

# ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น: ผลกระทบต่อการบังคับใช้สิทธิของไทย

กรรณิการ์ กิจติเวชกุล

## บทวิเคราะห์

Article 102 ในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการบังคับใช้สิทธิของไทย เนื่องจาก ในนิยามการลงทุนนั้น ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ถือเป็น การลงทุน (Chapter 8 article 91 (j) (ii) (BB))

แม้ในวัตถุประสงค์ ข้อ 129 (2) ระบุว่า บทนี้ควรได้รับการตีความและปฏิบัติตามในลักษณะที่สนับสนุนสิทธิของคู่ภาคีที่จะใช้มาตรการเพื่อคุ้มครอง สาธารณสุข โดยเป็นไปตามความตกลงทริปส์และมติโดยที่ประชุมรัฐมนตรีหรือคณะมนตรีใหญ่ของ ดับบลิว ที โอ ที่ เกี่ยวกับความตกลงทริปส์และสาธารณสุข

แต่ในบทการลงทุนไม่ได้มีการระบุไว้ว่าเป็นข้อยกเว้น (Exceptional Clause) ซึ่งประเทศภาคีสามารถทำได้แต่อย่างใด

เมื่อเปรียบเทียบกับข้อเรียกร้องของสหรัฐด้านการลงทุน ที่ยื่นให้รัฐบาลไทยเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2548

[http://www.bilaterals.org/article.php3?id\\_article=4144&var\\_recherche=thai+us+investment](http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=4144&var_recherche=thai+us+investment) จะพบว่า ดีกว่า JTEPA เพราะของสหรัฐระบุว่า มาตรการบังคับใช้สิทธิไม่ถือเป็นการยึดทรัพย์ ดังนี้

## Article 6: Expropriation and Compensation

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, [US: or creation] of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, [US: or creation] is consistent with Chapter \_\_\_\_ (Intellectual Property Rights).

นอกจากนี้ การเวนคืน-ยึดทรัพย์นักลงทุนญี่ปุ่น ครอบคลุมถึง “การใช้มาตรการใดๆ ที่เทียบเท่ากับการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐ” หรือ เป็นที่รู้จักกันว่า “การยึดทรัพย์ทางอ้อม” (Indirect Expropriation) ซึ่งหมายถึงมาตรการที่รัฐออกเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วยที่จะเป็นเหตุให้รัฐบาลไทยอาจถูกฟ้องร้องจากนักลงทุนจากญี่ปุ่นได้

ดังนั้น การบังคับใช้สิทธิ หรือการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ จะถูกตีความว่า เป็นการยึดทรัพย์ (Expropriation) หรือการยึดทรัพย์ทางอ้อม (Indirect Expropriation) ที่ไม่สามารถทำได้ เว้นแต่จะต้องจ่ายค่าชดเชยเทียบเท่ามูลค่าตลาด และจะต้องให้โดยคิดรวมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามกฎหมาย ทั้งที่ในกฎหมายไทยและความตกลงทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPS) ในองค์การการค้าโลก (WTO) ไม่ได้กำหนดเอาไว้

ดังนั้น การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้ ความตกลง JTEPA จะไม่สามารถเป็นกลไกลดราคาขายลงได้ตามเจตนารมณ์ที่ระบุไว้ในกฎหมายไทยและความตกลงระหว่างประเทศ

ทั้งที่ การประกาศบังคับใช้สิทธิที่กระทรวงสาธารณสุขได้ประกาศไปแล้วในยา 3 วันนั้น สามารถประหยัดงบประมาณแผ่นดินได้ปีละ 1,035 – 1,665 ล้านบาท

หากประเทศไทยยังยืนยันที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามที่เป็นอย่างนี้ในปัจจุบัน ผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่าย (ซึ่งในที่นี้ คือ นักลงทุนญี่ปุ่น) จะสามารถฟ้องเรียกร้องค่าชดเชยโดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน (State-

Investors Dispute Settlement) โดยผ่านอนุญาโตตุลาการนอกประเทศ ซึ่งเสี่ยงต่อการสูญเสียประโยชน์ของประเทศชาติ เนื่องจากเป็นการพิจารณาโดยบุคคลเพียง 2-3 คน และ เน้นประโยชน์ทางธุรกิจ-การลงทุนมากกว่าประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ความตกลงทวิภาคีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเฉพาะกับสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปจะมีการ กำหนดให้ปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation – MFN) นักลงทุนอเมริกันและยุโรปซึ่งเป็น แหล่งอุตสาหกรรมข้ามชาติก็จะได้สิทธินี้ด้วยเช่นกัน

### **ข้อเสนอ**

ขอให้ ฯพณฯ นายกรัฐมนตรี รักษาสัญญาที่มีไว้แก่ ศ.เสนห์ จามริก ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ และท่านผู้หญิงสุชาวัลย์ เสถียรไทย ประธานสถาบันธรรมรัฐเพื่อสิ่งแวดล้อม ที่จะให้เวลา 3 เดือนในการพิจารณา ข้อบกพร่องที่มีอยู่ในร่างความตกลงฯ โดยนักวิชาการอิสระหลากหลายสาขาอย่างรอบด้านและรอบคอบ เพื่อนำไปสู่การ แก้ไขร่างความตกลงฯ ดังกล่าว **ไม่ควรเร่งร้อนในการลงนาม**

%%%%%%%%%

## **Article 102**

### **Expropriation and Compensation**

1. Neither party shall expropriate or nationalize investment in its Area of investors of the other Party or take any measure equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter referred to this Chapter as “expropriation”) except:
  - (a) for a public purpose;
  - (b) on a non-discriminatory basis;
  - (c) in accordance with due process of law; and
  - (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation
  
2. Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments at the time when the expropriation was publicly announced or when the expropriation occurred, whichever is the earlier. The fair market value shall not reflect any change in market value occurring because the expropriation had become publicly known earlier.
  
3. The compensation shall be paid without delay and shall carry an appropriate interest, in accordance with the laws and regulations of the Party making the expropriation. It shall be effectively realizable and freely transferable in a freely usable currency and shall be freely convertible, at the market exchange rate prevailing on the date of the expropriation, into the currency of the Party of the investors concerned and freely usable currencies.

4. The investors affected by expropriation shall have a right of access to the courts of justice or the administrative tribunal or agencies of the Party making the expropriation to seek a prompt review of the investor's case and the amount of compensation in accordance with the principles set out in this article

## ข้อ 102

### การเวนคืนและการชดเชย

1. ภาคีสองฝ่ายจะต้องไม่เวนคืนหรือทำให้เป็นของรัฐ ซึ่งการลงทุนในพื้นที่ของคณของผู้ลงทุนของภาคีสองฝ่าย หรือใช้มาตรการใดๆ ที่เทียบเท่ากับการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐ (ซึ่งต่อไปในบทนี้จะเรียกว่า “การเวนคืน”) ยกเว้น
  - (เอ) เพื่อความมุ่งประสงค์ทางสาธารณะ
  - (บี) อยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ
  - (ซี) เป็นไปตามกระบวนการโดยชอบด้วยกฎหมาย และ
  - (ดี) มีการชำระค่าชดเชยโดยพลัน เพียงพอ และมีประสิทธิผล
2. การชดเชยจะเทียบเท่ามูลค่าตลาดที่เป็นธรรมของการลงทุนที่ถูกเวนคืน ณ เวลาที่ได้ประกาศเรื่องการเวนคืนต่อสาธารณชน หรือเมื่อเกิดการเวนคืนขึ้น แล้วแต่ว่ากรณีใดเกิดก่อน ทั้งนี้ มูลค่าตลาดที่เป็นธรรมจะต้องไม่สะท้อนการเปลี่ยนแปลงในมูลค่าตลาดที่เกิดขึ้น เนื่องจากการเวนคืนเป็นที่รู้ของสาธารณชนก่อนหน้านั้น
3. ค่าชดเชยจะต้องชำระโดยไม่ชักช้า และจะต้องให้โดยคิดรวมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามกฎหมายและข้อบังคับของภาคีสองฝ่ายผู้ทำการเวนคืน ค่าชดเชยจะต้องสามารถเปลี่ยนเป็นเงินสดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และจะต้องโอนได้โดยเสรีในสกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี และจะต้องสามารถเปลี่ยนได้โดยเสรีเป็นสกุลเงินตราของภาคีสองฝ่ายผู้ลงทุนที่เกี่ยวข้องและสกุลเงินตราที่ใช้ได้โดยเสรี ตามอัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่มีการเวนคืน
4. ผู้ลงทุนที่ได้รับผลกระทบจากการเวนคืนจะมีสิทธิเข้าถึงศาลยุติธรรมหรือองค์กรค้ณะหรือหน่วยงานทางปกครองของภาคีสองฝ่ายผู้ทำการเวนคืนเพื่อขอให้มีการทบทวนโดยพลันซึ่งกรณีของผู้ลงทุนนั้นและจำนวนค่าชดเชยโดยเป็นไปตามหลักการที่ระบุไว้ในข้อนี้

%%%%%%%%%