงส่วนเดียว ในขณะที่สหรัฐอเมริกาจะใช้ Professional โดยตรงในแต่ละเรื่อง โดยเฉพาะนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญในแต่ละเรื่องจริงๆ มาดูแลในส่วนต่างๆ นั้นโดยตรง

2. ขั้นตอนการแสดงเจตนา ยินยอมของรัฐในการผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent to be bound by a treaty expressed by signature, ratification, acceptance or approval etc)

การแสดงเจตนายินยอมผูกพันสนธิสัญญาโดยรัฐ ซึ่งอาจจะกระทำได้หลายวิธีนั้น ได้แก่ การลงนาม การให้สัตยาบันหลังจากลงนามแล้ว การให้ความเห็นชอบ การยอมรับ เป็นต้น ไทยควรที่จะต้องตกลงให้สนธิสัญญานั้นผูกพันรัฐโดยวิธีการให้สัตยาบันหลังจากลงนามแล้ว มิใช่ให้ผูกพันทันที เมื่อลงนาม เพื่อเป็นโอกาสที่ไทยจะได้พิจารณาข้อบทที่ จะถูกบังคับใช้ ที่ถูกต้องแท้จริง (Authentic Text) เพราะก่อนหน้านี้ทุกฝ่ายไม่อาจจะทราบว่าสนธิสัญญามีสาระอย่างไรบ้าง จริงๆ จนกว่าจะได้มีการ Authentication เสียก่อน จึงควรให้เวลารัฐบาลโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และประชาชนพิจารณา ชั่งน้ำหนัก ส่วนได้และเสีย ให้รอบคอบก่อน และไม่ควรจำกัดเวลาในการให้สัตยาบัน เพราะสหรัฐอเมริกาเองก็เคยใช้เวลาในการตัดสินใจให้สัตยาบันนานกว่า 40 ปีก็มีในสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามไว้แล้ว

การทำ FTA นั้นต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (และภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง) เพื่อเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และ การให้สัตยาบันสนธิสัญญา จึงจะกระทำได้โดยต้องให้รัฐสภาเห็นชอบในสนธิสัญญานั้นเสียก่อน (โปรดดูขั้นตอนในการทำสนธิสัญญา)

3. ความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองระหว่างการเจรจา ที่ไทยต้องเป็นฝ่ายยอมรับข้อบทที่ สหรัฐอเมริกาเสนอมาเพียงฝ่ายเดียว Take it or leave it ไม่อาจจะเจรจาดบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน ผิดหลักการเจรจาของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกันในประชาคมโลก การยอมตามสหรัฐอเมริกา ในทุกข้อบทเท่ากับยอมรับอำนาจอธิปไตยที่เหนือกว่าของสหรัฐ กล่าวคือยอมรับกฎหมายของ สหรัฐทั้งที่ขัดต่อกฎหมายของไทย เช่นกฎหมายสิทธิบัตร ตลอดจนการที่ไทยต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายของชาติจำนวนหลายฉบับเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาให้เป็นไปตาม กฎหมายอเมริกันเท่ากับอธิปไตยทาง บริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการถูกก้าวล่วงโดยอ้อม ศาล ไทยก็ต้องช่วยบังคับการตามกฎหมายอเมริกาให้อเมริกาไปด้วยทางอ้อม

4. เมื่อรัฐผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐ จะปฏิเสธความผูกพันโดยอ้างว่าการทำสนธิสัญญาขัดต่อกฎหมายภายในไม่ได้ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 46 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 เว้นแต่ มาตรา 46 กำหนดว่าการขัดต่อกฎหมาย นั้นๆเป็นที่เห็นประจักษ์แล้ว หรือกฎหมายนั้นเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง ไทยจึงพึงตระหนักว่าการลง นามในสนธิสัญญาแล้วผูกพันรัฐทันทีที่นั้นอันตราอย่างแข็งและจะอาจต้องรอการสิ้นผลการคุ้มครอง ที่จะต้องรอเวลาอีกอย่างน้อย 10 ปี กว่าความผูกพันจะหมดสิ้นเพราะ ถึงแม้การยกเลิกสนธิสัญญา จะกระทำได้ที่ แต่บริษัทที่เข้ามาลงทุนอาจจะได้ผลประโยชน์ตามสนธิสัญญาต่อไปอีก 10 ปี หรือตามที่รัฐภาคีจะตกลงกันหากอเมริกาได้สิทธิตาม MFN (ทั้งนี้เนื่องจากไทยลงนามใน สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาเซียนที่มีข้อบทว่า Article XIII (2) This agreement shall thereafter continue in force unless terminated by any Contracting Party giving not less than six months written notice through diplomatic channels. Provided however that in respect of investments made while the Agreement was in force. Its provisions shall continue in effect with respect to such investment for a period of ten years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rule of international law.

และขณะเดียวกันอเมริกาก็ได้ขอให้ไทยให้ MFN แก่อเมริกาด้วย นักลงทุนตามสนธิสัญญาข้างต้น ได้สิทธิดังกล่าวหากนักลงทุนอเมริกาได้สิทธิ MFN ก็ย่อมได้สิทธินี้ด้วย)

5. หากรัฐผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาจะมีผลบังคับเหนือรัฐทั้งประเทศไม่อาจจะ แบ่งแยกได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 29 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ซึ่งบัญญัติว่า “Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

6. ข้อบท เกี่ยวกับ Entry into force, Withdrawal, Authentic Text, Consent to be bound by State, Modification, Amendment ในสนธิสัญญาเป็นอย่างไร ต้องพิจารณาด้วย

ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการเปิดเสรี

1. ยังมีการเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอย่างมากเกี่ยวกับ Negative Approach, Positive Approach และ Negative List เพราะว่าไม่ว่าจะเจรจากันบนทฤษฎี Negative or Positive Approach ก็สามารถที่จะมี Negative list ได้ ซึ่งมีความหมายสองลักษณะคือ Negative List ที่มีฐานะเป็น Exception (General exception, Specific Exception, Sectoral Exception etc) กับ Negative List ที่เป็นบัญชีที่ไม่เปิดแต่จะค่อยๆเปิดตามหลัก Stand still and Roll Back ส่วน Negative List ที่เป็น Exception นั้นไม่จำเป็นต้องเปิดเพราะเป็น Exception อยู่นอกเหนือความผูกพันที่จะเปิดเสรี
2. รูปแบบการเปิดเสรีมีมากมายหลายรูปแบบไม่จำเป็นต้องทำเป็น Package หรือ Across the Board ก็ได้ โดยหันไปทำเป็นแบบ Sectoral Liberalization ตามแต่ที่เราพร้อมที่จะแข่งขันและเปิด เช่นจีนและอินเดีย ที่ไม่ยอมตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอทุกรูปแบบ หรือเปิดแบบ Positive approach ที่เปิดเฉพาะ Positive List
3. การให้การปฏิบัติแบบ National Treatment and Most-Favored-Nation Treatment นั้นสามารถมีข้อยกเว้นได้ ไม่ตกอยู่ภายใต้ความผูกพันของ FTA ไทยควรเสนอข้อยกเว้น NT/MFN ในเรื่องที่สำคัญ
4. Core Sovereignty เป็นสิ่งที่สามารถกำหนดขกเว้นได้ เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ไม่อาจก้าวล่วงได้

จุดอ่อนของการเจรจา ทำ FTA Thai-US

- การยอมทำ FTA อย่างที่สหรัฐเรียกร้องทุกประการนั้นนับว่าเป็นการขาดวิสัยทัศน์ และผิดพลาดเชิงนโยบายอย่างยิ่ง
- ประเทศไทยจะมีความเข้มแข็งและมีอำนาจต่อรองที่ดีกว่าภายใต้กรอบการเปิดเสรีพหุภาคีใน WTO หรือ แม้แต่ภายใต้กรอบของอาเซียน โดยการพัฒนารอบ แห่งกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพกว่าโดยมีกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายเป็นกลุ่มพลังร่วมกัน และอาเซียนเป็นการรวมตัวทางเศรษฐกิจภายในภายในภูมิภาค
- การตกลงภายใต้ WTO เปรียบเสมือนการตีตัวนั้งแถวเดียว ไม่มีใครนั่งบังใครแม้บางคนสูงบางคนต่ำกว่า แต่การทำ FTA เหมือนการตีตัวยืน ที่มีราคาแพงกว่าแต่ต้องเขย่งเกงกอย บางคนสูง บางคนต่ำ บางคนยืนแถวหน้า บางคนยืนแถวหลัง บางคนมีที่เสริมฐานที่ยืน แล้วแต่ใครจะเจรจาโดยมีอำนาจต่อรองสูงกว่ากันในบางประเด็น
- การทำ FTA จึงเป็นการทำลายระบบกฎเกณฑ์การค้าโลก กรอบการค้าโลกที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย Rule-Based System มาสู่กรอบของการต่อรอง เป็น Preferential Trading System
- การเจรจา FTA แบบ “ปะติดปะต่อ” Patchy Work นั้นไม่เพียงพอที่จะพัฒนา และการปราศจากกรอบระเบียบและกลไกที่ดีเพียงพอทางการค้าและการลงทุนนั้นทำให้ไทยมีแต่จะเสียเปรียบ และจะเพิ่มความหายนะแก่ประเทศชาติ
- สหรัฐยอมไม่เจรจาในสิ่งที่ได้อยู่แล้ว ย่อมเจรจาในสิ่งที่ดีกว่า และยังไม่ได้ แม้ว่าอเมริกาถือว่า FTA เป็นการเจรจาจาก 0 ก็ตามแต่สิ่งใดที่อเมริกาได้ตามกรอบอื่น หรือตามกฎหมายอื่นใดแล้วย่อมไม่ต้องเจรจา จึงไม่ควรประเมินว่าประเทศไทยก็เปิดอยู่แล้ว มีอยู่แล้วเป็นการเข้าใจผิด FTA เป็น WTO-Plus, ASEAN-Plus, TRIPS-Plus, TRIMS-Plus และสหรัฐย่อมต้องการยกเลิก บัญชี 1 ที่ไทยสงวนไว้ ซึ่งเกี่ยวกับฐานทรัพยากรธรรมชาติ ป่าไม้ การประมงในทะเลอาณาเขต การทำไร่ ทำสวน ทำนา แบบ Massive Plantation ข้อนี้ทำให้ไทยสูญเสียแผ่นดิน
- FTA ได้กระทำอย่างเร่งรีบ ใช้เวลาน้อยที่สุดในบรรดาประเทศทั้งหลายที่ทำให้ FTA การทำวิจัยเพียงไม่กี่เดือน และล้วนแต่วิจัยจากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์โดยไม่ได้ศึกษาจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงทางปฏิบัติ และศึกษาจากกรอบเก่า Rule of the Game เก่า ย่อมไม่สะท้อนผลในอนาคตจากเกณฑ์ใหม่

- ไม่มียุทธศาสตร์ทางเศรษฐกิจที่ดี ผิดหลักการร่วมมือทางเศรษฐกิจเพราะการร่วมมือทางเศรษฐกิจต้องการกรอบที่รองรับทุกอย่าง เช่น EU แต่ FTA ถูกผลักดันโดยนโยบายต่างประเทศที่ไร้เหตุผลทางเศรษฐกิจแบบยั่งยืน
- ขาดการเตรียมพร้อมเพื่อเปิดรับการเปิดเสรีอย่างแท้จริง การแข่งขันที่สู้ไม่ได้ ไม่ใช่ นโยบายที่ถูกต้อง สังเกตได้ว่าการเปิดเสรีที่ได้ผลดีทุกฝ่ายจะเป็นการเปิดเสรีระหว่าง หรือ ในกลุ่มประเทศที่มีความเท่าเทียมทางเศรษฐกิจ ดังนั้นทุกฝ่ายจะได้ประโยชน์จากการแข่งขัน แต่การเปิดเสรีที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าทุกด้าน อีกฝ่ายสู้ไม่ได้ทุกด้านย่อมไม่บรรลุเป้าหมายของการเปิดเสรีแต่อย่างใด
- ไม่มีการกำหนดทิศทางเชิงนโยบายในการเจรจา ไม่รู้ว่าประเทศชาติต้องการอะไร ไม่มีการปรึกษาภาคส่วนที่เกี่ยวข้องที่ทั่วถึง ยาวนานเพียงพอ ไม่มีการปรึกษาสภา และ ประชาชน ตลอดจนองค์กรต่างๆที่เกี่ยวข้อง
- การยอมแลกกับการที่ได้เข้าสู่ตลาดอเมริกาเพียงเล็กน้อย กับสิ่งที่ไทยต้องสูญเสียไปนั้นไม่คุ้ม ไม่ว่าจะการเข้าสู่ตลาดอเมริกาในเรื่องสินค้า หรือเรื่อง ร้านอาหารไทยนั้น เล็กน้อยมาก และ Redundancy เพราะตลาดอเมริกาเปิดอยู่แล้ว (อัตราภาษีนำเข้า 0-3.5%) และจะลดเป็น 0% ไปเองภายใต้ GATT/WTO อุปสรรคทางภาษีไม่ใช่เรื่องสำคัญ แต่อุปสรรคที่สำคัญคือ Non-tariff Barrier, Unilateral Measures, SPS Measures, Anti-Dumping ที่เป็นอุปสรรคมากกว่าแต่สหรัฐไม่เปิดให้เรา แม้เรื่องร้านอาหารไทยก็ไม่ใช่สิ่งใหม่แต่อย่างใด และ หลักฐานก็คือการที่ไทยได้ดูแลการค้าสหรัฐจากกรอบเดิมที่เป็นอยู่ และสหรัฐจะมาปิดตลาดที่เคยเปิดอยู่แล้วไม่ได้ ภายใต้กรอบของ WTO ไม่ได้ตามหลัก NT/MFN แต่ไทยต้องแลกกับการที่สหรัฐต้องการเข้ามาลงทุนเพื่อการส่งออกเองและการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ และการเปิดเสรีด้านบริการซึ่งทำประโยชน์มากกว่าการค้าสินค้า คิดเป็น 60-70% ของผลประโยชน์ทั้งหมด อีกทั้งการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่โหดร้ายต่อคนไทยเช่น เรื่องสิทธิบัตรยา วิธีการรักษาพยาบาล เพราะแม้แต่ TRIPS ยังสงวนไว้ไม่ให้สิทธิบัตรเกี่ยวกับวิธีการรักษาพยาบาล ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม และ ศีลธรรม
- การเข้าสู่ตลาดไทยของสหรัฐที่มากกว่าที่เคยเป็นเช่นห้ามปิดป้ายเรื่อง GMO เพื่อส่งสินค้า GMO เข้าตลาดไทย และสินค้าที่ไทยเคยผลิตและจำหน่ายในไทยได้ก็ต้องกลายมาเป็นการนำเข้า แม้สินค้าที่เป็น labor intensive เพื่อฟื้นฟู Sunset Industry ของสหรัฐเองด้วย
- การนำเข้าสินค้า GMO โดยไม่มีการปิดป้ายนั้น ทำให้สินค้าที่ปนเปื้อนวัตถุจีเอ็มโอในสินค้าที่ผลิตเพื่อการส่งออกนั้นไม่สามารถพิสูจน์และรับรองการปลอด GMO ได้ ซึ่งทำให้สินค้าไทยอาจจะถูกปฏิเสธในตลาด EU และ ญี่ปุ่นได้ ทำให้สูญเสียตลาดอื่น

- การเปิดเสรีแบบ negative approach ซึ่งหากมีการเปิดการค้าบริการหลายภาคส่วนตามที่อเมริกาต้องการแก่ผู้ประกอบการอเมริกันนั้น ไทยไม่อยู่ในฐานะที่แข่งขันได้
- FTA ทำให้ไทยต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับ การลงทุน มาตรการการลงทุน ถูกยกเลิก กลไกในการควบคุมตลาดเงิน เช่น short-term capital controls, investment incentives เป็นต้น
- FTA ทำให้ไทยต้องรับ WTO-plus commitments เกี่ยวกับ intellectual-property protection, covering patents, data exclusivity, plant varieties, copyright, compulsory licensing and other issues เช่นการตรวจรักษา วินิจฉัยโรคก็ต้องจดทะเบียนสิทธิบัตรทำให้แพทย์ไม่สามารถใช้วิธีการรักษาคนไข้ได้อีกต่อไปต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิบัตรที่ต้องเสียเงินทั้งสิ้น คนไข้ที่ยากจนจะลำบากมาก ยาจะแพงมาก อุตสาหกรรมยาภายในประเทศจะล้มละลาย
- นักลงทุนสหรัฐสามารถเข้าถึงตลาดการจัดซื้อ จัดจ้าง the government-procurement market; เรื่องแรงงาน และสิ่งแวดล้อม labour and environmental standards; and cross-cutting disciplines to make domestic regulation เพื่อการไม่เลือกปฏิบัติ และโปร่งใส สำหรับอเมริกา
- ข้อเรียกร้องเหล่านี้ทำให้ไทยต้อง overhaul กฎหมายไทยอย่างมหาศาลตามที่อเมริกาเรียกร้องทุกประการ
- การเจรจาฝ่ายสหรัฐไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ไทยเท่าที่ควร ที่จะทำให้ไทยได้ประโยชน์ในเรื่องการเข้าถึงตลาดสหรัฐ เช่น การเกษตร การอุดหนุน, การทุ่มตลาด SPS measures, การไม่เปิดตลาดแรงงาน การใช้กฎแหล่งกำเนิดของสินค้าที่ไทยเสียเปรียบ rules of origin ทำให้ไทยไม่ได้ประโยชน์จาก FTA เลย เพราะกฎแหล่งกำเนิดของสินค้าที่เป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญของไทยไม่ได้มีวัตถุดิบภายในประเทศ ต้องนำเข้าเช่นปลาทูน่า ปลาหมึก เป็นต้น ทำให้สินค้าเหล่านี้ไม่มีแหล่งกำเนิดในไทยจึงไม่ได้ประโยชน์จาก FTA ที่ให้อัตราภาษีต่ำหรือเป็น 0%ตามที่สหรัฐให้ ไทยยังต้องเผชิญกับมาตรการฝ่ายเดียวในการขีดขวางการเข้าถึงตลาดอเมริกา ของสินค้าไทย และไทยต้องแข่งกับคู่แข่งในตลาดอเมริกาเองอีกด้วย การเปิดตลาดอเมริกาจึงไม่ได้เปิดจริงๆ ในสิ่งที่ป็นอุปสรรคเลย
- อเมริกาไม่ได้เปิดตลาดแรงงานแก่ไทย แต่คนสหรัฐอเมริกาเข้าตลาดไทยได้จากการลงทุน
- นั่นย่อหมายถึง การได้ประโยชน์ฝ่ายเดียวของอเมริกาเท่านั้น “FTA is a one-sided deal.”
- และท้ายที่สุด รายการแนบท้ายเกี่ยวกับภาคส่วนที่เปิดเสรี เปิดอย่างไร แค้ไหน ภายใต้เงื่อนไขอะไร หรือไม่มีเงื่อนไขอะไรยังเป็นความลับอยู่ ภาคส่วนต่างๆเตรียมตัวไม่ได้

ภาคส่วนที่น่าเป็นห่วง

- **ฐานทรัพยากรธรรมชาติ** เช่น กรณีการทำเหมืองทองคำ ที่ทำให้แผ่นดินไทย ราบนาสุรไปเป็นหมื่นไร่ และทิ้งหลุมไซยาไนด์ที่ใช้ในการสกัดแร่ทองคำ ซึ่งเป็น สารพิษที่อันตรายไว้บนแผ่นดินไทยที่ซึมลงแหล่งน้ำให้คนไทยได้ดื่มกินทั่วๆกัน หรือการสำรวจ ขุดเจาะน้ำมัน แก๊สธรรมชาติ ในแผ่นดินไทยแต่ๆแต่ไทยต้องซื้อ แก๊สในราคาแพงๆจากนักลงทุนเหล่านั้น ควรหันมาใช้ระบบ Profit Sharing Agreement เช่น Sarkarine Oil Project ในรัสเซีย ที่รัสเซียไม่ยอมให้นักลงทุนได้ ประโยชน์ฝ่ายเดียวและเมื่อสิ้นสัญญาต้องเป็นของรัฐหมด
- ประเด็น ทรัพย์สินทางปัญญา
- ภาคการเกษตร ทั้งการนำเข้าสินค้าเกษตร และการเกษตรมหภาค การเกษตรกับ IP protection
- การศึกษา มอมเมาเยาวชน ล้างสมอง ไร่วัฒนธรรมของชาติ
- การแพทย์และสาธารณสุข
- อุตสาหกรรมที่แข่งขันไม่ได้
- การท่องเที่ยว โรงแรม การขนส่ง Logistic
- วิชาชีพทั้งหลาย
- การลงทุนภาคบริการ
- ปัญหา Privatization กิจการที่เป็นสาธารณูปโภค การเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ การถือครอง โดยต่างชาติ เพราะเป็นกิจการที่เป็น Natural Monopoly หรือเป็นตลาด Oligopolistic ไร้ การแข่งขัน ใครได้ก็แสวงหาประโยชน์สูงสุด Maximize Profit
- ปัญหาตลาดทุน ตลาดเงิน การลงทุนระยะสั้น เงินไหลเข้า ไหลออกอย่างรวดเร็ว เกิดวิกฤต การทางการเงินได้ง่าย

การเตรียมพร้อมเพื่อการเปิดเสรีที่พอเหมาะอย่างเป็นระบบ

- ปฎิรูปกรอบของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนและมาตรการ การลงทุน
- เปิดตลาดบริการในบางภาคส่วนที่ให้การแข่งขันเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ
- ปฎิรูปกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการค้า เช่น ระบบภาษีศุลกากร ภาษีเงินได้ การบริหารจัดการ ระบบการจัดซื้อ จัดจ้าง ระบบเทคโนโลยี ระบบมาตรฐานอาหารและเครื่องอุปโภค บริโภค ระบบกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ระบบการคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายและ นโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรม การจัดการ รัฐวิสาหกิจ จัดการกับระบบคอร์รัปชั่น มาเฟีย กรอบของกฎหมายและสถาบันเกี่ยวกับการค้า การลงทุน ที่โปร่งใส และคาดเห็นได้

- ตั้งข้อสงวนในส่วนที่กระทบต่อภาคสาธารณสุข และบริการสาธารณสุข
- ไม่รับการเรียกร้องเรื่อง IP Protection โดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา การวินิจฉัยโรค การรักษาพยาบาล
- มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาไทย ภูมิปัญญาท้องถิ่น ทรัพยากรธรรมชาติทางชีวภาพ
- พัฒนาศักยภาพคนไทยอย่างยั่งยืน การศึกษาที่มีคุณภาพและ ประสิทธิภาพ
- พัฒนาตามรูปแบบ Sustainable Development

ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายไทย

- ประการแรกไทยต้องกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่ดี มิใช่เพียงแต่การเจรจาแบบ “Narrow Mercantilism” และการตัดสินใจแบบเฉพาะกิจ “*ad hoc decision making*”.
- ไทยจะต้องคำนึงถึงนโยบายเศรษฐกิจของชาติโดยรวม กรอบเศรษฐกิจ กฎหมาย และสถาบัน.
- ไทยต้องหันมาทบทวนนโยบาย FTA อย่างจริงจังและเชื่อมโยงกับการพัฒนาปรับปรุงระบบภายในประเทศที่พร้อมที่จะรองรับการแข่งขัน และการพัฒนาให้ดีกว่านำมาสู่การปฏิรูปภายในอย่างเป็นระบบ พัฒนาคน เทคโนโลยี ตลาดทุน ตลาดเงิน และกฎหมายรวมทั้งสังคม กับการพัฒนาที่ยั่งยืน
- ทีมเจรจาจะต้องเปลี่ยนวิสัยทัศน์ในการเจรจามาสู่กระบวนการเจรจาที่อิงนโยบายและการปรึกษาหารือทั้งภายใน และภายนอกรัฐบาลอย่างกว้างขวาง และมีการร่วมมืออย่างจริงจัง
- จะต้องขยายเวลาการเจรจาให้ยาวออกไป หรือชะลอการเจรจา หรือยกเลิกการเจรจาไปก่อน เพื่อการพิจารณาในประเด็นที่สำคัญอย่างรอบคอบ และมีการศึกษาอย่างจริงจังในแต่ละภาคส่วนที่จะได้รับผลกระทบจาก FTA มิใช่การทำวิจัยเพียงผิวเผิน งานวิจัยหลายชิ้นใช้เวลาสั้นเกินไป และศึกษาจากกรอบเดิม ศึกษาจากอดีตเพื่อชื้ออนาคต
- ควรปรับปรุงเรื่อง กฎแหล่งกำเนิดของสินค้า ให้เหมาะสมกับเศรษฐกิจของไทย และที่จะไม่เบียดเบียนการค้าไทยจนไทยไม่ได้ประโยชน์จาก FTA
- ไทยควรจะหันมาใส่ใจกับการพัฒนารอบระเบียบและกฎหมาย ภายใต้ WTO
- ไทยควรจะพัฒนากฎหมายและนโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรมเพื่อป้องกันการใช้การมีอำนาจเหนือตลาดของบรรษัทข้ามชาติ และการผูกขาดตลาด ตลอดจนการทำลายองค์กรธุรกิจไทย

- หากไทยหันไปสู่นโยบายการเปิดเสรี การเปิดเสรีฝ่ายเดียว Unilateral liberalization ยังจะมีความปลอดภัยกว่ามากเพราะไทยกำกับดูแลได้ทุกเรื่องและจะปิดเมื่อไรก็ได้ ปรับเปลี่ยนอย่างไรก็ได้
- ไทยไม่ควรตกลงให้ผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามเพียงประการเดียว จะต้องเป็นการลงนามที่จะต้องได้รับการให้สัตยาบันเพื่อไทยจะได้มีโอกาสทบทวนข้อบทที่ถูกต้องแท้จริงก่อนผูกพันโดยการให้สัตยาบัน และมีโอกาสเข้าพิจารณาโดยสภาและประชาชนด้วย
- ไทยต้องตั้งข้อสงวนในเรื่องที่สำคัญ และแก่นอธิปไตยไม่ให้อยู่ภายใต้การผูกพันตาม FTA
- ไทยต้องไม่ยอมเรื่อง IP Protection ตามแบบอเมริกา
- ไทยต้องปรับเปลี่ยนท่าทีในการเจรจาเป็นแนวรุก ไม่ใช่ตั้งรับตามท้ออเมริกาเสนอฝ่ายเดียว โดยไทยต้องยอมตามทุกข้อ มีการเสนอ Counter text ให้อเมริกาด้วย

สรุปปัญหาทางด้านกฎหมาย

- Coverage ของสนธิสัญญา FTA
- บทนิยามของ “นักลงทุน” กับ “การลงทุน”
- ปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาการมีผลผูกพัน การเริ่มมีผลบังคับใช้ การมีผลของสนธิสัญญาชั่วคราว การแก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การสิ้นสุดของสนธิสัญญา Coverage ของสนธิสัญญา การบอกเลิกสนธิสัญญา การตั้งข้อสงวน การมีผลของสนธิสัญญาต่อประเทศที่สาม
- ปัญหากระบวนการเจรจา
- ปัญหาอธิปไตยของชาติ ทั้งทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ
- ปัญหาเรื่องสิ่งแวดลอม
- ปัญหาการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
- Negative List, Sensitive List กับ Negative Approach , Positive Approach
- ประเด็นการเวนคืนยึดทรัพย์
- ประเด็นการตั้งข้อยกเว้น และ ข้อสงวนต่างๆ
- Liberalization Model: Sectoral, Investment Control, Selective Liberalization, Regional industrialization programme, Mutual national treatment, Combined national treatment/Most-Favoured-nation treatment” (NT/MFN), Hybrid model”
- ประเด็นปัญหากฎหมาย และนโยบาย เกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นธรรม ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย และ ปัญหา Natural Monopoly

- ปัญหาเกี่ยวกับภาษีทางตรง และทางอ้อม Transfer Pricing, Tax Avoidance, Tax Planning
- การทำกรอบของกฎหมายต้องเป็นแบบ Comprehensive ไม่ใช่การต่อร่องเรื่องผลประโยชน์ เป็นจุดๆเพราะไทยจะเสียเปรียบ