

พันธกรณีตามข้อบทรื่องสิ่งแวดลอมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคี  
ศึกษากรณีประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี



นางสาวรุจิรา ญาณะเหล็ก

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE OBLIGATIONS OF ENVIRONMENT CHAPTER IN FREE TRADE AGREEMENT  
: A STUDY ON US-CHILE



Miss Rujira Yanalek

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2007

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

พันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรี  
ทวีภาคี ศึกษากรณีประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี

โดย

นางสาวรุจิรา ญาณะเหล็ก

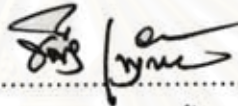
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์ทชชมัย ฤกษ์ะสุด

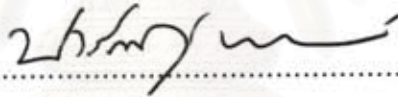
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์



คณบดีคณะนิติศาสตร์

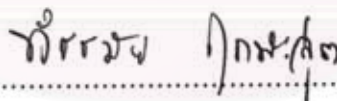
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิตีพันธ์ุ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



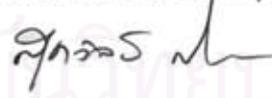
ประธานกรรมการ

(อาจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)



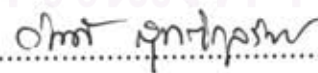
อาจารย์ที่ปรึกษา

(รองศาสตราจารย์ทชชมัย ฤกษ์ะสุด)



กรรมการ

(ท่านผู้หญิง ดร.สุธาวลัย เสถียรไทย)



กรรมการ

(ดร.วันดี สุชาติกุลวิทย์)

รุจิรา ญาณะเหล็ก : พันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรี  
ทวิภาคี ศึกษากรณีประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี. (THE OBLIGATIONS  
OF ENVIRONMENT CHAPTER IN FREE TRADE AGREEMENT : A STUDY ON  
US-CHILE) อ. ที่ปรึกษา : รศ.ทัชชรมัย ฤกษ์สุด, 205 หน้า.

ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลี  
มีความไม่ชัดเจนหลายประการ กล่าวคือ

- การไม่มีบทบัญญัติกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติเกี่ยวกับกฎหมายที่ให้การคุ้มครอง  
สิ่งแวดล้อม
- การไม่มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียด อันเป็นแนวทางในการพิจารณา  
การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ
- การบัญญัติถึงเฉพาะกรณีที่จะไม่ผ่อนปรนการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อสนับสนุน  
การค้าและการลงทุน แต่ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่เพิ่มความเข้มงวดในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม  
แล้วทำให้การค้าและการลงทุนอ่อนแอลงว่า สามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร
- การไม่มีบทบัญญัติกำหนดลำดับศักดิ์ระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ  
ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม
- การบัญญัติรับรอง Paragraph 31 (i) ของปฏิญญาโดฮา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา  
ความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) และกฎเกณฑ์ของ  
WTO โดยรัฐคู่ภาคีตกลงกันที่จะนำผลการเจรจาดังกล่าวมาปรึกษาหารือกัน เพื่อนำมาปรับใช้  
กับความตกลงนี้ แต่เนื่องจากการเจรจาและการปรึกษาหารือยังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน จึงทำให้ข้อบท  
เรื่องสิ่งแวดล้อมในกรณีนี้ไม่มีความชัดเจนไปด้วย และ
- การไม่บัญญัติกรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของ  
ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคี  
ฝ่ายที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)

ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ  
เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น โดยจากการศึกษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรี  
อเมริกาเหนือ (NAFTA) พบว่า มักจะมีการตีความคุ้มครองการค้าและการลงทุนมากกว่า  
เรื่องสิ่งแวดล้อม ผลจากการตีความดังกล่าว ทำให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้จริง  
ในทางปฏิบัติ อีกทั้ง ยังก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงพหุภาคี  
ด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) แก่ฝ่ายที่เป็นภาคีสมาชิกอีกด้วย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต .....  
ปีการศึกษา.....2550.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

## 4786307734 : MAJOR LAWS

KEY WORD: ENVIRONMENT / CHAPTER 19 / US-CHILE / FREE TRADE AGREEMENT

RUJIRA YANALEK : THE OBLIGATIONS OF ENVIRONMENT CHAPTER IN  
FREE TRADE AGREEMENT : A STUDY ON US-CHILE.

THESIS ADVISOR : ASSOC.PROF.TASHMAI RIKSHASUTA, 205 pp.

The Environment Chapter in the US-Chile Free Trade Agreement has problems concerning clarifications of the regulations, as follow :

- there is no regulation to set a minimum standard in the environmental protection laws;
- there is no regulation to set the rules and details which are the guidance to effectively enforce environmental laws;
- there is only the regulation stating that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in environmental laws but, on the other hand, whether or not the parties should encourage or increase the protections afforded in environmental laws by weakening trade or investment is not clear; there are no rules for that case;
- in the environment chapter, there is no enforcement hierarchy between the environment chapter and the others;
- in the recognition of paragraph 31 (i) of the Ministerial Declaration adopted on November 14, 2001 in Doha, WTO, which has the objective to negotiate the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements (MEAs), the Parties agree to take the result of such negotiation for adjustment to the Agreement. There is no clarified conclusion to the negotiation which means the environment chapter also has no clarification; and
- there is no rule in case of only one party being a party to MEAs which causes problems for that party fulfilling its obligations in the MEAs.

The problem concerning clarification of the rules causes problems of interpretation when a dispute arises. The study of environmental disputes in North America Free Trade Agreement (NAFTA) found that interpretations tending to protect investment and trade were more likely than the protecting environment. The result of these interpretations has been that the environment chapter can not be put into practice, as well as causing problems for party to MEAs to conform to its MEAs obligations as well.

Field of study.....LAWS..... Student's ..... *Rujira Yanalek* .....  
Academic year.....2007..... Advisor's ..... *Tashmai Rikshasuta* .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ ด้วยความกรุณาของรองศาสตราจารย์ที่ชงมัย ฤกษ์สุต ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษา คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งกรุณาช่วยตรวจทาน แก้ไขเนื้อหา จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์ เป็นอย่างสูงที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้หญิง ดร.สุธาวัลย์ เสถียรไทย และ ดร. วันดี สุชาติกุลวิทย์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็น รวมทั้งมุมมองต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบใจคุณมนลดา นาคภิบาล คุณจณัญญา ภิญญาวัฒน์ คุณศุภิสรา สว่างพลกรัง คุณลัดดาวัลย์ ทองคำ และเพื่อน ๆ ทุกคนที่ผู้เขียนไม่ได้เอ่ยนาม ณ ที่นี้ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือ ข้อเสนอแนะ ข้อคิดเห็น และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัว และญาติพี่น้องอันเป็นที่รักยิ่งทุกคน สำหรับความรัก ความห่วงใย และกำลังใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณลุงที่นอกจากจะคอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียนแล้ว ยังเป็นผู้ที่เห็นความสำคัญและให้การสนับสนุนเรื่องการศึกษาแก่ผู้เขียนด้วยดีเสมอมา

ประโยชน์อันใดที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตคุณแก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือข้อผิดพลาดใด ๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

# สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
สารบัญ .....	ช
สารบัญตาราง .....	ฐ
<b>บทที่ 1</b> บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย .....	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย .....	4
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย .....	5
1.5 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย .....	5
1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิจัย .....	5
<b>บทที่ 2</b> ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี .....	7
2.1 ความตกลงเขตการค้าเสรีภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก .....	7
2.1.1 ความหมายของเขตการค้าเสรี .....	7
2.1.2 ประเภทของความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreements : FTAs) .....	8
2.1.3 การจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีภายใต้องค์การการค้าโลก .....	8
2.1.4 บทบัญญัติของ WTO เกี่ยวกับจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรี .....	10
2.1.4.1 มาตรา 24 ของความตกลงแกตต์ 1994 .....	10
2.1.4.2 มาตรา 5 ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) .....	11
2.2 การจัดตั้งเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี .....	15
2.2.1 ความเป็นมา .....	15
2.2.2 เรื่องสำคัญที่ตกลงในเขตการค้าเสรีทวิภาคี ระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลี .....	16

2.3 กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมใน ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี...	24
2.3.1 ความหมายของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ .....	24
2.3.2 วิวัฒนาการและหลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในสังคมระหว่างประเทศ .....	25
2.3.2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในสังคมระหว่างประเทศ .....	25
2.3.2.1.1 การประชุมองค์การสหประชาชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์ม ประเทศสวีเดน : สิ่งแวดล้อมมนุษย์ (The United Nations Conference on the Human Environment) .....	25
2.3.2.1.2. คณะกรรมาธิการโลกในเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development : WCED) .....	27
2.3.2.1.3 การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อม และการพัฒนา (United Nations Conference on Environment and Development : UNCED) หรือ Earth Summit .....	27
2.3.2.1.4 การประชุมสุดยอดของโลกเกี่ยวกับการพัฒนา ที่ยั่งยืน (World Summit on Sustainable Development : WSSD) .....	31
2.3.2.2 หลักการสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในสังคมระหว่างประเทศ .....	33
2.3.2.2.1 หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) .....	33
2.3.2.2.1.1 ความเป็นมา .....	33
2.3.2.2.1.2 คำนิยามของการพัฒนาอย่างยั่งยืน ...	33
2.3.2.2.1.3 เป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืน ..	35



2.3.2.2.2	หลักความห่วงกังวลร่วมกันแต่รับผิดชอบต่างกัน (Common concern of humankind and common but differentiated responsibilities) .....	36
2.3.2.2.3	หลักการเป็นหุ้นส่วนร่วมกัน (Partnership) .....	36
2.3.3	วิวัฒนาการและหลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในองค์การการค้าโลก (WTO) .....	38
2.3.3.1	วิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในองค์การการค้าโลก (WTO) .....	38
2.3.3.2	หลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในองค์การการค้าโลก (WTO) .....	42
2.3.3.2.1	หลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ในองค์การการค้าโลก (WTO) .....	42
2.3.3.2.1.1	หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน .....	42
2.3.3.2.1.2	หลักความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์ สัตว์ พืช .....	44
2.3.3.2.1.3	หลักการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ...	44
2.3.3.2.1.4	หลักการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิ่งแวดล้อม อื่น ๆ .....	45
2.3.4	พันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรี ทวีปอเมริกาและประเทศชิลี .....	46
2.3.4.1	วัตถุประสงค์ .....	47
2.3.4.2	คำนิยาม .....	48
2.3.4.3	ระดับการให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อม .....	50
2.3.4.4	การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม .....	51
2.3.4.5	การระงับข้อพิพาท .....	52
2.3.4.6	ความสัมพันธ์ระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมกับ ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) .....	54

2.4 พันธกรณีตามข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่าง ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี .....	58
2.4.1 คำจำกัดความ .....	60
2.4.2 หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT) .....	61
2.4.3 หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nations : MFN) .....	62
2.4.4 หลักการคุ้มครองขั้นต่ำตามมาตรฐานการปฏิบัติสากล (Minimum Standard) .....	63
2.4.5 มาตรการที่เป็นข้อยกเว้น (Non-Conforming Measures : NCMs) ....	64
2.4.6 หลักการห้ามรัฐคู่ภาคีริบทรัพย์ (Expropriate) และการโอนกิจการมาเป็นของรัฐ (Nationalize) .....	67
2.4.7 ความสัมพันธ์ระหว่างการลงทุนและสิ่งแวดล้อม .....	69
2.4.8 การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) .....	71

### บทที่ 3 ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม

(Multilateral Environmental Agreements : MEAs) .....	72
3.1 พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change) .....	77
3.1.1. ความเป็นมา .....	77
3.1.2 วัตถุประสงค์ .....	79
3.1.3 พันธกรณีและกลไกในพิธีสารเกียวโต .....	79
3.1.3.1 พันธกรณีในพิธีสารเกียวโต .....	79
3.1.3.2 กลไกยึดหยุ่นภายใต้พิธีสารเกียวโต .....	82
3.1.4 กลไกในพิธีสารเกียวโตที่อาจขัดกับพันธกรณีของความตกลง เขตการค้าเสรี .....	84

3.2 อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตราย และการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel) .....	89
3.2.1 ความเป็นมา .....	89
3.2.2 วัตถุประสงค์ .....	91
3.2.3 พันธกรณีสำคัญในอนุสัญญาบาเซล .....	91
3.2.4 พันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซลที่อาจขัดกับความตกลงเขตการค้าเสรี..	96
3.3 ประเด็นปัญหาระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) และความตกลงเขตการค้าเสรีที่อาจเกิดขึ้นได้ .....	98
<b>บทที่ 4</b> วิเคราะห์ประเด็นปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม .....	105
4.1 ระดับกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างสูง .....	105
4.2 การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ .....	109
4.3 การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมจะต้องไม่ผ่อนปรนกฎหมายสิ่งแวดล้อม เพื่อส่งเสริมหรือสนับสนุนการค้าหรือการลงทุน .....	113
4.4 การไม่มีบทบัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์ระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม .....	113
4.5 ประเด็นความไม่ชัดเจนในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับความตกลง พหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements : MEAs) ...	125
4.5.1 กรณีการรับรองความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) .....	125
4.5.2 กรณีที่รัฐคู่ภาคีเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง พหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) .....	128
<b>บทที่ 5</b> บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	139
5.1 บทสรุป .....	139
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	144

รายการอ้างอิง .....	148
ภาคผนวก .....	155
ภาคผนวก ก. Chapter 19 Environment .....	156
ภาคผนวก ข. Chapter 10 Investment .....	168
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	205



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1. ตารางความตกลงกลุ่มเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่รายงานต่อ WTO และมีผลบังคับใช้แล้ว .....	14
2. ตารางแสดงการคำนวณปริมาณก๊าซเรือนกระจก เป็นปริมาณเทียบเท่า ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ โดยใช้ศักยภาพในการทำให้เกิดภาวะโลกร้อน (Global Warming Potential: GWP) ของก๊าซแต่ละชนิดเป็นตัวคูณ .....	80
3. ตารางแสดงสถานะภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่สำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศชิลี และประเทศไทย .....	99

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตที่ผ่านมา ประเทศต่าง ๆ พยายามพัฒนาประเทศของตนให้เจริญรุ่งเรือง โดยมุ่งเน้นการพัฒนาด้านอุตสาหกรรมเป็นหลัก เพื่อให้ได้มาซึ่งเศรษฐกิจที่ดี สร้างความเจริญรุ่งเรืองให้แก่ประเทศ แต่การพัฒนาด้านอุตสาหกรรมก็มีผลที่ตามมา ก็คือ มีการนำทรัพยากรธรรมชาติออกมาใช้อย่างมากมายและฟุ่มเฟือย จนทำให้ทรัพยากรธรรมชาติขาดแคลน และเมื่อทรัพยากรธรรมชาติขาดแคลน ก็มักส่งผลกระทบต่อทำให้ระบบนิเวศเสียสมดุล โดยเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติด้านป่าไม้ ซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างมากต่อ ดิน น้ำ และอากาศ นอกจากนี้ อุตสาหกรรมยังเป็นสาเหตุสำคัญของภัยพิบัติสิ่งแวดล้อมอีกด้วย ทำให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรมลงด้วยมลพิษต่างๆ มากมาย จะเห็นได้ว่า การพัฒนาด้านอุตสาหกรรมอย่างสุดโต่งเพียงด้านเดียวนำมาซึ่งปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมมากมาย โดยปัญหาสิ่งแวดล้อมบางอย่าง ไม่ได้มีผลกระทบต่อเฉพาะแต่ในพื้นที่/บริเวณของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อประเทศอื่น ๆ ด้วย อันเป็นลักษณะของปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามแดน (Transboundary) เช่น ปัญหาเรื่องภาวะโลกร้อน ที่มีผลกระทบต่อทุกประเทศและทุกคนในโลกใบนี้

ด้วยความตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อมดังกล่าว ประเทศต่าง ๆ จึงได้ร่วมมือกันจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements : MEAs) ขึ้น เพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจำนวนหลายฉบับ และในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) บางฉบับได้มีการใช้มาตรการด้านการค้าเพื่อให้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมด้วย มาตรการทางการค้าที่ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) มักใช้ใน 3 ทาง<sup>1</sup> คือ

(1) เพื่อควบคุมการค้าที่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสิ่งแวดล้อม เช่น อนุสัญญาไซเตสที่ใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าและส่งออกสัตว์พืชที่กำลังจะสูญพันธุ์ โดยให้เหตุผลว่า

---

<sup>1</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจกร, "WTO กับสิ่งแวดล้อม : เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 112

การค้าสัตว์และหรือพืชป่าดังกล่าวระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการสูญพันธุ์ จึงจำเป็นต้องควบคุมและจำกัดการค้าดังกล่าว

(2) เพื่อปกป้องรัฐภาคีจากสาร หรือวัตถุที่จะทำอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ เช่น อนุสัญญาบาเซล ที่ห้ามนำเข้า และส่งออกวัตถุ หรือสารอันตราย เพื่อป้องกันอันตรายอันจะเกิดจากสารหรือวัตถุดังกล่าว อีกทั้งยังได้จำกัดการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนไปยังประเทศที่มีมาตรฐานสิ่งแวดล้อมต่ำ

(3) เพื่อสนับสนุนความตกลงเพื่อปกป้องทรัพยากรร่วมของโลก เช่น พิธีสารมอลทรีออล ที่กำหนดให้ลดการผลิต และการใช้สารที่เป็นตัวทำลายโอโซน รวมทั้งสินค้าที่มีขั้นตอนการผลิตที่ส่งผลให้เกิดการทำลายชั้นโอโซน

ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เชื่อว่ามาตรการทางการค้าเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพ และได้ผลในการบังคับใช้บทบัญญัติด้านสิ่งแวดล้อม เนื่องจากหากนำเอาเงื่อนไขเรื่องสิ่งแวดล้อมเป็นเงื่อนไขในการค้าด้วย ทุกประเทศที่ส่งออกและนำเข้าสินค้าก็จำเป็นต้องปฏิบัติ มิเช่นนั้น ก็จะไม่สามารถส่งออกหรือนำเข้าสินค้าต่าง ๆ ได้ อันจะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ได้

นอกจากประเทศต่าง ๆ จะร่วมมือกันจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) แล้ว ในความตกลงเกี่ยวกับการค้า ก็ได้มีบทบัญญัติเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะความตกลงเขตการค้าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำความตกลงกับประเทศ ๆ อื่น ดังจะเห็นได้จากกฎหมายของสหรัฐอเมริกา US Trade Act of 2002 ในส่วนของ Division B คือ Bipartisan Trade Promotion Authority ซึ่งมีเป้าหมายหลักในการกำหนดวัตถุประสงค์และขั้นตอนการเจรจาทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดเป้าหมายสำคัญในการเจรจาของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไว้ด้วย หากสหรัฐอเมริกาจะเจรจาทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศใด สหรัฐอเมริกาจะต้องดำเนินการเจรจาภายในกรอบของกฎหมายฉบับนี้ด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการบัญญัติเรื่องสิ่งแวดล้อมไว้ในความตกลงเขตการค้าเสรีแล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าว มักไม่บรรลุเป้าหมายในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ดีเท่าที่ควร เนื่องจากเรื่องสิ่งแวดล้อมและความตกลงเขตการค้าเสรีมีแนวความคิด

ปรัชญา และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ความตกลงเขตการค้าเสรีมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริม สนับสนุน และสร้างเสรีภาพทางการค้าระหว่างประเทศ โดยการกำจัดหรือลดอุปสรรคทางการค้าทุกรูปแบบ เพื่อให้เศรษฐกิจพัฒนาไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีอุตสาหกรรม (ซึ่งมีการนำเอาทรัพยากรธรรมชาติมาใช้และมักมีผลทำให้เกิดปัญหามลพิษต่าง ๆ มากมาย) เป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจ ในขณะที่ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือทรัพยากรร่วมของโลก การประสานประโยชน์หรือการหาจุดสมดุลระหว่างสิ่งแวดล้อมและการค้าเป็นเรื่องที่ยาก ดังนั้น ปัญหาความขัดแย้งและความไม่สอดคล้องกันระหว่างการค้ากับสิ่งแวดล้อมจึงเกิดขึ้นได้ ทั้งในกรณีที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับข้อบทอื่น ๆ (โดยเฉพาะข้อบทเรื่องการลงทุน) ในความตกลงเขตการค้าเสรีเดียวกันเอง และกรณีที่ความตกลงเขตการค้าเสรีขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ดังจะเห็นได้จากข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมและการค้าที่เกิดขึ้นมากมายทั้งภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งเป็นองค์การการค้าที่ใหญ่ที่สุด และภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอื่น ๆ อาทิเช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ซึ่งผลของการตัดสินข้อพิพาทในคดีส่วนใหญ่มักตีความและวินิจฉัยให้การค้ามีผลบังคับใช้เหนือกว่าสิ่งแวดล้อม การตัดสินและวินิจฉัยคดีในลักษณะดังกล่าว ย่อมชี้ให้เห็นว่าบทบัญญัติเรื่องสิ่งแวดล้อมมีปัญหาข้อบกพร่อง ทำให้บทบัญญัติด้านสิ่งแวดล้อมไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ดีเท่าที่ควร

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะได้ศึกษาข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรี ว่ามีประเด็นความไม่ชัดเจนอย่างไรบ้าง โดยนำเอาความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลีมาเป็นกรณีศึกษา เนื่องจากหากประเทศไทยจะเจรจาทำความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีกับประเทศสหรัฐอเมริกา ก็แน่นอนว่า จะต้องมีการเจรจกันในเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วย ซึ่งคาดว่าสหรัฐอเมริกาจะยื่นข้อเสนอเพื่อตกลงกับประเทศไทยในลักษณะเดียวกันกับที่เคยทำไว้กับประเทศอื่น ๆ ดังนั้น การศึกษาข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยทำไว้กับประเทศชิลี ซึ่งเป็นประเทศที่มีโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมคล้ายคลึงกับประเทศไทย ก็จะเป็นประโยชน์ในการเตรียมความพร้อมสำหรับประเทศไทยเพื่อเจรจตกลงทำเขตการค้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกาในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมต่อไป



## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อทราบถึงพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี
2. เพื่อทราบถึงพันธกรณีตามข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี
3. เพื่อทราบถึงพันธกรณี และมาตรการการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements : MEAs)
4. เพื่อทราบถึงแนวทางการวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)
5. เพื่อทราบถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี

## 1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งที่จะศึกษาข้อบกพร่องของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมว่ามีความไม่ชัดเจนอย่างไรบ้าง โดยจะได้หยิบยกเอาข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลีมาศึกษา เพื่อทราบถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม โดยศึกษาเปรียบเทียบกับข้อบทเรื่องการลงทุน และจะศึกษามาตรการทางการค้าที่มีอยู่ในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) โดยเลือกศึกษาพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change) และอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel) นอกจากนี้ยังได้จะนำเอาคดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและการค้าที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) มาศึกษาด้วย

#### 1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการค้นคว้าวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) โดยจะศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย อันได้แก่ ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลี ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) โดยจะศึกษาพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change) และอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel) เนื่องจากความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ทั้งสองฉบับดังกล่าวมีมาตรการทางการค้าเพื่อบรรลุมัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมด้วย และคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) นอกจากนี้จะได้ศึกษาจากหนังสือ วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ รายงานทางวิชาการ ตลอดจนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมตามความตกลงเขตการค้าทวิภาคี เพื่อประมวลผลและจัดทำเป็นบทสรุปประเด็นความไม่ชัดเจนของพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมต่อไป

#### 1.5 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

พันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลีมีความไม่ชัดเจนหลายประการ ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีและการตีความเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น

#### 1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทราบถึงพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลี
2. ทราบถึงพันธกรณีตามข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลี

3. ทราบถึงพันธกรณี และมาตรการการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements : MEAs)

4. ทราบถึงแนวทางการวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

5. ทราบถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปอเมริการะหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 2

### ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี

#### 2.1 ความตกลงเขตการค้าเสรีภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก

##### 2.1.1 ความหมายของเขตการค้าเสรี

เขตการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA) หมายถึง การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การซื้อขายสินค้าและบริการระหว่างประเทศภาคีสมาชิกเป็นไปอย่างเสรี ปราศจากข้อกีดกันทางการค้า ทั้งที่เป็นข้อกีดกันทางภาษี (Tariff Barrier) และที่ไม่ใช่ภาษี (Non-Tariff Barrier : NTB) โดยการทำให้อุปสรรคทางการค้าเหล่านั้นเหลือน้อยที่สุด หรือเป็น 0%<sup>1</sup>

ในปัจจุบันหลายประเทศพยายามเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีขึ้น เพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์หรือสิทธิพิเศษด้านการค้าและการลงทุนระหว่างกัน โดยผลของการลดอุปสรรคทางการค้าตามความตกลงเขตการค้าเสรี จะทำให้การค้าและการลงทุนของประเทศภาคีสมาชิกขยายตัวมากขึ้น เพราะอุปสรรคทางการค้าทั้งที่อยู่ในรูปแบบภาษี (Tariff Barrier) และอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (Non-Tariff Barrier : NTB) ถูกกำจัดหรือถูกจำกัดให้น้อยลง แต่ประเทศใดจะได้ผลประโยชน์หรือสิทธิพิเศษมากน้อยเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับอำนาจการต่อรอง และการเจรจาเป็นสำคัญ

นอกจากความตกลงเขตการค้าเสรีจะมีการเจรจาตกลงประเด็นเกี่ยวกับการลดภาษีแล้ว ยังมีประเด็นใหม่ ๆ ในกรอบการเจรจาอีกด้วย เช่น การค้าบริการ มาตรการการลงทุน ความโปร่งใสของกฎระเบียบต่าง ๆ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา นโยบายการแข่งขันทางการค้า (นโยบายต่อต้านการผูกขาด) พิธีการศุลกากร มาตรฐานสิ่งแวดล้อม มาตรฐานแรงงาน การอำนวยความสะดวกทางการค้า และการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ<sup>2</sup>

<sup>1</sup> กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ [www.dtn.moc.go.th/web/147/index\\_th.asp?G\\_id=147](http://www.dtn.moc.go.th/web/147/index_th.asp?G_id=147)

<sup>2</sup> เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคนอื่น ๆ, การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา : รายงานฉบับสมบูรณ์, กรุงเทพฯ : 2548, หน้า 1-3.

### 2.1.2 ประเภทของความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreements : FTAs)

ความตกลงเขตการค้าเสรีสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทตามจำนวนของภาคีสมาชิกในความตกลง ดังนี้

(1) ความตกลงเขตการค้าเสรีแบบทวิภาคี (Bilateral Agreement) เป็นการเจรจาเพื่อทำความตกลงเปิดการค้าเสรีสองฝ่าย เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างไทย-ออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์ สหรัฐอเมริกา-ชิลี ญี่ปุ่น-เม็กซิโก เป็นต้น

(2) ความตกลงเขตการค้าเสรีแบบพหุภาคี (Multilateral Agreement) เป็นการเจรจาเพื่อทำความตกลงเปิดการค้าเสรีมากกว่าสองฝ่าย เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement : NAFTA) มีภาคีสมาชิก 3 ประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโก , สมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (European Free Trade Association : EFTA) มีภาคีสมาชิก 6 ประเทศ คือ ออสเตรีย นอร์เวย์ สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ฟินแลนด์ และไอซ์แลนด์ เป็นต้น

### 2.1.3 การจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO)

องค์การการค้าโลก (WTO) นับเป็นองค์กรทางเศรษฐกิจที่มีขนาดใหญ่ที่สุด เพราะมีสมาชิกประเทศถึง 150 ประเทศ<sup>3</sup> เนื่องจากจำนวนภาคีสมาชิกมาก อีกทั้งภาคีสมาชิกเหล่านั้นยังแบ่งเป็นหลายกลุ่มประเทศ คือ กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว (Developed Countries) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Developing Countries) และกลุ่มประเทศด้อยพัฒนา (Least Developed Countries) จึงทำให้การเจรจาของ WTO เป็นไปอย่างล่าช้า และบรรลุข้อตกลงได้ยาก ดังจะเห็นได้จาก WTO ประสบความล้มเหลวเจรจาการค้าหลายครั้ง โดยเฉพาะความล้มเหลวเจรจาการค้ารอบซีแอตเติล ในปี 1999<sup>4</sup> ทำให้การเปิดการเจรจาการค้ารอบใหม่ของ WTO ล่าช้า อันเป็นแรงผลักดันประการหนึ่ง ที่ทำให้ประเทศต่าง ๆ หันมาจัดตั้งเขตการค้าเสรีมากขึ้น เพื่อให้มีผลคืบหน้าการเปิดเสรีทางเศรษฐกิจจะระหว่างกันเป็นรูปธรรมมากกว่าและรวดเร็วกว่า

<sup>3</sup> ข้อมูล ณ วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2550 จาก [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>4</sup> “ความหมายเขตการค้าเสรี,” จาก <http://thainews.prd.go.th/FTA/fta.html>

ดังนั้น หลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา จึงมีแนวความคิดที่จะจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคี (Bilateral Agreement) หรือพหุภาคี (Multilateral Agreement) เนื่องจากการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีคู่สัญญาน้อยฝ่าย ทำให้การเจรจาสามารถบรรลุข้อตกลงได้ในระยะเวลาอันสั้น ซึ่งเป็นผลดีต่อการค้าและการลงทุนของประเทศคู่ภาคีเอง

อย่างไรก็ตาม ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของ WTO ย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของ WTO การจัดตั้งความตกลงเขตการค้าเสรีจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ของ WTO ด้วย การให้สิทธิพิเศษกับประเทศคู่ภาคีตามความตกลงเขตการค้าเสรีจะขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment : MFN) ซึ่งเป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ของ WTO หรือไม่<sup>5</sup> เพราะตามหลัก MFN ถ้าประเทศหนึ่งเปิดตลาดสินค้าและบริการแก่ประเทศใดอย่างไร ก็ต้องเปิดให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นเช่นเดียวกัน เมื่อพิจารณาถึงความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) แล้ว สิทธิพิเศษที่ประเทศคู่ภาคีตามความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ให้แก่กัน จะต้องให้สิทธิพิเศษเหล่านั้นกับประเทศภาคีอื่นของ WTO ด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของ WTO จะเห็นได้ว่า การรวมกลุ่มหรือการทำ ความตกลงทางการค้าระดับภูมิภาคเป็นสิ่งที่ดำเนินการได้ ถือเป็น “ข้อยกเว้น” (Exceptions) อย่างหนึ่งของ WTO ที่ประเทศภาคีสมาชิกสามารถเลือกปฏิบัติได้ (Non-MFN) ระหว่างประเทศในกลุ่มกับประเทศนอกกลุ่ม แต่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติ มิฉะนั้นอาจจะขัดกับพันธกรณีภายใต้ WTO ได้<sup>6</sup> กล่าวคือ มาตรา 24 กำหนดให้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการจัดตั้งเขตการค้าเสรี โดยไม่ถือเป็นการละเมิดพันธกรณีของ WTO ภายใต้เงื่อนไขว่า ข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่ทำระหว่างกันจะต้องไม่เพิ่มอุปสรรคทางการค้าต่อประเทศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>5</sup> ณัฐวุฒิ ลักษณมาปัญญากุล, “7 ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับการทำความตกลงการค้าเสรี (FTA),” จาก [www.ftadigest.com/articleFTAMisunderstood.html](http://www.ftadigest.com/articleFTAMisunderstood.html)

<sup>6</sup> กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, “การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคต่าง ๆ,” จาก [www.moc.go.th/thai/dbe/bilateral/speech/grp\\_eco.htm](http://www.moc.go.th/thai/dbe/bilateral/speech/grp_eco.htm)

สมาชิก ที่ไม่ได้ร่วมทำความตกลงด้วย แต่ประเทศคู่ภาคีสามารถตกลงลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกันได้<sup>7</sup>

## 2.1.4 บทบัญญัติของ WTO เกี่ยวกับการจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรี

### 2.1.4.1 มาตรา 24 ของความตกลงแกตต์ 1994

บทบัญญัติของ WTO ที่เกี่ยวกับการจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคจะอยู่ในความตกลงแกตต์ 1994 มาตรา 24 วรรคสี่ – วรรคเก้า ซึ่งยินยอมให้ประเทศที่เข้าร่วมในการจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจนี้ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีบางประการของแกตต์ได้

การจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจตามมาตรา 24 มี 3 รูปแบบ ดังนี้

- 1) สหภาพศุลกากร (Customs Union)
- 2) เขตการค้าเสรี (Free Trade Area)
- 3) ข้อตกลงชั่วคราวก่อนที่จะจัดตั้งสหภาพศุลกากรหรือเขตการค้าเสรี (Interim Agreement)

ในที่นี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะส่วนของเขตการค้าเสรี การจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจในรูปแบบของเขตการค้าเสรี บัญญัติไว้ใน มาตรา 24 วรรคแปด (b)<sup>8</sup> โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้ระบุเงื่อนไขในการจัดตั้งเขตการค้าเสรี ว่าจะต้องขจัดอัตราภาษี ค่าธรรมเนียม และข้อจำกัดทางการค้าทั้งหลายระหว่างประเทศสมาชิกเขตการค้าลงอย่างมีนัยสำคัญ (substantially all the trade) แต่แต่ละประเทศสามารถกำหนดอัตราภาษี ค่าธรรมเนียม และข้อจำกัดทางการค้าที่

<sup>7</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, “อำนาจอธิปไตยกับการทำเขตการค้าเสรี, ใน ”ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา : ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, นนทบุรี : กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรี, 2547, หน้า 4

<sup>8</sup> Article XXIV: Territorial Application — Frontier Traffic — Customs Unions and Free-trade Areas

8. For the purposes of this Agreement:

(a) .....

(b) A free-trade area shall be understood to mean a group of two or more customs territories in which the duties and other restrictive regulations of commerce (except, where necessary, those permitted under Articles XI, XII, XIII, XIV, XV and XX) are eliminated on substantially all the trade between the constituent territories in products originating in such territories.

ใช้กับประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกเขตการค้าได้โดยอิสระ แต่อัตราหรือระดับของอัตรารภาษี  
ค่าธรรมนิยม และข้อจำกัดทางการค้าจะต้องไม่สูงหรือเข้มงวดกว่าเดิมก่อนที่จะเข้ามาร่วมกัน  
จัดตั้งเขตการค้า<sup>9</sup>

#### 2.1.4.2 มาตรา 5 ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

นอกจากบทบัญญัติของความตกลงแกตต์ 1994 มาตรา 24 จะอนุญาต  
ให้ภาคีสมาชิกจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคในด้านการค้าและการลงทุนได้แล้ว  
ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS) ก็ไม่ได้  
ห้ามภาคีสมาชิกในการทำความตกลงเขตการค้าเสรีการค้าบริการระหว่างกันเช่นกัน ตามที่  
บัญญัติไว้ใน มาตรา 5<sup>10</sup> โดยมีเงื่อนไขว่า ความตกลงเปิดเสรีการค้าบริการจะต้องครอบคลุม

<sup>9</sup> กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2545 “การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคต่าง ๆ” จาก  
[www.moc.go.th/thai/dbe/bilateral/speech/grp\\_eco.htm](http://www.moc.go.th/thai/dbe/bilateral/speech/grp_eco.htm)

#### <sup>10</sup> Article V: Economic Integration

1. This Agreement shall not prevent any of its Members from being a party to or  
entering into an agreement liberalizing trade in services between or among the parties to such an  
agreement, provided that such an agreement:

- (a) has substantial sectoral coverage, and
- (b) provides for the absence or elimination of substantially all discrimination,

in the sense of Article XVII, between or among the parties, in the sectors covered under subparagraph (a),  
through:

- (i) elimination of existing discriminatory measures, and/or
- (ii) prohibition of new or more discriminatory measures, either at the entry

into force of that agreement or on the basis of a reasonable time-frame, except for measures permitted  
under Articles XI, XII, XIV and XIV bis.

2. ....

3. (a) Where developing countries are parties to an agreement of the type  
referred to in paragraph 1, flexibility shall be provided for regarding the conditions set out in paragraph 1,  
particularly with reference to subparagraph (b) thereof, in accordance with the level of development of the  
countries concerned, both overall and in individual sectors and subsectors.

(b) Notwithstanding paragraph 6, in the case of an agreement of the type  
referred to in paragraph 1 involving only developing countries, more favourable treatment may be granted to  
juridical persons owned or controlled by natural persons of the parties to such an agreement.





เพราะภายใต้ Enabling Clause ไม่มีข้อกำหนดว่า ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องลดภาษีศุลกากรและอุปสรรคทางการค้าต่าง ๆ ให้ครอบคลุมสินค้าส่วนใหญ่ ดังเช่น มาตรา 24 วรรคแปด (b) ของความตกลงแกตต์ ซึ่งมีเงื่อนไขที่รัดกุมมากกว่า Enabling Clause มาก และในมาตรา 5 วรรคสาม (a) ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการก็ได้บัญญัติให้ในกรณีของประเทศกำลังพัฒนา จะต้องกำหนดให้มีความยืดหยุ่นเกี่ยวกับเงื่อนไขต่าง ๆ

ดังนั้น การทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศพัฒนาแล้ว จะต้องทำภายใต้เงื่อนไข มาตรา 24 วรรคแปด (b) ของความตกลงแกตต์ และมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โดยความตกลงเหล่านั้น จะไม่สามารถเลือกลดภาษีและอุปสรรคทางการค้าต่าง ๆ เฉพาะรายการสินค้าที่อยากลดเท่านั้น แต่จะต้องลดภาษีศุลกากรและอุปสรรคทางการค้าต่าง ๆ ให้ครอบคลุมสินค้าส่วนใหญ่เลยทีเดียว

การจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงประเภทของประเทศคู่ภาคีที่จะเจรจาด้วยว่า เป็นประเทศพัฒนาแล้วหรือประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากมีกฎเกณฑ์และเงื่อนไขภายใต้ WTO ที่แตกต่างกัน

การจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรี ทั้งภายใต้แกตต์ มาตรา 24 GATS มาตรา 5 และ Enabling Clause จะต้องรายงานต่อ WTO โดยเร็ว โดยจะต้องให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อการตรวจสอบความตกลงดังกล่าว ว่ามีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของ WTO ว่าด้วยการรวมกลุ่มเศรษฐกิจหรือไม่ อย่างไร

ในปัจจุบัน ประเทศที่เป็นสมาชิก WTO เกือบทุกประเทศได้เข้าร่วมหรือกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจารวมกลุ่มทางภูมิภาคหรือจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีมากขึ้น โดยข้อมูล ณ เดือนสิงหาคม 2006 ระบุว่า ความตกลงกลุ่มเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่รายงานต่อ WTO และมีผลใช้บังคับแล้ว จำนวน 211 ความตกลง โดยมีความตกลงเขตการค้าเสรีตามแกตต์ มาตรา 24 จำนวน 133 ความตกลง มีเพียง 22 ความตกลงที่อยู่ภายใต้ Enabling Clause (ความตกลงระหว่างประเทศกำลังพัฒนา) และความตกลงการค้าบริการตาม GATS มาตรา 5 จำนวน 45 ความตกลง รายละเอียดปรากฏตามตาราง

**ตารางความตกลงกลุ่มเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่รายงานต่อ WTO และมีผลบังคับใช้แล้ว**

	ลงบัญชี (Accession)	ความตกลง ระดับภูมิภาค	รวม
ภายใต้ GATT มาตรา 24 (เขตการค้าเสรี)	4	129	133
ภายใต้ GATT มาตรา 24 (สหภาพศุลกากร)	5	6	11
Enabling Clause (ความตกลงระหว่างประเทศกำลังพัฒนา)	1	21	22
ภายใต้ GATS มาตรา 5 (การค้าบริการ)	2	43	45
<b>รวม</b>	<b>12</b>	<b>199</b>	<b>211</b>

ที่มา : องค์การการค้าโลก (www.wto.org)

จากข้อมูลตามตาราง จะเห็นได้ว่า มีความตกลงที่รายงานต่อ WTO และมีผลบังคับใช้แล้ว จำนวน 211 ความตกลง ซึ่งเพิ่มขึ้นถึง 27 ความตกลง เมื่อเปรียบเทียบกับความตกลงที่รายงานต่อ WTO และมีผลบังคับใช้แล้ว เมื่อเดือนพฤษภาคม 2003 จำนวน 184 ความตกลง<sup>12</sup>

นอกจากนี้ ยังมีความตกลงอื่นอีกที่รายงานต่อ WTO แล้ว แต่ยังไม่ผลบังคับใช้ อีกจำนวนมาก ดังนั้น แนวโน้มที่ประเทศต่าง ๆ จะจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีจึงมีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ

<sup>12</sup> เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคนอื่น ๆ, การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs

## 2.2 การจัดตั้งเขตการค้าเสรีทวีภาคิระหวางประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี

### 2.2.1 ความเป็นมา

การเข้าสู่เขตการค้าเสรีระหวางประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศชิลี เริ่มต้นมา มากกว่าทศวรรษ โดยในต้นปี ค.ศ. 1990 ประธานาธิบดี Gorge H.W. Bush ได้ประกาศ "Enterprise Initiative for the Americas" และชิลีได้ประกาศตนเพื่อเข้าร่วมในจุดเริ่มต้นดังกล่าว ด้วย แต่ ณ เวลานั้น สหรัฐอเมริกากำลังมุ่งเจรจาเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement : NAFTA) การเจรจาระหวางสหรัฐอเมริกากับชิลีจึงยังไม่มีวามคืบหน้า

หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 1994 ชิลีได้รับเชิญให้เข้าร่วมเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) อย่างเป็นทางการ แต่อย่างไรก็ตาม การเข้าร่วมเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือของชิลีต้องหยุดชะงักลง เมื่อสหรัฐอเมริกาตัดสินใจที่จะไม่ให้อำนาจ Fast Track Authority แก่ประธานาธิบดี (หรือที่เรียกในปัจจุบันว่า Trade Promotion Authority Act 2002 ซึ่งให้อำนาจกับฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาแบบ Fast track กับความตกลงการค้าเสรี เพื่อเป็นการดำเนินการให้ความสะดวก และเป็นกรอบในการเจรจาและทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับรัฐอื่น ๆ )

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ประธานาธิบดี Bill Clinton ได้ประกาศที่จะเริ่มต้นเจรจากับชิลี และในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2000 สหรัฐอเมริกาและชิลีก็ได้จัดการเจรจาเขตการค้าเสรีรอบแรกขึ้นในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. และได้จัดการเจรจารอบสุดท้ายขึ้นเมื่อเดือนธันวาคม 2002 ที่กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. เช่นกัน รวมระยะเวลาในการเจรจาทั้งหมด 2 ปี 14 รอบการเจรจา โดยความตกลงเขตการค้าเสรีระหวางสหรัฐอเมริกาและชิลีได้มีการลงนามเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 2003 เมืองไมอามี รัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม 2004<sup>13</sup>

การจัดตั้งเขตการค้าเสรีทวีภาคิระหวางสหรัฐอเมริกาและชิลี สอดคล้องกับ บทบัญญัติของแกตต์ มาตรา 24 และ มาตรา 5 ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ที่อนุญาตให้ภาคีสมาชิกของ WTO จัดตั้งความตกลงระดับภูมิภาคได้ โดยได้รายงานต่อ WTO แล้ว

<sup>13</sup> www.chileusfta.com

เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2003 และได้บัญญัติยืนยันไว้ในมาตรา 1.1 ของความตกลงเขตการค้าเสรี  
ด้วย

## 2.2.2 เรื่องสำคัญที่ตกลงในเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกา และชิลี

ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างอเมริกาและชิลีมีทั้งหมด 24 ข้อบท 3  
ภาคผนวก และเอกสารแนบ (Side letters) จำนวน 6 ฉบับ โดยมีเรื่องสำคัญที่ตกลงกัน ดังนี้

- หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และการเข้าสู่ตลาด (National Treatment and Market Access for Goods)

ข้อตกลงเขตการค้าเสรียึดถือหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) ตามมาตรา III ของแกตต์ 1994 ซึ่งกำหนดให้รัฐบาลแต่ละชาติปฏิบัติต่อ  
คู่สัญญาไม่ด้อยไปกว่าคนในชาติของตน<sup>14</sup>

การเข้าสู่ตลาดในรูปแบบของภาษี ข้อตกลงเขตการค้าเสรี กำหนดให้สินค้าประมาณร้อยละ 85 ของสินค้าอุปโภคบริโภคและสินค้า  
อุตสาหกรรม จะกลายเป็นสินค้าปลอดภาษี (Duty-free) ในทันที ส่วนที่  
เหลือจะค่อย ๆ ปรับลดลงเรื่อย ๆ<sup>15</sup>

ส่วนการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบที่ไม่ใช่ภาษี ข้อตกลงเขตการค้า  
เสรีกำหนดห้ามมิให้ประเทศภาคีใช้มาตรการจำกัดการส่งออก-นำเข้า  
สินค้า เว้นแต่กรณีที่สุดดคล้องกับ มาตรา XI ของแกตต์ 1994<sup>16</sup>

นอกจากนี้ประเทศภาคีจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงเรื่องการ  
ยกเลิกการอุดหนุนสินค้าเกษตรของ WTO แต่สหรัฐอเมริกายังคง  
สงวนสิทธิ์ให้เงินอุดหนุนเกษตรกรในกรณีที่มีการอุดหนุนการส่งออกจาก

<sup>14</sup> ทิวาร์ตน์ ลามวิไล, ประภาภรณ์ ชี้อเจริญกิจ และเอกพล จงวิไลวรรณ. ข้อมูลเปรียบเทียบ  
ข้อตกลงเขตการค้าเสรี US-Chile FTA US-Singapore FTA และ US-Australia FTA. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร :  
เฟื่องฟ้า, 2547). หน้า 4

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน

ประเทศที่สาม และหากมีการใช้มาตรการจัดอันดับคุณภาพสินค้าเกษตร มาตรการเหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT) นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งคณะทำงานร่วมการค้า สินค้าเกษตร (Working Group on Agricultural Trade) เพื่อกำหนด มาตรฐานและคุณภาพสินค้าเกษตรร่วมกัน และชาติสมาชิกยังได้รับ อนุญาตให้สามารถใช้มาตรการปกป้อง (Safeguard Measure) ได้ โดยชอบธรรม ในรูปของภาษีนำเข้าในกรณีที่สินค้านำเข้าทำให้ราคา สินค้าเกษตรในประเทศต่ำกว่า Trigger Price (ในรูปของราคา F.O.B)<sup>17</sup>

- กฎเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดของสินค้า (Rules of Origin and Origin Procedures)

กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดของสินค้า (Rules of Origin) ที่มีความ ชัดเจนและเรียบง่าย แต่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีความเฉพาะเจาะจงต่อประเภทของสินค้า แต่จัดการง่ายกว่ากฎว่าด้วย แหล่งกำเนิดสินค้าในข้อตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) จะ ช่วยเสริมสร้างให้สินค้าที่ผลิตในสหรัฐอเมริกาและชิลีได้รับประโยชน์ จากการทำข้อตกลงทวิภาคีได้อย่างเต็มที่<sup>18</sup>

- พิธีการศุลกากร (Customs Administration)

ข้อตกลงเขตการค้าเสรีกำหนดให้รัฐคู่ภาคีจะต้องเผยแพร่ กฎหมาย ข้อบังคับ และกระบวนการบริหารงานทางด้านศุลกากรผ่าน ทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและเครือข่ายโทรคมนาคม นอกจากนี้จะต้อง เปิดรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลทั่วไป

<sup>17</sup> ทิวาร์ตน์ ลากวิไล, ประภาภรณ์ ชี้อเจริญกิจ และเอกพล จงวิไลยวรรณ. ข้อมูลเปรียบเทียบ ข้อตกลงเขตการค้าเสรี US-Chile FTA US-Singapore FTA และ US-Australia FTA. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : เฟื่องฟ้า, 2547). หน้า 7

<sup>18</sup> เอกพล จงวิไลยวรรณ. ข้อตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-ชิลี (US-Chile Free Trade Agreement). [Online] แหล่งที่มา : <http://www.thailandwto.org/Doc/FTA/Ekapol-2.pdf>

ข้อตกลงเขตการค้าเสรียังกำหนดให้รัฐคู่ภาคีจะต้องมีพิธีการทางศุลกากรที่มีประสิทธิภาพ และหากมีการเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบด้านพิธีทางศุลกากรจะต้องยื่นหนังสือแสดงเจตจำนงให้ประเทศคู่ภาคีทราบ ก่อนที่จะมีการบังคับใช้กฎระเบียบเหล่านั้น<sup>19</sup>

- มาตรการด้านสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Sanitary and Phytosanitary Measures)

วัตถุประสงค์ของมาตรการด้านสุขอนามัย คือ เพื่อปกป้องมนุษย์ พืช และสัตว์ และเพื่อเป็นการส่งเสริมการขยายตัวทางการค้า โดยความตกลงเขตการค้าเสรีกำหนดให้ประเทศคู่ภาคีจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Committee on Sanitary and Phytosanitary Matters) เพื่อรับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชโดยตรง ตลอดจนสร้างความร่วมมือทางด้านมาตรการและกระบวนการใช้ข้อบังคับด้านสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช

20

- อุปสรรคทางด้านเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade)

ประเทศคู่ภาคีจะต้องร่วมมือกันในการที่จะสร้างมาตรฐานกฎระเบียบทางเทคนิค และกระบวนการประเมินที่สอดคล้องกัน และจะต้องร่วมมือกันในการกำหนดข้อตกลงร่วมกัน ตลอดจนจัดตั้งคณะทำงานเพื่อแสวงหาข้อสรุปในข้อตกลงร่วมกัน<sup>21</sup>

- การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Government Procurement)

ข้อตกลงเขตการค้าเสรีกำหนดให้หน่วยงานราชการจะต้องไม่กีดกันการจัดซื้อจัดจ้างระหว่างบริษัทของประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่งกับ

<sup>19</sup> ทิวรัตน์ ลากวิไล, ประภารณณ์ ชี้อเจริญกิจ และเอกพล จงวิไลวรรณ. ข้อมูลเปรียบเทียบข้อตกลงเขตการค้าเสรี US-Chile FTA US-Singapore FTA และ US-Australia FTA. พิมพ์ครั้งที่ 1. หน้า 19

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 22

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

บริษัทของตน อีกทั้งยังกำหนดให้ออกกฎระเบียบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาลที่มีความเข้มงวดและโปร่งใส เช่น การยื่นซองประกวดราคา และกระบวนการทบทวนการประมูลที่มีประสิทธิภาพ

การให้และการรับสินบนเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาล ถือเป็น การกระทำที่ผิดตามกฎหมายอาญา ภายใต้กฎหมายของทั้ง สหรัฐอเมริกาและชิลี ซึ่งกฎหมายข้อนี้เป็นการสนับสนุนวัตถุประสงค์ การต่อต้านการทุจริต ซึ่งผู้นำประเทศร่วมกันกำหนดขึ้น<sup>22</sup>

#### - การลงทุน (Investment)

รัฐบาลของแต่ละประเทศจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนตามหลัก ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความ อนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ทั้งในเรื่องของการตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารงาน พฤติกรรม การจัดการ และการขาย และยังมีข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ (Minimum Standard of Treatment) โดยกำหนดให้ต้องปฏิบัติอย่างน้อยที่สุดจะต้องเป็นไป ตามกฎหมายจารีตประเพณีว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ (Customary Investment Law) ที่มีการปฏิบัติที่เป็นธรรม เท่าเทียมและ ปกป้องเต็มที่ ทั้งนี้ หากนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีได้รับความเสียหาย ใด ๆ จากการใช้อำนาจของรัฐบาล นักลงทุนเหล่านั้นจะต้องได้รับการ ชดเชยโดยทันทีอย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดคุ้มครองนักลงทุนในเรื่องต่าง ๆ อีก มากมาย เช่น ข้อกำหนดที่ให้ Performance Requirement ซึ่งเป็นการ จำกัดอำนาจของรัฐบาลในการกีดกันหรือสร้างอุปสรรคต่อนักลงทุน ต่างประเทศ ข้อกำหนดให้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุนและการโอนเงิน ระหว่างประเทศได้อย่างเสรี ข้อกำหนดไม่ให้จำกัดสัญชาติของ คณะผู้บริหาร (Board of Director) เป็นต้น

<sup>22</sup> เอกพล จงวิทย์วรรณ. ข้อตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-ชิลี (US-Chile Free Trade Agreement). [Online] แหล่งที่มา : <http://www.thailandwto.org/Doc/FTA/Ekapol-2.pdf>



ในข้อตกลงเขตการค้าเสรียังเปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐบาลเรียกค่าเสียหายได้อีกด้วย หากมีการละเมิดข้อบทเรื่องการลงทุน โดยกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor-State Dispute) ขึ้น จะต้องมีการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาและต่อรองร่วมกัน ภายใต้ ICSID Convention และ UNICITRAL Arbitration Rule<sup>23</sup>

- การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-Border Trade in Services) และบริการทางการเงิน (Financial Services)

การค้าบริการในความตกลง แบ่งเป็นภาคบริการทั่วไป กับภาคบริการทางการเงิน โดยภาคบริการทั่วไปกำหนดไว้ว่า กรอบการดำเนินงานต้องโปร่งใส ตรวจสอบได้ รวมไปถึงความเสมอภาคในการเข้าถึงตลาด (Market Access) การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ตามข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ

ส่วนภาคการเงินเปิดโอกาสให้ธนาคาร บริษัทประกันภัย บริษัทประกันชีวิต สามารถเข้าถึงตลาดได้โดยเสรีและได้รับการอนุเคราะห์ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)<sup>24</sup>

- การผ่านแดนชั่วคราวของนักธุรกิจ (Temporary Entry of Business Persons)

ข้อตกลงเขตการค้าเสรี มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าประเทศของนักธุรกิจ พ่อค้า นักลงทุน ตัวแทน บริษัท และผู้เชี่ยวชาญภายใต้รูปแบบการออกวีซ่าพิเศษตามข้อตกลงการค้าสหรัฐอเมริกาและซีดี ซึ่ง

<sup>23</sup> ทิวรัตน์ ลาภวิไล, ประภาภรณ์ ชี้อเจริญกิจ และเอกพล จงวิไลวรรณ. ข้อมูลเปรียบเทียบข้อตกลงเขตการค้าเสรี US-Chile FTA US-Singapore FTA และ US-Australia FTA. พิมพ์ครั้งที่ 1. หน้า 33-34

<sup>24</sup> ดุสิต สุนทร. เขตการค้าเสรี สหรัฐฯ-สิงคโปร์ : บทเรียนอันมีค่าสำหรับไทย. [Online] แหล่งที่มา : [www.thailandwto.org/BBo/DocwtoList.asp?DT=P](http://www.thailandwto.org/BBo/DocwtoList.asp?DT=P)

กำหนดให้สหรัฐอเมริกาออกวีซ่าพิเศษสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงในจำนวนจำกัดและวีซ่าใช้ได้ครั้งละ 4 ปี แต่ทั้งนี้ผู้เชี่ยวชาญของสหรัฐอเมริกาเข้าประเทศชิลีได้โดยไม่มีจำนวนจำกัดจำนวนทั้งนี้ ประเด็นเรื่องการปรับปรุงกฎระเบียบการอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวเข้ามาในสหรัฐอเมริกาชั่วคราว ถูกกดดันอย่างหนักจากองค์กรด้านแรงงานของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากองค์กรเหล่านี้เกรงว่ามาตรการดังกล่าวอาจนำมาซึ่งปัญหาการว่างงานที่รุนแรง<sup>25</sup>

- พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce)

ทั้งสองประเทศได้ตกลงร่วมกันที่จะปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในสินค้าดิจิทัล (Non-Discriminatory Treatment of Digital Product)<sup>26</sup> และการเก็บภาษีศุลกากรจากผลิตภัณฑ์ดิจิทัล (Digital Product) จะขึ้นอยู่กับสิ่งที่บรรจุนั้น ๆ เช่น มูลค่าของแผ่นดิสก์ หรือแถบบันทึกเสียง มิได้เก็บจากมูลค่าของสิ่งที่บรรจุอยู่ภายใน เช่น โปรแกรม เพลง เป็นต้น โดยการส่งออกหรือนำเข้าโดยการส่งทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Transmission) ไม่เสียภาษีศุลกากร<sup>27</sup>

- ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property)

ข้อตกลงเขตการค้าเสรีมีข้อผูกพันที่จะต้องให้สัตยาบันในเรื่องข้อตกลงทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (International IPR Agreement) รวมไปถึงการประชุมนานาชาติว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (Protection of New Variety of Plant) สนธิสัญญาว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (The Trademark Law Treaty) การประชุมปารีสว่าด้วยการแบ่งปันโปรแกรมนำคลื่นสัญญาณดาวเทียม (The Distribution of Program Carrying Satellite Signals) และสนธิสัญญา

<sup>25</sup> เอกพล จงวิไลวรรณ. ข้อตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-ชิลี (US-Chile Free Trade Agreement). [Online] แหล่งที่มา : <http://www.thailandwto.org/Doc/FTA/Ekapol-2.pdf>

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>27</sup> ดุสิต สุนทร. เขตการค้าเสรี สหรัฐฯ-สิงคโปร์ : บทเรียนอันมีค่าสำหรับไทย. [Online] แหล่งที่มา : [www.thailandwto.org/BBo/DocwtoList.asp?DT=P](http://www.thailandwto.org/BBo/DocwtoList.asp?DT=P)

ความร่วมมือเรื่องสิทธิบัตร (The Patent Cooperation Treaty)<sup>28</sup> ซึ่งในความตกลงเขตการค้าเสรีกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องให้การคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ใด ๆ ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต (Life Patent) อันได้แก่สิทธิบัตรพืชและสัตว์ด้วย<sup>29</sup>

- แรงงาน (Labor)

ทั้งสหรัฐอเมริกาและชิลีต่างเห็นพ้องกันว่า ในฐานะที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization : ILO) ดังนั้น จึงต้องมีข้อตกลงทางด้านแรงงานที่สอดคล้องกับสิทธิแรงงานสากล โดยประเทศคู่ภาคียืนยันว่า การสนับสนุนการค้าและการลงทุนโดยการผ่อนปรนกฎหมายแรงงานเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม และได้ให้หลักประกันว่า ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถเข้ากระบวนการพิจารณาคดีแรงงานได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ ทั้งสองประเทศจะได้จัดตั้งสภาแรงงาน เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินงานและทบทวนความก้าวหน้าภายใต้ข้อตกลงนี้<sup>30</sup>

- สิ่งแวดล้อม (Environment)

เป้าหมายของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ก็คือ เพื่อสร้างความมั่นใจว่า นโยบายการค้าและสิ่งแวดล้อมจะส่งเสริมซึ่งกันและกันในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยกำหนดให้ประเทศคู่ภาคีจะต้องออกกฎหมายสิ่งแวดล้อมภายในประเทศที่มีความเข้มงวด อีกทั้งจะต้องปรับปรุงกฎหมายสิ่งแวดล้อมให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และทั้งสองประเทศเห็นพ้องกันว่า การสนับสนุนการค้าและการลงทุนโดยการผ่อนปรนการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม และนอกจากนี้ ประเทศคู่ภาคียังได้จัดตั้งสภาสิ่งแวดล้อม

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>29</sup> รายงานการประชุมเชิงวิชาการ “รัฐบาลควรมีจุดยืนในการเจรจาการค้าทวิภาคีกับสหรัฐอเมริกาอย่างไร?” [Online] แหล่งที่มา : [http://www.thailandwto.org/Doc/Pub/PubCur/Cur2\\_FtaThaiUS.pdf](http://www.thailandwto.org/Doc/Pub/PubCur/Cur2_FtaThaiUS.pdf)

<sup>30</sup> ทิวรัตน์ ลาภวิไล, ประภาภรณ์ ชี้อเจริญกิจ และเอกพล จงวิไลวรรณ. ข้อมูลเปรียบเทียบข้อตกลงเขตการค้าเสรี US-Chile FTA US-Singapore FTA และ US-Australia FTA. พิมพ์ครั้งที่ 1. หน้า 84

(Environment Affairs Council) และตกลงที่จะร่วมมือกันทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ตลอดจนแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกันอีกด้วย<sup>31</sup>

- การระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution)

เมื่อเกิดข้อพิพาททางการค้าขึ้น ทั้งสหรัฐอเมริกาและซิติจะต้องพยายามร่วมมือกันและปรึกษาหารืออย่างเต็มที่ เพื่อหาทางออกจนเป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย ประเทศคู่ภาคีจะต้องสนับสนุนและอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทระหว่างภาคเอกชนในเขตการค้าเสรี โดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสมในการไต่สวนและการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลง และประเทศคู่ภาคีจะต้องจัดหาข้อมูลมาประกอบการพิจารณา เพื่อให้กระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพ และยังบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการสามารถแสวงหาข้อมูลหรือคำแนะนำทางเทคนิคในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน สิ่งแวดล้อม สุขภาพ และความปลอดภัย และเรื่องทางเทคนิคอื่น ๆ อีกด้วย โดยมีกระบวนการปรึกษาหารือที่ชัดเจนและเหมาะสม<sup>32</sup>

จะเห็นได้ว่า เรื่องที่ตกลงกันในเขตการค้าเสรีมิได้มีเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการค้าเท่านั้น หากแต่ยังมีการตกลงกันเรื่องอื่น ๆ ด้วย เช่น เรื่องแรงงาน เรื่องมาตรฐานสุขอนามัย และเรื่องสิ่งแวดล้อม ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องการค้าโดยตรง โดยเฉพาะเรื่องสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ที่ได้รับความสนใจในเวทีการค้าระดับโลกอย่างมาก โดยในเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและซิติได้บัญญัติไว้ในข้อบทที่ 19

โดยเนื้อหาของเรื่องสิ่งแวดล้อมแล้ว มีความคิดค่อนข้างสวนทางกันกับการค้า แต่กระแสนโยบายสิ่งแวดล้อมค่อนข้างเป็นประเด็นในระดับโลก เนื่องจากความห่วงใยสภาพแวดล้อมที่ทรุดโทรมไปมาก ทำให้มีความพยายามที่จะนำเอาสิ่งแวดล้อมมาผูกกับเรื่องการค้า เพื่อให้การค้าเป็นกลไกและเป็นมาตรการหนึ่งในการขับเคลื่อนการปกป้องสิ่งแวดล้อมให้บรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่ว่า อาจมีการนำเรื่องสิ่งแวดล้อมมาเป็น

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 86-87

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 89

ข้ออ้างในการกีดกันทางการค้าได้ การใช้มาตรการทางการค้าโดยอ้างประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นต้องใช้อย่างระมัดระวัง และเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง และในหัวข้อต่อไปจะได้ทำการศึกษาร่างกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และขอบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาครระหว่างสหรัฐอเมริกากับซีดีว่า มีกฎเกณฑ์อย่างไรบ้าง

## 2.3 กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และพันธกรณีตามขอบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาครระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีดี

### 2.3.1 ความหมายของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หมายถึง กฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของรัฐซึ่งเกิดมาจากฉันทามติ (Consensus) ระหว่างรัฐต่าง ๆ เพื่อจุดประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากร รวมทั้งการใช้ทรัพยากรแบบยั่งยืน (Resource conservation and sustainable)<sup>33</sup>

กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีบ่อเกิดหรือแหล่งที่มา (Sources of law) ที่สำคัญ ก็คือ สนธิสัญญา (Treaty) หรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ยังมีบ่อเกิดหรือแหล่งที่มาลำดับรอง ๆ ลงไป ที่มีลักษณะเสริมอื่น ๆ อีก เช่น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) หลักกฎหมายทั่วไป (General principles of law recognized by civilized nations) คำพิพากษาของศาล (Decisions of judicial or arbitral tribunals) คำสอนของนักนิติศาสตร์ (Teachings of the most highly qualified publicists) และยังมีบ่อเกิดที่มีลักษณะเป็น Soft-Law เช่น ตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding) โดยตราสารเหล่านี้อาจอยู่ในรูปแบบของข้อมติ (Resolutions) ความเห็นแนะนำ (Recommendations) หรือแถลงการณ์ (Declarations)<sup>34</sup>

<sup>33</sup> พรชัย ด้านวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2544), หน้า 82.

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 87-91.

## 2.3.2 วิวัฒนาการและหลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในสังคมระหว่างประเทศ

### 2.3.2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศใน สังคมระหว่างประเทศ

การพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้การค้าขายยั่วตัวมากขึ้น เนื่องจากวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้การดำเนินกิจกรรมทางการค้าสะดวก รวดเร็ว และมีความคล่องตัวสูง เช่น ขั้นตอนการผลิต เทคโนโลยีทำให้สามารถผลิตสินค้าได้ปริมาณมากและรวดเร็ว ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด ถูกนำมาใช้ในการผลิตมากในเวลาอันสั้น นานาประเทศจึงมีความห่วงกังวลถึงความขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติในอนาคต

นอกจากนี้ สินค้าหรือผลิตภัณฑ์และบริการมักเป็นสาเหตุทำให้เกิดสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมอีกด้วย ทั้งจากกระบวนการผลิต การใช้ และการกำจัดผลิตภัณฑ์ เช่น กรณี สาร CFC ที่ใช้ในอุตสาหกรรมต่าง ๆ มีผลทำลายชั้นบรรยากาศของโลก โดยก่อให้เกิดช่องโหว่ ทำให้รังสีอุลตราไวโอเล็ตผ่านเข้ามาทำอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช รวมทั้งก่อให้เกิดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งเป็นสาเหตุทำให้อุณหภูมิของโลกสูงขึ้นด้วย เรียกว่า “ปรากฏการณ์เรือนกระจก” (Greenhouse Effects)

ด้วยความห่วงกังวลในปัญหาความขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติในอนาคต และสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ นานาประเทศจึงมีแนวความคิดที่จะบริหารจัดการ และใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้สามารถนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ได้อย่างคุ้มค่าและยั่งยืน และแก้ไขสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมร่วมกัน ซึ่งการดำเนินการดังกล่าว จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ จึงพยายามสร้างกฎเกณฑ์ด้านสิ่งแวดล้อม โดยมีวิวัฒนาการที่สำคัญ ดังนี้

#### 2.3.2.1.1 การประชุมองค์การสหประชาชาติ ณ กรุงสตอกโฮล์ม ประเทศสวีเดน : สิ่งแวดล้อมมนุษย์ (The United Nations Conference on the Human Environment)

ในปี ค.ศ. 1972 องค์การสหประชาชาติได้จัดให้มีการประชุมระดับรัฐบาลที่กรุงสตอกโฮล์ม ประเทศสวีเดน ในเรื่องสิ่งแวดล้อมมนุษย์ (Human Environment)

เพื่อพิจารณาปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ถูกละเลยมานาน<sup>35</sup> โดยในการประชุมดังกล่าว ได้มีการประกาศหลักการสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมของมนุษยชาติ (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment : June 16, 1972) หรือที่เรียกว่า “ปฏิญญาสตอกโฮล์ม” (Stockholme Declaration) โดยมีหลักการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้<sup>36</sup>

- (1) ประกาศยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี
- (2) ห้ามปล่อยสารพิษ หรือสารอื่นที่อาจมีผลต่อสิ่งแวดล้อม
- (3) กำหนดให้มีการปรับปรุงนโยบายทางด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐต่าง ๆ
- (4) สนับสนุน และส่งเสริมการวิจัยค้นคว้าทางด้านสิ่งแวดล้อม และทางวิทยาศาสตร์
- (5) วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องสิ่งแวดล้อม
- (6) กำหนดให้รัฐร่วมมือกันในการรับผิดชอบและกำหนดค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมลพิษต่าง ๆ
- (7) กำหนดให้มีความร่วมมือกันระหว่างรัฐ เพื่อควบคุม ป้องกัน ลด หรือจำกัดการกระทำที่มีผลต่อชั้นบรรยากาศซึ่งส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐทั้งหลาย (หลักการในข้อนี้เป็นเสมือนแนวทางหรือก้าวแรกของการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาในเรื่องของชั้นโอโซนโดยอาศัยความตกลงระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือ)

ผลจากการประชุมครั้งนี้ ทำให้มีการก่อตั้งโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environmental Program : UNEP) ขึ้นมาในระบอบงานของ

<sup>35</sup> สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2542) หน้า 20.

<sup>36</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจการ, “WTO กับสิ่งแวดล้อม: เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 18-19.

องค์การสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1973 โดยมีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามนโยบาย และข้อเสนอแนะตามที่ปรากฏในหลักการและแผนปฏิบัติการกรุงสตอกโฮล์ม รวมทั้งประสานงานด้านสิ่งแวดล้อมขององค์การสหประชาชาติ

หลักการในปฏิญญาสตอกโฮล์มได้ถูกนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานในการออกกฎหมายภายในรัฐ และอนุสัญญาต่าง ๆ รวมถึงความตกลงเขตการค้าเสรีและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ด้วย

### 2.3.2.1.2 คณะกรรมาธิการโลกในเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development : WCED)

ในปี ค.ศ. 1983 สหประชาชาติได้จัดตั้ง คณะกรรมาธิการโลกในเรื่องสิ่งแวดล้อม และการพัฒนา (WCED) เพื่อทำการศึกษาในเรื่องการสร้างสมดุลระหว่างสิ่งแวดล้อมกับการพัฒนา และอีก 4 ปีต่อมา คณะกรรมาธิการดังกล่าวได้เผยแพร่เอกสารที่มีชื่อว่า “Our Common Future” เรียกร้องให้ประชาคมโลกเปลี่ยนแปลงวิถีการดำเนินชีวิตที่ฟุ่มเฟือย และเปลี่ยนแปลงวิถีทางในการพัฒนาให้เป็นแนวทางที่ปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อม อันสอดคล้องกับข้อจำกัดของธรรมชาติมากขึ้น และทำให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ขึ้นมาได้<sup>37</sup>

### 2.3.2.1.3 การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (United Nations Conference on Environment and Development : UNCED) หรือ Earth Summit

ผลจากการเผยแพร่รายงานเรื่อง “Our Common Future” ก็ทำให้เกิดกระแสความตื่นตัวตระหนักถึงสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อม โดยได้มีการเรียกร้องให้มีการร่วมรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมของโลก จนได้มีการจัดให้มีการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UNCED) หรือ “Earth Summit” ที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร (Rio De Janeiro) ประเทศบราซิล ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1992 โดยมีเป้าหมายเพื่อก่อให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างประเทศ ซึ่งการประชุมครั้งนี้ประสบความสำเร็จอย่างมาก เนื่องจากมีตัวแทนจากประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมประชุมจำนวนมาก ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ได้มีมติสมัชชาสหประชาชาติ ที่ 44/228 รับรองเอกสารสำคัญ 6 ฉบับ คือ

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.



(1) ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The Rio Declaration on Environment and Development) มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงความเป็นอยู่ของประชาชนให้ดีขึ้น เพื่อประสานกฎเกณฑ์ทางการค้าและสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยในปฏิญญาดังกล่าว ได้สร้างกฎเกณฑ์สำคัญด้านสิ่งแวดล้อมไว้หลายประการ เช่น

(ก) หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter-Pay Principle : PPP)<sup>38</sup> กำหนดให้ผู้มีอำนาจของรัฐควรพยายามส่งเสริมให้มีการผนวกต้นทุนทางสิ่งแวดล้อมเข้ากับราคาสินค้า และมีการใช้มาตรการทางเศรษฐศาสตร์ โดยพิจารณาหลักการว่า ผู้ก่อมลพิษควรเป็นผู้รับภาระของต้นทุนการก่อมลพิษ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ และปราศจากการบิดเบือนทางการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>39</sup>

(ข) หลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle)<sup>40</sup> หมายถึง การใช้กลไก หรือวิธีการที่จะป้องกันภัยล่วงหน้า ซึ่งในหลายประเทศใช้วิธีการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment : EIA) โดยมีหลักการสำคัญ คือ กิจกรรม หรือโครงการที่มีความจำเป็นจะต้องให้เกิดขึ้นมา เพื่อการพัฒนาประเทศ แต่กิจกรรม หรือโครงการนั้น ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแน่นอน และรุนแรง จึงต้องทำ

<sup>38</sup> Rio Declaration on Environment and Development

Principle 16

National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.

<sup>39</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจการ, “WTO กับสิ่งแวดล้อม: เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ ในประเด็นสิ่งแวดล้อม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 23.

<sup>40</sup> Rio Declaration on Environment and Development

Principle 15

In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน ที่จะมีการพิจารณาอนุญาตให้มีขึ้นหรือไม่ โดยการศึกษา ดังกล่าวนี้ จะต้องหามาตรการในการติดตามตรวจสอบผลกระทบสิ่งแวดล้อมอย่างต่อเนื่อง และ ต้องมีมาตรการในการลดผลกระทบนั้น ทั้งขณะดำเนินการและหลังดำเนินการ เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม<sup>41</sup> โดยหลักการนี้ ยอมให้รัฐใช้มาตรการใด ๆ เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ เมื่อปรากฏว่า มีการคุกคามที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งยากจะเยียวยา และข้ออ้างที่ว่ายังไม่มี ความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ในเรื่องนั้น มิใช่เหตุผลที่จะใช้เพื่อผ่อนผันการใช้ มาตรการที่เหมาะสมต่อการป้องกันมิให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรมลง ดังนั้น จึงเห็นว่า เพื่อตอบรับกับ ปัญหาสิ่งแวดล้อม จึงควรมีการป้องกันล่วงหน้าไว้ก่อนแทนที่จะรอให้การพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ เสร็จสมบูรณ์<sup>42</sup>

(ค) มาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไม่ ควรมีการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) หรือเป็นเครื่องมือแอบแฝงสำหรับกีดกันทางการค้า (Non-Disguised Restriction on International Trade) และควรส่งเสริมการใช้มาตรการหลาย ฝ่าย (Multilateral Measures) แทนการใช้มาตรการฝ่ายเดียว (Unilateral Measures)<sup>43</sup> รัฐทุกรัฐ จะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เศรษฐกิจเจริญเติบโตไปพร้อมกับการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยการ กำหนดมาตรฐานเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะต้องไม่เป็นการปฏิบัติตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติ โดยไม่มีเหตุอันควร อันเป็นการป้องกันการกีดกันทางการค้าแอบแฝงโดยใช้ประเด็นด้าน

<sup>41</sup> นันทพล กาญจนวัฒน์, “แนวความคิด การพัฒนาอย่างยั่งยืน ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม ระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีตัวอย่าง อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.1992” จาก <http://advisor.anamai.moph.go.th/231/23105.html>

<sup>42</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจการ, “WTO กับสิ่งแวดล้อม: เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ ในประเด็นสิ่งแวดล้อม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 23-24

<sup>43</sup> Rio Declaration on Environment and Development  
Principle 12

States should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to economic growth and sustainable development in all countries, to better address the problems of environmental degradation. Trade policy measures for environmental purposes should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade.

Unilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided. Environmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on an international consensus.

สิ่งแวดล้อมเป็นข้ออ้างได้ระดับหนึ่ง และการใช้มาตรการในการแก้ไขปัญหา จึงควรเป็นมาตรการหลายฝ่าย มากกว่ามาตรการฝ่ายเดียว แม้ว่าการตกลงในระดับพหุภาคีจะทำได้ยากและใช้เวลานาน ซึ่งบางครั้งอาจไม่ทันต่อเหตุการณ์ก็ตาม แต่การใช้มาตรการฝ่ายเดียวเพื่อแก้ไขปัญหา ก็มีข้อเสียเช่นกัน เพื่อป้องกันการทำมาตรการของประเทศเดียวมาใช้เป็นมาตรการระหว่างประเทศ อันเป็นการป้องกันข้อขัดแย้งทางการค้าได้ระดับหนึ่งอีกด้วย

(2) แผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) เป็นแผนแม่บทในการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมในระยะยาว เนื่องจากมีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกดำเนินการจนถึงสิ้นศตวรรษหน้า คือ ศตวรรษที่ 21<sup>44</sup> เนื้อหาในแผนปฏิบัติการครอบคลุมปัญหาสังคมและเศรษฐกิจที่ส่งผลให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรม โดยมีแผนปฏิบัติการย่อย (Program Areas) 116 แผน ซึ่งมีการระบุหลักการ (Basic of Action) วัตถุประสงค์ (Objectives) แผนงาน (Activities) และหนทางนำไปสู่การปฏิบัติจริง (Means of Implementation) หรืองบประมาณที่ได้รับจัดสรรจากเงินบริจาคของประเทศสมาชิก<sup>45</sup>

(3) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทรายและความแห้งแล้ง (International Convention to Combat Desertification : UNCCD) มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย และแก้ไขผลกระทบของภัยแล้งในประเทศที่ประสบภัยแล้ง และ / หรือ ประเทศที่มีการแปรสภาพพื้นที่เป็นทะเลทรายอย่างรุนแรง โดยเฉพาะในทวีปแอฟริกา โดยดำเนินการโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศและการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วน ภายใต้กรอบการดำเนินงานแบบบูรณาการ เพื่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนของพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบจากปัญหาภัยแล้ง ด้วยการเน้นให้ชุมชนมีการปรับปรุงคุณภาพดิน การฟื้นฟูการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ที่ดินร่วมกับการใช้น้ำอย่างยั่งยืน<sup>46</sup>

(4) คำแถลงเกี่ยวกับหลักการในเรื่องป่าไม้ (Statement of Principle on Forests) เป็นการกำหนดแนวทางในการจัดการด้านป่าไม้เพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน

<sup>44</sup> นิพนธ์ ตั้งธรรม, "การจัดการลุ่มน้ำในศตวรรษที่ 21" จาก [http://conservation.forest.ku.ac.th/home/research/research\\_staff/nipon/WSM\\_CENTURY\\_21.pdf](http://conservation.forest.ku.ac.th/home/research/research_staff/nipon/WSM_CENTURY_21.pdf)

<sup>45</sup> นิรมล สุธรรมกิจ, มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2547), หน้า 8.

<sup>46</sup> สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย จาก [http://www.tei.or.th/meap/MEA\\_UNCCD.htm](http://www.tei.or.th/meap/MEA_UNCCD.htm)

(5) กรอบอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ (UN Framework on Climate Change) เพื่อรักษาระดับก๊าซเรือนกระจก (Greenhouse Gas) ในบรรยากาศที่จะไม่ให้เกิดอันตรายต่อสภาวะอากาศของโลก มาตรการที่ใช้ควบคุมการเปลี่ยนแปลงอากาศ ได้แก่ มาตรการด้านภาษีเพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และ มาตรการด้านปริมาณเพื่อควบคุมจำนวนก๊าซเรือนกระจก อาทิ การเพิ่มภาษีการนำเข้าน้ำมันปิโตรเลียม และการอุดหนุนให้ใช้พลังงานจากเชื้อเพลิงไม้ ถ่านหิน และปิโตรเลียม<sup>47</sup>

(6) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) หรือที่เรียกอีกชื่อว่า พิธีสารคาตาโรนา (Cartagena Protocol) มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุรักษ์พันธุกรรม ชนิดพันธุ์และระบบนิเวศ เพื่อความหลากหลายทางชีวภาพ และเพื่อให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมให้สมดุลและยั่งยืน

#### 2.3.2.1.4 การประชุมสุดยอดของโลกเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน (World Summit on Sustainable Development : WSSD)

ในระหว่างวันที่ 26 สิงหาคม – 6 กันยายน ค.ศ. 2002 ได้มีการจัดประชุมสุดยอดของโลกเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน (WSSD : World Summit) ณ เมือง Johannesburg ประเทศแอฟริกาใต้ เพื่อทบทวนผลจากการปฏิบัติตามแผนปฏิบัติการที่ 21 เมื่อครั้งการประชุม Earth Summit ที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล ในปี ค.ศ. 1992 และเพื่อประเมินสถานการณ์ปัจจุบันของการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งผลจากการประชุมสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

48

- 1) ยืนยันหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน
- 2) เสริมสร้างความเข้าใจในหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนให้กว้าง และมีประสิทธิภาพมากขึ้น

<sup>47</sup>นิรมล สุธรรมกิจ, มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 19.

<sup>48</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจการ, “WTO กับสิ่งแวดล้อม : เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2546), หน้า 26.

3) รัฐบาลต่าง ๆ ได้ให้ความเห็นชอบ และเห็นพ้องในคำมั่นสัญญาและเป้าหมายสำหรับการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

4) ประเด็นเรื่องพลังงาน และสุขอนามัย เป็นประเด็นสำคัญในการเจรจา

5) สนับสนุนให้มีการจัดตั้ง World Solidarity Fund เพื่อกำจัดความยากจนเป็นก้าวต่อไป

6) ประชาคมระหว่างประเทศได้สนับสนุนให้ความสนใจกับแอฟริกาและ Nepad และพยายามให้ความสนใจในการพิจารณาความจำเป็นในการพัฒนาของแอฟริกา

จากวิวัฒนาการประเด็นสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศดังกล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า ประชาคมโลกได้ให้ความสำคัญกับสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมมากขึ้นตามลำดับ แม้ว่าบ่อเกิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศบางอย่าง เช่น ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่เป็นข้อมติขององค์การสหประชาชาติจะอยู่ในลักษณะที่เรียกว่า “Soft Law” กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่ยังไม่ได้รับการยอมรับหรือพัฒนาไปถึงระดับที่เป็นสนธิสัญญา (Treaty) แต่ก็ได้มีการนำหลักการและแนวความคิดในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาบรรจุไว้ในความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศหลายฉบับ ซึ่งมีผลทำให้หลักการและแนวความคิดที่ได้นำไปบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว กลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็น “Hard Law”

ในความตกลงด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ นอกจากจะมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมแล้ว ยังมีการใช้มาตรการทางการค้า เพื่อเป็นกลไกในการปกป้องคุ้มครอง และอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมอีกด้วย โดยเชื่อว่ามาตรการทางการค้าจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่เนื่องจากพื้นฐานและหลักการของสิ่งแวดล้อมกับการค้าแตกต่างกัน จึงทำให้การประสานประโยชน์ทั้งสองอย่างให้เหมาะสม ทำได้ยาก ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าใจหลักการกฎหมายสิ่งแวดล้อม และกฎเกณฑ์ด้านการค้าให้ชัดเจนและถ่องแท้ เพื่อที่จะสามารถประสานประโยชน์ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม เพื่อให้ทั้งการค้าและสิ่งแวดล้อมไปด้วยกันได้ สมประโยชน์และเจตนารมณ์ของทุกฝ่าย

เมื่อได้ทราบถึงความหมายและวิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศแล้ว ในหัวข้อต่อไปจะได้ศึกษาถึงหลักการสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ว่ามีหลักการที่สำคัญอย่างไรบ้าง

### 2.3.2.2 หลักการสำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในสังคมระหว่างประเทศ

#### 2.3.2.2.1 หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)

##### 2.3.2.2.1.1 ความเป็นมา

ประเทศต่าง ๆ เคยเชื่อว่าการพัฒนา คือการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ การค้าและเทคโนโลยีทำให้ประเทศเจริญก้าวหน้า ประชาชนอยู่ดีกินดี ประเทศต่าง ๆ ต่างก็มุ่งที่จะแข่งขันกันพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศตน แต่เมื่อการค้าเจริญก้าวหน้าขึ้นแล้ว กลับพบว่า เมื่อการค้าขยายตัว ก็มักจะต้องมีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเพิ่มมากขึ้น และผลจากการใช้ทรัพยากรโดยไม่มีประสิทธิภาพนั่นเอง ก็ก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมามากมาย หลายประเทศจึงเริ่มตระหนักว่า การพัฒนาโดยเน้นเรื่องเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียววันนั้น แม้เมื่อมองอีกมุมมองหนึ่งจะทำให้ความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้นในระดับหนึ่ง แต่การพัฒนาในลักษณะนี้เพียงด้านเดียว ก็มีใช้การพัฒนาที่ยั่งยืน เพราะผลกระทบจากการพัฒนาทางเศรษฐกิจก่อให้เกิดปัญหาด้านอื่นตามมา เมื่อตระหนักว่า การพัฒนาทางเศรษฐกิจมิใช่การพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างแท้จริง จึงเริ่มมีแนวความคิดกันว่า แล้วอย่างไร จึงจะเป็นการพัฒนาที่ยั่งยืน

การพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ถือกำเนิดอย่างเป็นทางการ โดยคณะกรรมการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development) ได้เขียนรายงาน ซึ่งเรียกว่า Our Common Future ไว้ โดยมีเนื้อหาสาระเน้นให้ความสำคัญทางด้านเศรษฐกิจ แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม อันเป็นแนวความคิดในการผนวกและประสานประโยชน์ระหว่างเศรษฐกิจการค้าและสิ่งแวดล้อม ซึ่งเชื่อกันว่าจะเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน

##### 2.3.2.2.1.2 คำนิยามของการพัฒนาอย่างยั่งยืน

ในรายงาน “Our Common Future” ของคณะกรรมการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อม และการพัฒนา (WCED) ได้ให้ความหมายของคำว่า “การพัฒนาที่ยั่งยืน” ว่า

การพัฒนาที่ยั่งยืน คือ การพัฒนาที่สนองความต้องการของประชาชนในรุ่นปัจจุบัน โดยไม่ทำให้ประชาชนรุ่นต่อไปในอนาคตต้องประนีประนอมยอมลดความสามารถของเขาในการที่จะสนองตอบความต้องการของตนเอง<sup>49</sup>

และในการประชุมสุดยอดของโลกว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน (World Summit on Sustainable Development : WSSD) ในปี 2545 ให้นิยามการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า

“การพัฒนาที่ยั่งยืน เป็นการพัฒนาที่ต้องคำนึงถึงความเป็นองค์รวมของทุกๆ ด้านอย่างสมดุล บนพื้นฐานของทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาและวัฒนธรรม ด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนทุกกลุ่ม ด้วยความเอื้ออาทร เคารพซึ่งกันและกัน เพื่อความสามารถในการพึ่งตนเองและคุณภาพชีวิตที่ดีอย่างเท่าเทียม”<sup>50</sup>

WTO ได้กล่าวถึงหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้ในอารัมภบทของความตกลงมารีราเกชจัดตั้ง WTO (Marakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) ว่า

“บรรดาภาคีความตกลงฉบับนี้ยอมรับว่า ความสัมพันธ์ทางการค้า และความพยายามทางเศรษฐกิจของตนควรจะดำเนินการไปเพื่อยกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ เพื่อประกันให้มีการจ้างงานอย่างทั่วถึง และการขยายตัวอย่างกว้างขวางและมั่นคงของปริมาณรายได้ที่แท้จริง และอุปสงค์ที่มีประสิทธิผล และเพื่อการขยายการผลิต และการค้าสินค้าและบริการ ในขณะที่ให้มีการใช้ทรัพยากรของโลกให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยมุ่งที่จะคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และเพื่อเพิ่มหนทางในการดำเนินการดังกล่าวในลักษณะที่สอดคล้องกับความต้องการ และปัญหาของภาคีทั้งหลายที่ระดับการพัฒนาเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน”<sup>51</sup>

หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนใน WTO ยังคงมุ่งเน้นให้ความสำคัญกับเรื่องเศรษฐกิจ เพียงแต่มีการนำเอาเงื่อนไขเรื่องการคุ้มครองและการอนุรักษ์

<sup>49</sup> พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต), การพัฒนาที่ยั่งยืน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโกมลคีมทอง, 2549), หน้า 63-64

<sup>50</sup> [http://www.geocities.com/iribr/research01\\_ch3.doc](http://www.geocities.com/iribr/research01_ch3.doc)

<sup>51</sup> กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, คำแปลกรรมสารสุดท้าย, 2537, หน้า 3.

สิ่งแวดล้อมเข้ามาเป็นตัวควบคุมทางเศรษฐกิจอีกชั้นหนึ่ง โดยให้ความเจริญด้านเศรษฐกิจอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมนั่นเอง

และในหนังสือ Global Ecology Handbook ให้ความหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า

"การพัฒนาที่ยั่งยืน คือ นโยบายที่สนองความต้องการของประชาชนในปัจจุบัน โดยไม่ต้องทำลายทรัพยากรซึ่งจะเป็นที่ต้องการในอนาคต"<sup>52</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว การพัฒนาอย่างยั่งยืน มุ่งเน้นและให้ความสำคัญกับผลในระยะยาว โดยการพัฒนาในปัจจุบันจะต้องมีการจัดสรรและจะต้องมีการบริหารจัดการที่ดี เพื่อให้ทรัพยากรธรรมชาติยังมีอยู่และคนรุ่นหลังยังคงสามารถใช้ประโยชน์ได้อีกต่อไปในระยะยาว อันเป็นการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดคุณค่าสูงสุด

### 2.3.2.2.1.3 เป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืน

การพัฒนาอย่างยั่งยืน เป็นการพัฒนานำเอาทรัพยากรทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นธรรมชาติ มนุษย์ การค้า ฯลฯ มาจัดการเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคง ความกินดีอยู่ดีของประชาชน และความสุขสมบูรณ์ที่เพิ่มขึ้น การพัฒนาแบบยั่งยืนขึ้นอยู่กับการจัดการทางสิ่งแวดล้อมที่ถูกต้องและเหมาะสม โดยประสานประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ได้อย่างลงตัว และกลมกลืน และสามารถประนีประนอมระหว่างการค้าระหว่างประเทศ กับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม โดยการค้าจะต้องไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม และการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ก็จะต้องไม่บั่นทอนการค้าระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องมีการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้สามารถใช้ทรัพยากรธรรมชาติควบคู่ไปกับการพัฒนาทางการค้าในระยะยาวต่อไป และการพัฒนาอย่างยั่งยืน เป็นแนวความคิดและหลักการที่มองไปยังมนุษย์ในยุคต่อไปด้วย กล่าวคือ การใช้ทรัพยากรในปัจจุบันจะต้องคำนึงถึงมนุษย์รุ่นต่อไปด้วยว่าจะต้องยังมีทรัพยากรที่ดีเพียงพอที่จะใช้ในวันต่อไปด้วย

<sup>52</sup> พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต), การพัฒนาที่ยั่งยืน, หน้า 64-65



### 2.3.2.2.2 หลักความห่วงกังวลร่วมกันแต่รับผิดชอบต่างกัน (Common concern of humankind and common but differentiated responsibilities)

เนื่องจากปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เป็นปัญหาที่กระทบกับทุกประเทศ ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม ดังนั้น ทุกประเทศจึงมีหน้าที่ร่วมกันในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อันเป็นสมบัติร่วมกันของมวลมนุษยชาติ โดยต้องร่วมกันในการระมัดระวังรักษาสิ่งแวดล้อม ปรึกษาหารือ กำหนดมาตรการ แนวทางในการปฏิบัติด้านสิ่งแวดล้อม และพัฒนานโยบายเพื่อพิทักษ์สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

และถึงแม้ทุกประเทศจะมีหน้าที่ร่วมกันเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม แต่แต่ละประเทศก็มีความรับผิดชอบต่อประเด็นปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมที่ต่างกัน โดยคำนึงถึงสาเหตุที่ก่อให้เกิดสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมและความสามารถ (capabilities) ในการแก้ไขสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ เช่น ประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่เดิมมีส่วนในการก่อให้เกิดสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อม ก็สมควรที่จะมีส่วนรับผิดชอบในการแก้ไขสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมมากกว่าประเทศอื่น ๆ และเนื่องจากประเทศพัฒนาแล้วมีความรู้ ความสามารถทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมากกว่าประเทศอื่น ๆ ก็สมควรที่จะต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ความรู้ และเทคโนโลยีแก่ประเทศที่ด้อยพัฒนาของตน<sup>53</sup> จึงทำให้ความรับผิดชอบต่อสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมของประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกัน

### 2.3.2.2.3 หลักการเป็นหุ้นส่วนร่วมกัน (Partnership)

หลักการเป็นหุ้นส่วนร่วมกันวิวัฒนาการมาจากหลักเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศ กล่าวคือ รัฐทั้งหลายยอมมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในอันที่จะแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งที่เป็นปัญหา

<sup>53</sup> Rio Declaration on Environment and Development

Principle 7

States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit to sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command.

เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมหรือมนุษยธรรม แนวความคิดเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศนี้ ได้มีการนำไปปฏิบัติให้เป็นรูปธรรม เช่น การแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ การปรึกษาหารือ ฯลฯ

พันธกรณีตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ มีสาระสำคัญ พอสรุปได้ ดังนี้

(1) หน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือ (Duty to Co-operate) รัฐทั้งหลายต้องร่วมมือในการสำรวจ หรือสืบสวน การชี้ปัญหา และการหลีกเลี่ยงการก่ออันตรายต่อสิ่งแวดล้อม

(2) หน้าที่ที่จะหลีกเลี่ยงการก่ออันตรายต่อสิ่งแวดล้อม (Duty to avoid environmental harm)

(3) หน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม (Duty to compensate for harm) หน้าที่นี้เป็นความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ซึ่งมีแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวางหลักเอาไว้หลายคดี<sup>54</sup> อาทิ เช่น

- คดี Corfu Channel เป็นกรณีที่อังกฤษฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากแอลเบเนีย เนื่องจากแอลเบเนียปล่อยให้มีการวางทุ่นระเบิดในช่องแคบ Corfu ที่เป็นทะเลในอาณาเขตของตน ยังผลให้เรือรบอังกฤษที่ใช้สิทธิผ่านโดยสุจริตในช่องแคบนั้นชนทุ่นระเบิด และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สิน ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวางหลักไว้ว่า ทุกๆ รัฐมีหน้าที่ที่จะไม่ยินยอมให้ดินแดนของตนถูกใช้ในลักษณะที่ละเมิดต่อสิทธิของรัฐอื่น<sup>55</sup> และรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องพยายามตามควรที่จะเตือนภัยที่ตนทราบให้แก่รัฐอื่นด้วย

- คดี Lac Lanoux เป็นกรณีพิพาทระหว่างฝรั่งเศสกับสเปน โดยฝรั่งเศสผันน้ำจากทะเลสาบแห่งหนึ่งเพื่อไปใช้ในโรงงานผลิตไฟฟ้าพลังน้ำ แล้วปล่อยน้ำที่ใช้แล้วในปริมาณที่เท่ากันกลับคืนสู่ลำน้ำที่ไหลข้ามแดนไปบรรจบกับลำน้ำในเขตประเทศสเปน แม้กิจกรรมทั้งหมดจะเกิดขึ้นในดินแดนของฝรั่งเศส ศาลอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า ฝรั่งเศสมีหน้าที่

<sup>54</sup> พรชัย ด่านวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, หน้า 97- 98.

<sup>55</sup> กอบกุล ราชะนาคร, "กฎหมายกับการจัดการทรัพยากรในลุ่มแม่น้ำโขง," จาก

ต้องปรึกษาหารือกับสเปนซึ่งเป็นรัฐริมฝั่งแม่น้ำสายเดียวกัน ทั้งนี้ได้หมายความว่า การใช้น้ำในลักษณะใดๆ โดยฝรั่งเศสจะต้องได้รับความเห็นชอบ จากรัฐอื่นๆ ที่อยู่ริมฝั่งแม่น้ำเสียก่อน แต่ในการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิที่เท่าเทียมกันของรัฐอื่นในการใช้น้ำนั้นด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ฝรั่งเศสได้ปรึกษาหารือกับสเปนเกี่ยวกับการใช้น้ำของตนแล้ว ก็ถือได้ว่ามิได้มีการละเมิดต่อหน้าที่นี้<sup>56</sup> แม่น้ำระหว่างประเทศถือเป็นสมบัติร่วมกันของมวลมนุษยชาติ รัฐต่าง ๆ ต้องใช้แม่น้ำระหว่างประเทศโดยไม่กระทบสิทธิของรัฐอื่น

- คดี Trail Smelter เป็นกรณีพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกากับแคนาดา เกี่ยวกับการที่บริษัทแห่งหนึ่งในแคนาดาดำเนินกิจการถลุงแร่ตะกั่วและสังกะสี ที่เมือง Trail ริมแม่น้ำโคลัมเบีย ห่างจากชายแดนสหรัฐฯ 10 ไมล์ ก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศโดยเฉพาะก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์ (SO<sub>2</sub>) ซึ่งถูกพัดพาลงมาตามหุบเขาในลำน้ำโคลัมเบีย และถูกกล่าวหาว่าก่อความเสียหายต่อทรัพยากรดิน ตลอดจนมีผลกระทบต่อประชาชนที่อยู่ทางฝั่งสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐวอชิงตัน คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้แคนาดาชดเชยค่าเสียหาย และกำหนดมาตรการลดมลพิษจากกิจกรรมของตน ในการวินิจฉัยได้วางหลักกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐาน และได้รับการอ้างอิงมาจนทุกวันนี้ว่า ไม่มีรัฐใดที่มีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ใช้ดินแดนของตน ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยค้ำ ในหรือต่อดินแดนของรัฐอื่น หรือต่อทรัพย์สิน หรือบุคคล ที่อยู่ในดินแดนของรัฐอื่นนั้น หากเป็นกรณีที่มีผลร้ายแรง (serious consequences) และความเสียหายปรากฏเป็นหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ (clear and convincing evidence)<sup>57</sup> รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะหลีกเลี่ยงการก่ออันตรายต่อสิ่งแวดล้อม

### 2.3.3 วิวัฒนาการและหลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ในองค์การการค้าโลก (WTO)

#### 2.3.3.1 วิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศใน องค์การการค้าโลก (WTO)

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการและหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมของสังคมระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อม จึงได้มีการกำหนดนโยบายและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมขึ้นเพื่อใช้บังคับทั้งในประเทศของตนเอง

<sup>56</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน

และใช้บังคับกับสินค้าที่นำเข้ามาในประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการดำเนินนโยบายหรือมาตรการต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอาจเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งขัดต่อกฎเกณฑ์ของ GATT ก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นที่เป็นข้อยกเว้นให้สามารถใช้มาตรการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมได้ ดังนี้

มาตรา 20 (b) เป็นข้อยกเว้นการอยู่ภายใต้พันธกรณีของ GATT โดยอนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกบังคับใช้มาตรการจำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ สัตว์ พืช

มาตรา 20 (g) เป็นข้อยกเว้นที่ GATT รับรองสิทธิของประเทศภาคีสมาชิกในการดำเนินมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้โดยจำกัดหรือห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาตินั้น ซึ่งมีเงื่อนไขว่าการจำกัดหรือห้ามนำเข้านั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การจำกัดการผลิตและการบริโภคภายในประเทศสามารถดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>58</sup>

ในปี ค.ศ. 1971 ได้มีการตั้งคณะทำงานด้านมาตรการสิ่งแวดล้อมและการค้า (EMIT Group) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ ให้ความร่วมมือกับองค์กรอื่น ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับนโยบายสิ่งแวดล้อม และป้องกันความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น ในระยะแรก ๆ EMIT Group ไม่ค่อยมีบทบาทมากนัก แต่ต่อมากในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการพิจารณาประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมและการค้าอย่างจริงจัง โดยได้ตั้งประเด็นพิจารณาไว้ 3 ข้อหลัก ดังนี้<sup>59</sup>

#### 1) กฎเกณฑ์ของ GATT 1947 กับ MEAs

<sup>58</sup> GATT's Article 20 General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be constructed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures :

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

<sup>59</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจการ, "WTO กับสิ่งแวดล้อม : เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 29.

- 2) ความโปร่งใสของมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในแต่ละประเทศ
- 3) ผลกระทบของการค้าของเงื่อนไขการบรรจุหีบห่อ และการปิดฉลากที่ตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Eco-labeling and Packaging)

ต่อมาในการเจรจาการค้าของ GATT รอบโตเกียว ในปี ค.ศ. 1973 ได้มีการจัดทำประมวลการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องมาตรฐาน (Standards Code) เนื่องจากปัญหาจากการที่ประเทศพัฒนาแล้วหันมาใช้มาตรการอย่างอื่นที่ไม่ใช่มาตรการทางภาษี (NTB) มาเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้า ซึ่งมาตรการเหล่านี้เป็นมาตรการที่ไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน เนื่องจากแต่ละประเทศก็ต่างกำหนดมาตรฐานสินค้านำเข้าของประเทศตน จึงทำให้ไม่มีมาตรฐานระหว่างประเทศที่เป็นมาตรฐานกลาง<sup>60</sup>

ประมวลการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องมาตรฐาน (Standards Code) นี้มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องมิให้รัฐภาคีใช้มาตรการต่าง ๆ ไปในทางที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ และได้บัญญัติรับรองสิทธิของภาคีที่จะดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่ากฎระเบียบทางเทคนิคและมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมจะไม่กลายเป็นมาตรการที่กีดกันทางการค้าโดยไม่จำเป็น

ต่อมาในการเจรจาอนุสัญญาประมวลการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องมาตรฐาน (Standards Code) ได้ถูกปรับให้เป็นความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) โดยมีสาระสำคัญเหมือนกับการเจรจาในรอบโตเกียว กล่าวคือ มีข้อกำหนดให้ประเทศที่ใช้มาตรการสุขอนามัยต้องแจ้ง (Notify) มาตรการเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าซึ่งใช้กับสินค้าภายในประเทศและสินค้านำเข้าให้แก่ประเทศภาคี GATT อื่น ๆ ทราบด้วย และหากมีการใช้มาตรฐานที่ต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศผู้นำเข้าเห็นว่า มาตรการนั้นไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสุขอนามัย ก็สามารถกระทำได้ แต่ประเทศผู้นำเข้าจะต้องแจ้งต่อรัฐอื่นผ่านสำนักเลขาธิการ GATT ด้วย นอกจากนี้ ยังได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) ครอบคลุมถึงกระบวนการผลิต และวิธีการผลิตซึ่งเกี่ยวข้องกับคุณภาพของสินค้าอีกด้วย และในการเจรจาฉบับนี้ ยังได้มีการจัดทำความตกลงว่าด้วยสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS) ขึ้น โดยได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการใช้มาตรา 20 (b) ให้

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 30

ละเอียดขึ้น และกำหนดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของประเทศผู้ใช้และประเทศผู้ถูกใช้มาตรการอีกด้วย<sup>61</sup>

นอกจากนี้ ในการเจรจาอบอุรุกวัยนี้ ประเทศสมาชิกยังได้ตกลงให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล่อม (CTE) ขึ้น โดยมีมุ่งหมายที่จะให้มีการประสานนโยบายในเรื่องการค้าและสิ่งแวดล่อม โดยให้คณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล่อม (CTE) ดำเนินการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการการค้าและมาตรการสิ่งแวดล่อมเพื่อส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืน และให้เสนอแนะว่ามีความเป็นไปได้ที่จะแก้ไขบทบัญญัติของ GATT/WTO หรือไม่ เพื่อให้การค้าและสิ่งแวดล่อมส่งเสริมซึ่งกันและกัน

ต่อมาในการประชุมระดับรัฐมนตรี ณ กรุงโตโฮ ประเทศกาตาร์ ได้มีการกำหนดเรื่องการค้าและสิ่งแวดล่อม โดยเห็นชอบให้มีการเจรจาใน 3 ประเด็น คือ<sup>62</sup>

- 1) เพื่อให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎระเบียบของ WTO กับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล่อม (MEAs) โดยการเจรจาจะจำกัดเฉพาะประเด็นที่ว่า กฎระเบียบของ WTO ใช้กับประเทศสมาชิกของ WTO ที่เป็นภาคีความตกลงสิ่งแวดล่อมระหว่างประเทศได้หรือไม่ โดยไม่กระทบต่อสิทธิของประเทศสมาชิกที่ไม่ได้เป็นภาคีความตกลงสิ่งแวดล่อมระหว่างประเทศ
- 2) ให้มีการเจรจาในเรื่องกระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายเลขาธิการของความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล่อม กับคณะกรรมการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของ WTO และหลักเกณฑ์ในการให้สถานะผู้สังเกตการณ์แก่ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล่อม (MEAs)
- 3) ให้มีการเจรจาลดข้อกีดขวางทางการค้าที่เป็นมาตรการภาษีศุลกากร และมาตรการที่มีใช่ภาษีศุลกากรสำหรับสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล่อม

<sup>61</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 31

<sup>62</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33-35

และสถานะปัจจุบัน ปฏิญญารัฐมนตรี WTO ณ ฮองกง (การประชุม รัฐมนตรี WTO ที่ฮองกง ระหว่างวันที่ 13-18 ธันวาคม 2548) ในข้อบทที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม มิได้มีการตัดสินใจหรือตกลงให้สมาชิกใช้วิธีการเจรจาวิธีใดวิธีหนึ่ง แต่เป็นเพียงการเน้นย้ำให้ สมาชิกเร่งเจรจาในเรื่องทั้ง 3 ต่อไปเท่านั้น<sup>63</sup>

### 2.3.3.2 หลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศใน องค์การการค้าโลก (WTO)

#### 2.3.3.2.1 หลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับ สิ่งแวดล้อมในองค์การการค้าโลก (WTO)

##### 2.3.3.2.1.1 หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นหลักการที่มีความ มุ่งประสงค์ที่จะดำเนินการให้การพัฒนาเศรษฐกิจและประเทศเป็นไปควบคู่กับการพิทักษ์ สิ่งแวดล้อมและคุ้มครองทรัพยากรอย่างสอดคล้องต้องกัน เพื่อไม่ต้องการให้มีการพัฒนาใน ทางใดทางหนึ่งไปเพียงด้านเดียว ซึ่งมีอาจก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริง

WTO จึงได้กล่าวถึงหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้ใน อารัมภบทของความตกลงมารีราเกชจัดตั้ง WTO (Marakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) ดังนี้

“บรรดาภาคีความตกลงฉบับนี้ยอมรับว่า ความสัมพันธ์ ทางการค้า และความพยายามทางเศรษฐกิจของตนควรจะดำเนินการไปเพื่อยกระดับมาตรฐาน ความเป็นอยู่ เพื่อประกันให้มีการจ้างงานอย่างทั่วถึง และการขยายตัวอย่างกว้างขวางและมั่นคง ของปริมาณรายได้ที่แท้จริง และอุปสงค์ที่มีประสิทธิภาพ และเพื่อการขยายการผลิต และการค้า สินค้าและบริการ ในขณะที่ให้มีการใช้ทรัพยากรของโลกให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยมุ่งที่จะคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และเพื่อเพิ่ม หนทางในการดำเนินการดังกล่าวในลักษณะที่สอดคล้องกับความต้องการ และปัญหาของภาคี ทั้งหลายที่ระดับการพัฒนาเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน”

<sup>63</sup> [http://www.wtothailand.or.th/jointwto.php?trans\\_id=3846&page=1](http://www.wtothailand.or.th/jointwto.php?trans_id=3846&page=1)

และในปฏิญญาโดฮา ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมระดับรัฐมนตรีของ WTO ครั้งที่ 4 ณ เมืองโดฮา ประเทศกาตาร์ ในระหว่างวันที่ 9-13 พฤศจิกายน 2001 ใน paragraph 6 ได้เน้นย้ำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้เช่นกัน ดังนี้

“ประเทศสมาชิกเน้นย้ำให้การสนับสนุนวัตถุประสงค์ของการพัฒนาที่ยั่งยืนที่ระบุไว้ในอารัมภบทของความตกลงมาร์ราเกช และเชื่อว่าวัตถุประสงค์ของการสนับสนุนระบบการค้าพหุภาคีแบบเปิดกว้าง และไม่เลือกปฏิบัติ และการดำเนินการให้การให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และส่งเสริมการพัฒนาแบบยั่งยืนนั้น สามารถและต้องทำควบคู่กันไป ประเทศสมาชิกรับทราบความพยายามโดยความสมัครใจของบางประเทศสมาชิกในการดำเนินการประเมินผลกระทบของนโยบายการค้าต่อสิ่งแวดล้อม และตระหนักว่าภายใต้กฎระเบียบขององค์การการค้าโลก ประเทศสมาชิกใดก็ตามจะต้องไม่ถูกห้ามใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์และพืช หรือเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับที่ประเทศสมาชิคนั้นพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะต้องไม่ใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความลำเอียง บิดเบือน หรือเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้า และต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติในความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก ประเทศสมาชิกสนับสนุนความพยายามที่จะส่งเสริมความร่วมมือระหว่างองค์การการค้าโลกและองค์กรระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมและด้านการพัฒนาที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะที่จะนำไปสู่การประชุมระดับผู้นำในเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งกำหนดจัดขึ้นที่เมืองโจฮันเนสเบิร์ก ประเทศแอฟริกาใต้ ในเดือนกันยายน 2002”<sup>64</sup>

จะเห็นได้ว่า ในสังคมการค้าระหว่างประเทศคือ องค์การการค้าโลกก็ได้ตระหนักและให้ความสำคัญกับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยมีความพยายามที่วางนโยบายและกฎเกณฑ์เพื่อให้การดำเนินการทางการค้าและสิ่งแวดล้อมสามารถดำเนินการควบคู่ไปด้วยกันได้ โดยการบัญญัติไว้ในอารัมภบทของความตกลงมาร์ราเกชจัดตั้งองค์การการค้าโลก และยังสามารถแสดงถึงเจตนารมณ์ขององค์การการค้าโลกที่จะยังดำเนินการตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนต่อไป โดยได้เน้นย้ำไว้ในปฏิญญาโดฮา ในการประชุมระดับรัฐมนตรีของ WTO อีกด้วย

<sup>64</sup> <http://www.thailandwto.org/Doc/Pub/PubData/Doharound.pdf>



### 2.3.3.2.1.2 หลักความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิต

#### มนุษย์ สัตว์ พืช

หลักความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์ สัตว์ พืช ปรากฏอยู่ในมาตรา 20 (b) ของ GATT ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดมาตรการกีดกันทางการค้าได้ ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืชในประเทศ แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปของบทนำ (Chapeau) มาตรา 20 คือ<sup>65</sup>

- (1) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันควร หรือตามอำเภอใจต่อประเทศที่มีสภาพเหมือนกัน และ
- (2) ไม่เป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง

อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขในมาตราดังกล่าวว่าจะต้องมีความ “จำเป็น” เป็นการระบุไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่มีทำให้คำจำกัดความ หรือกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นเป็นการชัดเจนว่า กรณีเช่นใดจึงจะถือว่าเป็น “ความจำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช ดังนั้น จึงต้องอาศัยการตีความเป็นรายกรณีไป ดังที่ GATT ได้ตีความถึงมาตรการที่ “จำเป็น” ไว้ว่าจะต้องเป็นกรณีที่ภาคีไม่มีมาตรการอื่นใด ซึ่งสอดคล้องกับ GATT หรือขัดต่อความตกลงน้อยกว่านี้เป็นทางเลือกเพื่อบรรลุเป้าหมายตามนโยบายสาธารณสุขของรัฐแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ประเทศภาคีสมาชิกมีความจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องใช้มาตรการดังกล่าว แม้จะขัดต่อ GATT ก็ตาม<sup>66</sup>

### 2.3.3.2.1.3 หลักการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ

หลักการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ปรากฏอยู่ในมาตรา 20 (g) ของ GATT ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดยได้บัญญัติรับรองสิทธิของประเทศสมาชิกในการดำเนินมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่อาจสูญสิ้นไปได้ (exhaustible natural resources) โดยการจำกัด หรือห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง

<sup>65</sup> พรรณทิพย์ วัฒนกิจการ, “WTO กับสิ่งแวดล้อม : เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2546), หน้า 89.

<sup>66</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 81

กับทรัพยากรนั้น ๆ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปของบทนำ (Chapeau) มาตรา 20 เช่นกันกับหลักความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์ สัตว์ พืช คือ<sup>67</sup>

(1) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันควร หรือตาม  
อำเภอใจต่อประเทศที่มีสภาพเหมือนกัน และ

(2) ไม่เป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่าง  
แอบแฝง

เงื่อนไขในบทนำของมาตรา 20 เปิดโอกาสให้ประเทศ  
ภาคีสมาชิกใช้มาตรการต่าง ๆ ที่อาจมีผลเป็นการกีดกันทางการค้าได้ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของ  
การไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรระหว่างประเทศที่อยู่ในสภาพเดียวกัน  
ขณะเดียวกันก็ต้องไม่เป็นการกีดกันการค้าโดยแอบแฝงด้วย

#### 2.3.3.2.1.4 หลักการที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง สิ่งแวดลอมอื่น ๆ

นอกจากหลักการต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีหลักการ  
อื่น ๆ ใน WTO ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิ่งแวดลอม อาทิเช่น<sup>68</sup>

- ความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้  
(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) ได้บัญญัติให้มีการอุดหนุนเพื่อ  
อนุรักษ์สิ่งแวดลอมได้โดยไม่ถูกมาตรการต่อต้านการอุดหนุน (Green Subsidies) แต่ทั้งนี้จะต้อง  
เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้กำหนดไว้

- ความตกลงว่าด้วยการเกษตร (Agreement on  
Agriculture) ความตกลงนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดตลาดสินค้าเกษตร และลดการอุดหนุนภายใน  
และการอุดหนุนการส่งออก แต่ได้บัญญัติยกเว้นในกรณีการให้เงินช่วยเหลือโดยตรงภายใน  
โครงการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิ่งแวดลอมหรือการอนุรักษ์สิ่งแวดลอม

<sup>67</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 89

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-95

- ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs) ยินยอมให้ประเทศสมาชิกไม่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ได้ โดยต้องมีวัตถุประสงค์ คือ

- 1) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 2) เพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช จากการใช้งานสิ่งประดิษฐ์นั้น
- 3) เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม จากการใช้งานสิ่งประดิษฐ์นั้น

การยินยอมให้ประเทศสมาชิกไม่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์โดยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น ก็เนื่องจากว่า กฎหมายไม่ควรส่งเสริมให้มีการคิดค้นการประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม หรือการประดิษฐ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม

### 2.3.4 พันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปอเมริกาเหนือและประเทศชิลี

จากวิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในหัวข้อที่แล้ว จะเห็นได้ว่า ปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นปัญหาที่ทุกประเทศตระหนักและให้ความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่เนื่องจากขอบเขตของปัญหานั้นกว้างจนยากที่จะเห็นปัญหาได้ชัดเจน รวมทั้งวิธีการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมหลาย ๆ อย่าง ก็ต้องอาศัยเวลาในระยะยาว และต้องได้รับความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งมีได้เป็นสิ่งที่กระทำได้ง่าย ดังนั้น แม้ว่าทุกประเทศจะเห็นความสำคัญของการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม แต่ก็ยังมีความเห็นและทิศทางที่แตกต่างกัน โดยกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีมาตรฐานการป้องกันและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตลอดจนสุขอนามัยของผู้บริโภคสูงกว่าประเทศกำลังพัฒนา ในขณะที่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ก็เห็นความสำคัญของการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเช่นกัน แต่ก็เห็นความจำเป็นในการพัฒนาประเทศของตนด้วย ดังนั้น ประเทศพัฒนาแล้ว จึงมีความสนใจและความพยายามที่จะผลักดันให้ประเทศกำลังพัฒนาปรับเปลี่ยนมาใช้มาตรฐานต่าง ๆ ในระดับเดียวกันหรือใกล้เคียงกันกับประเทศตน

ประเทศพัฒนาแล้ว ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้มีความพยายามที่จะผลักดันเรื่องสิ่งแวดลอมเช่นกัน โดยในกฎหมาย Trade Promotion Act 2002 ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบ วิธีการ และเป้าหมายในการเจรจาทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาทั้งในเวทีการเจรจาระดับพหุภาคี (WTO) และการเจรจาระดับทวิภาคี (FTA) กับประเทศต่าง ๆ โดยให้อำนาจฝ่ายบริหารในการเจรจาแบบ “Fast Track” โดยฝ่ายบริหารมีอำนาจเต็มในการทำข้อตกลงการค้ากับต่างประเทศ โดยขอความเห็นชอบจากสภาองเกรสเพียงสองครั้งเท่านั้น คือ ขอความเห็นชอบกรอบการเจรจา กับขอความเห็นชอบในข้อตกลงที่ฝ่ายบริหารได้ทำกับต่างประเทศ<sup>69</sup> และในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวได้กำหนดกรอบในการเจรจาเรื่องสิ่งแวดลอมไว้ด้วย โดยกฎหมายของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอม โดยประเทศภาคีทางการค้าของสหรัฐอเมริกาจะต้องบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดลอมอย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตามแต่ประเทศคู่ภาคียังคงมีสิทธิ์ในการใช้ดุลพินิจ (Discretion) อย่างมีเหตุผลของตนเองเกี่ยวกับการดำเนินการเรื่องสิ่งแวดลอม<sup>70</sup> ดังนั้น ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศต่าง ๆ รวมทั้งซีดีด้วย จึงมีประเด็นเรื่องสิ่งแวดลอมอยู่ด้วย ซึ่งเป็นไปตามกรอบของกฎหมาย Trade Promotion Act 2002 ของสหรัฐอเมริกา

#### 2.3.4.1 วัตถุประสงค์

ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดลอมของความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี ได้มีการบัญญัติวัตถุประสงค์ของข้อบทดังกล่าวไว้ ความว่า

“ข้อบทนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนความสัมพันธ์ระหว่างคู่ภาคีในเรื่องนโยบายการค้าและการปกป้องสิ่งแวดลอมให้ไปด้วยกันตามหลักการของการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) และเพื่อที่จะผลักดันให้ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายทางการค้ากับสิ่งแวดลอมของรัฐภาคีมีความเข้มแข็งขึ้น และทางปฏิบัติในอนาคตเพื่อเป้าหมายในการขยายการค้าของความตกลงนี้ รวมถึงสนับสนุนมาตรการไม่เลือกปฏิบัติ หลีกเลียงอุปสรรคทางการค้า

<sup>69</sup> จักรกฤษณ์ ครอบงำ, “อำนาจอธิปไตยกับการทำเขตการค้าเสรี, ใน ”ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา : ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, หน้า 3.

<sup>70</sup> สรุประสาระสำคัญกฎหมาย US Trade Act 2002 ส่วนที่ 1 จาก [www.FTAdigest.com](http://www.FTAdigest.com)

แบบแอบแฝง และกำจัดการบิดเบือนทางการค้าซึ่งมีผลโดยตรงต่อผลประโยชน์ของทั้งการค้าและสิ่งแวดล้อม”<sup>71</sup>

จะเห็นได้ว่า ในวัตถุประสงค์ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ได้ยืนยันหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) อันเป็นหลักการและแนวคิดที่สำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า ความตกลงเขตการค้าเสรียอมรับหลักการและแนวความคิดเรื่องสิ่งแวดล้อม แต่จะยอมรับและนำไปใช้ได้ทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมากขึ้นเพียงใดนั้น จะได้ศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

#### 2.3.4.2 คำนิยาม

ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ได้มีการให้คำนิยามของกฎหมายสิ่งแวดล้อมไว้ในมาตรา 19.11 ความว่า

“เพื่อวัตถุประสงค์ของข้อบทนี้ กฎหมายสิ่งแวดล้อมให้หมายถึง บทบัญญัติหรือกฎระเบียบใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เบื้องต้นเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมหรือปกป้องอันตรายแก่ชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ในเขตแดนของรัฐคู่ภาคี

แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงบทบัญญัติหรือกฎระเบียบใด ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยหรือสุขภาพของคนงาน

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>71</sup> Chapter 19 Environment Objectives

The objectives of this Chapter are to contribute to the Parties' efforts to ensure that trade and environmental policies are mutually supportive and to collaboratively promote the optimal use of resources in accordance with the objective of sustainable development: and to strive to strengthen the links between the Parties' trade and environment policies and practices to further the trade expanding goals of this Agreement, including through promoting non-discriminatory measures, avoiding disguised barriers to trade, and eliminating trade distortions where the result can directly benefit both trade and the environment.

และนอกจากนี้ กฎหมายสิ่งแวดล้อมไม่รวมถึง บทบัญญัติหรือกฎระเบียบใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบริหารจัดการเพื่อประโยชน์หรือกำไรในทางการค้าของทรัพยากรธรรมชาติ

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติหรือกฎระเบียบใด ๆ หมายถึงกฎหมายของสภาองเกรสหรือบทบัญญัติที่ได้ประกาศตามกฎหมายของสภาองเกรสซึ่งมีผลบังคับใช้โดยกฎหมายของรัฐบาลกลาง

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา เขตแดนหมายถึงเขตแดนของประเทศซึ่งกำหนดไว้ใน หมวด 2.1”<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Article 19.11 : Definition

For purposes of this Chapter :

Environmental law means any statute or regulation of a Party, or provision thereof, the primary purpose of which is the protection of the environment, or the prevention of a danger to human life or health, through :

- (a) The prevention, abatement, or control of the release, discharge, or emission of pollutants or environmental contaminants;
- (b) The control of environmentally hazardous or toxic chemicals , substances, materials, and wastes, and the dissemination of information related thereto; or
- (c) The protection or conservation of wild flora and fauna, including endangered species, their habitat, and specially protected natural areas,

in the Party's territory, but does not include any statute or regulation, or provision thereof, directly related to worker safety or health.

For greater certainty, environmental law does not include any statute or regulation, or provision thereof, the primary purpose of which is managing the commercial harvest or exploitation, or subsistence or aboriginal harvesting, of natural resources.

For the purpose of the definition of “environmental law” the primary purpose of a particular statutory or regulatory provision shall be determined by reference to its primary purpose, rather than to the primary purpose of the statute or regulation of which it is part.

For the United States, statute or regulation means an act of Congress or regulation promulgated pursuant to an act of Congress that is enforceable by action of the federal government.

For the United States, territory means its territory as set out in Annex 2.1 as well as other areas with respect to which it exercise sovereignty, sovereign rights, or jurisdiction.

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมครอบคลุมถึง บทบัญญัติหรือกฎระเบียบใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นหลักเท่านั้น แต่กฎหมายสิ่งแวดล้อมตามคำนิยามของความตกลงนี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงกฎระเบียบใด ๆ เกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ การบัญญัตินิยามของกฎหมายสิ่งแวดล้อมเช่นนี้เป็นการควบคุมเฉพาะในเชิงคุณภาพของสิ่งแวดล้อมเท่านั้น โดยไม่ได้ครอบคลุมถึงในเชิงการบริหารจัดการในด้านปริมาณหรือด้านอื่น ๆ ด้วย

อย่างไรก็ตาม การบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าการควบคุมดูแลคุณภาพของสิ่งแวดล้อม เช่น ในกรณีของน้ำ โดยเฉพาะในแม่น้ำระหว่างประเทศ หากไม่มีการบริหารจัดการและการจัดสรรปันส่วนที่ดี ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการใช้น้ำระหว่างประเทศต้นน้ำกับประเทศท้ายน้ำได้ เป็นต้น

เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีลักษณะการปกครองแบบมลรัฐ โดยรัฐแต่ละรัฐมีอำนาจปกครองและออกกฎหมายบังคับใช้ของรัฐของตนเอง แต่ก็จะมีรัฐบาลกลางซึ่งมีกฎหมายในลักษณะกว้าง ๆ บังคับใช้กับทุกมลรัฐด้วย ดังนั้น ในการทำความเข้าใจความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีกับประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่า “กฎหมายสิ่งแวดล้อมมีขอบเขตเพียงใดตามความตกลงนี้” ซึ่งตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมก็ได้มีการบัญญัติคำนิยามของกฎหมายสิ่งแวดล้อมว่า หมายถึงกฎหมายของรัฐบาลกลางที่ออกโดยสภาคองเกรสหรือกฎหมายที่ผ่านสภาคองเกรสเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงกฎหมายในระดับมลรัฐแต่อย่างใด

#### 2.3.4.3 ระดับการให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ได้กำหนดระดับการให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไว้ใน มาตรา 19.1 ความว่า

“รับรองสิทธิของคู่ภาคีแต่ละฝ่ายที่จะจัดตั้งระดับภายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและนโยบายหรือสิทธิพิเศษในการพัฒนาสิ่งแวดล้อม และเพื่อยอมรับหรือปรับปรุงกฎหมายสิ่งแวดล้อม คู่ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องแน่ใจว่ากฎหมายของตนจัดให้มีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงและจะต้องผลักดันให้มีการปรับปรุงกฎหมายให้ดียิ่งขึ้น”<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Article 19.1 : Levels of Protection

ตามข้อบทดังกล่าว มีสาระสำคัญในการกำหนดให้ประเทศคู่ภาคีมีหลักประกันว่า กฎหมายภายในของประเทศตน รวมทั้งกฎข้อบังคับ มาตรการ หลักเกณฑ์และมาตรฐานต่าง ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องอยู่ในระดับสูง (High level of environmental protection) และจะต้องพยายามปรับปรุงระดับความคุ้มครองให้ดียิ่งขึ้นอยู่ตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม การกำหนดระดับความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงนี้ ได้ถูกยอมรับว่าเป็นสิทธิของแต่ละประเทศที่จะพิจารณาตั้งระดับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศตนได้<sup>74</sup>

#### 2.3.4.4 การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม

ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม นอกจากจะได้กำหนดให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงแล้ว ยังได้กำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมด้วย โดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 19.2 ความว่า

“รัฐภาคีจะต้องไม่ละเลยในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ และรัฐคู่ภาคีรับรองว่า เป็นการไม่สมควรที่สนับสนุนการค้าหรือการลงทุน โดยลดระดับหรือทำให้การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอ่อนแอลง”<sup>75</sup>

---

Recognizing the right of each Party to establish its own levels of domestic environmental protection and environmental development policies and priorities, and to adopt or modify accordingly its environmental laws, each Party shall ensure that its laws provide for high levels of environmental protection and shall strive to continue to improve those laws.

<sup>74</sup> บัณฑิต เศรษฐวิโรตม์, การเมืองของการเจรจา FTA ในประเด็นสิ่งแวดล้อม : กรณี FTA สหรัฐอเมริกา. [Online] แหล่งที่มา : [www.measwatch.org/autopage/download.php?id=2972](http://www.measwatch.org/autopage/download.php?id=2972) -

<sup>75</sup> Article 19.2 : Enforcement of Environmental Laws

1. (a) A Party shall not fail to effectively enforce its environmental laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement.

(b) .....

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for trade with the other Party, or as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.



สาระสำคัญของบทบัญญัตินี้ คือ การให้ประเทศคู่ภาคีต้องบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมของตนอย่างมีประสิทธิภาพ ห้ามมิให้ละเลยหรือหย่อนยานเป็นอาชญา และ ยังได้บัญญัติรับรองด้วยว่า จะไม่ผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมเพื่อส่งเสริมการค้า และการลงทุน

#### 2.3.4.5 การระงับข้อพิพาท

กลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม เน้นและให้ความสำคัญของการร่วมมือกันระหว่างรัฐคู่ภาคีในการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นร่วมกัน โดยวิธีการที่นุ่มนวลและเป็นมิตรมากที่สุด เพื่อลดความขัดแย้ง และเพื่อให้บรรยากาศของรัฐคู่ภาคีในการการระงับข้อพิพาทเป็นไปในลักษณะที่มีมิตรไมตรีต่อกันมากขึ้น มาตรา 19.6<sup>76</sup> จึง

---

<sup>76</sup> Article 19.6 : Environmental Consultations

1. A Party may request consultations with the other Party regarding any matter arising under this Chapter by delivering a written request to the other Party.
2. The Parties shall consult promptly after delivery of the request. The requesting Party shall provide specific and sufficient information in the request for the other Party to respond.
3. The Parties shall make every attempt to arrive at a mutually satisfactory resolution of the matter and may seek advice or assistance from any person or body they deem appropriate in order to fully examine the matter at issue.
4. If the Parties fail to resolve the matter through consultations, either Party may request that the Council be convened to consider the matter by delivering a written request to the other Party.
5. The Council shall promptly convene and shall endeavor to resolve the matter, including, where appropriate, by consulting governmental or outside experts and having recourse to such procedures as good offices, conciliation, or mediation.
6. If the matter concerns whether a Party is conforming to its obligations under Article 19.2(1)(a), and the Parties have failed to resolve the matter within 60 days of a request for consultations under paragraph 1, the complaining Party may request consultations under Article 22.4 (Consultations) or a meeting of the Commission under Article 22.5 (Commission-Good Offices, Conciliation, and Mediation) and, as provided in Chapter Twenty-Two (Dispute Settlement), thereafter have recourse to the other provisions of that Chapter.

กำหนดให้มีการปรึกษาหารือเมื่อเกิดประเด็นปัญหาภายใต้ข้อบทนี้ โดยประเทศคู่ภาคีอาจร้องขอให้มีการปรึกษาหารือกับรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายได้ เกี่ยวกับเรื่องใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อบทนี้ โดยการส่งหนังสือไปยังรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย และรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายจะต้องปรึกษาหารือในทันทีทันใดหลังจากได้รับหนังสือร้องขอ ในการปรึกษาหารือเพื่อแก้ไขปัญหานี้ รัฐคู่ภาคีต้องใช้ความพยายามอย่างที่สุดเพื่อที่จะหาทางในการแก้ปัญหาให้เป็นที่พอใจแก่ทุกฝ่ายร่วมกัน และอาจขอความเห็นหรือข้อเสนอแนะจากบุคคลหรือองค์กรที่เหมาะสมในการพิจารณาประเด็นปัญหาอย่างเต็มที่ด้วยก็ได้

แต่หากการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการปรึกษาหารือไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ รัฐคู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจร้องขอต่อคณะกรรมการให้มีการประชุมกันเพื่อพิจารณาปัญหาได้ โดยคณะกรรมการจะต้องประชุมกันโดยด่วน เพื่อหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยวิธีการที่เหมาะสม อาทิ เช่น การที่บุคคลที่สามเข้ามาช่วยในการตกลงยินยอมเจรจา (GOOD OFFICES) การไกล่เกลี่ย (MEDIATION) การประนีประนอม (CONCILIATION) เป็นต้น

นอกจากนี้ บทบัญญัติในข้อบทยังเปิดโอกาสให้สาธารณชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการที่สำคัญอีกด้วย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 19.8 ที่กำหนดให้กฎหมายและมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่รัฐบังคับใช้จะต้องเป็นธรรม เปิดเผย และเท่าเทียม ซึ่งทำให้กฎหมายสิ่งแวดล้อมมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น ข้อบทนี้ ยังเปิดโอกาสให้บุคคลมีสิทธิในด้านต่าง ๆ เช่น

- สิทธิที่จะฟ้องร้องบุคคลใด ๆ ภายใต้เขตอำนาจของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่าย สำหรับความเสียหายภายใต้กฎหมายสิ่งแวดล้อม

- 
7. The Council may, where appropriate, provide information to the Commission regarding and consultation held on the matter.
  8. Neither Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under any provision of this Chapter other than Article 19.2(1)(a).
  9. Neither Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for a matter arising under Article 19.2(1)(a) without first pursuing resolution of the matter in accordance with this Article.
  10. In cases where the Parties agree that a matter arising under this Chapter is more properly covered by another agreement to which the Parties are Party, they shall refer the matter for appropriate action in accordance with that agreement.

- สิทธิในการแสวงหามาตรการลงโทษทางการเงินในการละเมิดกฎหมายสิ่งแวดล้อม
- สิทธิในการขอให้ผู้มีอำนาจกระทำการอย่างเหมาะสมเพื่อบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม
- สิทธิในการแสวงหามาตรการคำสั่งใด ๆ ในที่ซึ่งบุคคลได้รับความเจ็บปวด หรืออาจเจ็บปวด ความสูญเสีย ในฐานะที่ผลจากการกระทำโดยบุคคลอื่นภายใต้เขตอำนาจของรัฐคู่ภาคีต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมและการกระทำละเมิดสิทธิของผู้อื่นที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อม

จะเห็นได้ว่า กลไกการระงับข้อพิพาทมีความครอบคลุมและมีความโปร่งใส โดยมีการเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้ามามีบทบาทแสดงความคิดเห็นต่อประเด็นความขัดแย้ง โดยการให้มีกระบวนการประชาพิจารณ์ ให้คู่พิพาทเผยแพร่เอกสารทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ๆ แก่สาธารณะได้ ให้มีผู้เชี่ยวชาญพิเศษในเรื่องสิ่งแวดล้อมเข้าร่วมการพิจารณา ให้สิทธิบุคคลที่สามเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ยังกำหนดให้รัฐคู่ภาคีจะต้องตั้งคณะกรรมการสิ่งแวดล้อม (Environment Roster) เพื่อเป็นคณะพิจารณาในการหยิบยกข้อพิพาทภายใต้ ข้อ 19.2(1) คือ กรณีที่รัฐคู่ภาคีไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย

#### 2.3.4.6 ความสัมพันธ์ระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)

ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) มีประมาณ 200 กว่าฉบับ และมีจำนวนประมาณ 20 ฉบับเท่านั้น ที่มีการใช้มาตรการทางการค้าเป็นกลไกหนึ่ง เพื่อบรรลุเป้าหมายในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การใช้มาตรการการค้าดังกล่าว อาจขัดต่อพันธกรณีของ WTO และความตกลงเขตการค้าเสรีอื่น ๆ ได้ เช่น อนุสัญญาบาเซล ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการเคลื่อนย้ายกากที่เป็นอันตรายข้ามแดน ได้กำหนดให้มีการควบคุมการนำเข้าและการส่งออกกากพิษจะต้องได้รับอนุญาตจากประเทศผู้เกี่ยวข้อง และอนุสัญญาฉบับนี้ยังมีการห้ามส่งออกสารไปยังประเทศนอกภาคีและทวีปแอนตาร์กติกา และยังมีเงื่อนไขบังคับผู้ส่งออกให้คำนึงถึงการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในประเทศนำเข้าอีกด้วย ทำให้ดูเหมือนว่าเป็นมาตรการที่ใช้

อำนาจนอก อาณาเขตของรัฐ (Extra jurisdictional) ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายของแอกตต์ และไม่เข้า ข้อยกเว้นมาตรา 20 ของแอกตต์อีกด้วย<sup>77</sup> และในอนุสัญญาไซเตส (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora : CITES) ก็มีการใช้มาตรการในการ จำกัดการนำเข้าและส่งออกสัตว์/พืชที่กำลังจะสูญพันธุ์ หรือมีแนวโน้มว่าจะสูญพันธุ์ โดยอ้างว่า การค้าสัตว์หรือพืชป่าระหว่างประเทศบางชนิด เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดการสูญพันธุ์ได้ จึง จำเป็นต้องมีการควบคุมและจำกัดสินค้าดังกล่าว ซึ่งการควบคุมและจำกัดสินค้านี้ อาจขัด กับพันธกรณีของ WTO ที่มีหลักการและแนวทางเพื่อเปิดเสรีทางการค้า หลายประเทศจึงมีความ พยายามที่จะหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยได้มีการนำประเด็นเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อมเข้าสู่ การประชุมรัฐมนตรี WTO ครั้งที่ 4 ณ กรุงโดฮา และได้การประชุมดังกล่าว ได้มีการกำหนด ประเด็นในการเริ่มเจรจาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม 3 ประเด็น คือ

- 1.) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ WTO กับมาตรการทาง การค้าภายใต้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)<sup>78</sup>
- 2.) กระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายเลขาธิการ MEAs และคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องของ WTO และ หลักเกณฑ์ในการให้สถานะผู้สังเกตการณ์แก่ MEAs<sup>79</sup>
- 3.) การลด/ยกเลิกมาตรการภาษีและมาตรการที่มีใช้ภาษี สำหรับสินค้าและบริการสิ่งแวดล้อม<sup>80</sup>

และในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ได้มีการบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่าง ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไว้ใน มาตรา 19.9 ด้วย ความว่า

<sup>77</sup> มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ, “หลักการค้าเสรีของแอกตต์กับการคุ้มครองทรัพยากรร่วม : ศึกษากรณี คดี TUNA-DOLPHIN,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต,คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 21-22.

<sup>78</sup> กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ จาก [www.dtn.moc.go.th](http://www.dtn.moc.go.th)

<sup>79</sup> กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ จาก [www.dtn.moc.go.th](http://www.dtn.moc.go.th)

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน

“รัฐคู่ภาคีรับรองถึงความสำคัญของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม รวมถึงการใช้มาตรการทางการค้าอย่างเหมาะสมในความตกลงดังกล่าว เพื่อบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะ และการรับรอง paragraph 31(i) ของปฏิญญารัฐมนตรี วันที่ 12 พฤศจิกายน 2001 ในการเจรจาอบโดฮา สมาชิก WTO ตกลงที่จะเจรจากันเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO และพันธกรณีทางการค้าที่เจาะจงในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม โดยรัฐคู่ภาคีจะปรึกษาหารือถึงการขยายผลของการเจรจาที่จะนำมาปรับใช้กับความตกลงนี้”<sup>81</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่ารัฐคู่ภาคีไม่ปฏิเสธการใช้มาตรการทางการค้าเพื่อบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อม เพียงแต่การใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องใช้อย่างเหมาะสม และยังได้มีการบัญญัติรับรองให้ความสำคัญกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) แต่อย่างไรก็ตาม ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมรับรองเฉพาะกรณีที่รัฐคู่ภาคีทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เท่านั้น โดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 19.9 นี้เอง และในอารัมภบทของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม บัญญัติถึงการพิทักษ์ คุ้มครอง และปรับปรุงสิ่งแวดล้อม โดยผ่านการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตแดนของรัฐคู่ภาคีเอง และผ่านความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งทั้งสองประเทศเป็นภาคีอยู่<sup>82</sup> กล่าวโดยสรุป รัฐคู่ภาคีให้การรับรองเฉพาะความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่รัฐทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่รัฐคู่ภาคีเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีสมาชิกความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ฉบับใดฉบับหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว แต่รัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกฉบับดังกล่าว

<sup>81</sup> Article 19.9 : Relationship to Environment Agreements

The Parties recognize the importance of multilateral environmental agreement, including the appropriate use of trade measures in such agreements to achieve specific environmental goals. Recognizing that in paragraph 31 (i) of the Ministerial Declaration adopted on November 14,2001 in Doha, WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements, the Parties shall consult on the extent to which the outcome of the negotiations applies to this Agreement.

<sup>82</sup> CONSERVE, protect, and improve the environment, including through managing natural resources in their respective territories and through multilateral environmental agreements to which they are both parties;

นอกจากนี้ ยังมีการรับรอง Paragraph 31 (i)<sup>83</sup> ของปฏิญญาโดฮา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติตามอนุสัญญาพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ต่าง ๆ โดยเฉพาะพันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง (Specific Trade Obligation : STO) ว่ามีความสอดคล้องกับกฎระเบียบทางการค้าภายใต้ WTO อย่างไร และจะมีแนวทางแก้ไขปัญหาอย่างไร ถ้ามีความขัดแย้งกันระหว่างความตกลงทั้งสอง โดยรัฐคู่ภาคีตกลงกันที่จะนำผลการเจรจาดังกล่าวมาปรึกษาหารือกัน เพื่อปรับใช้กับความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีนี้

อย่างไรก็ตาม การเจรจาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO กับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ยังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากความขัดแย้งระหว่างข้อกังวลของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและความต้องการของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว โดยกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว มีความกังวลว่า ประเทศพัฒนาแล้วจะนำกฎเกณฑ์ในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) มาเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้า ในขณะที่เดียวกันกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ก็ต้องการที่จะผลักดันประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมเข้าสู่การค้าระหว่างประเทศให้ได้มากที่สุด โดยต้องการให้การตีความขอบเขตของ Paragraph 31(i) ในเชิงกว้าง โดยให้มีการพิจารณาความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) จำนวนมากที่สุด

ถึงแม้ว่าข้อกำหนดเรื่องสิ่งแวดล้อม จะมีผลดี ทำให้การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมเข้มงวด ซึ่งส่งผลให้คุณภาพของสิ่งแวดล้อมก็ดีขึ้นก็ตาม แต่การที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่มีความชัดเจนในหลายประเด็น อาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ โดยเฉพาะเมื่อข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมขัดหรือแย้งกับข้อบทเรื่องการลงทุน ซึ่งก็จะส่งผลให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่อาจบรรลุเป้าหมายที่แท้จริงตามแนวทางและหลักการของการพัฒนาที่ยั่งยืนได้ ดังนั้น ในหัวข้อต่อไป จะได้ศึกษาถึงหลักการในข้อบทเรื่องการลงทุน ว่ามีหลักเกณฑ์กำหนดไว้อย่างไรบ้าง

---

<sup>83</sup> Paragraph 31 (i) : With a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment, we agree to negotiations, without prejudging their outcome, on

(i) the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements (MEAs). The negotiations shall be limited in scope to the applicability of such existing WTO rules as among parties to the MEA in question. The negotiations shall not prejudice the WTO rights of any Member that is not a party to the MEA in question;

## 2.4 พันธกรณีตามข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี

แต่เดิมในอดีตที่การค้ายังไม่เจริญก้าวหน้าและขยายตัวมากนัก การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ก็มักจะอยู่แต่ภายในประเทศเท่านั้น แต่เมื่อการค้าขยายตัวมากขึ้น ก็มีการค้าขายข้ามพรมแดน โดยมีการนำสินค้าจากประเทศหนึ่งไปขายอีกประเทศหนึ่ง อันเป็นลักษณะของการส่งออกและนำเข้าสินค้านั่นเอง

และต่อมาเมื่อได้มีการพัฒนามากขึ้น นักลงทุนก็ได้เข้าไปประกอบกิจการในอีกประเทศหนึ่งเลยทีเดียวนั้น โดยนักลงทุนอาจมีเหตุผลในการเข้าไปลงทุนในประเทศอื่น เนื่องจากค่าแรง ค่าวัสดุและอุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิตมีราคาถูกกว่า และมีสิ่งเอื้ออำนวยและเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจของตนได้มากกว่าประกอบธุรกิจในประเทศของตน ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนที่จะทำให้สามารถผลิตสินค้าในราคาต้นทุนที่ต่ำ สามารถลดค่าใช้จ่ายในการผลิตได้มาก การลงทุนที่รัฐผู้ส่งออกการลงทุนหรือเจ้าของทุนในประเทศหนึ่งไปลงทุนหรือประกอบกิจการในอีกประเทศหนึ่ง เป็นการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ผู้ลงทุนหรือบริษัทสัญชาติอเมริกันไปลงทุนในการผลิตเฟอร์นิเจอร์ในประเทศชิลี หรือกรณีคนสัญชาติชิลีหรือบริษัทสัญชาติชิลีไปลงทุนผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น การลงทุนในลักษณะนี้จึงมีผลในการเคลื่อนย้ายเงินทุน บุคคล สิ่งของ ข้อมูล หรือเทคโนโลยี จากประเทศหนึ่งไปสู่ประเทศหนึ่ง<sup>84</sup>

ในกระบวนการลงทุนระหว่างประเทศ (International investment) จึงต้องมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง อันได้แก่ ผู้ลงทุน (Investment) ประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) และประเทศผู้ส่งออกการลงทุน (Home Country)<sup>85</sup> โดยผู้ลงทุนทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายใน และข้อบังคับของกฎหมายภายในรัฐของตนหรือรัฐซึ่งนิติบุคคลได้จัดตั้งขึ้น ซึ่งบางประเทศมีกฎหมายที่มีผลตามไปควบคุมบุคคลหรือบุคคลของตนในต่างประเทศด้วย (Extraterritorial Laws) เช่น กรณีที่บุคคลหรือบริษัทสัญชาติอเมริกันที่มาลงทุนในประเทศไทย จะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับกฎหมายอเมริกัน เช่น กฎหมายป้องกันการ

<sup>84</sup> วิภาณดา อรุณสกุล, “ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและชิลี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548) หน้า 5.

<sup>85</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6.

ผูกขาด กฎหมายห้ามทำการค้ากับประเทศศัตรู กฎหมายเกี่ยวกับการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ เป็นต้น หรือในกรณีของผู้ลงทุน หรือบริษัทไทยไปลงทุนในต่างประเทศ สหรัฐอเมริกา ผู้ลงทุนหรือบริษัทไทยก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายในสวนที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา<sup>86</sup> แต่กรณีที่มีการเคลื่อนย้ายเงินทุน บุคคล สิ่งของ ข้อมูลหรือเทคโนโลยีไปยังอีกประเทศหนึ่ง การกระทำดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและนโยบายต่าง ๆ ของประเทศนั้น ๆ ด้วย

กล่าวโดยสรุป นักลงทุนที่เข้าไปประกอบกิจการในประเทศอื่น มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของทั้งรัฐเจ้าของสัญชาติตนและรัฐที่ตนเข้าไปลงทุนในสวนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

เนื่องจากผู้ลงทุนที่เข้าไปประกอบกิจการในรัฐอื่น จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน (Host Country) ซึ่งมีเงื่อนไขค่อนข้างมาก สำหรับนักลงทุนต่างด้าว ทำให้เกิดอุปสรรคขัดขวางการดำเนินธุรกิจ ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวจึงต้องการความมั่นใจในโอกาสของผู้ลงทุน รัฐผู้ส่งออกการลงทุน (Home Country) จึงมีแนวความคิดที่จะหาหลักประกันและสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนซึ่งเป็นคนชาติของตน ในขณะที่รัฐผู้รับการลงทุนเอง ก็ต้องการที่จะให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในประเทศตนมาก ๆ เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมเพื่อความ เป็นอยู่ที่ดีขึ้นของประชากรประเทศตน อันมีผลเป็นการพัฒนาประเทศชาติด้วย

ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงต้องมีทั้งมาตรการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เพื่อเป็นแรงจูงใจและดึงดูดผู้ลงทุนจากต่างประเทศและคุ้มครองนักลงทุนของตนที่ไปลงทุนยังประเทศอื่นด้วย การดำเนินมาตรการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจำเป็นต้องดำเนินการโดยกฎหมายภายใน และยังคงคำนึงถึงความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้ ในระดับสากล และเพื่อให้มีกฎเกณฑ์ที่มีความชัดเจนแน่นอน โดยต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง แต่ละรัฐจึงทำสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีสำหรับการลงทุนเหล่านั้น เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (Bilateral Investment Treaties : BITs) เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เพราะต้องการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนต่างชาติให้มาประกอบกิจการลงทุนในประเทศ โดยจะให้ มีทั้งมาตรการที่จะคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนไปด้วยในขณะเดียว

<sup>86</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.



สำหรับความตกลงการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลี ก็ได้มีการตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนไว้ในข้อบทที่ 10 หลายประการ ซึ่งบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองแก่นักลงทุนดังกล่าว อาจมีประเด็นที่ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมได้ ดังนั้น ในหัวข้อนี้ จะทำการศึกษาลักษณะสำคัญในข้อเรื่องการลงทุนว่ามีบทบัญญัติคุ้มครองนักลงทุนที่สำคัญอย่างไรบ้าง

#### 2.4.1 คำจำกัดความ

ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีสหรัฐอเมริกาและชิลี ได้ให้คำนิยามของนักลงทุนไว้ในมาตรา 10.27 ว่า

“ผู้ลงทุนของรัฐภาคี หมายความว่ารวมถึง บุคคลหรือรัฐวิสาหกิจของรัฐนั้น หรือคนชาติ หรือวิสาหกิจของรัฐภาคีนั้น ซึ่งพยายามหรือกำลังจะลงทุนหรือได้ทำการลงทุนในดินแดนของรัฐฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กรณีที่เป็นบุคคลธรรมดา ผู้มีสองสัญชาติให้ถือว่าเป็นคนชาติของรัฐซึ่งตนมีจุดเกาะเกี่ยวมากที่สุดแต่เพียงรัฐเดียว”<sup>87</sup>

จะเห็นได้ว่า การกำหนด “ผู้ลงทุนของรัฐภาคี” อาศัยหลักสัญชาติเป็นเกณฑ์ในการกำหนด ทั้งในกรณีของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เพื่อให้ให้นักลงทุนที่เป็นคนชาติของตนได้รับความคุ้มครองที่มั่นคงและแน่นอน และในกรณีบุคคลธรรมดาที่มีหลายสัญชาติ บุคคลนั้นจะต้องแสดงให้เห็นว่า ตนมีสัญชาติที่แท้จริงของรัฐนั้น โดยแสดงจุดเกาะเกี่ยวกับสัญชาติของรัฐดังกล่าวให้มากที่สุด

นอกจากนี้ จากคำนิยามดังกล่าวยังได้ครอบคลุมอย่างกว้างขวาง ทั้งการลงทุนที่ได้ลงทุนไปแล้วก่อนที่จะมีความตกลงเขตการค้าเสรีขึ้น และการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลังความตกลงนี้ จากคำนิยาม “ผู้ลงทุน....ซึ่งพยายามหรือกำลังจะลงทุนหรือได้ทำการลงทุนในดินแดนของรัฐฝ่ายหนึ่ง” ทำให้ความตกลงนี้คุ้มครองนักลงทุนอย่างครอบคลุม ทั้งก่อนและหลังการเข้ามาเปิดกิจการในรัฐภาคี อันมีลักษณะแบบ Pre&Post Establishments

นอกจากนี้ ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีสหรัฐอเมริกาและชิลียังได้กำหนดนิยามของการลงทุนไว้ว่า

<sup>87</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

“การลงทุนครอบคลุมทั้งการลงทุนทางตรงและการลงทุนในลักษณะต่าง ๆ เช่น การลงทุนในตลาดทุน ตลาดเงิน การซื้อขายพันธบัตรและตราสารหนี้ การทำสัญญา สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ ทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง อาทิ สิทธิการเช่า เป็นต้น”<sup>88</sup>

นอกจากการให้คำนิยามของผู้ลงทุนจะครอบคลุมทั้งนักลงทุนที่ประกอบกิจการก่อนและหลังความตกลงนี้แล้ว การให้คำนิยามการลงทุนยังครอบคลุมในลักษณะต่าง ๆ ของการลงทุน ทั้งการลงทุนทางตรงและทางอ้อม การลงทุนในระยะสั้นและระยะยาว รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินต่าง ๆ ทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างด้วย

#### 2.4.2 หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT)

ในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปอเมริการะหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี ได้บัญญัติถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT) ไว้ในมาตรา 10.2 ความว่า

“รัฐคู่ภาคีจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนของรัฐภาคีอื่น ไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนของตน ทั้งในเรื่องของการก่อตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารจัดการ การกระทำ การดำเนินการ และการขายหรืออื่นๆ ต่อกการลงทุนในเขตแดนของรัฐคู่ภาคี โดยให้หมายถึงรัฐบาลในระดับท้องถิ่นด้วย”<sup>89</sup>

<sup>88</sup> เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคนอื่น ๆ, การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา : รายงานฉบับสมบูรณ์, กรุงเทพฯ : 2548, หน้า ๘-8.

<sup>89</sup> Article 10.2 : National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory,

2. Each Party shall accord to vered investments treatment no less favorable than thatit accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The Treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government of investors , and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

เนื่องจากทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง จึงมีอิสระที่จะออกกฎหมายภายในอย่างไรก็ได้มาบังคับใช้ในเขตแดนของตนเอง รัฐจึงมักออกกฎหมายภายในกำหนดสถานะของคนต่างด้าวให้แตกต่างจากคนชาติของตน ทำให้การเข้าไปลงทุนในรัฐอื่นมีข้อจำกัด นักลงทุนมีความเสี่ยงต่อการค้าและการลงทุน เพราะจะได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐนั้น ดังนั้น รัฐต่าง ๆ จึงพยายามทำความเข้าใจความตกลงเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นระหว่างนักลงทุนที่เป็นคนชาติและนักลงทุนที่เป็นคนของรัฐอื่น โดยรัฐคู่ภาคีจะต้องปฏิบัติต่อกันในฐานะที่เรียกว่า National Treatment นั่นเอง

#### 2.4.3 หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nations : MFN)

หลัก MFN ตรงกับหลักของ WTO อันมีผลเป็นการสร้างกลไกในขจัดอุปสรรคทางการค้า ทำให้การค้าขยายตัวอย่างรวดเร็ว และเป็นไปอย่างเสรีมากขึ้น เนื่องจากหลัก MFN นี้ กำหนดว่า หากรัฐภาคีให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษใด ๆ กับรัฐอื่นซึ่งมิใช่รัฐคู่ภาคี รัฐภาคีนั้นจะต้องให้สิทธิประโยชน์และสิทธิพิเศษแก่รัฐคู่ภาคีด้วย กล่าวคือ เมื่อรัฐภาคีให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษแก่ประเทศใด ก็มีพันธกรณีต้องให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษกับประเทศคู่ภาคีของตนตามความตกลงด้วย ก็จะทำให้ประเทศต่าง ๆ ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน โดยอาศัยหลักนี้ ทำให้ประเทศต่าง ๆ ต้องให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษแก่รัฐคู่ภาคีโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องทำความตกลงเป็นครั้งคราวในแต่ละรายการแต่อย่างใด และหลัก MFN ก็อยู่บนพื้นฐานของหลักการไม่เลือกปฏิบัตินั่นเอง (Non-discrimination)

ในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาควิชาตะวันออกสหรัฐอเมริกาและซีดี ได้บัญญัติหลัก MFN นี้ไว้ในมาตรา 10.3 ความว่า

“รัฐภาคีแต่ละฝ่าย ต้องปฏิบัติต่อกันการลงทุนและการลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่าย ไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อรัฐอื่นซึ่งมิใช่รัฐคู่ภาคี ในเรื่องเกี่ยวกับการก่อตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารจัดการ การกระทำ การดำเนินการ และการขายหรืออื่น ๆ”

หลัก MFN นี้ เป็นหลักประกันแก่รัฐคู่ภาคีว่า สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษที่ตนได้รับจะไม่น้อยไปกว่าที่รัฐภาคีให้กับรัฐอื่น ๆ ซึ่งมิใช่รัฐคู่ภาคี อันเป็นกลไกที่สร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนได้ระดับหนึ่ง

#### 2.4.4 หลักการคุ้มครองขั้นต่ำตามมาตรฐานการปฏิบัติสากล (Minimum Standard)

จากการศึกษา หลัก NT และ MFN ซึ่งเป็นหลักของการไม่เลือกปฏิบัติแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักทั้งสองดังกล่าวนี้ สามารถเป็นหลักประกันที่จะไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนชาวต่างชาติและนักลงทุนของคนชาตินั้นได้ และยังสามารถประกันได้ว่ารัฐคู่ภาคีจะได้ไม่ได้รับสิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษที่ด้อยไปกว่ารัฐอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม แม้ว่านักลงทุนจะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่อาจเป็นประกันได้ว่า การปฏิบัติดังกล่าวจะมีมาตรฐานเพียงพอเป็นที่ยอมรับได้ในสังคมระหว่างประเทศ เนื่องจากแต่ละประเทศก็มีมาตรฐานที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะประเทศด้อยพัฒนาและประเทศกำลังพัฒนา ย่อมมีมาตรฐานที่แตกต่างจากประเทศพัฒนาแล้ว

ดังนั้น จึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองขั้นต่ำตามมาตรฐานการปฏิบัติสากล เพื่อเป็นหลักประกันมาตรฐานขั้นต่ำอีกชั้นหนึ่งในการปฏิบัติ ทำให้มั่นใจได้ว่า จะไม่ได้รับการปฏิบัติที่ต่ำกว่ามาตรฐานในทางระหว่างประเทศ ซึ่งในความตกลงเขตการค้าเสรี ทวิภาคีสหรัฐอเมริกาและซีดี ได้กำหนดหลักนี้ไว้ด้วยเช่นกัน ในมาตรา 10.4 ความว่า

“ข้อ 1 รัฐภาคีแต่ละฝ่ายตกลงที่จะปฏิบัติต่อการลงทุนที่อยู่ในข่ายที่จะได้รับความคุ้มครอง ให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี รวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

และใน ข้อ 2 ก็ได้มีการขยายความหลักเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวให้ชัดเจนขึ้น ความว่า

“ข้อ 2 เพื่อเป็นการแน่นอนยิ่งขึ้น วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อคนต่างด้าว ตามกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี โดยให้ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อการลงทุนที่อยู่ในข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองเหล่านี้ แนวความคิดของ “มาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และการคุ้มครองและความ

ปลอดภัยอย่างเต็มที่ จะไม่ต้องการปฏิบัติที่เพิ่มเติมหรือนอกเหนือจากมาตรฐานดังกล่าว และไม่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิใหม่ใด ๆ พันธกรณีวรรค 1 คือ ....”<sup>90</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเทศภาคีต้องปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) โดยต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีด้วยความเป็นธรรม เท่าเทียม ยุติธรรม รวมทั้งไม่ปฏิเสธต่อคำตัดสินในกระบวนการพิจารณาลงโทษทางคดีอาญา คดีแพ่ง หรือกระบวนการพิจารณาโทษอื่น ๆ ตามระบบกฎหมายส่วนใหญ่ของโลก และต้องปกป้องคุ้มครองนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีอย่างเต็มที่ โดยต้องมีระดับการคุ้มครองตามจารีตประเพณีทางกฎหมาย

#### 2.4.5 มาตรการที่ขอยกเว้น (Non-Conforming Measures : NCMs)

ในกรณีที่ประเทศภาคีต้องการจะขอยกเว้นมาตรการของรัฐที่ขัดกับพันธกรณีตามข้อบทเรื่องการลงทุนบางประการ มาตรา 10.7 บัญญัติให้ประเทศภาคีสามารถกระทำได้ โดยมีใจความ ดังนี้

“มาตรา 10.7 มาตรการที่ขอยกเว้น

1. มาตรา 10.2 10.3 10.5 และ 10.6 ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับ

ก. มาตรการใด ๆ ที่มีอยู่และได้คงไว้โดยประเทศภาคี

(1) ในระดับรัฐบาลกลางที่ระบุนโยบายมาตรการที่ขอยกเว้น

โดยประเทศภาคีนั้นไว้ในภาคผนวก 1

(2) รัฐบาลในระดับภูมิภาค ที่ระบุนโยบายมาตรการที่ขอยกเว้น

ไว้ในภาคผนวก 1 หรือ

(3) รัฐบาลในระดับท้องถิ่น

ข. การดำเนินการหรือการปรับปรุงมาตรการที่ขอยกเว้นตามที่

<sup>90</sup> วิกานดา อรุณสกุล, “ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและซีที,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 41.

อ้างถึงในข้อ ก.

ค. การแก้ไขมาตรการที่ขอยกเว้นตามข้อ ก. การแก้ไวนั้นจะต้อง  
ไม่ลดความสอดคล้องตามพันธกรณีในมาตรา 10.2 10.3  
10.5 และ 10.6

2. มาตรา 10.2 10.3 10.5 และ 10.6 ไม่ใช้กับมาตรการใด ๆ ที่ภาคี  
ยอมรับหรือคงไว้ในแต่ละสาขา สาขาย่อย หรือกิจกรรมต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในภาคผนวก 2

3. หลังจากที่มีความตกลงนี้มีผลบังคับใช้และได้ครอบคลุมโดยภาคผนวก  
แล้ว ไม่มีประเทศภาคีฝ่ายใดจะขอให้นักลงทุนของอีกฝ่ายชายหรือกระทำการอื่นใดเกี่ยวกับการ  
ลงทุนที่มีอยู่แล้วด้วยเหตุผลด้านสัญชาติในขณะที่มาตรการมีผลใช้บังคับได้

4. มาตรา 10.2 และ 10.3 ไม่นำไปใช้กับมาตรการใด ๆ ที่เป็นข้อยกเว้น  
หรือที่มีการยกเลิก มาตรการตามพันธกรณีภายใต้มาตรา 17.1 (6) (บททั่วไป) ที่มีไว้พิเศษเฉพาะ  
แล้วสำหรับมาตราดังกล่าว

5. มาตรา 10.2 มาตรา 10.3 และ 10.6 ไม่นำมาใช้

ก. การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ หรือ

ข. การอุดหนุนหรือการจัดให้มีโดยประเทศภาคี รวมถึงการกักขัง  
ที่รัฐบาลสนับสนุน การค้าประกัน และการประกัน”<sup>91</sup>

<sup>91</sup> Article 10.7 : Non-Conforming Measures

1. Articles 10.2, 10.3, 10.5, do not apply to:

(a) an existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:

(i) the central level of government, as set out by that Party in its  
Schedule to Annex I,

(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its  
Schedule to Annex I, or

(iii) a local level of government;

(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming  
measure referred to in subparagraph (a); or

บทบัญญัติเรื่องมาตรการที่ขอยกเว้นนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีกำหนดข้อสงวนของตนโดยการระบุเป็นข้อยกเว้นที่จะไม่เป็นไปตามพันธกรณีในความตกลงบางประการไว้ในภาคผนวกแนบท้ายได้ ซึ่งเป็นลักษณะการเปิดเสรีการค้าแบบ Negative list approach\* กล่าวคือ การเปิดตลาดหมดทุกสาขา ยกเว้นแต่สาขา/กิจกรรม/มาตรการที่ประเทศคู่เจรจาระบุไว้ในภาคผนวกนั่นเอง

ในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับชาติก็ได้จัดทำความตกลงเขตการค้าเสรีในลักษณะ Negative list approach โดยทั้งสองประเทศขอยกเว้นที่จะไม่นำเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Article 10.2 National Treatment) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Article 10.3 Most-Favored-Nation Treatment) เงื่อนไขการลงทุน

- 
- (c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Articles 10.2, 10.3, 10.5, and 10.6
2. Articles 10.2, 10.3, 10.5 and 10.6 do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.
  3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Agreement and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.
  4. Articles 10.2 and 10.3 do not apply to any measure that is an exception to, or derogation from, the obligations under Article 17.1(6) (General Provisions) as specifically provided for in that Article.
  5. Articles 10.2, 10.3, and 10.6 do not apply to:
    - (a) procurement; or
    - (b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

\* ลักษณะการเจรจาเพื่อทำความตกลงเขตการค้าเสรีมี 2 รูปแบบ คือ 1) Positive list approach เป็นการเปิดตลาดเฉพาะสาขาหรือกิจกรรมที่ต้องการเปิดพร้อมกำหนดเงื่อนไขในการเปิดตลาดควบคู่ไปด้วย และ 2) Negative list approach เป็นการเปิดตลาดหมดทุกสาขา ยกเว้นแต่สาขา/กิจกรรม/มาตรการที่ประเทศคู่เจรจาขอยกเว้นไว้ ซึ่งรายการที่แต่ละประเทศขอยกเว้นนั้นเรียกว่า Non-conforming measures นั่นเอง

(Performance Requirements) และสัญชาติของผู้บริหารระดับสูง (Article 10.6 Senior Management and Boards of Directors) มาใช้กับมาตรการเกี่ยวกับการลงทุนที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 และ 2 ซึ่งแต่ละมาตรการที่จะขอยกเว้นจะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับสาขาที่เกี่ยวข้องกับมาตรการ ข้อผูกพันที่ต้องการจะได้รับการยกเว้น (เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นต้น) ระดับของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง กฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ลักษณะของมาตรการที่ขัดกับข้อผูกพัน เป็นต้น

#### 2.4.6 หลักการห้ามรัฐคู่ภาคีบริบท (Expropriate) และการโอนกิจการมาเป็นของรัฐ (Nationalize)

ในอดีต นักลงทุนที่เข้าไปลงทุนในประเทศอื่น มักได้รับความเสี่ยงและเกิดความไม่มั่นใจในการลงทุนสูง เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในและนโยบายต่าง ๆ ของประเทศที่ตนเข้าไปลงทุน และโดยที่รัฐแต่ละรัฐมีเสรีภาพในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนของตน ทำให้รัฐต่าง ๆ มักจะกำหนดฐานะของคนต่างด้าวแตกต่างจากคนชาติของตน การลงทุนระหว่างประเทศจึงขาดหลักประกัน ทำให้การลงทุนเกิดความเสี่ยงอันมิใช่ความเสี่ยงในเชิงพาณิชย์ แต่เป็นความเสี่ยงที่เกิดจากกฎระเบียบภายในประเทศที่เข้าไปลงทุนนั่นเอง โดยในอดีตที่ผ่านมา การลงทุนของคนชาติของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งไปลงทุนในดินแดนของประเทศที่กำลังพัฒนาได้ถูกเวนคืน (Expropriation) หรือ การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ (Nationalization) เป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศพัฒนาแล้วอย่างมาก เพราะการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจะต้องใช้เงินจำนวนมาก เช่น คดี Anaconda และ Kennecott ซึ่งเป็นกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีข้อพิพาทกับประเทศชิลี เนื่องจากรัฐบาลชิลีได้ทำการเวนคืนกิจการโอนกิจการของบริษัท Anaconda และ Kennecott เป็นของประเทศชิลี<sup>92</sup>

จากปัญหาดังกล่าว เกิดขึ้นจากกฎระเบียบภายในของรัฐ โดยรัฐมีอำนาจอธิปไตยในการกำหนดกฎเกณฑ์อย่างไรก็ได้ภายในรัฐของตน จึงทำให้นักลงทุนเกิดความไม่มั่นใจและไม่แน่นอนในการลงทุนระหว่างประเทศ จึงมีการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้น เพื่อคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุน เพื่อให้มีกฎเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศที่แน่นอนขึ้น อันเป็นการคุ้มครองนักลงทุนระดับหนึ่ง เช่น ได้มีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุน (Bilateral Investment Treaties : BITs) โดยสนธิสัญญานี้มิได้มุ่งเน้นที่จะให้มีการ

<sup>92</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 16-17.



คุ้มครองการลงทุนจากการโอนกิจการเป็นของรัฐเพียงอย่างเดียว แต่มีขึ้นเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เพราะต้องการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนต่างชาติให้มาประกอบกิจการลงทุนในประเทศ โดยจะให้สิทธิมาตรการที่จะคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุนไปด้วยในขณะเดียวกัน นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีผู้ทำสัญญาด้วยกันและการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุนให้ใช้ศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (The International Center for the Settlement of Investment Dispute : ICSID)<sup>93</sup>

ในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลี ได้บัญญัติเรื่องการเวนคืนและการชดเชยความเสียหายไว้เช่นกัน ในมาตรา 10.9 ความว่า

“ข้อ 1 ห้ามรัฐภาคีทำการเวนคืนหรือโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐได้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เว้นแต่

- ก. เพื่อประโยชน์สาธารณะ
- ข. มีลักษณะเป็นการไม่เลือกปฏิบัติ
- ค. โดยจะต้องจ่ายค่าชดเชยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ
- ง. ต้องกระทำไปโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย”<sup>94</sup>

<sup>93</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18.

<sup>94</sup> Article 10.9 : Expropriation and Compensation

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”). Except :

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation in accordance with paragraphs 2 through 4 ; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 10.4(1) through (3).

2. Compensation shall :

- (a) be paid without delay ;
- (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว การเวนคืนหรือการโอนกิจการของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐไม่สามารถทำได้ เว้นแต่ การเวนคืนและการโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐจะกระทำไปภายใต้เงื่อนไข คือ การเวนคืนจะต้องกระทำไปโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public purpose) โดยจะต้องกระทำไปภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process of Law) และสิ่งสำคัญ คือ จะต้องกระทำโดยมีการชำระค่าชดเชย ในลักษณะที่กระทำโดยทันที (Prompt) เพียงพอ (Adequate) และมีประสิทธิภาพ (Effective)

#### 2.4.7 ความสัมพันธ์ระหว่างการลงทุนและสิ่งแวดล้อม

ในข้อบทเรื่องการลงทุนของความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปอเมริกาตะวันออก สหรัฐอเมริกาและซีดีมีระบุดึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการลงทุนและสิ่งแวดล้อมไว้เช่นกัน ในมาตรา 10.12 ความว่า

“ไม่มีอะไรในข้อบทนี้จะถูกตีความเพื่อที่จะขัดขวางคู่กรณีจากการยอมรับ การคงไว้ หรือการบังคับใช้มาตรการใด ๆ นอกเสียจาก การปฏิบัติตามข้อบทนี้จะถูกพิจารณาอย่าง

---

(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and

(d) be fully realizable and freely transferable

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation paid shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation paid – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus

(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

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, or creation of intellectual property rights, to the extent that such revocation, limitation, or creation is consistent with Chapter Seventeen (Intellectual Property Rights).

เหมาะสม เพื่อให้แน่ใจว่ากิจกรรมการลงทุนในเขตแดนของรัฐภาคีจะดำเนินไปในลักษณะที่ระมัดระวังต่อความห่วงกังวลสิ่งแวดล้อม”<sup>95</sup>

บทบัญญัติในมาตรา 10.1 (2) นี้ กำหนดให้รัฐคู่ภาคีที่ดำเนินการด้านการค้าและการลงทุนจะต้องคำนึงถึงและให้ความสำคัญกับเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วย กิจกรรมการค้าและการลงทุนใดมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม จะต้องพยายามหลีกเลี่ยงและดำเนินการด้วยความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

แต่หากการดำเนินการด้านการค้าและการลงทุน มีผลกระทบหรือเกิดความขัดแย้งกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ในกรณีนี้ ข้อบทเรื่องการลงทุนก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 10.1 (2) ความว่า

“ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันระหว่างข้อบทนี้กับข้อบทอื่น ให้ข้อบทอื่นมีผลเหนือกว่าในการที่จะบังคับใช้กับความขัดแย้งนั้น”<sup>96</sup>

ในข้อบทเรื่องการลงทุนได้มีการบัญญัติถึงกรณีที่ข้อบทเรื่องการลงทุนขัดหรือแย้งกับข้อบทอื่น รวมถึงกรณีขัดหรือแย้งกับข้อบทเรื่องการลงทุนด้วย โดยบัญญัติให้ข้อบทอื่นมีผลการบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทเรื่องการลงทุน

ดังนั้น หากข้อบทเรื่องการลงทุนขัดหรือแย้งกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 10.1 (2) นี้ ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมย่อมมีผลในการบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทเรื่องการลงทุน

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>95</sup> Article 10.12 Investment and Environment

Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

<sup>96</sup> Article 10.1 Scope and Coverage

1. ....
2. In the event of any inconsistency between this Chapter and another Chapter, the other Chapter shall prevail to the extent of the inconsistency.

#### 2.4.8 การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement)

กลไกการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในข้อบทเรื่องการลงทุน เป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ โดยได้ระบุไว้ใน ภาค B เรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐภาคี โดยมีใจความ ดังนี้

“การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐบาลต้องดำเนินการโดยร่วมกันเจรจาต่อรองระหว่างกัน โดยอาจใช้วิธีการของผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับหรือประเทศที่สาม แต่หากไม่สามารถเจรจากันได้ จะต้องฟ้องร้องกันตามอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute) หรือ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การดำรงระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องประกอบไปด้วยผู้แทนของทั้งสองฝ่าย และผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ไต่สวนและไกล่เกลี่ยข้อพิพาท”<sup>97</sup>

ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนต่างชาติสามารถฟ้องร้องผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในประเทศที่เข้ามาลงทุน และยังมีสิทธิพิเศษเหนือนักลงทุนที่เป็นคนชาติอีกด้วย เนื่องจากนักลงทุนที่เป็นคนชาติไม่สามารถฟ้องรัฐบาลของตนได้ กลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ จึงให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนชาวต่างชาติเป็นอย่างมาก และมากกว่านักลงทุนที่เป็นคนชาติด้วยซ้ำ

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>97</sup> เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคนอื่น ๆ, การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา : รายงานฉบับสมบูรณ์, กรุงเทพฯ : 2548, หน้า 8-10.

### บทที่ 3

#### ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม

(Multilateral Environmental Agreements : MEAs)

แต่เดิม การพัฒนาจะมุ่งเน้นที่เรื่องเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ทำให้มีการแบ่งระดับการพัฒนาของประเทศต่าง ๆ ตามระดับการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ เป็นหลัก ปัจจัยที่ทำให้เศรษฐกิจเจริญเติบโตก็คืออุตสาหกรรม และสิ่งที่ทำให้อุตสาหกรรมเจริญเติบโต ก็คือเทคโนโลยี ประเทศต่าง ๆ จึงมุ่งที่จะพัฒนาเทคโนโลยี เพื่อใช้ในการพัฒนาอุตสาหกรรม โดยมีเป้าหมายเพื่อเป็นประเทศอุตสาหกรรม เพราะเชื่อว่าการเป็นประเทศอุตสาหกรรม หมายถึงการเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วนั่นเอง

ผลจากการใช้เทคโนโลยีเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรม แม้จะทำให้เศรษฐกิจพัฒนา แต่ในขณะเดียวกัน ก็ก่อให้เกิดปัญหาสภาพแวดล้อมขึ้นมากมายเช่นกัน เช่น ปัญหามลพิษ ปัญหาสภาพอากาศ ฯลฯ ประเทศต่าง ๆ จึงเริ่มตระหนักว่า การพัฒนาเศรษฐกิจแต่เพียงด้านเดียว ไม่ใช่การพัฒนาอย่างแท้จริง เพราะก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาอย่างมากมาย โดยสาเหตุของปัญหาสภาพแวดล้อม อาจแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ<sup>1</sup>

1. ทรัพยากรธรรมชาติถูกนำมาใช้อย่างมหาศาล จนเกิดปัญหาความร่อยหรอของทรัพยากรธรรมชาติ เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติบางประเภทมนุษย์ไม่สามารถสร้างขึ้นมาทดแทนได้ หรือการสร้างขึ้นมาทดแทนต้องใช้เวลาอันยาวนาน การนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้โดยไม่มีประสิทธิภาพ จึงมีผลทำให้เกิดความขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติในอนาคต
2. ของเสียที่ถูกระบายสู่โลก เมื่อมนุษย์มีการบริโภคมาก อุตสาหกรรมก็ย่อมเกิดขึ้นมาก เพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์ จากกิจกรรมการบริโภคของมนุษย์ และอุตสาหกรรมทำให้เกิดปัญหาของเสีย และสารพิษมากมาย

---

<sup>1</sup> พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺโต), การพัฒนาที่ยั่งยืน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโกมลคีมทอง, 2549), หน้า 39.

และปัญหาประชากรที่เพิ่มขึ้น ทำให้ปัญหาสภาพแวดล้อมยิ่งทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น เนื่องจากเมื่อจำนวนประชากรเพิ่มมากขึ้น ย่อมต้องมีการบริโภคและระบายของเสียลงสู่โลกมากขึ้น เช่น ปัญหาเรื่องขยะ เมื่อ ปี ค.ศ. 1987 ประเทศสหรัฐอเมริกามีปัญหาเรื่องขยะมาก โดยเรือขนขยะชื่อ Mobro ออกจากเกาะ Long Island ในเมืองนิวยอร์ก หาที่ทิ้งขยะระยะทางยาวประมาณเกือบ 10,000 กิโลเมตร กว่าที่จะทิ้งขยะได้ และในปีต่อมา เรืออีกลำหนึ่งชื่อ Pelicano บรรทุกขี้เถ้าที่มีพิษจากเมืองฟิลาเดลเฟีย (Philadelphia) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไปหาที่ทิ้งขยะ 13 ล้านกิโลกรัม ในประเทศต่าง ๆ แต่ไม่มีใครรับ หาอยู่ 2 ปี จึงทิ้งได้ และเดินทางกลับประเทศตน ปัญหาขยะดังกล่าว ทำให้สหรัฐอเมริกาตื่นตัวและตระหนักถึงปัญหาเรื่องขยะที่มีมาก จนไม่สามารถหาสถานที่ทิ้งได้เพียงพอ โดยที่ทิ้งขยะของสหรัฐอเมริกามีประมาณ 20,000 แห่ง (สถานที่ทิ้งขยะ เรียกว่า Landfill) สหรัฐอเมริกาทิ้งขยะเต็มไปแล้ว 15,000 แห่ง เหลืออีกประมาณ 5,000 แห่ง ซึ่งจะเต็มในอีกไม่ช้านี้ ปัญหาเรื่องขยะนี้ได้สร้างความหนักใจให้กับสหรัฐอเมริกาอย่างมาก โดยสหรัฐอเมริกาได้เคยหาทางออกโดยการทำสัญญากับหมู่เกาะ Marshall ในมหาสมุทรแปซิฟิก ให้เป็นที่ทิ้งขยะแห่งหนึ่ง หมู่เกาะ Marshall มีฐานะยากจน จึงยอมทำสัญญาด้วย นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้เคยทำสัญญาทิ้งขยะกับประเทศจีน ซึ่งประเทศจีนก็ตกลงด้วย แต่ให้เอาขยะไปทิ้งที่ประเทศทิเบตซึ่งอยู่ใต้การปกครองของจีน แต่สหรัฐอเมริกาไม่กล้าเอาขยะไปทิ้ง เพราะถูกองค์การสันติภาพเขียว หรือกลุ่มกรีนพีซ (Green Peace) เปิดเผยสัญญาดังกล่าวต่อประชาคมโลกเสียก่อน<sup>2</sup>

ประเทศแถบแอฟริกาเป็นดินแดนหนึ่งที่ได้รับขยะจากประเทศพัฒนาแล้ว ปัญหาเรื่องขยะเป็นปัญหาใหญ่ จนได้จัดให้มีการประชุมนักการเมืองและผู้นำในแอฟริกาเกี่ยวกับการส่งออกขยะ (Waste Export) โดยได้ประณามการกระทำนี้ว่าเป็นจักรวรรดินิยมขยะ (waste-imperialism)<sup>3</sup> ปัญหาเกี่ยวกับการส่งออกขยะนี้ ประเทศพัฒนาแล้วพยายามส่งออกขยะอิเล็กทรอนิกส์ไปยังประเทศกำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา เช่น ซากโทรศัพท์มือถือ เครื่องใช้ไฟฟ้า ฯลฯ โดยประเทศผู้นำเข้าขยะเหล่านั้นไม่มีความรู้เท่าทันประเทศพัฒนาแล้ว และไม่มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยพอในการจัดการขยะอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมอย่างหนึ่งเช่นกัน

ในสหภาพยุโรป หรือ EU Commission ก็มีกรอบกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการเศษเหลือทิ้ง (Waste Management) จำนวน 2 ฉบับ เรียกว่า Waste from Electrical and

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-42.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

Electronic Equipment หรือ WEEE และ Restrictions on the USE of Hazardous Substances หรือ RoHS โดย WEEE Directive กำหนดให้ผู้ผลิตต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการจัดการเศษเหลือทิ้งของเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนเองผลิตหรือเป็นผู้นำเข้า นโยบาย WEEE เป็นนโยบายจูงใจให้บริษัทผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ต้องผลิตสินค้าให้เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมให้มากที่สุด และกฎหมาย RoHS Directive เป็นกฎหมายที่ห้ามใช้สารอันตรายบางประเภทในเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์<sup>4</sup> กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ เป็นการใช้มาตรการทางการค้า เพื่อประโยชน์ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เป็นการใช้มาตรการฝ่ายเดียว (Unilateral Measures) ที่กลุ่มประเทศผู้นำเข้ากำหนดขึ้น ซึ่งอาจเกิดผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ เพราะมาตรการฝ่ายเดียวยังไม่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศที่ประเทศอื่น ๆ ยอมรับร่วมกัน จึงมักเป็นสาเหตุทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้นได้ ดังเช่น กรณีปลาทูน่า-โลมา เป็นต้น

ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง คือ เรื่องโรงงานปฏิกรณ์นิวเคลียร์ โดยในปี ค.ศ. 1986 โรงงานปฏิกรณ์นิวเคลียร์ที่เชอร์โนบีล (Chernobyl) ได้ระเบิดขึ้น ทำให้คนต้องอพยพทิ้งถิ่นที่อยู่ไป 150,000 คน แล้วรัฐก็ประกาศให้บริเวณโดยรอบเป็นที่ประชาชนอยู่อาศัยไม่ได้ เกิดมีผู้ลี้ภัยชนิดใหม่ เรียกว่า ผู้ลี้ภัยสภาพสิ่งแวดล้อมเสีย (Environmental refugees) และเมื่อระเบิดแล้ว กัมมันตภาพรังสีก็กระจายไปกับกระแสลมไกลถึง 1,500 กิโลเมตร ทำให้ประเทศแถบยุโรปเดือดร้อน ผู้คนไม่สามารถอาบน้ำ และต้องระวังเรื่องเสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่ม อาหารการกิน จนกระทั่งต้องมีการสั่งห้ามนำเข้าสินค้าจากยุโรปตะวันออก นอกจากนั้น ยังมีการประมาณกันว่า คนที่ได้รับพิษภัยจากกัมมันตภาพรังสี จะเป็นมะเร็งตายประมาณ 21,000 คน อีกด้วย<sup>5</sup>

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า ปัญหาสภาพสิ่งแวดล้อมส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์เป็นอย่างมาก และปัญหาสภาพแวดล้อมอย่างหนึ่ง ก็อาจส่งผลเป็นวัฏจักรไปยังสภาพแวดล้อมชนิดอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น ปัญหาเรื่องป่าไม้ ย่อมมีผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมอย่างอื่นด้วย กล่าวคือ เมื่อป่าไม้ถูกทำลาย ฝนฟ้าய่อมไม่ตกต้องตามฤดูกาล หน้าดินถูกทำลายง่ายขึ้น เพราะไม่มีต้นไม้ปกคลุม และทำให้เกิดอุทกภัยได้ง่ายขึ้น เนื่องจากไม่มีต้นไม้คอยชะลอน้ำที่ไหลป่า และมลพิษก็มีมากขึ้นด้วย เนื่องจากไม่มีต้นไม้คอยดูดซับมลพิษต่าง ๆ ไว้ ปัญหาดังกล่าว

<sup>4</sup> ศักดา ธนิตกุล, “ผลกระทบต่อด้านกฎหมายต่อสินค้าและบริการของไทยจากการขยายสมาชิกภาพของสหภาพยุโรป”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 24, ฉบับที่ 1 (สิงหาคม 2548) : หน้า 90-92.

<sup>5</sup> พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺโต), การพัฒนาที่ยั่งยืน, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 43.

ส่งผลทำให้โลกร้อน อุณหภูมิของโลกสูงขึ้น ดินฟ้าอากาศฤดูกาลผันผวนแปร กระแสลมก็เปลี่ยนทิศทาง ผู้คนสุขภาพเสื่อมโทรม มีโรคภัยไข้เจ็บ อากาศเสีย น้ำเสีย และมีสารปะปนในอาหารเป็นอันมาก อันมีผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของมนุษย์อย่างมาก

ประชาคมโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาสภาพแวดล้อมดังกล่าว และได้ยอมรับว่า การพัฒนาเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียวเพื่อให้ประชาชนอยู่ดีกินดี ไม่ใช่การพัฒนาที่แท้จริง เพราะการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างเดียว ก่อให้เกิดปัญหาในด้านอื่น ๆ อย่างมากมายดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งมีผลร้ายแรงและกระทบกับชีวิตมนุษย์ยิ่งกว่าปัญหาด้านเศรษฐกิจเสียอีก

ด้วยความตระหนักในปัญหาสภาพแวดล้อมดังกล่าว และเล็งเห็นว่าปัญหาสภาพแวดล้อมจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากประชาคมโลก ประเทศต่าง ๆ จึงจัดทำความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ขึ้น โดยปัจจุบันความตกลงดังกล่าวมีมากกว่า 200 ฉบับ<sup>6</sup> แต่ละฉบับบัญญัติถึงปัญหาสภาพแวดล้อมเฉพาะเรื่องเท่านั้น ไม่ได้มีความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ฉบับใดฉบับหนึ่งที่บัญญัติครอบคลุมเรื่องสิ่งแวดล้อมโดยรวมไว้แต่อย่างใด ซึ่งประเด็นนี้ก็อาจเป็นจุดอ่อนข้อด้อยของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ได้เช่นกัน เนื่องจากหากไม่มีความตกลงบัญญัติถึงเรื่องใดไว้แล้ว ปัญหาสิ่งแวดล้อมเรื่องนั้นก็ไม่ได้มีกฎเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) แบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ ๆ ได้ ดังนี้<sup>7</sup>

1. กลุ่มความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity : CBD) พิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Cartagena Protocol) อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดพันธุ์สัตว์และพืชป่าใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora : CITES) และ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture : ITPGR) เป็นต้น

<sup>6</sup> Duncan Brack and Kevin Gray, Multilateral Environmental Agreements and The WTO, from [www.wto.org](http://www.wto.org), P.4.

<sup>7</sup> ฐานข้อมูลกติกาสากลด้านสิ่งแวดล้อม จาก <http://www.tei.or.th/meap/index.htm>



2. กลุ่มปัญหาภูมิอากาศ เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nation Framework Convention on Climate Change : UNFCCC) พิธีสารเกียวโต ( Kyoto Protocol) อนุสัญญาเวียนนา (Vienna Convention) พิธีสารมอนทรีออล ( Montreal Protocol) และ อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย (United Nations Convention to Combat Desertification : UNCCD) เป็นต้น
3. กลุ่มการจัดการสารเคมี เช่น อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด ( Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel ) อนุสัญญารอตเตอร์ดัมว่าด้วยกระบวนการแจ้งข้อมูลสารเคมีล่วงหน้าสำหรับสารเคมีอันตรายและสารเคมีป้องกันกำจัดศัตรูพืชและสัตว์บางชนิดในการค้าระหว่างประเทศ ( Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade : PIC) และ อนุสัญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสารมลพิษตกค้างยาวนาน ( Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants : POPs) เป็นต้น
4. กลุ่มสิ่งแวดล้อมทะเลและชายฝั่ง เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (United Nations Convention on the Law of the Sea : UNCLOS) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลภาวะจากเรือ (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships : MARPOL) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลภาวะทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้และวัสดุอื่น ( Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter : London Dumping) และ กลุ่มผู้ประสานแผนปฏิบัติการทางทะเลเอเชียตะวันออกเฉียง (Coordinating Body on the Sea of East Asia : COBSEA) เป็นต้น

ในจำนวนความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมทั้งหมด มีเพียงประมาณ 20 ฉบับเท่านั้นที่มีการใช้มาตรการทางการค้าร่วมด้วย เพื่อให้บรรลุผลตามเป้าหมายในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และการใช้มาตรการทางการค้าดังกล่าว ก็อาจขัดกับพันธกรณีตามความ

ตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ได้ ซึ่งในบพนี้จะได้หยิบยกเอาความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) มาศึกษา 2 ฉบับ คือ พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change) และ อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel) เพื่อจะได้ทราบถึงประเด็นข้อขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคี (MEAs) และความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ที่อาจเกิดขึ้นได้

### 3.1 พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change)

#### 3.1.1. ความเป็นมา

การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (United Nations Conference on Environment and Development : UNCED) หรือ Earth Summit ที่กรุงริโอ เดอจาเนโร (Rio De Janeiro) ประเทศบราซิล นับเป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดป้องกันภาวะโลกร้อนในระดับนานาชาติ และเป็นจุดกำเนิดในการก่อตั้งองค์การกลางนานาชาติที่เป็นศูนย์กลางในการดูแลด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศขึ้น โดยมีการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change : UNFCCC) ขึ้น และมีกิจกรรมหลักที่จัดขึ้นทุกปี ก็คือ การประชุมพบปะและเจรจา ระหว่างภาคีสมาชิกในลักษณะของ Conference of the Parties (COP) โดยเริ่มครั้งแรกในปี ค.ศ. 1995 ที่กรุงเบอร์ลิน ประเทศเยอรมนี โดยการประชุมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประชุมหารือในการสร้างกลไกร่วมกันในระดับนานาชาติ และหาแนวทางที่เป็นรูปธรรมในการลดระดับก๊าซเรือนกระจกของโลกให้มีค่าต่ำลง ซึ่ง UNFCCC ได้เคยรายงานว่าอุณหภูมิเฉลี่ยของโลกได้เพิ่มขึ้นราว 5.8 องศา ภายในอีกราว 95 ปีข้างหน้า (ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่เกิดขึ้นในอนาคต) ซึ่งถือเป็นเรื่องร้ายแรงอย่างมาก เพราะการเปลี่ยนแปลงอุณหภูมิขนาดนั้น จะมีผลกระทบโดยตรงต่อสิ่งมีชีวิตแทบทุกชนิดในโลก<sup>8</sup>

<sup>8</sup> วงกต วงศ์อภัย, “พิธีสารเกียวโต : สิ่งที่เห็นและเป็นอยู่ (1)”, มติชนรายสัปดาห์ (วันที่ 18 มีนาคม 2548) จาก [www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm](http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm)

ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 ได้จัดให้มีการประชุมครั้งที่ 3 หรือ COP-3 ขึ้นที่นครเกียวโต ประเทศญี่ปุ่น ที่ประชุมได้รับรองพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) ซึ่งถือเป็นกฎหมายลำดับรองของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change : UNFCCC) ซึ่งมีระบบจัดการและควบคุมอันเป็นกลไกที่เป็นรูปธรรมในการลดก๊าซเรือนกระจกของโลก โดยอาศัยหลักทางเศรษฐศาสตร์สิ่งแวดล้อมหลายรูปแบบเป็นเครื่องมือในการสร้างแรงจูงใจ ในพิธีสารฉบับนี้ กลุ่มประเทศอุตสาหกรรมของโลก ซึ่งเป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีและขนาดทางเศรษฐกิจที่เอื้ออำนวย จะเป็นประเทศผู้นำในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของตนก่อน

ก๊าซเรือนกระจกเหล่านี้ เป็นสาเหตุหลักอย่างหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Change) ของโลกที่ทำให้อุณหภูมิของโลกเพิ่มสูงขึ้น และประสบปัญหาภาวะโลกร้อน (Global warming) ซึ่งเป็นปัญหาหลักที่สร้างความสูญเสียให้กับโลกอย่างมหาศาลในรอบหลายปีที่ผ่านมา เช่น กรณี ปี ค.ศ. 2003 จากการประเมินโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (UNEP) ถือว่าเป็นปีที่ธรรมชาติมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรง พบว่า โลกได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คิดเป็นมูลค่าความเสียหายประมาณ 6 หมื่นล้านเหรียญสหรัฐ ไม่ว่าจะมาจากปัญหาคลื่นความร้อนในทวีปยุโรป ซึ่งมีผู้เสียชีวิตถึงกว่า 2 หมื่นคน ภาวะภัยแล้ง หรือสภาวะน้ำท่วมครั้งใหญ่ในแม่น้ำแยงซีเกียงในจีน<sup>9</sup>

ผลกระทบดังกล่าว ทำให้ประเทศต่าง ๆ วิพากษ์วิจารณ์ว่า หากปล่อยให้สถานการณ์ดำเนินต่อไปเช่นนี้เรื่อย ๆ โอกาสที่โลกจะประสบปัญหาน้ำแข็งบริเวณขั้วโลกละลาย ส่งผลให้ระดับน้ำทะเลสูงขึ้น บริเวณพื้นดินบางส่วนอาจถูกน้ำทะเลท่วมหายไป รวมถึงปัญหาภัยแล้งที่รุนแรงยิ่งขึ้น จากภูเขาน้ำแข็งที่อาจละลายไป ทำให้ประเทศที่อาศัยทรัพยากรน้ำจากการละลายของธารน้ำแข็งอาจเกิดภาวะขาดแคลนน้ำอย่างรุนแรง และรวมไปถึงอาจส่งผลให้ความหลากหลายทางชีวภาพลดต่ำลง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ กลุ่มประเทศอุตสาหกรรม นำโดยสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศอันดับต้น ๆ ในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกมากที่สุดในโลก ได้พยายามสร้างกลไกหรือระบบในการป้องกันภาวะโลกร้อนขึ้น<sup>10</sup>

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน

### 3.1.2 วัตถุประสงค์

พิธีสารเกียวโต มีวัตถุประสงค์ เพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change : UNFCCC) ในการรักษาระดับความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในบรรยากาศให้คงที่ อยู่ในระดับที่ปลอดภัยจากการแทรกแซงของมนุษย์ที่เป็นอันตรายต่อระบบภูมิอากาศ การรักษาระดับดังกล่าว ต้องดำเนินการในระยะเวลาเพียงพอที่จะให้ระบบนิเวศปรับตัว โดยไม่คุกคามต่อการผลิตอาหารของมนุษย์<sup>11</sup> แต่เนื่องจากอนุสัญญา กำหนดเพียงกรอบไว้ว่า ประเทศพัฒนาแล้ว จะต้องลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้อยู่ในระดับไม่เกินปริมาณการปล่อยในปี ค.ศ. 1990 โดยไม่มีข้อผูกมัดทางกฎหมายแต่อย่างใด จึงทำให้อนุสัญญา ไม่อาจบรรลุเป้าหมาย ได้ดังนั้น เพื่อให้ประเทศพัฒนาแล้วดำเนินการตามพันธกรณี และเพื่อให้มีผลบังคับในทางกฎหมายอย่างจริงจัง จึงได้มีการจัดทำพิธีสารเกียวโตขึ้น โดยกำหนดมาตรการและกลไกที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลในทางปฏิบัติมากขึ้น ซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้ลงนามรับรอง และพิธีสารนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2005

### 3.1.3 พันธกรณีและกลไกในพิธีสารเกียวโต

#### 3.1.3.1 พันธกรณีในพิธีสารเกียวโต

พิธีสารเกียวโตกำหนดพันธกรณีและสร้างกลไกต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามกรอบเป้าหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change : UNFCCC) โดยได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติ ดังนี้<sup>12</sup>

##### 1) พันธกรณีกลุ่มภาคี Annex 1

กลุ่มภาคี Annex 1 หรือกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมจะต้องมีพันธกรณีและเป้าหมาย (Emission Target) ให้มีปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยรวมน้อย

<sup>11</sup> สำนักวิจัย ค้นคว้าพลังงาน กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน กระทรวงพลังงาน, “กลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM) และความก้าวหน้าของประเทศไทย”, 22 ธันวาคม 2549

<sup>12</sup> ปารีณา ศรีวนิชย์, “กลไกการพัฒนาที่สะอาด และคาร์บอนเครดิต ภายใต้พิธีสารเกียวโต : ทำอย่างไรไม่ให้ไทยเสียประโยชน์”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25, ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2549) : หน้า 51.

กว่าปริมาณการปล่อยก๊าซในปี 2533 อย่างน้อย 5% ในช่วงปี 2551-2555 โดยแต่ละประเทศจะได้รับจัดสรรปริมาณก๊าซที่ตนเองสามารถปล่อยได้ในแต่ละปี (หรือที่เรียกว่า “หน่วยปริมาณการปล่อยก๊าซที่ได้รับจัดสรร” หรือ AAUs : Assigned Amount Units) หรือเป็น “คาร์บอนเครดิต” กลุ่มภาคี Annex 1 ได้รับ และมีพันธกรณีที่จะต้องควบคุมการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยรวมให้อยู่ภายในจำนวน AAUs ที่กำหนด<sup>13</sup>

ก๊าซเรือนกระจกที่จะต้องลดปริมาณในการปล่อยมี 6 ชนิด ได้แก่ คาร์บอนไดออกไซด์ (CO<sub>2</sub>) มีเทน (CH<sub>4</sub>) ไนตรัสออกไซด์ (N<sub>2</sub>O) ไฮโดรฟลูออโรคาร์บอน (HFCs) เปอร์ฟลูออโรคาร์บอน (PCFs) และซัลเฟอร์เฮกซาฟลูออไรด์ (SF<sub>6</sub>) เนื่องจากก๊าซเรือนกระจกทั้ง 6 ชนิด มีประสิทธิภาพในการแผ่รังสีความร้อน (radiative efficiency) ที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในการคำนวณปริมาณก๊าซเรือนกระจก ให้คำนวณเป็นปริมาณเทียบเท่าก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ โดยใช้ศักยภาพในการทำให้เกิดภาวะโลกร้อน (Global Warming Potential: GWP) ของก๊าซแต่ละชนิดเป็นตัวคูณ สำหรับศักยภาพในการทำให้เกิดภาวะโลกร้อนในพันธกรณีแรก จะเป็นไปตามรายงานของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Intergovernmental Panel on Climate Change) IPCC Second Assessment Report 1995 ดังแสดงในตาราง<sup>14</sup>

ก๊าซเรือนกระจก	ศักยภาพในการทำให้โลกร้อน (เท่าของคาร์บอนไดออกไซด์ CO <sub>2</sub> )
1. คาร์บอนไดออกไซด์ (CO <sub>2</sub> )	1
2. มีเทน (CH <sub>4</sub> )	21
3. ไนตรัสออกไซด์ (N <sub>2</sub> O)	310
4. ไฮโดรฟลูออโรคาร์บอน (HFCs)	140 - 11,700
5. เปอร์ฟลูออโรคาร์บอน (PCFs)	6,500 - 9,200
6. ซัลเฟอร์เฮกซาฟลูออไรด์ (SF <sub>6</sub> )	23,900

ที่มา : Climate Change 1995 , IPCC Second Assessment Report

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

<sup>14</sup> [http://www.onep.go.th/CDM/unf\\_kyoto\\_comm.html](http://www.onep.go.th/CDM/unf_kyoto_comm.html)

เนื่องจากก๊าซเรือนกระจกมีหลายชนิด แต่ชนิดที่สำคัญและเป็นเป้าหมายหลักในการลดการปล่อย ก็คือ ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ (CO<sub>2</sub>) ซึ่งเป็นผลมาจากแหล่งอุตสาหกรรมใหญ่ ๆ เช่น โรงไฟฟ้าที่ใช้เชื้อเพลิงฟอสซิล (เช่น โรงไฟฟ้าถ่านหิน หรือโรงไฟฟ้าน้ำมันเตา) โรงงานปูนซีเมนต์ โรงเหล็ก โรงงานอุตสาหกรรมหนักอื่น ๆ และยานยนต์ทั่วไป<sup>15</sup> การลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในอุตสาหกรรมดังกล่าวจะต้องติดตั้งหรือปรับปรุงอุปกรณ์ที่มีเทคโนโลยีสูง ซึ่งก็ทำให้ต้นทุนการผลิตสูงขึ้นด้วยเช่นกัน ทำให้ประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศอุตสาหกรรม ดังเช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปริมาณสูง มีนโยบายที่จะถอนตัวออกจากพิธีสาร โดยอ้างว่า การปฏิบัติตามพิธีสารจะส่งผลกระทบต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ และพิธีสารมีช่องโหว่ที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากพิธีสารไม่ได้บังคับใช้กับประเทศกำลังพัฒนาที่มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสูง ดังเช่น ประเทศจีน และประเทศอินเดีย ทำให้ต้นทุนการผลิตของทั้งสองประเทศที่ต่ำอยู่แล้วไม่ได้รับผลกระทบ<sup>16</sup> ทำให้มีศักยภาพการแข่งขันในตลาดดีกว่าประเทศอุตสาหกรรมในภาคผนวก 1 ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาได้เสนอแนวคิดในการลดการปล่อยก๊าซในรูปแบบ “การปล่อยก๊าซเรือนกระจกต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (Greenhouse gases intensity)” แทนการกำหนดเป็นตัวเลขตายตัวตามพิธีสาร แนวคิดนี้ยอมแสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกาไม่ต้องการให้การลดการปล่อยก๊าซกระทบกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ แต่จะใช้นโยบายในการลดการปล่อยก๊าซที่ไม่ขัดแย้งต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (GDP) แทน<sup>17</sup>

## 2) พันธกรณีกลุ่มภาคี Non-Annex 1

ภาคีที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา พิธีสารเกียวโตไม่ได้กำหนดให้มีหน้าที่ต้องลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกแต่อย่างใด เพียงแต่ต้องจัดทำรายงานบัญชีแห่งชาติ (National Inventories) แสดงปริมาณการปล่อยในแต่ละปี ตลอดจนมาตรการและนโยบายต่าง ๆ ที่ดำเนินการขึ้นเพื่อบรรเทาปัญหาหรือรับมือกับผลกระทบที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อันเป็นพันธกรณีทั่วไปตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate

<sup>15</sup> วงกต วงศ์อภัย, “พิธีสารเกียวโต : สิ่งให้เห็นและเป็นอยู่ (1)”, มติชนรายสัปดาห์ (วันที่ 18 มีนาคม 2548) จาก [www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm](http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm)

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน

Change : UNFCCC) ที่ทุกประเทศจะต้องปฏิบัติกันเอง ดังนั้น ประเทศกำลังพัฒนาจึงยังไม่มี “คาร์บอนเครดิตประเภทปริมาณก๊าซที่ได้รับการจัดสรร (AAUs carbon credit)”<sup>18</sup>

### 3.1.3.2 กลไกยืดหยุ่นภายใต้พิธีสารเกียวโต

พิธีสารเกียวโตได้สร้างกลไก เรียกว่า “กลไกยืดหยุ่น” (Flexible Mechanisms) ขึ้น 3 ประเภท เพื่อช่วยให้กลุ่มภาคี Annex 1 หรือประเทศพัฒนาแล้วมีสิทธิ์เลือกใช้กลไกเหล่านี้ในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซให้ได้ตามเป้าหมายที่กำหนด กลไกยืดหยุ่นภายใต้พิธีสารเกียวโต แบ่งเป็น 3 กลไก ดังนี้<sup>19</sup>

**3.1.3.2.1 กลไกการซื้อขายปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ได้รับการจัดสรร (Emissions Trading : ET)** โดยให้กลุ่มภาคี Annex 1 สามารถซื้อขายคาร์บอนเครดิต ซึ่งอยู่ในรูปของหน่วยปริมาณการปล่อยก๊าซที่ได้รับการจัดสรร (AAUs) ระหว่างกันเองได้<sup>20</sup> โดยประเทศที่สามารถลดปริมาณก๊าซเรือนกระจกได้มากกว่าหน่วยปริมาณก๊าซที่ได้รับการจัดสรร (AAUs) สามารถที่จะนำปริมาณก๊าซส่วนที่เกินไปขายให้แก่ประเทศที่ไม่สามารถลดปริมาณก๊าซได้ตามเป้าหมายที่ได้รับการจัดสรรได้ แต่กลไกนี้ใช้กลุ่มภาคี Annex 1 เท่านั้น เนื่องจากกลุ่มประเทศเหล่านี้มีพันธกรณีในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก แต่สำหรับประเทศนอก Annex 1 ไม่มีพันธกรณีในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก จึงไม่มีความจำเป็นต้องซื้อหรือขายปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ได้รับการจัดสรร (AAUs) แต่อย่างใด<sup>21</sup>

**3.1.3.2.2 กลไกการดำเนินโครงการลดก๊าซร่วมกันระหว่างประเทศพัฒนาแล้ว (Joint Implementation : JI)** เป็นการดำเนินการร่วมกันระหว่างกลุ่มภาคี Annex 1 ให้สามารถดำเนินโครงการต่าง ๆ ร่วมกันเพื่อลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการลงทุนโครงการที่มีผลให้เกิดการลดปริมาณก๊าซในประเทศกลุ่ม EIT หรือเศรษฐกิจเปลี่ยนผ่านที่ใช้ต้นทุนต่ำกว่าการลงทุนในลักษณะเดียวกันในประเทศ

<sup>18</sup> ปาริณา ศรีวนิชย์, “กลไกการพัฒนาที่สะอาด และคาร์บอนเครดิต ภายใต้พิธีสารเกียวโต : ทำอย่างไรไม่ให้ไทยเสียประโยชน์”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25, ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2549) : หน้า 51.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

<sup>21</sup> มีนา พิทยโสภณกิจ และ ปกรณ์ จารุตระกูลชัย จาก <http://www.eeat.or.th/teem/3-6/3-6-greenstory.pdf>

อุตสาหกรรม โดยจะมีการคิดคาร์บอนเครดิตให้ผู้ดำเนินการเป็นหน่วยปริมาณก๊าซที่สามารถลดได้ (ERUs : Emission Reduction Units) ซึ่งภาค Annex 1 สามารถนำ ERUs ที่ได้รับนี้ไปคำนวณกับปริมาณการปล่อยก๊าซโดยรวมทั้งหมดของประเทศ<sup>22</sup>

**3.1.3.2.3 กลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism : CDM)** วัตถุประสงค์ของกลไกนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว (Annex 1) กับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Non Annex 1) ร่วมมือกันในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยให้เกิดการลงทุนในโครงการที่มีผลให้เกิดการลดปริมาณก๊าซในพื้นที่ของประเทศกำลังพัฒนา โดยจะมีการคิดคาร์บอนเครดิตให้จากหน่วยปริมาณก๊าซที่ลดได้และได้รับการรับรอง (CERs : Certified Emission Reductions) ซึ่งกลุ่มภาคีตาม Annex 1 สามารถนำ CERs ไปคำนวณเพื่อคิดปริมาณการปล่อยก๊าซโดยรวมทั้งหมดของประเทศได้เช่นเดียวกับการใช้ ERUs จากโครงการลดก๊าซร่วมกันระหว่างประเทศพัฒนาแล้ว (Joint Implementation : JI)<sup>23</sup>

กลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism : CDM) นี้ มุ่งประสงค์ให้เกิดประโยชน์กับประเทศพัฒนาแล้วตาม Annex 1 ในอันที่จะสามารถบรรลุเป้าหมายในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซตามที่ได้รับการจัดสรร และยังคงคาดหวังให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีและส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืนแก่ประเทศกำลังพัฒนา (Non Annex 1) อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากประสบปัญหาเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ยิ่งไปกว่านั้น ในบางครั้งประเทศเจ้าของโครงการยังต้องเสียค่าใช้จ่ายในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญานั้นอีกด้วย

ประเภทของโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาด แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ<sup>24</sup>

- โครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาดทั่วไป
- โครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาดด้านป่าไม้

<sup>22</sup> ปาริณา ศรีวินิชย์, “กลไกการพัฒนาที่สะอาด และคาร์บอนเครดิต ภายใต้พิธีสารเกียวโต : ทำอย่างไรไม่ให้ไทยเสียประโยชน์”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25, ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2549) : หน้า 52.

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

<sup>24</sup> สำนักวิจัย ค้นคว้าพลังงาน กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน กระทรวงพลังงาน, “กลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM) และความก้าวหน้าของประเทศไทย”, 22 ธันวาคม 2549



- โครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาดขนาดเล็ก

การดำเนินโครงการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาดนี้ ประเทศพัฒนาแล้วจะมาลงทุนดำเนินโครงการเพื่อให้เกิดการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศกำลังพัฒนา เช่น กิจกรรมการปลูกป่าและปรับปรุงสภาพดิน หรือการสนับสนุนการใช้พลังงานที่สะอาดทดแทนพลังงานจากฟอสซิล จากนั้นก็นำปริมาณก๊าซที่ลดได้จากการดำเนินกิจกรรมนั้นมาคำนวณเปรียบเสมือนว่า ประเทศตนได้ดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกไปแล้วในประเทศตนเอง<sup>25</sup>

การดำเนินโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาดนี้ มีกฎเกณฑ์ที่สำคัญ คือต้องเป็นโครงการพัฒนาที่ยั่งยืนตามกฎหมายเกณฑ์ของประเทศเจ้าบ้านและเป็นการดำเนินการด้วยความสมัครใจ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการที่เรียกว่า “Executive Board of CDM” และก๊าซที่ลดได้จะต้องผ่านการตรวจสอบรับรองโดยหน่วยงานที่กำหนดโดยที่ประชุมภาคีในพิธีสาร<sup>26</sup> ซึ่งก๊าซที่ลดได้สามารถนำไปขายได้ โดยประเทศเจ้าของโครงการจะต้องผ่านการรับรอง Certified Emission Reduction (CERs) เสียก่อน และ CERs หรือ คาร์บอนเครดิต ที่ผ่านการรับรองนี้ ก็สามารถนำไปขายให้กับประเทศอุตสาหกรรมที่สามารถใช้ CERs เพื่อบรรลุถึงพันธกรณีตามพิธีสารเกียวโตได้<sup>27</sup>

### 3.1.4 กลไกในพิธีสารเกียวโตที่อาจขัดกับพันธกรณีของความตกลงเขตการค้าเสรี

มาตรา 2 ของพิธีสารเกียวโต ได้กำหนดขอบเขตการดำเนินการอย่างกว้างขวางโดยใช้นโยบายและมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุผลในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เช่น เรื่องประสิทธิภาพของพลังงาน การส่งเสริมให้มีการนำพลังงานกลับมาใช้ใหม่ ซึ่งการดำเนินนโยบายและมาตรการต่าง ๆ อาจมีผลกระทบต่อการค้า เช่น ในประเทศสวีเดน ได้มีการออก

<sup>25</sup> วงกต วงศ์อภัย, “พิธีสารเกียวโต : สิ่งที่เห็นและเป็นอยู่ (จบ)”, มติชนรายสัปดาห์ (วันที่ 25 มีนาคม 2548) จาก [www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm](http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm)

<sup>26</sup> วุฒิ หวังวัชรกุล, “การปลูกป่าเพื่อเครดิตคาร์บอนตามพิธีสารเกียวโต” จาก [www.forest.go.th](http://www.forest.go.th)

<sup>27</sup> [www.buycoms.com/news.asp?newsid=847](http://www.buycoms.com/news.asp?newsid=847)

มาตรการบังคับทางกฎหมาย โดยกำหนดให้มีการเก็บภาษีคาร์บอน (Carbon Tax) เป็นต้น<sup>28</sup> การดำเนินนโยบายและมาตรการดังกล่าว อาจขัดกับพันธกรณีตามความตกลงเขตการค้าเสรี เนื่องจากมีการนโยบายและมาตรการบางอย่างมีลักษณะเป็นอุปสรรคทางการค้า ทั้งที่เป็นภาษีและที่มิใช่ภาษี

อนึ่ง เคยมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพันธกรณีตามพิธีสารเกียวโต ที่ถูกโต้แย้งภายใต้กรอบของ WTO นั่นก็คือ กรณีอุตสาหกรรมรถยนต์ของสหรัฐอเมริกาและยุโรปร่วมกันโจมตีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในพิธีสารเกียวโตของญี่ปุ่น โดยรัฐบาลญี่ปุ่นมีพันธกรณีภายใต้พิธีสารเกียวโตที่จะต้องมุ่งลดก๊าซเรือนกระจกให้ได้ตามเป้าหมาย ญี่ปุ่นจึงเริ่มดำเนินแผนการหลายอย่างในการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ โดยการกำหนดมาตรฐานใหม่เกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำมันของรถยนต์ด้วย โดยเฉพาะรถยนต์ขนาดกลาง กฎหมายญี่ปุ่นกำหนดปริมาณการปล่อยก๊าซเทียบเท่ากับความสามารถของเครื่องยนต์ที่ปลดปล่อยมลพิษที่สูงสุดเท่าที่มีอยู่ในรถยนต์ขนาดกลาง เครื่องยนต์ที่ปล่อยมลพิษที่สูงสุดเท่าที่มีอยู่ในรถประเภทนี้คือเครื่องยนต์ที่ออกแบบโดยบริษัทมิซูบิชิ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 สหภาพยุโรปได้มีหนังสือไปถึงสำนักงานเลขาธิการ TBT ของ WTO ร้องเรียนเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ดังกล่าว และสหรัฐอเมริกาเองก็ได้มีหนังสือไปเช่นกัน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทเดมเลอร์ ไคลสเลอร์และบริษัทฟอร์ดมอเตอร์ โดยในหนังสือลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1999 ถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาได้ยืนยันว่า ตนสนับสนุนเป้าหมายในการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ แต่ขณะเดียวกันก็อ้างว่า กฎเกณฑ์ใหม่ของญี่ปุ่นอาจผิดกฎของ WTO โดยได้อ้างถึงความตกลง TBT ว่ากฎเกณฑ์ของญี่ปุ่นเป็นการกีดกันผู้ผลิตรถยนต์ต่างประเทศที่ไม่ได้ใช้เครื่องยนต์ชนิดนั้น กรณีนี้ญี่ปุ่นได้ออกมาตอบได้ว่า รถยนต์ที่ไม่ได้ใช้เทคโนโลยีลดการปล่อยมลพิษที่ดีที่สุดควรเป็นเป้าหมายของการออกกฎข้อบังคับ เพราะรถยนต์ประเภทนี้เป็นตัวการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ออกมา ซึ่งจะทำให้ญี่ปุ่นไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้พิธีสารเกียวโตได้ และญี่ปุ่นเองก็ได้ยืนยันว่า ข้อบังคับใหม่นี้เป็นไปอย่างยืดหยุ่น เปิดช่องให้ผู้ผลิตของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาสามารถปฏิบัติตามมาตรฐานใหม่ด้วยวิธีการใดก็ได้ และไม่ได้บังคับให้ใช้

<sup>28</sup> บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์, ใจหายของประเทศไทยในเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อม : มุมมองและบทวิเคราะห์ในภาพรวม, จาก [http://www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=7&s\\_id=6&d\\_id=1](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=7&s_id=6&d_id=1)

เครื่องยนต์มีตูปิชิ เพียงแต่ขอให้บรรลุสมรรถนะการใช้น้ำมันในระดับเดียวกันก็พอ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวนี้ ยังไม่ได้มีการฟ้องร้องต่อ WTO<sup>29</sup>

ประเทศพัฒนาแล้วซึ่งมีมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมที่เข้มงวด อาจกำหนดภาษีในการนำเข้าสินค้าจากประเทศซึ่งมีมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมที่ไม่เข้มงวด เพื่อเป็นการชดเชยสำหรับความแตกต่างเรื่องมาตรฐานสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ เรียกเก็บภาษีเพื่อตอบโต้มาตรฐานสิ่งแวดล้อมที่ตนเอง ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ เนื่องจากพื้นฐานของประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนามีความแตกต่างกันในหลาย ๆ ด้าน ดังนั้น จึงมีความเห็นว่าการแบ่งมาตรฐานสิ่งแวดล้อม โดยอาศัยความสามารถของประเทศเป็นเกณฑ์หรือไม่<sup>30</sup>

การวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามที่พิธีสารเกียวโตกำหนด ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ เมื่อประเทศใดประเทศหนึ่งกำหนดกฎเกณฑ์แตกต่างกันกับอีกประเทศหนึ่ง หรือในกรณีที่ประเทศใดประเทศหนึ่งมีกฎเกณฑ์เพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ในขณะที่อีกประเทศหนึ่งไม่ได้มีกฎเกณฑ์ดังกล่าว<sup>31</sup>

นอกจากนี้ พิธีสารเกียวโตได้สร้าง “คาร์บอนเครดิต” ขึ้นมาให้มีลักษณะเป็น “สินค้า” (Commodity) ชนิดหนึ่งที่สามารถมีการซื้อขายกันได้ในตลาดเฉพาะ ที่เรียกว่า “ตลาดคาร์บอน” แต่จะเป็นสินค้าที่อยู่ในลักษณะของเอกสารสิทธิ์เป็นปริมาณก๊าซที่อาจปล่อยได้หรือที่ลดและสามารถนำไปคำนวณปริมาณการปล่อยก๊าซโดยรวมของแต่ละประเทศได้ โดยในตลาดคาร์บอนนี้จะมีการซื้อขายคาร์บอนเครดิตทั้งประเภท AAUs และ CERs แต่ราคาเครดิตคาร์บอนแต่ละประเภทนั้นย่อมแตกต่างกัน โดยคาร์บอนเครดิตประเภท CERs นั้น จะมีราคาต่ำกว่าคาร์บอนเครดิต AAUs เพราะในการคิดราคา CERs ของโครงการ CDM ต้องมีการนำต้นทุนในการลงทุนโครงการ ตลอดจนจรรยาบรรณความเสี่ยงและความไม่แน่นอนในผลของปริมาณก๊าซที่

<sup>29</sup> Lori Wallach and Michelle Sforza, “The WTO Five Years of Reasons to Resist Corporate Globalization : WTO and Environment”, แปลโดย ภควดี วีระภาสพงษ์ จาก [http://www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=20&s\\_id=40&d\\_id=40](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=20&s_id=40&d_id=40)

<sup>30</sup> Paul Cough ,”Trade-Environment Tensions , option exist for reconciling trade and environment”, from [www.ciesin.org/docs/008-065/008-065.html](http://www.ciesin.org/docs/008-065/008-065.html)

<sup>31</sup> Ibid.

จะลดได้รวมคำนวณเข้าด้วย ในขณะที่คาร์บอนเครดิตประเภท AAUs นั้น ไม่มีต้นทุนใด ๆ เนื่องจากเป็นคาร์บอนเครดิตที่ได้รับจากพันธกรณีพิธีสารเกียวโตโดยตรงนั่นเอง<sup>32</sup>

การได้มาซึ่งคาร์บอนเครดิตทั้งประเภท AAUs และ CERs นั้น จะเห็นได้ว่า ทำได้เฉพาะกลุ่มประเทศที่เป็นภาคีของพิธีสารเกียวโตตาม Annex 1 และประเทศกลุ่ม Non Annex 1 เท่านั้น ทำให้มีประเด็นคำถามอยู่มากในเชิงความสัมพันธ์ระหว่างระบบการค้า (Trade Regime) กับ กลไกในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ว่า คาร์บอนเครดิตมีสถานะเป็นสินค้าหรือไม่ และถ้าถือเป็นสินค้า ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางการค้าของภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีอย่างไรบ้าง อีกทั้งกลไกการซื้อขายโควตาระหว่างประเทศ (Emission Trading : ET) และการดำเนินโครงการลดก๊าซเรือนกระจกข้ามพรมแดนระหว่างประเทศพัฒนาแล้ว (Joint Implementation : JI) จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อประเทศกำลังพัฒนาหรือไม่<sup>33</sup> เนื่องจากกลไกดังกล่าว ประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถเข้าร่วมได้ การดำเนินการตามโครงการดังกล่าวจะขัดแย้งกับหลัก MFN ของความตกลงเขตการค้าเสรีหรือไม่ อย่างไร

และหากคาร์บอนเครดิตถือเป็นสินค้า การเข้าร่วมโครงการซึ่งเป็นกลไกของพิธีสารเกียวโต จะเห็นได้ว่า เฉพาะประเทศภาคีสมาชิกเท่านั้นที่สามารถเข้าร่วมโครงการดังกล่าวได้ ซึ่งอาจเป็นผลทำให้ ตลาดในการอนุญาตให้ปล่อยก๊าซ หรือ เครดิตคาร์บอนเป็นอุปสรรคต่อประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก อย่างน้อยก็ได้แก่แห่งความสามารถในการหาเครดิตเพื่อการอนุญาตให้ปล่อยก๊าซเรือนกระจก การดำเนินการตามกลไกของพิธีสารเกียวโตก็อาจขัดกับหลักการค้าเสรีที่ห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากการซื้อขายโควตาระหว่างประเทศ (Emission Trading : ET) ทำได้เฉพาะกับบางประเทศเท่านั้น<sup>34</sup>

ในประเด็นนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า คาร์บอนเครดิตไม่ถือเป็นสินค้า เนื่องจากการอนุญาตให้ปล่อยก๊าซเรือนกระจก จัดไว้ให้ภาคีสมาชิกของพิธีสารเกียวโตเท่านั้น ซึ่งเป็นรูปแบบของกิจกรรมภายในของรัฐบาล จึงไม่ควรถูกประเมินให้เป็นสินค้าและบริการภายใต้

<sup>32</sup> ปาริณา ศรีวินิชย์, “กลไกการพัฒนาที่สะอาด และคาร์บอนเครดิต ภายใต้พิธีสารเกียวโต : ทำอย่างไรไม่ให้ไทยเสียประโยชน์”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25, ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2549) : หน้า 52-53.

<sup>33</sup> บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์, “โจทย์ของประเทศไทยในเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อม : มุมมองและบทวิเคราะห์ในภาพรวม”, จาก [www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=7&s\\_id=6&d\\_id=1](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=7&s_id=6&d_id=1)

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน

กฎระเบียบของ WTO<sup>35</sup> หรือความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีใด ๆ และการซื้อขายโควตาระหว่างประเทศ (Emission Trading : ET) ไม่ใช่สินค้าที่ขายกันโดยทั่ว ๆ ไป เนื่องจาก มีเพียงประเทศที่พัฒนาแล้วเท่านั้น ที่จะซื้อขายแลกเปลี่ยนคาร์บอนเครดิตกันได้ ประเทศกำลังพัฒนาไม่อยู่ในข่ายที่จะเข้าร่วมในกลไกดังกล่าวได้ อีกทั้ง Emission Trading ตั้งขึ้นมาเพื่อช่วยให้ประเทศพัฒนาแล้วสามารถลดต้นทุนในการดำเนินการภายในกลุ่ม ไม่ได้ตั้งขึ้นมาเพื่อใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ในการดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกทั่วโลกโดยทั่วไป จึงไม่สามารถนำ Emission Trading มาใช้โดยทั่วไปได้<sup>36</sup>

กล่าวโดยสรุป การดำเนินการตามกลไกภายใต้พิธีสารเกียวโต อาจมีปัญหาคัดหรือแย้งกับความตกลงเขตการค้าเสรีได้ เนื่องจากหากการใช้มาตรการหรือกลไกต่าง ๆ ดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามพิธีสารเกียวโตมีผลกระทบกับการค้าและการลงทุน ดังเช่นกรณีปัญหาของญี่ปุ่น จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร ควรยึดถือหลักเกณฑ์ใดเป็นหลักในการพิจารณาปัญหาข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าว และหากคาร์บอนเครดิตถือเป็นสินค้าที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และระเบียบทางการค้าของ WTO หรือความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ก็จะทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า การซื้อขายคาร์บอนเครดิตซึ่งเป็นกลไกภายใต้พิธีสารเกียวโต จะเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ทางการค้าดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

ประเด็นปัญหาดังกล่าว ความตกลงเขตการค้าเสรีในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดไว้แต่อย่างใด เพียงแต่กล่าวรับรองถึงความสำคัญของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไว้เท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดชัดเจนลงไปในเรื่องรายละเอียดว่า การดำเนินนโยบายและมาตรการตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) หากขัดแย้งกับความตกลงเขตการค้าเสรี จะใช้กฎเกณฑ์ใดตัดสินและวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าว

<sup>35</sup> Duncan Brack and Kevin Gray, Multilateral Environmental Agreements and The WTO, from <http://www.iucn.org/themes/pbia/themes/trade/training/Multilateral%20Env%20Agreements%20and%20the%20WTO.pdf> , P.21

<sup>36</sup> วุฒิ หวังวัชรกุล, “เรื่องการปลูกป่าเพื่อเครดิตคาร์บอนตามพิธีสารเกียวโต”, [http://www.forest.go.th/silvic/WP\\_Publications/Paper\\_SVGPub\\_PDF/ForestDiscussSem2545/g1t7.pdf](http://www.forest.go.th/silvic/WP_Publications/Paper_SVGPub_PDF/ForestDiscussSem2545/g1t7.pdf)

## 3.2 อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel)

### 3.2.1 ความเป็นมา

การพัฒนาด้านอุตสาหกรรมทำให้เศรษฐกิจเจริญเติบโต แต่ขณะเดียวกัน ก็ได้สร้างปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมมากมาย ซึ่งมีผลกระทบต่อสุขภาพและชีวิตมนุษย์อย่างมาก โดยเฉพาะภัยร้ายของกากพิษต่าง ๆ เช่น พิษปรอทที่อำมาตมาตะในประเทศญี่ปุ่น จนได้รับการกล่าวขานไปทั่วโลกว่าโรคมินามาตะ เหตุการณ์เลิฟคาแนลที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สหรัฐอเมริกา หรือ ไดออกซินที่เซเวโซ อิตาลี เป็นต้น ทำให้ประเทศอุตสาหกรรม และประเทศต่าง ๆ ตระหนักถึงปัญหากากพิษว่าเป็นภัยที่ร้ายแรง<sup>37</sup>

ประเทศอุตสาหกรรมมีกฎหมายที่ครอบคลุมและเข้มงวดมากเกี่ยวกับกากที่เป็นภัย รวมทั้งแรงผลักดันของประชาชนที่เรียกร้องให้มีการจัดการที่ปลอดภัย ขณะเดียวกันปริมาณกากก็ยังมีมากตามกำลังการผลิตของอุตสาหกรรม และพื้นที่ที่จะทิ้งทำลายกากก็ลดลง ในบางประเทศ โดยเฉพาะประเทศยุโรปที่มีพื้นที่น้อย จึงทำให้กากที่เป็นภัยมีต้นทุนในการบำบัดสูง จึงมีการลักลอบส่งไปยังต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนา เนื่องจากประเทศเหล่านั้นไม่มีความรู้เท่าทันอันตรายของกากที่เป็นภัย ไม่มีประสบการณ์เกี่ยวกับกากที่เป็นภัย มุ่งพัฒนาอุตสาหกรรม ไม่มีกฎหมายและการเฝ้าระวังที่ครอบคลุมเข้มงวดเหมือนดังประเทศอุตสาหกรรม อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการกำจัดกากที่เป็นภัยก็ยิ่งต่ำกว่าในประเทศอุตสาหกรรม จึงทำให้มีการเคลื่อนย้ายกากของเสียอันตรายจากประเทศพัฒนาแล้วไปยังประเทศกำลังพัฒนา แบ่งออกเป็น 3 ช่วง คือ ช่วงแรก ระหว่างปี ค.ศ. 1985-1989 เป็นเส้นทางจากเหนือไปใต้ นั่นคือ มีปลายทางหลักอยู่ที่แอฟริกา ละตินอเมริกา แคริบเบียน ตุรกี เลบานอน ช่วงที่สอง ระหว่างปี ค.ศ. 1989-1994 เป็นเส้นทางจากตะวันตกไปตะวันออก คือ โปแลนด์ ฮังการี โรมาเนีย อัลบาเนีย รัสเซีย ยูเครน รัสเซียในทะเลบอลติก และช่วงสาม จากปี ค.ศ. 1994-ปัจจุบัน ปลายทางคือ เอเชีย โดยเฉพาะอินเดียและจีน<sup>38</sup>

<sup>37</sup> มิ่งสรรพ์ ขาวสอาด, การค้า vs ปัญหาสิ่งแวดล้อม จากแกตต์ถึงองค์การการค้าโลก, สถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, หน้า 13.

<sup>38</sup> สุธาวัลย์ เสถียรไทย, โสภารัตน์ จารุสมบัติ, วิพล กิติทัศนาศรัย. 2546. “การค้าและการเคลื่อนย้าย ของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย : วิเคราะห์ BASEL CONVENTION ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย – ประเด็นที่เป็นปัญหา” จาก <http://www.trf.or.th/Home/draft/dep3/s2.doc>

ปัญหาการลักลอบนำของเสียอันตรายจากประเทศอุตสาหกรรมไปทิ้งในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาที่อยู่ในทวีปแอฟริกา อเมริกากลาง และเอเชียใต้ทวีความรุนแรงมากขึ้นตามลำดับ ประเทศต่าง ๆ จึงมีแนวความคิดเกี่ยวกับการลักลอบนำของเสียอันตรายไปทิ้งยังประเทศอื่นดังนี้

- กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนา ต้องการห้ามนำเข้าของเสียอันตราย เนื่องจากไม่มั่นใจว่า จะสามารถตรวจตราบังคับใช้กฎหมายห้ามนำเข้าของตนเองได้อย่างทั่วถึง หากยังมีประเทศต่าง ๆ ปลอ่ยให้สามารถส่งออกของเสียอันตรายได้อยู่ ไม่ว่าจะเป็นการส่งออกโดยได้รับอนุญาต หรือลักลอบส่งออกก็ตาม กล่าวคือ ไม่ต้องการให้มีการนำเข้าอย่างสิ้นเชิง<sup>39</sup>

- กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว หรือประเทศอุตสาหกรรม ต้องการส่งของเสียอันตรายของตนออกไปกำจัดอย่างถูกสุขลักษณะ แต่ราคาถูกกว่ากำจัดเอง และประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการรับนำเข้าของเสียอันตรายมาหมุนเวียนใช้ใหม่ เพราะคุ้มค่าทางเศรษฐกิจตามฐานะของตน ไม่ต้องการให้มีการกีดกันการนำเข้า-ส่งออก แต่ต้องการให้มีการควบคุมให้เป็นระบบภายใต้หลักความยินยอมล่วงหน้า โดยประเทศอุตสาหกรรมเห็นว่า การปลอ่ยให้สามารถส่งของเสียอันตรายไปจัดการในประเทศที่ต้องการนำไปใช้ใหม่ (Recycle) ย่อมเป็นการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า และประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการนำเข้าก็เห็นว่า มีประโยชน์กับตนมากกว่าที่สามารถมีของใช้แล้วราคาถูกให้ตนนำไปใช้ต่อ จึงเป็นการช่วยให้ประหยัด โดยไม่ต้องนำทรัพยากรพื้นฐาน (Primay Resource) ของตนเองมาใช้<sup>40</sup>

ต่อมา เมื่อเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 1989 โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (The United Nation Environment Programme : UNEP) จึงได้จัดประชุมนานาชาติขึ้น ณ นครบาเซล ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน อันเป็นการประนีประนอมความคิดและความต้องการของกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมและกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเข้าด้วยกัน โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการนำเข้าส่งออกและนำผ่านของเสียอันตรายให้เกิดความปลอดภัยไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย รวมทั้งป้องกันการขนส่งที่ผิดกฎหมายและช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการถ่ายทอดเทคโนโลยีการจัดการของเสียอันตราย โดยคำนึงถึง

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน

สิ่งแวดลอม ซึ่งต่อมาได้เปิดให้ประเทศต่างๆ ได้ลงนามเข้าร่วมเป็นภาคีตั้งแต่วันที่ 22 มีนาคม 1990 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 1992 โดยปัจจุบันมีจำนวนภาคีสมาชิกทั้งหมด 169 ประเทศ<sup>41</sup> (ข้อมูล ณ เดือนพฤษภาคม 2007)

อนึ่ง เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาประสบปัญหาเกี่ยวกับของเสียอันตรายนี้มาก จึงมีความพยายามที่จะรวมตัวกันให้มีการแก้ไขอนุสัญญาบาเซล หรือที่เรียกว่า “Basel Ban Amendment” เป็นกฎหมาย ห้ามโดยเด็ดขาด แม้ว่ารัฐบาลทั้งสองประเทศจะยินยอมก็ตาม แต่ประเทศญี่ปุ่น แคนาดา สหรัฐอเมริกา ไม่ยอมลงนาม ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับต่อเมื่อจำนวนสมาชิกลงนามตามจำนวนที่กำหนดไว้ ขณะนี้จำนวนสมาชิกยังไม่ครบ จึงยังไม่มีผลใช้บังคับ

### 3.2.2 วัตถุประสงค์

อนุสัญญาบาเซลจัดตั้งขึ้นเพื่อกำหนดข้อตกลงระหว่างประเทศ ในการควบคุม การนำเข้า การส่งออก การนำผ่าน พร้อมทั้งการจัดการของเสียอันตรายให้มีความปลอดภัย ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ และสิ่งแวดลอม และป้องกันการขนส่งที่ผิดกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของมนุษย์และสิ่งแวดลอมจากของเสียอันตรายและการป้องกันอันตรายต่อสิ่งแวดลอมในประเทศกำลังพัฒนาด้วย โดยอนุสัญญาบาเซลโดยมีวัตถุประสงค์หลักที่สำคัญ 3 ประการ คือ<sup>42</sup>

- 1) เพื่อลดปริมาณการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนลงให้เหลือน้อยที่สุด
- 2) เพื่อกำจัดของเสียอันตรายที่แหล่งกำเนิดให้ได้มากที่สุด
- 3) เพื่อลดการก่อกำเนิดของเสียอันตรายทั้งในเชิงปริมาณและความเป็นพิษ

### 3.2.3 พันธกรณีสำคัญในอนุสัญญาบาเซล

อนุสัญญาบาเซลมีมาตรการหลักเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ โดยการควบคุม การนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านจะต้องได้รับอนุญาตจากประเทศผู้ที่เกี่ยวข้อง การขนส่งจะต้องมี

<sup>41</sup> <http://www.basel.int/ratify/convention.htm#13>

<sup>42</sup> สานข้อมูลกติกาสากลด้านสิ่งแวดลอม จาก [http://www.tei.or.th/meap/MEA\\_BASEL.htm](http://www.tei.or.th/meap/MEA_BASEL.htm).



เอกสารตามกฎหมาย มีการประกันการขนส่ง มีการรับรองความปลอดภัย หากมีการขนส่งผิดกฎหมายเกิดขึ้น เช่น การไม่ได้รับอนุญาต ยินยอม หรือการแจ้งเท็จหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา จะต้องนำกลับประเทศผู้ส่งออก หากมีอุบัติเหตุ มีการรั่วไหล ก่อให้เกิดความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม ก็ต้องมีการชดใช้ให้กับประเทศผู้ได้รับความเสียหายด้วย<sup>43</sup> อนุสัญญาบาเซลมีข้อตกลงทั้งหมด 29 มาตรา และ 9 ภาคผนวก พันธกรณีทั่วไปที่ภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติ กำหนดไว้ในมาตรา 4 โดยมีข้อกำหนดที่สำคัญ ดังนี้

- มาตรา 4 (1) (c)<sup>44</sup> ห้ามมิให้รัฐบาลประเทศสมาชิกอนุญาตให้ส่งออกของเสียอันตรายออกไปยังต่างประเทศ โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากรัฐบาลประเทศเป้าหมายก่อน<sup>45</sup>

- มาตรา 4 (2) (e) (g)<sup>46</sup> ให้ห้ามมาตรการที่เหมาะสม ที่จะไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตราย เมื่อไม่มั่นใจว่าจะมีการจัดการกับของเสียอันตรายนั้นอย่างถูกสุขลักษณะในประเทศเป้าหมาย<sup>47</sup>

<sup>43</sup> มิ่งสรรพ์ ขาวสอาด, การค้า vs ปัญหาสิ่งแวดล้อม จากแกตต์ถึงองค์การการค้าโลก, สถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, หน้า 20.

<sup>44</sup> Article 4 General Obligations

(c) Parties shall prohibit or shall not permit the export of hazardous wastes and other wastes if the State of import does not consent in writing to the specific import, in the case where that State of import has not prohibited the import of such wastes.

<sup>45</sup> สุธาวัลย์ เสถียรไทย, โสภารัตน์ จารุสมบัติ, วิพล กิติทัศนาศรัย. 2546. “การค้าและการเคลื่อนย้าย ของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย : วิเคราะห์ BASEL CONVENTION ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย – ประเด็นที่เป็นปัญหา” จาก <http://www.trf.or.th/Home/draft/dep3/s2.doc>

<sup>46</sup> Article 4 General Obligations

2. Each Party shall take the appropriate measures to:

(e) Not allow the export of hazardous wastes or other wastes to a State or group of States belonging to an economic and/or political integration organization that are Parties, particularly developing countries, which have prohibited by their legislation all imports, or if it has reason to believe that the wastes in question will not be managed in an environmentally sound manner, according to criteria to be decided on by the Parties at their first meeting;

(g) Prevent the import of hazardous wastes and other wastes if it has reason to believe that the wastes in question will not be managed in an environmentally sound manner;

- มาตรา 4 (7) (a) (b) (c)<sup>48</sup> ห้ามมิให้อนุญาตให้ผู้ใดขนย้ายของเสียอันตราย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากทางการอย่างถูกต้องเสียก่อน และให้แสดงบรรจุภัณฑ์ของเสียอันตรายที่จะขนย้ายตามมาตรฐานสากล พร้อมทั้งมีเอกสารประกอบของเสียอันตรายตั้งแต่จุดกำเนิดจนถึงปลายทาง<sup>49</sup>

- มาตรา 4 (9)<sup>50</sup> ยินยอมให้มีการเคลื่อนย้ายกากที่เป็นภัยได้  
3 กรณี คือ<sup>51</sup>

<sup>47</sup> สุธาวัลย์ เสถียรไทย, โสภารัตน์ จารุสมบัติ, วิพล กิติทัศนาศรัย. 2546. “การค้าและการเคลื่อนย้าย ของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย : วิเคราะห์ BASEL CONVENTION ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย – ประเด็นที่เป็นปัญหา” จาก <http://www.trf.or.th/Home/draft/dep3/s2.doc>

<sup>48</sup> Article 4 General Obligations

7. Furthermore, each Party shall:

(a) Prohibit all persons under its national jurisdiction from transporting or disposing of hazardous wastes or other wastes unless such persons are authorized or allowed to perform such types of operations;

(b) Require that hazardous wastes and other wastes that are to be the subject of a transboundary movement be packaged, labelled, and transported in conformity with generally accepted and recognized international rules and standards in the field of packaging, labelling, and transport, and that due account is taken of relevant internationally recognized practices;

(c) Require that hazardous wastes and other wastes be accompanied by a movement document from the point at which a transboundary movement commences to the point of disposal.

<sup>49</sup> สุธาวัลย์ เสถียรไทย, โสภารัตน์ จารุสมบัติ, วิพล กิติทัศนาศรัย. 2546. “การค้าและการเคลื่อนย้าย ของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย : วิเคราะห์ BASEL CONVENTION ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย – ประเด็นที่เป็นปัญหา” จาก <http://www.trf.or.th/Home/draft/dep3/s2.doc>

<sup>50</sup> Article 4 General Obligations

9. Parties shall take the appropriate measures to ensure that the transboundary movement of hazardous wastes and other wastes only be allowed if:

(a) The State of export does not have the technical capacity and the necessary facilities, capacity or suitable disposal sites in order to dispose of the wastes in question in an environmentally sound and efficient manner; or

(b) The wastes in question are required as a raw material for recycling or recovery industries in the State of import; or

- 1) เมื่อผู้ส่งออกขาดความสามารถทางเทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือสถานที่ที่จะจัดการกับสารนั้นอย่างถูกต้อง กล่าวคือประเทศผู้ส่งออกไม่สามารถจัดการของเสียอันตรายนั้นได้อย่างถูกต้องลักษณะและคุ่มค่าทางเศรษฐกิจ
- 2) เมื่อกากที่เป็นภัยสามารถนำไปแปรรูปหรือนำคืนมาเพื่อกลับมาใช้ใหม่ (Recycling หรือ Reuse) ในประเทศผู้นำเข้า แต่ต้องมีการพิสูจน์ว่า ประเทศผู้นำเข้ามีเทคโนโลยีที่ดีกว่าประเทศที่ส่งออก
- 3) ประเทศภาคีจะเคลื่อนย้ายกากได้ตามกติกาของอนุสัญญา กล่าวคือ มีการตกลงกันระหว่างคู่กรณียินยอมให้เคลื่อนย้ายกากได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

อนุสัญญาบาเซลจะควบคุมการขนส่งเคลื่อนย้ายกากสารเคมีประเภทต่าง ๆ ซึ่งเดิมได้กำหนดบัญชีรายชื่อของเสียที่ควบคุมเพียง 47 ชนิด แต่ต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขและจัดกลุ่มใหม่อยู่ในภาคผนวก 8 หรือเรียกว่า List A เป็นรายชื่อของเสียที่ถูกห้ามมิให้มีการขนส่งเคลื่อนย้ายจากประเทศ OECD ไปยังประเทศ Non OECD มีทั้งหมด 61<sup>52</sup> ชนิด แบ่งเป็น 4 กลุ่มคือ

- 1) ของเสียประเภทโลหะ 19 ชนิด เช่น สารหนู ตะกั่ว ปอททอส แอสเบสตอส แคดเมียม ฯลฯ
- 2) ของเสียประเภทอนินทรีย์สาร 6 ชนิด เช่น สารเร่งปฏิกิริยา ฟลูออรีน ฯลฯ

---

(c) The transboundary movement in question is in accordance with other criteria to be decided by the Parties, provided those criteria do not differ from the objectives of this Convention.

<sup>51</sup> มิ่งสรรพ์ ขาวสอาด, การค้า vs ปัญหาสิ่งแวดล้อม จากเขตถึงองค์การการค้าโลก, สถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, หน้า 20.

<sup>52</sup> [www.basel.int](http://www.basel.int)

- 3) ของเสียประเภทอิทธิยสาร 20 ชนิด เช่น น้ำมันดิบ น้ำมันเตา ฯลฯ
- 4) ของเสียประเภทอนินทริยสารและหรืออินทริยสาร 16 ชนิด เช่น ของเสียจากโรงพยาบาล วัตถุระเบิด ฯลฯ

และยังมีบัญชีรายการของเสียในภาคผนวก 9 หรือ List B ได้รับการยกเว้นให้มีการเคลื่อนย้ายเพื่อนำกลับไปใช้ประโยชน์หรือใช้ใหม่ได้ เช่น เศษเหล็ก ทองแดง ชิ้นส่วนอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เซรามิก พลาสติก กระดาษ และของเสียจากอุตสาหกรรมสิ่งทอ เป็นต้น

นอกจากนี้ ของเสียที่ถูกควบคุมภายใต้อนุสัญญาบาเซล ยังรวมถึงของเสียอื่นตามภาคผนวก 3 ที่กำหนดลักษณะของของเสียที่ถูกควบคุม (List of hazardous characteristics) นอกเหนือจากที่ระบุไว้ภายใต้อนุสัญญาบาเซลอีกด้วย และมาตรา 3<sup>53</sup> ให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดของเสียที่ห้ามนำเข้าภายในประเทศตนเพิ่มจากที่กำหนดไว้เดิมก็ได้ (National Definitions of Hazardous Wastes)

นอกจากพันธกรณีดังกล่าวแล้ว อนุสัญญาบาเซลยังกำหนดรูปแบบของความร่วมมือช่วยเหลือในด้านวิชาการระหว่างประเทศ โดยมีการก่อตั้งศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลกด้วย เพื่อให้มีการช่วยเหลือกันทางด้านเทคนิค การถ่ายทอดเทคโนโลยี การประสานงานทางวิชาการให้กับประเทศต่าง ๆ เพื่อให้จัดการกับกากที่เป็นภัยในประเทศของตนให้ดีขึ้น และก่อนที่จะให้สัตยาบันจะต้องมีการเตรียมความพร้อมในประเทศตนก่อน เช่น ในด้านการกำหนดค่าจำกัดความ ระบบข้อมูล มาตรการด้านกฎหมายต้องมีระเบียบ

---

<sup>53</sup> ARTICLE 3 NATIONAL DEFINITIONS OF HAZARDOUS WASTES

1. Each Party shall, within six months of becoming a Party to this Convention, inform the Secretariat of the Convention of the wastes, other than those listed in Annexes I and II, considered or defined as hazardous under its national legislation and of any requirements concerning transboundary movement procedures applicable to such wastes.

2. Each Party shall subsequently inform the Secretariat of any significant changes to the information it has provided pursuant to paragraph 1.

3. The Secretariat shall forthwith inform all Parties of the information it has received pursuant to paragraphs 1 and 2.

4. Parties shall be responsible for making the information transmitted to them by the Secretariat under paragraph 3 available to their exporters.

ปฏิบัติที่ดีที่จะควบคุมการนำเข้าส่งออกให้เป็นไปตามข้อบัญญัติ การทำรายงานเสนอต้องมีการแต่งตั้งหน่วยงาน 2 หน่วยงาน คือ หน่วยประสานงาน (Focal Point) และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุม (Competent Authority) ต้องมีการจัดการภายในประเทศให้เป็นระบบ ลดปริมาณมลพิษให้มากที่สุด และควรมีการกำจัดกากเอง ในกรณีจำเป็นจึงมีการส่งออกกากเพื่อการทิ้งทำลายที่ไม่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย<sup>54</sup>

### 3.2.4 พันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซลที่อาจขัดกับความตกลงเขตการค้าเสรี

อนุสัญญาบาเซล มีเพียงประเทศชิลีฝ่ายเดียวเท่านั้น ที่ได้ให้สัตยาบันเป็นภาคีสมาชิกแล้ว ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงแต่ลงนามรับรอง แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันแต่อย่างใด<sup>55</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีพันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซลที่ต้องปฏิบัติตามดังเช่นประเทศชิลีแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ประเทศชิลีใช้มาตรการภายใต้อนุสัญญาบาเซล ก็อาจถูกพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลีได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ประเทศชิลีนำเข้า-ส่งออกกากของเสียอันตรายตามพันธกรณีในอนุสัญญาบาเซลกับประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซลด้วยตนเอง เนื่องจากอนุสัญญาบาเซลอนุญาตให้มีการขนย้ายกากของเสียอันตรายข้ามแดนได้ เฉพาะในระหว่างประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาบาเซลด้วยตนเองเท่านั้น และไม่อนุญาตให้มีการส่งออก-นำเข้ากากของเสียอันตรายจากประเทศซึ่งมิได้เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซล<sup>56</sup> กรณีดังกล่าวจึงอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษแก่ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาควิชาระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลี ในขณะที่ประเทศชิลีไม่สามารถนำเข้า-ส่งออกกากของเสียอันตรายกับประเทศสหรัฐอเมริกาได้เลย เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ใช่ภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซล ดังนั้น การใช้มาตรการภายใต้อนุสัญญา

<sup>54</sup> มิ่งสรรพ์ ชาวสอาด, การค้า vs ปัญหาสิ่งแวดล้อม จากเขตการค้าโลก, สถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทยหน้า 21.

<sup>55</sup> James M. Sheehan, "Trashing Free Trade : Basel Convention's Impact on International Commerce", from [www.cei.org/pdf/3660.pdf](http://www.cei.org/pdf/3660.pdf)

<sup>56</sup> Ibid.

บาเซล จึงอาจถูกพิจารณาว่าไม่สอดคล้องหลัก MFN ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลีโต้ และอาจถือเป็นการจำกัดการค้าด้วย<sup>57</sup>

นอกจากนี้ อนุสัญญาบาเซล มาตรา 3 ยังกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดคำนิยามของกากของเสียอันตราย (National Definitions of Hazardous Wastes ) ได้เองในแต่ละประเทศ เพื่อห้ามการนำเข้ามายังประเทศตนได้อีกด้วย ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมจากที่อนุสัญญาบาเซลได้กำหนดไว้ การกำหนดคำนิยามดังกล่าว แน่หนอนว่าแต่ละประเทศย่อมกำหนดคำนิยามที่แตกต่างกัน อันอาจสร้างความสับสนในการค้าระหว่างประเทศได้<sup>58</sup> อีกทั้ง การกำหนดคำนิยามดังกล่าว ก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคทางการค้าอย่างหนึ่งภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลีโต้ได้อีกด้วย

ข้อพิพาทระหว่างอนุสัญญาบาเซลกับความตกลงเขตการค้าเสรีที่เกิดขึ้น ได้แก่ กรณีคดีของบริษัท S.D. Myers ซึ่งเป็นบริษัทของสหรัฐอเมริกา พิพาทกับแคนาดา ข้อเท็จจริงมีว่า แคนาดาเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซล แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก แคนาดาได้ออกมาตรการสั่งห้ามนำเข้าสินค้าตามรายการในอนุสัญญาบาเซลจากสหรัฐอเมริกาเข้ามาในแคนาดา บริษัท S.D. Myers จึงฟ้องแคนาดาว่า การดำเนินการของรัฐบาลแคนาดาละเมิดการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ประเด็นปัญหากรณีรัฐคู่ภาคีเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซลเพียงฝ่ายเดียว กรณีการที่รัฐภาคีสมาชิกกำหนดคำนิยามของเสียอันตราย เพื่อห้ามนำเข้ามายังประเทศตน ภายใต้อนุสัญญาบาเซล และกรณีข้อพิพาทซึ่งได้เคยเกิดขึ้นแล้วในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างพันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซลและความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น จะมีกฎเกณฑ์ในการบังคับอย่างไร

เนื่องจากในความตกลงเขตการค้าเสรีเอง ก็ไม่ได้ระบุลำดับศักดิ์ในการบังคับใช้ว่า ระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) บทบัญญัติ

<sup>57</sup> "Trade measures in the Basel convention on the control of transboundary movements of hazardous waste and their disposal", From [www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,fr\\_2649\\_34183\\_2385847\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,fr_2649_34183_2385847_1_1_1_1,00.html)

<sup>58</sup> Ibid.

ใดมีค่าบังคับเหนือกว่าแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมแล้ว ก็เพียงแต่รับรองถึงความสำคัญของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ให้อย่างกว้าง ๆ ตามกรอบของ WTO ที่ตกลงจะให้มีการเจรจาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เท่านั้น และการผลการศึกษาเจรจาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ก็ยังไม่มีคำตอบชัดเจนเท่าที่ควร การที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมอ้างอิงถึงผลการเจรจา ซึ่งยังไม่มีคำตอบชัดเจน จึงทำให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไม่มีความชัดเจนไปด้วย

### 3.3 ประเด็นปัญหาระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) และความตกลงเขตการค้าเสรีที่อาจเกิดขึ้นได้

เนื่องจากความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม มีการใช้มาตรการทางการค้าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมด้วย ทำให้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมอาจขัดกับความตกลงเขตการค้าเสรีได้ ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมบางฉบับมีการจำกัดการค้าโดยตรง เช่น การจำกัดการนำเข้าและส่งออกในอนุสัญญาบาเซล (Basel Convention) การควบคุมการค้าพืชและสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ ในอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Cites Convention) และพิธีสารมอนทรีออล (Montreal Protocol) ห้ามการค้าขายสารเคมีที่ทำลายโอโซนในชั้นบรรยากาศ รวมทั้งผลิตภัณฑ์ที่ใช้สารเคมีต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมบางฉบับจะไม่มีมาตรการคว่ำบาตรทางการค้าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมโดยตรงก็ตาม แต่ก็มีพันธกรณีเป็นการบังคับ เรียกร้อง หรือการเชิญชวนให้ประเทศภาคีสมาชิกใช้นโยบายหรือดำเนินมาตรการเพื่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสินค้าและผลิตภัณฑ์ได้ ในกรณีประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมมีแนวโน้มที่จะเลือกสินค้าและผลิตภัณฑ์ที่เอื้อประโยชน์แก่สิ่งแวดล้อมจากประเทศหนึ่งมากกว่าประเทศหนึ่ง<sup>59</sup> ดังนั้น ข้อตกลงในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) จึงอาจขัดกับกฎเกณฑ์ในความตกลงเขตการค้าเสรีได้

<sup>59</sup> Lori Wallach and Michelle Sforza, "The WTO Five Years of Reasons to Resist Corporate Globalization : WTO and Environment", แปลโดย ภควดี วีระภาสพงษ์ จาก [http://www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=20&s\\_id=40&d\\_id=40](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=20&s_id=40&d_id=40)

ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมได้กำหนดถึงความสัมพันธ์ของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไว้ใน มาตรา 19.9 โดยกำหนดให้การรับรองสิทธิและพันธกรณีภายใต้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันเท่านั้น (The Parties ....) และในอารัมภบทของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ก็ได้ยอมรับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เฉพาะที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกร่วมกัน (...multilateral environmental agreements to which they are both parties;) กล่าวคือ มาตรการนี้จะนำไปใช้เฉพาะในกรณีทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลีเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เท่านั้น ข้อกำหนดดังกล่าวจึงอาจส่งผลกระทบต่ออย่างมากในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่คู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันอยู่เพียงฝ่ายเดียว เนื่องจากไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดถึงกรณีที่มีรัฐภาคีสมาชิกร่วมกันเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เอาไว้ ซึ่งความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่สำคัญหลายฉบับที่ประเทศชิลีเป็นภาคี แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกร่วมด้วย และประเทศไทยก็อาจประสบกับปัญหาในกรณีดังกล่าวได้เช่นกัน หากประเทศไทยจะทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา

ตารางต่อไปนี้จะแสดงสถานะภาคีสมาชิกร่วมกันของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่สำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศชิลี และประเทศไทย

	ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศชิลี	ประเทศไทย
1.	อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity : CBD)	X	√	√
2.	พิธีสารคาร์ตาเฮน่า (Cartagena Protocol on Biosafety)	X	X	√
3.	อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดพันธุ์สัตว์และพืชป่าใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora : CITES)	√	√	√



	ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศ ชิลี	ประเทศ ไทย
4.	อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nation Framework Convention on Climate Change : UNFCCC)	√	√	√
5.	พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)	X	√	√
6.	อนุสัญญาเวียนนา (Vienna Convention)	√	√	√
7.	พิธีสารมอนทรีออล (Montreal Protocol)	√	√	√
8.	อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel)	X	√	√
9.	อนุสัญญาออตเตอร์ดัมว่าด้วยกระบวนการแจ้งข้อมูลสารเคมีล่วงหน้าสำหรับสารเคมีอันตรายและสารเคมีป้องกันกำจัดศัตรูพืชและสัตว์บางชนิดในการค้าระหว่างประเทศ (Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade : PIC)	X	√	√

จะเห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่สำคัญหลายฉบับ ในขณะที่ประเทศชิลีและประเทศไทยเป็นภาคี

สมาชิกความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ย่อมทำให้ประเทศที่เป็นประเทศคู่ภาคีของสหรัฐอเมริกาในความตกลงเขตการค้าเสรี เช่นประเทศชิลี ประสบปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ตนเป็นภาคีสมาชิกอยู่ได้ หากการปฏิบัติตามพันธกรณิดังกล่าวขัดหรือแย้งกับความตกลงเขตการค้าเสรี หากประเทศไทยทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา ประเทศไทยก็ย่อมประสบกับปัญหาการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เช่นกัน

ในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายระหว่างการค้ากับสิ่งแวดล้อมนี้ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญา มาตรา 30 (2)<sup>60</sup> ระบุว่า หากเมื่อใดมีกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องเดียวกันสองฉบับขึ้นไป โดยคู่กรณีต่างเป็นภาคีในอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ให้ถือว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่มีการตกลงกันล่าสุดมีผลบังคับ แต่หากอนุสัญญาใดมีบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ของอนุสัญญากับกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่น ย่อมเป็นไปตามที่อนุสัญญาระบุไว้ อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่า ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) กับความตกลงการค้าเสรีเป็นกฎหมายเรื่องเดียวกันหรือไม่<sup>61</sup>

ประเด็นเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์การค้าและสิ่งแวดล้อม ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม มาตรา 19.9 ตอนท้าย บัญญัติรับรอง paragraph 31(i) ของปฏิญญารัฐมนตรี วันที่ 12 พฤศจิกายน 2001 ในการเจรจารอบโดฮา สมาชิก WTO ตกลงที่จะเจรจาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO และพันธกรณีทางการค้าที่จะเจรจาในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม โดยรัฐคู่ภาคีจะปรึกษาหารือถึงการขยายผลของการเจรจาที่จะนำมาปรับใช้กับความตกลงนี้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ WTO ได้จัดตั้งคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (Committee on Trade and Environment : CTE) เพื่อศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ทางการค้าและสิ่งแวดล้อม ตามปฏิญญารัฐมนตรีโดฮา ข้อ 31(i) โดยได้วิเคราะห์ความสัมพันธ์

<sup>60</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties

Article 30 Application of successive treaties relation to the same subject matter

(2) When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

<sup>61</sup> สุจิตรา วาสนาดำรงดี, “ประเด็นข้อเท็จจริง และข้อห่วงใยต่อความสัมพันธ์ ความขัดแย้งระหว่างอนุสัญญาบาเซลกับ JTEPA”, จาก [www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=7&s\\_id=25&d\\_id=25](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=7&s_id=25&d_id=25)

ระหว่างมาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) กับหลักเกณฑ์ของ WTO ในภาพรวมช่วงแรกว่า สมาชิก WTO ส่วนใหญ่มีความมีความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องการค้าและสิ่งแวดลอมประเด็นสำคัญ ๆ เช่น นโยบายการค้าระหว่างประเทศและนโยบายสิ่งแวดลอมไม่ได้ขัดกัน แต่สนับสนุนซึ่งกันและกัน WTO เป็นเพียงองค์การระหว่างประเทศที่จำกัดแต่เรื่องนโยบายการค้า จึงไม่มีอำนาจหน้าที่เต็มที่ในการดูแลเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดลอม อย่างไรก็ตาม WTO ก็ได้เปิดช่องให้ใช้นโยบายคุ้มครองสิ่งแวดลอมในประเทศได้ แต่การใช้นโยบายสิ่งแวดลอมจะต้องไม่ขัดกับหลักการของ WTO เรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงต้องมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์หรือวิชาการยืนยันการใช้นโยบายดังกล่าวด้วย<sup>62</sup>

คณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดลอม (CTE) ได้เคยมีข้อเสนอเชิงหลักการในการแก้ไขประเด็นพิพาทเรื่องการค้าและสิ่งแวดลอมว่า มาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) ถือเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง ในขณะที่ข้อตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นกฎหมายว่าด้วยเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับการค้า ดังนั้น บทบัญญัติในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) จึงมีศักดิ์เหนือกว่าบทบัญญัติของ WTO ในขณะเดียวกัน CTE ก็เห็นว่า กฎเกณฑ์ของ WTO ได้เปิดโอกาสให้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) สามารถใช้มาตรการทางการค้าที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ WTO เช่น การใช้นโยบาย 20 ของ GATT และไม่มีผลบังคับที่จะต้องเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของ WTO เพื่อรองรับมาตรการการค้าของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) ให้มากขึ้น<sup>63</sup>

ในการประชุมรัฐมนตรี WTO ที่ผ่านมา ประเทศต่าง ๆ ได้เสนอความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) โดยสหภาพยุโรปต้องการตีความขอบเขตของ Paragraph 31(i) ในเชิงกว้างโดยให้มีการพิจารณาความสัมพันธ์ของกฎ WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) ในจำนวนความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) ที่มากที่สุด แต่สมาชิกส่วนมากเห็นว่าควรมีการกำหนดให้มีการพิจารณาเรื่องนี้ในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) ที่มีพันธกรณีการค้าเจาะจง (Specific Trade Obligations : STOs) เท่านั้น และยังต้องการให้มีการยอมรับเป็นทางการถึงความเท่าเทียมกันระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) และกฎ WTO ซึ่งสมาชิก

<sup>62</sup> บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์, "โจทย์ของประเทศไทยในเรื่องการค้าและสิ่งแวดลอม : มุมมองและบทวิเคราะห์ในภาพรวม", จาก [www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=id=6&d\\_id=1](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=id=6&d_id=1)

<sup>63</sup> เรื่องเดียวกัน

อื่นๆ เห็นว่าเป็นประเด็นที่อยู่นอกรอบของการเจรจาภายใต้ Paragraph 31 (i) อีกทั้งยังต้องการให้มีการยอมรับใน WTO ว่ามาตรการการค้าภายใต้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไม่ขัดต่อกฎ WTO โดยอาจมีวัตถุประสงค์แอบแฝงเพื่อให้สหภาพยุโรปมีความมั่นใจมากขึ้นว่าการใช้มาตรการการค้าภายใต้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ของตนในอนาคตจะมีการคัดค้านภายใต้ WTO ได้ยากขึ้น อย่างไรก็ตาม สมาชิกส่วนใหญ่ยังคงคัดค้านในเรื่องนี้

จากการคัดค้านของสมาชิกโดยส่วนใหญ่ต่อข้อเสนอของสหภาพยุโรป ทำให้การเจรจาใน Paragraph 31 (i) ไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร และทำให้แนวโน้มของการประชุมได้เปลี่ยนแปลงไป โดยสหภาพยุโรปมีท่าทีอ่อนลงในการผลักดันให้การเจรจามีความคืบหน้าในประเด็นต่างๆ ที่กล่าวข้างต้น ในขณะที่ประเทศสมาชิกอื่นๆ พยายามที่จะผลักดันให้การหารือในประเด็นนี้เป็นการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของแต่ละประเทศเพื่อส่งเสริมให้การปฏิบัติตามพันธกรณีการค้าเจาะจง (STOs) ภายใต้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) นั้นๆ มีความสอดคล้องกับกฎระเบียบของ WTO รวมถึงมีการแก้ไขปัญหาอย่างไรภายในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ต่างๆ ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้น

ดังนั้น ความเห็นของประเทศต่าง ๆ จึงมีแนวโน้มดำเนินไปในลักษณะของการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของประเทศสมาชิกต่างๆ ตามที่กล่าวข้างต้น และผลักดันให้มีการนำเสนอประสบการณ์จากประเทศกำลังพัฒนาด้วย<sup>64</sup>

ในการศึกษาความสัมพันธ์ มีการเสนอว่า ควรเริ่มศึกษาจากความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่มีบทบาทสำคัญ (Core MEAs) ก่อน จากนั้นจึงพิจารณามาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) นั้นว่ามีลักษณะและคุณสมบัติอย่างไร จึงค่อยพิจารณาต่อว่ามาตรการทางการค้านั้นขัดกับกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกหรือไม่ การพิจารณาแบบนี้จะเปิดโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนาแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากมาตรการทางการค้า และจะนำไปสู่มาตรการทางการค้าที่เหมาะสม (Bottom-up analysis) และเป็นประโยชน์มากกว่าที่จะพิจารณาปัญหาในเชิงทฤษฎี หรือโดยในเชิงคาดคะเนผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากมาตรการทางการค้าที่กำหนดไว้ (Top-down analysis) และนอกจากนี้ ควรระมัดระวังไม่ให้มาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ลดทอนหลักการตามมาตรา 20 ของ GATT การใช้มาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)

<sup>64</sup> การเจรจาการค้าและสิ่งแวดล้อม จาก [http://www.dtn.moc.go.th/web/8/126/127/239/web-MEAS.asp?G\\_id=239&f\\_id=4415](http://www.dtn.moc.go.th/web/8/126/127/239/web-MEAS.asp?G_id=239&f_id=4415)

เป็นสิ่งที่ทำได้ แต่ยังคงเป็นมาตรการที่จำเป็น และต้องไม่ถือว่าการใช้มาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอม (MEAs) ได้รับยกเว้นตามความตกลง GATT ในทันที เพราะจะกระทบต่อสิทธิของประเทศภาคีตามกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก<sup>65</sup>

สถานะในปัจจุบันเกี่ยวกับเรื่องนี้ ในปฏิญญารัฐมนตรี WTO ณ ฮองกง ในข้อบทที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดลอมนั้น มิได้มีการตัดสินใจ หรือตกลงให้สมาชิกใช้วิธีการเจรจาใดวิธีหนึ่ง แต่เป็นเพียงการเน้นย้ำ commitment ให้สมาชิกเร่งเจรจาในเรื่องทั้ง 3 ต่อไป ทั้งนี้ คาดว่าประเทศพัฒนาแล้วจะยังคงผลักดันการเจรจาเรื่องการเปิดเสรีสินค้าสิ่งแวดลอมต่อไป โดยเฉพาะการผลักดันให้สมาชิกสามารถตกลงเรื่องวิธีการเจรจา และการกำหนดรายการสินค้าสิ่งแวดลอมกันได้

จะเห็นได้ว่า การเจรจาและปรึกษาหารือเพื่อหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ทางการค้าและความตกลงพหุภาคียังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน การที่ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคี ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดลอมบัญญัติรับรองถึงผลการเจรจาตาม ข้อ 31 (i) ว่าจะนำผลที่ได้จากการเจรจามาปรับใช้อย่างเหมาะสม จึงทำให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดลอมไม่มีความชัดเจนไปด้วย

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

<sup>65</sup> โครงการวิจัย WTO จาก [www.measwatch.com](http://www.measwatch.com)

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ประเด็นปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม

#### 4.1 ระดับกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างสูง

ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม มาตรา 19.1 บัญญัติให้กฎหมายของรัฐคู่ภาคีจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง (High levels of environmental protection) โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้แต่อย่างใด ว่าใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมของรัฐคู่ภาคีมีการคุ้มครองกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระดับสูงแล้วหรือไม่

และเมื่อนำข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไปเปรียบเทียบกับข้อบทเรื่องการลงทุนแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อบทการลงทุนมีความชัดเจนมากกว่าข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม เนื่องจากข้อบทการลงทุนมีการบัญญัติมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ในการปฏิบัติไว้ โดยในมาตรา 10.4 บัญญัติว่า รัฐคู่ภาคีจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่

ข้อบทการลงทุนมีการกำหนดมาตรฐานหรือสิ่งชี้วัดในการปฏิบัติตามพันธกรณีว่ามีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ ซึ่งได้แก่กฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร ซึ่งแตกต่างจากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดใด ๆ เพื่อเป็นเกณฑ์มาตรฐานในการปฏิบัติเอาไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามบทบัญญัติที่ให้กฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับชิลีแล้ว ระหว่างกฎหมายสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกาและกฎหมายสิ่งแวดล้อมชิลี อาจจะต้องถือตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง เนื่องจากโดยส่วนใหญ่กฎหมายสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้วมีมาตรฐานสูงและมีความเข้มงวดกว่ากฎหมายสิ่งแวดล้อมของชิลีซึ่งเป็นเพียงประเทศกำลังพัฒนา การบังคับหรือกดดันให้มีการนำเอามาตรฐานสิ่งแวดล้อมจากประเทศที่พัฒนาแล้วมาใช้ในประเทศกำลังพัฒนาดังเช่นประเทศชิลี

ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมหลายประการ เนื่องจากความแตกต่างของระบบนิเวศและสภาพแวดล้อม ระบบเศรษฐกิจสังคมและการเมือง ตลอดจนความแตกต่างในด้านขีดความสามารถในด้านเทคโนโลยีและการแข่งขันทางการค้า จึงอาจเป็นการสร้างภาระให้แก่ประเทศชิลี และเป็นการสร้างข้อได้เปรียบในทางการค้าให้แก่สหรัฐอเมริกาที่จะมีช่องทางในการเสนอขายสินค้า หรือต้องเปิดเสรีการบริการด้านสิ่งแวดล้อมให้ภาคธุรกิจของสหรัฐอเมริกาเข้ามาดำเนินการมากยิ่งขึ้น เช่น การบำบัดน้ำเสีย การกำจัดขยะของเสีย เป็นต้น และการปฏิบัติตามมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมในระดับสูง ประเทศชิลีอาจจะต้องนำเข้าเทคโนโลยีที่รักษาสิ่งแวดล้อมจากสหรัฐอเมริกา อันเป็นการเพิ่มต้นทุนในทางการค้าและการลงทุนแก่ประเทศชิลี ทำให้เกิดการได้เปรียบและเสียเปรียบทางการค้าระหว่างสองประเทศได้

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อบทบัญญัติที่กำหนดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลีเป็นการไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมที่จะยึดถือตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียว ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่จะเป็นตัวชี้วัดในการปฏิบัติตามพันธกรณีก็ควรเป็นมาตรฐานสากลหรือมาตรฐานกลางโดยองค์กรกลาง หรือองค์กรที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีและมีพันธกรณีร่วมกัน เพื่อความเป็นธรรมกับรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย

องค์การการค้าโลก หรือ WTO เป็นองค์การการค้าที่มีขนาดใหญ่ที่สุดที่ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลีเป็นภาคีสมาชิกอยู่ด้วย WTO มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเวทีในการเจรจาลดอุปสรรคและข้อกีดกันทางการค้า และได้มีกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศเพื่อสนับสนุนให้การค้าระหว่างประเทศเสรีมากยิ่งขึ้น โดยอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันที่เป็นธรรม

แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศที่พัฒนาแล้วมักใช้มาตรการอย่างอื่นที่มีประสิทธิภาพ (NTB) มาเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้า และแม้ว่าการกำหนดมาตรฐานสินค้าจะเป็นเรื่องที่ถูกประเทศสามารถกระทำได้ หากมีเหตุผลเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคภายในประเทศตนก็ตาม แต่การกำหนดมาตรฐานดังกล่าว ทำให้ผู้ผลิตต้องผลิตสินค้าให้เป็นไปตามมาตรฐานของประเทศผู้นำเข้าสินค้า จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าขึ้น WTO จึงได้วางกฎเกณฑ์เรื่องมาตรฐาน (Standard Code) ขึ้น เพื่อป้องกันมิให้รัฐภาคีใช้มาตรการต่าง ๆ ไปในทางที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาได้ถูกปรับเป็นความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) และได้มีการจัดทำความตกลงว่าด้วยสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS) ซึ่งทั้งสองความ

ตกลงเป็นการกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของมาตรา 20 (b) (g) ของ GATT นั้นเอง

ในความตกลง TBT และ SPS กำหนดให้มาตรการที่แต่ละประเทศกำหนดขึ้น จะต้องเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ เช่น

- โครงการมาตรฐานอาหารระหว่างประเทศ (The CODEX Alimentarius)
- องค์การโรคระบาดสัตว์ระหว่างประเทศ (Office International des Epizooties : OIE)
- อนุสัญญาว่าด้วยการอารักขาพืชระหว่างประเทศ (The International Plant Protection Convention : IPPC)

นอกจากนี้ยังมีมาตรฐานด้านต่าง ๆ ที่กำหนดขึ้นโดยองค์การมาตรฐานระหว่างประเทศ (International Organization for Standardization : ISO) ซึ่งเป็นองค์อิสระ จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการกำหนดมาตรฐานและกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง เพื่อช่วยให้การแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปโดยสะดวก และช่วยพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านวิชาการ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และเศรษฐกิจ<sup>1</sup> ก็ได้กำหนดมาตรฐานด้านต่าง ๆ ไว้ด้วย เช่น

- ISO 14000 เป็นมาตรฐานเพื่อจัดการด้านสิ่งแวดล้อม เพื่อให้องค์กรจัดระบบการจัดการสิ่งแวดล้อมให้มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อยที่สุด โดยครอบคลุมในทุกด้าน
- ISO 9000 เป็นมาตรฐานระบบคุณภาพที่องค์กรธุรกิจทั่วโลกใช้เพื่อรับรองระบบการบริหารการดำเนินงาน เป็นมาตรฐานที่เป็นหลักประกันของสินค้าและบริการ

จะเห็นได้ว่า ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลีต่างก็เป็นภาคีสมาชิกของ WTO และเป็นภาคีของความตกลง TBT และ SPS ดังนั้น ทั้งสองประเทศจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงทั้งสองฉบับดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้การใช้มาตรการต่าง ๆ ของแต่ละประเทศจะต้องเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศด้วย

<sup>1</sup> <http://www.dnp.go.th/research/Knowledge/certification.htm>



เมื่อทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลีต่างก็มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ดังนั้น ก็อาจอนุมานได้ว่า มาตรฐานระหว่างประเทศนี้น่าจะนำมาเป็นเกณฑ์ในการชี้วัดในการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีในความตกลงเขตการค้าเสรีได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ในกรณีรัฐภาคีฝ่ายใดจัดให้มีกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับที่ต่ำกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ ก็ชัดเจนว่าไม่ถือเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงแน่นอน เพราะต่ำกว่าที่มาตรฐานระหว่างประเทศกำหนด แต่ในกรณีที่รัฐภาคีจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับเทียบเท่าหรือสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงแล้วหรือไม่ หรือจะต้องมีระดับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสูงกว่าระดับมาตรฐานสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมากน้อยเพียงใด

ดังนั้น การที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่ได้บัญญัติให้รัฐภาคีจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับมาตรฐานระหว่างประเทศ หากแต่บัญญัติให้รัฐภาคีจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง จึงเป็นประเด็นปัญหาว่า การที่มีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ ถือเป็น การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงแล้วหรือไม่ และกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะต้องอยู่ในระดับเทียบเท่าหรือจะต้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับที่สูงกว่าที่มาตรฐานระหว่างประเทศกำหนดไว้มากน้อยเพียงใด

ดังนั้น การบัญญัติให้มีกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง แต่ไม่มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) เอาไว้ ทำให้ไม่มีเกณฑ์ที่เป็นตัวชี้วัดว่าได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีแล้วหรือไม่ อย่างไร และถึงแม้ว่าจะสามารถนำเอามาตรฐานระหว่างประเทศมาเป็นเกณฑ์ในการชี้วัดการปฏิบัติตามพันธกรณี แต่ก็นำมาใช้ได้ ในกรณีที่รัฐภาคีจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับต่ำกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงดังที่บัญญัติไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่มีความชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการตีความตามพันธกรณีเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นว่า อย่งไรคือกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง

## 4.2 การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ

ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม มาตรา 19.2 (1) (a) บัญญัติว่า รัฐภาคีจะต้องไม่ละเลยในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ (To effectively enforce its environmental laws,.....) จะเห็นได้ว่า การบัญญัติให้บังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ได้บัญญัติแนวทางหรือรายละเอียดในการตีความคำว่า “ประสิทธิภาพ” ไว้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าอะไรคือการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

และเมื่อพิจารณาข้อบทเรื่องการลงทุน จะเห็นว่า ข้อบทเรื่องการลงทุนมีการกำหนดกฎเกณฑ์และกลไกเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมมากกว่า อาทิ เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) อันได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT) ที่กำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติกับนักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกันกับที่ปฏิบัติต่อนักลงทุนของชาติตน และหลักการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nations : MFN) ที่กำหนดให้รัฐต้องสิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษกับประเทศคู่ภาคีด้วย หากรัฐให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษอื่น ๆ กับประเทศนอกภาคี จะเห็นได้ว่า หลักการไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าวในข้อบทเรื่องการลงทุนเป็นกลไกที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม สามารถเปรียบเทียบการปฏิบัติต่อประเทศหนึ่งกับอีกประเทศหนึ่งได้ ซึ่งแตกต่างจากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ที่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่เป็นกลไกที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้ผลในทางปฏิบัติได้จริงแต่อย่างใด

และถึงแม้ว่าจะมีมาตรการบังคับตามพันธกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19.7 ว่าด้วยเรื่องคณะกรรมการสิ่งแวดล้อม (Environment Roster) ที่กำหนดให้สามารถยกข้อพิพาทกรณีรัฐภาคีละเลยในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมได้ก็ตาม แต่เมื่อบทบัญญัตินี้ไม่มีความชัดเจน ย่อมไม่มีตัวชี้วัดที่จะทำให้ทราบได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมของรัฐมีประสิทธิภาพแล้วหรือไม่ เมื่อไม่อาจทราบได้ว่าการปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่ ก็ย่อมไม่สามารถนำข้อพิพาทกรณีดังกล่าวนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อม (Environment Roster) ได้

การที่การค้าและการลงทุนมีกฎเกณฑ์และกลไกที่มีความชัดเจนมากกว่าเรื่องสิ่งแวดล้อม ก็อาจจะเป็นเพราะว่า ประเด็นเรื่องการค้าและการลงทุนมีมานานแล้ว ประเทศต่าง ๆ ได้ผ่านปัญหา ทำให้มีประสบการณ์และการเรียนรู้ จนได้พัฒนาหลักการการค้าและการลงทุนเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งแตกต่างจากประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม ที่ยังถือว่าเป็นประเด็นใหม่สำหรับสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้น กฎเกณฑ์เรื่องสิ่งแวดล้อมจึงยังมีปัญหาและความไม่ชัดเจนอยู่หลาย

ประการอยู่ด้วยกัน ซึ่งอาจจะต้องอาศัยระยะเวลาและประสบการณ์ในการพัฒนาหลักการและกลไกต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อมต่อไป

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความตกลงแนบท้าย (Side Agreement) ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมระหว่างรัฐบาลแคนาดา รัฐบาลเม็กซิโก และรัฐบาลสหรัฐอเมริกา (North American Agreement on Environmental Cooperation between The Government of Canada, The Government of the United Mexican States and the Government of the United of America) จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพเช่นกัน ในมาตรา 5 ความว่า

“มาตรา 5 การบังคับใช้กฎหมายของรัฐบาล

1) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงและให้เป็นไปตามกฎหมายและบทบัญญัติด้านสิ่งแวดล้อมของแต่ละประเทศ รัฐภาคีจะต้องบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมของตนอย่างมีประสิทธิภาพและบทบัญญัติต่าง ๆ โดยการดำเนินการที่เหมาะสมของรัฐบาล ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 37 เช่น จะต้องมีการแต่งตั้งและอบรมผู้ตรวจสอบ การตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณี และการสืบสวนกรณีที่สงสัยว่าจะมีการละเมิด การเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นไปตามพันธกรณี การเผยแพร่เอกสารเกี่ยวกับกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย การสนับสนุนให้มีการตรวจสอบด้านสิ่งแวดล้อม การสนับสนุนและการจัดให้มีบริการด้านการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

2) รัฐภาคีจะต้องแน่ใจว่ากระบวนการยุติธรรม กระบวนการกึ่งตุลาการหรือกระบวนการในการปกครองมีไว้ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้นเพื่อเป็นการลงโทษหรือเยียวยาแก้ไขการละเมิดกฎหมายและบทบัญญัติด้านสิ่งแวดล้อม

3) การลงโทษและการเยียวยาแก้ไขจะต้องจัดให้มีสำหรับการละเมิดกฎหมายสิ่งแวดล้อมของรัฐภาคีอย่างเหมาะสม

(a) โดยให้พิจารณาถึงลักษณะและความร้ายแรงของการละเมิดนั้น ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ได้รับจากการละเมิดนั้นโดยผู้ละเมิด เงื่อนไขทางเศรษฐศาสตร์ของผู้ละเมิด และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ รวมถึง

(b) รวมถึงความสอดคล้องกับข้อสัญญา ค่าปรับ การจำคุก มาตรการการลงโทษ การลงโทษอื่น ๆ และค่าใช้จ่ายที่จะทำให้มลพิษน้อยลง”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Article 5: Government Enforcement Action

1. With the aim of achieving high levels of environmental protection and compliance with its environmental laws and regulations, each Party shall effectively enforce its environmental laws and regulations through appropriate governmental action, subject to Article 37, such as:

- (a) appointing and training inspectors;
- (b) monitoring compliance and investigating suspected violations, including through on-site inspections;
- (c) seeking assurances of voluntary compliance and compliance agreements;
- (d) publicly releasing non-compliance information;
- (e) issuing bulletins or other periodic statements on enforcement procedures;
- (f) promoting environmental audits;
- (g) requiring record keeping and reporting;
- (h) providing or encouraging mediation and arbitration services;
- (i) using licenses, permits or authorizations;
- (j) initiating, in a timely manner, judicial, quasi-judicial or administrative proceedings to seek appropriate sanctions or remedies for violations of its environmental laws and regulations;
- (k) providing for search, seizure or detention; or
- (l) issuing administrative orders, including orders of a preventative, curative or emergency nature.

2. Each party shall ensure that judicial, quasi-judicial or administrative enforcement proceedings are available under its law to sanction or remedy violations of its environmental laws and regulations.

3. Sanctions and remedies provided for a violation of a Party's environmental laws and regulations shall, as appropriate:

จะเห็นได้ว่า หลักการสำคัญของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีดีมีความคล้ายคลึงและใกล้เคียงกันมากกับความตกลงแนบท้าย (Side Agreement) เรื่องความร่วมมือด้านสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) แต่ความตกลงเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ได้กำหนดรายละเอียดและแนวทางเกี่ยวกับกับบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าที่กำหนดไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี ในขณะที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดีกำหนดได้แต่เพียงสั้น ๆ ว่า รัฐภาคีจะต้องไม่ละเลยในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่มีรายละเอียดแนวทางในการตีความคำว่า “ประสิทธิภาพ” ไว้แต่อย่างใด

ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ซึ่งบัญญัติเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพจึงมีความชัดเจนกว่าข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับซีดี เนื่องจากมีการกำหนดรายละเอียดที่เป็นแนวทางในการตีความเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดีไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดในลักษณะดังกล่าว

ดังนั้น การบัญญัติกำหนดให้ต้องมีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ ควรจะต้องมีการกำหนดรายละเอียด รวมทั้งหลักเกณฑ์หรือกลไกที่เป็นมาตรฐานหรือตัวชี้วัดว่า อย่างเป็นทางการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมว่ามีประสิทธิภาพ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพจริงตามที่บัญญัติไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม

---

(a) take into consideration the nature and gravity of the violation, any economic benefit derived from the violation by the violator, the economic condition of the violator, and other relevant factors; and

(b) include compliance agreements, fines, imprisonment, injunctions, the closure of facilities, and the cost of containing or cleaning up pollution.

#### 4.3 การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมจะต้องไม่ผ่อนปรนกฎหมายสิ่งแวดล้อมเพื่อส่งเสริมหรือสนับสนุนการค้าหรือการลงทุน

นอกจากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมจะได้มีการกำหนดเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ยังได้มีการบัญญัติให้มีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยจะต้องไม่ยกเว้นหรือผ่อนปรนมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อสนับสนุนกิจกรรมการลงทุนอีกด้วย (it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws...)

เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่บัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า มีความหมายคล้ายกับ จะให้ความสำคัญกับเรื่องสิ่งแวดล้อมมากกว่าเรื่องการค้าและการลงทุน เพราะเป็นการบัญญัติประกันว่า จะไม่มีการผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม เพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้ง จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ แท้จริงแล้ว ไม่ได้บัญญัติเพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากกว่าการลงทุนไปเสียทีเดียว เช่น ในกรณีรัฐภาคีไม่ผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่ในทางตรงกันข้าม กลับเพิ่มระดับความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง และมีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนอ่อนแอลง กรณีเช่นนี้ จะถือว่าสอดคล้องหรือขัดกับพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมหรือไม่ อย่างไร ซึ่งในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมก็ไม่ได้บัญญัติกรณีเช่นนี้ไว้แต่อย่างใด ทำให้อาจเกิดประเด็นปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีต่อไปในอนาคตได้ การบัญญัติในลักษณะเพียงด้านเดียว ทำให้ข้อบทไม่มีความชัดเจนและครอบคลุม ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาการตีความขึ้นเมื่อเกิดข้อพิพาทในกรณีดังกล่าว

#### 4.4 การไม่มีบทบัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์ระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิ่งแวดล้อมและเรื่องการค้าการลงทุนค่อนข้างแตกต่างกัน การที่ความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐคู่ภาคีบัญญัติในลักษณะที่ให้มีการประสานประโยชน์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมโดยให้ส่งเสริมซึ่งกันและกันนั้น จึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก ดังนั้น จึงมักปรากฏความขัดแย้งระหว่างเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อมอยู่เสมอ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทภายใต้ WTO หรือ ความตกลงเขตการค้าเสรีอื่น ๆ เช่น NAFTA เป็นต้น

ประเด็นความขัดแย้งเกี่ยวกับการค้าและสิ่งแวดล้อมนี้ ในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อมไว้

#### 1) ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม

ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการค้าไว้ในวัตถุประสงค์ว่า

“ข้อบทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนความสัมพันธ์ระหว่างคู่ภาคีในเรื่งนโยบายการค้าและการปกป้องสิ่งแวดล้อมให้ไปด้วยกันตามหลักการของการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) และเพื่อที่จะผลักดันให้ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายทางการค้ากับสิ่งแวดล้อมของรัฐภาคีมีความเข้มแข็งขึ้น และทางปฏิบัติในอนาคตเพื่อเป้าหมายในการขยายการค้าของความตกลงนี้ รวมถึงสนับสนุนมาตรการไม่เลือกปฏิบัติ หลีกเลียงอุปสรรคทางการค้าแบบแอบแฝง และกำจัดการบิดเบือนทางการค้าซึ่งมีผลโดยตรงต่อผลประโยชน์ของทั้งการค้าและสิ่งแวดล้อม”

จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ระบุไว้ ก็เพื่อต้องการประสานประโยชน์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม สนับสนุนให้การค้าและสิ่งแวดล้อมสามารถดำเนินการควบคู่กันไปได้

#### 2) ข้อบทเรื่องการลงทุน

ในข้อบทเรื่องการลงทุนก็ได้มีการบัญญัติเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการลงทุนและสิ่งแวดล้อมไว้เช่นกันว่า

“ไม่มีอะไรในข้อบทนี้จะถูกตีความเพื่อที่จะขัดขวางคู่กรณีจากการยอมรับการคงไว้ หรือการบังคับใช้มาตรการใด ๆ นอกเสียจาก การปฏิบัติตามข้อบทนี้จะถูกพิจารณาอย่างเหมาะสม เพื่อให้แน่ใจว่ากิจกรรมการลงทุนในเขตแดนของรัฐภาคีจะดำเนินไปในลักษณะที่ระมัดระวังต่อความห่วงกังวลสิ่งแวดล้อม”

นอกจากนี้ ในข้อบทเรื่องการลงทุน ยังได้ระบุถึงกรณีข้อบทเรื่องการลงทุนขัดแย้งกับข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรีไว้ด้วยว่า

“ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันระหว่างข้อบทนี้กับข้อบทอื่น ให้ข้อบทอื่นมีผลเหนือกว่าในการที่จะบังคับใช้กับความขัดแย้งนั้น”

ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏในข้อบทเรื่องการลงทุน จะเห็นว่า มีลักษณะคล้าย ๆ กับที่ระบุไว้ในวัตถุประสงค์ของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ต้องการประสานประโยชน์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม เพื่อให้การดำเนินการทั้งทางด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมสามารถดำเนินการไปด้วยกันได้ โดยการดำเนินมาตรการทางการค้า จะต้องคำนึงถึงเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่เกิดความขัดแย้ง (Inconsistency) ระหว่างข้อบทเรื่องการลงทุนกับข้อบทอื่น ๆ ข้อบทเรื่องการลงทุนยังยอมรับให้ข้อบทอื่น ๆ มีค่าบังคับเหนือกว่า ซึ่งก็หมายความว่า หากข้อบทเรื่องการลงทุนขัดแย้งกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมก็ย่อมมีค่าการบังคับใช้เหนือกว่า

จะเห็นได้ว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมระบุให้นโยบายการค้ากับสิ่งแวดล้อมต้องสนับสนุนซึ่งกันและกัน แต่ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างข้อบทเรื่องการลงทุนและข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่ได้มีการระบุลำดับศักดิ์ไว้แต่อย่างใด แต่ก็ปรากฏอยู่ในข้อบทการลงทุนที่ให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีผลบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทการลงทุน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาทั้งข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทการลงทุนแล้ว จะสามารถตีความได้ว่า ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีผลการบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทการลงทุน แต่หากเกิดข้อพิพาทขึ้น ก็ไม่แน่ว่า เรื่องสิ่งแวดล้อมจะมีผลบังคับใช้เหนือกว่าเรื่องการค้าและการลงทุนอย่างที่บัญญัติไว้หรือไม่ เพราะถึงแม้ว่าข้อบทการลงทุนจะระบุให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมหรือข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทการลงทุนก็ตาม แต่การวินิจฉัยตีความในประเด็นข้อพิพาท ก็จะต้องตีความและวินิจฉัยให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีด้วยดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1.2 (2)<sup>3</sup> โดยเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 1.2 (1) บัญญัติไว้ว่า<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Chapter One : Initial Provisions

Article 1.2 : Objectives



“วัตถุประสงค์ของความตกลงนี้ ตามที่ได้ระบุไว้แล้วในหลักการและกฎเกณฑ์ รวมถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และหลักความโปร่งใส คือ

- (เอ) เพิ่มการสนับสนุนและความหลากหลายด้านการค้าระหว่างประเทศภาคี
- (บี) กำจัดอุปสรรคของการค้า และอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของสินค้าและบริการระหว่างประเทศภาคี
- (ซี) ส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในเขตการค้าเสรี
- (ดี) เพิ่มโอกาสในการลงทุนอย่างยั่งยืนในเขตแดนของประเทศภาคี
- (อี) จัดให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพในเขตแดนของภาคีแต่ละฝ่าย

---

2. The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.

<sup>4</sup> Chapter One : Initial Provisions

Article 1.2 : Objectives

1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment, and transparency, are to :

- (a) encourage expansion and diversification of trade between the Parties;
- (b) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the Parties;
- (c) promote conditions of fair competition in the free trade area;
- (d) substantially increase investment opportunities in the territories of the Parties;
- (e) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory;
- (f) create effective procedures for the implementation and application this Agreement, for its joint administration, and for the resolution of disputes; and
- (g) establish a framework for further bilateral, regional, and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement.

(เอฟ) สร้างกระบวนการสำหรับการปรับใช้ความตกลงนี้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อการบริหารจัดการร่วมกันและเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาข้อพิพาท และ

(จี) จัดตั้งกรอบในการทำงานสำหรับความร่วมมือระดับทวิภาคี ระดับภูมิภาค และระดับพหุภาคี เพื่อขยายและส่งเสริมสิทธิประโยชน์ในความตกลงนี้”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่าง สหรัฐอเมริกาและซีลีลันมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและสนับสนุนการค้าการลงทุนระหว่าง ประเทศภาคีทั้งสิ้น ดังนั้น หากเกิดกรณีความขัดแย้งกันระหว่างเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อมในความ ตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลีลัน ทำที่สุดแล้ว ก็เชื่อว่าการ วิจัยคดีข้อพิพาทมีแนวโน้มที่จะตีความให้ความสำคัญกับเรื่องการค้าและการลงทุนมากกว่า เรื่องสิ่งแวดล้อม เนื่องจากจะต้องตีความตามวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีนั่นเอง

จากประเด็นความขัดแย้งระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม ทำให้เกิดคดีข้อพิพาท มากมาย ดังคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เช่น

#### คดี Metalclad Corp. VS United Mexican States

บริษัทโคเทริน (Coterin) เป็นบริษัทสัญชาติเม็กซิกัน ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการ สถานีขนส่งขยะอันตราย ใน La Pedrera ซึ่งเป็นภูเขาที่ตั้งอยู่ในเขตเทศบาลกวาดาคาซาร์ (Municipality of Guadalcasar) ในมลรัฐซานลุยส์โปโตซี (San Luis Potosi) ประเทศเม็กซิโก ต่อมาประสงค์จะขยายกิจการโดยการก่อสร้างเป็นโรงงานกำจัดขยะ จึงได้ยื่นคำขออนุญาตจากรัฐบาลเม็กซิโก และในปี 1990 รัฐบาลเม็กซิโกยอมให้ใบอนุญาตก่อสร้างและดำเนินการโรงงาน กำจัดขยะแก่บริษัทโคเทริน<sup>5</sup> ต่อมา บริษัทโคเทรินยื่นขอใบอนุญาตต่อเทศบาลกวาดาคาซาร์เพื่อขออนุญาตก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะ ทั้งในปี 1991 และปี 1992 เทศบาลปฏิเสธคำขออนุญาตก่อสร้างของบริษัทโคเทริน แม้ว่าบริษัทโคเทรินจะได้รับการปฏิเสธ แต่ในปี 1993 บริษัทโคเทรินก็ได้รับอนุญาตให้สร้างอาคารจำนวน 3 หลัง โดยอาคาร 2 หลังได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างจากสำนักเลขาธิการด้านสิ่งแวดล้อม (The Secretariat of the Environment) ของรัฐบาลเม็กซิโก ส่วน

<sup>5</sup> Final Award of Metalclad Corporation and the United Mexican States, from [http://www.naftaclaims.com/disputes\\_mexico\\_metalclad.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_mexico_metalclad.htm)

อาคารอีก 1 หลังที่เหลือได้รับอนุญาตจากมลรัฐซานหลุยส์โปโตซี แต่บริษัทโคเทรินยังคงไม่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างจากเทศบาลกัวดาลคาซาร์อยู่ดี<sup>6</sup>

ต่อมาในปี 1993 บริษัท Metalclad ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกัน ได้ทำสัญญาเพื่อซื้อบริษัทโคเทรินและใบอนุญาตที่บริษัทโคเทรินได้รับ หลังจากนั้น ผู้ว่าการมลรัฐซานหลุยส์โปโตซีได้ประกาศโครงการโรงงานกำจัดขยะ แม้ว่าในเดือนพฤษภาคม ปี 1994 บริษัทจะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเม็กซิโกให้ขยายการก่อสร้าง บริษัท Metalclad เริ่มก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะจากนั้นในเดือนตุลาคม ปี 1994 เทศบาลกัวดาลคาซาร์ได้ออกคำสั่งห้ามการก่อสร้างเนื่องจากบริษัท Metalclad ไม่มีใบอนุญาตให้ก่อสร้างของเทศบาลกัวดาลคาซาร์ เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางแนะนำให้บริษัท Metalclad ยื่นขออนุญาตต่อเทศบาลกัวดาลคาซาร์ บริษัท Metalclad ยื่นขออนุญาตอีกครั้ง และดำเนินการก่อสร้างต่อทันที และในเดือนมีนาคม ปี 1995 ก็ได้ก่อสร้างโครงการโรงงานกำจัดขยะแล้วเสร็จ<sup>7</sup>

บริษัท Metalclad ได้พยายามเปิดดำเนินการ แต่มีการประท้วงจากประชาชนในท้องถิ่น ไม่ให้บริษัทเปิดดำเนินการ เนื่องจากบริเวณดังกล่าวเป็นแหล่งต้นน้ำดื่ม โดยมีงานวิจัยหลายชิ้นแสดงให้เห็นว่า ภูมิประเทศที่เป็นสถานที่ตั้งของโรงงานกำจัดขยะเป็นแหล่งต้นน้ำ ทั้งน้ำใต้ดินและน้ำลำธาร การสร้างโรงงานกำจัดขยะบริเวณดังกล่าว ก็อาจทำให้มีสารพิษจากขยะปนเปื้อนและกระจายออกไปในวงกว้างได้<sup>8</sup> โรงงานกำจัดขยะยังคงปิดจนถึงเดือนพฤศจิกายน ปี 1995

ในเดือนธันวาคม ปี 1995 เทศบาลกัวดาลคาซาร์ได้ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตก่อสร้างให้แก่บริษัท Metalclad ในที่สุด เดือนสิงหาคม ปี 1997 ผู้ว่าการมลรัฐซานหลุยส์โปโตซีได้ออกประกาศเขตนิเวศวิทยาเพื่อคุ้มครองต้นตะบองเพชรและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม โดยครอบคลุมพื้นที่โรงงานกำจัดขยะของบริษัท Metalclad ด้วย เป็นผลทำให้บริษัท Metalclad ไม่สามารถเปิดดำเนินการโรงงานกำจัดขยะได้อย่างถาวร

<sup>6</sup> Waren W. Metalclad v. Mexico. [Online] Available from : [www.forumdemocracy.net/disputes/nafta\\_cases/metalclad\\_v\\_mexico.html](http://www.forumdemocracy.net/disputes/nafta_cases/metalclad_v_mexico.html)

<sup>7</sup> Final Award of Metalclad Corporation and the United Mexican States, from [http://www.naftaclaims.com/disputes\\_mexico\\_metalclad.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_mexico_metalclad.htm)

<sup>8</sup> กรรณิการ์ กิจติเวชกุล, “การล้มล้างประชาธิปไตยของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ”, *ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย- สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย*, หน้า 156-157

ต่อมา บริษัท Metalclad ได้ใช้สิทธิ์ตามกระบวนการระดับข้อพิพาท ขอให้แต่งตั้ง คณะอนุญาโตตุลาการ โดยศูนย์กลางการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment Dispute : ICSID) เป็นคดีหมายเลข Case No. ARB(AF)/97/1 โดยฟ้องรัฐบาลเม็กซิโกว่าละเมิดพันธกรณีตามความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) มาตรา 1105 เรื่องการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน และมาตรา 1110 เรื่องการริบทรัพย์สินและเวนคืนกิจการของเอกชน (Expropriation)

ประเด็นในคดีจึงมีว่า การที่เทศบาลกัวดาลคาซาร์ไม่ยอมออกใบอนุญาตให้แก่ บริษัท Metalclad เป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและไม่เท่าเทียม และถือเป็นการยึดทรัพย์สินเวนคืน กิจการของบริษัท Metalclad หรือไม่ และประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม การออกกฎหมายเพื่อที่จะ คุ้มครอง และป้องกันสุขอนามัยของประชาชนในพื้นที่จะสามารถนำมาเป็นข้อต่อสู้ในคดีของ รัฐบาลเม็กซิโกได้หรือไม่

คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า

- 1) รัฐบาลเม็กซิโกล้มเหลวในเรื่องความโปร่งใสและกระบวนการทำงานที่สามารถ คาดการณ์ได้สำหรับแผนการลงทุนของธุรกิจบริษัท Metalclad บริษัท Metalclad จึงได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและไม่เท่าเทียม
- 2) และกรณีการเวนคืน คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยว่า การเวนคืนภายใต้ ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ไม่ได้หมายความแต่เพียง การกระทำโดยเปิดเผย ใจ และรับรู้ถึงการโอนไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน แต่ยังรวมถึงการแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งมีผลกระทบ ต่อกรรมสิทธิ์ของนักลงทุน ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แม้ว่าการกระทำ ดังกล่าวจะไม่เอื้อประโยชน์ทางเศรษฐกิจใด ๆ ต่อประเทศผู้รับการลงทุนก็ ตาม การที่เทศบาลกัวดาลคาซาร์ปฏิเสธการออกใบอนุญาตให้บริษัท Metalclad เนื่องจากมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและธรณีวิทยาไม่เหมาะสม สำหรับทำเป็นสถานที่ฝังกลบขยะนั้น เป็นการกระทำที่นอกเหนืออำนาจ เนื่องจากเทศบาลปฏิเสธการออกใบอนุญาตโดยปราศจากพื้นฐานในเรื่อง โครงสร้างของการก่อสร้างทางกายภาพหรือข้อบกพร่องใด ๆ ในสถานที่ ก่อสร้าง และการกระทำดังกล่าว เป็นการขัดขวางการทำงานของบริษัทฯ ใน สถานที่ฝังกลบขยะ เม็กซิโกจึงถือว่าดำเนินการใด ๆ ที่มีผลเทียบเท่ากับการ

เวนคืนอันเป็นการละเมิดมาตรา 1110 (1) ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) โดยรัฐบาลเม็กซิโกไม่ได้มีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่บริษัท Metalclad แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า ในการวินิจฉัยคดีของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมเท่าใดนัก ซึ่งก็อาจจะเป็นเพราะความบกพร่องในการใช้อำนาจภายในประเทศของเม็กซิโกเองระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นที่ไม่มีความสอดคล้องกัน โดยที่รัฐบาลระดับกลางมีองค์กรด้านสิ่งแวดล้อมที่ได้ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะได้ ในขณะที่ระดับท้องถิ่นกลับไม่ยอมออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างโดยอ้างเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อมด้วยความไม่สอดคล้องกันในการใช้อำนาจออกใบอนุญาตดังกล่าว ทำให้เม็กซิโกไม่สามารถอ้างเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อมได้อย่างเต็มที่นัก

และนอกจากนี้ หากพิจารณาเนื้อหาของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ให้ความคุ้มครองนักลงทุนอย่างมาก ในขณะที่บทบัญญัติเรื่องสิ่งแวดล้อมเป็นเพียงเอกสารแนบท้ายความตกลง (Side Agreement) เท่านั้น ดังนั้น หากเอกสารแนบท้ายความตกลงขัดแย้งกับความตกลง ก็ย่อมต้องถือเอาตามเนื้อหาของความตกลงเป็นสำคัญ ผู้เขียนจึงเห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยให้ความสำคัญกับสิทธิของนักลงทุนมากกว่าประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วยเหตุผลดังกล่าว

ในประเด็นเรื่องการเวนคืน คณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความการเวนคืนในความหมายอย่างกว้าง โดยคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า ความไม่ชัดเจนของการกระจายอำนาจของรัฐบาลกลางและระดับท้องถิ่นของเม็กซิโก จากการที่รัฐบาลกลางอนุมัติการก่อสร้างและบริษัท Metalclad ได้ดำเนินการก่อสร้างแล้ว แต่รัฐบาลท้องถิ่นกลับมีคำสั่งระงับการก่อสร้างดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท Metalclad ซึ่งถือเป็นความเสียหายที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือกฎระเบียบของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ รวมทั้งความเสียหายที่คลาดเคลื่อนไปจากที่บริษัท Metalclad ได้คาดการณ์ไว้มาก การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าการยึดทรัพย์ทางอ้อมที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท Metalclad อย่างรุนแรงเกินกว่าที่จะคาดการณ์ไว้มาก ซึ่งเป็นมาตรการของรัฐที่ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของสภาพธุรกิจที่คลาดเคลื่อนไปจากที่นักลงทุนคาดการณ์ไว้มาก<sup>9</sup>

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน

ปัญหาในการตีความการเวนคืนในความหมายที่กว้างของคณะอนุญาโตตุลาการ ทำให้ความตกลงเขตการค้าเสรีที่จัดทำขึ้นในเวลาต่อ ๆ มา ได้ปรับปรุงเนื้อหาด้านการคุ้มครองการลงทุนให้มีขอบเขตคำจำกัดความที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการเวนคืนหรือการยึดทรัพย์ และมาตรการที่เทียบเท่าการยึดทรัพย์ ในกรณีของความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดีได้บัญญัติคำนิยามการเวนคืนไว้ ดังนี้

#### ภาคผนวก 10-D การยึดทรัพย์

##### ประเทศภาคียืนยันความเข้าใจว่า

(1) มาตรา 10.9(1) กำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงจารีตประเพณีทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยภาระหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวกับการยึดทรัพย์

(2) การกระทำของประเทศภาคีจะไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ หากการกระทำดังกล่าวไม่ไปกระทบสิทธิในทรัพย์สินทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของการลงทุน

(3) มาตรา 10.9 (1) บัญญัติไว้ 2 กรณี กรณีที่ 1 คือ การยึดทรัพย์ทางตรง เกิดจากการโอน การยึดทรัพย์เป็นของรัฐ การเวนคืนการลงทุนของผู้ลงทุนของประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง

(4) กรณีที่ 2 ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 10.9 (1) คือ การยึดทรัพย์ทางอ้อม เกิดจากการกระทำของประเทศภาคีที่ส่งผลกระทบเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์ทางตรง

(a) การกำหนดว่า การกระทำของประเทศภาคีเข้าข่ายการยึดทรัพย์ทางอ้อมหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากข้อมูลและข้อเท็จจริงจากการไต่สวนเป็นรายกรณีไป โดยพิจารณาจาก

(i) ผลกระทบเชิงเศรษฐศาสตร์จากการใช้มาตรการของรัฐ ถึงแม้มาตรการของรัฐจะส่งผลกระทบในทางลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน แต่ผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยลำพังไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์ทางอ้อม

(ii) มาตรการของรัฐที่ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของสภาพธุรกิจที่คลาดเคลื่อนไปจากที่นักลงทุนคาดการณ์ไว้มาก

## (iii) ลักษณะของมาตรการของรัฐ

(b) โดยทั่วไปแล้ว มาตรการของรัฐที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม ไม่ถือว่าเป็นการยึดทรัพย์สินทางอ้อม ยกเว้นในสภาพการณ์ที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก (except in rare circumstances)<sup>10</sup>

(มาตรา 10.9 (1) ห้ามรัฐดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการยึดทรัพย์สิน หรือที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สิน ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ยกเว้น 1) มาตรการดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องบังคับใช้เพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ 2) ไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติ 3) สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศ และ 4) มีการชดเชยความเสียหายอย่างเพียงพอและทันการ)<sup>11</sup>

แม้ว่าจะได้มีการบัญญัติเรื่องการยึดทรัพย์สินและเวนคืนที่ชัดเจนขึ้นในความตกลงเขตการค้าทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกากับซีดีทีตาม แต่ก็ยังเป็นความชัดเจนในข้อบทเรื่องการลงทุน ไม่ใช่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม และเมื่อมีการบทบัญญัติเรื่องการยึดทรัพย์สินเวนคืนในข้อบทเรื่องการลงทุนมีความชัดเจนมากขึ้น กลับทำให้การตีความและการบังคับใช้ตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีความอ่อนแอลงยิ่งขึ้น

## คดี Ethyl Corp. VS The Government of Canada

ในปี 1997 รัฐบาลแคนาดาได้ออกกฎหมายห้ามนำเข้าและส่งออกสาร MMT (Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl) ซึ่งเป็นสารที่ใช้เติมในน้ำมันเพื่อป้องกันการน็อกของเครื่องยนต์ กฎหมายฉบับดังกล่าว จึงเท่ากับเป็นการยกเลิกการใช้สาร MMT ในน้ำมันของแคนาดา<sup>12</sup>

แคนาดาออกกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากต้องการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เป็นสาเหตุของโลกร้อน โดยต้องการลดไอเสียของรถยนต์ แต่สาร MMT ทำให้ไอเสียในรถยนต์เพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นต้องห้ามการนำเข้าและส่งออกสารดังกล่าว นอกจากนี้ รัฐบาลแคนาดายัง

<sup>10</sup> มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย “โครงการวิจัย การค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐ” จาก [www.thaifta.com/trad/study/fta14.pdf](http://www.thaifta.com/trad/study/fta14.pdf)

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>12</sup> กรรณิการ์ กิจติเวชกุล, “การล้มล้างประชาธิปไตยของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ”, *ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย- สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย*, หน้า 154-155

ต้องการที่จะป้องกันสุขภาพของประชาชนและผู้บริโภคที่อาจได้รับอันตรายจากแมงกานีส ซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญในสาร MMT อีกด้วย โดยก่อนที่รัฐบาลแคนาดาจะออกกฎหมายดังกล่าว ในปี 1977 รัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ประกาศห้ามใช้สาร MMT ในน้ำมันไร้สารตะกั่ว นอกจากนี้ ยังมีงานวิจัยมากมายจากสถาบันการศึกษาในสหรัฐอเมริกาและหน่วยงานด้านการพิทักษ์สิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกาที่ชี้ว่า สาร MMT เป็นอันตรายต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอย่างมาก<sup>13</sup>

บริษัท Ethyl Corporation เป็นบริษัทของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นบริษัทชั้นนำในการผลิตสาร MMT ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่ออกกฎหมายห้ามนำเข้าและขนย้ายสาร MMT ข้ามจังหวัด เรียกค่าเสียหายจำนวน 251 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยอ้างว่า รัฐบาลแคนาดาเลือกปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากห้ามการนำเข้า แต่ไม่ได้ห้ามการผลิตในประเทศ และมีพฤติกรรมเสมือนเป็นการยึดทรัพย์นักลงทุน และกฎหมายของแคนาดาดังกล่าวยังเป็นการสร้างเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติ (Performance Requirements) ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการบังคับให้บริษัทต้องไปตั้งบริษัทในทุกจังหวัดของแคนาดา

แคนาดาโต้แย้งว่า การออกกฎหมายห้ามนำเข้าและขนย้ายสาร MMT ดังกล่าว ไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน คือห้ามนำเข้าส่งออกและขนย้ายเหมือนกันหมด ไม่ว่าจะเป็นบริษัทในประเทศแคนาดาหรือบริษัทอื่น ๆ

แต่ในที่สุดแล้ว ก็ได้มีการตกลงกันนอกศาล โดยรัฐบาลแคนาดายอมจ่ายให้บริษัท Ethyl Corporation จำนวน 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และต้องยกเลิกกฎหมายห้ามนำเข้าสาร MMT อีกด้วย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้คณะกรรมการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ได้ตัดสินตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 1998

คดีต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วนเป็นความขัดแย้งกันระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม และนำมาซึ่งประเด็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะบริหารจัดการเพื่อบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อม กับสิทธิของนักลงทุนชาวต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองตามข้อบทเรื่องการลงทุน การฟ้องร้องคดีของนักลงทุน ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมในรัฐ<sup>14</sup> เนื่องจากเมื่อรัฐถูก

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 154-155

<sup>14</sup> Sanford E. Gaines, "Nafta chapter 11 as a challenge to environmental law making one view from the United States", from [www.envireform.utoronto.ca/pdf/Conference/Gaines.pdf](http://www.envireform.utoronto.ca/pdf/Conference/Gaines.pdf)



นักลงทุนต่างชาติฟ้องและรัฐถูกตัดสินให้ชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนมาก ต่อไปหากรัฐจะออกกฎหมายหรือดำเนินมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติ รัฐก็ย่อมมีความหวั่นเกรงหรืออาจจะหลีกเลี่ยงไม่ออกกฎหมายหรือดำเนินมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนเลยก็ได้

ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ในข้อบทที่ 11 เรื่องการลงทุน มีเนื้อหาด้ายกับความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลี<sup>15</sup> โดยความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนต่างชาติสามารถเลือกที่จะฟ้องร้องผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (International Arbitration) ได้โดยตรง ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ประเทศตนมาลงทุน ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ นักลงทุนต่างชาติส่วนใหญ่หยิบยกขึ้นมาอ้างในการฟ้องร้อง ได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment : NT) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nations : MFN) มาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติ (Minimum Standard) การริบทรัพย์และชดเชยความเสียหาย (Expropriation) เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ โดยเฉพาะข้อบทที่ 11 เรื่องการลงทุน มีความคล้ายคลึงกับข้อบทเรื่องการลงทุนในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลี ลักษณะของการเกิดข้อพิพาทในเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ก็ย่อมมีแนวโน้มที่จะเกิดข้อพิพาทในความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลีได้เช่นกัน

และถึงแม้ว่า ในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศซีลี ในข้อบทเรื่องการลงทุนจะได้ระบุให้ข้อบทอื่น ๆ ซึ่งก็รวมถึงข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วย มีค่าบังคับใช้เหนือกว่าก็ตาม แต่หากเกิดข้อพิพาทขึ้นภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรี การวินิจฉัยคดีก็ย่อมจะต้องตีความและวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของความตกลงเป็นหลัก โดยที่วัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลี ระบุเน้นถึงเฉพาะเรื่องการค้าและการลงทุนเท่านั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในเรื่องสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด ดังนั้น การตีความและวินิจฉัยคดีก็ยังคงต้องให้ความสำคัญกับการค้าการลงทุนเป็นหลัก อยู่ดีตามที่ระบุไว้ในวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีนั่นเอง

<sup>15</sup> ผลกระทบและแนวทางการเจรจาการค้าเสรีแบบทวีภาคี : การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทรัพย์สินทางปัญญา การลงทุนและการค้าบริการ หน้า 6-10

ดังนั้น จึงเห็นว่า แม้จะมีการระบุลำดับศักดิ์ในการบังคับใช้กฎหมายไว้ในข้อบทเรื่องการลงทุนแล้วก็ตาม แต่ก็ยังเห็นว่าในประเด็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ ยังไม่มีความชัดเจน และยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาความขัดแย้งได้เนื่องจาก

ประการแรก กรณีที่ข้อบทเรื่องการลงทุนขัดกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม แน่แน่นอนว่าบทบัญญัติในข้อบทการลงทุนระบุให้เรื่องสิ่งแวดล้อมมีค่าการบังคับใช้เหนือกว่า แต่หากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมขัดกับข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งในบางข้อบทก็เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุน ข้อบทใดจะมีค่าบังคับเหนือกว่า ดังนั้น เพื่อลดปัญหาการตีความในกรณีนี้ จึงเห็นว่าน่าจะมีการระบุไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมเสียเลยว่า ให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีค่าบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรี

ประการที่สอง ในวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรี มีการระบุถึงเฉพาะเรื่องการส่งเสริมและการสนับสนุนการค้าและการลงทุนเท่านั้น ทำให้ถึงแม้ว่าข้อบทเรื่องการลงทุนจะระบุให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีค่าบังคับเหนือกว่า แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีแล้ว ก็ย่อมจะต้องตีความคุ้มครองการค้าและการลงทุนอยู่ดี ดังนั้น จึงควรจะมีการระบุถึงวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย เพื่อป้องกันมิให้ท้ายที่สุดแล้วมีการตีความเพื่อคุ้มครองการค้าและการลงทุนเพียงอย่างเดียว

#### 4.5 ประเด็นความไม่ชัดเจนในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements : MEAs)

##### 4.5.1 กรณีการรับรองที่จะนำเอาผลการเจรจาตาม Paragraph 31 (i) ของปฏิญญาโตสามาปรีกาหรือ เพื่อปรับใช้กับความตกลงเขตการค้าเสรี

ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมไว้ใน มาตรา 19.9 ว่า รัฐคู่ภาคีรับรองถึงความสำคัญของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (The Parties recognize the importance of multilateral environmental agreement) การบัญญัติรับรองถึงความสำคัญ ดูคล้ายจะเป็นการตระหนักเห็นความสำคัญรับเอาพันธกรณีตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) มาเป็นพันธกรณีในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีการบัญญัติเงื่อนไขให้รัฐคู่ภาคีจะต้องใช้มาตรการทาง

การค้าอย่างเหมาะสมในความตกลง เพื่อบรรลุเป้าหมายทางสิ่งแวดล้อมด้วย (including the appropriate use of trade measures in such agreements to achieve specific environmental goals) การบัญญัติโดยใช้คำว่า “เหมาะสม” ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้าง ทำให้บทบัญญัตินี้ไม่มีความชัดเจน อีกทั้งไม่ได้มีการบัญญัติเพื่อขยายความแต่อย่างใดว่า การใช้มาตรการทางการค้าอย่างเหมาะสมคืออย่างไร ใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาบ้างว่าอย่างไรคือมาตรการที่เหมาะสม

นอกจากนี้รัฐคู่ภาคียังได้บัญญัติรับรอง Paragraph 31 (i) ของปฏิญญาโตฮา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติตามอนุสัญญาพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ต่าง ๆ โดยเฉพาะพันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง (Specific Trade Obligation : STO) ว่ามีความสอดคล้องกับกฎระเบียบทางการค้าภายใต้ WTO อย่างไร และจะมีแนวทางแก้ไขปัญหาอย่างไร ถ้ามีความขัดแย้งกันระหว่างความตกลงทั้งสอง โดยรัฐคู่ภาคีตกลงกันที่จะนำผลการเจรจาดังกล่าวมาปรึกษาหารือกัน เพื่อปรับใช้กับความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปาคีนี้

อย่างไรก็ตาม การเจรจาและปรึกษาหารือเพื่อหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO กับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) WTO ได้จัดตั้งคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (Committee on Trade and Environment : CTE) เพื่อศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ทางการค้าและสิ่งแวดล้อม ตามปฏิญญารัฐมนตรีโตฮา ข้อ 31(i) ซึ่งคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (CTE) และประเทศต่าง ๆ มีข้อเสนอเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อมมากมาย เช่น

- ลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย มาตรการทางการค้าในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ถือเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง ในขณะที่ข้อตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นกฎหมายว่าด้วยเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับการค้า ดังนั้น บทบัญญัติในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) จึงมีศักดิ์เหนือกว่าบทบัญญัติของ WTO แต่คณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (CTE) ก็เห็นว่า กฎเกณฑ์ของ WTO ได้เปิดโอกาสให้ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) สามารถใช้มาตรการทางการค้าที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ WTO ได้อยู่แล้ว เช่น บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นในมาตรา 20 ของ GATT ที่ระบุว่า “ภายใต้บังคับของข้อกำหนดที่ว่ามาตรการดังต่อไปนี้จะไม่ใช้ลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรืออย่างไม่มีเหตุผลระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันนี้หรือก่อให้เกิดการจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศ จะไม่มีข้อความใดในความตกลงนี้ที่ตีความห้ามมิให้ภาคี

คู่สัญญารับรองหรือบังคับใช้มาตรการที่ (b) จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิต หรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช (g) เกี่ยวกับการอนุรักษ์แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถใช้ให้หมดไปได้ หากมาตรการเช่นว่านั้นได้ทำไปเกิดผลพร้อมกับการจำกัดการผลิต หรือการบริโภคภายในประเทศ”<sup>16</sup> ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของ WTO เพื่อรองรับมาตรการการค้าของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ให้มากขึ้น

- การตีความเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปต้องการตีความขอบเขตของ Paragraph 31(i) ในเชิงกว้างโดยให้มีการพิจารณาความสัมพันธ์ของกฎ WTO และความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ในจำนวนความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่มากที่สุด แต่กลุ่มประเทศอื่น ๆ เห็นว่าควรมีการกำหนดให้มีการพิจารณาเรื่องนี้ในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่มีพันธกรณีการค้าเจาะจง (Specific Trade Obligations : STOs) เท่านั้น ส่วนความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) อื่น ๆ ที่ไม่ได้มีมาตรการทางการค้า ก็ไม่ควรจะต้องนำมาพิจารณาถึงความสัมพันธ์

จากความคิดเห็นที่ขัดแย้งกัน ทำให้ไม่มีความคืบหน้าเกี่ยวกับเรื่องนี้เท่าที่ควร ประเทศต่าง ๆ มีแนวโน้มไปในลักษณะของการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของประเทศสมาชิกต่าง ๆ และผลักดันให้มีการนำเสนอประสบการณ์จากประเทศกำลังพัฒนาด้วย

- การศึกษาความสัมพันธ์ ควรเริ่มการศึกษาจากความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่มีบทบาทสำคัญ (Core MEAs) ก่อน จากนั้นจึงพิจารณามาตรการทางการค้าใน MEAs นั้นว่ามีลักษณะและคุณสมบัติอย่างไร แล้วจึงค่อยพิจารณาต่อว่ามาตรการทางการค้านั้นขัดกับกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกหรือไม่

สถานะในปัจจุบันเกี่ยวกับเรื่องนี้ ในปฏิญญารัฐมนตรี WTO ณ ฮองกง ในข้อบทที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมนั้น มิได้มีการตัดสินใจ หรือตกลงให้สมาชิกใช้วิธีการเจรจาใดวิธีหนึ่ง แต่เป็นเพียงการเน้นย้ำ commitment ให้สมาชิกเร่งเจรจาในเรื่องทั้ง 3 ต่อไปเท่านั้น

<sup>16</sup> ศักดา ธนิตกุล, “ผลกระทบด้านกฎหมายต่อสินค้าและบริการของไทยจากการขยายสมาชิกภาพของสหภาพยุโรป”, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 24, ฉบับที่ 1 (สิงหาคม 2548) : หน้า 88.

จะเห็นได้ว่า การเจรจาและปรึกษาหารือเพื่อหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ทางการค้าและความตกลงพหุภาคียังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน การที่ความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคี ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมบัญญัติรับรองถึงผลการเจรจาตาม ข้อ 31 (i) ว่าจะนำผลที่ได้จากการเจรจามาปรับใช้อย่างเหมาะสม จึงทำให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่มีความชัดเจนไปด้วย

#### 4.5.2 กรณีที่รัฐคู่ภาคีเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs)

ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมได้บัญญัติรับรองเฉพาะกรณีที่รัฐคู่ภาคีทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เท่านั้น โดยในอารัมภบทของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม บัญญัติถึงการพิทักษ์ คุ้มครอง และปรับปรุงสิ่งแวดล้อม โดยผ่านการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตแดนของรัฐภาคีเอง และผ่านความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ซึ่งทั้งสองประเทศเป็นภาคีอยู่ (which they are both parties;) และในมาตรา 19.9 ของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมได้บัญญัติรับรองเฉพาะความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันเท่านั้น แต่ในกรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีสมาชิกความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ฉบับใดฉบับหนึ่ง แต่รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ฉบับดังกล่าว กรณีนี้ในข้อบทไม่ได้บัญญัติไว้ จึงเกิดประเด็นปัญหาความไม่ชัดเจนว่า จะใช้หลักเกณฑ์ใดบังคับแก่กรณีดังกล่าว

การที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม บัญญัติรับรองเฉพาะความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่รัฐคู่ภาคีทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ฉบับนั้น ๆ เท่านั้น ย่อมทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ อาทิเช่น

#### พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)

ประเทศซิดีเป็นภาคีสมาชิกในพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ลงนามให้สัตยาบันในพิธีสารดังกล่าวแต่อย่างใด

พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) กำหนดพันธกรณีให้ภาคีสมาชิกต้องลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยมีกลไกในการลดการปล่อยก๊าซ หรือกลไกยืดหยุ่น (Flexibility Mechanisms) 3 กลไก ได้แก่ กลไกการซื้อขายโควตาระหว่างประเทศพัฒนาแล้ว (Emissions Trading : ET) กลไกการดำเนินโครงการลดก๊าซร่วมกันระหว่างประเทศพัฒนาแล้ว (Joint Implementation : JI) และกลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism : CDM)

เนื่องจากรัฐคู่ภาคีในความตกลงเขตการค้าเสรีเป็นภาคีสมาชิกของพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) เพียงฝ่ายเดียว ก็คือ ซิลี แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้สัตยาบันในพิธีสารดังกล่าวแต่อย่างใด ทำให้มีเพียงประเทศซิลีฝ่ายเดียวที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) โดยกลไกตามพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) มีมาตรการทางการค้าอยู่ด้วย จึงอาจทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ในความตกลงเขตการค้าเสรีได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- พิธีสารเกียวโตกำหนดเป้าหมายในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยภาคีสมาชิกจะต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อให้การลดก๊าซเรือนกระจกตามเป้าหมายที่พิธีสารกำหนด โดยอาจใช้กลไกยืดหยุ่น หรือมาตรการอื่น ๆ ก็ได้ เช่น ในประเทศสวีเดน ได้มีการออกมาตรการบังคับทางกฎหมาย โดยกำหนดให้มีการเก็บภาษีคาร์บอน (Carbon Tax) และญี่ปุ่นได้มีการกำหนดมาตรฐานใหม่เกี่ยวกับประสิทธิภาพในการใช้น้ำมันของรถยนต์โดยกำหนดปริมาณการปล่อยก๊าซเทียบเท่ากับความสามารถของเครื่องยนต์ที่ปลดปล่อยมลพิษที่สูงสุดเท่าที่มีอยู่ในรถยนต์กลาง เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า การที่รัฐภาคีใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อบรรลุเป้าหมายตามพิธีสารเกียวโตในบางกรณีมีผลกระทบกับการค้าและการลงทุน การดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีในพิธีสารเกียวโต จะถือว่าการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนหรือไม่ จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร และควรยึดถือหลักเกณฑ์ใดเป็นหลักในการพิจารณาปัญหาข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าว

- พิธีสารเกียวโตได้สร้าง “คาร์บอนเครดิต” ขึ้นมาให้มีลักษณะเป็น “สินค้า” (Commodity) ชนิดหนึ่งที่สามารถมีการซื้อขายกันได้ในตลาดเฉพาะ การได้มาซึ่งคาร์บอนเครดิตทั้งประเภท AAUs และ CERs นั้น จะเห็นได้ว่า ทำได้เฉพาะกลุ่มประเทศที่เป็นภาคีของพิธีสารเกียวโตตาม Annex 1 และประเทศกลุ่ม Non Annex 1 เท่านั้น ทำให้มีประเด็นคำถามอยู่มากในเชิงความสัมพันธ์ระหว่างระบบการค้า (Trade Regime) กับ กลไกในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ว่า คาร์บอนเครดิตมีสถานะเป็นสินค้าหรือไม่ และถ้าถือเป็นสินค้า ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางการค้าของภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอย่างไรบ้าง อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า คาร์บอนเครดิตไม่ถือเป็นสินค้า เนื่องจากการอนุญาตให้ปล่อยก๊าซเรือนกระจก จัดไว้ให้ภาคีสมาชิกของพิธีสารเกียวโตเท่านั้น ซึ่งเป็นรูปแบบของกิจกรรมภายในของรัฐบาล จึงไม่ควรถูกประเมินให้เป็นสินค้าและบริการภายใต้กฎระเบียบของ WTO หรือความตกลงเขตการค้าเสรีใด ๆ

ปัจจุบันยังไม่ปรากฏข้อพิพาทในประเด็นนี้ และยังมีข้อสรุปที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม หากมีข้อสรุปที่ชัดเจนแน่นอนว่า คาร์บอนเครดิตถือเป็นสินค้าที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ และระเบียบทางการค้าของ WTO หรือความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ก็ย่อมจะเกิดประเด็นปัญหาว่า การซื้อขายคาร์บอนเครดิตซึ่งเป็นกลไกภายใต้พิธีสารเกียวโต จะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ทางการค้าดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel)

อนุสัญญาบาเซล มีเพียงประเทศซีลีฟายเดี่ยวนั้น ที่ได้ให้สัตยาบันเป็นภาคีสมาชิกแล้ว ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงแต่ลงนามรับรอง แต่ยังไม่ให้สัตยาบันแต่อย่างใด

อนุสัญญาบาเซลมีมาตรการทางการค้าเพื่อบรรลุป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อมอยู่ด้วย นั่นก็คือ การควบคุมการขนย้าย นำเข้า – ส่งออก กากของเสียอันตราย โดยการนำผ่าน จะต้องได้รับอนุญาตจากประเทศผู้ที่เกี่ยวข้อง และจะทำการขนย้ายได้เฉพาะระหว่างประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซลเท่านั้น อนุสัญญาบาเซลจะกำหนดรายชื่อและลักษณะกากของเสียอันตรายที่ควบคุม นอกจากนี้ ยังอนุญาตให้ประเทศต่าง ๆ กำหนดค่านิยามกากของเสียอันตรายของตนเองได้อีกทางหนึ่งด้วย

เนื่องจากมีเพียงประเทศซีลีฟายเดี่ยวนั้นที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซล แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้สัตยาบันในพิธีสารดังกล่าวแต่อย่างใด ทำให้มีเพียงประเทศซีลีฟายเดี่ยวนั้นที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาบาเซล และเนื่องจากอนุสัญญาบาเซลมีมาตรการทางการค้าอยู่ด้วย จึงอาจทำให้การใช้มาตรการทางการค้าตามอนุสัญญาบาเซลของประเทศซีลีฟายเดี่ยวนั้นขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ในความตกลงเขตการค้าเสรีได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- ในกรณีที่ประเทศซีลีฟายนำเข้า-ส่งออกกากของเสียอันตรายตามพันธกรณีในอนุสัญญาบาเซลกับประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซลด้วยตนเอง เนื่องจากอนุสัญญาบาเซลอนุญาตให้มีการขนย้ายกากของเสียอันตรายข้ามแดนได้ เฉพาะในระหว่างประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาบาเซลด้วยกันเองเท่านั้น และไม่อนุญาตให้มีการส่งออก-นำเข้ากากของเสียอันตรายจากประเทศซึ่งมิได้เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซล กรณีดังกล่าวจึงอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการจำกัดปริมาณสินค้า และเป็นการให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิ

พิเศษแก่ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลี ในขณะที่ประเทศชิลีไม่สามารถนำเข้า-ส่งออกกากของเสียอันตรายกับประเทศสหรัฐอเมริกาได้เลย เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ใช่ภาคีสมาชิกของอนุสัญญาบาเซล ดังนั้น การใช้มาตรการภายใต้อนุสัญญาบาเซล จึงอาจถูกพิจารณาว่าไม่สอดคล้องหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลีได้ และอาจถือเป็นการจำกัดการค้าด้วย

- อนุสัญญาบาเซลกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดคำนิยามของกากของเสียอันตราย (National Definitions of Hazardous Wastes ) ได้เองในแต่ละประเทศ เพื่อห้ามการนำเข้ามายังประเทศตนได้อีกด้วย ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมจากที่อนุสัญญาบาเซลได้กำหนดไว้ได้อีกด้วย การกำหนดคำนิยามดังกล่าว แน่นนอนว่าแต่ละประเทศย่อมกำหนดคำนิยามที่แตกต่างกัน อันอาจสร้างความสับสนในการค้าระหว่างประเทศได้ อีกทั้ง การกำหนดคำนิยามดังกล่าว ก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคทางการค้าอย่างหนึ่งภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวีภาคระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลีได้อีกด้วย

จากที่ได้ศึกษาความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่มีมาตรการทางการค้า จำนวน 2 ฉบับ คือ พิธีสารเกียวโต และอนุสัญญาบาเซล จะเห็นได้ว่า ปัญหากรณีที่รัฐภาคีเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) แต่รัฐภาคีอีกฝ่ายไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก ทำให้เกิดปัญหาหลายประการ โดยเฉพาะฝ่ายประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่เมื่อปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมแล้ว (MEAs) อาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีในความตกลงเขตการค้าเสรีได้ และหากเกิดเป็นข้อพิพาทและถูกตัดสินว่าละเมิดความตกลงเขตการค้าเสรีแล้ว ก็จะทำให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ประสบปัญหาในการปฏิบัติตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ตนได้ให้สัตยาบันไว้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ อาจทำได้โดยการระบุไว้ในมาตรการที่ขอยกเว้น (Non Conforming Measures : NCMs) ว่า การปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) จะต้องไม่ถูกโต้แย้งหรือฟ้องร้องภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรี เป็นต้น



ข้อพิพาทเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมและความตกลงเขตการค้าเสรีที่เคยเกิดขึ้น ได้แก่ คดี S.D. Myers ภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

#### คดี S.D. Myers VS The Government of Canada

บริษัท S.D. Myers เป็นบริษัทกำจัดของเสียในสหรัฐอเมริกา ต้องการนำเข้าสาร PCBs (Polychlorinated Biphenyls) จากแคนาดา เพื่อไปเข้ากระบวนการกำจัดที่โรงงานในสหรัฐอเมริกา

สาร PCBs เป็นสารหล่อเย็นและหล่อลื่นในหม้อแปลงไฟ และอุปกรณ์ไฟฟ้าอื่น ๆ ในปี 1977 สภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้กฎหมายควบคุมสารพิษ (The Toxic Substances Control Act : TSCA) ซึ่งห้ามการนำเข้าสาร PCBs ในเขตแดนของสหรัฐอเมริกาทั้งหมด<sup>17</sup> เนื่องจากมีการศึกษายืนยันมากมายว่า PCBs มีผลกระทบต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อม ซึ่งต่อมา ในอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel) ได้จำกัดการค้าสาร PCBs และสารพิษอื่น ๆ และส่งเสริมให้มีการกำจัดสารต่าง ๆ ในประเทศ ทั้งแคนาดาและเม็กซิโกเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว ในขณะที่สหรัฐอเมริกาไม่ยอมให้สัตยาบัน<sup>18</sup>

ในปี 1990 แคนาดาสั่งห้ามส่งออก PCBs ไปยังประเทศอื่น แต่อนุญาตให้ส่งออก PCBs ไปยังสหรัฐอเมริกาได้ โดยความเห็นชอบของ EPA (The Environmental Protection Agency)<sup>19</sup> และในสหรัฐอเมริกาเอง แม้ว่าจะมีกฎหมายห้ามการส่งออก PCBs แต่กลับมีระเบียบที่เปิดช่องให้อำนาจ EPA (The Environmental Protection Agency) ซึ่งเป็นหน่วยงานด้านพิทักษ์สิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกาใช้ดุลพินิจอนุญาตนำเข้าและส่งออกเป็นรายกรณีไป ต่อมาในเดือน

<sup>17</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, "Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban" from [www.torlys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torlys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

<sup>18</sup> กรรณิการ์ กิจติเวชกุล, "การล้มล้างประชาธิปไตยของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ", ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย- สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, หน้า 156-157

<sup>19</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, "Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban" from [www.torlys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torlys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

พฤศจิกายน ปี 1995 แคนาดาได้ประกาศห้ามการส่งออก PCBs เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีต่ออนุสัญญาบาเซล<sup>20</sup>

บริษัท S.D. Myers ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐโอไฮโอ ได้ยื่นคำร้องขออนุญาต EPA ในการนำเข้า PCBs จากแคนาดา และ EPA ได้มีหนังสืออนุญาตตามคำร้องขอของบริษัท<sup>21</sup> แต่บริษัท S.D. Myers ไม่สามารถนำเข้าสาร PCBs ได้เนื่องจากแคนาดามีคำสั่งห้ามการส่งออกสาร PCBs

วันที่ 30 ตุลาคม 1998 บริษัท S.D. Myers ได้ยื่นคำฟ้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ อ้างว่าระเบียบการห้ามส่งออกสาร PCBs ของรัฐบาลแคนาดาละเมิดข้อกำหนดของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เนื่องจากการออกกฎหมายห้ามดังกล่าวทำให้บริษัทสหรัฐอเมริกาไม่สามารถนำเข้าสาร PCBs ไปกำจัดได้ ในขณะที่บริษัทกำจัดสาร PCBs สัญชาติแคนาดายังคงดำเนินการได้ เพราะไม่ต้องส่งสารดังกล่าวข้ามพรมแดน ใน 4 ประเด็น ดังนี้<sup>22</sup>

- 1) การห้ามการส่งออกของแคนาดาเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบริษัท S.D. Myers อันเป็นการละเลยต่อการปฏิบัติในลักษณะที่เหมือนกันกับนักลงทุนในประเทศตน (หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ National Treatments : NT)
- 2) แคนาดาละเลยในการเรื่องความสามารถที่จะปฏิบัติต่อบริษัท S.D. Myers อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมตามหลักการคุ้มครองขั้นต่ำตามมาตรฐานสากล (Minimum Standard)
- 3) แคนาดากำหนดเงื่อนไขการไม่อนุญาตต่อสินค้าและบริการของแคนาดา โดยกำหนดว่า PCBs จะถูกกำจัด/จัดการในแคนาดา เป็นการกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติในการลงทุน (Performance Requirements)
- 4) การห้ามการส่งออก PCBs ของแคนาดาเป็นการกระทำที่เทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สิน (Expropriation)

<sup>20</sup> กรรณิการ์ กิจติเวชกุล, “การล้มล้างประชาธิปไตยของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ”, ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, หน้า156-157

<sup>21</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, “Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban” from [www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

<sup>22</sup> Ibid.

ในขณะที่แคนาดาโต้แย้งว่า ทุกบริษัทอยู่ในเงื่อนไขที่ห้ามการส่งออกเหมือนกันหมดอย่างเท่าเทียม คำสั่งห้ามการส่งออกสาร PCBs เป็นกฎหมายอย่างเดียวกันที่ทุกคนจะต้องปฏิบัติตามอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีใครได้รับอนุญาตให้ส่งออก PCBs ดังนั้น จึงไม่มีการเลือกปฏิบัติ และแคนาดาในฐานะที่ได้ลงนามในอนุสัญญาบาเซล แคนาดามีสิทธิ์ที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซล ซึ่งจะต้องแน่ใจว่าในประเทศนั้นสามารถกำจัด PCBs อย่างถูกวิธีเพียงพอ

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การออกคำสั่งห้ามการส่งออกสาร PCBs ของแคนาดาเป็นการละเมิดมาตรา 1102 (National Treatment : NT) ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA)<sup>23</sup> เนื่องจากการห้ามการส่งออกของแคนาดาดูเหมือนว่าจะให้ประโยชน์กับบริษัทแคนาดามากกว่าบริษัทที่ไม่ใช่แคนาดา และในทางปฏิบัติยังมีผลสร้างประโยชน์ที่ไม่เหมาะสมให้กับแคนาดาอีกด้วย<sup>24</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาถึงแรงจูงใจทางอ้อม โดยเห็นว่าแคนาดามีแรงจูงใจในการปกป้องอุตสาหกรรมในประเทศ ต้องการที่รักษาไว้ซึ่งความสามารถในการผลิต PCBs ภายในแคนาดาในอนาคต โดยเป้าหมายก็คือการไม่ส่งออก<sup>25</sup>

นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังได้วินิจฉัยว่า แคนาดามีสิทธิ์ที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาบาเซล แต่การปฏิบัติตามพันธกรณิดังกล่าวจะต้องเป็นทางเลือกที่เจาะจงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาบาเซล โดยปราศจากการจำกัดทางการค้าและการอุดหนุนโดยแคนาดาและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการจัดหา PCBs ให้อุตสาหกรรมของแคนาดาด้วย<sup>26</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจของแคนาดาที่กำหนดห้ามการส่งออก PCBs ไกลเกินไปสำหรับผลประโยชน์ด้านสิ่งแวดล้อม เพราะแคนาดามีทางเลือกที่เท่าเทียม มีประสิทธิภาพและสมเหตุสมผลมากกว่าด้วยการละเมิดความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกา

<sup>23</sup> Partial Award, In a Nafta Arbitration under the UNICITRAL Rules, S.D. Myers, Inc. and Government of Canada, from [http://www.naftaclaims.com/disputes\\_canada\\_sdmyers.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm)

<sup>24</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, "Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban" from [www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

<sup>25</sup> Partial Award, In a Nafta Arbitration under the UNICITRAL Rules, S.D. Myers, Inc. and Government of Canada, from [http://www.naftaclaims.com/disputes\\_canada\\_sdmyers.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm)

<sup>26</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, "Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban" from [www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

เหนือ (NAFTA) น้อยที่สุด<sup>27</sup> โดยรัฐบาลแคนาดาสามารถหาวิธีการอื่นได้ เช่น อาจสนับสนุนให้บริษัท S.D. Myers outsource ให้ทางบริษัทในแคนาดาเป็นผู้กำจัดสาร PCBs แทนได้ ซึ่งก็จะมีปัญหาการส่งสาร PCBs ข้ามเขตแดน อันเป็นผลให้ไม่เป็นการละเมิดอนุสัญญาบาเซล แต่ขณะเดียวกันก็ไม่ต้องละเมิดการคุ้มครองการลงทุนด้วย<sup>28</sup>

ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงสรุปว่า การออกคำสั่งห้ามการส่งออกสาร PCBs มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบริษัทของสหรัฐอเมริกาและบริษัทของแคนาดา อันเป็นการละเมิดมาตรา 1102 (National Treatment : NT) และการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการปฏิบัติขั้นต่ำ ตามมาตรา 1105 (Minimum Standard) ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) อีกด้วย<sup>29</sup> แต่อย่างไรก็ตามคำสั่งห้ามการส่งออกสาร PCBs ดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการยึดทรัพย์หรือเทียบเท่าการยึดทรัพย์แต่อย่างใด ให้รัฐบาลแคนาดาจ่ายค่าชดเชยให้บริษัท S.D Myers เป็นเงินจำนวนทั้งสิ้น 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ

จะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยคดีข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญกับเรื่องการลงทุนมากกว่าเรื่องสิ่งแวดล้อม โดยการวินิจฉัยว่า รัฐสามารถใช้มาตรการเพื่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมได้ แต่ต้องไม่กระทบการค้าและการลงทุน ในทางกลับกันก็หมายความว่า รัฐใช้มาตรการส่งเสริมการลงทุนซึ่งมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ สาเหตุที่คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยคดีข้อพิพาทโดยให้ความสำคัญกับเรื่องการลงทุนมากกว่าเรื่องสิ่งแวดล้อมอาจเป็นเพราะการฟ้องคดีเริ่มต้นมาจากบทบัญญัติเรื่องการลงทุน ไม่ใช่เรื่องสิ่งแวดล้อม อีกทั้งบทบัญญัติเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) เอง ก็เป็นเพียงเอกสารแนบท้ายความตกลง (Side Agreement) เท่านั้น ดังนั้น หากข้อความในเอกสารแนบท้ายขัดแย้งกับข้อความในความตกลง ก็ย่อมต้องใช้ข้อความในความตกลงเป็นหลัก นอกจากนี้ ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีดังกล่าว ก็ไม่มีการแสวงหาข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อมเท่าที่ควร

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, “โครงการ “การศึกษาทบทวนด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Review) เพื่อเตรียมความพร้อมในการเจรจาเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา” , สถาบันธรรมรัฐเพื่อการพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม, ธันวาคม 2550, ภาคผนวก ก.

<sup>29</sup> Partial Award, In a Nafta Arbitration under the UNICITRAL Rules, S.D. Myers, Inc. and Government of Canada, from [http://www.naftaclaims.com/disputes\\_canada\\_sdmyers.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm)

ในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี ข้อบทเรื่องการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution) ได้บัญญัติให้อนุญาตตุลาการสามารถแสวงหาข้อมูลหรือคำแนะนำทางเทคนิคในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับแรงงาน สิ่งแวดล้อม สุขภาพ และความปลอดภัย และเรื่องทางเทคนิคอื่น ๆ อีกด้วย ดังนั้น หากเกิดกรณีพิพาทในลักษณะนี้ในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี ก็อาจจะมีการพิจารณาคดีโดยรับฟังข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อมมากขึ้นก็ได้

และการที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า รัฐภาคีสามารถบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองควบคุมสิ่งแวดล้อมอย่างเข้มงวดภายในประเทศได้<sup>30</sup> แต่ต้องไม่กระทบต่อหลักของการค้าและการลงทุนนั้น ซึ่งในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเสนอว่า รัฐบาลแคนาดาอาจสนับสนุนให้บริษัท S.D. Myers outsource ให้ทางบริษัทในแคนาดาเป็นผู้กำจัดสาร PCBs แทนได้นั้น ซึ่งหมายความว่า หากรัฐบาลแคนาดาจะปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เพื่อให้ตนสามารถปฏิบัติตามทั้งพันธกรณีในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) และความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) อันเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้นักลงทุนฟ้องอีกด้วย<sup>31</sup> ซึ่งก็น่าคิดว่า เป็นการเหมาะสมและสมควรหรือไม่ ที่มาตรการใด ๆ ที่ออกมาเพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องมีการใช้จ่ายเพื่อป้องกันการถูกฟ้องจากนักลงทุนเอกชน หากเป็นเช่นนั้น มาตรการในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมย่อมมีต้นทุนสูงขึ้น และด้วยค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนดังกล่าวย่อมทำให้การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทำได้ยากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผลจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ ที่ตัดสินว่า การห้ามการส่งออกสาร PCBs ของแคนาดาเป็นการละเมิดความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ย่อมส่งผลให้การมีมาตรการหรือคำสั่งใด ๆ เกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายกากของเสียจะถูกตรวจสอบและจับตามองอย่างเข้มงวด อีกทั้งตลาดการขนย้ายกากของเสียข้ามแดนจะเป็นไปในลักษณะการค้าเชิงรุกและเข้มข้นมากขึ้น สินค้าทั้งที่เป็นของเสียและที่ไม่ใช่ของเสียจะถูกขนย้าย

<sup>30</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, "Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban" from [www.torlys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torlys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

<sup>31</sup> สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, "โครงการ "การศึกษาทบทวนด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Review) เพื่อเตรียมความพร้อมในการเจรจาเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา", สถาบันธรรมรัฐเพื่อการพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม, ธันวาคม 2550, ภาคผนวก ก.

ข้ามแดน แต่ไม่ได้มีผลจำกัดการขนย้ายกากของเสียข้ามแดนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายในแต่อย่างใด<sup>32</sup>

กรณีข้อพิพาทดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงประเด็นความขัดแย้งกันระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีในข้อบทเรื่องการลงทุนและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) และเนื่องจากข้อบทเรื่องการลงทุนของสหรัฐและซีดีมีความคล้ายคลึงกับความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ดังนั้น ลักษณะของข้อพิพาทที่เคยเกิดขึ้นภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ก็ย่อมมีโอกาสเกิดขึ้นในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดีได้เช่นกัน

และตามข้อเสนอแนะของคณะอนุญาโตตุลาการ หากจะไม่ให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีในข้อบทเรื่องการลงทุนและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ก็จำเป็นจะต้องมีการดำเนินการบางอย่างเพิ่มเติม ซึ่งแน่นอนว่าจะต้องมีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการดำเนินการด้วย

การป้องกันความขัดแย้งระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีในข้อบทเรื่องการลงทุนและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) หากมีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในการดำเนินการ ก็มีข้อสังเกตว่า ไม่น่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่ถูกต้อง เพราะค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่จ่ายไป ก็ไม่แน่ว่าจะคุ้มค่ากับสิ่งที่ได้มาหรือไม่ จึงไม่น่าจะเป็นทางออกที่ถูกต้องนัก

ดังนั้น การมีบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีในข้อบทเรื่องการลงทุนและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ชัดเจน น่าจะเป็นทางออกที่ดี

ในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดีไม่ได้มีการกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไร้แต่อย่างใด จะมีบัญญัติกล่าวถึง ก็เฉพาะในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในมาตรา 19.9 เท่านั้น ที่รับรองถึงความสำคัญของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) และจะนำเอาผลการเจรจา ตาม Paragraph 31 (i) ของปฏิญญารัฐมนตรี WTO ในการเจรจาอบโดฮามาปรึกษาหารือกัน เพื่อปรับใช้กับความตกลงเขตการค้าเสรีต่อไป ซึ่งบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวก็

<sup>32</sup> Jeffrey B. Gracer and Robert Mansell, "Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban" from [www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf](http://www.torys.com/publications/pdf/AR200-5N.pdf)

มีความไม่ชัดเจนหลายประการ อีกทั้งไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเรื่องการลงทุนและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไว้แต่อย่างใด

ดังนั้น หากเกิดกรณีพิพาทระหว่างข้อบทเรื่องการลงทุนภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและชิลีกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ก็ มีแนวโน้มว่าจะมีการตัดสินคดีดังเช่นกรณีคดี S.D. Myers.

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการทำความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี เป็นการเจรจาทำความตกลงในลักษณะที่เป็น Negative List ที่ให้ประเทศคู่ภาคีระบุสาขาการค้าการลงทุนที่ยังไม่พร้อมจะเปิดเสรีไว้ในมาตรการที่ขอยกเว้น (Non Conforming Measures : NCMs) ได้ ประเทศภาคีที่เป็นภาคีในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ดังเช่นประเทศชิลีอาจจะระบุไว้ในมาตรการที่ขอยกเว้นได้ว่า ในกรณีที่ประเทศชิลีปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งหมายความว่า การปฏิบัติตาม MEAs จะไม่ถูกนักลงทุนต่างชาติฟ้องนั่นเอง การระบุเช่นนี้ไว้ในมาตรการที่ขอยกเว้น ก็จะช่วยแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีในข้อบทเรื่องการลงทุนและความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ได้

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ด้วยความตระหนักและเห็นความสำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อม ประเทศต่าง ๆ จึงได้พยายามร่วมมือกันในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยได้มีการทำความตกลงพหุภาคีสิ่งแวดล้อม (MEAs) ขึ้นหลายฉบับ และได้มีการบรรจุเรื่องสิ่งแวดล้อมไว้ในความตกลงเขตการค้าเสรีด้วยเช่นกัน โดยในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลีได้บัญญัติเรื่องสิ่งแวดล้อมไว้ในข้อบทที่ 19 แต่เนื่องจากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมถูกบัญญัติไว้ในความตกลงเขตการค้าเสรีซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ที่การค้าและการลงทุนซึ่งมีแนวความคิดและหลักการแตกต่างกัน อีกทั้งบทบัญญัติในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีความไม่ชัดเจนหลายประการ ทำให้การบังคับใช้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้เท่าที่ควร

จากการศึกษาพบว่า ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีปัญหาความไม่ชัดเจนหลายประการ ได้แก่

- บทบัญญัติที่กำหนดให้กฎหมายของรัฐคู่ภาคีจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง (High levels of environmental protection) โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) อันเป็นเกณฑ์ที่เป็นตัวชี้วัดว่ากฎหมายรัฐคู่ภาคีมีการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงแล้วหรือไม่ และเมื่อเปรียบเทียบกับข้อบทเรื่องการลงทุน จะเห็นได้ว่า มีการบัญญัติมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ไว้ โดยในมาตรา 10.4 บัญญัติว่า รัฐคู่ภาคีจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ และถึงแม้ว่า ความตกลง TBT และ SPS ภายใต้ WTO ที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกอยู่จะกำหนดให้การใช้มาตรการต่าง ๆ ของแต่ละประเทศจะต้องเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งอาจนำมาเป็นเกณฑ์ในการชี้วัดการปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก็ตาม แต่เนื่องจากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่ได้บัญญัติเพียงแค่นี้ให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับมาตรฐานระหว่างประเทศเท่านั้น แต่บัญญัติให้รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงเพียงอย่างเดียว ซึ่งก็เกิดประเด็นปัญหาว่า



กฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง จะมีระดับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศหรือไม่ เพียงใด ดังนั้น การที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมบัญญัติให้รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง จึงไม่มีความชัดเจน

- บทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องไม่ล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ (To effectively enforce its environmental laws,.....) จะเห็นได้ว่า การบัญญัติให้บังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ได้บัญญัติแนวทางหรือรายละเอียดในการตีความคำว่า “ประสิทธิภาพ” ไว้แต่อย่างใด โดยเมื่อพิจารณาข้อบทเรื่องการลงทุนจะเห็นว่า แม้ไม่ได้มีการบัญญัติให้บังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ แต่กลไกและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อยู่ในข้อบทเรื่องลงทุนล้วนนำไปสู่การคุ้มครองการลงทุนที่ทำได้จริง เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) หลักการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) เป็นต้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความตกลงแนบท้าย (Side Agreement) ของความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมระหว่างรัฐบาลแคนาดา รัฐบาลเม็กซิโก และรัฐบาลสหรัฐอเมริกา (North American Agreement on Environmental Cooperation between The Government of Canada, The Government of the United Mexican States and the Government of the United of America) จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพเช่นกัน แต่มีกำหนดรายละเอียดและแนวทางเกี่ยวกับกับบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าที่กำหนดไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีดี เช่น กำหนดให้ต้องมีการแต่งตั้งและการอบรมผู้ตรวจสอบ การตรวจสอบให้เป็นไปตามพันธกรณี และการสืบสวนกรณีที่น่าสงสัยว่าจะมีการละเมิด การเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นไปตามพันธกรณี การเผยแพร่เอกสารเกี่ยวกับกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย การสนับสนุนให้มีการตรวจสอบด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ดังนั้น ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ซึ่งบัญญัติเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพจึงมีความชัดเจนกว่าข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับซีดี เนื่องจากมีการกำหนดรายละเอียดที่เป็นแนวทางในการตีความเรื่องการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่ข้อบท

เรื่องสิ่งแวดล้อมระหว่างสหรัฐอเมริกาและซีลีไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดในลักษณะดังกล่าว

- บทบัญญัติที่กำหนดให้มีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยจะต้องไม่ยกเว้นหรือผ่อนปรนมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อสนับสนุนกิจกรรมการลงทุน (it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws...) บทบัญญัตินี้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องไม่ผ่อนปรนกฎหมายสิ่งแวดล้อม เพื่อสนับสนุนการลงทุน แต่บทบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่รัฐภาคีไม่ได้ผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่กลับเพิ่มระดับความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนอ่อนแอลง กรณีเช่นนี้ ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนว่า หากเกิดกรณีเช่นนี้จะตัดสินอย่างไร

- ความขัดแย้งกันระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมไม่ได้มีการบัญญัติลำดับศักดิ์ในการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมขัดแย้งกับข้อบทอื่น ๆ ใดแต่อย่างใด แต่ปรากฏอยู่ในข้อบทเรื่องการลงทุน ที่กำหนดให้ข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทเรื่องการลงทุนในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันขึ้น ดังนั้น หากข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมขัดแย้งกับข้อบทเรื่องการลงทุน ตามบทบัญญัติในข้อบทเรื่องการลงทุน ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมย่อมมีผลการบังคับใช้เหนือกว่า

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์การบังคับใช้กฎหมายระหว่างข้อบทเรื่องการลงทุนและข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม แต่การบัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์ในการบังคับใช้กฎหมายไว้ในข้อบทเรื่องการลงทุนไม่อาจแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมกับข้อบทอื่น ๆ ได้ รวมถึงข้อบทเรื่องการลงทุนด้วย เนื่องจากถึงแม้ว่าข้อบทเรื่องการลงทุนจะบัญญัติให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีผลบังคับใช้เหนือกว่า แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีแล้ว ปรากฏว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการค้าและการลงทุนทั้งสิ้น ดังนั้น หากเกิดข้อพิพาทระหว่างสิ่งแวดล้อมและการค้าขึ้นภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรี ก็ย่อมจะต้องตีความตามวัตถุประสงค์นั่นเอง ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมจึงไม่ได้มีผลบังคับใช้เหนือกว่าข้อบทเรื่องการลงทุนดังที่ระบุไว้ในข้อบทเรื่องการลงทุนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ กรณีที่ข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อมขัดแย้งกับข้อบทรอื่น ๆ นอกเหนือจากข้อบทรเรื่องการลงทุน การที่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์ในข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อม ทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ ว่าข้อบทรใดมีค่าการบังคับใช้เหนือกว่า

- บทบัญญัติในข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements : MEAs)

ในข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อม ได้รับรองถึงความสำคัญของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) โดยกำหนดเงื่อนไขให้รัฐคู่ภาคีจะต้องใช้มาตรการทางการค้าอย่างเหมาะสมในความตกลง เพื่อบรรลุเป้าหมายทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งไม่เป็นที่ชัดเจนว่า มาตรการทางการค้าที่เหมาะสมคืออย่างไร มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไรบ้าง และยังได้บัญญัติรับรอง Paragraph 31 (i) ของปฏิญญาโดฮา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติตามอนุสัญญาพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ต่าง ๆ โดยเฉพาะพันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง (Specific Trade Obligation : STO) ว่ามีความสอดคล้องกับกฎระเบียบทางการค้าภายใต้ WTO อย่างไร โดยรัฐคู่ภาคีตกลงกันที่จะนำผลการเจรจาดังกล่าวมาปรึกษาหารือกัน เพื่อปรับใช้กับความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปาคีนี้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผลการเจรจาหรือเพื่อหาความสัมพันธ์ดังกล่าวยังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนแน่นอน ทำให้การบัญญัติรับรองเอาผลการเจรจามาปรับใช้ไม่มีความชัดเจนไปด้วย

นอกจากนี้ ข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อมได้บัญญัติรับรองเฉพาะกรณีที่รัฐคู่ภาคีทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เท่านั้น โดยได้กล่าวไว้ในอารัมภบทของข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อม และในข้อบทรื่องสิ่งแวดล้อมที่รับรองเฉพาะความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกร่วมกันเท่านั้น

แต่ในกรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีสมาชิกความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) แต่เพียงฝ่ายเดียว รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ด้วย กรณีนี้ในข้อบทรไม่ได้บัญญัติไว้ว่า จะใช้หลักเกณฑ์ใดบังคับแก่กรณีดังกล่าว ซึ่งก็จะทำให้เกิดปัญหาขึ้น ทำให้รัฐภาคีฝ่ายเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไม่สามารถดำเนินมาตรการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ได้ หากมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบขัดหรือแย้งกับข้อบทรเรื่องการลงทุนในเขตการค้าเสรี ซึ่งก็จะถูกกล่าวหาว่าละเมิดข้อบทรเรื่องการลงทุนและอาจถูกฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายจำนวนมหาศาลอีกด้วย

กรณีดังกล่าวนี้ เท่ากับเป็นการจำกัดหรือยกเลิกสิทธิที่จะใช้มาตรการหรือเครื่องมือต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ของรัฐฝ่ายนั้น ๆ ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ไม่สามารถปฏิบัติพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ได้ เนื่องจากการปฏิบัติเหล่านั้นอาจจะขัดแย้งกับข้อกำหนดเรื่องต่าง ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรีได้ โดยเฉพาะในข้อบทเรื่องการลงทุน และยังคงอาจต้องประสบปัญหาจากการถูกกล่าวหาว่าละเมิด ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้อีกด้วย

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่รัฐภาคีเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) เช่น

กรณีของพิธีสารเกียวโตกำหนดเป้าหมายในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยภาคีสมาชิกจะต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อให้การลดก๊าซเรือนกระจกตามเป้าหมายที่พิธีสารกำหนด โดยอาจใช้กลไกยืดหยุ่น หรือมาตรการอื่น ๆ ก็ได้ การใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อบรรลุเป้าหมายตามพิธีสารเกียวโตในบางกรณีมีผลกระทบกับการค้าและการลงทุน ดังนั้น การดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีในพิธีสารเกียวโต จะถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีด้านการค้าและการลงทุนได้

กรณีของอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal : Basel) ที่บัญญัติควบคุมการขนย้าย นำเข้า – ส่งออกกากของเสียอันตราย โดยอนุญาตให้มีการขนย้ายกากของเสียอันตรายข้ามแดนได้ เฉพาะในระหว่างประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาบาเซลด้วยกันเองเท่านั้น จึงอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการจำกัดปริมาณสินค้า และเป็นการให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษแก่ประเทศอื่นได้ ซึ่งอาจขัดกับข้อบทเรื่องการลงทุนภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีได้

นอกจากนี้อนุสัญญาบาเซลยังอนุญาตให้ประเทศต่าง ๆ กำหนดค่านิยมกากของเสียอันตรายของตนเองได้อีกทางหนึ่งด้วย แต่ละประเทศย่อมกำหนดค่านิยมที่แตกต่างกัน การกำหนดค่านิยมดังกล่าว อาจถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคทางการค้าอย่างหนึ่งภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีได้เช่นกัน

จะเห็นได้ว่า การที่รัฐภาคีเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ทำให้เกิดปัญหาหลายประการ โดยเฉพาะฝ่ายประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่เมื่อปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมแล้ว อาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีในความตกลงเขตการค้าเสรี และทำให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ประสบปัญหาในการปฏิบัติตามความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ตนได้ให้สัตยาบันไว้อีกด้วย

ดังนั้น เพื่อป้องกันกรณีปัญหาข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้น ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมควรบัญญัติกำหนดให้ชัดเจนครอบคลุมถึงกรณีที่รัฐคู่ภาคีเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ทำให้การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเท่าที่ควร ดังนั้น จึงเห็นควรบัญญัติข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมให้มีความชัดเจนในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

- ควรกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม โดยอาจกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศหรืออื่น ๆ ก็ได้ แทนการบัญญัติให้รัฐคู่ภาคีมีกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูง เนื่องจากการบัญญัติให้มีกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงไม่อาจเป็นเกณฑ์ในการชี้วัดการปฏิบัติตามพันธกรณีได้ การบัญญัติกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติไว้จะมีความชัดเจนมากกว่า
- ควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องไม่ล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่ารัฐภาคีได้มีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพแล้วหรือไม่ อย่างไร

- นอกจากบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยจะต้องไม่ยกเว้นหรือผ่อนปรนมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อสนับสนุนกิจกรรมการลงทุน ควรมีการบัญญัติถึงกรณีที่เพิ่มระดับความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ให้กฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงและมีการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจส่งผลกระทบทำให้การค้าและการลงทุนอ่อนแอลง ว่ารัฐภาคีสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร เพื่อให้บทบัญญัตินี้มีความชัดเจนและครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ มากขึ้น
- ควรมีการกำหนดลำดับศักดิ์การบังคับใช้กฎหมายระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ ไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมีความชัดเจน ซึ่งเป็นผลดีกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมมากกว่าการบัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์การบังคับใช้กฎหมายไว้ในข้อบทเรื่องการลงทุน นอกจากนี้ ในวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรี ควรมีระบุถึงวัตถุประสงค์ในด้านสิ่งแวดล้อมด้วย เพื่อป้องกันการตีความคุ้มครองการค้าและการลงทุนเพียงอย่างเดียว
- ควรมีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) กับความตกลงเขตการค้าเสรี ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยบัญญัติถึงกรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ด้วย และระบุให้ชัดเจนว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ ในความตกลงเขตการค้าเสรีจะมีผลต่อการจำกัดสิทธิของรัฐคู่ภาคี หรือมีผลต่อการขัดขวาง สร้างอุปสรรคในการปฏิบัติของรัฐคู่ภาคีที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) หรือจะเป็นสมาชิกในอนาคต หรือไม่ เพียงใด

อย่างไรก็ตาม การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) กับความตกลงเขตการค้าเสรีให้ชัดเจนเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก แต่รัฐคู่ภาคีอาจจะแก้ไขปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว โดยการระบุให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ซึ่งขัดแย้งกับความตกลงเขตการค้าเสรี เป็นมาตรการที่ขอยกเว้น

(Non Conforming Measures : NCMs) ได้ ซึ่งก็เป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาข้อพิพาทได้ทางหนึ่ง

สำหรับประเทศไทย หากจะทำความเข้าใจความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกา ย่อมคาดหมายได้ว่า ข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมที่จะตกลงกัน น่าจะมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมที่สหรัฐอเมริกาเคยทำไว้กับประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศชิลี ซึ่งเป็นประเทศที่มีสภาพสังคม เศรษฐกิจ และระดับการพัฒนาประเทศใกล้เคียงกับประเทศไทย

ดังนั้น ผลจากการศึกษาข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมในความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลีว่ามีความไม่ชัดเจนหลายประการ ก็จะเป็นประโยชน์สำหรับประเทศไทยในการเตรียมความพร้อมเพื่อเจรจากับสหรัฐอเมริกา โดยประเทศไทยควรเจรจากับสหรัฐอเมริกาโดยคำนึงถึงประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ยังไม่มีความชัดเจน กล่าวคือ ควรมีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ในการปฏิบัติสำหรับกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม เพื่อป้องกันกรณีปัญหาที่จะได้เถียงกันว่า กฎหมายของแต่ละประเทศมีมาตรฐานการคุ้มครองที่เป็นไปตามพันธกรณีแล้วหรือไม่ อย่างไร ควรมีการกำหนดรายละเอียดและกฎเกณฑ์ที่จะใช้เป็นแนวทางในการชี้วัดว่า การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพแล้วหรือไม่ อย่างไร ควรมีบทบัญญัติที่มีความชัดเจนครอบคลุมถึงกรณีกรณีการเพิ่มระดับความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ซึ่งส่งผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนอ่อนแอลงว่า รัฐบาลสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร ควรมีการบัญญัติกำหนดลำดับศักดิ์การบังคับใช้กฎหมายระหว่างข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมและข้อบทอื่น ๆ ไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อม และระบุเรื่องสิ่งแวดล้อมไว้ในวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรี และควรมีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) กับความตกลงเขตการค้าเสรีให้ชัดเจน หรืออาจระบุไว้ในมาตรการที่ขอยกเว้น (Non Conforming Measures : NCMs) ก็ได้

ประเทศไทยอาจตกลงเจรจากับประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ยังไม่มีความชัดเจน โดยอาจจะตกลงบัญญัติไว้ในข้อบทเรื่องสิ่งแวดล้อมเอง หรืออาจตกลงร่วมกันโดยทำเป็นบันทึกความเข้าใจ (MOU) และประเด็นปัญหาใดที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดความขัดแย้งก็สามารถระบุไว้เป็นมาตรการที่ขอยกเว้นได้ (Non Conforming Measures : NCMs) เพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมีความชัดเจนยิ่งขึ้น และเป็นการป้องกันกรณีปัญหาข้อ

พิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ ทั้งยังมีผลทำให้การบังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมใน  
ความตกลงเขตการค้าเสรีประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติยิ่งขึ้นอีกด้วย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

เศรษฐกิจการพาณิชย์,กรม. การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคต่างๆ. [Online] แหล่งที่มา :  
[www.moc.go.th/thai/dbe/bilateral/speech/grp\\_eco.htm](http://www.moc.go.th/thai/dbe/bilateral/speech/grp_eco.htm)

กรรณิการ์ กิจติเวชกุล. การล้มล้างประชาธิปไตยเพื่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ บทเรียนจากเขต  
การค้าเสรีอเมริกาเหนือ. ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อ  
ประเทศไทย, 147. นนทบุรี : กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรี, 2547.

กอบกุล ราชะนาคร. กฎหมายกับการจัดการทรัพยากรในลุ่มแม่น้ำโขง. [Online] แหล่งที่มา :  
[www.pantown.com/board.php?id=2589&area=1&name=board1&topic=4&action=view](http://www.pantown.com/board.php?id=2589&area=1&name=board1&topic=4&action=view)

การค้าและสิ่งแวดลอมในกรอบ WTO. [Online] แหล่งที่มา : [www.apecthai.org/index.php?lang=th&menu=8&style=journal&jaction=detail&id=595&mo=09&yr=2005](http://www.apecthai.org/index.php?lang=th&menu=8&style=journal&jaction=detail&id=595&mo=09&yr=2005)

การเจรจาการค้าและสิ่งแวดลอม. [Online] แหล่งที่มา : [www.dtn.moc.go.th/web/8/126/127/239/web-MEAS.asp?G\\_id=239&f\\_id=4415](http://www.dtn.moc.go.th/web/8/126/127/239/web-MEAS.asp?G_id=239&f_id=4415)

ข้อตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ. [Online] แหล่งที่มา : [www.tei.or.th/meap/MEA\\_main.html](http://www.tei.or.th/meap/MEA_main.html)

ความหมายเขตการค้าเสรี. [Online] แหล่งที่มา : [www.thainews.prd.go.th/FTA/fta.html](http://www.thainews.prd.go.th/FTA/fta.html)

โครงการวิจัย WTO. WTO : ฐานทรัพยากร. [Online] แหล่งที่มา : [www.measwatch.org/autopage/file/wto\\_report.pdf](http://www.measwatch.org/autopage/file/wto_report.pdf)

ฐานข้อมูลตึกสากลด้านสิ่งแวดลอม. [Online] แหล่งที่มา : [www.tei.or.th/measp/index.htm](http://www.tei.or.th/measp/index.htm)

ณัฐวุฒิ ลักษณะบัญญัติกุล. 7 ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับการทำความตกลงการค้าเสรี (FTA).  
[Online] แหล่งที่มา : [www.ftadigest.com/articleFTAMisunderstood.html](http://www.ftadigest.com/articleFTAMisunderstood.html)

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. ความเป็นมาเกี่ยวกับการจัดทำเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา. สรชัย  
จำเนียรดำรงการ, ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย, 3. นนทบุรี : กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรี, 2547.

ดุสิต สุนทร. เขตการค้าเสรี สหรัฐฯ-สิงคโปร์ : บทเรียนอันมีค่าสำหรับไทย. [Online] แหล่งที่มา :  
[www.thailandwto.org/BBo/DocwtoList.asp?DT=P](http://www.thailandwto.org/BBo/DocwtoList.asp?DT=P)

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคนอื่น ๆ. การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs  
ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา : รายงานฉบับสมบูรณ์.  
กรุงเทพมหานคร , สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2548.

ทิวรัตน์ ลาภวิไล, ประภาภรณ์ ชื้อเจริญกิจ และเอกพล จงวิไลวรรณ. ข้อมูลเปรียบเทียบ  
ข้อตกลงเขตการค้าเสรี US-Chile FTA US-Singapore FTA และ US-Australia FTA.  
1,000 เล่ม. พิมพ์ครั้งที่ 1. เอกสารข้อมูลหมายเลข 3 โครงการ WTO Watch.  
กรุงเทพมหานคร : เฟื่องฟ้า, 2547.

นิพนธ์ ตั้งธรรม. การจัดการลุ่มน้ำในศตวรรษที่ 21. [Online] แหล่งที่มา : [www.conservation.forest.ku.ac.th/home/research/research\\_staff/nipon/WSM\\_CENTURY\\_21.pdf](http://www.conservation.forest.ku.ac.th/home/research/research_staff/nipon/WSM_CENTURY_21.pdf)

นิรมล สุธรรมกิจ. มาตรฐานสิ่งแวดล้อมกับระเบียบการค้าระหว่างประเทศ. จำนวน 1,000 เล่ม.  
พิมพ์ครั้งที่ 1. เอกสารวิชาการหมายเลข 2 โครงการ WTO Watch. กรุงเทพมหานคร : โรง  
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

นันทพล กาญจนวัฒน์. แนวความคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่าง  
ประเทศ : ศึกษากรณีตัวอย่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์. การเมืองของการเจรจา FTA ในประเด็นสิ่งแวดล้อม : กรณี FTA  
สหรัฐอเมริกา. [Online] แหล่งที่มา : [www.measwatch.org/autopage/download.php?id=2972](http://www.measwatch.org/autopage/download.php?id=2972) –

บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์. โจทย์ของประเทศไทยในเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อม : มุมมองและบทวิเคราะห์ในภาพรวม. [Online] แหล่งที่มา : [www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=7&s\\_id=6&d\\_id=1](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=7&s_id=6&d_id=1)

ปาริณา ศรีวณิชย์. กลไกการพัฒนาที่สะอาดและคาร์บอนเครดิต ภายใต้พิธีสารเกียวโต : ทำอย่างไรไม่ให้ไทยเสียประโยชน์. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25 ฉบับที่ 3 : 47-66.

พรชัย ด่านวิวัฒน์. กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544.

พรพนทิพย์ วัฒนกิจการ. WTO กับสิ่งแวดล้อม : เน้นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต). การพัฒนาที่ยั่งยืน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโกมลคีมทอง, 2549.

พิธีสารเกียวโตของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ. [Online] แหล่งที่มา : [www.onep.go.th/CDM/KyotoProtocolText\\_Thai.pdf](http://www.onep.go.th/CDM/KyotoProtocolText_Thai.pdf)

พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol). [Online] แหล่งที่มา : [www.diw.go.th/treaty/](http://www.diw.go.th/treaty/)

มณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ. หลักการค้าเสรีของแอกต์กับการคุ้มครองทรัพยากรร่วม : ศึกษากรณีคดี TUNA-DOLPHIN. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

มิ่งสรรพ์ ชาวสะอาด และพิสมัย ภูริสินสิทธิ์ เอี่ยมสกุลรัตน์. การค้า VS ปัญหาสิ่งแวดล้อมจากแอกต์ถึงองค์การการค้าโลก. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2538.

มีนา พิทยโสภณกิจ และปรกรณ์ จารุตระกูลชัย. ภาวะโลกร้อน. [Online] แหล่งที่มา : [www.eeat.or.th/teem/3-6-greemstory.pdf](http://www.eeat.or.th/teem/3-6-greemstory.pdf)

- มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. โครงการวิจัย การค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐ. [Online] แหล่งที่มา : [www.thaifita.com/trade/study/fta14/pdf](http://www.thaifita.com/trade/study/fta14/pdf)
- วงศ อภัยวงศ์. พิธีสารเกี่ยวโต : สิ่งให้เห็นและเป็นอยู่ (1). มติชนรายสัปดาห์ ปีที่ 25 ฉบับที่ 1283 (วันที่ 18 มีนาคม 2548) : 30. [Online] แหล่งที่มา : [www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm](http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm)
- วงศ อภัยวงศ์. พิธีสารเกี่ยวโต : สิ่งให้เห็นและเป็นอยู่ (จบ). มติชนรายสัปดาห์ ปีที่ 25 ฉบับที่ 1284 (วันที่ 25 มีนาคม 2548) : 75. [Online] แหล่งที่มา : [www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm](http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q1/article2005march18p14.htm)
- วิกานดา อรุณสกุล. ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและซีดี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- วุฒิ หวังวัชรกุล. การปลูกป่าเพื่อเครดิตคาร์บอนตามพิธีสารเกี่ยวโต. [Online] แหล่งที่มา : [www.forest.go.th/silvic/WP\\_Publications/Paper\\_SVGPub\\_PDF/ForestDiscussSem2545/g1t7.pdf](http://www.forest.go.th/silvic/WP_Publications/Paper_SVGPub_PDF/ForestDiscussSem2545/g1t7.pdf)
- ศักดิ์ ธนิตกุล. ผลกระทบด้านกฎหมายต่อสินค้าและบริการของไทยจากการขยายสมาชิกภาพของสหภาพยุโรป. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 : 61-124.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. ภาพรวมความคืบหน้า การเจรจาการค้าเสรีแบบทวิภาคีของไทย. การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา, กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2548.
- สำนักวิจัย คำนวณพลังงาน กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน กระทรวงพลังงาน. กลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM) และความก้าวหน้าของประเทศไทย.

สุคนธ์ทิพย์ จิตมงคลทอง. ฉลากสิ่งแวดล้อมกับองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีฉลากประเภทที่ 1. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546

สุจิตรา วาสนาดำรงดี. ประเด็นข้อเท็จจริง และข้อห่วงใยต่อความสัมพันธ์ ความขัดแย้งระหว่างอนุสัญญาบาเซลกับ JTEPA [Online] แหล่งที่มา : [www.measwatch.org/autopage/show\\_page.php?t=7&s\\_id=25&d\\_id=25](http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=7&s_id=25&d_id=25)

สุธาวัลย์ เสถียรไทย, ท่านผู้หญิง, โสภารัตน์ จารุสมบัติ และวิพล กิตติทัศนาศรัย. การค้าและการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย : วิเคราะห์ Basel Convention ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย - ประเด็นที่เป็นปัญหา. [Online] แหล่งที่มา : [www.gseithailand.org/about/T-Frame/paper-Basel.pdf](http://www.gseithailand.org/about/T-Frame/paper-Basel.pdf)

สุธาวัลย์ เสถียรไทย, ท่านผู้หญิง, และคณะ, โครงการ “การศึกษาทบทวนด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Review) เพื่อเตรียมความพร้อมในการเจรจาเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา , ภาคผนวก ก, สถาบันธรรมรัฐเพื่อการพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม, ธันวาคม 2550.

สุนีย์ มัลลิกะมาลย์. การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2542.

สรุปสาระสำคัญของกฎหมาย US Trade Act of 2002 ส่วนที่ 1 วันที่ 11 กรกฎาคม 2548 [Online] แหล่งที่มา : [www.FTAdigest.com](http://www.FTAdigest.com)

เอกพล จงวิสัยวรรณ. ข้อตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-ชิลี (US-Chile Free Trade Agreement). [Online] แหล่งที่มา : <http://www.thailandwto.org/Doc/FTA/Ekapol-2.pdf>

Wallach, L., and Sforza, M. WTO and Environment. The WTO : Five Years of Reasons to Resist Corporate Globalization. แปลโดย ภควดี วีระภาสพงษ์. [Online] Available from : [www.ftawatch.org/autopage1/show\\_page.php?t=40&s\\_id=8&d\\_id=8](http://www.ftawatch.org/autopage1/show_page.php?t=40&s_id=8&d_id=8)

## ภาษาอังกฤษ

Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal. [Online] Available from : <http://www.basel.int/text/con-e-rev.pdf>

Brack, D. And Gray, K. Multilateral Environmental Agreements and The WTO. [Online] Available from : [www.iucn.org/themes/pbia/themes/trade/training/Multilateral%20Env%20Agreements%20and%20the%20WTO.pdf](http://www.iucn.org/themes/pbia/themes/trade/training/Multilateral%20Env%20Agreements%20and%20the%20WTO.pdf)

Chile – US FTA. [Online] Available from : [www.chileusafta.com/the%20road%20to%20the20%FTA.htm](http://www.chileusafta.com/the%20road%20to%20the20%FTA.htm)

Cough, P. Trade – Environment Tensions : Options exist for reconciling trade and environment. [Online] Available from : [www.ceisin.org/docs/008-065/008-065.html](http://www.ceisin.org/docs/008-065/008-065.html)

Differential and more favourable treatment reciprocity and fuller participation of developing countries. [Online] Available from : [www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/enabling1979\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm).

Doha WTO Ministerial 2001 : Ministerial Declaration. [Online] Available from : [http://www.wto.org/English/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](http://www.wto.org/English/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm)

Final Award of Metalclad Corporation and the United Mexican States, [Online] Available from : [www.naftaclaims.com/disputes\\_mexico\\_metalclad.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_mexico_metalclad.htm)

Gaines, S. E. Nafta Chapter 11 as a challenge to environmental law making – one view from the United States. [Online] Available from : [www.envireform.utoronto.ca/pdf/Conference/Gaines.pdf](http://www.envireform.utoronto.ca/pdf/Conference/Gaines.pdf)

Gracer, J. B. and Mansell, R. Nafta decision imposes liability on Canada for waste export ban. The New York Law Journal (December 18,2000). [Online] Available from : [www.torlys.com/publications/pdf/AR2000-5N.pdf](http://www.torlys.com/publications/pdf/AR2000-5N.pdf)

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change.

[Online] Available from : <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>

Partial Award, In a Nafta Arbitration under the UNICITRAL Rules, S.D. Myers, Inc. and

Government of Canada. [Online] Available from : [www.naftaclaims.com/disputes\\_canada\\_sdmyers.htm](http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm)

Sheehan, J. M. Trashing Free Trade : The Basel Convention's Impact on International

Commerce. [Online] Available from : [www.cei.org/pdf/3660.pdf](http://www.cei.org/pdf/3660.pdf)

Trade Measures in The Basel Convention on The Control of transboundary movements

of hazardous wastes and their disposal. [Online] Available from : [www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,fr\\_2649\\_34183\\_2385847\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,fr_2649_34183_2385847_1_1_1_1,00.html)

US-CHILE Free Trade Agreement. [Online] Available from : [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov)

Waren W. Metalclad v. Mexico. [Online] Available from : [www.forumdemocracy.net/disputes/nafta\\_cases/metalclad\\_v\\_mexico.html](http://www.forumdemocracy.net/disputes/nafta_cases/metalclad_v_mexico.html)



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก

US-Chile Free Trade Agreement

Chapter 19 Environment



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Chapter Nineteen

### Environment

#### *Objectives*

The objectives of this Chapter are to contribute to the Parties' efforts to ensure that trade and environmental policies are mutually supportive and to collaboratively promote the optimal use of resources in accordance with the objective of sustainable development; and to strive to strengthen the links between the Parties' trade and environment policies and practices to further the trade expanding goals of this Agreement, including through promoting non-discriminatory measures, avoiding disguised barriers to trade, and eliminating trade distortions where the result can directly benefit both trade and the environment.

#### **Article 19.1: Levels of Protection**

Recognizing the right of each Party to establish its own levels of domestic environmental protection and environmental development policies and priorities, and to adopt or modify accordingly its environmental laws, each Party shall ensure that its laws provide for high levels of environmental protection and shall strive to continue to improve those laws.

#### **Article 19.2: Enforcement of Environmental Laws**

1. (a) A Party shall not fail to effectively enforce its environmental laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement.

(b) The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to investigatory, prosecutorial, regulatory, and compliance matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with subparagraph (a) where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a *bona fide* decision regarding the allocation of resources.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws.

Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for trade with the other Party, or as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.

3. Nothing in this Chapter shall be construed to empower a Party's authorities to undertake environmental law enforcement activities in the territory of the other Party.

#### **Article 19.3: Environment Affairs Council**

1. The Parties hereby establish an Environment Affairs Council comprising cabinet level or equivalent representatives of the Parties, or their designees. The Council shall meet once a year, or more often if the Parties agree, to discuss the implementation of, and progress under, this Chapter. Meetings of the Council shall include a public session, unless the Parties otherwise agree.

2. In order to share innovative approaches for addressing environmental issues of interest to the public, the Council shall ensure a process for promoting public participation in its work, including by seeking advice from the public in developing agendas for Council meetings and by engaging in a dialogue with the public on those issues.

3. The Council shall seek appropriate opportunities for the public to participate in the development and implementation of cooperative environmental activities, including through the United States - Chile Environmental Cooperation Agreement, as set out in Annex 19.3.

4. All decisions of the Council shall be taken by mutual agreement and shall be made public, unless the Council decides otherwise, or as otherwise provided in this Agreement.

#### **Article 19.4: Opportunities for Public Participation**

1. Each Party shall provide for the receipt and consideration of public communications on matters related to this Chapter. Each Party shall promptly make available to the other Party and to its public all communications it receives and shall review and respond to them in accordance with its domestic procedures.

2. Each Party shall make best efforts to respond favorably to requests for consultations by persons or organizations in its territory regarding the Party's implementation of this Chapter.

3. Each Party may convene, or consult an existing, national consultative or advisory committee, comprising members of its public, including representatives of business and environmental organizations, and other persons, to advise it on the implementation of this Chapter.

#### **Article 19.5: Environmental Cooperation**

1. The Parties recognize the importance of strengthening capacity to protect the environment and promote sustainable development in concert with strengthening trade and investment relations between them. The Parties agree to undertake cooperative environmental activities, in particular through:

(a) pursuing, through their relevant ministries or agencies, the specific cooperative projects that the Parties have identified and set out in Annex 19.3; and (b) promptly negotiating a United States – Chile Environmental Cooperation Agreement to establish priorities for further cooperative environmental activities, as elaborated in Annex 19.3, while recognizing the ongoing importance of environmental cooperation undertaken outside this Agreement.

2. Each Party shall take into account public comments and recommendations it receives regarding cooperative environmental activities the Parties undertake pursuant to this Chapter.

3. The Parties shall, as they deem appropriate, share information on their experiences in assessing and taking into account positive or negative environmental effects of trade agreements and policies.

#### **Article 19.6: Environmental Consultations**

1. A Party may request consultations with the other Party regarding any matter arising under this Chapter by delivering a written request to the other Party.

2. The Parties shall consult promptly after delivery of the request. The requesting Party shall provide specific and sufficient information in the request for the other Party to respond.

3. The Parties shall make every attempt to arrive at a mutually satisfactory resolution of the matter and may seek advice or assistance from any person or body they deem appropriate in order to fully examine the matter at issue.

4. If the Parties fail to resolve the matter through consultations, either Party may request that the Council be convened to consider the matter by delivering a written request to the other Party.
5. The Council shall promptly convene and shall endeavor to resolve the matter, including, where appropriate, by consulting governmental or outside experts and having recourse to such procedures as good offices, conciliation, or mediation.
6. If the matter concerns whether a Party is conforming to its obligations under Article 19.2(1)(a), and the Parties have failed to resolve the matter within 60 days of a request for consultations under paragraph 1, the complaining Party may request consultations under Article 22.4 (Consultations) or a meeting of the Commission under Article 22.5 (Commission - Good Offices, Conciliation, and Mediation) and, as provided in Chapter Twenty-Two (Dispute Settlement), thereafter have recourse to the other provisions of that Chapter.
7. The Council may, where appropriate, provide information to the Commission regarding any consultations held on the matter.
8. Neither Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under any provision of this Chapter other than Article 19.2(1)(a).
9. Neither Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for a matter arising under Article 19.2(1)(a) without first pursuing resolution of the matter in accordance with this Article.
10. In cases where the Parties agree that a matter arising under this Chapter is more properly covered by another agreement to which the Parties are party, they shall refer the matter for appropriate action in accordance with that agreement.

#### **Article 19.7: Environment Roster**

1. The Parties shall establish within six months after the date of entry into force of this Agreement and maintain a roster of at least 12 individuals who are willing and able to serve as panelists in disputes arising under Article 19.2(1)(a). Unless the Parties otherwise agree, four members of the roster shall be selected from among individuals who are non-Party nationals. Environment roster members shall be appointed by mutual agreement of the Parties, and may be reappointed. Once established, a roster shall remain in effect for a minimum of three years, and shall remain in effect thereafter until the Parties constitute a new roster.

2. Environment roster members shall:
  - (a) have expertise or experience in environmental law or its enforcement, international trade, or the resolution of disputes arising under international trade agreements;
  - (b) be chosen strictly on the basis of objectivity, reliability, and sound judgment;
  - (c) be independent of, and not affiliated with or take instructions from, either Party;and
  - (d) comply with a code of conduct to be established by the Commission.
3. Where a Party claims that a dispute arises under Article 19.2(1)(a), Article 22.9 (Panel Selection) shall apply, except that:
  - (a) where the Parties so agree, the panel shall be composed entirely of panelists meeting the qualifications in paragraph 2; and
  - (b) if the Parties cannot so agree, each Party may select panelists meeting the qualifications set out in paragraph 2 or in Article 22.8 (Qualifications of Panelists).

#### **Article 19.8: Procedural Matters**

1. Each Party shall ensure that judicial, quasi-judicial, or administrative proceedings are available under its law to sanction or remedy violations of its environmental laws.
  - (a) Such proceedings shall be fair, open, and equitable, and to this end shall comply with due process of law, and be open to the public (except where the administration of justice otherwise requires).
  - (b) Each Party shall provide appropriate and effective remedies or sanctions for a violation of its environmental laws that:
    - (i) take into consideration the nature and gravity of the violation, any economic benefit the violator has derived from the violation, the economic condition of the violator, and other relevant factors; and
    - (ii) may include compliance agreements, penalties, fines, imprisonment, injunctions, the closure of facilities, and the cost of containing or cleaning up pollution.
2. Each Party shall ensure that interested persons may request the Party's competent authorities to investigate alleged violations of its environmental laws and that the competent authorities give such requests due consideration in accordance with its law.

3. Each Party shall ensure that persons with a legally recognized interest under its law in a particular matter have appropriate access to judicial, quasi-judicial, or administrative proceedings for the enforcement of the Party's environmental laws.

4. Each Party shall provide persons appropriate and effective rights of access to remedies in accordance with its laws, which may include the right:

(a) to sue another person under that Party's jurisdiction for damages under that Party's environmental laws;

(b) to seek sanctions or remedies such as monetary penalties, emergency closures, or orders to mitigate the consequences of violations of its environmental laws;

(c) to request the competent authorities to take appropriate action to enforce the Party's environmental laws in order to protect the environment or to avoid environmental harm; or

(d) to seek injunctions where a person suffers, or may suffer, loss, damage, or injury as a result of conduct by another person under that Party's jurisdiction contrary to that Party's environmental laws or from tortious conduct that harms human health or the environment.

#### **Article 19.9: Relationship to Environmental Agreements**

The Parties recognize the importance of multilateral environmental agreements, including the appropriate use of trade measures in such agreements to achieve specific environmental goals. Recognizing that in paragraph 31(i) of the *Ministerial Declaration adopted on November 14, 2001 in Doha*, WTO members have agreed to negotiations on the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements, the Parties shall consult on the extent to which the outcome of the negotiations applies to this Agreement.

#### **Article 19.10: Principles of Corporate Stewardship**

Recognizing the substantial benefits brought by international trade and investment as well as the opportunity for enterprises to implement policies for sustainable development that seek to ensure coherence between social, economic and environmental objectives, each Party should encourage enterprises operating within its territory or jurisdiction to voluntarily incorporate sound principles of corporate stewardship in their internal policies, such as those principles or agreements that have been endorsed by both Parties.

#### Article 19.11: Definitions

For purposes of this Chapter:

**environmental law** means any statute or regulation of a Party, or provision thereof, the primary purpose of which is the protection of the environment, or the prevention of a danger to human life or health, through:

(a) the prevention, abatement, or control of the release, discharge, or emission of pollutants or environmental contaminants;

(b) the control of environmentally hazardous or toxic chemicals, substances, materials, and wastes, and the dissemination of information related thereto; or

(c) the protection or conservation of wild flora and fauna, including endangered species, their habitat, and specially protected natural areas,

in the Party's territory, but does not include any statute or regulation, or provision thereof, directly related to worker safety or health.

For greater certainty, **environmental law** does not include any statute or regulation, or provision thereof, the primary purpose of which is managing the commercial harvest or exploitation, or subsistence or aboriginal harvesting, of natural resources.

For purposes of the definition of "environmental law," the primary purpose of a particular statutory or regulatory provision shall be determined by reference to its primary purpose, rather than to the primary purpose of the statute or regulation of which it is part.

For the United States, **statute or regulation** means an act of Congress or regulation promulgated pursuant to an act of Congress that is enforceable by action of the federal government.

For the United States, **territory** means its territory as set out in Annex 2.1 as well as other areas with respect to which it exercises sovereignty, sovereign rights, or jurisdiction.



### Annex 19.3

#### Environmental Cooperation

1. Recognizing that cooperation on environmental matters provides enhanced opportunities to improve the environment and to advance common commitments on sustainable development, the Parties agree, pursuant to Article 19.5(1)(a) of this Agreement, to pursue, through their relevant ministries or agencies, the following cooperative projects identified during the negotiation of this Agreement:

- (a) *Developing a Pollutant Release and Transfer Register (PRTR) in Chile.* The PRTR is a publicly available database of chemicals that have been released to air, water and land or transferred off-site for further waste management. In developing the register, the Parties will cooperate and draw on lessons learned from other PRTR projects. Industrial facilities will report annually on the amounts of chemicals they have released or transferred and the final destination of those chemicals. Reported data will be made publicly available;
- (b) *Reducing Mining Pollution.* The United States will assist Chile in reducing contamination and pollution resulting from past mining practices by working with Chile to identify sources of pollution and explore cost-effective remediation methods;
- (c) *Improving Environmental Enforcement and Compliance Assurance.* The Parties will provide training and exchange of information to enhance each Party's capacity to enforce its environmental laws and regulations, and will develop and strengthen their cooperative relationships to promote compliance, enforcement, and environmental performance;
- (d) *Sharing Private Sector Expertise.* The Parties will seek to increase environmental stewardship by inviting enterprises of each Party to share their experiences in developing and implementing programs that have reduced pollution, including, where appropriate, demonstrating the financial benefits of these measures;
- (e) *Improving Agricultural Practices.* To help reduce pollution from agricultural practices in Chile, the Parties will adapt and implement a training program for Chilean farmers and other workers to promote appropriate handling of chemical pesticides and fertilizers, and to promote sustainable agriculture

practices. The Parties will work jointly to modify existing training programs to fit Chilean agricultural practices and customs;

- (f) *Reducing Methyl Bromide Emissions.* To mitigate methyl bromide emissions the Parties will seek to develop effective alternatives to that chemical, which Chile and the United States have committed to phase out under the *Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer*;
- (g) *Improving Wildlife Protection and Management.* To protect wildlife in Chile and the Latin American region, the Parties will work together to build capacity to promote the management and protection of biological resources in the region, such as by collaborating with universities and providing programs for wildlife managers, other professionals and local communities in Chile and the region;
- (h) *Increasing the use of cleaner fuels.* The Parties will work to improve the environmental quality of fuels, especially diesel fuel and gasoline, used in their territories by providing joint training and technical assistance on a variety of fuels-related environmental issues. The Parties will publicize the benefits of this work.

2. The Parties shall pursue additional cooperative environmental activities under a United States – Chile Environmental Cooperation Agreement, as set out in Article 19.5(1)(b), and in other fora.

- (a) In negotiating the Cooperation Agreement, the Parties have agreed to take into account public input regarding priority areas for bilateral cooperation;
- (b) The Cooperation Agreement will, *inter alia*:
  - (i) establish any institutional framework needed to coordinate the various elements of the Cooperation Agreement;
  - (ii) establish procedures for the development of periodic work programs that set priorities for cooperative activities;
  - (iii) provide for consultation and review, at regular intervals, of the work program for those cooperative activities;
  - (iv) create appropriate opportunities for the public to participate in the development of new cooperative activities and the implementation of agreed activities;

- (v) encourage the exchange of information on the Parties' environmental policies, laws, and practices;
- (vi) promote the understanding and effective implementation of multilateral environmental agreements to which both Parties are party;
- (vii) promote the collection and publication of comparable information on the Parties' environmental regulations, indicators, and enforcement activities; and
- (viii) provide for regular consultation with the Environment Affairs Council established in Article 19.3 (Environment Affairs Council) regarding the priorities that the Parties identify, as well as future cooperative work.

3. Cooperation under the Cooperation Agreement may include work in the following fields of activity:

- (a) improving capacity to achieve environmental compliance assurance, including enforcement and voluntary environmental stewardship;
- (b) encouraging small- and medium-size enterprises to adopt sound environmental practices and technologies;
- (c) developing public-private partnerships to achieve environmental objectives;
- (d) promoting sustainable management of environmental resources, including wild fauna and flora, and protected wild areas;
- (e) exploring environmental activities pertinent to trade and investment and the improvement of environmental performance;
- (f) developing and implementing economic instruments for environmental management.

4. The Parties may implement cooperative activities under the Cooperation Agreement by:

- (a) exchanging professionals, technicians, and specialists, including through study visits, to promote the development of environmental policies and standards;
- (b) organizing joint conferences, seminars, workshops, meetings, training sessions, and outreach and education programs;
- (c) supporting, developing, and implementing collaborative projects and demonstrations, including joint research projects, studies, and reports;

(d) facilitating linkages among representatives from academia, industry, and government to promote exchange of scientific and technical information and best practices, and the development and implementation of cooperative projects; and

(e) engaging in other activities, that the Parties may undertake pursuant to the Cooperation Agreement.

5. The Parties recognize that the funding, scope, and duration of the projects listed in paragraph 1 and cooperative activities pursued under the Cooperation Agreement will be undertaken in accordance with the Parties' personnel and financial resources.

6. The Parties shall make publicly available information regarding the projects and activities they undertake pursuant to this Annex.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข

US-Chile Free Trade Agreement

Chapter 10 Investment



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Chapter Ten

### Investment

#### Section A - Investment

##### Article 10.1: Scope and Coverage<sup>1</sup>

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:
  - (a) investors of the other Party;
  - (b) covered investments; and
  - (c) with respect to Articles 10.5 and 10.12, all investments in the territory of the Party.
2. In the event of any inconsistency between this Chapter and another Chapter, the other Chapter shall prevail to the extent of the inconsistency.
3. A requirement by a Party that a service provider of the other Party post a bond or other form of financial security as a condition of providing a service into its territory does not of itself make this Chapter applicable to the provision of that cross-border service. This Chapter applies to that Party's treatment of the posted bond or financial security.
4. This Chapter does not apply to measures adopted or maintained by a Party to the extent that they are covered by Chapter Twelve (Financial Services).

##### Article 10.2: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect

---

<sup>1</sup> For greater certainty, the provisions of this Chapter do not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Agreement. Also, for greater certainty, this Chapter is subject to and shall be interpreted in accordance with Annexes 10-A through 10-H.

to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

#### **Article 10.3: Most-Favored-Nation Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

#### **Article 10.4: Minimum Standard of Treatment<sup>2</sup>**

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

---

<sup>2</sup> For greater certainty, Article 10.4 shall be interpreted in accordance with Annex 10-A.

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. Notwithstanding Article 10.7(5)(b), each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in that paragraph, suffers a loss in the territory of the other Party resulting from:

(a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities; or

(b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, the latter Party shall provide the investor restitution or compensation, which in either case shall be prompt, adequate, and effective, and, with respect to compensation, shall be in accordance with Article 10.9(2) through (4).

6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 10.2 but for Article 10.7(5)(b).

#### **Article 10.5: Performance Requirements**

##### *Mandatory Performance Requirements*

1. Neither Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory:

(a) to export a given level or percentage of goods or services;

(b) to achieve a given level or percentage of domestic content;



(c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;

(d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;

(e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;

(f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory; or

(g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that it produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market.

#### *Advantages Subject to Performance Requirements*

2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:

(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;

(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or

(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

#### *Exceptions and Exclusions*

3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraph 1(f) does not apply:

(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31<sup>3</sup> of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.<sup>4</sup>

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.

(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), and (g), and 2(a) and (b), do not apply to procurement.

(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any requirement other than the requirements set out in those paragraphs.

---

<sup>3</sup> The reference to "Article 31" includes footnote 7 to Article 31.

<sup>4</sup> The Parties recognize that a patent does not necessarily confer market power.

5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

#### **Article 10.6: Senior Management and Boards of Directors**

1. Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions individuals of any particular nationality.

2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

#### **Article 10.7: Non-Conforming Measures<sup>5</sup>**

1. Articles 10.2, 10.3, 10.5, and 10.6 do not apply to:

(a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:

(i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I,

(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I, or

(iii) a local level of government;

(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or

(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Articles 10.2, 10.3, 10.5, and 10.6.

2. Articles 10.2, 10.3, 10.5, and 10.6 do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.

3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Agreement and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by

---

<sup>5</sup> For greater certainty, Article 10.7 is subject to Annex 10-B.

reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.

4. Articles 10.2 and 10.3 do not apply to any measure that is an exception to, or derogation from, the obligations under Article 17.1(6) (General Provisions) as specifically provided for in that Article.

5. Articles 10.2, 10.3, and 10.6 do not apply to:

- (a) procurement; or
- (b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

#### **Article 10.8: Transfers<sup>6</sup>**

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

- (a) contributions to capital;
- (b) profits, dividends, interest, capital gains, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;
- (c) proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;
- (d) payments made under a contract entered into by the investor, or the covered investment, including payments made pursuant to a loan agreement;
- (e) payments made pursuant to Article 10.4(4) and (5) and Article 10.9; and
- (f) payments arising under Section B.

2. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in an investment authorization or other written agreement<sup>7</sup> between the Party and a covered investment or an investor of the other Party.

3. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on the date of transfer.

---

<sup>6</sup> For greater certainty, Article 10.8 is subject to Annex 10-C.

<sup>7</sup> Notwithstanding any other provision of this Chapter, this paragraph takes effect on the date of entry into force of this Agreement.

4. Neither Party may require its investors to transfer, or penalize its investors that fail to transfer, the income, earnings, profits, or other amounts derived from, or attributable to, investments in the territory of the other Party.

5. Notwithstanding paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, nondiscriminatory, and good faith application of its laws relating to:

(a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;

(b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, or derivatives;

(c) criminal or penal offenses;

(d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or

(e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.

6. Notwithstanding paragraph 2, a Party may restrict transfers of returns in kind in circumstances where it could otherwise restrict such transfers under this Agreement, including as set out in paragraph 5.

#### **Article 10.9: Expropriation and Compensation<sup>8</sup>**

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

(a) for a public purpose;

(b) in a non-discriminatory manner;

(c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation in accordance with paragraphs 2 through 4; and

(d) in accordance with due process of law and Article 10.4(1) through (3).

2. Compensation shall:

(a) be paid without delay;

(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);

---

<sup>8</sup> For greater certainty, Article 10.9 shall be interpreted in accordance with Annex 10-A and Annex 10-D.

(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and

(d) be fully realizable and freely transferable.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation paid shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation paid – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus

(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

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, or creation of intellectual property rights, to the extent that such revocation, limitation, or creation is consistent with Chapter Seventeen (Intellectual Property Rights).

#### **Article 10.10: Special Formalities and Information Requirements**

1. Nothing in Article 10.2 shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with covered investments, such as a requirement that investors be residents of the Party or that covered investments be legally constituted under the laws or regulations of the Party, provided that such formalities do not materially impair the protections afforded by a Party to investors of the other Party and covered investments pursuant to this Chapter.

2. Notwithstanding Articles 10.2 and 10.3, a Party may require an investor of the other Party, or a covered investment, to provide information concerning that investment solely for informational or statistical purposes. The Party shall protect such information that is confidential from any disclosure that would prejudice the competitive position of the investor or the covered investment. Nothing in this paragraph shall be construed to prevent a Party from otherwise obtaining or disclosing information in connection with the equitable and good faith application of its domestic law.

**Article 10.11: Denial of Benefits**

1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if an investor of a non-Party owns or controls the enterprise and the denying Party:

(a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or

(b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or an investor of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

2. Subject to Article 22.4 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to:

(a) an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if an investor of a non-Party owns or controls the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party; or

(b) an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if an investor of the denying Party owns or controls the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party.

**Article 10.12: Investment and Environment**

Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

**Article 10.13: Implementation**

The Parties shall consult annually, or as otherwise agreed, to review the implementation of this Chapter and consider any investment matter of mutual interest, including consideration of the development of procedures that could contribute to greater transparency of measures described in Article 10.7(1)(c).

## Section B - Investor-State Dispute Settlement

### Article 10.14: Consultation and Negotiation

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures.

### Article 10.15: Submission of a Claim to Arbitration<sup>9</sup>

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Section A or Annex 10-F,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Section A or Annex 10-F,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

2. For greater certainty, a claimant may submit to arbitration under this Section a claim that the respondent has breached an obligation under Section A or Annex 10-F through the actions of a designated monopoly or a state enterprise exercising delegated government

---

<sup>9</sup> For greater certainty, Article 10.15 is subject to Annex 10-E.



authority as described in Article 16.3(3)(a) (Designated Monopolies) and Article 16.4(2) (State Enterprises), respectively.

3. Without prejudice to Article 12.1(2) (Scope and Coverage), no claim may be submitted under this Section that alleges a violation of any provision of this Agreement other than an obligation under Section A or Annex 10-F.

4. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration (“notice of intent”). The notice shall specify:

(a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;

(b) for each claim, the provision of this Agreement, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;

(c) the legal and factual basis for each claim; and

(d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.

5. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:

(a) under the ICSID Convention, provided that both the non-disputing Party and the respondent are parties to the ICSID Convention;

(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the non-disputing Party or the respondent, but not both, is a party to the ICSID Convention;

(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or

(d) if the disputing parties agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.

6. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant’s notice of or request for arbitration (“notice of arbitration”):

(a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;

(b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;

(c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or

(d) referred to under any other arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 5(d) is received by the respondent.

7. The arbitration rules applicable under paragraph 5, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Agreement.

8. The claimant shall provide with the notice of arbitration referred to in paragraph 6:

(a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or

(b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint the claimant's arbitrator.

#### **Article 10.16: Consent of Each Party to Arbitration**

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Agreement.

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:

(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute;

(b) Article II of the New York Convention for an "agreement in writing;" and

(c) Article I of the Inter-American Convention for an "agreement."

#### **Article 10.17: Conditions and Limitations on Consent of Each Party**

1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 10.15(1) and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 10.15(1)(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 10.15(1)(b)) has incurred loss or damage.

2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless:

(a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and

(b) the notice of arbitration referred to in Article 10.15(6) is accompanied,

(i) for claims submitted to arbitration under Article 10.15(1)(a), by the claimant's written waiver, and

(ii) for claims submitted to arbitration under Article 10.15(1)(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to the events alleged to give rise to the claimed breach.

3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 10.15(1)(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 10.15(1)(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

#### **Article 10.18: Selection of Arbitrators**

1. Unless the disputing parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each of the disputing parties and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the disputing parties.

2. The Secretary-General shall serve as appointing authority for an arbitration under this Section.

3. If a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

4. For purposes of Article 39 of the ICSID Convention and Article 7 of Schedule C to the ICSID Additional Facility Rules, and without prejudice to an objection to an arbitrator on a ground other than nationality:

(a) the respondent agrees to the appointment of each individual member of a tribunal established under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules;

(b) a claimant referred to in Article 10.15(1)(a) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant agrees in writing to the appointment of each individual member of the tribunal; and

(c) a claimant referred to in Article 10.15(1)(b) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility

Rules, only on condition that the claimant and the enterprise agree in writing to the appointment of each individual member of the tribunal.

#### **Article 10.19: Conduct of the Arbitration**

1. The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 10.15(5)(b), (c), or (d). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention.

2. The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Agreement.

3. The tribunal shall have the authority to accept and consider *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing party (the “submitter”). The submissions shall be provided in both Spanish and English, and shall identify the submitter and any Party, other government, person, or organization, other than the submitter, that has provided, or will provide, any financial or other assistance in preparing the submission.

4. Without prejudice to a tribunal’s authority to address other objections as a preliminary question, such as an objection that a dispute is not within a tribunal’s competence, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 10.25.

(a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration referred to in Article 10.15(6), the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).

(b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.

(c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant’s factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the

statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

(d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in the following paragraph. 5. In the event that the respondent so requests within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 or any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by an additional brief period of time, which may not exceed 30 days.

6. When it decides a respondent's objection under paragraph 4 or 5, the tribunal may, if warranted, award to the prevailing disputing party reasonable costs and attorneys' fees incurred in submitting or opposing the objection. In determining whether such an award is warranted, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment.

7. A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract.

8. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.15. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.

9. (a) At the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing an award on liability, transmit its proposed award to the disputing parties and to the non-disputing Party.

Within 60 days after the tribunal transmits its proposed award, only the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed award. The tribunal shall consider any such comments and issue its award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period.

(b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration for which an appeal has been made available pursuant to paragraph 10.

10. If a separate multilateral agreement enters into force as between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment agreements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 10.25 in arbitrations commenced after the appellate body's establishment.

#### **Article 10.20: Transparency of Arbitral Proceedings**

1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:

- (a) the notice of intent referred to in Article 10.15(4);
- (b) the notice of arbitration referred to in Article 10.15(6);
- (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 10.19(2) and (3) and Article 10.24;
- (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
- (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.

2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.

3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 23.2 (Essential Security) or Article 23.5 (Disclosure of Information).

4. Confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law shall, if such information is submitted to the tribunal, be protected from disclosure in accordance with the following procedures:

(a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the tribunal shall disclose to the non-disputing Party or to the public any confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph (b);

(b) Any disputing party claiming that certain information constitutes confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;

(c) A disputing party shall, at the same time that it submits a document containing information claimed to be confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the nondisputing Party and made public in accordance with paragraph 1; and

(d) The tribunal shall decide any objection regarding the designation of information claimed to be confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party's law. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may:

(i) withdraw all or part of its submission containing such information; or

(ii) agree to resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the tribunal's determination and subparagraph (c). In either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under subparagraph (d)(i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under subparagraph (d)(ii) of the disputing party that first submitted the information.

5. Nothing in this Section authorizes a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws.

**Article 10.21: Governing Law**

1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 10.15(1)(a)(i)(A) or Article 10.15(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.
2. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 10.15(1)(a)(i)(B) or (C), or Article 10.15(1)(b)(i)(B) or (C), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with the rules of law specified in the pertinent investment agreement or investment authorization, or as the disputing parties may otherwise agree. If the rules of law have not been specified or otherwise agreed, the tribunal shall apply the law of the respondent (including its rules on the conflict of laws), the terms of the investment agreement or investment authorization, such rules of international law as may be applicable, and this Agreement.
3. A decision of the Commission declaring its interpretation of a provision of this Agreement under Article 21.1 (Free Trade Commission) shall be binding on a tribunal established under this Section, and any award must be consistent with that decision.

**Article 10.22: Interpretation of Annexes**

1. Where a respondent asserts as a defense that the measure alleged to be a breach is within the scope of a non-conforming measure set out in Annex I or Annex II, the tribunal shall, on request of the respondent, request the interpretation of the Commission on the issue. The Commission shall submit in writing any decision declaring its interpretation under Article 21.1 (Free Trade Commission) to the tribunal within 60 days of delivery of the request.
2. A decision issued by the Commission under paragraph 1 shall be binding on the tribunal, and any award must be consistent with that decision. If the Commission fails to issue such a decision within 60 days, the tribunal shall decide the issue.

**Article 10.23: Expert Reports**

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree.



**Article 10.24: Consolidation**

1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 10.15(1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10.
2. A disputing party that seeks a consolidation order under this Article shall deliver, in writing, a request to the Secretary-General and to all the disputing parties sought to be covered by the order and shall specify in the request:
  - (a) the names and addresses of all the disputing parties sought to be covered by the order;
  - (b) the nature of the order sought; and
  - (c) the grounds on which the order is sought.
3. Unless the Secretary-General finds within 30 days after receiving a request under paragraph 2 that the request is manifestly unfounded, a tribunal shall be established under this Article.
4. Unless all the disputing parties sought to be covered by the order otherwise agree, a tribunal established under this Article shall comprise three arbitrators:
  - (a) one arbitrator appointed by agreement of the claimants;
  - (b) one arbitrator appointed by the respondent; and
  - (c) the presiding arbitrator appointed by the Secretary-General, provided, however, that the presiding arbitrator shall not be a national of either Party.
5. If, within 60 days after the Secretary-General receives a request made under paragraph 2, the respondent fails or the claimants fail to appoint an arbitrator in accordance with paragraph 4, the Secretary-General, on the request of any disputing party sought to be covered by the order, shall appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. If the respondent fails to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the respondent, and if the claimants fail to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the non-disputing Party.
6. Where a tribunal established under this Article is satisfied that two or more claims that have been submitted to arbitration under Article 10.15(1) have a question of law or fact in

common, and arise out of the same events or circumstances, the tribunal may, in the interest of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:

(a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims;

(b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others; or

(c) instruct a tribunal previously established under Article 10.18 to assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims, provided that

(i) that tribunal, at the request of any claimant not previously a disputing party before that tribunal, shall be reconstituted with its original members, except that the arbitrator for the claimants shall be appointed pursuant to paragraphs 4(a) and 5; and

(ii) that tribunal shall decide whether any prior hearing shall be repeated.

7. Where a tribunal has been established under this Article, a claimant that has submitted a claim to arbitration under Article 10.15(1) and that has not been named in a request made under paragraph 2 may make a written request to the tribunal that it be included in any order made under paragraph 6, and shall specify in the request:

(a) the name and address of the claimant;

(b) the nature of the order sought; and

(c) the grounds on which the order is sought.

The claimant shall deliver a copy of its request to the Secretary-General.

8. A tribunal established under this Article shall conduct its proceedings in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules, except as modified by this Section.

9. A tribunal established under Article 10.18 shall not have jurisdiction to decide a claim, or a part of a claim, over which a tribunal established or instructed under this Article has assumed jurisdiction.

10. On application of a disputing party, a tribunal established under this Article, pending its decision under paragraph 6, may order that the proceedings of a tribunal established under Article 10.18 be stayed, unless the latter tribunal has already adjourned its proceedings.

#### **Article 10.25: Awards**

1. Where a tribunal makes a final award against a respondent, the tribunal may award, separately or in combination, only:

(a) monetary damages and any applicable interest;

(b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution.

A tribunal may also award costs and attorneys' fees in accordance with this Section and the applicable arbitration rules.

2. Subject to paragraph 1, where a claim is submitted to arbitration under Article 10.15(1)(b):

(a) an award of restitution of property shall provide that restitution be made to the enterprise;

(b) an award of monetary damages and any applicable interest shall provide that the sum be paid to the enterprise; and

(c) the award shall provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.

3. A tribunal may not award punitive damages.

4. An award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.

5. Subject to paragraph 6 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.

6. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

(a) in the case of a final award made under the ICSID Convention

(i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award; or

(ii) revision or annulment proceedings have been completed; and

(b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules, the UNCITRAL Arbitration Rules, or the rules selected pursuant to Article 10.15(5)(d)

(i) 90 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside, or annul the award, or

(ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside, or annul the award and there is no further appeal.

7. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.

8. If the respondent fails to abide by or comply with a final award, on delivery of a request by the non-disputing Party, a panel shall be established under Article 22.6 (Request for an Arbitral Panel). The requesting Party may seek in such proceedings:

(a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Agreement; and

(b) if the Parties agree, a recommendation that the respondent abide by or comply with the final award.

9. A disputing party may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention, the New York Convention, or the Inter-American Convention regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 8.

10. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention and Article I of the Inter-American Convention.

#### **Article 10.26: Service of Documents**

Delivery of notice and other documents on a Party shall be made to the place named for that Party in Annex 10-G.

### **Section C - Definitions**

#### **Article 10.27: Definitions**

For purposes of this Chapter:

**Centre** means the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) established by the ICSID Convention;

**claimant** means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party;

**disputing parties** means the claimant and the respondent;

**disputing party** means either the claimant or the respondent;

**enterprise** means an “enterprise” as defined in Article 2.1 (Definitions of General Application), and a branch of an enterprise;

**enterprise of a Party** means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there;

**freely usable currency** means “freely usable currency” as determined by the International Monetary Fund under its *Articles of Agreement*;

**ICSID Additional Facility Rules** means the *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*;

**ICSID Convention** means the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, done at Washington, March 18, 1965;

**Inter-American Convention** means the *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, done at Panama, January 30, 1975;

**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. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, loans, and other debt instruments;<sup>10</sup>
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) rights under contract, including turnkey, construction, management, production, concession, or revenue-sharing contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) rights conferred pursuant to domestic law, such as concessions, licenses, authorizations, and permits;<sup>11</sup> and

---

<sup>10</sup> Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.

<sup>11</sup> Whether a particular right conferred pursuant to domestic law, as referred to in paragraph (g), has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the domestic law of the Party. Among such rights that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with such right has the characteristics of an investment.

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

but investment does not mean an order or judgment entered in a judicial or administrative action;

**investment agreement** means a written agreement<sup>12</sup> that takes effect at least two years after the date of entry into force of this Agreement between a national authority<sup>13</sup> of a Party and a covered investment or an investor of the other Party:

(a) that grants rights with respect to natural resources or other assets that a national authority controls; and

(b) that the covered investment or the investor relies on in establishing or acquiring a covered investment;

**investment authorization** means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party;<sup>14</sup>

**investor of a non-Party** means, with respect to a Party, an investor that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of that Party, that is not an investor of either Party;

**investor of a Party** means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his/her dominant and effective nationality;

**monopoly** means “monopoly” as defined in Article 16.9 (Definitions);

**New York Convention** means the *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, done at New York, June 10, 1958;

---

<sup>12</sup> For purposes of this definition, “written agreement” means an agreement in writing, executed and entered into by both parties or their representatives, which sets forth an exchange of rights and obligations, for value. Neither a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a decree, order, or judgment, nor a consent decree, shall be considered a written agreement.

<sup>13</sup> For purposes of this definition, “national authority” means (a) for the United States, an authority at the central level of government; and (b) for Chile, an authority at the ministerial level of government. “National authority” does not include state enterprises.

<sup>14</sup> The Parties recognize that neither Party has a foreign investment authority, as of the date this Agreement enters into force.

**non-disputing Party** means the Party that is not a party to an investment dispute;

**respondent** means the Party that is a party to an investment dispute;

**Secretary-General** means the Secretary-General of ICSID;

**tribunal** means an arbitration tribunal established under Article 10.18 or 10.24; and

**UNCITRAL Arbitration Rules** means the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Annex 10-A**  
**Customary International Law**

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Articles 10.4 and 10.9 results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.4, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



Annex 10-B  
Public Debt  
Chile

The rescheduling of the debts of Chile, or of its appropriate institutions owned or controlled through ownership interests by Chile, owed to the United States and the rescheduling of its debts owed to creditors in general are not subject to any provision of Section A other than Articles 10.2 and 10.3.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Annex 10-C**  
**Special Dispute Settlement Provisions**  
**Chile**

1. Where a claimant submits a claim alleging that Chile has breached an obligation under Section A, other than Article 10.3, that arises from its imposition of restrictive measures with regard to payments and transfers, Section B shall apply except as modified below:

(a) A claimant may submit any such claim only after one year has elapsed since the events giving rise to the claim;

(b) If the claim is submitted under Article 10.15(1)(b), the claimant may, on behalf of the enterprise, only seek damages with respect to the shares of the enterprise for which the claimant has a beneficial interest;

(c) Loss or damages arising from restrictive measures on capital inflows shall be limited to the reduction in value of the transfers and shall exclude loss of profits or business and any similar consequential or incidental damages;

(d) Paragraph 1(a) shall not apply to claims that arise from restrictions on:

(i) transfers of proceeds of foreign direct investment by investors of the United States, excluding external debt financing covered in subparagraph (d)(ii), and excluding investments designed with the purpose of gaining direct or indirect access to the financial market; or

(ii) payments pursuant to a loan or bond issued in a foreign market, including inter- and intra-company debt financing between affiliated enterprises made exclusively for the conduct, operation, management, or expansion of such affiliated enterprises, provided that these payments are made in accordance with the maturity date agreed on in the loan or bond agreement;

(e) Excluding restrictive measures referred to in paragraph 1(d), Chile shall incur no liability, and shall not be subject to claims, for damages arising from its imposition of restrictive measures with regard to payments and transfers that were incurred within one year from the date on which the restrictions were imposed, provided that such restrictive measures do not substantially impede transfers;

(f) A restrictive measure of Chile with regard to payments and transfers that is consistent with this Annex shall be deemed not to contravene Article 10.2 provided that, as

required under existing Chilean law, it does not discriminate among investors that enter into transactions of the same nature; and

(g) Claims arising from Chile's imposition of restrictive measures with regard to payments and transfers shall not be subject to Article 10.24 unless Chile consents.

2. The United States may not request the establishment of an arbitral panel under Chapter Twenty-Two (Dispute Settlement) relating to Chile's imposition of restrictive measures with regard to payments and transfers until one year has elapsed since the events giving rise to the dispute.

3. Restrictive measures on payments and transfers related to claims under this Annex shall otherwise be subject to applicable domestic law.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Annex 10-D Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 10.9(1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.
3. Article 10.9(1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
4. The second situation addressed by Article 10.9(1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(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, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
- (iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

**Annex 10-E**  
**Submission of a Claim to Arbitration**  
**Chile**

1. An investor of the United States may not submit to arbitration under Section B:
  - (a) a claim that Chile has breached an obligation under Section A or Annex 10-F either:
    - (i) on its own behalf under Article 10.15(1)(a), or
    - (ii) on behalf of an enterprise of Chile that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly under Article 10.15(1)(b),if the investor or the enterprise, respectively, has alleged that breach of an obligation under Section A or Annex 10-F in proceedings before a court or administrative tribunal of Chile; or
  - (b) a claim that Chile has breached an investment agreement or investment authorization either:
    - (i) on its own behalf under Article 10.15(1)(a), or
    - (ii) on behalf of an enterprise of Chile that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly under Article 10.15(1)(b),if the investor or the enterprise, respectively, has alleged that breach of an investment agreement or investment authorization in proceedings before a court or administrative tribunal of Chile.
2. For greater certainty, if an investor of the United States elects to submit a claim of the type described in this Annex to a court or administrative tribunal of Chile, that election shall be definitive and the investor may not thereafter submit the claim to arbitration under Section B.

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Annex 10-F

## DL 600

## Chile

1. Without prejudice to paragraphs 3 through 7, Chile shall accord to an investor of the United States or to a covered investment that is a party to an investment contract under *Estatuto de la Inversion Extranjera, Decreto Ley 600 de 1974* (DL 600) the better of the treatment required under this Agreement or the treatment under the investment contract.

2. Without prejudice to paragraphs 3 through 7, Chile shall permit an investor of the United States or a covered investment that has entered into an investment contract under DL 600 to amend the investment contract to make it consistent with Chile's obligations under this Agreement.

3. Subject to paragraph 4, when an investor of the United States or a covered investment has entered into an investment contract under DL 600, an investor, on its own behalf or on behalf of the investment, may only submit a claim against Chile under Section B with regard to the contract if the investor alleges that Chile has breached an obligation under:

(a) Section A in connection with the investment contract; or

(b) this Annex;

provided, however, that such an investor may not submit any claim under Section B on the basis of the equity/debt ratio requirement of an investment contract under DL 600 except for claims that Chile has accorded the investor or its covered investment treatment less favorable than Chile accords under DL 600 to an investor of a non-Party or its investment in like circumstances.

4. When an investor of the United States or a covered investment has entered into an investment contract under DL 600, and the investor, on its own behalf or on behalf of the investment, claims that Chile has breached the tax provisions of that contract, it shall, with regard to that claim, only have recourse to the dispute settlement provisions of the investment contract or the dispute settlement provisions of this Agreement relevant to taxation measures.

5. For greater certainty, execution of an investment contract under DL 600 by an investor of the United States or a covered investment does not create any right on the part of the investor or covered investment to engage in particular activities in Chile.

6. Nothing in this Agreement shall limit the right of Chile's *Comite de Inversiones Extranjeras*, its *Vicepresidencia Ejecutiva*, or their successors to decide whether to authorize an investor of the United States or a covered investment to enter into an investment contract under DL 600, or to establish conditions in such contract, provided that Chile does so in a manner that is not inconsistent with Chile's obligations under Section A.

7. Notwithstanding any other provision in this Agreement, Chile may prohibit an investor of the United States or a covered investment from transferring from Chile proceeds of the sale of all or any part of an investment made pursuant to a contract under DL 600 for up to one year after the date that the investor or covered investment transferred funds to Chile to establish the investment.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Annex 10-G

## Service of Documents on a Party Under Section B

## Chile

Notices and other documents in disputes under Section B shall be served on Chile by delivery to:

*Direccion de Asuntos Juridicos del Ministerio de Relaciones*

*Exteriores de la Republica de Chile*

Morandé 441

Santiago, Chile

## United States

Notices and other documents in disputes under Section B shall be served on the United States by delivery to:

Executive Director (L/EX)

Office of the Legal Adviser

Department of State

Washington, D.C. 20520

United States of America

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## Annex 10-H

## Possibility of a Bilateral Appellate Body/Mechanism

Within three years after the date of entry into force of this Agreement, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 10.25 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวรุจิรา ญาณะเหล็ก เกิดเมื่อวันที่ 7 เมษายน พ.ศ. 2521 จบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเนติบัณฑิตไทย จากสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งนิติกร สำนักงานปลัดกระทรวงพลังงาน กระทรวงพลังงาน



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย