

ห้ามการค้าที่มีผลบังคับใช้ ประเทศในภาคผนวก 7 จะไม่สามารถใช้ระเบียบการแจ้งและการรับรองการแจ้งล่วงหน้า ในการส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศนอกภาคผนวก 7 เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่มีการกำหนดข้อห้ามในลักษณะเดียวกันนี้กับประเทศนอกภาคผนวก 7 ซึ่งมีแนวโน้มที่จะส่งออกของเสียอันตรายระหว่างกันมากขึ้น แม้ว่าจะยังอยู่ในปริมาณน้อยก็ตาม

1.2.3 ปัญหาการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล

ประเทศไทยได้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับของเสียอันตราย เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซลและจัดทำแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง⁴ อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาพื้นฐานที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล คือ การที่ประเทศไทยขาดกฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับอนุสัญญาบาเซล และการขาดคำนิยามของคำว่า “ของเสียอันตราย” ในปัจจุบัน ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการควบคุมการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตราย โดยอาศัยคำนิยามในมาตรา 4 ที่ว่าด้วยวัตถุอันตราย โดยถือว่า ของเสียซึ่งมีคุณสมบัติตามที่ระบุไว้ในกฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นวัตถุอันตรายที่ต้องถูกควบคุมตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสภาพปัญหาของของเสียอันตรายมีความแตกต่างจากวัตถุอันตราย กล่าวคือ วัตถุอันตรายเป็นวัตถุพิษหรือของใช้ที่มีค่าหรือใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งเป็นที่ต้องการและหาเจ้าของได้ไม่ยาก ในขณะที่ของเสียอันตรายเป็นของที่เหลือใช้แล้ว ที่ไม่มีใครต้องการ อีกทั้งจะต้องมีการบังคับให้มีการกำจัดอย่างถูก

⁴ กฎหมายภายในที่ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน

กระทรวงอุตสาหกรรม โดย กรมโรงงานอุตสาหกรรม (กรอ.)

- ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2546 กำหนดรายชื่อของเสียเพื่อควบคุมการนำเข้าและส่งออก
 - ของเสียเคมีวัตถุ ตามอนุสัญญาฯ 61 รายการ
 - เครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้ว 2 รายการ
- ประกาศ กรอ. เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำของเสียเคมีวัตถุที่เป็นวัตถุอันตรายเข้ามาในราชอาณาจักร 14 พ.ค. 2539
- ประกาศ กรอ. เรื่อง หลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้นำเศษตัดและของใช้ไม่ได้ ซึ่งเป็นพลาสติกเข้ามาในราชอาณาจักร 14 ธ.ค. 2539
- ประกาศ กรอ. เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำเครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วที่เป็นวัตถุอันตรายเข้ามาในราชอาณาจักร 24 ก.ย. 2546

กระทรวงพาณิชย์ โดยกรมการค้าต่างประเทศ

- ประกาศกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการนำเข้าสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 112) พ.ศ. 2539) : เศษพลาสติกเป็นสินค้าต้องขออนุญาตการนำเข้าโดยมอบให้ กรอ. อนุญาต ตามคำสั่ง พณ ที่ 108/2539
- ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่องการนำยางรถใช้แล้วเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2546 : ยางรถใช้แล้วเป็นสินค้าต้องห้ามนำเข้า เว้นแต่นำมาใช้ส่วนตัว คนละไม่เกิน 2 เครื่อง/เป็นตัวอย่าง/ใช้วิจัย/ติดมากับรถ

กระทรวงการคลัง โดยกรมศุลกากร

- ประกาศกรมศุลกากร ที่ 14/2546 เรื่อง การนำของเสียที่อาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อบุคคล สัตว์ พืช ทรัพย์สิน หรือสิ่งแวดล้อมเข้ามาในประเทศไทย
- แนวทางปฏิบัติการนำเข้าที่เป็นของเสียอันตราย และการสำรวจสินค้าวัตถุอันตรายประเภทที่ 3

สุขลักษณะโดยเร็วก่อนที่จะมีการรั่วไหลแพร่กระจายออกไปสู่สิ่งแวดล้อม พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย ซึ่งควบคุมดูแลวัตถุอันตรายในฐานะที่เป็นวัตถุพิษ จึงไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อใช้ควบคุมวัสดุที่หมดสภาพกลายเป็นของเสียที่ต้องถูกควบคุมในเรื่องการเก็บ ขนส่ง และการกำจัดอย่างเข้มงวด

ส่วนพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มีเพียงคำนิยามคำว่า “ของเสีย” ตามมาตรา 4 แม้มาตรา 79 ได้เปิดช่องให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ และวิธีการเพื่อควบคุมการเก็บ รวบรวม การขนส่งเคลื่อนย้าย การนำเข้าและส่งออก แต่กฎหมายนี้ไม่มีบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการฝ่าฝืนมาตรา 79 นี้ ดังนั้น การออกกฎกระทรวงตามมาตรา นี้ จึงคงไม่มีสภาพบังคับ (สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

นอกจากนี้ ความแตกต่างระหว่างประเภทของเสียอันตรายตามการจัดพิภักดิ์รหัสสถิติระบบฮาร์โมนิไนด์ (Harmonized Code) ขององค์การศุลกากรโลก (World Custom Organization, WCO) ซึ่งเป็นระบบพิภักดิ์ที่กรมศุลกากรใช้สำหรับติดตามการนำเข้าและส่งออกสินค้า กับบัญชีรายชื่อของเสียอันตรายในอนุสัญญาบาเซล ทำให้การควบคุมของเสียอันตรายข้ามแดนยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากจำนวนรหัสของเสียอันตรายในระบบฮาร์โมนิไนด์ไม่มากพอกับชนิดของของเสียอันตราย และส่วนใหญ่เป็นรหัสไม่จำเพาะ

ในส่วนของบัญชีรายชื่อของเสียอันตรายตามประกาศของกรมศุลกากรนั้น เป็นการอาศัยข้อมูลรายชื่อของเสียอันตรายตามประกาศกฎหมายของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น หากของเสียอันตรายใดที่ไม่มีรายชื่อตามประกาศในกฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทางกรมศุลกากรก็จะไม่มีรายชื่อของเสียอันตรายชนิดนั้นในพระราชบัญญัติกรมศุลกากรด้วย จึงทำให้ไม่สามารถควบคุมสินค้าที่เล็ดลอดจากบัญชีรายชื่อของเสียอันตรายเหล่านี้ได้ (สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม

ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม เป็นประเด็นหนึ่งที่มีมักจะได้รับการหยิบยกขึ้นมาโต้เถียงกัน โดยกลุ่มที่ห่วงใยสิ่งแวดล้อมมักจะอ้างว่า การค้าเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำลายสิ่งแวดล้อม ทั้งการทำลายทรัพยากรธรรมชาติและ การก่อกมลพิษทางน้ำ อากาศ และของเสียอันตรายที่เกิดจากการพัฒนาอุตสาหกรรม และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ในขณะที่กลุ่มการค้าก็กังวลว่า การออกมาตรการของประเทศต่าง ๆ ที่อ้างเหตุผลในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อม มาเป็นเครื่องมือกีดกันทางการค้า ดังนั้น ทั้งสองกลุ่มจึงจับตามองว่า แต่ละฝ่ายจะมีบทบาทในการส่งเสริมให้นโยบายการค้าและสิ่งแวดล้อม มีความสมดุล และส่งเสริมซึ่งกันและกันได้อย่างไร

1.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล

กับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization)

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization, WTO) มีพัฒนาการมาจากข้อตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือแกตต์ (General Agreement on Tariff and Trade, GATT) จัดตั้งขึ้นเมื่อ

วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ปัจจุบันมีสมาชิกทั้งสิ้น 149 ประเทศ (ข้อมูล ณ เดือนธันวาคม 2548) โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการเจรจาลดอุปสรรคและขจัดกีดกันทางการค้า จัดทำกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศ เป็นเวทีในการยุติข้อพิพาททางการค้า และเป็นกลไกตรวจสอบและทบทวนนโยบายการค้าของประเทศภาคี

ความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศในระดับโลกตามหลักการของ WTO เน้นความสอดคล้องกันของแนวปฏิบัติทางการค้าในระดับสากล โดยการส่งเสริมการค้าเสรีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการลดกฎเกณฑ์ทางการค้า เพื่อให้สินค้าที่ผลิตขึ้นไม่ว่าจากที่ใดในโลกสามารถส่งไปขายในทุที่ใดและสามารถแข่งขันกับสินค้าจากที่ต่างๆ ได้อย่างเสรี ปราศจากการบิดเบือนแทรกแซงจากภาครัฐ

หลักการพื้นฐานเพื่อการค้าเสรีของ WTO ประกอบด้วย

- 1) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 หลักการคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Article I-Most Favored Nation Provision: MFN) ซึ่งห้ามมิให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศที่มีความสัมพันธ์พิเศษ และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Article III-National Treatment Provision) อันเป็นการปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้านำเข้าจากประเทศภาคีกับสินค้าที่ผลิตขึ้นมาภายในประเทศ
- 2) หลักการห้ามใช้มาตรการการจำกัดปริมาณ (Article XI.1- Prohibition of Quantitative Restrictions Provision)
- 3) หลักความโปร่งใส (Transparency) โดยกำหนดให้ประเทศภาคีต้องเผยแพร่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าของตนก่อนที่จะมีการบังคับใช้และบังคับใช้กฎหมายการค้าเหล่านั้นอย่างยุติธรรมและมีเหตุผล

ข้อตกลงจากการเจรจา WTO รอบอุรุกวัย (2530-2537) ที่มีผลต่อการกำหนดมาตรการและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดลอมหลักๆ 3 ประการ ได้แก่

- 1) บทยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 20 (Rule of Exceptions Article XX) เป็นการใช้อนุมาตรการที่กระทบต่อการค้าเสรีเพราะมีความจำเป็นต้องปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช ตลอดจนการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติและไม่เป็นการกีดกันอย่างเคลือบแฝง อย่างไรก็ดี เนื่องจากความคลุมเครือของคำว่า "จำเป็น" (Necessary) จึงเป็นช่องว่างให้มีการใช้มาตรการสิ่งแวดลอมเพื่อกีดกันทางการค้า ดังนั้น ในการเจรจารอบโตเกียว จึงให้มีการจัดความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าขึ้น
- 2) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก คือ ประเทศภาคียินยอมให้ประเทศภาคีกำหนดมาตรการเพื่อควบคุมมาตรฐานสินค้าของตนเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพ และความปลอดภัยของมนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งแวดลอมได้ มาตรการเหล่านี้ ได้แก่ มาตรฐานสินค้า (Standard Code) ข้อกำหนดปริมาณสารตกค้างของยาฆ่าแมลง (Pesticide Residue Limits) การตรวจสอบสินค้า และการติดฉลากสินค้า (Labeling) โดยบังคับใช้กับตัวผลิตภัณฑ์ (Product) เท่านั้น ไม่รวมถึงมาตรฐานด้านกระบวนการ และวิธีการผลิตสินค้า

(PPM Standards) ทั้งนี้ มาตรฐานสินค้าเพื่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวที่ประกาศใช้ จะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ TBT กล่าวคือ ต้องไม่เป็นในลักษณะที่เลือกปฏิบัติ ต้องไม่สร้างอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ และข้อบังคับทางเทคนิคและมาตรฐานต้องวางอยู่บนการพิจารณาทางวิทยาศาสตร์

- 3) ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรฐานสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Standards: SPS) เป็นข้อตกลงที่อนุญาตให้ประเทศภาคีมีมาตรการบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและเพื่อสร้างความมั่นใจต่อความปลอดภัยด้านอาหาร เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช ที่เกิดจากการใช้สารเคมี ยาฆ่าแมลง และสารประกอบต่างๆ โดยที่มาตรการนั้นจะต้องไม่สร้างข้อจำกัดทางการค้า หรือกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอมแฝง และต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคีโดยไม่มีเหตุผล นอกจากนี้ ความตกลง SPS ยังกำหนดให้สมาชิกสามารถใช้หลักป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ได้ แม้ว่าจะยังไม่สามารถหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน แต่มาตรการนี้ต้องใช้ในการชั่วคราวและจะต้องมีการพิจารณาทบทวนภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

เนื่องจากการใช้มาตรการทางการค้า อาทิ ห้ามการค้าสินค้าบางประเภท หรืออนุญาตให้ประเทศภาคีจำกัดการค้าภายใต้เงื่อนไขบางประการในความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements: MEAs) มากขึ้นเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของ MEAs ซึ่งอาจจะขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ของ GATT และหากมีข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่าง GATT/WTO และ MEAs ขึ้น WTO อาจชนะ MEAs เนื่องจาก GATT เป็นองค์กรที่เข้มแข็งกว่า และมีจำนวนสมาชิกมากกว่า ซึ่งอาจจะทำให้มาตรการใน MEAs ขาดประสิทธิภาพได้ในอนาคต ที่ประชุมจึงเรียกร้องให้คณะกรรมการด้านมาตรการสิ่งแวดล้อมและการค้า (Environmental Measures and International Trade Group: EMIT) ของ GATT ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปีพ.ศ. 2514 พิจารณามาตรการด้านสิ่งแวดล้อมที่อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ และภายหลังการก่อตั้ง WTO ในปีพ.ศ. 2537 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (Committee on Trade and Environment: CTE) ขึ้นแทน EMIT เพื่อสร้างหลักประกันว่าระบบการค้าระหว่างประเทศจะให้ความสำคัญกับเรื่องสิ่งแวดล้อม และประกันว่า กฎเกณฑ์ด้านสิ่งแวดล้อมจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ

CTE มิได้วิเคราะห์ความขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลกับหลักเกณฑ์ของ WTO เป็นการเฉพาะ หากแต่พิจารณาความสัมพันธ์โดยรวม และหยิบยกตัวอย่างมาตรการทางการค้าที่ใช้ในอนุสัญญาบางฉบับ ซึ่งรวมถึงอนุสัญญาบาเซล โดยการประชุมในช่วงแรกนั้น สมาชิก WTO ส่วนใหญ่มีความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อม ดังนี้

- 1) นโยบายการค้าระหว่างประเทศและนโยบายสิ่งแวดล้อมไม่ได้ขัดกัน แต่สนับสนุนซึ่งกันและกัน
- 2) WTO เป็นเพียงองค์การระหว่างประเทศที่จำกัดแต่เรื่องนโยบายการค้า จึงไม่มีอำนาจหน้าที่เต็มที่ในการดูแลเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

- 3) WTO ได้เปิดช่องให้ใช้นโยบายสิ่งแวดล้อมในประเทศได้ แต่มีข้อแม้ว่า การใช้มาตรการสิ่งแวดล้อมไม่ขัดกับหลักการของ WTO เรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ ทั้ง MFN และ National Treatment รวมถึงต้องมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์หรือวิชาการยืนยันการใช้มาตรการดังกล่าวด้วย
- 4) การประสานงานและความร่วมมือกันระหว่างนโยบายการค้าและสิ่งแวดล้อม รวมถึงความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นสิ่งจำเป็นในการแก้ไขปัญหา และ
- 5) การเปิดตลาดส่งออกสำหรับสินค้าส่งออกจากประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งการถ่ายทอดเทคโนโลยี และการให้ความช่วยเหลือด้านการเงินและด้านวิชาการ เป็นสิ่งจำเป็นในการช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการสร้างรายได้และปัจจัยเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมได้

ต่อมา ในการประชุมรัฐมนตรี WTO ครั้งที่ 4 ณ กรุงโดฮา เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2544 ที่ประชุมได้มีมติเห็นชอบปฏิญญาโดฮา (Doha Declaration) ซึ่งเป็นเอกสารที่รัฐมนตรีจากประเทศภาคี WTO ตกลงกันว่าจะมีการดำเนินการเรื่องการเจรจาเปิดเสรีการค้าต่อไปอย่างไร และในเรื่องใดบ้าง การค้าและสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้ในปฏิญญาโดฮา โดยให้เริ่มการเจรจาในสามประเด็น ได้แก่

- 1) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ WTO กับมาตรการทางการค้าภายใต้ความตกลงสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ (MEAs)
- 2) กระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายเลขาธิการ MEAs และคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องของ WTO และหลักเกณฑ์ในการให้สถานะผู้สังเกตการณ์แก่ MEAs
- 3) ลดเลิกมาตรการภาษีและมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีสำหรับสินค้าและบริการด้านสิ่งแวดล้อม

ปฏิญญาโดฮานับว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการกำหนดให้ประเทศภาคีเจรจาในเรื่องการค้ากับสิ่งแวดล้อม ซึ่งปรากฏอยู่ใน paragraph 31 (i) เรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง MEAs กับกฎระเบียบภายใต้ WTO paragraph 31 (ii) เรื่องกระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายเลขาธิการ MEAs และคณะกรรมการต่างๆ ของ WTO รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการเป็นผู้สังเกตการณ์ของ MEAs ใน WTO และ paragraph 31 (iii) เรื่องการลด/ยกเลิกมาตรการทางภาษีและมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีสำหรับสินค้าและบริการด้านสิ่งแวดล้อม⁵

⁵ 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;
- (ii) procedures for regular information between MEA Secretariats and the relevant WTO committees, and the criteria for the granting of observer status;
- (iii) the reduction or, as appropriate, elimination of tariff and non-tariff barriers to environmental goods and services.

การหรือ Paragraph 31 (i) ของปฏิญญาโดฮา มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติตามอนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะพันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง (Specific Trade Obligation: STO) ว่ามีความสอดคล้องกับกฎระเบียบทางการค้าภายใต้ WTO อย่างไร และจะมีแนวทางแก้ไขปัญหอย่างไร ถ้ามีความขัดแย้งระหว่างความตกลงระหว่างประเทศทั้งสอง ต้นเหตุของความขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าใน MEAs และกฎเกณฑ์ของ GATT มาจากลักษณะของมาตรการทางการค้าใน MEAs หลายมาตรการที่ขัดกับหลักเกณฑ์ไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) และการที่อนุญาตให้ค้าขายกับเฉพาะบางประเทศก็ขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favored Nation) นอกจากนี้ ยังละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) โดยการอนุญาตให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าภายในประเทศและสินค้านำเข้า (like products)

แม้ว่าจะมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดปัญหาความขัดแย้งใน WTO อันเนื่องมาจากการบังคับใช้มาตรการทางการค้าของ MEA คณะกรรมการ CTE เห็นว่า ในความเป็นจริง อาจไม่ได้เป็นปัญหารุนแรงอย่างที่คาดการณ์ เนื่องจากมีข้อตกลงหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเพียง 20 ฉบับจากทั้งหมด 200 ฉบับที่มีการใช้มาตรการทางการค้า⁶ นอกจากนี้ จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีกรณีพิพาทใน WTO เกี่ยวกับบทบัญญัติทางการค้าที่บรรจุอยู่ใน MEA แต่อย่างใด ที่ประชุมของ CTE อภิปรายถึงข้อพิพาทโดยรวมที่อาจจะเกิดขึ้นกับ MEAs และนำเสนอแนวทางในการแก้ไขข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้น และหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นจริง CTE จะใช้หลักการดังต่อไปนี้ในการแก้ไขข้อพิพาท

(http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/cte01_e.htm)

1. หลัก “lex specialis” หรือ กฎหมายเฉพาะเรื่องย่อมมีอันดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายทั่วไป ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักที่ว่า เมื่อเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ กับกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องทั่วไป ให้ถือตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง CTE เห็นว่า มาตรการทางการค้าใน MEA ถือเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง เพราะดูแลเฉพาะปัญหาสิ่งแวดล้อมในแต่ละเรื่องเท่านั้น ในขณะที่ข้อตกลงว่าด้วยการค้าเสรี น่าจะถือเป็นกฎหมายที่กว้างขวางเกี่ยวกับการค้า บทบัญญัติใน MEAs จึงอยู่เหนือกว่าบทบัญญัติของ WTO ดังนั้น มาตรการทางการค้าใน MEA จึงไม่น่าสร้างปัญหาในทางกฎหมายต่อ WTO แม้ว่ามาตรการเหล่านั้นจะไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ WTO อย่างไรก็ตาม การตีความดังกล่าวไม่ได้เป็นข้อสรุปสุดท้าย และยังไม่แน่นอนอยู่อีกมาก สิ่งที่ CTE กังวลมากกว่า คือ การเลือกปฏิบัติทางการค้ากับสมาชิก WTO ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ MEA นั้นๆ

- 1) กฎเกณฑ์ระงับข้อพิพาท ข้อสรุปที่ได้จากการประชุม WTO ระดับรัฐมนตรีที่ประเทศสิงคโปร์ ในปีพ.ศ. 2539 CTE ได้ประกาศว่าจะให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่ในการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมของ

⁶ อนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการกล่าวถึงใน CTE ว่ามีการจำกัดควบคุมการค้าสินค้าบางอย่างโดยตรง ได้แก่ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES), Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (Montreal Protocol), และอนุสัญญาบาเซล ส่วนอนุสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (trade-related environmental measures) ได้แก่ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) ซึ่งมีพิธีสารที่พัฒนาเป็น Kyoto Protocol ซึ่งควบคุมการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงอันมีผลให้ต้นทุนสินค้าแพงขึ้น อันกระทบต่อการเคลื่อนไหวทางการค้าโดยเสรีทางอ้อม

โลกแบบพหุภาคี และกระตุ้นให้ประเทศภาคี WTO หลีกเลี่ยงการใช้มาตรการฝ่ายเดียวในการแก้ไขปัญหาเหล่านี้ CTE ได้ยอมรับว่า แม้ว่าข้อจำกัดทางการค้ามิใช่เครื่องมือเชิงนโยบายอย่างเดียวกับที่ MEA สามารถใช้ได้ แต่ในบางกรณี ข้อจำกัดทางการค้าก็มีบทบาทสำคัญ CTE เห็นด้วยว่า กฎเกณฑ์ของ GATT/WTO ได้เปิดโอกาสให้ MEA สามารถใช้มาตรการทางการค้าที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ WTO เช่น การใช้มาตรา 20 ของ GATT (GATT Article XX) และไม่มีผลบังคับที่จะต้องเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของ WTO เพื่อรองรับมาตรการทางการค้าของ MEAs ให้มากขึ้น

- 2) ในการระงับข้อพิพาทนั้น CTE มีความเห็นว่า การปรับปรุงการประสานนโยบายภายในประเทศระหว่างผู้กำหนดนโยบายด้านการค้าและผู้กำหนดนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม จะช่วยป้องกันข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO และมาตรการทางการค้าใน MEAs CTE แนะนำให้มีการพิจารณาถึงมาตรการทางการค้าที่จะใช้กับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิก หากมีการเจรจาเพื่อจัดตั้ง MEAs ในอนาคต
- 3) หากมีปัญหาคัดแย้งระหว่าง WTO กับมาตรการทางการค้าใน MEA (โดยเฉพาะความขัดแย้งต่อประเทศภาคี WTO ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ MEA นั้นๆ) CTE เห็นว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของ WTO จะสามารถแก้ไขปัญหาความขัดแย้งได้ และมีความเป็นไปได้ที่จะให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อมในคณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (WTO dispute settlement panels) เพื่อพิจารณาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น

ในการเจรจาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง WTO และ MEAs ในที่ประชุมรอบโตฮา เนื่องจากที่ประชุมได้วางกรอบการเจรจาไว้แคบมาก ทำให้ผลของการเจรจาโดยรวมเป็นไปอย่างจำกัด โดยได้ข้อสรุปที่เป็นรูปธรรมเพียง สองประเด็น คือ

1) การแก้ไขความขัดแย้งจะใช้ได้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสมาชิกของ MEA เดียวกันเท่านั้น⁷ และ

2) เมื่อที่ประชุมจำกัดเฉพาะ MEA ที่มี “พันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง” (Specific Trade Obligation: STO) ทำให้มี MEA เพียงหกฉบับ คือ Cartagena Protocol, Convention on Persistent Organic Pollutants (POP), Convention on Prior Informed Consent (PIC), Montreal Protocol, Basel Convention, และ the Convention on the International Trade in Endangered Species (CITES) ได้รับการพิจารณาถึง ความสัมพันธ์ระหว่าง MEAs กับกฎระเบียบภายใต้ WTO ในที่ประชุม CTE วาระพิเศษ (CTE Meeting in Special Session: CTE-SS)

Gray (2006) เห็นว่า ที่ประชุมหลีกเลี่ยงที่จะตัดสินใจในประเด็นที่ยากไปกว่านั้น คือ หากประเทศภาคี WTO ที่ได้รับผลกระทบไม่ได้เป็นสมาชิกของ MEA ดังกล่าว มาตรการของ MEA จะได้รับการยอมรับหรือไม่ เช่น มาตรการห้ามการค้าของเสียอันตรายระหว่างกลุ่มประเทศ OECD กับประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก OECD ภายใต้อนุสัญญาบาเซล ในประเด็นนี้ สหภาพยุโรปต้องการให้มีการยอมรับอย่าง

⁷ อย่างไรก็ตาม การกำหนดในลักษณะนี้ อาจส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจของประเทศต่างๆ ที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิก ของ MEA ที่มีการใช้มาตรการทางการค้าเป็นเครื่องมือหนึ่งในการบรรลุเป้าประสงค์ (Gray, 2006)

เป็นทางการใน WTO ว่า มาตรการทางการค้าภายใต้ MEAs ไม่ขัดต่อกฎของ WTO⁸ อย่างไรก็ตาม สมาชิกส่วนใหญ่ยังคงคัดค้านในเรื่องนี้ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาถือว่า หากมีการยอมรับอย่างเป็นทางการแล้ว อาจเป็นช่องทางให้ประเทศพัฒนาแล้วนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการออกมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมโดยใช้การจำกัดการค้าเสรีกับประเทศกำลังพัฒนาได้

นอกจากนี้ การตีความ STOs อย่างแคบ โดยพิจารณาเฉพาะ MEA ที่มีมาตรการบังคับเท่านั้น ดูจะไม่สอดคล้องกับบริบทและลักษณะการตัดสินใจใน MEAs ซึ่งค่อนข้างยืดหยุ่นและให้อิสระแก่ประเทศภาคีในการตัดสินใจภายใต้ขอบเขตที่กำหนด ตัวอย่างเช่น ในอนุสัญญาบาเซล ประเทศภาคีมีทางเลือกที่จะนำเข้าของเสียอันตรายเพื่อมากำจัดขั้นสุดท้ายอย่างมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข นอกเหนือจากสิทธิที่จะปฏิเสธการนำเข้าของเสียโดยเด็ดขาด ซึ่งถ้ามองในลักษณะนี้ จะพบว่า MEAs อื่นๆ อีกหลายฉบับที่ให้อิสระแก่ประเทศภาคีในการจำกัดการนำเข้าสินค้าบางอย่างได้ แม้ว่าสหภาพยุโรปได้เสนอให้มีการตีความขอบเขตของ STOs ให้กว้างขึ้น และให้รวมถึง MEAs ที่นอกเหนือจาก MEAs หกฉบับดังกล่าว แต่ประเทศภาคีส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ (Gray, 2006)

จากการคัดค้านของสมาชิกโดยส่วนใหญ่ต่อข้อเสนอของสหภาพยุโรป ทำให้การเจรจาและการตีความทางเทคนิคเกี่ยวกับ Paragraph 31 (i) ไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร ในปัจจุบัน ทิศทางการประชุมได้เปลี่ยนแปลงไปตามข้อเสนอของประเทศภาคีต่างๆ ที่พยายามจะผลักดันให้การหารือในประเด็นนี้เป็น การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของแต่ละประเทศ เพื่อส่งเสริมให้ปฏิบัติตาม STOs ภายใต้ MEAs มีความสอดคล้องกับกฎระเบียบของ WTO รวมถึงการแก้ไขปัญหภายใน MEAs ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้น

มีประเทศภาคีบางประเทศให้ความเห็นว่า เนื่องจาก ในทางปฏิบัติ ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมดูเหมือนว่าจะเป็นไปด้วยดี อีกทั้ง จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าของ MEAs ใน WTO เกิดขึ้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการเจรจาและตัดสินใจเกี่ยวกับประเด็นความสัมพันธ์ระหว่าง WTO และ MEAs ภายใต้ paragraph 31 (i) อย่างไรก็ตาม Gray (2006) ให้ความเห็นว่า แม้ว่าจะไม่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าของ MEAs ใน WTO ที่ยื่นต่อคณะผู้พิจารณาข้อพิพาททางการค้า (WTO dispute settlement panels) แต่ไม่ได้หมายความว่า ไม่มีความขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าของ MEAs กับกฎเกณฑ์ของ WTO อยู่เลย ในความเป็นจริง มีความขัดแย้งเกิดขึ้น แต่คู่กรณีสามารถประนีประนอมกันก่อนที่เรื่องจะไปถึงคณะผู้พิจารณาข้อพิพาททางการค้า ดังเช่น กรณีข้อพิพาทเรื่องปลาดาบ (sword fish) ระหว่างประเทศชิลีและสหภาพยุโรป ซึ่งชิลีได้ใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุรักษ์ปลาภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทางทะเล (the UN Convention on the Law of the Sea) เพื่อเป็นข้ออ้างในการห้ามนำเข้าปลาดาบจากสหภาพยุโรป นอกจากนี้ ในการประชุมของ MEAs เองก็ได้มีการพูดถึง การใช้มาตรการทางการค้าอาจเป็นสิ่งที่ทำลายกฎเกณฑ์ของ WTO

⁸ เหตุผลเบื้องหลังของข้อเสนอนี้ คือ การยอมรับอย่างเป็นทางการใน WTO ว่ามาตรการการค้าภายใต้ MEAs ไม่ขัดต่อกฎ WTO จะทำให้สหภาพยุโรปมีความมั่นใจมากขึ้นว่า การใช้มาตรการทางการค้าภายใต้ MEAs ของตนในอนาคตจะมีการคัดค้านภายใน WTO ได้อย่างขึ้น (จรัล ธีรราชกูร ณ อยุธยา, ไม่ระบุปี, “การค้าและสิ่งแวดล้อมในกรอบ WTO” บทความในเว็บไซต์ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, <http://www.dtn.moc.go.th>)

1.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล กับข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Areas/Agreements: FTAs)

เนื่องจากการเจรจาการค้าเสรีภายใต้กรอบ WTO ใช้หลักฉันทามติในการเจรจา นั่นก็คือ ประเทศภาคี ทั้ง 147 ประเทศในปัจจุบันจะต้องตกลงยินยอมพร้อมกันจึงจะมีการลดภาษีได้ซึ่งทำให้การเปิดเสรีการค้าใน WTO มีความล่าช้า และทำให้การเจรจาในรอบอุรุกวัยเกิดความชะงักงันไประยะหนึ่ง การเจรจาในรอบปัจจุบัน ที่เรียกกันว่า รอบโดฮา (รอบโดฮาว่าด้วยการพัฒนา – Doha Development Round) ซึ่งเริ่มมาตั้งแต่ปี 2544 ก็ยังไม่มีความสำเร็จมากนัก และมีที่ท่าว่าจะประสบความล้มเหลว อันเนื่องมาจากประเทศภาคียังไม่ยอมเปลี่ยนแปลงจุดยืนในการเจรจา โดยเฉพาะประเทศพัฒนาแล้ว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ยังไม่ยอมลดการอุดหนุนหรือลดอัตราภาษีสินค้าเกษตรตามข้อเรียกร้องของกลุ่ม G-20⁹ ประเทศกำลังพัฒนาจึงยังคงประสบกับปัญหาอุปสรรคจากการถูกกีดกันทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้ว

บรรดาประเทศที่เป็นผู้นำในการผลักดันระบบการค้าเสรีและประเทศกำลังพัฒนาจึงได้หันไปให้ความสำคัญกับการสร้างความสัมพันธ์กับการค้าระดับภูมิภาค (Regional) อาทิ ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของทวีปอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement, NAFTA) ประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโก ซึ่งเป็นต้นแบบของการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่นๆ และระดับทวิภาคี (Bilateral) ทั้งในกลุ่มการค้าระดับภูมิภาคที่มีอยู่เดิมและที่จัดตั้งกันขึ้นมาใหม่ ในปัจจุบัน ประเทศภาคี WTO ทุกประเทศยกเว้นมองโกเลีย เป็นสมาชิกหรือกำลังเจรจาจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี จากการศึกษาของ WTO พบว่า ปัจจุบันมีข้อตกลงเขตการค้าเสรีมากกว่า 250 ฉบับทั่วโลก โดยข้อตกลงล่าสุด 200 ฉบับเพิ่งถูกจัดทำในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา

รัฐบาลไทยได้ให้ความสำคัญกับการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Areas/Agreements: FTAs) อย่างมาก ที่ผ่านมามีการลงนาม FTA กับประเทศต่างๆ ไปแล้ว รวมทั้งสิ้น 6 ประเทศ กับ 1 กลุ่ม ได้แก่ บารเรน จีน อินเดีย เปรู ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และกลุ่ม BIMST-EC และกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีกับญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา และอยู่ระหว่างการศึกษาเพื่อเตรียมความพร้อมในการเจรจากับสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (European Trade Association, EFTA) เม็กซิโก แคนาดา เกาหลี และกลุ่มประเทศเมอร์โคซัวร์ (MERCOSUR) (กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2548, FTA Fact Book)

สำหรับเวทีการเจรจาการค้าเสรีในระดับภูมิภาคและระดับทวิภาคีนี้ การส่งเสริมการค้าเสรีกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ก็ยังคงเป็นประเด็นคู่ขนานที่อาจกลายเป็นเรื่องที่ขัดแย้งหรือส่งเสริมซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการเตรียมการ และการจัดการให้กฎและกติกามีความรอบคอบรัดกุมมากน้อยเพียงใด ประเด็นที่เป็นข้อกังวลจากการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี คือ ข้อกำหนดต่างๆ ในความตกลง

⁹ กลุ่ม G20 เป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่ผลักดันการเจรจาสินค้าเกษตร เริ่มรวมตัวกันตั้งแต่ในช่วงการประชุม MC5 ที่เมืองแคนคูน นำโดยบราซิล ปัจจุบัน มีสมาชิก 21 ประเทศ ได้แก่ อาร์เจนตินา โบลิเวีย บราซิล จีน ชิลี คิวบา อียิปต์ กัวเตมาลา อินเดีย อินโดนีเซีย เม็กซิโก ไนจีเรีย ปากีสถาน ปารากวัย ฟิลิปปินส์ แอฟริกาใต้ แทนซาเนีย เวเนซุเอลา อุรุกวัย ซิมบับเว และไทย (ที่มา: http://www.mfa.go.th/internet/wto/Groups_WTO.doc)

FTA อาจส่งผลกระทบต่อภารกิจสิทธิของประเทศไทย หรือมีผลต่อการขัดขวาง หรือเป็นอุปสรรคให้กับประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรณีของ MEAs ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ หรือที่จะเป็นภาคีในอนาคต

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึง ว่า ประเทศคู่ภาคีข้อตกลง FTA ต้องยึดถือว่า ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีอยู่ร่วมกันนั้น มีความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และย้ำว่าการปฏิบัติตามพันธกรณีของ MEAs เป็นส่วนสำคัญต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของข้อตกลง FTA แต่ สหรัฐอเมริกากล่าวถึงเฉพาะ MEAs ที่ไทยและสหรัฐ เป็นภาคีร่วมกันอยู่เท่านั้น ในขณะที่ ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก MEAs อยู่หลายฉบับ เช่น อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ พิธีสารเกียวโต และอนุสัญญาบาเซล แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีความตกลงเหล่านี้ ดังนั้น การปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา อาจจะทำให้ประเทศไทยประสบปัญหาในอนาคตต่อการใช้สิทธิ หน้าที่ และการปฏิบัติตามพันธกรณีใน MEAs ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคี และอาจจะประสบกับถูกฟ้องร้องโดยนักลงทุนสหรัฐอเมริกาผ่านทางกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement) (สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

แม้ว่าในขณะนี้ยังไม่มีข้อพิพาทระหว่างกฎกติกาของ FTA และมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล แต่ก็มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นใน NAFTA ที่สามารถนำมาเป็นตัวอย่างศึกษาได้ กรณีที่ว่านี้ คือ กรณีข้อพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers Inc. ซึ่งเป็นบริษัทที่รับกำจัดของเสียอันตรายที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่มลรัฐโอไฮโอ สหรัฐอเมริกา กับรัฐบาลแคนาดาที่ห้ามการส่งออกของเสียที่มีสารพีซีบีออกนอกประเทศ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ได้ตัดสินให้รัฐบาลแคนาดาต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยเห็นว่า ข้อห้ามการส่งออกของเสียที่มีสารพีซีบีของรัฐบาลแคนาดาขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่น้อยที่สุด (Minimum Standard of Treatment) ในบทว่าด้วยการลงทุน (Chapter 11) ของ NAFTA

คณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ให้เหตุผลว่า รัฐบาลแคนาดาออกข้อห้ามขึ้นเป็นการชั่วคราวเพื่อที่จะคุ้มครองบริษัทภายในประเทศให้สามารถดำเนินกำจัดของเสียดังกล่าวแทนบริษัท S.D. Myers แต่รัฐบาลแคนาดาได้โต้แย้งว่า ข้อห้ามนี้มีขึ้นเพราะรัฐบาลไม่เชื่อว่าสหรัฐ จะกำจัดของเสียดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญาบาเซล ซึ่งรัฐบาลแคนาดาเป็นภาคีอยู่ แต่สหรัฐ มิได้เป็นภาคี (ดูกรอบที่ 1) ต่อมา กลุ่มพันธมิตรเพื่อการค้าและสิ่งแวดล้อมแห่งประเทศแคนาดา ได้ยื่นหนังสือต่อกรมการต่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศของแคนาดาเพื่อคัดค้านคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ และเห็นว่า คำตัดสินนี้ได้ขัดขวางการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศของแคนาดาที่มีต่ออนุสัญญาบาเซล และบั่นทอนการบังคับใช้กฎหมายภายในเกี่ยวกับการจัดการของเสียอันตรายอีกด้วย (Sierra Club of Canada Press Release, 16 January 2001)

กรอบที่ 1 ลำดับเหตุการณ์กรณีพิพาทใน NAFTA ระหว่างบริษัท S.D. Myers ของสหรัฐอเมริกา และรัฐบาลแคนาดา

อ้างอิงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ

1. ในวันที่ 22 พฤศจิกายน 2541 บริษัท S.D. Myers Inc. (บริษัทแม่อยู่ที่เมือง Tallmadge มลรัฐ Ohio สหรัฐอเมริกา) ได้ยื่นหนังสือแสดงเจตจำนงที่จะเสนอข้อพิพาทต่อสำนักอนุญาโตตุลาการ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุน ในบทที่ 11 (การลงทุน) ของ NAFTA
2. ในวันที่ 30 ตุลาคม 2541 บริษัท S.D. Myers ได้ยื่นคำฟ้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่า ระเบียบการห้ามส่งออกสาร PCB ของรัฐบาลแคนาดา (ประกาศใช้เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2538 และยกเลิกเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2540) ละเมิดข้อกำหนดของ NAFTA ดังต่อไปนี้ 1) มาตรา 1102 ว่าด้วยเรื่อง National Treatment 2) มาตรา 1105 Minimum Standard of Treatment 3) มาตรา 1106 Performance Requirements และ 4) มาตรา 1110 Expropriation บริษัท S.D. Myers อ้างว่า การห้ามส่งออกดังกล่าวทำให้บริษัทสูญเสียโอกาสการทำธุรกิจในแคนาดา และเรียกร้องค่าเสียหาย ไม่น้อยกว่า 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐ
3. คณะผู้พิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้ถูกตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2542 โดยบริษัท S.D. Myers แต่งตั้ง Dr. Bryan Schwartz ซึ่งเป็นอาจารย์ทางด้านกฎหมาย มหาวิทยาลัย Manitoba เข้าร่วมพิจารณา ส่วนรัฐบาลแคนาดาได้แต่งตั้งนาย Edward Chiasson จากแวนคูเวอร์ ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบในการแต่งตั้ง Professor Martin Hunter ชาวอังกฤษ เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ
4. รัฐบาลแคนาดาได้ส่งหนังสือแก้ต่าง (Statement of Defence) เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2542 ต่อมาบริษัท S.D. Myers ได้ส่งหนังสือโต้แย้งเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2542 รัฐบาลแคนาดาได้ส่ง counter-memorial เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2542 และได้มีการส่งเอกสารสรุปเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม และส่งเอกสารก่อนการตัดสิน ในวันที่ 14 มกราคม 2543
5. ทั้งสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกมีตัวแทนดำเนินการตลอดช่วงกระบวนการ แม้ว่ามีเพียงเม็กซิโกเท่านั้นที่ส่งข้อมูลให้แก่อนุญาโตตุลาการ เม็กซิโกได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับการตีความข้อบังคับของบทที่ 11 ซึ่งสอดคล้องกับจุดยืนของแคนาดา
6. การพิจารณาข้อพิพาทเริ่มต้นที่ศาลอนุญาโตตุลาการที่โตรอนโต ตั้งแต่ 14 - 16 กุมภาพันธ์ 2543
7. คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการได้ถูกส่งไปยังคู่กรณีเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2543 โดยพิจารณาเห็นว่า การที่แคนาดาห้ามส่งออกของเสียที่เป็นสารพีซีบีเป็นการชั่วคราวในช่วงเดือน พฤศจิกายน 2538 และกุมภาพันธ์ 2540 ขัดต่อบทบัญญัติสองข้อในบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุน (Chapter 11) คำตัดสินไม่ได้กำหนดให้แคนาดาต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศ เกี่ยวกับกฎระเบียบควบคุมสารพีซีบี คำตัดสินมีผลกับระเบียบที่ออกมาชั่วคราวซึ่งไม่ได้มีผลใช้บังคับแล้ว และคำตัดสินไม่ได้บั่นทอนความสามารถของรัฐบาลแคนาดาที่จะกำกับ

ดูแลการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายอย่างปลอดภัย รวมทั้งของเสียที่เป็นสารพีซีบี คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับอย่างชัดเจนว่า สมาชิก NAFTA มีสิทธิที่จะตั้งเกณฑ์การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับสูงได้ และไม่จำเป็นต้องผ่อนผันมาตรฐานของตัวเองเพียงเพื่อที่จะสนองตอบผลประโยชน์ทางการเมืองหรือเศรษฐกิจของรัฐอื่น

8. ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2544 รัฐบาลแคนาดาได้อุทธรณ์ต่อศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court) พิจารณาระงับคำตัดสินบางส่วนของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าคณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจของตนเอง¹⁰

ที่มา: Canadian Government Press Release, 8 February 2001, "Canada Seeks Application to Set Aside NAFTA Tribunal Award in S.D. Myers Arbitration,"

http://www.ban.org/ban_news/canada_seeks.html

กรณีข้อพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers Inc. กับรัฐบาลแคนาดา เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นจุดอ่อนของบทว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (Environment Chapter) ซึ่งบรรจุอยู่ใน NAFTA ที่สามารถถูกหักล้างด้วยข้อกำหนดในบทอื่นๆ ของ NAFTA โดยเฉพาะในบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุน (Investment Chapter) และทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างการลงทุนกับเรื่องสิ่งแวดล้อม เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ข้อตกลง NAFTA เป็นต้นแบบของการทำข้อตกลง FTA กับประเทศอื่นๆ ซึ่งรวมถึง FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา บทเรียนเกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดใน NAFTA จึงอาจเกิดขึ้นได้กับประเทศไทย

1.4 วิเคราะห์ผลกระทบจากมาตรการทางการค้าของอนุสัญญาบาเซลต่อประเทศไทย

อนุสัญญาบาเซลได้ใช้มาตรการทางการค้าหลายอย่างในการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน คือ การแจ้งข้อมูล (notification) และการรับรองการแจ้งข้อมูลล่วงหน้า (prior informed consent) เกี่ยวกับการนำเข้าส่งออกของเสียอันตราย ข้อห้ามการค้ากับประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี (Party/non-Party trade ban) ข้อห้ามการส่งออกของเสียอันตรายจากประเทศในภาคผนวก 7 ไปยังประเทศที่มีใช้ภาคผนวก 7 (Export Ban from Annex VII to non-Annex VII Countries) หรือที่เรียกว่า ข้อห้ามบาเซล (Basel Ban)¹¹ มาตรการทางการค้าเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดผลกระทบทั้งในเชิงบวกในแง่การลดความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพจากการนำเข้าหรือลักลอบนำเข้าของเสียอันตรายจากต่างประเทศ แต่ข้อจำกัดทางการค้าก็อาจส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมรีไซเคิลของประเทศไทย

¹⁰ เช่นเดียวกับที่เม็กซิโกกำลังต่อสู้กับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ที่ให้รัฐบาลเม็กซิโกต้องจ่ายเงินชดเชยเป็นจำนวน 17 ล้านดอลลาร์ แก่บริษัทรับกำจัดของเสียอันตรายของสหรัฐอเมริกา ที่ชื่อ Metalclad ภายหลังจากที่รัฐบาลได้ยอมต่อแรงกดดันของท้องถิ่นและได้ระงับการก่อสร้างโรงงานของบริษัท

¹¹ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาบาเซลได้เครื่องมืออื่นๆ ด้วย เช่น ความช่วยเหลือทางวิชาการ และการเสริมสร้างขีดความสามารถ เพื่อให้ประเทศภาคีสามารถจัดการของเสียอันตรายภายในประเทศของตนอย่างมีประสิทธิภาพและไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและสิ่งแวดล้อม

1.4.1 ผลกระทบในทางบวก

ผลกระทบในทางบวกของอนุสัญญาบาเซล คือ ช่วยให้เกิดการพัฒนาการจัดการของเสียอันตรายของประเทศภาคีให้อยู่ในระดับสากล ความคุ้มครองค้าขายของเสียอันตรายให้เป็นระบบมากขึ้น และช่วยลดความเสี่ยงต่อสุขภาพอนามัยและสิ่งแวดล้อมจากของเสียอันตราย ซึ่งเท่ากับช่วยลดภาระต้นทุนแฝง (external cost) ทางสังคมในประเทศภาคี

1) ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน

อนุสัญญาบาเซลช่วยสร้างบรรทัดฐานของแนวปฏิบัติสากลในเรื่องการขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน โดยทำให้การเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญา เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย อีกทั้ง ประเทศภาคีต้องมีการกำหนดมาตรการและระเบียบปฏิบัติที่เข้มงวดในการควบคุมการส่งออก การนำเข้า นำผ่าน รวมทั้งการจัดหาอุปกรณ์ สถานที่ กำจัดกากของเสียอันตรายภายในประเทศ

การปฏิบัติตามข้อกำหนดของอนุสัญญาจะทำให้ทราบล่วงหน้าหากมีการนำเข้า นำผ่าน และส่งออกของเสีย ซึ่งสามารถพิจารณาเตรียมการ และเฝ้าระวังให้เกิดความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยได้มากกว่าการไม่ได้เป็นภาคี ซึ่งจะไม่ทราบการเคลื่อนไหว โดยเฉพาะกรณีที่ถูกนำผ่าน

อนุสัญญาบาเซลเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีกำหนดในกฎหมายถึงประเภทของเสียที่จะห้ามนำเข้าประเทศหรือมีการควบคุมการนำเข้า ที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในอนุสัญญาได้ โดยประเทศอื่นต้องเคารพกับข้อกำหนดนี้ ประเทศไทยได้ใช้สิทธินี้ในการกำหนดให้ยางรถยนต์ใช้แล้วเป็นของเสียอันตรายที่ห้ามนำเข้าประเทศ¹² โดยเห็นว่า แม้โดยตัวของมันเอง อาจไม่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรง แต่หากมีการกำจัดหรือทำลายอย่างไม่ถูกต้อง ก็ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยของประชาชน

ในทางกลับกัน ผู้ประกอบการไทยก็ต้องมีจิตสำนึกและความรับผิดชอบ ไม่ลักลอบส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศอื่น โดยเฉพาะประเทศที่ยังไม่มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังเช่นกรณีเจ้าหน้าที่ด้านสิ่งแวดล้อมของฮ่องกงได้ตรวจยึดซากจอกคอมพิวเตอร์ได้ 1,000 ยูนิท ระหว่างการส่งออกจากไทยมายังฮ่องกงเมื่อเดือนเมษายน ปี 2547 และยังมี การส่งแผงวงจรไปยังจีนเพื่อสกัดเอาองค์ประกอบมีค่า โดยก่อนส่งจะบดเป็นชิ้นเล็กๆ จนไม่เหลือเค้าเดิม (กรมควบคุมมลพิษและองค์การส่งเสริมการค้าต่างประเทศของญี่ปุ่น (JETRO), 2547)¹³

¹² กระทรวงพาณิชย์ได้ออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การนำยางรถใช้แล้วเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2546 อันเป็นรายการของเสียที่ห้ามการนำเข้ามาในประเทศไทย ยกเว้นกรณีที่น่าเข้ามาเพื่อการศึกษาวิจัย หรือเพื่อเป็นตัวอย่าง หรือพาหนะนำติดมาเพื่อใช้กับยานพาหนะนั้นๆ ในปริมาณเท่าที่จำเป็น และกรณีที่น่าเข้ามาเพื่อการแข่งขันรถ หรือการท่องเที่ยว (http://www.pcd.go.th/info_serv/haz_BaselList.htm)

¹³ ประเทศจีนได้บังคับใช้กฎหมายภายในเพื่อควบคุมการนำเข้าผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วบางประเภท ได้แก่ หลอดภาพ (Cathode ray tubes) เครื่องถ่ายภาพเอกสาร โทรศัพท และคอมพิวเตอร์ มาตั้งแต่ปี 2543 ซึ่งประกาศใน SEPA Document No. 19/2000 of January 24, 2000 ชื่อว่า "Notification on Import of the Seventh Category of Wastes" ต่อมา ใน

นอกจากนี้ ผู้สนับสนุนข้อแก้ไขบาเซล (Ban Amendment) คาดการณ์ว่า หากประเทศพัฒนาแล้ว (ประเทศในกลุ่ม OECD) ไม่สามารถส่งของเสียอันตรายมากำจัดในประเทศกำลังพัฒนา ประเทศพัฒนาแล้วก็จะหันกลับมาพึ่งตนเองในการจัดการของเสียอันตราย และคิดหาวิธีที่จะลดปริมาณของเสียอันตรายของตนเอง ซึ่งจะช่วยเพิ่มการใช้และพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตที่สะอาดมากขึ้น ถ้าหากเป็นเช่นนั้น ก็จะช่วยลดการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนไปโดยปริยาย

2) ป้องกันการขนส่งของเสียอันตรายที่ผิดกฎหมาย

อนุสัญญากำหนดให้เป็นการขนส่งที่ผิดกฎหมายซึ่งถือเป็นอาชญากรรม เป็นที่คาดหวังว่า มาตรการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน จะช่วยป้องกันปัญหาการลักลอบนำของเสียอันตรายมาทิ้งในประเทศไทยจากประเทศภาคี เนื่องจากอนุสัญญานี้ กำหนดมาตรการบังคับให้ประเทศภาคีผู้ส่งออกรับผิดชอบในการนำกลับภายใน 30 วัน และชดเชย ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศที่มีได้เป็นภาคี ยกเว้นจะทำความตกลงทวิภาคี พหุภาคีหรือระดับภูมิภาค

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญาบาเซลเป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมความคิดของสองกลุ่ม คือ กลุ่มประเทศที่ต้องการห้ามนำเข้าของเสียอันตราย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา และกลุ่มประเทศที่ต้องการส่งของเสียอันตรายไปกำจัดบนพื้นฐานของความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ ข้อกำหนดในอนุสัญญาบาเซลจึงเป็นพันธกรณีที่อ่อนและยากที่จะบังคับใช้ได้อย่างจริงจัง¹⁴ ในทางปฏิบัติ การควบคุมของเสียอันตรายแต่ไม่ห้ามนำเข้า-ส่งออกโดยสิ้นเชิง มีจุดอ่อนอยู่ตรงที่ไม่มีใครสามารถยืนยันได้ว่า การอนุญาตให้ขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนเป็นไปตามหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอย่างแท้จริง

แม้ว่าจะมีการบังคับใช้อนุสัญญาบาเซลมาตั้งแต่ปี 2535 แต่การลักลอบทิ้งของเสียอันตรายยังคงปรากฏอยู่เสมอๆ และมักเกิดกับประเทศที่ระบบการควบคุมการนำเข้าสินค้าอันตรายไม่เข้มงวด ไม่สามารถตรวจตราบังคับใช้กฎหมายห้ามนำเข้าได้อย่างทั่วถึง เช่น ในประเทศแถบยุโรปตะวันออก ได้แก่ โปแลนด์ ฮังการี โรมาเนีย อัลบาเนีย รัสเซีย ยูเครน รัฐในทะเลบอลติก และหลายประเทศในเอเชีย

ปี 2545 รัฐบาลจีนได้ขยายประเภทของเสีย โดยรวม แฉวงจรมิพิท คีร์บอร์ตและเมาส์ ปรินเตอร์ เครื่องโทรสาร ฯลฯ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก <http://www.ban.org/Library/chinese.gif>

¹⁴ เช่น Article 4(2) (e) และ (g) ระบุให้มาตรการที่เหมาะสมที่จะไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตราย เมื่อไม่มั่นใจว่าจะมีการจัดการกับของเสียอันตรายนั้นอย่างถูกสุขลักษณะในประเทศเป้าหมาย นอกจากนี้ Article 4 (9) กำหนดข้อบังคับทั่วไปไว้ว่า ให้หามาตรการที่เหมาะสมที่จะรับประกันว่าจะอนุญาตให้ขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนได้ เฉพาะเมื่อ

- (a) ประเทศผู้ส่งออกไม่สามารถจัดการของเสียอันตรายนั้นอย่างถูกสุขลักษณะและคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ (environmentally sound and efficient manner) หรือ
- (b) ของเสียอันตรายนั้นเป็นที่ต้องการของประเทศนำเข้าเพื่อเอาไปเป็นวัตถุดิบสำหรับการนำของกลับมาใช้ใหม่ (recycle) หรือไปผ่านกระบวนการเปลี่ยนสภาพขยะเพื่อนำไปใช้อีก (recovery) หรือ
- (c) มีการตกลงกันโดยเฉพาะระหว่างคู่กรณี ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

โดยเฉพาะจีน¹⁵ อินเดีย มาเลเซียและฟิลิปปินส์ การส่งออกของเสียอันตรายในหลายกรณีอาศัยช่องว่างของอนุสัญญาที่อนุญาตให้มีการส่งออกของเสียอันตรายเพื่อหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (รีไซเคิล) ในการส่งออกของเสียอันตราย โดยอ้างว่าเพื่อนำไปรีไซเคิล แต่ในความเป็นจริง เพื่อการกำจัดของเสียอันตรายนอกดินแดนของตน และยังผลให้เกิดการทิ้งของเสียอันตรายเหล่านี้อย่างไม่ผิดกฎหมาย

ประเทศไทยประสบปัญหาการลักลอบนำของเสียอันตรายจากต่างประเทศเข้ามาทั้งในประเทศเช่นกัน โดยปัญหาได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนเป็นครั้งแรก เมื่อเกิดเหตุการณ์การระเบิดของสารเคมีในคลังเก็บสินค้าที่ทำเรือคลองเตยเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2534 ก่อให้เกิดผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บจำนวนมาก ซึ่งพบว่าสินค้าประเภทวัตถุอันตรายบางส่วนมีการขนย้ายเข้ามาเก็บไว้ที่ท่าเรือ โดยไม่ได้ผ่านการตรวจสอบที่ไปที่มาอย่างชัดเจน ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าอาจมีการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายจากต่างประเทศมาเก็บไว้ที่ท่าเรือคลองเตย

ปัญหาเรื่องการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายในประเทศไทยปะทุขึ้นอีกในปี 2546 เมื่อเจ้าหน้าที่กรมศุลกากรตรวจพบยางรถยนต์ เครื่องยนต์ แบตเตอรี่เก่าและถุงมือยางใช้แล้วจากสหราชอาณาจักรรวม 5 ตู้คอนเทนเนอร์ น้ำหนักประมาณ 23 ตันมาที่ท่าเรือ จ. สมุทรปราการ ก่อให้เกิดการตื่นตัวของภาครัฐและได้มีการตรวจสอบสินค้าตกค้างที่ทำเรือต่างๆ ในช่วงเวลาเดียวกัน กรมควบคุมมลพิษยังตรวจสอบพบอีกว่า มีตู้คอนเทนเนอร์ที่รับสินค้าที่คาดการณ์ว่าเป็นของเสียอันตรายอีก 200 ตู้ที่บริเวณโกดังที่ 10 ท่าเรือคลองเตย ซึ่งยังไม่สามารถเปิดออกดูได้ เนื่องจากติดระเบียบการทำเรือแห่งประเทศไทยที่ระบุว่า จะเปิดตู้ที่ไม่มีใครมารับและแสดงตัวเป็นเจ้าของได้ก็ต่อเมื่อครบกำหนดเวลา 75 วันนับแต่วันที่สินค้าอยู่ในท่าเรือ¹⁶ (มติชน, 12 กุมภาพันธ์ 2546) จากข้อมูลของกรมศุลกากร ระบุว่า ตลอดปี 2546 พบว่ามีบริษัทต่างชาติลักลอบนำของเสียอันตรายมาทั้งในประเทศไทยถึง 15 ครั้ง (แนวหน้า , 29 พฤษภาคม 2548) ซึ่งรวมถึงซากจอกคอมพิวเตอร์และขยะอิเล็กทรอนิกส์ Used pinball game board จากญี่ปุ่น และขยะพลาสติกจากเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีเรือต่างชาติบรรทุกน้ำมันหล่อลื่นใช้แล้วกว่า 7 แสนตัน มาที่ท่าเรือแหลมฉบัง จ.ชลบุรี

การนำเข้าของเสียอันตรายจากต่างประเทศโดยส่วนใหญ่เข้ามาในรูปแบบของสินค้ามือสองหรือสินค้าใช้แล้ว ส่วนใหญ่พบว่าเป็นการนำเข้าของเสียอันตรายเข้ามาโดยบริษัทที่ไม่มีตัวตน ไม่สามารถตรวจสอบได้ว่า ตั้งอยู่ที่ไหนผู้ประกอบการเหล่านี้จะหายตัวอย่างไรร่องรอยเมื่อของเสียอันตรายเดินทางถึงประเทศไทยและได้รับคำตอบแทนไปแล้วภาระหนักจึงตกอยู่กับรัฐบาลไทยในการกำจัดของเสียอันตรายเหล่านี้

แม้ว่าข้อห้ามบาเซล จะช่วยอุดช่องว่างของอนุสัญญาบาเซลที่อนุญาตให้มีการนำเข้าของเสียอันตรายเพื่อการนำกลับมาใช้ใหม่ (recycle) อีกทั้งจะเพิ่มความเข้มงวดของกฎหมายและทำให้การควบคุมตรวจสอบมิให้มีการลักลอบส่งออกจากกลุ่มประเทศ OECD เป็นไปได้ง่ายขึ้น แต่จุดอ่อนของข้อ

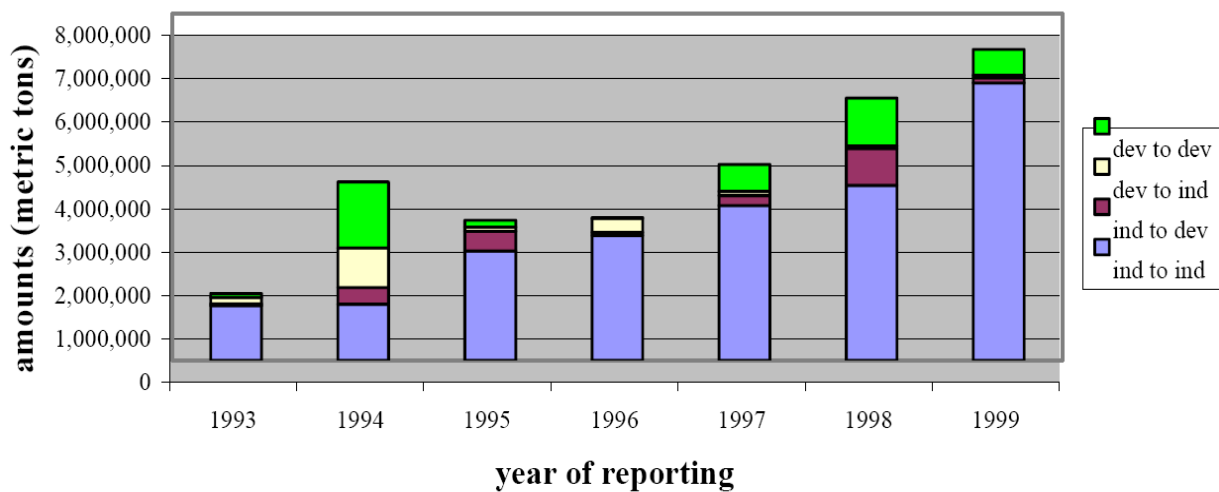
¹⁵ กรีนพีซจีนร่วมกับกลุ่ม The Basel Action Network (BAN) ได้เป็นหัวหอกสำคัญในการเปิดโปงเรื่องราวของสภาพการทำงานในโรงงานรีไซเคิลในเมือง Guiyu และ Taizhou ในประเทศจีน แม้ว่าจีนได้ให้สัตยาบันข้อห้ามบาเซลและมีข้อห้ามของรัฐบาลเองในการนำเข้าขยะอันตรายแล้ว แต่ขยะอิเล็กทรอนิกส์ประมาณร้อยละ 20-24 จากสหรัฐฯ ญี่ปุ่น เกาหลี ก็ยังคงถูกส่งไปยังท่าเรือของจีนอยู่เรื่อยๆ (Basel Action Network and Silicon Valley Toxics Coalition, 2002)

¹⁶ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน กรมศุลกากรได้แก้ไขระเบียบเรื่องการเปิดตู้สินค้าต้องสงสัย จากเดิม 75 วันนับแต่เรือเทียบท่า ให้ลดเหลือ 30 วัน ถ้าเจ้าของยังไม่มารับสินค้าให้เปิดตู้ตรวจได้ (ข้อมูลจากเจ้าหน้าที่กรมศุลกากร, 3 สิงหาคม 2549)

ห้ามบาเซลนี้ คือ ไม่มีการกำหนดข้อห้ามในลักษณะเดียวกันนี้กับประเทศนอกภาคผนวก 7 นั่นคือ ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย แม้ปริมาณการส่งออกนำเข้ายังมีปริมาณน้อยเมื่อเทียบกับปริมาณนำเข้าระหว่างประเทศภาคี OECD (หรือประเทศอุตสาหกรรม) ด้วยกันเอง แต่ก็มีแนวโน้มที่จะส่งออกของเสียอันตรายระหว่างกันมากขึ้น (ดูแผนภูมิที่ 1)

แผนภูมิที่ 1 ปริมาณการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนระหว่างประเทศอุตสาหกรรม (OECD) และประเทศกำลังพัฒนา (non-OECD)

Transboundary movements between industrialised and developing countries



Hazardous Wastes and Other Wastes. Basel Convention series/SBC No. 02/14, p. 25

นอกจากนี้ ยังพบว่ามีกรลักลอบนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศกำลังพัฒนาไปยังประเทศกำลังพัฒนาด้วยกันเองอีกด้วย ดังเช่น กรณีบริษัทในไต้หวันลักลอบส่งออกของเสียอันตรายจากภาคอุตสาหกรรมอย่างต่อเนื่องในช่วง ปี 2546-2547 ซึ่งคิดรวมแล้วเป็นจำนวนกว่า 30,000 ตัน¹⁷ และในเดือนมิถุนายน ที่ผ่านมา (พ.ศ. 2549) เจ้าหน้าที่กรมศุลกากรของฟิลิปปินส์ได้ตรวจพบเศษเหล็กและทองแดงที่ปนเปื้อนผงดำซึ่งเป็นตะกอนจากโรงงานไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ จำนวน 284 ตันบรรจุในตู้คอนเทนเนอร์ 13 ตู้ ที่ท่าเรือมะนิลา ซึ่งนำเข้ามาจากประเทศจีน¹⁸ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาบาเซลได้พยายามแก้ไขปัญหการลักลอบเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน โดยได้จัดทำแนวทางพื้นฐานเพื่อการสำรวจ การป้องกัน และการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างพิถีพิถัน

¹⁷ "12,000 tonnes of toxic waste enter M'sia with fake import licence", AFP, 8 June 2004

¹⁸ "Malaysia finds more Taiwanese toxic waste", Borneo Bulletin, 17 June 2004 (Kuala Lumpur - AFP)

¹⁸ Manila Standard Today, 7 June 2006, http://www.ban.org/ban_news/2006/060607_importing_waste.html

(Guidance Elements for Detection, Prevention and Control of Illegal Traffic in Hazardous Wastes) ซึ่งได้รับการอนุมัติในที่ประชุมภาคีอนุสัญญาครั้งที่ 6 ในปี 2545 เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและการจัดการกับการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมายสามารถนำเอกสารนี้ไปใช้ได้จริง จึงได้มีการจัดทำคู่มือฝึกอบรม ที่ชื่อ “คู่มือฝึกอบรมเพื่อการบังคับใช้กฎหมายที่อนุวัติตามอนุสัญญาบาเซล: แนวทางเพื่อการสำรวจ สืบสวน และการดำเนินคดีการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายและของเสียอื่นข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย” (Training Manual for the Enforcement of Laws Implementing the Basel Convention: Guidance for Safe and Effective Detection, Investigation and Prosecution of Illegal Traffic in Hazardous and Other Wastes) ไว้เป็นภาคผนวกหนึ่งในคู่มือดังกล่าว และได้รับการพิจารณาในที่ประชุมภาคีอนุสัญญาครั้งที่ 7 ในปี 2547 (Secretariat of Basel Convention, 2005)

นอกจากนี้ ปฏิญญาบาเซลว่าด้วยการจัดการของเสียอันตรายโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม (Basel Declaration on Environmentally Sound Management) ได้บรรจุประเด็นการป้องกันและการตรวจสอบการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย เป็นเป้าหมายหลักอันหนึ่งของอนุสัญญาบาเซลในระยะ 10 ปีนับจากนี้ (นับตั้งแต่เริ่มปฏิญญาในปี 2545) โดยได้กำหนดกิจกรรมเพื่อบรรลุเป้าหมายนี้ ดังต่อไปนี้

- 1) ประสานความร่วมมือกับองค์การตำรวจระหว่าง (International Criminal Police Organization) และองค์การศุลกากรโลก (World Customs Organization) อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะในการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ศุลกากรและเจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะสามารถบ่งชี้ ตรวจสอบ และป้องกันการขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย
- 2) ใช้ระเบียบวิธีที่จะจัดการกับกรณีที่มีการกล่าวหาว่าเป็นการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย และช่วยเหลือประเทศภาคีในการป้องกัน การบ่งชี้ การตรวจสอบและการแก้ไขปัญหาการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย
- 3) เสริมสร้างความเข้มแข็งทางสถาบันให้กับศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในภูมิภาคต่างๆ เพื่อให้ประเทศภาคีสามารถป้องกันและตรวจสอบการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย ได้

ในภูมิภาคเอเชีย ได้มีความพยายามพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศและเสริมสร้างขีดความสามารถของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการติดตามตรวจสอบและควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน อาทิ ศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในประเทศจีนจัดการประชุมเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับโครงการนำร่องเพื่อการติดตามตรวจสอบและควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนในภูมิภาคเอเชีย (Workshop on the Pilot Project for the Monitoring and Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes in the Asian Region) เมื่อปี 2545 ศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในประเทศอินโดนีเซียร่วมกับเลขาธิการอนุสัญญาบาเซลจัดประชุมเชิงปฏิบัติการระดับภูมิภาคเพื่อการปฏิบัติตามและการติดตามการอนุวัติตามอนุสัญญาบาเซลและข้อแก้ไขอนุสัญญา เมื่อปี 2547

นอกจากนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นได้เป็นผู้นำในการจัดตั้งเครือข่ายเอเชียเพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย (Asian Network for Prevention of Illegal Transboundary Movement of Wastes)¹⁹ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างประเทศภาคีในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย ที่ผ่านมามีการจัดประชุมเชิงปฏิบัติการ สองครั้ง ในปี 2547 และ 2548 และมีการจัดทำเว็บไซต์ของเครือข่ายเอเชีย (http://www.env.go.jp/en/recycle/asian_net/index.html) เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อเครือข่าย ทั้งนี้ กรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรมได้เข้าร่วมในเครือข่ายนี้ในนามประเทศไทยอีกด้วย

ในส่วนของประเทศไทย กรมควบคุมมลพิษร่วมกับกรมโรงงานอุตสาหกรรมได้นำความรู้ที่ได้จากการประชุมระหว่างประเทศและการประชุมเชิงปฏิบัติการในภูมิภาค มาพัฒนาเป็นหลักสูตรอบรมการตรวจสอบและการป้องกันการลักลอบขนย้ายของเสียอันตราย และจัดฝึกอบรมให้กับเจ้าหน้าที่กรมศุลกากร เจ้าหน้าที่การทำเรือ สมาคมตัวแทนขนส่งเดินเรือ (shipping) ทำเรือเอกชน โดยได้จัดทำตั้งแต่ปี 2547 และจะจัดเป็นประจำทุกปี เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถและสร้างความตระหนักในเรื่องการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมายและการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล²⁰ นอกจากนี้ กรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรมได้จัดตั้งเครือข่ายภายในประเทศเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือในการควบคุมการลักลอบนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์แล้วเข้ามาในประเทศไทย (Department of Industrial Works and Pollution Control Department, 2005)

1.4.2 ผลกระทบในทางลบ

มาตรการทางการค้าต่าง ๆ ที่อนุสัญญาบาเซลใช้ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนนั้นอาจจะส่งผลกระทบในทางลบต่อภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อุตสาหกรรมการกำจัดและการนำกลับไปใช้ใหม่ (รีไซเคิล) ของเสียอันตราย ทั้งนี้ ขนาดความรุนแรงของผลกระทบนั้นขึ้นอยู่กับปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียข้ามแดนของประเทศ หากปริมาณการส่งออกและนำเข้าของเสียอันตรายมาก ก็จะได้รับผลกระทบจากข้อจำกัดและข้อห้ามภายใต้อนุสัญญาบาเซลมาก

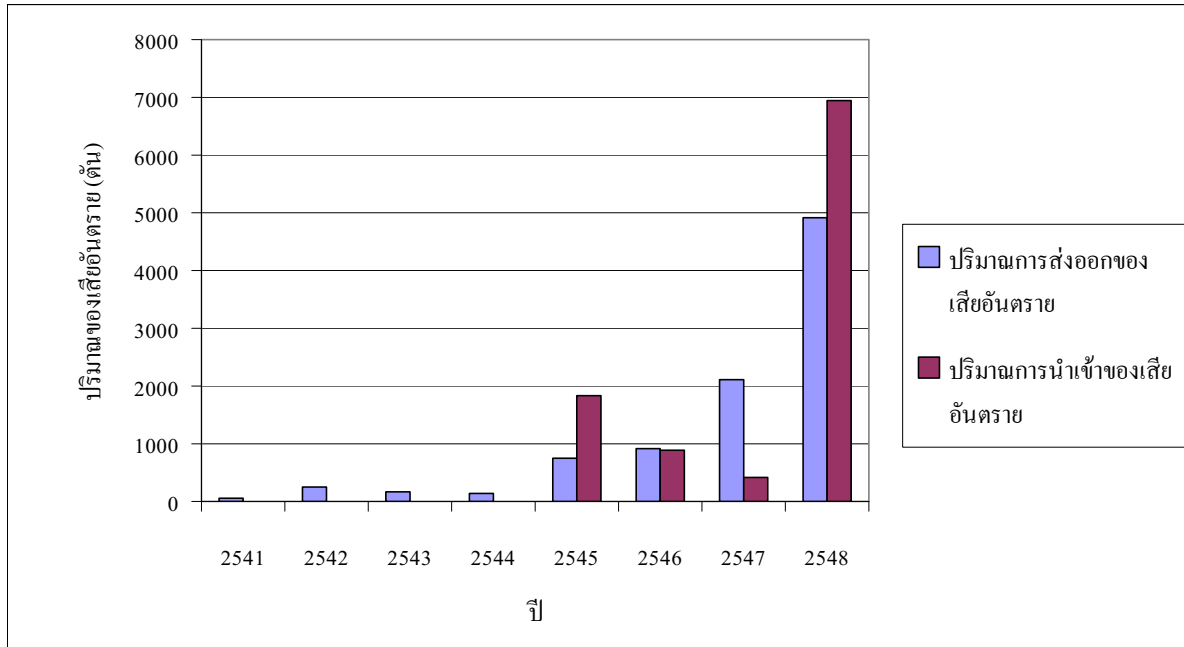
เมื่อดูสถิติปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายภายใต้อนุสัญญาบาเซล ตั้งแต่ปี 2541-2548 (แผนภูมิที่ 2) พบว่า ในช่วงปี 2541-2544 ประเทศไทยไม่ได้มีการนำเข้าของเสียอันตรายภายใต้อนุสัญญาบาเซล แต่มีการส่งออกอยู่บ้างเล็กน้อย (ไม่ถึง 300 ตัน) เป็นที่น่าสังเกตว่า ปริมาณการนำเข้า-ส่งออกของเสียอันตรายมีแนวโน้มสูงขึ้นตั้งแต่ปี 2545 ซึ่งเป็นช่วงเดียวกับที่กรมโรงงานอุตสาหกรรมมีนโยบายเปิดเสรีการให้บริการกำจัดกากอุตสาหกรรมซึ่งส่งผลให้มีโรงงานกำจัดและนำกลับมาใช้ใหม่ (รี

¹⁹ รัฐบาลญี่ปุ่นได้เสนอโครงการจัดตั้งเครือข่ายดังกล่าวในที่ประชุมคณะทำงานเมื่อปี 2546 (the Open-ended Working Group of the Basel Convention, 28 April - 2 May 2003) ที่กรุงเจนีวา และได้รับการตอบรับจากประเทศภาคี (http://www.env.go.jp/en/recycle/asian_net/index.html)

²⁰ สัมภาษณ์ผู้อำนวยการส่วนกากของเสียอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, 21 กุมภาพันธ์ 2549

ไซเคิล) เพิ่มมากขึ้น²¹ นอกจากนี้ ปริมาณการส่งออกที่เพิ่มขึ้นบางส่วนมาจากการที่โรงงานที่ได้สิทธิยกเว้นภาษีนำเข้าวัตถุดิบเลือกที่จะส่งออกเศษเหลือทิ้งจากกระบวนการผลิต (scrap) แทนการขายให้กับบริษัทรีไซเคิลในประเทศ เนื่องจากบริษัทผู้ผลิตจะไม่มีภาระภาษีนำเข้าหากส่งออกประเทศ

แผนภูมิที่ 2 ปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายในประเทศไทย



ที่มา: ข้อมูลจากกรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรม

หากดูเฉพาะปริมาณของเสียอันตรายที่นำเข้าและส่งออกเมื่อเทียบกับปริมาณของเสียอันตรายทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายในประเทศ ปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายยังอยู่ในระดับต่ำ เช่น ในปี 2547 ประเทศไทยได้ส่งออกของเสียอันตรายประมาณ 2,100 ตันและนำเข้ามายังประเทศ 420 ตัน ในขณะที่ปริมาณของเสียอันตรายทั้งหมดในประเทศในปี 2547 มีปริมาณ 1.8 ล้านตัน โดยเป็นของเสียอันตรายจากอุตสาหกรรม 1.4 ล้านตัน และของเสียอันตรายจากชุมชน 0.4 ล้านตัน (กรมควบคุมมลพิษ, 2548) ดังนั้น มาตรการทางการค้าของอนุสัญญาบาเซลที่ใช้ในปัจจุบัน²² คงจะไม่ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมไทยมากนัก

ประเด็นที่ยังเป็นที่ถกเถียงในเวทีระหว่างประเทศ คือ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากข้อแก้ไขห้ามการส่งออก (Ban Amendment) มีผลใช้บังคับ ซึ่งจะทำให้ประเทศอุตสาหกรรมหรือประเทศพัฒนาแล้ว

²¹ กฎกระทรวงฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2544) ตามความในพระราชบัญญัติโรงงานพ.ศ. 2535 อนุญาตให้มีโรงงานเพิ่มขึ้นอีก 2 ประเภท คือ โรงงานคัดแยกหรือฝังกลบสิ่งปฏิกูลหรือวัสดุที่ไม่ใช้แล้ว (โรงงานลำดับที่ 105) และโรงงานที่นำผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ไม่ใช้แล้วหรือของเสียจากโรงงานมาผลิตเป็นวัตถุดิบหรือผลิตภัณฑ์ใหม่โดยผ่านกรรมวิธีการผลิตทางอุตสาหกรรม (โรงงานลำดับที่ 106) (http://www.div.go.th/div_web/html/versionthai/laws/notific_of_min7.asp) จากข้อมูลที่ได้รับจากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ในปี 2548 มีโรงงานคัดแยกหรือฝังกลบ จำนวน 433 โรง และโรงงานรีไซเคิล จำนวน 232 โรง

²² เช่น ความล่าช้าและความยุ่งยากที่จะต้องผ่านขั้นตอนการรับรองการแจ้งล่วงหน้า (Prior informed consent) การไม่สามารถส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี หรือการไม่สามารถส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศภาคีที่ได้กฎหมายภายในประเทศห้ามการนำเข้า

ทั้งหลาย ได้แก่ ประเทศกลุ่ม OECD EC และลิกเตนสไตน์(ประเทศในภาคผนวก 7 ของอนุสัญญา) ไม่สามารถส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศกำลังพัฒนา ไม่ว่าจะมียุทธประสงค์เพื่อการกำจัดขั้นสุดท้าย หรือเพื่อการนำกลับมาใช้ประโยชน์ใหม่ก็ตาม²³

กลุ่มที่คัดค้านข้อแก้ไขห้ามการส่งออกนี้²⁴ ซึ่งเป็นกลุ่มที่สนับสนุนการค้าเสรี เห็นว่า ข้อแก้ไขห้ามการส่งออกนี้ทำให้ตลาดการค้าของเสียอันตรายที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ (รีไซเคิล) ถูกแบ่งเป็นสองตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม โดยอาจจะนำไปสู่การเพิ่มปริมาณการค้าระหว่างประเทศกำลังพัฒนาด้วยกันเอง เพิ่มระดับการกำจัดขั้นสุดท้ายในประเทศอุตสาหกรรมแทนที่จะนำกลับมาคืนสภาพ เพิ่มความต้องการในการใช้วัตถุดิบจากแหล่งทรัพยากรธรรมชาติมากขึ้น เพิ่มต้นทุนแก่อุตสาหกรรมรีไซเคิลในประเทศกำลังพัฒนา และที่สำคัญ จะทำให้เกิดการลดปริมาณการถ่ายทอดเทคโนโลยีรีไซเคิลที่มีความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมและความช่วยเหลือทางเทคนิคแก่ประเทศกำลังพัฒนา (OECD, 1999; Guevara, 1999; Hoffmann, 2001) Hoffmann (2001) คาดการณ์ว่า หากข้อแก้ไขห้ามการส่งออกมีผลบังคับใช้ จะส่งผลให้อุตสาหกรรมรีไซเคิลแบตเตอรี่รถยนต์ในประเทศฟิลิปปินส์มีต้นทุนค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นถึง 80 ล้านดอลลาร์ จากการนำเข้าแบตเตอรี่ใหม่ เพื่อทดแทนการนำเข้าแบตเตอรี่ใช้แล้วจากประเทศกลุ่ม OECD

²³ มีข้อถกเถียงว่า ประเทศกำลังพัฒนาสามารถนำมาตรา 11 (การทำข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคี) มาใช้เป็นช่องทางในการนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศพัฒนาแล้วได้หรือไม่ ในปี 2539 สหภาพยุโรปได้ยื่นหนังสือถึงเลขาธิการอนุสัญญาบาเซลคัดค้านแนวทางดังกล่าว โดยให้อ้างถึงการวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีหมาย ว่าการใช้มาตรา 11 เป็นการหลีกเลี่ยงพันธกรณีในมาตรา 4A ในข้อแก้ไขอนุสัญญา ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในมุมมองทางกฎหมาย (Guevara, 1999) มาตรา 4A ระบุว่า "Each Party listed in Annex VII shall prohibit all transboundary movements of hazardous wastes which are destined for operations according to Annex IV A, to States not listed in Annex VII. Each Party listed in Annex VII shall phase out by 31 December 1997, and prohibit as of that date, all transboundary movements of hazardous wastes under Article 1(1)(a) of the Convention which are destined for operations according to Annex IV B to States not listed in Annex VII. Such transboundary movement shall not be prohibited unless the wastes in question are characterised as hazardous under the Convention. ..."

²⁴ กลุ่มที่คัดค้าน Ban Amendment ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา นิวซีแลนด์ สหรัฐอเมริกา (ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาบาเซล) องค์กรด้านการค้าระหว่างประเทศ ได้แก่ International Council on Metals and Mining (ICMM) International Chamber of Commerce (ICC) United Nations Center for Trade and Development (UNCTAD) และเครือข่ายองค์กรพัฒนาเอกชน ที่ชื่อ เครือข่ายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Network) (<http://www.ban.org>)

อย่างไรก็ดี กลุ่มที่สนับสนุนข้อแก้ไขห้ามการส่งออก โดยเฉพาะองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม ได้แก่ กลุ่มกรีนพีซและ Ban Action Network (BAN) ได้โต้แย้งว่า กลุ่มผู้คัดค้านข้อแก้ไขห้ามการส่งออกคำนึงถึงแต่เหตุผลทางเศรษฐกิจ และมองข้ามผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนโดยเฉพาะคนงานในโรงงานรีไซเคิลและคนในชุมชนใกล้เคียง เพราะแม้แต่ในประเทศพัฒนาแล้ว คนงานในโรงงานรีไซเคิลซากผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ก็ยังมีความเสี่ยงต่อการได้รับสารพิษจากโลหะหนักที่บรรจุอยู่ในผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ งานวิจัยด้านสุขภาพและสิ่งแวดล้อมชิ้นหนึ่งในประเทศสวีเดน (Sjodin et al., 1999) ได้ตรวจสอบระดับการปนเปื้อนของสาร PBDE (ซึ่งเป็นหนึ่งใน 6 สารอันตรายที่สหภาพยุโรปห้ามใช้ในการผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในขณะนี้) ในเลือดของคนงานสามกลุ่มอาชีพ ได้แก่ คนงานในโรงงานรีไซเคิลและรีไซเคิลซากชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ เสมียนที่ทำงานโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นประจำ และพนักงานทำความสะอาด พบว่า คนงานในโรงงานรีไซเคิลซากชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ มีระดับสาร PBDE ในเลือดสูงกว่าคนงานอีกสองกลุ่มอย่างมีนัยยะสำคัญ²⁵ ดังนั้น หากคิดคำนวณต้นทุนทางสังคมทั้งหมด ได้แก่ คุณค่าของชีวิตของคนที่ย้ายชีวิตก่อนวันอันควรอันเนื่องมาจากการสะสมของสารพิษ ค่ารักษาพยาบาลผู้ป่วยที่ได้รับสารพิษ และค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูบำบัดสภาพแวดล้อม เช่น ดิน และน้ำที่ปนเปื้อนสารโลหะหนัก อาจเป็นมูลค่าที่สูงกว่าผลประโยชน์ทางธุรกิจที่ได้จากการนำเข้าของเสียอันตรายมาใช้ในอุตสาหกรรมรีไซเคิล (Basel Action Network, 2001)

สำหรับผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดกับประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรายชื่อประเทศที่นำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศไทยและประเทศที่ส่งออกของเสียอันตรายมายังประเทศไทย ในช่วงปี 2546-2547 พบว่า ประเทศที่นำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศไทย ได้แก่ สิงคโปร์ ญี่ปุ่น เบลเยียม และฟิลิปปินส์ (เรียงตามปริมาณของเสียอันตราย) ส่วนประเทศที่ส่งออกของเสียอันตรายมายังประเทศไทย ได้แก่ สิงคโปร์ ญี่ปุ่น ฮองกง เกาหลี ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

ดังนั้น หากข้อแก้ไขห้ามการส่งออก (Ban Amendment) มีผลใช้บังคับ ประเทศที่ไม่สามารถนำเข้าของเสียอันตรายมายังประเทศไทยได้อีกต่อไป คือ ญี่ปุ่น เกาหลี ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ เมื่อพิจารณาอุปสรรคของเสียอันตรายที่นำเข้าจากประเทศเหล่านี้ในปี 2547 พบว่าเป็นของเสียอันตรายประเภทเดียวกัน คือ อุปกรณ์เครื่องใช้สำนักงานของบริษัทซีร็อกซ์ใช้แล้ว และอุปกรณ์เครื่องถ่ายเอกสารของบริษัทซีร็อกซ์ที่มีโทนเนอร์ คิดเป็นจำนวนทั้งหมด 140 ตัน ดังนั้น มีเพียงบริษัท พูจี ซีร็อกซ์ อีโค-แมนูแฟคเจอร์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้นำเข้าสินค้าเหล่านี้ จะได้รับผลกระทบจากข้อแก้ไขห้ามการส่งออก

อย่างไรก็ดี สิ่งที่น่าเป็นห่วง คือ แนวโน้มของการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายที่เติบโตขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะในปี 2548 ได้ส่งออกไป 4,926 ตัน และนำเข้า 6,945 ตัน (ข้อมูลเดือนมกราคมถึงพฤศจิกายน, กรมโรงงานอุตสาหกรรม) เป็นทิศทางที่สวนทางกับพันธกรณีต่ออนุสัญญาบาเซลที่ต้องการให้มีการลดปริมาณการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดน²⁶ และการลดปริมาณของเสียอันตราย ณ

²⁵ The total median PBDE concentrations in the serum from workers at the electronics-dismantling plant, clerks, and cleaners were 37, 7.3, and 5.4 pmol/g lw, respectively (Sjodin et al., 1999).

²⁶ The obligation for reducing transboundary movements:

"Each Party shall take the appropriate measures to ensure that the transboundary movement of hazardous wastes and other wastes is reduced to a minimum consistent with the environmentally sound and efficient management of

แหล่งกำเนิด²⁷ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการจัดการของเสียอันตราย แม้แต่ของเสียอันตรายที่เกิดภายในประเทศ ดังจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จัดการขยะอันตรายอย่างเป็นระบบ กระบวนการจัดเก็บ คัดแยก รีไซเคิล และการกำจัดทิ้งก็ยังเป็นแบบดั้งเดิม (คนคุ้ยขยะ ซาเล้ง และร้านรับซื้อของเก่า) ที่ไม่มีการควบคุมและ/หรือป้องกันอันตรายจากสารพิษหรือการป้องกันการปนเปื้อนสิ่งแวดล้อม ดังนั้น การนำเข้าของเสียอันตรายยังเป็นการเพิ่มปริมาณสารพิษในประเทศ นอกจากนี้ ของเสียอันตรายที่นำเข้ามารีไซเคิล เมื่อผ่านกระบวนการรีไซเคิลแล้ว ก็ยังเหลือเศษซากที่มีสารพิษให้เป็นภาระในการกำจัดต่อไป

นอกจากนี้ เหตุการณ์ที่เจ้าหน้าที่ด่านสิ่งแวดล้อมของได้หวันตรวจพบการปลอมแปลงใบอนุญาตนำเข้าของเสียอันตรายโดยบริษัทได้หวันลูกในประเทศมาเลเซีย เมื่อปี 2547 โดยบริษัทดังกล่าวได้นำเข้าของเสียอันตรายจากบริษัทแม่ในประเทศได้หวันอย่างต่อเนื่อง เป็นตัวอย่างที่ประเทศไทยต้องเฝ้าระวังมิให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นในประเทศ ทั้งนี้ กรมโรงงานอุตสาหกรรมจำเป็นต้องเพิ่มความเข้มงวดในการควบคุมดูแลบริษัทต่างชาติที่เข้ามาดำเนินธุรกิจรีไซเคิลของเสียอันตรายให้มากขึ้น กรมศุลกากรควรเพิ่มความเข้มงวดในการตรวจสอบเอกสารต่างๆ และตรวจค้นตู้คอนเทนเนอร์ที่น่าสงสัย

จากการวิเคราะห์ผลกระทบของมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลต่อประเทศไทย ซึ่งให้เห็นว่า ประเทศไทยยังไม่ได้รับผลกระทบในทางลบจากมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลมากนัก เนื่องจากปริมาณนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายยังอยู่ในระดับต่ำ อย่างไรก็ตาม แนวโน้มการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตั้งแต่ปี 2547 เป็นต้นมา และหากข้อห้ามการส่งออก (Ban Amendment) มีผลบังคับใช้ ผู้ประกอบการที่นำเข้าของเสียอันตรายเพื่อรีไซเคิลหรือสกัดโลหะมีค่า อาจได้รับผลกระทบจากมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาศักยภาพของประเทศไทยในการจัดการของเสียอันตราย พบว่า ยังมีปัญหาอยู่มากทั้งในเรื่องตัวบทกฎหมาย ลักษณะการจัดการของเสียอันตรายที่ยังขาดการจัดการโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม (Environmentally Sound Management) การบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ ตลอดจนการลักลอบทิ้งกากของเสียอันตรายของผู้ประกอบการที่ไร้จิตสำนึก ประกอบกับปริมาณของเสียอันตราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่เพิ่มปริมาณขึ้นอย่างมากในแต่ละปี ภายใต้สภาพการณ์เช่นนี้ การนำเข้าของเสียอันตรายจากต่างประเทศเข้ามาจะยังเป็นการซ้ำเติมปัญหาสิ่งแวดล้อมในประเทศ จุดยืนของประเทศไทยน่าจะเป็นการห้ามการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตราย พัฒนาระบบการจัดการของเสียอันตรายในประเทศอย่างจริงจัง และพัฒนากระบวนการผลิตและเทคโนโลยีการผลิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม

such wastes, and is conducted in a manner which will protect human health and the environment against the adverse effects which may result from that movement.” (Article 4, paragraph 2, (d))

²⁷ The obligation to reduce waste generation: “Each Party shall take the appropriate measures to ensure that the generation of hazardous wastes and other wastes within it is reduced to a minimum, taking into account social, technological and economic aspects;” (Article 4, paragraph 2, (a))

1.5 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

การป้องกันการลักลอบนำเข้าของเสียอันตราย

ประกาศของกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่เป็นวัตถุอันตรายเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2546 ช่วยป้องกันการนำเข้าเศษเหลือทิ้งเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่จะมาเพิ่มปริมาณขยะในประเทศ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อุตสาหกรรมของเสียอันตรายประเภทอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้ใบอนุญาตบาเซล ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ควรพิจารณาการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมของเสียอันตราย โดยคำนึงว่าด้วยของเสียอันตราย จะต้องระบุถึงคุณลักษณะของของเสียอันตรายอย่างชัดเจน ทั้งของเสียอันตรายตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตบาเซล และที่นอกเหนือไปจากใบอนุญาตบาเซล โดยเฉพาะสินค้าประเภทมือสองที่มีความคาบเกี่ยวระหว่างการเป็นของเสียอันตราย และสินค้าที่นำไปใช้ใหม่ได้ การนำเข้าของเสียไปใช้ประโยชน์ วิธีการและขั้นตอนการกำจัด และกำหนดหน่วยงานรับผิดชอบการเคลื่อนย้ายของเสีย มีประกาศกำหนดรายชื่อของเสียอันตรายซึ่งปรับปรุงให้เหมาะสมได้ ควรมีบทกำหนดโทษที่ชัดเจน สามารถปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ยังควรมีมาตรการที่กำหนดเพื่อปรับปรุงช่องว่างที่ยังปรากฏในอนุญาตบาเซลด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยของเสียอันตรายที่เสนอนี้ ต้องสอดคล้องกับพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการขนถ่ายสินค้าและสิ่งของต่างๆ เข้ามาภายในประเทศ โดยใช้บัญชีควบคุมสินค้าสำหรับเรือ

1. กรมศุลกากรควรจัดทำตารางเปรียบเทียบรหัสของเสียอันตรายตามอนุญาตบาเซลกับพิกัทรหัสสถิติตามระบบฮาร์โมนไนซ์และรหัสชนิดและประเภทของเสียของกรมโรงงานอุตสาหกรรม และพัฒนาระบบฐานข้อมูล ซึ่งจะช่วยเพิ่มศักยภาพในการควบคุมการขนส่งของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย

2. ควรมีการจัดตั้ง “กองทุน” ภายใต้การบริหารของกรมควบคุมมลพิษ เพื่อช่วยเหลือในกรณีฉุกเฉิน เช่น การเกิดเหตุฉุกเฉินระหว่างทางเคลื่อนย้าย การลักลอบนำเข้าของเสียอันตรายเข้ามาในประเทศ รวมทั้งกรณีบริษัทในประเทศไทยลักลอบส่งออกต่างประเทศ เป็นต้น โดยส่วนหนึ่งเก็บจากผู้นำเข้าของเสียอันตรายและอีกส่วนจากกองทุนสิ่งแวดล้อม การมีกองทุนจะช่วยลดความเสี่ยงที่รัฐจะต้องเป็นผู้แบกรับภาระการเคลื่อนย้ายของเสียอันตราย

3. กรมโรงงานอุตสาหกรรมควรพิจารณาการนำระบบ Manifest ซึ่งเป็นระบบติดตามวงจรชีวิตของกากของเสียอันตราย ตั้งแต่จุดกำเนิดของเสียอันตราย การขนส่ง การเก็บรักษา จนกระทั่งการกำจัดและบำบัดขั้นสุดท้าย มาใช้ในการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามประเทศ เพื่อให้มั่นใจว่าเมื่ออนุญาตให้นำของเสียอันตรายเข้ามาแล้ว จะสามารถติดตามตรวจสอบได้ว่าจะมีการจัดการถูกต้องหรือไม่ ทั้งนี้ ควรศึกษาช่องทางทางกฎหมายที่มีอยู่ และประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมควบคุมมลพิษ กรมขนส่ง เป็นต้น

การควบคุมการนำเข้าของเสียอันตราย

1. การส่งออกของเสียอันตรายในปัจจุบัน ส่วนหนึ่งเกิดจากข้อบกพร่องกฎหมายที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการทำธุรกิจรีไซเคิลภายในประเทศ ดังนั้น ควรมีการปรับปรุงแก้ไขข้อกำหนดในพระราชบัญญัติกรม

ศุลกากร มาตรา 19 ทวิและพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน มาตรา 36 (1) และ (2) ยกเว้นภาษีนำเข้า สำหรับเศษเหลือทิ้งจากกระบวนการผลิต เพื่อจูงใจให้ผู้ผลิตขายเศษเหลือทิ้งแก่บริษัทรีไซเคิล ภายในประเทศ

2. รัฐบาลควรให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้วโดยเร็ว เพื่อให้ระบบการจัดการของเสียอันตรายเกิดขึ้น ซึ่งจะช่วยเพิ่มปริมาณการจัดเก็บของเสียอันตราย และลดความต้องการนำเข้าจากต่างประเทศ

อนุสัญญาบาเซลและเครือข่าย

1. หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมควบคุมมลพิษ กรมโรงงานอุตสาหกรรม ควรติดตามแผนการดำเนินงานภายใต้แผนยุทธศาสตร์ เพื่อดูช่องทางการขอความช่วยเหลือในเรื่องเทคโนโลยีสะอาด การลดปริมาณของเสีย และการเพิ่มขีดความสามารถของเจ้าหน้าที่ในการติดตาม ตรวจสอบ และป้องกันการลักลอบนำเข้าของเสียอันตราย และทำข้อเสนอโครงการต่อศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในประเทศจีนและอินโดนีเซีย

2. กรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรมควรเสนอให้เครือข่ายเอเชียเพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย การพัฒนาโครงการความช่วยเหลือทางเทคนิคและการเสริมสร้างขีดความสามารถร่วมกัน เพื่อยกระดับความร่วมมือให้มากกว่าระดับการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน

การเจรจา FTA

ในการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา หากประเทศไทยเปิดเสรีการลงทุนให้บริษัทของสหรัฐอเมริกาเข้ามาดำเนินธุรกิจกำจัดและรีไซเคิลของเสียอันตราย ก็เกิดกรณีพิพาทดังเช่นกรณีข้อพิพาทใน NAFTA (กรณีบริษัท S.D Myers ฟ้องรัฐบาลแคนาดา) ดังนั้น รัฐบาลไทยควรยื่นข้อเรียกร้องต่อสหรัฐอเมริกา

- 1) จะต้องมีการระบุให้ชัดเจนว่า ข้อกำหนดต่างๆ ในความตกลง FTA จะต้องไม่มีผลต่อการจำกัดสิทธิของประเทศไทย หรือมีผลต่อการขัดขวาง สร้างอุปสรรคให้กับประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรณีของ MEAs ที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกอยู่ หรือจะเป็นสมาชิกในอนาคต
- 2) ควรระบุให้ชัดเจนว่า การกำหนดนโยบายหรือมาตรการใดๆ ของรัฐที่เป็นการเพิ่มระดับความเข้มงวดหรือยกมาตรฐานในการดูแลปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพของประชาชน หรือประโยชน์ของสาธารณะ จะไม่ถูกนำมาเพื่อใช้อ้างเป็นฐานความผิดในการฟ้องร้องได้ แม้ว่ามาตรการหรือนโยบายดังกล่าวจะมีผลต่อการเพิ่มต้นทุนหรือส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการกิจกรรมของนักลงทุน
- 3) ควรมีการระบุให้ชัดเจนว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นและเกี่ยวกับ MEAs ประเทศภาคีสหประชาชาติจะเลือกใช้กลไกการตัดสินระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ใน MEAs ด้วย ไม่ใช่ถูกบังคับให้ใช้กลไกระงับข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในความตกลง FTA เท่านั้น

2. ระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป

2.1 ความเป็นมา

ในขณะที่อนุสัญญาบาเซลซึ่งเป็นความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม ที่ใช้มาตรการทางการค้า มาเป็นเครื่องมือในการจัดการสิ่งแวดล้อม ระเบียบว่าด้วยเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (ที่เรียกโดยย่อว่า “ระเบียบ WEEE”) และระเบียบว่าด้วยการจำกัดการใช้สารที่เป็นอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (ที่เรียกโดยย่อว่า “ระเบียบ RoHS”) ของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการฝ่ายเดียวที่นำเหตุผลทางสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมาตั้งเป็นเงื่อนไขในการผลิตสินค้าของผู้ผลิต ด้วยเหตุที่ตลาดเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของโลกเป็นการแข่งขันระหว่างบริษัทข้ามชาติที่ไปลงทุนในประเทศต่างๆ และสหภาพยุโรปเป็นตลาดที่ใหญ่ที่มีผู้บริโภคกว่า 500 ล้านคน การกำหนดมาตรฐานสินค้าในสหภาพยุโรป จึงมีผลกระทบอย่างมากต่อมาตรฐานและกฎเกณฑ์สินค้าในประเทศอื่นๆ ด้วย

เนื่องจากสหภาพยุโรปเป็นตลาดส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่สำคัญแห่งหนึ่งของประเทศไทย คือ ร้อยละ 15.5 ของมูลค่าการส่งออกเครื่องใช้ไฟฟ้าและ 16.2 ของมูลค่าการส่งออกอิเล็กทรอนิกส์โดยรวม ในปีพ.ศ. 2548 (จากเว็บไซต์ของสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, <http://www.thaieei.com/>) ซึ่งสูงเป็นอันดับสาม รองจากตลาดสหรัฐอเมริกาและตลาดอาเซียน อีกทั้ง จะมีการออกระเบียบที่คล้ายคลึงกันนี้อีกหลายประเทศ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย เม็กซิโก แคนาดา จีน และเกาหลี²⁸ การศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรปต่อการค้าและสิ่งแวดล้อมของไทย และการรับมือของภาครัฐและภาคเอกชน จะช่วยชี้ให้เห็นแนวโน้มนโยบายด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมที่ควรเร่งดำเนินการ เพื่อเตรียมรับมือกับปัญหาในทำนองเดียวกันนี้ที่จะตามมาอีกมาก

²⁸ -ประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้ Home Appliance Recycling Law ก่อนที่จะมีระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป

-ในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกระเบียบ “The Electronic Waste Recycling Act of 2003” ซึ่งห้ามจำหน่ายสินค้าที่มีโลหะหนักตามที่สหภาพยุโรปบังคับ โดยจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2549 นอกจากนี้ ยังมีมลรัฐฮาวาย เม็กซิโก แคนาดา กำลังพิจารณาการห้ามใช้สารอันตรายเช่นกัน

-รัฐบาลจีนได้ประกาศใช้ระเบียบ China RoHS อย่างเป็นทางการใน คำสั่งกระทรวงอุตสาหกรรมสารสนเทศ ที่ 39 เรื่อง “มาตรการควบคุมการก่อกมลพิษจากผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์สารสนเทศ” (Ministry of Information Industry Order # 39 on “Management Measures for Controlling Pollution caused by Electronic Information Products”) เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2549 ระเบียบนี้จะมีผลบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์สารสนเทศที่เกี่ยวข้อง ตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2550

-เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2549 ที่ผ่านมา รัฐบาลเกาหลีใต้เวียนแจ้งกฎระเบียบ “Act for Resource Recycling of Electrical/Electronic Products and Automobiles” ให้ประเทศสมาชิก WTO ลงความเห็นตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก (TBT) (Notification No. G/TBT/N/KOR/105) ซึ่งคาดว่าจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2550

2.2 สารสำคัญของระเบียบ WEEE และระเบียบ RoHS

สหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศที่ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ยั่งยืนที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก และได้ดำเนินการออกกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการค้าและสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้ากับสหภาพยุโรปได้ในกรณีที่ประเทศคู่ค้าไม่สามารถทำได้ตามข้อกำหนด

หลังจากการเตรียมการเพื่อพิจารณากำหนดระเบียบว่าด้วยเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เป็นระยะเวลากว่า 5 ปี สหภาพยุโรปจึงได้ประกาศบังคับใช้ระเบียบเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว 2 ฉบับ ได้แก่

1. ระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on Waste Electrical and Electronic Equipment หรือ ระเบียบของสภายุโรปและของคณะมนตรียุโรปลงวันที่ 27 มกราคม 2003 ว่าด้วยซากอุปกรณ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์) (ในเอกสารนี้จะใช้ชื่อย่อว่า ระเบียบ WEEE)
2. ระเบียบว่าด้วยการจำกัดการใช้สารที่เป็นอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Directive 2002/95/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on the Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment หรือ ระเบียบสหภาพยุโรปของคณะมนตรียุโรปลงวันที่ 27 มกราคม 2003 ว่าด้วยการจำกัดการใช้สารอันตรายบางชนิดในอุปกรณ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์) (ในเอกสารนี้จะใช้ชื่อย่อว่า ระเบียบ RoHS)

ระเบียบทั้ง 2 ฉบับนี้ ได้ตีพิมพ์ลงในวารสารทางการของสหภาพยุโรป (Official Journal of the European Union) ฉบับวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 ซึ่งถือว่าเป็นวันที่ประกาศใช้ระเบียบทั้งสองอย่างเป็นทางการ และมีผลบังคับใช้ต่อประเทศสมาชิกตั้งแต่วันที่ประกาศเป็นต้นมา โดยประเทศสมาชิกต้องประกาศใช้เป็นกฎหมายในแต่ละประเทศภายในระยะเวลา 18 เดือน หลังจากวันที่ประกาศในวารสารทางการ คือ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2547 อย่างไรก็ดี ในส่วนของระเบียบ RoHS ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการห้ามมิให้มีสารอันตราย 6 ชนิดในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดไว้นั้น อนุโลมให้ยืดระยะเวลาการบังคับใช้ได้โดยให้มีผลอย่างช้าที่สุดภายในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2549 เป็นต้นไป

ระเบียบ WEEE และ RoHS เกิดขึ้นมาจากความตระหนักถึงการเพิ่มปริมาณของเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์อย่างรวดเร็ว อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมผู้บริโภค การแข่งขันทางการตลาด และการพัฒนาสินค้ารูปแบบใหม่ๆ ทำให้การบริโภคเครื่องใช้ไฟฟ้าเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ทำให้สินค้าบางอย่าง เช่น คอมพิวเตอร์และโทรศัพท์เคลื่อนที่มีช่วงอายุสั้นกว่าอายุการใช้งานจริงมาก ซึ่งในท้ายที่สุด สินค้าเหล่านี้ก็ต้องถูกนำมาทิ้ง ก่อให้เกิดขยะที่จะเพิ่มปริมาณขึ้นอย่างมหาศาลจนยากแก่การจัดการและก่อปัญหาให้กับสิ่งแวดล้อมในที่สุด คณะกรรมาธิการยุโรป รายงานว่าในปี 2541 ชาวยุโรปได้ทิ้งเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขยะอิเล็กทรอนิกส์เฉลี่ย 14 กิโลกรัมต่อคนต่อปี และคาดว่าในปัจจุบัน เพิ่มขึ้นเป็น 17 -20 กิโลกรัมต่อคนต่อปี ซึ่งเท่ากับว่า สหภาพ

ยุโรปเป็นแหล่งกำเนิดขยะอิเล็กทรอนิกส์ถึงปีละ 6 ล้านตันใน 15 ประเทศซึ่งคิดเป็น 4% ของปริมาณขยะจากชุมชนและมีอัตราการเพิ่มถึง 3-5% ต่อปีซึ่งสูงกว่าขยะจากครัวเรือนทั่วไปถึงสามเท่า (EUROPA, 2006)

ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ส่วนใหญ่มีสารอันตรายที่เป็นพิษต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมอยู่เป็นจำนวนมาก แม้ในช่วงการใช้งานจะไม่ก่อให้เกิดพิษภัยต่อผู้ใช้หรือสิ่งแวดล้อม แต่หากมีการถอดประกอบหรือนำไปโยนทิ้งหรือการทำลายซากโดยไม่ระวังหรือไม่ถูกวิธี ทำให้เครื่องใช้หรือชิ้นส่วนที่ผู้ผลิตออกแบบไว้เพื่อป้องกันอันตรายจากสารพิษแตกหัก เสียหาย ทำให้สารพิษบางชนิดระเหยออกสู่สิ่งแวดล้อมได้ (เช่น หลอดไฟ) บางชนิด เมื่อโดนแดด โดนฝนก็อาจถูกชะลงสู่พื้นดิน การกำจัดเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์อย่างถูกวิธีในปัจจุบัน มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงและยังไม่คุ้มค่าทางเศรษฐกิจ ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่หมดอายุแล้วส่วนใหญ่ จึงถูกทำลายโดยการฝังหรือเผาโดยไม่ผ่านขั้นตอนการกำจัดพิษ สารพิษที่ตกค้างก็อาจถูกชะลงผิวดิน ซึมลงแหล่งน้ำใต้ดิน กระจายไปในอากาศ ทำลายสิ่งแวดล้อม ปะปนเข้าสู่ห่วงโซ่อาหาร ทำลายระบบนิเวศน์ และวนกลับมาทำลายมนุษย์ในที่สุด

นอกจากนี้ ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ส่วนใหญ่ประกอบด้วยส่วนประกอบที่มีความซับซ้อน และใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีค่า เช่น ทอง เงิน ทองคำขาว ทองแดง อลูมิเนียม และแร่ธาตุที่หายากอื่นๆ อีกมากมาย การถลุงธาตุเหล่านี้ใช้พลังงานมาก จึงเป็นที่น่าเสียดายหากธาตุที่มีเหล่านี้ถูกฝังไปพร้อมๆ กับเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ การเพิ่มปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ไฟฟ้า ทำให้อัตราการดึงทรัพยากรที่มีค่าจากพื้นโลกเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว หากสถานการณ์ยังคงเป็นเช่นนี้ ก็อาจเกิดปัญหาการขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติในชนรุ่นหลัง

มาตรการต่างๆ ในการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในอดีตยังไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากการควบคุมที่ปลายทาง (End-of-Pipe Solution) ที่ต้องคอยไล่ตามการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีซึ่งพัฒนาไปไม่หยุดยั้ง แนวคิดที่ให้ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หรือ Polluter Pay Principle (PPP) นั้น เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยเสนอให้ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายค่าจัดการกับมลพิษที่ตนก่อขึ้น ซึ่งจะทำให้ผู้ก่อมลพิษซึ่งส่วนใหญ่ คือ ผู้บริโภค ต้องระมัดระวังมากขึ้น ทุกรายก็ดี การให้ผู้บริโภคเป็นผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ยังไม่สามารถประกันได้ว่า สารปนเปื้อนจะลดปริมาณลง เนื่องจากผู้บริโภคมีทางเลือกน้อย เช่น รถยนต์ และผลิตภัณฑ์ไฟฟ้า เป็นต้น ดังนั้น จึงมีแนวคิดให้ผู้ผลิตสามารถเป็นกลจักรสำคัญในการลดสารพิษและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม หลักการนี้รู้จักกันในนาม “หลักการขยายความรับผิดชอบของผู้ผลิต” หรือ Extended Producer Responsibility (EPR) โดยหลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ผลิตต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อสินค้าที่นำเข้าสู่ตลาดจนกว่าสินค้าจะหมดอายุ และถูกทำลายอย่างถูกวิธี และลดโอกาสที่ขยะจะสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมและเป็นอันตรายต่อผู้ที่ต้องจัดการถอดประกอบ รีไซเคิล กำจัด ขยะเหล่านี้

1) สาระสำคัญของระเบียบ WEEE

ระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ หรือที่เรียกอย่างย่อๆ ว่า ระเบียบ WEEE เป็นมาตรการหนึ่งของนโยบายผลิตภัณฑ์ครบวงจร (Integrated Product Policy: IPP) ที่เป็นนโยบายหนึ่งในนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป โดยเกิดจากแนวคิดวงจรชีวิตของผลิตภัณฑ์ (Product Life Cycle) ว่า นับแต่เมื่อนำวัตถุดิบมาผลิตผลิตภัณฑ์เพื่อจำหน่ายและให้ผู้บริโภคใช้ จนถึงขั้นตอนการกำจัดหรือทำลายซากเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์นั้น การดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าว จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพและสุขอนามัยของมนุษย์ สัตว์หรือพืช

วัตถุประสงค์ของระเบียบ WEEE เพื่อใช้เป็นมาตรการในการป้องกันการเพิ่มปริมาณของเศษเหลือทิ้งหรือซากของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อส่งเสริมให้มีการคืนสภาพ (recovery) ชิ้นส่วนหรือวัสดุ และการนำกลับมาใช้ใหม่ (recycle/reuse) โดยผ่านระบบการรับคืน (return) และการจัดเก็บ (collection) ของผู้ผลิต และเพื่อลดความเสี่ยงและผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม อันเกิดจากการกำจัดซากของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้ “หลักการขยายความรับผิดชอบของผู้ผลิต” หรือ Extended Producer Responsibility (EPR) เป็นพื้นฐาน ส่วนผู้ผลิตนั้นจะครอบคลุมทั้งผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ ผู้นำเข้า และผลิตภัณฑ์นั้น จะหมายถึง ผลิตภัณฑ์ที่จำหน่ายทั้งหมด ไม่ว่าโดยวิธีใด และรวมถึงผลิตภัณฑ์ที่จำหน่ายทางอินเทอร์เน็ตหรือ E-Commerce ด้วย

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว สหภาพยุโรปต้องใช้มาตรการหลายประการ เช่น การแยกเก็บซากเศษเหลือทิ้ง การจัดการและการคืนสภาพของเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ ทั้งนี้ มาตรการสำคัญที่นำมาใช้ คือ การที่ผู้ผลิตต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายทั้งหมด ในการดำเนินการจัดการกับซากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ที่ตนผลิต โดยจะต้องไม่มีการเก็บค่าใช้จ่ายจากผู้ใช้ในครัวเรือนที่นำซากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์มาคืนให้กับผู้ผลิต การกำหนดมาตรการเช่นนี้จะเป็แรงจูงใจทางเศรษฐกิจที่ทำให้ผู้ผลิตต้องพยายามปรับปรุงกระบวนการผลิตหรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ของตนเพื่อให้สอดคล้องกับวิธีการจัดการซากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ของตน

สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ (2546) ได้สรุปสาระสำคัญของระเบียบ WEEE ในตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 1 สารสำคัญของระเบียบ WEEE

สาระสำคัญ	รายละเอียด
<p>1. ขอบเขตของสินค้า</p>	<p>สินค้าที่จัดเป็นผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Electrical and Electronic Equipment: EEE) ครอบคลุมสินค้า 10 ประเภท คือ</p> <p>1.1 ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขนาดใหญ่ที่ใช้ในครัวเรือน เช่น ตู้เย็น เครื่องซักผ้า ไมโครเวฟ เครื่องทำความเย็น ฯลฯ</p> <p>1.2 ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขนาดเล็กที่ใช้ในครัวเรือน เช่น เครื่องดูดฝุ่น เตารีด เครื่องปั่นขนมปัง เครื่องเป่าผม นาฬิกา ฯลฯ</p> <p>1.3 อุปกรณ์เทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคม เช่น คอมพิวเตอร์ (รวมจอภาพ แป้นพิมพ์ เมาส์) เครื่องพิมพ์ เครื่องถ่ายเอกสาร โทรศัพท์ โทรศัพท์มือถือ ฯลฯ</p> <p>1.4 อุปกรณ์เครื่องใช้สำหรับผู้บริโภค เช่น โทรทัศน์ กล้องถ่ายวิดีโอ เครื่องดนตรีที่ใช้ไฟฟ้า ฯลฯ</p> <p>1.5 อุปกรณ์ให้ความสว่าง เช่น หลอดไฟน็ออน หลอดไฟประเภทต่างๆ ฯลฯ</p> <p>1.6 เครื่องมือไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เช่น สว่านไฟฟ้า จักรเย็บผ้า ฯลฯ</p> <p>1.7 ของเล่นเด็ก อุปกรณ์ให้ความบันเทิง เครื่องกีฬาที่ใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เช่น รถไฟฟ้า เกมสวิตช์และเครื่องบังคับ ฯลฯ</p> <p>1.8 เครื่องมือทางการแพทย์ เช่น Radiotherapy equipment Cardiology ฯลฯ</p> <p>1.9 เครื่องตรวจสอบและควบคุม เช่น เครื่องจับควันไฟ เทอร์โมสแตท ฯลฯ</p> <p>1.10 เครื่องจำหน่ายสินค้าอัตโนมัติ เช่น ตู้จำหน่ายเครื่องดื่มอัตโนมัติ</p>
<p>2. คำจำกัดความ</p>	<p>คำจำกัดความของ “ผู้ผลิต” (producer) ครอบคลุมถึง</p> <p>2.1 ผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้าในนามผลิตภัณฑ์ (brand) ของตน</p> <p>2.2 ผู้จำหน่ายสินค้าในนามผลิตภัณฑ์ของตนแต่ผลิตโดยผู้ผลิตอื่น (reseller) ทั้งนี้ ไม่รวมกรณีที่มีนามผลิตภัณฑ์ของผู้ผลิตปรากฏบนสินค้านั้นๆ ซึ่งผู้ผลิตจะเป็นผู้รับผิดชอบ</p> <p>2.3 ผู้นำเข้าและผู้ส่งออกของประเทศสมาชิก EU ทั้งนี้ รวมถึงสินค้าที่จำหน่ายทางอินเทอร์เน็ต หรือ e-commerce ด้วย</p>
<p>3. การเก็บรวบรวม WEEE</p>	<p>3.1 อย่างช้าไม่เกินวันที่ 13 สิงหาคม 2548 ประเทศสมาชิกจะต้องเริ่มใช้มาตรการเพื่อให้มีการแยกทิ้งเศษซาก EEE ออกจากขยะทั่วไป โดยเป็นระบบ Separate Collection ซึ่งจัดตั้งจุดรวบรวมสำหรับให้ผู้บริโภคหรือผู้จำหน่ายสินค้า (distributor) นำเศษซาก EEE ไปทิ้งโดยไม่ต้องเสียค่าบริการใดๆ หรือเมื่อผู้บริโภคซื้อผลิตภัณฑ์ใหม่ ผู้จำหน่ายสินค้า (หรือผู้ขาย) จะต้องรับเศษซากของผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันจากผู้บริโภค โดยไม่คิดค่าบริการรับทิ้งใดๆ</p> <p>3.2 อย่างช้า ไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2549 ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการให้</p>

สาระสำคัญ	รายละเอียด								
	<p>เป็นไปตามเป้าหมายการเก็บรวบรวมเศษซาก EEE ซึ่งกำหนดอัตราการรวบรวมปีละ 4 กิโลกรัม โดยเฉลี่ย ต่อผู้อยู่อาศัย 1 ราย</p> <p>3.3 สภายุโรป และคณะมนตรีจะกำหนดเป้าหมายดังกล่าวภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2551 โดยจะพิจารณาการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีและสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก</p>								
<p>4. การจัดการเกี่ยวกับเศษซาก EEE</p>	<p>4.1 ผู้ผลิตหรือผู้ดำเนินการแทนผู้ผลิตจะต้องจัดตั้งระบบการจัดการเกี่ยวกับเศษซาก EEE โดยใช้เทคนิคที่ดีที่สุดที่ใช้อยู่ และอย่างน้อยที่สุด จะต้องมีการถอดแยกสารที่เป็นของเหลวออกจากเศษซาก EEE และมีการจัดการโดยเฉพาะ (Selective Treatment) สำหรับสารหรือส่วนประกอบประเภทต่างๆ (ระบุใน Annex II ของระเบียบฯ)</p> <p>4.2 ทั้งนี้ ระบบดังกล่าว อาจจะเป็นระบบที่ใช้เฉพาะของผู้ผลิตเองแต่ละราย (individual system) หรือเป็นระบบร่วมกันของผู้ผลิตรายต่างๆ</p> <p>4.3 ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของระบบจัดการดังกล่าว</p> <p>4.4 ระเบียบฯ ได้กำหนดเงื่อนไขทางเทคนิคของสถานจัดการใน Annex II ของระเบียบฯ และสถานจัดการจะต้องมีใบอนุญาตดำเนินการ ซึ่งออกให้โดยหน่วยงานรับผิดชอบในประเทศสมาชิก</p> <p>4.5 การจัดการเศษซาก EEE อาจดำเนินการ ณ นอกเขตประเทศสมาชิก EU ได้ ทั้งนี้ การขนส่งเศษซาก EEE ดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรา 6 ข้อ 5 ของระเบียบฯ</p>								
<p>5. Recovery and Reuse/Recycle</p>	<p>5.1 ผู้ผลิตหรือผู้ดำเนินการแทนผู้ผลิตจะต้องดำเนินการจัดระบบ Recovery และ Recycle/Reuse</p> <p>5.2 ระบบดังกล่าวอาจเป็นระบบของผู้ผลิตแต่ละราย หรือเป็นระบบร่วมกันของผู้ผลิตรายต่างๆ (Collective System)</p> <p>5.3 กำหนดเป้าหมายของ Recovery ซึ่งจะต้องดำเนินการให้ได้อย่างช้าไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2546 ดังนี้</p> <table border="1" data-bbox="443 1576 1406 2002"> <tbody> <tr> <td data-bbox="443 1576 794 1794">ประเภทสินค้า</td> <td data-bbox="794 1576 1406 1794">เป้าหมาย Recovery สำหรับสินค้า และเป้าหมาย Reuse/Recycle สำหรับส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้นๆ โดยกำหนดจากน้ำหนักเฉลี่ยของอุปกรณ์นั้นๆ</td> </tr> <tr> <td data-bbox="443 1794 794 1899">สินค้าประเภทที่ 1.1 และ 1.10</td> <td data-bbox="794 1794 1406 1899">ขั้นต่ำ 75% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 65%</td> </tr> <tr> <td data-bbox="443 1899 794 2002">สินค้าประเภทที่ 1.3 และ 1.4</td> <td data-bbox="794 1899 1406 2002">ขั้นต่ำ 70% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 50%</td> </tr> <tr> <td data-bbox="443 2002 794 2002"></td> <td data-bbox="794 2002 1406 2002">ส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้น</td> </tr> </tbody> </table>	ประเภทสินค้า	เป้าหมาย Recovery สำหรับสินค้า และเป้าหมาย Reuse/Recycle สำหรับส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้นๆ โดยกำหนดจากน้ำหนักเฉลี่ยของอุปกรณ์นั้นๆ	สินค้าประเภทที่ 1.1 และ 1.10	ขั้นต่ำ 75% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 65%	สินค้าประเภทที่ 1.3 และ 1.4	ขั้นต่ำ 70% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 50%		ส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้น
ประเภทสินค้า	เป้าหมาย Recovery สำหรับสินค้า และเป้าหมาย Reuse/Recycle สำหรับส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้นๆ โดยกำหนดจากน้ำหนักเฉลี่ยของอุปกรณ์นั้นๆ								
สินค้าประเภทที่ 1.1 และ 1.10	ขั้นต่ำ 75% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 65%								
สินค้าประเภทที่ 1.3 และ 1.4	ขั้นต่ำ 70% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 50%								
	ส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้น								

สาระสำคัญ	รายละเอียด	
	สินค้าประเภทที่ 1.2, 1.5, 1.6, 1.7 และ 1.9 Gas Discharge Lamps	จะต้องมีการ reuse/recycle ขึ้นต่ำ 80%
6. ภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินสำหรับเศษซาก EEE จากครัวเรือน	<p>5.4 สภายุโรปและคณะมนตรีจะกำหนดเป้าหมายใหม่ ภายในไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2551</p> <p>6.1 สินค้าใหม่ซึ่งวางจำหน่ายในตลาดตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2548</p> <p>(1) ภายในไม่เกินกำหนดดังกล่าว ประเทศสมาชิกจะต้องมีระบบบังคับให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับเศษซาก EEE เฉพาะสำหรับสินค้าของตน เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายตั้งแต่การนำเศษซาก จากจุดรวบรวมไปยังสถานจัดการการจัดการและคืนสภาพ ไปจนถึงการกำจัดเศษซากที่ไม่สามารถนำไปใช้ใหม่หรือรีไซเคิลได้ โดยไม่ให้มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ผู้ผลิตสามารถที่จะเลือกใช้ระบบการรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว ซึ่งเป็นระบบของผู้ผลิตเองแต่ละราย หรือระบบร่วมกัน</p> <p>(2) จะต้องมีการ Guarantee ซึ่ง ณ เวลาที่ผู้ผลิตวางจำหน่ายสินค้าของตนในตลาด จะต้องวางเงินประกันเพื่อเป็นการประเมินว่าจะรับผิดชอบภาระค่าใช้จ่ายในการจัดการกับเศษซากของสินค้านั้นๆ ของตน โดยอาจดำเนินการได้ในลักษณะต่างๆ เช่น กำหนดให้ผู้ผลิตเข้าร่วมในโครงการที่จัดตั้งขึ้น หรือใช้ระบบ Recycling Insurance หรือระบบ Blocked bank account</p> <p>(3) ราคาสินค้าที่ปรากฏ ณ เวลาวางจำหน่ายในตลาด จะต้องไม่มีการแยกระบุสำหรับส่วนที่จะใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการดังกล่าว</p> <p>6.2 Historical Waste (เศษซาก EEE ที่อยู่ในความครอบครองของผู้บริโภคก่อนวันที่ 13 สิงหาคม 2548)</p> <p>(1) ผู้ผลิตทุกรายที่ดำเนินธุรกิจอยู่ ณ เวลาซึ่งค่าใช้จ่ายในการจัดการกับเศษซากดังกล่าวเกิดขึ้น จะต้องร่วมกันรับผิดชอบภาระค่าใช้จ่ายนั้น ตามสัดส่วนตลาดของผู้ผลิตสำหรับแต่ละประเภทของสินค้านั้นๆ</p> <p>(2) อนุญาตให้ผู้ผลิตแยกระบุส่วนที่จะนำไปใช้เป็นค่ากำจัดเศษซากในราคาจำหน่ายของสินค้า เป็นเวลา 8 ปี นับแต่ระเบียบมีผลใช้บังคับ หรือ 10 ปี สำหรับสินค้าประเภทผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขนาดใหญ่ที่ใช้ในครัวเรือน (ประเภท 1 ใน Annex IA) แต่ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะต้องไม่สูงกว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง</p>	
7. ภาระค่าใช้จ่าย	กำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบเองทั้งหมด โดยจะต้องเริ่มใช้ระบบดังกล่าวอย่าง	

สาระสำคัญ	รายละเอียด
ในการดำเนินการสำหรับเศษซาก EEE ที่ไม่ใช่จากครัวเรือน	ช้า ไม่เกินวันที่ 13 สิงหาคม 2548 ส่วนในกรณีที่เป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดก่อนวันกำหนดดังกล่าว (Historical waste) ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบเองทั้งหมด หรือผู้ใช้สินค้านั้นๆ เป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วน
8. การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคผู้ใช้สินค้าและข้อมูลอื่นๆ	ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดมาตรการเพื่อให้ผู้บริโภคทราบข้อมูลที่จำเป็นต่างๆ อาทิ เช่น ข้อห้ามไม่ให้ทิ้งเศษซาก EEE รวมไปถึงในขณะทั่วไป ระบบการรวบรวมเศษซาก ฯลฯ รวมทั้งจะต้องกำหนดให้สินค้าที่อยู่ในข่ายของระเบียบมีการประทับเครื่องหมาย (รูป wheeled-waste bin ใน Annex IV) เพื่อให้ผู้บริโภคทราบว่าต้องนำไปทิ้งยังจุดรวบรวมที่กำหนดเมื่อหมดอายุการใช้แล้ว นอกจากนี้จะต้องมีเครื่องหมายระบุว่า เป็นสินค้าที่วางจำหน่ายหลังวันที่ 13 สิงหาคม 2549 เพื่อประโยชน์ในการแยกแยะเศษซากที่เป็น Historical Waste
9. บทลงโทษ	ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดบทลงโทษในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่ผู้ผลิตไม่ปฏิบัติตามระเบียบ
10. การออกกฎระเบียบของประเทศสมาชิก	10.1 ประเทศสมาชิกจะต้องออกกฎหมายของประเทศตนตามแนวทางของระเบียบอย่างช้าไม่เกินวันที่ 13 สิงหาคม 2547 รวมทั้งข้อกำหนดต่างๆ จะต้องให้มีผลใช้บังคับตามกำหนดที่ระบุในระเบียบ 10.2 สำหรับกรีซและไอร์แลนด์ ได้รับการผ่อนผันกำหนดการ ซึ่งจะต้องบรรลุเป้าหมายการรวบรวมเศษซาก EEE และเป้าหมาย Recovery โดยสามารถขยายวันกำหนดออกไปสูงสุดไม่เกิน 24 เดือน นับจากกำหนดที่ระบุในระเบียบ

ที่มา: สำนักงานพาณิชย์ในต่างประเทศ ณ กรุงบรัสเซลส์ (2546) “สาระสำคัญของกฎระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ มาตรการจำกัดการใช้สารอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” อังโน สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ. ธันวาคม [http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/\\$\\$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571](http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/$$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571)

2) สาระสำคัญของระเบียบ RoHS

ระเบียบว่าด้วยการจำกัดการใช้สารที่เป็นอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Restriction of the use of certain Hazardous Substances in electrical and electronic equipment) หรือที่เรียกโดยย่อว่า “ระเบียบ RoHS” หรือ เป็นระเบียบที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ประกาศใช้เพื่อลดปริมาณสารอันตรายในของเสีย โดยสหภาพยุโรปเชื่อว่า แม้จะมีการออกระเบียบให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบต่อในการเรียกคืนซากสินค้าที่หมดอายุ (WEEE) ไปจัดการแล้ว จะยังคงมีเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์อีกจำนวนหนึ่งในเส้นทางการทิ้งขยะปกติ และแม้ว่าเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์จะถูกแยกเก็บรวบรวมและถูกส่งเข้าสู่กระบวนการรีไซเคิลได้

ก็ตาม สารปรอท แคดเมียม ตะกั่ว ฯลฯ ยังคงเป็นปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอยู่ ดังนั้น การจำกัดการใช้สารอันตรายเหล่านี้จะช่วยให้การคืนสภาพและการทิ้งเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อยที่สุด อีกทั้ง ยังช่วยลดผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ปฏิบัติงานในโรงงานคัดแยกและรีไซเคิลอีกด้วย

ระเบียบ RoHS มุ่งเน้นการจำกัดการใช้สารที่เป็นพิษต่อสิ่งแวดล้อมที่ต้นเหตุ ครอบคลุมผลิตภัณฑ์เดียวกันกับระเบียบ WEEE ยกเว้นเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในกลุ่มเครื่องมือแพทย์และเครื่องมือวัดและควบคุม โดยระเบียบนี้ บังคับให้ผู้ผลิตใช้สารอื่นแทนสารตะกั่ว ปรอท แคดเมียม โครเมียมเฮกซะวาเลนต์ (Cr VI) โพลีโบรมิเนท-ไบฟีนีล (Polybrominated Biphenyls, PBBs) และโพลีโบรมิเนทไดฟีนีล อีเทอร์ (Polybrominated diphenyl ethers (PBDEs) ในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ภายในวันที่ 1 กรกฎาคม 2549 แต่มีข้อยกเว้นสำหรับสารตะกั่ว ปรอท แคดเมียมและโครเมียมเฮกซะวาเลนต์ในผลิตภัณฑ์บางชนิด (ดูตารางที่ 2) ทั้งนี้ ชนิดของสารอันตรายที่ห้ามใช้ รวมถึงรายการข้อยกเว้นที่ได้มีการระบุในระเบียบนี้ อาจมีการเพิ่มหรือลดได้อีกในอนาคต ขึ้นอยู่กับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในสาขาที่เกี่ยวข้อง

ตารางที่ 2 สารสำคัญของระเบียบ RoHS

สาระสำคัญ	รายละเอียด
1. ขอบเขตของสารอันตราย	<p>1.1 ประเทศสมาชิกจะต้องออกกฎหมายห้ามใช้สารที่เป็นอันตราย 6 ประเภทซึ่งประกอบด้วยสารโลหะหนัก 4 ประเภท และสาร Brominated flame retardants 2 ประเภท ในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ที่วางจำหน่ายในตลาดหลังจากวันที่ 1 กรกฎาคม 2549 ซึ่งสารอันตรายดังกล่าว คือ</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) ตะกั่ว (2) ปรอท (3) แคดเมียม (4) โครเมียม (hexavalent) (5) Polybrominated biphenyls (PBBs) (6) Polybrominated diphenyl ethers (PBDEs) <p>1.2 มีข้อยกเว้นให้สามารถใช้สารตะกั่ว ปรอท แคดเมียม และโครเมียม สำหรับบางกรณี โดยอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นระยะ ตามการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ข้อยกเว้นดังกล่าวอยู่ในภาคผนวกของระเบียบ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) ปรอทในหลอดฟลูออเรสเซนต์ขนาดเล็ก ไม่เกิน 5 มิลลิกรัม/หลอด (2) ปรอทในหลอดฟลูออเรสเซนต์ชนิดตรง เพื่อใช้งานทั่วไป จะต้องไม่เกิน <ul style="list-style-type: none"> - 10 ไมโครกรัม สำหรับชนิด halophosphate - 5 ไมโครกรัม สำหรับชนิด triphosphate ที่มีอายุการใช้งานปกติ

สาระสำคัญ	รายละเอียด
	<ul style="list-style-type: none"> - 8 ไมโครกรัม สำหรับชนิด triphosphate ที่มีอายุการใช้งานนาน (3) ปรอทในหลอดฟลูออเรสเซนต์ชนิดตรง เพื่อใช้งานพิเศษ (4) ปรอทในหลอดไฟชนิดอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุในภาคผนวกนี้ (5) ตะกั่วในหลอดภาพโทรทัศน์ (cathode ray tubes) ในส่วนประกอบอิเล็กทรอนิกส์ และในหลอดฟลูออเรสเซนต์ (6) ตะกั่วในโลหะผสม (alloy) -ในเหล็กกล้า มีตะกั่วผสมไม่เกิน 0.35% โดยน้ำหนัก <ul style="list-style-type: none"> - ในอลูมิเนียม มีตะกั่วผสมไม่เกิน 0.40% โดยน้ำหนัก และ - ในทองแดง มีตะกั่วผสมไม่เกิน 4% โดยน้ำหนัก (7) ตะกั่วในสารบัดกรีชนิดจุดหลอมเหลวสูง ตะกั่วบัดกรีในเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย หน่วยเก็บข้อมูล และชุดเก็บข้อมูล (8) แคดเมียมในการเคลือบผิวเพื่อป้องกันการกัดกร่อนในการใช้งานบางประเภท (9) โครเมียมเฮกซะวาเลนท์ ในการป้องกันการกัดกร่อนเหล็กคาร์บอนในระบบหล่อเย็นใน Absorption Refrigerators
2. มาตรการต่างๆ ในระเบียบ	ก่อนวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2548 คณะกรรมาธิการ จะดำเนินการทบทวนมาตรการต่างๆ ที่ระบุในระเบียบฯ โดยอาศัยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการพิจารณา

ที่มา: สำนักงานพาณิชย์ในต่างประเทศ ณ กรุงบรัสเซลส์ (2546), อ้างแล้ว.

ทั้งนี้ ผู้ผลิตสินค้าส่งออกไปยังตลาดสหภาพยุโรป จะมีได้อยู่ในข่ายของผู้ผลิตที่ระบุในระเบียบ ดังนั้น ข้อกำหนดต่างๆ จึงไม่ได้ใช้บังคับโดยตรงต่อผู้ผลิตสินค้าส่งออกของประเทศผู้ส่งออก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระเบียบกำหนดให้ผู้นำเข้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป มีภาระหน้าที่รับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิตตามที่ระบุในระเบียบ ผู้นำเข้าของสหภาพยุโรปจึงต้องเลือกนำเข้าสินค้าที่สามารถดำเนินการกับเศษซากตามข้อกำหนดของระเบียบ หรืออาจต้องผลักภาระรับผิดชอบด้านค่าใช้จ่ายบางส่วนให้กับผู้ผลิตสินค้าส่งออกเป็นผู้รับผิดชอบ (สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ, 2546)

2.3 ความคืบหน้าของการบังคับใช้ระเบียบ WEEE และ RoHS

ระเบียบ WEEE และ RoHS เป็นระเบียบประเภทคำสั่ง (Directive) ของสหภาพยุโรป ซึ่งกำหนดแนวทางสำหรับกฎเกณฑ์และข้อปฏิบัติที่ประเทศสมาชิก EU จะต้องนำไปใช้ในการร่างและออกกฎหมายในประเทศตน เพื่อเป็นระเบียบปฏิบัติต่อไป ดังนั้น แม้ว่าระเบียบทั้งสองจะประกาศและมีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกแล้ว แต่กฎหมายในแต่ละประเทศสมาชิกจะมีผลใช้บังคับเร็วช้าต่างกัน ด้วยเหตุที่ระเบียบทั้งสองฉบับนี้เป็นคำสั่ง (Directive) มิใช่ข้อบังคับ (Regulation) ประเทศสมาชิกจึงมีความ

ยืดหยุ่นในการแปลความหมายและการกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ได้ระบุในคำสั่งฯ ขั้นตอนการเรียกเก็บในแต่ละประเทศสมาชิก จึงแตกต่างกันไป

ระเบียบ WEEE มีผลผูกพันประเทศสมาชิกตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2546 โดยแต่ละประเทศสมาชิกต้องนำมาออกเป็นกฎระเบียบภายในรองรับ (transposition) ภายในวันที่ 13 สิงหาคม 2547 และกำหนดให้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2548 เป็นต้นไป ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเก็บสินค้าใช้แล้ว เพื่อคืนสภาพให้สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ ยกเว้นประเทศสมาชิกบางประเทศที่ได้รับการผ่อนผัน²⁹ ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ได้ทยอยออกกฎระเบียบหรือแก้ไขกฎระเบียบภายในเพื่อรองรับระเบียบ WEEE และให้มีผลใช้บังคับภายในประเทศให้ทันตามกำหนด (ภายในวันที่ 13 สิงหาคม 2548) เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะที่ (6 มิถุนายน 2549) มีเพียงสองประเทศคือ สหราชอาณาจักรและมอลต้า ที่ยังไม่ได้ดำเนินการออกกฎระเบียบภายในรองรับตามกำหนด และบางประเทศ เช่น โปรตุเกส อิตาลี ลิทัวเนีย และลักเซมเบิร์ก แม้ได้มีการออกกฎระเบียบภายในแล้วแต่ก็พบปัญหาในทางปฏิบัติ ทำให้ต้องเลื่อนกำหนดการดำเนินการ แต่คาดว่า น่าจะแล้วเสร็จภายในปี 2549 นี้³⁰

สำหรับระเบียบ RoHS นั้น พบว่า ประเทศสมาชิกทุกประเทศได้ออกกฎระเบียบภายในเพื่อรองรับระเบียบ RoHS ในช่วงปี 2547-2548 และคาดว่าจะสามารถบังคับใช้ทันตามกำหนด คือ วันที่ 1 กรกฎาคม 2549 ทั้งนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับระเบียบ RoHS ในประเทศสมาชิกได้ประสานความร่วมมือภายใต้การนำของหน่วยงานของสหราชอาณาจักรในเรื่อง RoHS คือ National Weights and Measures Laboratory (NWML) เพื่อจัดทำแนวทางการการบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS (RoHS Enforcement Guidance) ซึ่งได้ออกเผยแพร่เมื่อปลายเดือนพฤษภาคม 2549 (ดาวน์โหลดเอกสารได้จาก <http://www.rohs.gov.uk/Docs/Links/>) เอกสารดังกล่าวเป็นการนำเสนอแนวทางการบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS ร่วมกันของหน่วยงานในสหภาพยุโรป โดยเน้นที่

- หลักการต่างๆ ที่สามารถนำมาใช้แนะแนวทางการบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS
- ประเภทเอกสารที่ผู้ผลิตควรมี
- วิธีปฏิบัติที่หน่วยงานบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS ใช้เอกสารเหล่านี้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎระเบียบ
- วิธีการเตรียมตัวอย่างและการทดสอบตัวอย่าง

²⁹ ยกเว้นประเทศสมาชิกใหม่บางรายที่ได้รับการผ่อนผันระยะเวลาเป้าหมายอัตราการจัดเก็บเศษเหลือทิ้ง และการคืนสภาพของเศษเหลือทิ้ง กล่าวคือ สำหรับสโลวาเนียให้ขยายออกไป 1 ปี คือ เป็นอย่างช้า ไม่เกิน 31 ธันวาคม 2550 และสาธารณรัฐเชค เอสโทเนีย ฮังการี ลิทัวเนีย และสโลวาเกีย ให้ขยายออกไป 2 ปี คือ เป็นอย่างช้า ไม่เกิน 31 ธันวาคม 2551 (สำนักมาตรฐานการการค้า กรมการค้าต่างประเทศ, 11 สิงหาคม 2548, www.thaieei.com/GuruPortal/Guru/pid/866)

³⁰ ดูรายละเอียดความคืบหน้าในการออกกฎระเบียบเพื่อรองรับระเบียบ WEEE และ RoHS ได้ที่

<http://www.tdctrade.com/alert/euweeenew.htm>

2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างระเบียบ WEEE และ RoHS กับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization)

ในการออกระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป ได้มีการนำหลัก “การขยายความรับผิดชอบของผู้ผลิต” (Extended Producer Responsibility) และหลักป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่น่ามาใช้เพื่อคุ้มครองสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อม เมื่อต้องเผชิญกับความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสาเหตุและผลของความเสียหายที่เกิดขึ้น

แต่เดิมหลัก Precautionary Principle มิได้ปรากฏอยู่ในความตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariff and Trade: GATT) ซึ่งยึดหลักที่ว่า ประเทศภาคีที่จะใช้มาตรการใดๆ เพื่อกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์นำเข้าหรือเพื่อห้ามการนำเข้า จะต้องมี “หลักฐานทางวิทยาศาสตร์” (scientific justification) มาสนับสนุนเพื่อประกอบการใช้ ที่ผ่านมา เมื่อมีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัย (Sanitary Measures) เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพอนามัยของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ประเทศภาคีแกตต์ในขณะนั้น มักจะอ้างมาตรา 20 (b) แต่ก่อนข้างจะประสบปัญหาในการบังคับใช้ อันเนื่องมาจากการตีความบทบัญญัตินี้

เมื่อได้มีการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ขึ้นแทนที่แกตต์ ได้มีความพยายามที่จะแก้ปัญหาการตีความมาตรา 20 (b) ด้วยการจัดทำความตกลงสองฉบับ คือ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) และความตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS) ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติและเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้กฎระเบียบทางเทคนิคและมาตรฐานของประเทศสมาชิก เพื่อมิให้การออกและบังคับใช้กฎระเบียบดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่จำเป็น ดังนั้น ประเทศสมาชิกจึงต้องระมัดระวังในการออกและบังคับใช้กฎระเบียบทางเทคนิคและมาตรฐานภายในประเทศไม่ให้ขัดหรือเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ

เมื่อมีการบัญญัติความตกลงทั้งสองดังกล่าว ประเทศต่างๆ ได้ยอมรับนำหลัก Precautionary Principle มาใช้ภายใต้ความตกลง SPS และความตกลง TBT ในระดับหนึ่ง เนื่องจากความตกลงทั้งสองนี้ โดยเฉพาะความตกลง TBT ได้ยอมรับให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการใดๆ ในการนำเข้าได้ หากเหตุผลในการใช้เป็นไปเพื่อคุ้มครองสุขอนามัยหรือความปลอดภัยของมนุษย์ สัตว์ และพืช ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ประเทศต่างๆ โดยเฉพาะสหภาพยุโรปได้พยายามผลักดันให้มีการยอมรับหลักการนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้นโดยอ้างเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพและสุขภาพอนามัยของมนุษย์ สัตว์ และพืช แต่ขณะเดียวกัน ในหลายกรณี ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า เป็นการปกป้องผลประโยชน์ด้านการค้าของแต่ละประเทศมากกว่า

เมื่อปีพ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นช่วงแรกที่ได้มีการยกร่างระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป สมาคมผู้ผลิตอิเล็กทรอนิกส์อเมริกัน (American Electronic Association: AEA) ได้ยื่น Memorandum ชื่อ “Legality under International Trade Law of Draft Directive on Waste from Electrical and Electronic Equipment” (Hunter and Lopez, 1999) ต่อคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ซึ่งมีเนื้อหาแสดงความคิดเห็นของ AEA ต่อร่างระเบียบ WEEE ว่า ข้อกำหนดในร่าง

ระเบียบ WEEE ของคณะกรรมการยุโรปขัดกับกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก ในเวลาต่อมา กลุ่มองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมในสหรัฐอเมริกา ที่ชื่อ กลุ่มรณรงค์การผลิตคอมพิวเตอร์ที่สะอาด (Clean Computer Campaign: CCC) ภายใต้เครือข่ายด้านสารพิษในซิลิกอนแวลลีย์ (Silicon Valley Toxics Coalition: SVTC) ได้ออกบทความวิเคราะห์และโต้แย้งข้อกล่าวหาของ AEA (Clean Computer Campaign, 1999) ผู้วิจัยนำเสนอวิวาทะของสองกลุ่มนี้เฉพาะประเด็นข้อห้ามการใช้สารอันตราย (substance bans) (ระเบียบ RoHS ในปัจจุบัน) ซึ่งคาดว่าจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศมากที่สุด (Vossenaar et al., 2006)

AEA เห็นว่า ขัดกับมาตรา 11 (Article XI) ของ GATT ที่ห้ามการจำกัดการค้าในเชิงปริมาณ และข้อห้ามนี้ไม่สามารถอ้าง การเป็นข้อยกเว้นในมาตรา 20 (Article XX) ได้ อีกทั้ง ข้อห้ามการใช้สารอันตรายนี้ยังขัดกับมาตรา 2.2 ในระเบียบ TBT

1) มาตรา 11 ของ GATT ซึ่งห้ามการจำกัดการค้าในเชิงปริมาณ

AEA อ้างว่า ข้อห้ามการใช้สารอันตรายในร่างระเบียบ WEEE ก็คือ “ข้อห้ามการนำเข้าผลิตภัณฑ์เครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่มีสารอันตรายเหล่านี้โดยสิ้นเชิงมายังสหภาพยุโรป” ดังนั้น ข้อห้ามการใช้สารอันตรายจึงเป็นข้อจำกัดทางการค้าในเชิงปริมาณ ซึ่งขัดกับมาตรา 11 ของ GATT

กลุ่ม CCC เห็นว่า แม้จะมีความชัดเจนที่ว่า มาตรการที่เป็นข้อจำกัดทางการค้า เช่น การใช้โควตา โบนัสนำเข้า และข้อห้ามการค้าที่เป็นมาตรการฝ่ายเดียว ขัดกับมาตรา 11 แต่เป็นที่รับรู้กันทั่วไปว่า ประเทศสมาชิกแกตต์ยังไม่สามารถตกลงกันได้ว่ามาตรา 11 ควรจะครอบคลุมอะไรบ้าง ขอบเขตของมาตรา 11 จึงยังคงเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอยู่ ดังนั้น ในกรณีของ ข้อห้ามการใช้สารอันตรายในการผลิตสินค้านั้น กลุ่ม CCC มองว่า เป็นข้อห้ามภายใน (internal bans) ของสหภาพยุโรป และที่ผ่านมา ข้อห้ามในลักษณะเช่นนี้ได้รับการยอมรับว่าสอดคล้องกับ GATT ดังจะเห็นได้จากกรณีประเทศไทยที่ออกข้อจำกัดการนำเข้าหรือมีการเก็บภาษีภายใน คณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (Dispute Panel) ให้ความเห็นว่า “กฎเกณฑ์ที่ไม่เลือกปฏิบัติที่ออกมาเป็นข้อปฏิบัติของประเทศและข้อห้ามการใช้สารเคมีที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพนั้น สอดคล้องกับข้อตกลงทั่วไปของแกตต์” นอกจากนี้ ยังพบข้อคิดเห็นในลักษณะเดียวกันในกรณีพิพาทเรื่องแร่ใยหิน (Asbestos) ระหว่างแคนาดา กับสหภาพยุโรป ที่มีต่อข้อห้ามการนำเข้าแร่ใยหิน และผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหิน

2) ข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 20

AEA อ้างว่า ข้อห้ามการใช้สารอันตรายไม่สามารถนำมาเป็นข้อยกเว้นของแกตต์ภายใต้มาตรา 20 (b) ได้ โดย AEA ให้เหตุผลว่า นโยบายที่กำหนดมาตรการเหล่านี้ไม่ได้คุ้มครองมนุษย์ สัตว์ หรือพืช เพราะร่างระเบียบนี้ไม่ได้แสดงหลักฐานว่า การใช้สารอันตรายในสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม หรือมีทางเลือกอื่นที่สามารถขจัดความเสี่ยงนี้ได้ และแม้ว่าจะมีผู้ที่เห็นว่าการใช้สารอันตรายเหล่านี้กำลังสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม แต่ไม่มีหลักฐานที่จะแสดงว่า การใช้สารอันตรายเหล่านี้ในอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นการเพิ่มความเสี่ยงนี้มากกว่าสินค้าประเภทอื่นๆ

อย่างไรก็ดี CCC เห็นว่า การที่ AEA ตีความเงื่อนไขแรกของมาตรา 20 ว่า “นโยบายที่สามารถเป็นข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 20 ได้ นั้น จะต้องประสบความสำเร็จในการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของ

มนุษย์หรือสิ่งแวดล้อม” นั้น ผิดไปจากความจริง การตีความนี้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการตีความของ คณะผู้พิจารณาข้อพิพาทในกรณีข้อพิพาทเรื่องน้ำมันที่ให้ความเห็นว่า “มาตราที่ถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้น ตามมาตรา 20 นั้น ประเทศที่ร้องขอการใช้ข้อยกเว้นนี้จะต้องแสดงให้เห็นว่า นโยบายที่เป็นตัวกำหนด มาตรการเหล่านี้อยู่ภายในกรอบนโยบายที่ถูกออกแบบมาเพื่อคุ้มครองมนุษย์ สัตว์ หรือพืช” จะเห็นว่าการตีความของคณะผู้พิจารณาข้อพิพาทไม่ได้ระบุว่า นโยบายดังกล่าวจะต้องเป็นนโยบายที่ประสบความสำเร็จ หรือจะต้องแสดงหลักฐานผลการศึกษาระเบียบความเสี่งที่เชื่อถือได้ CCC เห็นว่า การห้ามการใช้สารอันตรายเป็นนโยบายที่ได้มีการเตรียมการอย่างดี เพื่อที่จะคุ้มครองมนุษย์ สัตว์ หรือพืช นอกจากนี้ จุดมุ่งหมายของร่างระเบียบ WEEE ที่ได้แถลงไว้ คือ “การลดความเสี่งและผลกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการจัดการและกำจัดซากอุปกรณ์เครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ให้น้อยที่สุด” ความเสี่งและผลกระทบดังกล่าวได้รวมถึงความเสี่งต่อมนุษย์ สัตว์ และพืช ดังนั้น ข้อห้ามการใช้สารอันตรายจึงสอดคล้องกับข้อกำหนดแรกของมาตรา 20 (b)

นอกจากนี้ AEA ยังเห็นว่า ข้อห้ามการใช้สารอันตรายไม่สามารถนำมาเป็นข้อยกเว้นของเกณฑ์ ภายใต้มาตรา 20 (b) ได้ เพราะว่า ข้อห้ามนี้ไม่ได้มี “ความจำเป็น” ต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของ นโยบาย AEA อธิบายว่า “ข้อทดสอบความจำเป็น” ในมาตรา 20 (b) ได้รับการตีความโดยคณะผู้ระงับข้อ พิพาท ว่า มาตรการจะมี “ความจำเป็น” ก็ต่อเมื่อไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นใดที่คาดว่าจะช่วยให้บรรลุ วัตถุประสงค์เดียวกันโดยมีผลเป็นการจำกัดทางการค้าน้อยกว่า

AEA ยกตัวอย่างมาตรการทางเลือกอื่น ได้แก่ ข้อห้ามการก่อสร้างสถานที่ฝังกลบ กฎระเบียบ การจัดการขยะและการบังคับใช้ การรีไซเคิลและการเก็บภาหสิ่งแวดล้อม ที่สามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปและมีข้อจำกัดทางการค้าน้อยกว่า แต่ CCC เห็นว่า มาตรการเหล่านี้ อาจจะช่วยลดความเสี่งจากสารอันตรายในระหว่างและจากการจัดการและกำจัดขยะได้ในระดับหนึ่ง แต่ คงไม่สามารถบรรลุถึงระดับการคุ้มครองอย่างที่ข้อห้ามการใช้สารอันตรายจะทำได้ เช่น การเลิกใช้สาร อันตรายจะช่วยลดความเสี่งของคนงานในโรงงานรีไซเคิลในการสัมผัสสารพิษเหล่านี้

สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (2548) ได้วิเคราะห์ระเบียบ WEEE และ RoHS และพบว่า สหภาพยุโรปมีสิทธิในการบังคับใช้ระเบียบทั้งสองดังกล่าว โดยไม่ขัดกับระเบียบ TBT เนื่องจาก

- 1) ระเบียบ WEEE และ RoHS นี้ไม่ได้ใช้อย่างเลือกปฏิบัติ ตามอำเภอใจ หรือปราศจากเหตุผล ที่อธิบายได้ต่อประเทศที่มีลักษณะเงื่อนไขเหมือนกัน เพราะสหภาพยุโรปใช้กับผลิตภัณฑ์ ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่มาจากทุกประเทศ และยังใช้กับผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและ อิเล็กทรอนิกส์ที่ผลิตในสหภาพยุโรปด้วย
- 2) ระเบียบทั้งสองนี้ไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคอันไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ เพราะประเทศ ผู้ส่งออกยังคงมีสิทธิที่จะส่งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ไปยังสหภาพยุโรปได้ต่อไป เพียงแต่ต้องมีการจัดระบบการจัดการซากเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและ อิเล็กทรอนิกส์ ตามที่สหภาพยุโรปกำหนด³¹

³¹ ผู้ส่งออกมีทางเลือกสามทาง คือ 1) จัดตั้งระบบนี้ขึ้นมาในประเทศตนเอง (ผู้ผลิตจะต้องประสบปัญหาในการขนส่งซากเศษ เหลือทิ้ง กลับมายังประเทศผู้ส่งออก เนื่องจากมีต้นทุนสูงมาก) 2) จัดตั้งระบบนี้ขึ้นเองในประเทศผู้นำเข้า (ยังคงมีต้นทุนที่สูง

แม้ว่าระเบียบ WEEE และ RoHS จะมีได้ชัดต่อหลักการและกฎเกณฑ์ของ WTO ดังที่ได้มีผู้วิเคราะห์ข้างต้น แต่สิ่งที่หลายฝ่ายเห็นตรงกัน คือ การกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์เพื่อเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อมในตลาดใหญ่ (เช่น สหภาพยุโรป) ได้ส่งผลกระทบต่อกระบวนการและวิธีการผลิตในประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา (Environmental Data Services, 2003; Vossenaar et al., 2006) ในมุมมองของประเทศกำลังพัฒนา ข้อกำหนดในระเบียบทั้งสองได้ส่งผลกระทบต่อต้นทุนที่เพิ่มขึ้นของผู้ผลิต เพราะผู้นำเข้าคงผลกำไรระดับต้นๆนี้ให้แก่ผู้ผลิต ผู้ผลิตขนาดเล็กที่เป็นเพียงผู้ส่งออกมิใช่ผู้ร่วมค้า (trading partner) กับผู้นำเข้า คงต้องประสบปัญหามากกว่าผู้ผลิตรายอื่น เนื่องจากผลิตภัณฑ์ที่ส่งไปมีปริมาณน้อย ไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ให้บริการในประเทศผู้นำเข้า ต่างจากผู้ผลิตที่เป็นผู้ร่วมค้ากับผู้นำเข้า ซึ่งผู้นำเข้าคงสามารถดำเนินการในเรื่องนี้ให้ได้

รัฐบาลอินเดียได้เตือนประเทศสมาชิกในที่ประชุม CTE ว่า นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและข้อกำหนดด้านสิ่งแวดล้อมสามารถส่งผลกระทบต่อการค้าถึงตลาดของประเทศกำลังพัฒนาอย่างมีนัยยะสำคัญ และตั้งข้อสังเกตว่า “ข้อกำหนดด้านสิ่งแวดล้อมได้ถูกนำมาใช้มากที่สุดในการส่งออกที่ประเทศกำลังพัฒนาให้ความสนใจและมีความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ” (Environmental Data Services, 2003)

2.5 ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS

2.5.1 ผลกระทบในทางบวก

แม้ว่าระเบียบ WEEE และ RoHS จะส่งผลกระทบที่ชัดเจนต่อผู้ผลิตในเรื่องต้นทุนการผลิตตลอดจนภาระการจัดการซากเหลือทิ้งที่เพิ่มขึ้น แต่หากผู้ผลิตสามารถปรับปรุง พัฒนาผลิตภัณฑ์ให้ เป็นไปตามความต้องการของสหภาพยุโรปได้ โดยสามารถควบคุมต้นทุนและประสิทธิภาพของผลิตภัณฑ์ได้ ก็จะทำให้เทคโนโลยีการผลิตผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ไร้สารอันตราย ซึ่งในอดีตพัฒนาได้ช้ามากนั้น กลายเป็นเทคโนโลยีที่พร้อมใช้ในปัจจุบันและอาจเป็นเทคโนโลยีหลักได้ในอนาคตอันใกล้ ซึ่งจะส่งผลดีต่อสิ่งแวดล้อม ในแง่การปนเปื้อนของสารอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมลดลง และช่วยลดความเสี่ยงที่ผู้ประกอบการจะได้รับสารพิษจากการคัดแยกและรีไซเคิลเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

2.5.2 ผลกระทบในทางลบ

ระเบียบ WEEE และ RoHS อาจส่งผลกระทบในทางลบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และต่อการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ซึ่งผู้ส่งออกที่จะดำเนินการเช่นนี้ได้ คือผู้ผลิตรายใหญ่ เนื่องจากมีต้นทุนสูงในการตั้งศูนย์จัดการ และจ้างเจ้าหน้าที่) 3) ใช้บริการผู้ให้บริการจัดการเศษซากเหลือทิ้งฯ ในประเทศผู้นำเข้า (ผู้ผลิตไม่ต้องรับภาระในเรื่องสถานที่ บุคคลากร แต่ก็ยังคงมีค่าใช้จ่ายจำนวนหนึ่ง)

1) ผลกระทบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

ผลกระทบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ พิจารณาได้ในสองด้าน คือ

1) ผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบการของผู้ผลิตและการลงทุน และ 2) ผลกระทบต่อเทคโนโลยีและต้นทุนการผลิต

▪ ผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบการของผู้ผลิตและการลงทุน

ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ต่อความสามารถในการประกอบการของผู้ผลิตและการลงทุนจะแตกต่างกันไปตาม 1) ประเภทของผลิตภัณฑ์ 2) ขนาดของผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Maker) หรือผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (Small and Medium Enterprises, SMEs) และ 3) ลักษณะการร่วมลงทุนว่าเป็นบริษัทไทย บริษัทร่วมทุนกับต่างชาติ หรือบริษัทต่างชาติ

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Maker) ส่วนมากเป็นบริษัทข้ามชาติหรือจากต่างประเทศ จะเป็นเจ้าของ brand หรือผลิตผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป ในขณะที่ผู้ประกอบการไทยส่วนใหญ่เป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนรายย่อยและบริษัท supplier ซึ่งจำหน่ายและ/หรือผลิตชิ้นส่วนให้กับ Maker

ผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายใหญ่

จากการสำรวจการเตรียมความพร้อมของผู้ประกอบการรายใหญ่ เช่น เครื่องปรับอากาศ คอมพิวเตอร์ โดยสถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) พบว่า

1. ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Maker) ซึ่งเป็นผู้ผลิตในกลุ่มภายใต้เครื่องหมายจากต่างประเทศ จะได้รับข้อมูลและข่าวสารและทราบเกี่ยวกับระเบียบ WEEE และ RoHS อยู่พอสมควร รวมทั้งมีความเป็นไปได้ที่จะได้รับความช่วยเหลือทางเทคโนโลยีและข้อมูลจากบริษัทแม่หรือบริษัทร่วมทุนในต่างประเทศ เพื่อที่จะดำเนินการในการจัดการสินค้าให้ถูกต้องตามระเบียบได้ทันตามที่กำหนด นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ผู้ผลิตกลุ่มนี้อยู่ในระหว่างการดำเนินการและยังมีความเชื่อมั่นว่าจะมียอดจำหน่ายที่ไม่ลดลง แต่อาจจะเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากสามารถปรับตัวได้เร็วกว่าผู้ผลิตรายอื่น ปัญหาของกลุ่มผู้ผลิตเหล่านี้ที่คาดว่าจะประสบ ได้แก่ ต้นทุนการดำเนินการที่สูงขึ้น ข้อมูลวัสดุทดแทนและการจัดหาวัตถุดิบ

2. ถึงแม้จะมีบางบริษัทที่อ้างว่าได้มีการปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้ได้ตามระเบียบ RoHS แล้ว ผลิตภัณฑ์ใหม่ที่ได้ยังไม่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับผลิตภัณฑ์เก่า อีกทั้ง การที่จะถ่ายทอดเทคโนโลยีมายัง Maker ในประเทศไทย ก็ต้องใช้เวลา 2-3 ปี (สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ไม่ซับซ้อนมากนัก) เพราะบริษัทผู้ผลิตชิ้นส่วน/จำหน่ายวัตถุดิบรายย่อยซึ่งอยู่ในห่วงโซ่อุปทาน ยังไม่พร้อม โดยเฉพาะแนวโน้มของอุตสาหกรรมเซมิคอนดักเตอร์ที่นิยมการผลิตแบบ Turnkey กล่าวคือ Maker จะแจ้งลักษณะและคุณสมบัติของชิ้นส่วนหรือวัตถุดิบให้แก่ Supplier ซึ่งจะเป็นผู้ไปหาสินค้าตามที่สั่งและเสนอราคากลับไปโดย Maker ไม่ได้แนะนำหรือเกี่ยวข้องกับการหาสินค้าหรือปรับปรุงการผลิตของ supplier

3. Maker ในไทยนั้นมีข้อจำกัดด้านการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือการปรับปรุงกระบวนการผลิตสินค้า เนื่องจากไม่มีหน่วยงานวิจัยและพัฒนาของตนเอง เพราะหน้าที่ในการวิจัยและพัฒนาเป็นหน้าที่และนโยบายของบริษัทแม่ในต่างประเทศที่จะเป็นผู้ดำเนินการ Maker ในไทยส่วนใหญ่มีหน้าที่

ผลิตและส่งออกสินค้าตามคำสั่งของบริษัทแม่เท่านั้น ดังนั้น จึงไม่สามารถดำเนินการหรือเปลี่ยนแปลงผลิตภัณฑ์เองได้ ต้องรอนโยบายจากบริษัทแม่เท่านั้น

4. ผู้ประกอบการรายใหญ่ของไทยเสียเปรียบ Maker ในไทยที่เป็นของต่างชาติ เพราะต้องใช้เวลาในการปรับปรุงผลิตภัณฑ์และกระบวนการผลิต อีกทั้ง สายป่านเงินลงทุนไม่มากเท่ากับ Maker จึงเป็นข้อจำกัดอีกประการหนึ่งที่ทำให้ระยะเวลาในการปรับตัวจำกัด แต่ถ้าหากปรับตัวไม่ได้ ก็ต้องย้ายฐานการตลาดไปส่งออกภูมิภาคอื่นเช่นกัน ซึ่งก็จะประสบปัญหาเดียวกับ Maker คือ มีอัตราการแข่งขันสูง อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ผลิตและส่งออกของไทย หรือผู้ผลิตชิ้นส่วนรายย่อยของไทยนั้น กลับได้เปรียบผู้ประกอบการรายใหญ่ที่เป็น Maker ของบริษัทต่างชาติ ตรงที่มีความคล่องตัวในการตัดสินใจปรับเปลี่ยนผลิตภัณฑ์มากกว่า เพราะสามารถตัดสินใจออกแบบและพัฒนาผลิตภัณฑ์เองได้

5. สำหรับ Maker ที่มีญี่ปุ่นร่วมทุนหรือเป็นของบริษัทญี่ปุ่นที่มาลงทุน ได้มีการดำเนินการตาม Japan Household Recycling Law ที่ห้ามใช้สารเคมีอันตราย 30 รายการ ซึ่งครอบคลุมสารเคมีต้องห้ามในระเบียบ RoHS แล้ว

ผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายย่อย

ก่อนที่จะมีการบังคับใช้ระเบียบ WEEE และ RoHS สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) ได้ทำการศึกษาผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SMEs) ซึ่งเป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนรายย่อย และบริษัทที่เป็น supplier ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายชิ้นส่วนให้กับ Maker อีกทอดหนึ่งนั้น จะประสบความยากลำบากในการหาเทคโนโลยีเพื่อปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้สอดคล้องกับระเบียบ WEEE และ RoHS เนื่องจาก 1) ขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระเบียบ RoHS ทำให้การตื่นตัวต่อระเบียบดังกล่าวน้อย 2) ขาดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ภายในองค์กร และ 3) ขาดความช่วยเหลือด้านงบประมาณและด้านเทคโนโลยีที่จะใช้ในการพัฒนาและปรับเปลี่ยนเทคโนโลยี เพื่อปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้สอดคล้องกับระเบียบทั้งสอง

สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) คาดการณ์ว่า หากผู้ประกอบการรายย่อยเหล่านี้ปรับตัวหรือหาเทคโนโลยีเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ได้ จะทำให้ Maker หรือบริษัทผู้ผลิตรายใหญ่ทั้งในและนอกประเทศหันไปหาคู่แข่งรายอื่นที่สามารถปรับตัวได้ทันเวลา และถ้าระยะเวลาเนิ่นนานออกไปยังไม่สามารถปรับตัวได้อีก อาจมีผลให้ต้องปิดกิจการในที่สุด คาดว่าครึ่งหนึ่งของ SMEs ไทยจะต้องได้รับผลกระทบอย่างมากและอาจถึงขั้นปิดกิจการได้

จากการสัมภาษณ์ผู้อำนวยการฝ่ายสารสนเทศและวิชาการ สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์³² ถึงผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ต่อ SMEs ที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบัน พบว่า

1. ผลกระทบต่อ SMEs ไทยเกิดในกลุ่มผู้ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้ามากกว่ากลุ่มผู้ผลิตผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการร่วมลงทุนกับต่างชาติหรือเป็นการลงทุนของต่างชาติทั้งหมด

³² สัมภาษณ์ดร. จิรพัฒน์ โพธิ์พวง ผู้อำนวยการฝ่ายสารสนเทศและวิชาการ สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 15 มิถุนายน 2549

2. SMEs ที่อยู่ในข่ายการผลิตของผู้ประกอบการรายใหญ่ หรือบริษัท suppliers ไม่ได้ได้รับผลกระทบมาก เพราะส่วนใหญ่ได้รับการถ่ายทอดข้อมูลจาก Maker
3. SMEs ที่ไม่ได้อยู่ในข่ายการผลิตของ Maker หรือเป็นผู้ส่งออกโดยตรง จะได้รับผลกระทบมากที่สุด จากข้อมูลในปีพ.ศ. 2548 มีผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กในกลุ่มนี้ ประมาณ 200 ราย ซึ่งมีมูลค่าการส่งออกประมาณ 20,000 ล้านบาทต่อปี อย่างไรก็ตาม ผลกระทบต่อกลุ่ม SMEs นี้ อาจไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่จะส่งผลให้ SMEs ไทยกว่าครึ่งต้องปิดกิจการลง เนื่องจากภาครัฐให้ความสำคัญกับการพัฒนา SMEs ให้พร้อมผลิตและส่งออกไปสหภาพยุโรปได้³³
4. เมื่อเทียบกับผู้ผลิตที่เป็น ผู้รับจ้างผลิต (Original Equipment Manufacturer: OEM) SMEs ไทยที่เป็นผู้ผลิตและขายเองจะมีต้นทุนในการผลิตสูง เนื่องจากราคาวัตถุดิบสูงขึ้นและต้องซื้อในราคาต่อหน่วยแพงกว่าเนื่องจากจำนวนสั่งซื้อน้อย

▪ ผลกระทบต่อเทคโนโลยีและต้นทุนการผลิต

ผลกระทบที่สำคัญที่สุดต่อผู้ผลิตไทย คือ การเพิ่มขึ้นของต้นทุนการผลิตอันเนื่องมาจากการปรับปรุงเทคโนโลยีและกระบวนการผลิตสินค้าให้ได้ผลิตภัณฑ์ตามที่กำหนดในระเบียบ ทั้งนี้ผลกระทบต่อต้นทุนการผลิตที่เกิดจากระเบียบ RoHS ในด้านการปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีและกระบวนการผลิต จะเห็นได้ชัดเจนมากกว่าผลกระทบจากระเบียบ WEEE เพราะต้องหาสารทดแทนที่ทำให้ประสิทธิภาพของผลิตภัณฑ์คงเดิมหรือดีขึ้น (สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2546)

ผลกระทบที่เกิดจากระเบียบ RoHS

1. ปัญหาเริ่มจากการที่ผู้ผลิตไม่ทราบว่าผลิตภัณฑ์ของบริษัทนั้นมีสารต้องห้ามอยู่หรือไม่ แต่วัสดุหลักที่คาดว่าจะมีปัญหา ได้แก่ พลาสติกที่ผลิตเป็นโครงสร้างต่างๆ หรือแผงวงจรที่มักจะมีการใช้สารป้องกันการติดไฟในกลุ่มของโบรมีนอยู่ นอกจากนี้ จะเป็นสารตะกั่วที่พบได้ในแผงวงจรควบคุมต่างๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนประกอบสำคัญของเครื่องปรับอากาศ ในการแก้ปัญหาเหล่านี้ บริษัทจะต้องเริ่มจากการตรวจสอบว่าผลิตภัณฑ์ของตนเองมีสารต้องห้ามอยู่หรือไม่ หลังจากนั้น จึงดำเนินการจัดหาข้อมูลและผู้อำนวยการเพื่อหาวัสดุทดแทน ซึ่งต้องคำนึงถึงต้นทุนที่เพิ่มขึ้น
2. ต้องมีการเตรียมความพร้อมด้านบุคลากรและเครื่องมือที่ใช้ในการทดสอบ ทั้งในองค์กรของผู้ประกอบการ และหน่วยงานที่ทำการทดสอบ เช่น สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC)
3. ค่าทดสอบสารมีราคาสูง อีกทั้ง การเตรียมตัวอย่างเพื่อนำมาทำการทดสอบเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก ใช้เวลาค่อนข้างมาก เพราะแต่ละชิ้นส่วนมีขั้นตอนในการเตรียมตัวอย่างและวิธีการทดสอบที่ต่างกัน

³³ เรื่องความช่วยเหลือจากภาครัฐ ทางภาคเอกชนต้องการการสนับสนุนทั้งทางที่เป็นตัวเงินและด้านเทคโนโลยี แต่ต้องการในรูปแบบของการให้เปล่ามากกว่า ซึ่งภาครัฐตอบสนองได้ยาก ภาครัฐอาจตั้งกองทุนเพื่อให้เอกชนกู้ ซึ่งเอกชนอาจนำไป (สัมภาษณ์ ดร. จิรพัฒน์, อ่างแล้ว)

เนื่องจากอุปกรณ์ไฟฟ้ามีชิ้นส่วนจำนวนมากและต้องมีการทดสอบทุกชิ้น ผู้ผลิตจึงใช้วิธีขอใบรับรองของชิ้นส่วนแต่ละตัว ชิ้นส่วนใดที่ไม่ได้ใบรับรองก็จะนำมาทดสอบ

4. สิ่งที่คุณผลิตแล้ว คือ ถ้าทางสหภาพยุโรปมีการสุ่มตรวจแล้วเจอสารอันตรายในสินค้า จะถูกเอาของออกจากตลาด และต้องเสียค่าขนส่งเพิ่มขึ้น รวมทั้งค่าปรับด้วย³⁴

5. แม้ในปัจจุบัน จะมีสารทดแทนสารต้องห้าม เช่น เงินหรือดีบุกทดแทนสารตะกั่ว แต่ก็ยังไม่สามารถหาสูตรที่ทำให้ผลิตภัณฑ์ใหม่มีประสิทธิภาพการทำงานได้เท่าเทียมกับผลิตภัณฑ์เดิม และสารทดแทนก็มีราคาสูงกว่าสารที่ใช้อยู่เดิม จากการสัมภาษณ์ผู้ผลิตเครื่องปรับอากาศ เครื่องรับโทรทัศน์ เครื่องรับวิทยุ เครื่องเล่นแผ่นเสียง คอมพิวเตอร์ ซึ่งต้องหาสารทดแทนสารตะกั่วในการบัดกรีเพื่อเชื่อมลายวงจรไฟฟ้ากับขาของวงจรถออิเล็กทรอนิกส์ (สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2546) พบว่า สารทดแทนสารตะกั่ว เช่น เงิน ทองแดง ดีบุก มีราคาสูงกว่าสารเดิม และบางส่วนต้องนำเข้าจากต่างประเทศ ทำให้ต้นทุนวัตถุดิบสูงขึ้น และจะสูงขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากมีความต้องการในตลาดสูงขึ้น

6. สารทดแทนเหล่านี้จะต้องใช้คุณสมบัติที่สูงกว่าปกติ เพราะมีคุณสมบัติในการละลายที่อุณหภูมิสูงกว่าสารตะกั่ว จึงต้องมีการเปลี่ยนเครื่องจักรและปรับเปลี่ยนกระบวนการผลิต และยังคงเสียค่าพลังงานเพิ่มขึ้นด้วย บางผลิตภัณฑ์ก็ต้องเปลี่ยนชิ้นส่วนอื่นๆ เช่น พลาสติก แผงวงจรให้เหมาะสมอีกด้วย ทำให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยเพิ่มขึ้นร้อยละ 5-10 สำหรับผู้ผลิตวงจรพิมพ์บางราย ร้อยละ 20 สำหรับผู้ผลิตคอมพิวเตอร์บางราย ไปจนถึงร้อยละ 50 สำหรับผู้ผลิตเครื่องรับโทรทัศน์ และเครื่องเล่นแผ่นเสียงบางราย

7. ในด้านปริมาณการใช้สารทดแทนนั้น ผู้ผลิตเครื่องรับโทรทัศน์จะใช้สารทดแทนมากกว่าการผลิตสินค้าอื่น จึงได้รับผลกระทบจากระเบียบ RoHS มากกว่าผู้ผลิตสินค้าอื่น ในขณะที่ผู้ผลิตอุปกรณ์ชิ้นส่วนและส่วนประกอบเครื่องวิดีโอ/วีซีดีจะได้รับผลกระทบน้อยที่สุด เนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องใช้สารทดแทนมีน้อยกว่าผู้ผลิตสินค้าอื่น

ปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการตามระเบียบ RoHS ในปัจจุบัน คือ

- ข้อจำกัดในการพัฒนาเทคโนโลยี เนื่องจากส่วนใหญ่ บริษัทข้ามชาติเป็นผู้นำเข้ามาเผยแพร่ ไม่สามารถศึกษาลงลึกในรายละเอียด อีกทั้ง วิวัฒนาการของเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงเร็ว เทคโนโลยีเดิมอาจไม่สามารถนำมาใช้กับผลิตภัณฑ์ใหม่ได้
- ในบางกรณี ผู้ประกอบการรายใหญ่มีความต้องการที่เข้มงวดกว่ามาตรฐาน เพราะไม่มั่นใจในผู้ประกอบการรายเล็ก แม้จะนำใบรับรองมาแสดงก็ตาม สร้างความยุ่งยากให้กับ SMEs

³⁴ อย่างไรก็ดี นับตั้งแต่ระเบียบ RoHS มีผลบังคับใช้แล้ว (1 กรกฎาคม 2549) ยังไม่มีผู้ประกอบการไทยรายใดถูกสหภาพยุโรปฟ้องว่ากระทำผิดระเบียบ แต่ MTEC ก็เตือนไม่ให้อ้างอิงและผู้ประกอบการควรเตรียมเอกสารข้อมูลไว้ เพื่อเกิดปัญหาจะได้นำมาชี้แจงได้ (หนังสือพิมพ์ประชาชาติธุรกิจ, 3-6 สิงหาคม 2549 หน้า 8)

ผลกระทบที่เกิดจากระเบียบ WEEE

- 1) ผู้ผลิตจะต้องมีการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่หรือมีการเลือกใช้วัสดุส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้สามารถนำส่วนประกอบจากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ที่หมดอายุการใช้งานแล้วกลับมาใช้ซ้ำ (reuse) รีไซเคิล (recycle) หรือนำกลับมาคืนสภาพ (recovery) ตามอัตราที่กำหนดไว้ในระเบียบ WEEE อีกทั้ง ยังต้องมีการติดฉลากและมีเอกสารแนบด้วย มิฉะนั้น ผู้นำเข้าอาจจะเปลี่ยนไปนำเข้าผลิตภัณฑ์จากประเทศอื่นที่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวได้ ซึ่งทั้งหมดนี้ส่งผลกระทบต่อต้นทุนการผลิตที่ต้องเพิ่มมากขึ้น
- 2) ส่วนการส่งเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งออกไปยังสหภาพยุโรปกลับคืนไปยังประเทศผู้ส่งออก จะทำให้เกิดปัญหาด้านค่าใช้จ่าย ด้วยเหตุนี้ ในทางปฏิบัติ ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าสินค้าจะใช้บริการของโรงงานบำบัดหรือกำจัดในเขตสหภาพยุโรปโดยชำระค่าธรรมเนียมในการจัดการเศษเหลือทิ้ง เป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้กับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า
- 3) สำหรับการจัดตั้งโรงงานบำบัดหรือกำจัดในสหภาพยุโรป เป็นการร่วมดำเนินการระหว่างบริษัทผู้ผลิตต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหรือระหว่างบริษัทผู้ผลิตจากประเทศต่าง ๆ ที่ส่งออกสินค้าไปยังสหภาพยุโรป เพราะฉะนั้น เศษเหลือทิ้งของสินค้านำเข้าที่จะได้รับการจัดการในโรงงานเหล่านี้ อาจต้องเป็นสินค้าที่มีรูปแบบหรือมาตรฐานหรือใช้วัสดุส่วนประกอบที่สอดคล้องกัน เพื่อให้สามารถถอดแยกชิ้นส่วนได้ในขั้นตอนเดียวกัน ซึ่งมีผลให้ผู้ผลิตสินค้าต้องรับภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้นในการปรับโครงสร้างการผลิตใหม่เพื่อให้ได้สินค้าลักษณะโครงสร้างวัตถุดิบคล้ายกัน

ปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการตามระเบียบ WEEE ในปัจจุบัน คือ

- ระเบียบ WEEE ยังมีขั้นตอนและการเตรียมเอกสารที่ยังไม่ชัดเจน โดยเฉพาะการแยกสัดส่วนของ 3 R (Reuse, Recycle, Recovery)
- ต้องใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาช่วย

2) ผลกระทบต่อการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทย

▪ ปัญหาการหลงไหลของสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานตามระเบียบ WEEE และ RoHS

ระเบียบ WEEE เป็นความพยายามที่จะจัดการกับของเสียอันตรายจากซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำนายสำหรับประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงที่จะจัดการกับของเสียอันตรายประเภทดังกล่าว ต่างจากของเสียอันตรายจากภาคอุตสาหกรรมซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับและมีหน่วยงานที่รับผิดชอบหลัก

กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสะอาด (พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535) การจัดการขยะมูลฝอยติดเชื้อ

(พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535) และการจัดการของเสียอันตรายจากแหล่งกำเนิดที่ไม่มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้ (พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535) และมีกฎหมายของท้องถิ่นให้อำนาจท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ในการเก็บ ขน กำจัดขยะมูลฝอยในเขตที่ตนมีอำนาจหน้าที่

ในประเทศไทย เมื่อผู้ผลิตขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้บริโภคแล้ว หน้าที่ของผู้ผลิตก็หมดไปภาระหน้าที่ในการเก็บรวบรวมนำไปกำจัดจะตกอยู่กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ส่วนใหญ่จะกำจัดขยะทุกประเภทโดยไม่มีการแยกกำจัดมูลฝอยทั่วไปและขยะอันตราย ขยะที่เป็นซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วได้รับการดูแลเหมือนขยะทั่วไป บางส่วนอาจถูกแยกนำกลับมาใช้ซ้ำ หรือรีไซเคิลโดยผู้ค้าของเก่า ส่วนที่ใช้ไม่ได้แล้วก็จะถูกทิ้งรวมไปในขยะมูลฝอยทั่วไป ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดมาตรการการดูแลเป็นพิเศษ

ดังนั้น กฎหมายไทยยังขาดความเชื่อมโยงของการจัดการขยะอย่างเป็นระบบ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ใช้ทรัพยากรไม่คุ้มค่า และไม่เป็นไปตามหลักการ “ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย” ซึ่งเป็นหลักสากลที่นานาชาติใช้บังคับในประเทศของตน การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายภายในประเทศที่จัดการกับซากเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้ว ทำให้เกิดข้อเสียเปรียบทางการค้ากับประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เนื่องจากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์จากประเทศไทยที่ส่งเข้าไปในตลาดสหภาพยุโรปจะต้องเสียค่าธรรมเนียมในการจัดการเศษเหลือทิ้ง แต่สินค้าที่นำเข้าจากสหภาพยุโรปมายังประเทศไทยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมอย่างเดียวกัน เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายใช้บังคับ

นอกจากนี้ การที่ไม่มีกฎหมายที่ควบคุมมาตรฐานสินค้าที่สอดคล้องกับระเบียบ WEEE และ RoHS อาจทำให้ประเทศไทยประสบปัญหาจากการที่ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้มาตรฐานตามระเบียบของสหภาพยุโรปหรือ จากแหล่งผลิตอื่น ๆ ถูกนำเข้ามาในประเทศ เนื่องจากมีราคาถูก และผู้บริโภคในประเทศยังนิยมเลือกซื้อสินค้าที่มีราคาถูกมากกว่าสินค้าที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม

▪ ปัญหาการลักลอบนำเข้าซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วและการนำเข้าในรูปแบบสินค้ามือสอง

ระเบียบ WEEE และ RoHS อาจส่งผลให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหภาพยุโรปเองต้องหาหนทางหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการกำจัดเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ตามข้อบังคับ ซึ่งบริษัทเหล่านี้อาจจะนำผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วเหล่านั้นไปขายต่อเป็นสินค้ามือสอง หรือสินค้าตุ๊กตาราคาถูกให้แก่ตลาดในประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย รวมทั้งประเทศไทยด้วย

กรีนพีซได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่สหภาพยุโรปและบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาและแคนาดาได้ออกกฎระเบียบ WEEE ดังกล่าว จะทำให้จำนวนเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ได้ถูกจัดเก็บมากขึ้น การที่สหภาพยุโรปได้ตั้งเป้าว่า จะต้องมีการจัดเก็บขยะอิเล็กทรอนิกส์จากครัวเรือนให้ได้อย่างน้อย 4 กิโลกรัมต่อคนต่อปี ภายในสิ้นปี 2551 (จากเดิมที่ได้ตั้งเป้าไว้ที่ปี 2549) ทำให้ปริมาณขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่เก็บรวบรวม

เพิ่มจำนวนสูงขึ้นอย่างมาก และหากประเทศในสหภาพยุโรปไม่ได้เพิ่มความเข้มงวดในการตรวจตราและบังคับใช้กฎหมายแล้ว ก็อาจส่งผลให้เกิดการลักลอบส่งออกขยะอิเล็กทรอนิกส์ไปยังประเทศกำลังพัฒนาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นมหาศาล ทั้งนี้ ประเทศพัฒนาแล้วที่ต้องการส่งออกของเสียอันตรายอาจจะใช้ช่องทางการค้าเสรีเป็นทางระบายของเสียอันตราย

ผลการศึกษาในประเทศอังกฤษ ได้ชี้ว่า ในปี 2546 เพียงปีเดียว มีการส่งออกขยะอิเล็กทรอนิกส์จากประเทศอังกฤษถึง 160,000 ตัน (Basel Action Network, 2005) ผลการตรวจสอบตู้คอนเทนเนอร์และรถบรรทุกที่ทำเรือในประเทศเครือสหภาพยุโรป 10 ประเทศ อาทิ เนเธอร์แลนด์ เยอรมันนี และอังกฤษ ภายใต้โครงการ European IMPL enforcement program พบว่า ในจำนวนขยะอันตรายที่ส่งออกทั้งหมด มีสัดส่วนของขยะอันตรายที่ส่งออกลักษณะผิดกฎหมาย 22 เปอร์เซ็นต์ ทั้งนี้ พบว่าขยะอันตรายที่ลักลอบส่งออกเหล่านี้ ส่วนใหญ่เป็นขยะอิเล็กทรอนิกส์ จำพวก อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ สายไฟฟ้ CRT ยางเก่า ชิ้นส่วนรถยนต์ที่ปนเปื้อนสารเคมี การค้นพบการส่งออกขยะอันตรายอย่างผิดกฎหมายนี้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการบังคับใช้ระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป ดังนั้น จึงมีแนวโน้มว่าการบังคับใช้ระเบียบ WEEE อาจนำไปสู่ปริมาณขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกส่งออกเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นช่องทางหนึ่งที่จะลดปริมาณขยะเหล่านี้ในถังขยะและสถานที่จัดเก็บอื่นๆ ภายในประเทศ

2.6 การรับมือของภาคเอกชนและการดำเนินการของภาครัฐ

2.6.1 การรับมือของภาคเอกชนกับระเบียบ WEEE และ RoHS

1. การหาพันธมิตรทางธุรกิจจากสหภาพยุโรป เพื่อให้ผู้นำเข้าในยุโรปเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินการที่จำเป็นในท้องถิ่นของตนเอง
2. การรวมกลุ่มเพื่อการค้าและแลกเปลี่ยนข้อมูลกันในกลุ่มซึ่งส่วนใหญ่เป็นกลุ่มอุตสาหกรรมไฟฟ้าที่มีผู้ผลิตไทยล้วนอยู่มาก เช่น กลุ่มเครื่องปรับอากาศและเครื่องทำความเย็น กลุ่มเครื่องใช้ไฟฟ้า สมาคมนายจ้างอิเล็กทรอนิกส์ สมาคมไฟฟ้าและแสงสว่างแห่งประเทศไทย สมาคมโทรคมนาคม เป็นต้น ในกลุ่มอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่มีปัญหาเรื่องทุนหรือเทคโนโลยีในการผลิต แต่มีปัญหาเรื่องการพัฒนาศักยภาพของบุคลากรและการบริหารจัดการ
3. การจัดการให้มีหน่วยงานรับผิดชอบเกี่ยวกับ WEEE และ RoHS ในสถานประกอบการ ได้แก่ การออกแบบเพื่อสิ่งแวดล้อม เทคโนโลยีสะอาด การรวบรวมข่าวสาร การประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งทางด้านวิชาการและด้านเทคนิค
4. การจัดตั้งเครือข่าย Thai RoHS เมื่อปลายปี 2547 ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการไทยและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ในรูปของเครือข่ายสมัครใจ มีวัตถุประสงค์หลักในการพัฒนาแลกเปลี่ยน และจัดสรรความรู้และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิต ระหว่างกลุ่มสมาชิก ซึ่งเป็นผู้ผลิตในลำดับชั้นต่างๆ ทั้ง First และ Second Tier รวมถึง Supply Chain เพื่อให้สามารถผลิต

อุปกรณ์ไฟฟ้า-อิเล็กทรอนิกส์ที่ปราศจากสารพิษต่างๆ ตามระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมที่ประเทศผู้ซื้อทั่วโลกพัฒนาขึ้น อาทิเช่น RoHS, WEEE และ EuP ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เป็นต้น³⁵

2.6.2 การดำเนินของภาครัฐ

อุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เป็นอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญมากต่อเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากอุตสาหกรรมนี้สามารถสร้างรายได้เข้าประเทศจากการส่งออกผลิตภัณฑ์คิดเป็นมูลค่าสูงถึงร้อยละ 55 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศอันเกิดจากภาคอุตสาหกรรมทั้งหมด นอกจากนี้ อุตสาหกรรมได้ก่อให้เกิดการจ้างงานประเภทฝีมือทั่วประเทศไม่น้อยกว่า 400,000 คนทั่วประเทศ ภาครัฐจึงมีความตื่นตัวอย่างมากต่อการรับมือกับระเบียบ WEEE และ RoHS ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้ง คณะอนุกรรมการติดตามผลกระทบและนโยบายของไทยต่อการออกกฎหมายว่าด้วยเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และกฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้สารอันตราย เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2543 ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีรองนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ คณะอนุกรรมการฯ นี้ประกอบด้วยหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน รวม 24 องค์กร และได้มีการประชุม วางแผนและติดตามงานเป็นระยะ (สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 2548)

นอกจากนี้ จากที่รัฐบาลปัจจุบันได้มีนโยบายที่จะให้ประเทศไทยเป็นฐานการผลิตอุตสาหกรรมเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในภูมิภาคอาเซียน กระทรวงการคลังจึงได้ประกาศลดภาษีนำเข้าวัตถุดิบและชิ้นส่วนสำหรับการนำเข้าเพื่อผลิตหรือประกอบเป็นเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ 28 รายการ ซึ่งมีผลตั้งแต่วันที่ 2 มีนาคม 2549 เป็นต้นมา³⁶ การลดภาษีสรรพสามิตนำเข้าวัตถุดิบเป็นการตอบสนองข้อเรียกร้องของอุตสาหกรรมซึ่งได้รับผลกระทบจากการราคาวัตถุดิบที่เพิ่มขึ้น

1) การช่วยเหลือภาคอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

- ด้านนโยบายและระบบบริหารจัดการ

คณะอนุกรรมการติดตามผลกระทบและนโยบายของไทยต่อการออกกฎหมายว่าด้วยเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และกฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้สารอันตราย คณะอนุกรรมการนี้ ได้จัดทำแผนปฏิบัติการหรือโครงการเพื่อเตรียมการด้านการรองรับผลกระทบของระเบียบสหภาพยุโรปเกี่ยวกับ WEEE และ RoHS ในเบื้องต้น ได้แก่ งานศึกษาผลกระทบ งานเผยแพร่ข้อมูลความรู้และสร้าง

³⁵ เครือข่าย Thai RoHS ได้ติดตามรายงานความคืบหน้าด้านการพัฒนา นโยบาย กฎระเบียบ แนวทางปฏิบัติของระเบียบ RoHS ในสหภาพยุโรปและประเทศอื่นๆ เช่น จีน และเกาหลี รวมทั้งกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ระเบียบการจัดการซากยานยนต์ (End-of-Life Vehicles: ELV) และระเบียบว่าด้วย กรอบข้อกำหนดการออกแบบเชิงนิเวศเศรษฐกิจสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ใช้พลังงาน (Energy-using Product: EuP) รวมทั้ง ประชาสัมพันธ์การจัดสัมมนา การฝึกอบรมของหน่วยงานต่างๆ ผ่านเว็บไซต์ของเครือข่าย (<http://www.thairohs.org/>)

³⁶ ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การลดอัตราอากรและการยกเว้นอากรศุลกากรตามมาตรา 12 แห่งพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530 (ฉบับที่ 32)

(<http://www.customs.go.th/Declaration/DeclarationResult.jsp?Docid=A00697&tlechk=2>)

ความเข้าใจ งานมาตรฐานอุตสาหกรรม และงานพัฒนาเทคโนโลยี (สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 2548)

หน่วยงานที่ดำเนินการในปัจจุบัน

- งานศึกษาผลกระทบจากกฎระเบียบ WEEE และ RoHS ที่มีต่อประเทศไทย

กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ได้มอบหมายให้สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ทำการศึกษา “โครงการศึกษาผลกระทบต่ออุตสาหกรรมไทย และเสนอแนวทางในการรับมือกับมาตรการ ภายใต้ระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป” ระหว่างเดือนกันยายน 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 โครงการนี้นับเป็นโครงการหนึ่งที่ศึกษาได้ครอบคลุมมาก โดยมีได้เน้นเฉพาะเรื่องผลกระทบต่อ ระเบียบ WEEE และ RoHS เท่านั้น แต่รวมถึงการประเมินวัฏจักรชีวิตและการออกแบบเชิงนิเวศ เศรษฐกิจของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และการศึกษาแนวทางในการจัดการเศษเหลือทิ้ง ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 2548)

- งานเผยแพร่ข้อมูลความรู้ และสร้างความเข้าใจ

งานในส่วนนี้ มีหน่วยงาน สถาบัน องค์กรทั้งภาครัฐและภาคเอกชนดำเนินการร่วมกัน ใน รูปแบบสื่อต่างๆ สิ่งพิมพ์ การจัดสัมมนาให้ความรู้³⁷ ทั้งนี้ ข้อมูลข่าวสารการจัดสัมมนา การฝึกอบรม ต่างๆ จะมีการประกาศ เผยแพร่ที่เว็บไซต์ของสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (<http://www.thaieei.com/>) ซึ่งมี link ข้อมูลความคืบหน้าของระเบียบ WEEE และ RoHS กับเว็บไซต์ ของกรมการค้าต่างประเทศ (<http://www.dft.moc.go.th/>)

- งานมาตรฐานอุตสาหกรรม

เนื่องจากระเบียบและมาตรฐานที่เกี่ยวกับ WEEE และ RoHS เป็นมาตรฐานที่เป็นสากล การดูแลและกำหนดมาตรฐานที่เป็นสากล และเป็นของไทยดำเนินการโดย สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม สำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม กรมโรงงานอุตสาหกรรม กระทรวง อุตสาหกรรม

³⁷ ตัวอย่างเช่น ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) จัดสัมมนาเรื่อง “การรับรองสินค้าปลอดสารพิษตามระเบียบ RoHS ของสหภาพยุโรปและโครงสร้างที่ต้องเร่งพัฒนาเพื่อสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันที่ยั่งยืน”, 16 กันยายน 2547; สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์จัดสัมมนาพิเศษ เรื่อง “Positive Material Identification” และ “Latest Development in Detecting Heavy Metal in Plastic and Electronics Parts” , 18 พฤศจิกายน 2547; กลุ่มวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีสะอาด (Cleaner Technology Advancement Program; CTAP) ภายใต้ ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) จัดสัมมนาเรื่อง “EcoDesign for Refrigerator and Air-conditioner” , 23 พฤศจิกายน 2547 (ที่มา: เว็บไซต์ของสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, <http://www.thaieei.com/>)

- งานพัฒนาเทคโนโลยีและเสริมสร้างขีดความสามารถของบุคคลากร

ในปัจจุบัน หน่วยงานต่างๆ ได้ร่วมมือกันดำเนินโครงการเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและบุคคลากร โดยเฉพาะ SMEs เพื่อให้สามารถส่งออกผลิตภัณฑ์ขึ้นส่วน/ผลิตภัณฑ์ที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมไปยังกลุ่มสหภาพยุโรป และประเทศอื่นๆ ตัวอย่างโครงการที่สำคัญ ได้แก่

- โครงการขับเคลื่อนเพื่อผลิตภัณฑ์ที่สะอาดและสร้างความพร้อมสำหรับ SMEs ของอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งออกไปยังสหภาพยุโรป โดยใช้ Green Camp ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ร่วมกับศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ³⁸
- โครงการ TREE-Green โดยความร่วมมือระหว่างศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) ร่วมกับสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (EEI) กลุ่มอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (FTI) และ สถาบันพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (ISMED) เพื่อให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและภาคอุตสาหกรรมได้ร่วมกันพัฒนาแนวทางปฏิบัติและคู่มือการปรับตัว และเพื่อช่วยให้ผู้ประกอบการไทยตลอดห่วงโซ่อุปทานผลิตสินค้าปลอดสารต้องห้ามที่สามารถแข่งขันได้
- โครงการ Pro-TREE เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในด้านการวิเคราะห์ทดสอบสารปนเปื้อนให้ผู้ประกอบการภาคอุตสาหกรรม หน่วยปฏิบัติการทดสอบ โดยความร่วมมือระหว่างศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) และ กลุ่มอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (FTI)

โครงสร้างพื้นฐาน

เมื่อวันที่ 27 กันยายน 2548 คณะรัฐมนตรี อนุมัติงบประมาณ จำนวน 167.3 ล้านบาทให้สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีดำเนินการโครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อการผลิตสินค้าปลอดสารพิษ ซึ่งมีระยะเวลาดำเนินโครงการ 4 ปี (ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 – 2551)

³⁸ เป้าหมายของ Green Camp

- เพื่อทำโครงการสาธิต ที่สามารถผลิตชิ้นส่วน/ผลิตภัณฑ์/ตัวอย่าง ที่เป็น Green ซึ่งเป็นที่ยอมรับของกลุ่มสหภาพยุโรป และกลุ่มประเทศที่พัฒนาอื่นๆ
- เพื่อสร้างบุคคลากร ในระดับผู้เชี่ยวชาญทางด้าน LCA, Eco-design และ Cleaner Production (CP) จำนวน 215 คน ให้กับอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ภายในระยะเวลา 1 ปี
- เพื่อพัฒนาสถานประกอบการให้มีกระบวนการการผลิตที่สะอาดในการลดมลภาวะจากโรงงานด้วย Cleaner Technology
- เพื่อยกระดับบุคคลากรของ SMEs จำนวน 1,000 คน ให้มีความพร้อมที่จะรองรับกับ NTB ของอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

มาตรการ

1. เร่งพัฒนาห้องปฏิบัติการในศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ เพื่อใช้เป็นห้องปฏิบัติการต้นแบบเพื่อการขยายผลสู่การเพิ่มปริมาณหน่วยทดสอบที่ได้มาตรฐานให้เพียงพอต่อความต้องการในประเทศ
2. พัฒนาศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ ให้เป็นฐานในการพัฒนาขีดความสามารถในการวิเคราะห์/ทดสอบปริมาณสารปนเปื้อนในชิ้นส่วน/วัสดุ เพื่อรองรับกลไกการรับรองชิ้นส่วน/วัสดุปลอดภัยในประเทศ
3. เร่งพัฒนาบุคลากร ระดับครูฝึก (Trainer) เพื่อนำไปสู่การขยายผลในวงกว้าง
4. เร่งสร้างบุคลากร ที่มีความรู้ความชำนาญ เพื่อรองรับกรณีพิพาท ข้อโต้แย้ง และเพื่อการมีส่วนร่วมใน การกำหนดมาตรฐานวิธีการทดสอบชิ้นส่วน/วัสดุในระดับนานาชาติ
5. เร่งพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อให้ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติสามารถเป็นแหล่งข้อมูลและให้คำปรึกษาด้านเทคนิคเพื่อผู้ประกอบการสามารถปรับตัวได้ทันต่อเหตุการณ์

ภายใต้โครงการดังกล่าว ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) ได้จัดตั้ง TEA-lab (Trace Element Analysis laboratory) ขึ้น ซึ่งใช้งบประมาณ 10 ล้านบาท เพื่อเป็นหน่วยงานกลางในการให้การสนับสนุนอุตสาหกรรมไทยด้านการตรวจสอบปริมาณสารต้องห้ามตามระเบียบ RoHS นอกจากนี้ สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ได้เปิดให้บริการวิเคราะห์สารต้องห้าม ตามระเบียบ RoHS ที่นิคมอุตสาหกรรมบางปู³⁹

2) การป้องกันสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและมีราคาต่ำ และเศษเหลือทิ้งที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ

นอกจากการช่วยเหลือภาคอุตสาหกรรมแล้ว ที่ผ่านมา ภาครัฐได้เตรียมการป้องกันสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและมีราคาต่ำ และเศษเหลือทิ้งที่นำเข้ามาหรือลักลอบนำเข้ามาจากต่างประเทศ โดยมีการออกมาตรการตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2546 เห็นชอบแนวทางการดำเนินการมาตรการนำเข้าของคณะกรรมการบริหารนโยบายการนำเข้า (กบน.) ดังต่อไปนี้

มาตรการเกี่ยวกับสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป ปัจจุบัน มีการนำเข้าสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและมีราคาต่ำ และมีการลักลอบนำเข้ามาก

³⁹ นอกจากนี้ ยังมีบริษัทเอกชน คือ บริษัทเอสจีเอส (ประเทศไทย) ซึ่งเพิ่งได้รับใบรับรอง ISO/IEC 17025 จากสมอ. กระทรวงอุตสาหกรรม ถือเป็นบริษัทแรกในไทยที่ได้รับใบรับรองด้านการวิเคราะห์สารอันตรายในชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องใช้ไฟฟ้า ชิ้นส่วนยานยนต์ และสินแร่ ใบรับรอง ISO/IEC 17025 นี้จะทำให้ห้องปฏิบัติการได้รับการยอมรับในระดับประเทศและระหว่างประเทศเพราะถือว่ามีมาตรฐานนี้เป็นมาตรฐานสากล ซึ่งช่วยยกระดับขีดความสามารถของผู้ประกอบการในการพัฒนาคุณภาพและเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นในสินค้า (http://www.prd.go.th/p_news/service_.php?serv=578)

- ให้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) เพิ่มความเข้มงวดในการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าที่นำเข้าจากต่างประเทศ และพิจารณาเพิ่มรายการสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ให้เป็นสินค้าที่มีมาตรฐานบังคับ
- ให้กรมการค้าต่างประเทศดำเนินมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดสินค้านำเข้า เครื่องใช้ไฟฟ้าที่มีราคาขายต่ำผิดปกติ โดยติดตามความเคลื่อนไหวของการนำเข้าอย่างใกล้ชิด
- ให้กรมศุลกากรป้องกันการลักลอบนำเข้าอย่างเคร่งครัด

มาตรการที่เกี่ยวกับสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว เนื่องจากแนวโน้มการนำเข้ามีเพิ่มมากขึ้น ทั้งเพื่อนำมา recycle และคัดแยกส่วนที่เป็นเศษเหลือทิ้งจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และยังไม่มีการแยกรายการสินค้าใช้แล้วออกจากสินค้าใหม่ทำให้ไม่มีสถิติการนำเข้าเพื่อนำมากำหนดมาตรการที่เหมาะสม

- ให้กรมศุลกากรแยกรหัสสถิติเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วออกจากเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใหม่
- กรณีเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป ให้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม แก้ไขพ.ร.บ. มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511
- กรณีเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว ให้กรมโรงงานอุตสาหกรรม ออกประกาศควบคุมการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว ตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535
- กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นหน่วยงานหลักพิจารณาดำเนินการร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปตามหลักการที่ไม่ควรให้มีการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่จะเป็นเศษเหลือทิ้ง (waste) หรือจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ยกเว้นในกรณีที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศและต่อผู้บริโภค

ผลการดำเนินมาตรการของหน่วยงานตามมติคณะรัฐมนตรี⁴⁰ ที่สำคัญมีดังนี้

สินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป

- 1) สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์ อุตสาหกรรม(สมอ.) จัดทำร่างพระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เป็นการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ สมอ. และคณะกรรมการมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม เป็นการลดขั้นตอนในการกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (โดยจะใช้เวลาประมาณ 6 เดือน) ขณะนี้อยู่ระหว่างรอประกาศในพระราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลบังคับใช้

⁴⁰ รายงาน “การดำเนินมาตรการการนำเข้าสินค้าตามมติคณ. (พฤษภาคม 2548)”

- 2) กรมการค้าต่างประเทศ ติดตามความเคลื่อนไหวของปริมาณการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าที่ผิดปกติ หรือเข้าข่ายการทุ่มตลาดอย่างใกล้ชิด ได้แก่ หลอดภาพโทรทัศน์ เครื่องสูบน้ำ เครื่องซักผ้า แบทเตอรีโทรศัพท์มือถือ พร้อมทั้งจัดประชุมให้ความรู้กลุ่มอุตสาหกรรมเกี่ยวกับขั้นตอนยื่นขอไต่สวนการทุ่มตลาด
- 3) กรมศุลกากร รายงานผลการตรวจจับการลักลอบนำเข้า ปี 2548 (ม.ค. –ก.พ.) มีการจับกุมรวม 17 ราย คิดเป็นมูลค่าประมาณ 3.1 ล้านบาท ส่วนใหญ่เป็นโทรศัพท์มือถือ และชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์

เครื่องใช้ไฟฟ้า และอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว

- 1) กรมโรงงานอุตสาหกรรม ได้ดำเนินการออกประกาศเพื่อควบคุมการนำเข้าแล้ว ดังนี้
 - ออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุดิบทราย พ.ศ. 2546 โดยกำหนดให้เครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วอยู่ในบัญชี ข ลำดับที่ 62 และ 63 เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2546 มีผลบังคับใช้ 6 ตุลาคม 2546
 - ออกประกาศกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่เป็นวัตถุดิบทรายเข้ามาในราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2546 มีผลบังคับใช้วันที่ 3 ตุลาคม 2546
- 2) กรมศุลกากรออกประกาศกรม เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมรหัสสถิติสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2546 มีผลบังคับใช้วันที่ 1 ตุลาคม 2546

3) พัฒนาระบบการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทย

สืบเนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 13 สิงหาคม 2546 ที่มอบหมายให้กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นหน่วยงานหลักพิจารณาดำเนินการร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปตามหลักการที่ไม่ควรให้มีการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่จะเป็นเศษเหลือทิ้ง (waste) หรือจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ยกเว้นในกรณีที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศ และต่อผู้บริโภค กรมควบคุมมลพิษร่วมกับสำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม สำนักมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และกรมโรงงานอุตสาหกรรม ดำเนินการยกร่างยุทธศาสตร์การจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย และแผนปฏิบัติการขึ้น โดยมีเป้าหมายเพื่อมุ่งเน้นให้มีการจัดการ WEEE ตั้งแต่ต้นทางจนถึงปลายทางที่ถูกต้องตามหลักวิชาการและเป็นระบบครบวงจร

นอกจากนี้ กรมควบคุมมลพิษได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้ว ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวจะครอบคลุมเนื้อหาเรื่องการจัดเก็บค่าธรรมเนียมผลิตภัณฑ์ การบริหารเงินเพื่อสนับสนุนการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ฯ โดยตั้งกองทุนเฉพาะขึ้น การแต่งตั้งสำนักงานกองทุน คณะกรรมการบริหาร และผู้จัดการกองทุนที่มีความอิสระในการดำเนินงาน

และบริหารกิจการกองทุน การสร้างระบบการรับซื้อซากและการจัดการซากโดยอาศัยมาตรการทางเศรษฐกิจศาสตร์โดยผ่านทางกองทุน การกำหนดบทบาทขององค์กรบริหารจัดการทั้งระดับประเทศและท้องถิ่น ขณะนี้ ร่างยุทธศาสตร์และร่างกฎหมายนี้อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาของสำนักเลขาธิการรัฐมนตรีเตรียมเสนอเข้าที่ประชุมคณะรัฐมนตรี⁴¹

จากการประมวลการดำเนินการของภาครัฐและเอกชนที่ผ่านมา พบว่า ทั้งสองฝ่ายมีความตื่นตัวต่อระเบียบ WEEE และ RoHS และให้ความร่วมมือกันอย่างมาก เป็นที่น่าสังเกตว่า การศึกษาผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS มิได้จำกัดเฉพาะผลกระทบที่จะเกิดกับอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น หากแต่รวมถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการนำเข้าผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วและที่ไม่ได้มาตรฐาน ผลพลอยได้จากการที่ประเทศไทยต้องเตรียมรับมือกับระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป คือ การทำให้ภาครัฐและภาคเอกชนได้เรียนรู้แนวทางแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมโดยใช้หลัก EPR และวางแนวทางในเชิงรุกด้วยการพิจารณาจัดทำมาตรการที่คล้ายกับสหภาพยุโรป เพื่อเพิ่มขีดความสามารถการแข่งขันของอุตสาหกรรมไทยและป้องกันการลักลอบทิ้งของเสียที่เป็นสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วในประเทศไทย หากประเทศไทยสามารถผลักดันให้มีกฎระเบียบ WEEE และ RoHS เกิดขึ้นในประเทศได้ ไม่เพียงแต่จะช่วยปกป้องผลประโยชน์แบบ “เกลือจิ้มเกลือ” เท่านั้น แต่ยังจะช่วยให้เกิดผลด้านสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัยต่อชีวิตอีกด้วย

2.7 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

การออกกฎระเบียบ WEEE และ RoHS ของไทย

1. แม้ว่าภาครัฐมีความกระตือรือร้นที่จะช่วยเหลือและภาคเอกชน เพื่อรับมือกับระเบียบ WEEE และ RoHS อย่างไรก็ตาม การดำเนินการที่ผ่านมาของหน่วยงานและองค์กรต่างๆ ส่วนใหญ่เป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า ภายใต้การติดตามเป็นระยะของคณะกรรมการติดตามผลกระทบฯ เนื่องจากคณะกรรมการฯ เป็นคณะทำงานชั่วคราว เพื่อรับมือกับกฎระเบียบ WEEE และ RoHS การจัดตั้งองค์กรจึงเป็นแบบหลวมๆ และมีลักษณะแต่ละหน่วยงานต่างดำเนินการ โครงสร้างองค์กรดังกล่าวจึงไม่ใช่กลไกที่จะช่วยสนับสนุนให้ภาคเอกชนสามารถปรับตัวได้อย่างยั่งยืนและไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำงานในเชิงรับและเชิงรุก ดังนั้น รัฐบาลควรพิจารณาปรับเปลี่ยนวิสัยทัศน์ โครงสร้างองค์กร และกลยุทธ์ให้ชัดเจน เพื่อเตรียมรับมือกับกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมใหม่ๆ ที่จะมีตามมาอีกในไม่ช้า ไม่ว่าจะเป็นระเบียบ EuP ของสหภาพยุโรป กฎระเบียบ RoHS ของจีน และเกาหลี

2. รัฐบาลควรจัดตั้งหน่วยงานกลาง ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระที่จัดตั้งขึ้นใหม่ ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักนายกรัฐมนตรี และมีหน่วยงานหลักคือ กรมควบคุมมลพิษดูแลเศษเหลือทิ้งภาคชุมชน และกรมโรงงานอุตสาหกรรมดูแลเศษเหลือทิ้งจากภาคอุตสาหกรรม และหน่วยงานอื่นๆ เป็นคณะทำงานรวบรวมเศษเหลือทิ้งเพื่อนำมารีไซเคิล สถาบันอิสระตั้งขึ้นภายใต้การกำกับของสำนักนายก เพื่อเป็น

⁴¹ จากการสัมภาษณ์คุณธีรพร จิรวุฒิกุล สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, 3 มีนาคม 2549

หน่วยงานหลักที่เป็นศูนย์กลางและเป็นเจ้าภาพในการจัดการกับกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศต่างๆ (ไม่เพียงเฉพาะระเบียบ WEEE และ RoHS)

3. รัฐบาลควรพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างยุทธศาสตร์การจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย และแผนปฏิบัติการ และมอบนโยบายในการดำเนินยุทธศาสตร์ในเชิงบูรณาการ และในขณะเดียวกัน ควรเร่งกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้ว เพื่อให้มีผลบังคับใช้โดยเร็ว เนื่องจากกลไกทั้งสองจะต้องสอดคล้องกันเพื่อผลักดันให้มีการจัดระบบบริหารจัดการซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ พัฒนาอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ให้สามารถผลิตสินค้าที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และสร้างการรับรู้ของประชาชนเกี่ยวกับพิษภัยจากซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์และความสำคัญของการนำกลับมาใช้ใหม่ ตลอดจนกระตุ้นตลาดให้เลือกซื้อผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม

4. การจัดการเศษเหลือทิ้งตามแนวทาง WEEE เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ดังนั้น ภารกิจเร่งด่วน คือ การสร้างความตระหนักให้เกิดขึ้นในสังคมไทยเกี่ยวกับผลกระทบ อันจะเกิดขึ้นกับสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ควรมีหน่วยงานกลางที่เป็นผู้นำในการรณรงค์การรีไซเคิลเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะต้องมีงบประมาณสนับสนุนอย่างเพียงพอและต่อเนื่อง และเผยแพร่ข้อมูลความรู้ต่อสาธารณชนอย่างสม่ำเสมอและทั่วถึง และวางแผนปฏิบัติการร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีส่วนร่วมในการสร้างจิตสำนึกในการรักษาสิ่งแวดล้อมในทุกระดับ

การส่งเสริมภาคอุตสาหกรรม

1. ที่ผ่านมา มีเพียงผู้ประกอบการที่ส่งออกสินค้าไปสหภาพยุโรปเท่านั้นที่ตื่นตัวต่อการผลิตสินค้าปลอดสารพิษ ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ได้รับผลกระทบเนื่องจากส่งออกไปประเทศอื่นจึงยังไม่ได้ตระหนักถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้น และคัดค้านแนวคิดที่จะออกกฎระเบียบที่คล้ายคลึงกับระเบียบ RoHS ดังนั้น ภาครัฐควรเพิ่มกิจกรรมการให้ความรู้เกี่ยวกับ มาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและเทคโนโลยีการผลิตที่สะอาด แก่ผู้ประกอบการ โดยเฉพาะ SMEs ให้มากขึ้น โดยให้การส่งเสริมให้มีการดำเนินโครงการอย่าง Green Camp มากขึ้น และขยายผลโครงการไปยังอุตสาหกรรมอื่นต่อไป

2. ภาครัฐควรเพิ่มการสนับสนุนเครือข่าย Thai RoHS เพื่อให้เครือข่ายเติบโตอย่างเข้มแข็งเพื่อเป็นเสาหลักของอุตสาหกรรมในการรับมือกับกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อม

3. ควรพิจารณาการให้รางวัลบริษัทที่มีกระบวนการผลิตที่สะอาดดีเด่น เพื่อเพิ่มแรงจูงใจของผู้ประกอบการในการพัฒนาเทคโนโลยีและปรับปรุงกระบวนการผลิตของตน

4. ในการเจรจาข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและ EFTA (สี่ประเทศในยุโรป) หากมีการเปิดเสรีการลงทุน ควรมีการเจรจาต่อรองให้สามารถตั้งเงื่อนไขเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีสะอาด และจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าผู้เข้ามาลงทุนจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมภายในประเทศด้วย

บรรณานุกรม

กรมควบคุมมลพิษ (2546) รายงานสถานการณ์มลพิษประเทศไทย พ.ศ. 2545. กรุงเทพฯ: กรมควบคุมมลพิษ

กรมควบคุมมลพิษ (2548) รายงานสถานการณ์มลพิษของประเทศไทย พ.ศ. 2547. กรุงเทพฯ: กรมควบคุมมลพิษ

กรมควบคุมมลพิษและองค์การส่งเสริมการค้าต่างประเทศของญี่ปุ่น (JETRO) (2547) “การสำรวจการทิ้งซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์.” จัดทำโดยบริษัทโคคุโซ โคะเกียว (ประเทศไทย) จำกัด.

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ (2548) **FTA Fact Book: เขตการค้าเสรี**. กรุงเทพฯ: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ.

จิรัตถ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา, “ไม่ระบุปี, “การค้าและสิ่งแวดล้อมในกรอบ WTO” บทความในเว็บไซต์ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, <http://www.dtn.moc.go.th>

บุญจง ขาวสิทธิวงษ์ (2537) **อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามประเทศ**. กรุงเทพฯ: กรมโรงงานอุตสาหกรรม

มิ่งขวัญ วิชยารังษยศักดิ์ และธีราพร วิริวุฒิกกร (2543) “กฎระเบียบสหภาพยุโรปเกี่ยวกับเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์.” **HSWM NEWSLETTER**. ฉบับที่ 2 ตุลาคม, หน้า 6-8.

สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (2548) “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาผลกระทบต่ออุตสาหกรรมไทยและเสนอแนวทางในการรับมือกับมาตรการภายใต้ระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป” เสนอกรมการค้าต่างประเทศ

สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ต่ออุตสาหกรรมส่งออกสินค้าไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” เสนอสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (กัณยานน)

สุชาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ (2546) “การค้าและการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย: วิเคราะห์ Basel Convention ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย-ประเด็นที่เป็นปัญหา” เอกสารประกอบการประชุม “เวทีสาธารณะ: วิเคราะห์ความเคลื่อนไหวในการเสริมสร้างสวัสดิภาพด้านสารเคมี สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ (2548) **การจัดการของเสียอันตรายจากชุมชน** เอกสารทางวิชาการสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: ไอเดียสแควร์

สำนักงานพาณิชย์ในต่างประเทศ ณ กรุงบรัสเซลส์ (2546) “สาระสำคัญของกฎระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ มาตรการจำกัดการใช้สารอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” อ้างใน สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ. ธันวาคม [http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/\\$\\$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571](http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/$$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571)

“เตือน! ขยะพิษล้นเมือง กำจัดไม่ถูกวิธีมีอันตราย สารพิษมากมายจ้องทำร้ายคุณ!”, แนวหน้า, 29 พฤษภาคม 2548

Basel Action Network (BAN) (2001) “Comments on Report by the ERM on Part II of the Study on Implementation of Decision IV/8.” Prepared for the 18th Session of the Technical Working Group and 3rd Session of the Legal Working Group of the Basel Convention, 18-20 June. www.ban.org/Library/twg18ERM.PDF

Basel Action Network (BAN) (2005) “The Digital Dump: Exporting Re-Use and Abuse to Africa.” <http://www.ban.org/Library/TheDigitalDump.pdf>

Basel Action Network and Silicon Valley Toxics Coalition (2002) **Exporting Harm: The High-Tech Trashing of Asia.** <http://www.ban.org/E-waste/technotrashfinalcomp.pdf>, 25 February.

Clean Computer Campaign (1999) “Analysis of the AEA Claims that the Proposed European Directive on Waste from Electrical and Electronic Equipment (WEEE Directive) will Conflict with the WTO Trade Rules.” 24 November, http://www.svtc.org/cleancc/weee/directive/ccc_aea.htm

Department of Industrial Works and Pollution Control Department (2005) “Control Measures for Used Electrical and Electronic Equipments including their Parts.” PowerPoint Presentation at the 2nd Workshop on the Asian Network for Prevention of Illegal Transboundary Movement of Hazardous Wastes, 23 November 2005, Tokyo, Japan (http://www.env.go.jp/en/recycle/asian_net/reports/thirdyearwork/thailand-pcd.pdf)

Environmental Data Services (2003) “Electronics sector looks to tackle tensions in a globalising world.” **ENDS Report.** Issue 343. Features. August. <http://www.environmental-expert.com/articles/article1345/article1345.htm>

EUROPA (2006) "Questions & Answers on EU Policies on Electrical and Electronic Waste"
MEMO/06/263 Brussels, 30 June 2006,
[http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/263&format=HTML&aged=0
&language=EN&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/263&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en)

Gray, Kevin R. (2006) "Trade and Environment: Moving the Debate Forward" **International Environmental Law Committee Newsletter**. Vol. 8, No.1, pp. 10-16.

Guevera, I.P. Maria (1999) "The Basel Convention Export Ban Amendment: Arguments Against Ratification" **7 ICME NEWSLETTER** No.1 (<http://www.icme.com>)

Hoffmann, Ulrich (2001) "The Basel Convention on Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal Case Study 1* The Case of Used Lead-acid Batteries in the Philippines: The Need for Supportive and Enabling Measures to Encourage Environmentally Sound and Economically Viable Management of Lead." in Jha ,Veena and Ulrich Hoffmann (eds) **Achieving Objectives of Multilateral Environmental Agreements: A Package of Trade Measures and Positive Measures**. UNCTAD/ITCD/TED/6.
http://www.unctad.org/trade_env/test1/publications/ulrichmea.pdf

Hunter, R. and T.M. Lopez (1999) "Legality under International Trade Law of Draft Directive on Waste from Electrical and Electronic Equipment." American Electronics Association Europe, Brussels, 17 August.

Jonathan Krueger (2001) 'The Basel Convention and the International Trade in Hazardous Wastes', in Olav Schram Stokke and Øystein B. Thommessen (eds.), Yearbook of International Co-operation on Environment and Development 2001/2002 (London: Earthscan Publications), 43–51.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) (1999) "Trade Measures in Multilateral Environmental Agreements: Synthesis of Three Case Studies." Prepared by Joint Working Party on Trade and Environment (COM/ENV/TD(98)127/FINAL), Paris.
Secretariat of Basel Convention (2005) "Report of the Seventh Conference of the Parties." Geneva, 25–29 October 2004, <http://www.basel.int/meetings/frsetmain.php?meetingId=1>

Sjödín, Andreas et al. (1999) "Flame Retardant Exposure: Polybrominated Diphenyl Ethers in Blood from Swedish Workers." **Environmental Health Perspectives**. Vol. 107, No. 8, pp. 643-648

Vossenaar, R., L. Santucci, and N. Ramungul (2006) "Environmental Requirement and Market Access for Developing Countries: The Case of Electrical and Electronic Equipment." In UNCTAD. **UNCTAD Trade and Environment Review 2006**. UNCTAD/DITC/TED/2005/12, Geneva, pp. 61-105. http://www.unctad.org/en/docs/ditcted200512ch2_en.pdf

"NAFTA Ruling on PCB Export Ban Seen As Far Reaching", Sierra Club of Canada Press Release, 16 January 2001, http://www.ban.org/ban_news/nafta_ruling3.html)

รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์

ผลกระทบการเจรจา FTA ไทย-สหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนต่อ
ประเทศไทย

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ลาวัลย์ อดิชาติกุล

บทคัดย่อ

การที่ประเทศไทยได้เตรียมการทำความตกลง FTA กับสหรัฐอเมริกา โดยได้ศึกษาวิจัยในด้านต่างๆ แต่ยังคงขาดการศึกษาทางด้านกฎหมาย โดยเฉพาะการศึกษาวิเคราะห์ข้อบทที่เป็นร่างความตกลง FTA อันจะเป็นกรอบทางกฎหมายกำหนด สิทธิ หน้าที่ และ ความผูกพันของคู่ภาคีทั้งสองฝ่าย และเป็น ทรานซาสันกำหนดความตกลงในการเปิดเสรีทั้งทางด้านการค้า การลงทุน บริการ และมาตรการทางด้าน สิ่งแวดล้อม ทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนความผูกพัน และ ข้อยกเว้นต่างๆระหว่างไทยกับ สหรัฐอเมริกานั้นทำให้ไม่อาจจะประเมินความได้เปรียบ เสียเปรียบ ได้อย่างแท้จริง จึงเป็นเหตุผลการ ศึกษา วิจัย โครงการนี้

การวิจัยได้กำหนดกรอบการศึกษาทางกฎหมายเฉพาะด้านการลงทุนโดยครอบคลุมหัวข้อ การศึกษาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในความตกลง อื่นๆที่มีมาก่อน กับ ความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ การศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นหากไทย ยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนในด้านต่างๆ ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไก ระวังข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (State-Investor Dispute Settlement) โดยการศึกษวิเคราะห์ เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการและการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดี การลงทุนกับสิ่งแวดล้อม ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญาและข้อเสนอแนะ ต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน

จากการศึกษาพบว่าสหรัฐอเมริกาได้จัดทำ Model ใหม่ของ FTA ในการเจรจากับประเทศคู่ ภาคี โดยกำหนดกรอบทางกฎหมายที่เปิดเสรีทั้งทางด้านการค้า การลงทุน การค้าบริการ มาตรการ คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดมากขึ้น GATT-Plus, WTO-Plus การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุนที่สูงขึ้น กำหนดบทนิยามคำว่า การลงทุน และ นักลงทุนอย่างกว้างขวาง ทำให้ยากแก่การ ควบคุมด้านต่างๆ โดยเฉพาะมาตรการการเวนคืนยึดทรัพย์ กำหนดกลไกในการยุติข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการ กรอบทางกฎหมายใหม่นี้ อาจจะทำให้ประเทศไทยซึ่งยังขาดการเตรียมพร้อมสำหรับ การเปิดเสรีนั้นเสียเปรียบโดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะ กระทบต่อการพัฒนาระยะยาวของประเทศ กระทบต่อการลงทุน สภาพชีวิต ความเป็นอยู่และการ พัฒนาด้านต่างๆ และอาจก่อให้เกิดการสูญเสียผลประโยชน์ทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับฝ่ายไทยที่ไม่ได้ เชี่ยวชาญ ชำนาญการในการศึกษา ค้นคว้าภูมิปัญญาไทยที่มีอยู่ดั้งเดิมเพื่อการจดทะเบียนสิทธิบัตร ตามกฎหมายแบบใหม่ อีกทั้งกระบวนการในการทำสนธิสัญญาฝ่ายไทยเสียเปรียบสหรัฐอเมริกา อำนวยอธิปไตย และการต่อรองเสียเปรียบกว่า ที่ไม่อาจนำข้อบท ความตกลงที่ฝ่ายสหรัฐเป็นฝ่าย เตรียมการด้านเดียว มาเผยแพร่ ศึกษา ได้อย่างกว้างขวาง ต้องอาศัยการศึกษาเปรียบเทียบจาก รูปแบบ FTA ที่สหรัฐเจรจากับประเทศอื่นๆ ทำให้ภาคส่วนต่างๆขาดการศึกษาอย่างลึกซึ้ง และไม่ ทราบผลกระทบระยะยาว ด้านกลไกการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับมหาชนอาจจะ ถูกกระทบจากกลไกดังกล่าว และเป็นผลเสียต่อประเทศมากกว่า หากเปรียบเทียบกับกลไกการยุติข้อ

พิพาทโดยกระบวนการยุติธรรมในกรณีที่รัฐพิพาทกับเอกชนหากข้อพิพาทกระทบต่อมหาชนโดยเฉพาะ ประเด็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

สรุป ฝ่ายไทยจำเป็นต้องศึกษากฎหมายภายในประเทศอย่างรอบคอบเพื่อเตรียมการ แก้ไข ปรับปรุง และรองรับการเปิดเสรีก่อนการเจรจา ศึกษาความตกลงต่างๆที่มีมาก่อน ตั้งเป้าหมาย วัตถุประสงค์ ในการเจรจา กำหนดแผนยุทธศาสตร์ และ พัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน ที่สำคัญคือ พัฒนาความสามารถในการทำประโยชน์จากการเปิดเสรี กำหนดแผนการพัฒนาอย่างยั่งยืน มีความ ชาญฉลาดในการเปิด หรือ สงวนภาคส่วนที่ยังไม่พร้อมในการแข่งขัน และ เน้นการพัฒนาคุณภาพ ทรัพยากรมนุษย์ การบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อย่างยั่งยืน

Abstract

Before entering into FTA with the US, Thailand has studied and conducted research in various aspects of the FTA that might affect the Thai economy and society. However, the lack of legal research into the text of FTA proposed by the US that will become a legal framework governing business activities, trade, investment, services, environment issues and IP law including the exception, reservation and non – compliance with the FTA commitments of the two parties results in the inefficient assessment of the impacts of the Thai – US FTA on Thai economy. This research aims at studying and analyzing the US FTA model and its implication for Thailand and Thai society to enhance sustainable development in the country.

The scope of the study covers a comparison of the new US FTA model and the existing various forms of economic agreements focusing especially in investment chapter, investment protection, and other investment instruments at the different spheres; multilateral, regional and bilateral level. The analysis has been made in the areas of dispute settlement mechanism: state – investor dispute settlement, investment – related environment issues, a comparison of dispute settlement by arbitration and judicial procedure. The study focuses also on treaty making process in order to investigate the legitimate treaty making process under international law and the Thai practice in negotiation of FTA with the US. The research also proposes the helpful strategies for FTA negotiation.

The survey of the existing investment instruments and the analysis of the new US FTA model show that the US has incorporated a comprehensive liberalization of trade, investment, services, IP protection and environment issue, as well as dispute Settlement mechanism into the FTA facilitating the liberalization of trade and investment based on the neo liberalism ideology. The new US FTA model strengthens both investment protection and liberalization vertically and horizontally more deeply than other investment instruments ever before. A very high standard of IP protection beyond GATT/WTO principle, including a new approach of IP protection will cause the negative impact on the Thai society and the disadvantages in IP development in Thailand. Moreover, Investment measures under TRIM: Trade – related investment measures are prohibited. Under FTA, they go beyond TRIM that all investment measures have to be eliminated not only because they have distorted trade and against the National Treatment (NT) principle but all aspects of investment measures will be eliminated, a so called GATT- Plus, WTO – Plus. Definition of “Investment” and “Investor” are

broad terms that are very difficult to be controlled and monitored. This relates to the nationalization or expropriation of foreign investors' properties, especially, the indirect expropriation or creeping expropriation has been defined in a broad sense that can cover all measures even a legitimate implementation of the host country's laws and regulations but affect foreign investment and investor. This exacerbates the condition that state- investor dispute settlement will be made by arbitration.

In conclusion, Thailand needs to study and elaborate domestic laws and regulations, existing economic treaties, and related legal and institutional framework to accommodate the liberalization of trade and investment committed under FTA. Thailand needs to clearly set the aims and objectives to negotiate FTA with the US and to have a strong position to attain the ultimate goal of the negotiation of FTA. Capacity building and strengthening of the capacity to maximize advantages/profit of the liberalized market created by FTA are very crucial to the preparation of Thailand to compete with its economic partners and in the global market. Sustainable development is essential to the Thai society, and the environment protection is the most urgent subject matter to be dealt with. The effectiveness of resources management, capacity building, and environment protection are most important. The extreme materialism and capitalism under the neo liberalism ideology might be harmful to human society. Finally, Thailand needs to balance the liberalized market and the traditional wisdom and the way of living in Thai society.

บทที่ 1

บทนำ

รศ.ดร. ลาวัญญ์ ทัศนศิลป์กุล*

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

รัฐบาลไทยได้ให้เหตุผลในการทำ FTA Thai-US ว่า สืบเนื่องจากความล่าช้าของการเจรจาการค้าพหุภาคีในองค์การการค้าโลกทั้งรอบอุรุกวัย และโดฮา ทำให้ประเทศต่างๆ ได้มีการจัดทำความตกลงการค้าเสรีในระดับพหุภาคี (Regional Trade Agreements: RTAs) และระดับทวิภาคี (Bilateral Free Trade Agreements: FTAs) มากขึ้นเป็นลำดับ จนถึงปัจจุบันมีประมาณ 259 ฉบับ¹

และมีแนวโน้ม จะทวี จำนวน ขึ้นเรื่อย ๆ โดยภูมิภาคยุโรปมี RTAs/ FTAs มากถึง 139 ฉบับ รองลงมา คือ ภูมิภาคเอเชีย จำนวน 43 ฉบับ ทั้งนี้ ในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา สิงคโปร์และไทยถือว่าเป็นประเทศในภูมิภาคเอเชีย ที่มีความเคลื่อนไหวในการเจรจา จัดทำ FTAs มากที่สุดตามมาด้วยญี่ปุ่นจีน และอินเดีย

ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2546 ระหว่างการเยือนประเทศไทยอย่างเป็นทางการในฐานะ พระราชอาคันตุกะของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว และ สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถ นาย George W. Bush ประธานาธิบดีสหรัฐฯ และนายกรัฐมนตรี ของไทย ได้ประกาศเจตนารมณ์ร่วมกันที่จะเจรจาจัดทำ FTA ไทย – สหรัฐฯ โดยก่อนหน้านี้ เมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2545 ไทยได้ลงนามกรอบความตกลงด้านการค้าและการลงทุน (Trade and Investment Framework Agreement : TIFA) กับ สหรัฐฯ แล้ว

รัฐบาลไทยให้เหตุผลต่อไปว่า การเจรจา FTA ไทย – สหรัฐฯ มีความสำคัญต่อไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงการที่สหรัฐฯ เป็นตลาดส่งออก อันดับหนึ่งของไทย (การส่งออกของไทยไปสหรัฐฯ ระหว่างเดือนมกราคม - พฤศจิกายน 2547 มีมูลค่า 14,190.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หรือประมาณ 567,636 ล้านบาท โดยไทยได้เปรียบดุลการค้า 7,518.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หรือประมาณ 300,760 ล้านบาท) และการลงทุนของสหรัฐฯ ในไทยมากเป็นอันดับสองรองจากญี่ปุ่น (การลงทุนของสหรัฐฯ ในปี 2546 มีมูลค่า 558.075 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หรือประมาณ 22,323 ล้านบาท) จากการแข่งขันที่รุนแรงจาก

* สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

¹ อ้างจากผลการศึกษาเรื่อง “Thai – US Free Trade Agreement (FTA)” ของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เมื่อปี 2546 หน้า 6 โดยนับจากจำนวนที่ได้แจ้ง (notify) องค์การ การค้าโลก

ประเทศอื่น ๆ เช่น จีนและเม็กซิโกในตลาด สหรัฐฯ สินค้าไทยมีแนวโน้มจะแข่งขันได้ยากขึ้น ไทยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำ FTA กับสหรัฐฯ เพื่อรักษาตลาดสหรัฐฯ ตลอดจนขยายตลาดในสินค้าและบริการที่ไทยมีศักยภาพ โดยคาดว่า FTA กับสหรัฐฯ จะช่วยขยายความสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจ ในระยะยาวลดอุปสรรคทางการค้าและดึงดูดการลงทุนจากสหรัฐฯ เพิ่มขึ้น

การเจรจาจัดทำ FTA กับสหรัฐฯ ได้เริ่มการประชุมเจรจารอบแรกขึ้นระหว่างวันที่ 28 มิถุนายน - 2 กรกฎาคม 2547 ณ เมืองไฮโนลูลู มลรัฐฮาวาย การประชุมเจรจารอบที่สอง มีขึ้นระหว่างวันที่ 11-15 ตุลาคม 2547 ณ เมืองไฮโนลูลู มลรัฐฮาวายเช่นกัน การประชุมเจรจารอบที่ 3 มีขึ้นระหว่างวันที่ 4 - 9 เมษายน 2548 ที่เมืองพัททยา การประชุมเจรจารอบที่ 4 มีขึ้นระหว่างวันที่ 11 - 15 กรกฎาคม 2548 ที่เมือง Great Falls มลรัฐ Montana การประชุมเจรจารอบ 5 มีขึ้นระหว่างวันที่ 26-30 กันยายน 2548 East-West Center มหาวิทยาลัยฮาวาย เมืองไฮโนลูลู มลรัฐฮาวาย และการประชุมเจรจารอบที่ 6 มีขึ้นระหว่างวันที่ 9 - 13 มกราคม 2549 ณ จังหวัดเชียงใหม่ การเจรจาใน 5 รอบแรก ดำเนินไปอย่างเร่งด่วน แต่ในรอบที่ 6 เกิดการต่อต้านจากกลุ่มผู้ต่อต้าน และนอกจากนั้น การยุบสภาของนายกรัฐมนตรี ทำให้ การเจรจา FTA กับสหรัฐอเมริกา รวมทั้งกับญี่ปุ่น ซึ่งบรรลุข้อตกลงไปแล้ว เพียงรอการลงนามนั้น ต้องหยุดชะงักลงชั่วคราว จนกว่าจะมีการจัดตั้งรัฐบาลใหม่เป็นที่เรียบร้อย

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าการที่รัฐบาลไทยให้เหตุผลในการที่ต้องเจรจาจัดตั้งเขตการค้าเสรีกับสหรัฐฯ มาานั้น ซึ่งเป็นเหตุผล ในด้านบวกทั้งสิ้น รวมทั้งผลการศึกษาวิจัยทางเศรษฐศาสตร์ โดยสถาบัน และหน่วยงานต่างๆ จำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ผลการศึกษา ของ TRDI เรื่องผลกระทบจากการทำความตกลงการค้าเสรีไทย - สหรัฐฯ จะสะท้อนผลลัพธ์ในทางบวก ถึงความจำเป็นในการทำความตกลงการค้าเสรีดังกล่าวก็ตาม แต่ยังไม่ปรากฏความกังวลใจในประเด็นต่างๆ มากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความกังวลในด้าน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การค้าบริการ ด้านสิ่งแวดล้อม การลงทุน ฐานทรัพยากรธรรมชาติ การเกษตร และสภาพทางสังคม วัฒนธรรม โครงสร้างทางสังคม และ เศรษฐกิจ ตลอดจนความไม่พร้อมในการแข่งขัน เมื่อมีการเปิดเสรี ทั้งการค้า บริการ และการลงทุน ซึ่งความกังวลในด้านต่างๆ ที่กล่าวมานี้ไม่มีการทำวิจัย ให้ปรากฏชัดว่าประเทศไทยจะมีความได้เปรียบอย่างไร หรือจะได้ประโยชน์อย่างไร อย่างแท้จริง หรือ จะไม่เกิดผลเสียแก่ประเทศไทยในระยะยาว ซึ่งทำให้เกิดกระแสการต่อต้านการทำความตกลง FTA โดยทั่วไป

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ ไม่ปรากฏ การทำวิจัยในแง่กฎหมาย หรือ การศึกษาถึงข้อบัพของ ความตกลงการค้าเสรีดังกล่าว ซึ่งจะเป็นกุญแจสำคัญ บ่งบอกถึงความได้เปรียบ เสียเปรียบ หรือ ผลดี ผลเสียของการทำ FTA อย่างแท้จริง โดยเหตุผลที่ว่า ข้อบัพการเจรจา FTA ไทย สหรัฐฯ อยู่ในฐานะที่เป็นเอกสารชั้นความลับ และการกล่าวอ้างว่า ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องมีการทำความตกลงดังกล่าว หากประเทศไทยไม่เร่งรีบในการจัดทำความตกลง FTA กับสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญจะทำให้ไทยเกิดการชะงักงันในการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ มิได้ เนื่องจากทั่วโลกพากันทำ FTA ในทุกระดับประมาณ 300 ความตกลงไปแล้วนั้น เป็นแรงกดดันให้รัฐบาลยิ่งต้องเร่งรีบทำ FTA โดยเร็ว ประกอบกับการที่สหรัฐอเมริกาที่มีความเร่งด่วนในการบรรลุข้อตกลงการค้าเสรีทั้งหลายให้เสร็จสิ้นก่อนที่ Trade Promotion Act (TPA) จะครบกำหนด ซึ่งอาจจะไม่มีการต่อ

อายุของ TPA อีก ยิ่งกว่านั้นทางฝ่ายรัฐบาลไทยยังกล่าวอ้างถึงความเร่งด่วนที่จะต้องจัดทำ FTA เพื่อมาแทนที่ สนธิสัญญาไมตรี ที่ไทยทำกับสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เพื่อมิให้ไทยต้องประสบกับปัญหาในการที่จะต้องให้สิทธิพิเศษ แก่ภาคีสมาชิกอื่นขององค์การ การค้าโลกภายใต้ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง จึงมีความจำเป็นต้องทำความตกลง FTA ขึ้นแทนที่สนธิสัญญาไมตรี เพื่อให้ การให้สิทธิพิเศษเหล่านั้นแก่สหรัฐอเมริกาตามความตกลง FTA เป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา XXIV GATT/WTO และ มาตรา V GATS ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลที่ รัฐบาลกล่าวอ้างว่าจะต้องเร่งรีบทำความตกลงการค้าเสรีมาแทนที่ ก่อนที่ สนธิสัญญาไมตรีจะสิ้นสุดลง ความกดดันเหล่านี้ ยิ่งทำให้ความกังวลใจ และแคลงใจของฝ่ายต่างๆ ทั่วความกังวลมากขึ้น

โดยเหตุผลดังกล่าวมานี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษา วิจัย เพื่อให้ทราบผลกระทบของการทำความตกลงการค้าเสรีในส่วนของ การวิจัยทางด้านกฎหมาย ซึ่งยังเป็นส่วนที่ขาดหายไป หรือยังมีการศึกษาน้อยกว่าที่ควรจะเป็น เพื่อให้มีการศึกษาอย่างถูกต้องครอบคลุม อย่างไรก็ตาม การศึกษาวิจัยย่อมจำกัดอยู่ในขอบเขต แต่ละประเด็น เพื่อให้มีความชัดเจนในเรื่องที่ทำการศึกษา และขอบเขตการวิจัยศึกษาจะจำกัดอยู่ในลักษณะดังต่อไปนี้

1.2 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

สำหรับการวิจัยฉบับนี้จะจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะการศึกษาทางด้านกฎหมาย และการเปรียบเทียบความตกลงทางการค้าที่เคยมีมาก่อน กับ ความตกลงการค้าเสรี ไทย อเมริกา ฉบับปัจจุบันที่กำลังเจรจากันอยู่ และจำกัดการศึกษาเฉพาะเรื่องการลงทุนเท่านั้น โดยศึกษา วิจัยเปรียบเทียบความตกลงในลักษณะต่อไปนี้

1. เปรียบเทียบโดยภาพรวมของความตกลงการค้าเสรี หรือการร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ที่เกี่ยวกับการลงทุน ในหลายระดับทั้งระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคี กับ FTA รูปแบบใหม่ของสหรัฐอเมริกา
2. เปรียบเทียบสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน กับ ข้อบทการลงทุนใน FTA สหรัฐ
3. ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการลงนามในความตกลง FTA กับสหรัฐ หากไทยยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนในด้านต่างๆ
4. ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (State-Investor Dispute Settlement) โดยการศึกษาวិเคราะห์เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดีการลงทุนกับสิ่งแวดลอม
5. ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา
6. ข้อเสนอแนะต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน

1.3 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะทำการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร Documentary Research โดยทำการศึกษา ความตกลงทางการค้า การลงทุน การรวมตัวทางเศรษฐกิจ หรือการร่วมมือทางเศรษฐกิจในระดับต่างๆ และเปรียบเทียบกับข้อบทของความตกลงการค้าเสรีสหรัฐที่ทำมาก่อนหน้านั้นแล้ว และเป็นแบบอย่างในการทำ FTA ไทยกับสหรัฐด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นพันธกรณีที่ไทยจะต้องถูกผูกพันกับความตกลงดังกล่าวกับสหรัฐอเมริกา หากไทยตกลง ลงนามด้วย ซึ่งผลของการต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลง FTA ไทย กับสหรัฐนี้ ย่อมสะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมาย และบ่งชี้ต่อไปถึงการเปลี่ยนแปลงกรอบแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ และวิถีปฏิบัติต่อธุรกรรมการค้า การลงทุน ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาในระยะยาวภายใต้ความตกลงฉบับนี้ กรอบของกฎหมายจะเป็นตัวกำหนด บ่งชี้ว่าผู้ประกอบการจะมีสิทธิ และหน้าที่อย่างไร รัฐมีอำนาจอย่างไร สามารถเข้าแทรกแซงการดำเนินการทางการค้า การลงทุน และการค้าบริการ ระหว่างกันได้มากน้อยเพียงใด สิ่งแวดล้อมทางกฎหมาย (Legal environment) นี้ต้องศึกษาควบคู่กับการศึกษาวิจัยทางเศรษฐศาสตร์ และมิติทางสังคมต่อไป จึงจะทราบถึงผลกระทบต่อประเทศไทยในระยะยาวได้

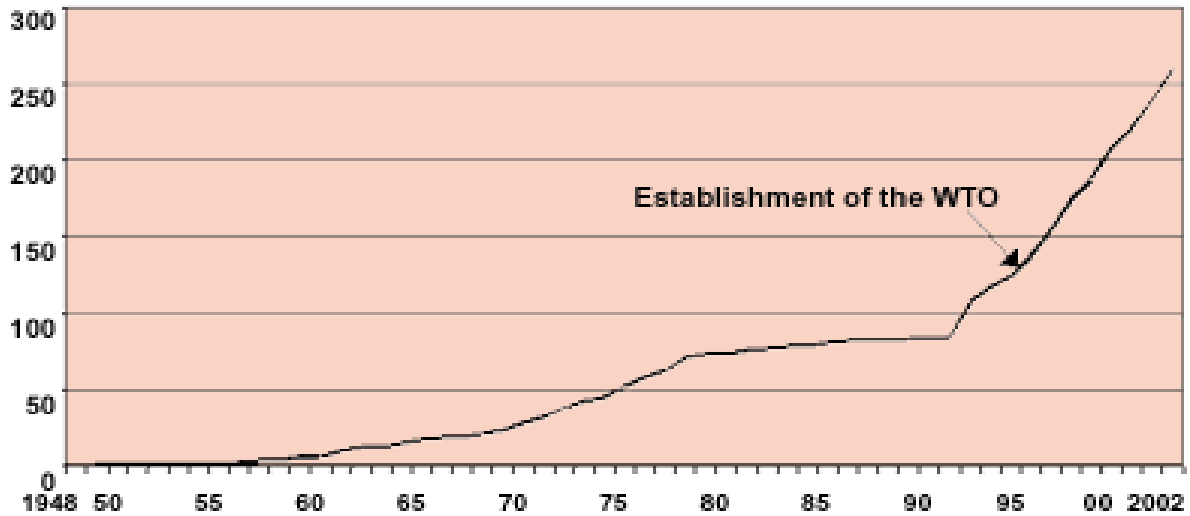
1.4 การศึกษา และ ข้อสรุปเบื้องต้น

จากผลการวิจัย ศึกษา ของ TDRI ที่กล่าวมาเบื้องต้น ว่าได้มีการจัดทำความตกลงการค้าเสรีในระดับพหุภาคี (Regional Trade Agreements: RTAs) และระดับทวิภาคี (Bilateral Free Trade Agreements: FTAs) มากขึ้นเป็นลำดับ จนถึงปัจจุบันมีประมาณ 259 ฉบับ นั้น อันเป็นปัจจัยกดดันที่สำคัญของรัฐบาลไทยที่อ้างว่าต้องเร่งรีบทำ FTA กับสหรัฐอเมริกานั้น ปรากฏว่า จากการศึกษาค้นคว้าความตกลงการค้าเสรี ทั้งระดับพหุภาคี และ ทวิภาคี อย่างแท้จริงพบ ความตกลงดังกล่าวมีความแตกต่างโดยนัยอันสำคัญกับรูปแบบ และ ข้อเรียกร้องภายใต้ FTA ของสหรัฐอย่างมาก GATT ได้รับความตกลงดังกล่าว ในช่วงปี ค.ศ. 1948-1994 จำนวน 124 ฉบับที่เป็น RTAs ที่เกี่ยวกับการค้าสินค้าเท่านั้น (Trade in Goods) และหลังจากมีการจัดตั้ง WTO แล้วในปี ค.ศ. 1995 จึงมีการ Notify ความตกลงการค้าเสรีอีก จำนวน 130 ฉบับ ซึ่งครอบคลุมเกี่ยวกับการค้าเสรี ในสินค้า หรือ บริการ (Covering trade in goods or services)²

² ข้อมูลอ้างอิงจาก WTO Secretariat "REGIONAL TRADE AGREEMENTS: FACTS AND FIGURES"

Evolution of Regional Trade Agreements in the world, 1948-2002

Number of RTAs



Source: WTO Secretariat

ตารางแสดงการ แจ้งบอกกล่าว การจัดตั้งเขตการค้าภายใต้ข้อกำหนดของ GATT/WTO

As of 1 March 2006				
<u>NOTIFICATIONS OF RTAs IN FORCE TO GATT/WTO</u>				
	Accessions	New RTAs	Total	
GATT Art. XXIV (FTA)	4	120	124	
GATT Art. XXIV (CU)	5	6	11	
Enabling Clause	1	21	22	
GATS Art. V	2	34	36	
Total	12	181	193	
<u>EXAMINATION PROCESS</u>				
Status	WTO provision			Grand Total
	Enabling Clause	GATS Art. V	GATT Art. XXIV	
Examination not requested	19	1	5	25
Factual examination not started	0	10	45	55
Under factual examination	1	11	24	36
Factual examination concluded	0	11	39	50
Consultations on draft report	0	3	4	7
Report adopted	2	0	18	20
Grand Total	22	36	135	193
ที่มา : WTO Secretariat				

ตัวอย่างความตกลง RTAs ดังตารางต่อไปนี้

Regional trade agreements

AFTA	ASEAN Free Trade Area	Brunei Darussalam Cambodia Indonesia Laos Malaysia Myanmar Philippines Singapore Thailand Vietnam
ASEAN	Association of South East Asian Nations	Brunei Darussalam Cambodia Indonesia Laos Malaysia Myanmar Philippines Singapore Thailand Vietnam
BAFTA	Baltic Free-Trade Area	Estonia Latvia Lithuania
BANGKOK	Bangkok Agreement	Bangladesh China India Republic of Korea Laos Sri Lanka
CAN	Andean Community	Bolivia Colombia Ecuador Peru Venezuela
CARICOM	Caribbean Community and Common Market	Antigua & Barbuda Bahamas Barbados Belize Dominica Grenada Guyana Haiti Jamaica Monserrat Trinidad & Tobago St. Kitts & Nevis St. Lucia St. Vincent & the Grenadines Surinam
CACM	Central American Common Market	Costa Rica El Salvador Guatemala Honduras Nicaragua
CEFTA	Central European Free Trade Agreement	Bulgaria Croatia Romania
CEMAC	Economic and Monetary Community of Central Africa	Cameroon Central African Republic Chad Congo Equatorial Guinea Gabon
CER	Closer Trade Relations Trade Agreement	Australia New Zealand
CIS	Commonwealth of Independent States	Azerbaijan Armenia Belarus Georgia Moldova Kazakhstan Russian Federation Ukraine Uzbekistan Tajikistan Kyrgyz Republic
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa	Angola Burundi Comoros Democratic Republic of Congo Djibouti Egypt Eritrea Ethiopia Kenya Madagascar Malawi Mauritius Namibia Rwanda Seychelles Sudan Swaziland Uganda Zambia Zimbabwe

EAC	East African Cooperation	Kenya Tanzania Uganda
EAEC	Eurasian Economic Community	Belarus Kazakhstan Kyrgyz Republic Russian Federation Tajikistan
EC	European Communities	Austria Belgium Cyprus Czech Republic Denmark Estonia Finland France Germany Greece Hungary Ireland Italy Latvia Lithuania Luxembourg Malta Netherlands Poland Portugal Slovak Republic Slovenia Spain Sweden United Kingdom
ECO	Economic Cooperation Organization	Afghanistan Azerbaijan Iran Kazakhstan Kyrgyz Republic Pakistan Tajikistan Turkey Turkmenistan Uzbekistan
EEA	European Economic Area	EC Iceland Liechtenstein Norway
EFTA	European Free Trade Association	Iceland Liechtenstein Norway Switzerland
GCC	Gulf Cooperation Council	Bahrain Kuwait Oman Qatar Saudi Arabia United Arab Emirates
GSTP	General System of Trade Preferences among Developing Countries	Algeria Argentina Bangladesh Benin Bolivia Brazil Cameroon Chile Colombia Cuba Democratic People's Republic of Korea Ecuador Egypt Ghana Guinea Guyana India Indonesia Islamic Republic of Iran Iraq Libya Malaysia Mexico Morocco Mozambique Myanmar Nicaragua Nigeria Pakistan Peru Philippines Republic of Korea Romania Singapore Sri Lanka Sudan Thailand Trinidad and Tobago Tunisia United Republic of Tanzania Venezuela Vietnam Yugoslavia Zimbabwe
LAIA	Latin American Integration Association	Argentina Bolivia Brazil Chile Colombia Cuba Ecuador Mexico Paraguay Peru Uruguay Venezuela
MERCOSUR	Southern Common Market	Argentina Brazil Paraguay Uruguay
MSG	Melanesian Spearhead Group	Fiji Papua New Guinea Solomon Islands Vanuatu
NAFTA	North American Free Trade Agreement	Canada Mexico United States
OCT	Overseas Countries and Territories	Greenland New Caledonia French Polynesia French Southern and Antarctic Territories Wallis and Futuna Islands Mayotte Saint Pierre and Miquelon Aruba Netherlands Antilles Anguilla Cayman Islands Falkland Islands South Georgia and South Sandwich Islands Montserrat Pitcairn Saint Helena Ascension Island Tristan da Cunha Turks and Caicos Islands British Antarctic Territory British Indian

			Ocean Territory British Virgin Islands
PATCRA	Agreement on Trade and Commercial Relations between the Government of Australia and the Government of Papua New Guinea		Australia, Papua New Guinea
PTN	Protocol relating to Trade Negotiations among Developing Countries		Bangladesh Brazil Chile Egypt Israel Mexico Pakistan Paraguay Peru Philippines Republic of Korea Romania Tunisia Turkey Uruguay Yugoslavia
SADC	Southern African Development Community		Angola Botswana Lesotho Malawi Mauritius Mozambique Namibia South Africa Swaziland Tanzania Zambia Zimbabwe
SAPTA	South Asian Preferential Trade Arrangement		Bangladesh Bhutan India Maldives Nepal Pakistan Sri Lanka
SPARTECA	South Pacific Regional Trade and Economic Cooperation Agreement		Australia New Zealand Cook Islands Fiji Kiribati Marshall Islands Micronesia Nauru Niue Papua New Guinea Solomon Islands Tonga Tuvalu Vanuatu Western Samoa
TRIPARTITE	Tripartite Agreement		Egypt India Yugoslavia
UEMOA WAEMU	West African Economic and Monetary Union		Benin Burkina Faso Côte d'Ivoire Guinea Bissau Mali Niger Senegal Togo

อ้างอิงจาก WTO Secretariat “REGIONAL TRADE AGREEMENTS: FACTS AND FIGURES”

นอกจากนั้น ความตกลงทางเศรษฐกิจดังกล่าวจะมีลักษณะที่แตกต่างจาก ความตกลงจัดตั้ง FTA Thai – US ใน Model ที่ สหรัฐกำลังทำความตกลงกับไทยและกับประเทศต่างๆ ที่บรรลุข้อตกลงไปแล้วดังต่อไปนี้

- Andean Trade Promotion Agreement
 - Colombia Trade Promotion Agreement
 - Peru Trade Promotion Agreement
- Australia Free Trade Agreement
- Bahrain Free Trade Agreement
- Chile Free Trade Agreement
- Central American - Dominican Republic Free Trade Agreement
- Israel Free Trade Agreement
- Jordan Free Trade Agreement
- Malaysia Free Trade Agreement (กำลังเจรจา)
- Morocco Free Trade Agreement
- Oman Free Trade Agreement
- Panama Free Trade Agreement
- Republic of Korea Free Trade Agreement (กำลังเจรจา)
- Singapore Free Trade Agreement
- South African Customs Union Free Trade Agreement
- Thailand Free Trade Agreement (กำลังเจรจา)

กล่าวได้ว่า FTA ของสหรัฐในรูปแบบใหม่ที่กำลังกระทำ และ ที่บรรลุข้อตกลงไปแล้วนั้นมีเพียงสิบกว่าฉบับเท่านั้นเอง และนอกจากที่ทำกับออสเตรเลียแล้ว สหรัฐล้วนแต่ทำ FTA กับประเทศกำลังพัฒนาทั้งสิ้น ไม่มีคู่ภาคีใดที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วเลย สาระสำคัญของข้อบทใน FTA จึงอยู่ที่การกำหนดกรอบแห่งกฎหมายบางลักษณะใหม่ๆที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน และไม่เคยบรรจุอยู่ในความตกลงใดๆ ในจำนวนความตกลงที่ Notify ต่อ GATT/WTO เลย ยิ่งกว่านั้นความตกลงใน Model ต่างๆ ที่เป็นสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty: BIT) นั้น ก็แตกต่างโดยนัยอันสำคัญกับข้อบทการลงทุน ใน FTA สหรัฐ และสาระของ FTA สหรัฐโดยรวมในส่วนที่แตกต่างนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีโดยแท้ในตัวเอง *per se* หากแต่เป็นการเจรจาเพื่อเรียกร้องให้ประเทศภาคียอมรับเอากฎเกณฑ์ใหม่³ ที่ได้เปรียบของสหรัฐอเมริกา ที่ไม่จำเป็นต้องมี เพื่อการค้า การลงทุนระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งเห็นได้จากการที่นอกจากออสเตรเลียแล้วไม่มีประเทศที่พัฒนาแล้วประเทศใดๆเลยทำความตกลง FTA กับอเมริกา ที่จะยอมรับข้อบทที่เอาเปรียบเหล่านี้

³ เช่นข้อบทว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในมาตรา

ยิ่งกว่านั้นสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนทวิภาคี ที่ถือว่่าเพื่อเป็นหลักประกันในการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศที่รับการลงทุนนั้น ซึ่งปัจจุบันสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีมากกว่า 2000 ฉบับนั้นล้วนแต่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วที่เป็นแหล่งทุนกับประเทศกำลังพัฒนาที่รับการลงทุนทั้งสิ้น ไม่มีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนใดในสนธิสัญญากว่า 2000 ฉบับดังกล่าว นั้น ที่ทำระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกันเองเลย **ทั้ง ๆ ที่กระแสการลงทุนในโลกนี้กว่า 70% ยังคงกระจุกตัวอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วทั้งสิ้น⁴** มีเพียง ประมาณ 30% ของกระแสการลงทุนที่ มาสู่ประเทศที่กำลังพัฒนา และ กว่า 70% ของเงินลงทุนจำนวนน้อยชนิดนี้ไปสู่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เหลืออีกเพียง 30% ของกระแสการลงทุนที่เหลือ ที่มาสู่ประเทศกำลังพัฒนาอื่น ๆ และในจำนวนประเทศกำลังพัฒนาที่รับการลงทุนนี้มีเพียง 10 กว่าประเทศเท่านั้น ในจำนวนนี้เป็นกลุ่มประเทศอาเซียนเกือบทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าไม่เป็นที่สงสัยว่าการลงทุนที่มาสู่ประเทศอาเซียนเป็นประเทศที่น่าสนใจของสหรัฐอเมริกา

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ปัจจัยในการเลือกแหล่งการลงทุนนั้นการมีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเป็นปัจจัยหนึ่งเท่านั้นสำหรับการเลือกแหล่งที่ลงทุน แต่ไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญที่สุด และสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนชนิดนี้ไม่ได้กระทำระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วเลย แต่ประเทศเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นทั้งประเทศที่รับ และลงทุนระหว่างกันอย่างหนาแน่น อีกทั้งกฎหมายการลงทุนในประเทศเหล่านี้ก็หาได้มีลักษณะที่แตกต่างกับกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศที่กำลังพัฒนาแต่ประการใดในการที่จะอ้างความลำหลัง และไม่มีมาตรฐานในการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ยิ่งกว่านั้นในทุกประเทศทั่วโลกแม้แต่สหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้เปิดเสรีการลงทุนอย่างแท้จริง มีมาตรการทางด้านการลงทุนในทุกรูปแบบ (โปรดดู ภาคผนวก ข. กฎหมายในระดับมลรัฐที่สหรัฐอเมริกา ไม่ได้ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และมีข้อกำหนด เลือกปฏิบัติ เช่นกำหนดคุณสมบัติในการทำประโยชน์ในที่ดิน ตลอดจนข้อกำหนดคุณสมบัติในเรื่องการประกอบ การดำเนินธุรกิจต่าง ๆ ที่ไม่ได้แตกต่างจากกฎหมาย และ มาตรการ การลงทุนของไทย และ ประเทศทั้งหลายในโลกเลย)

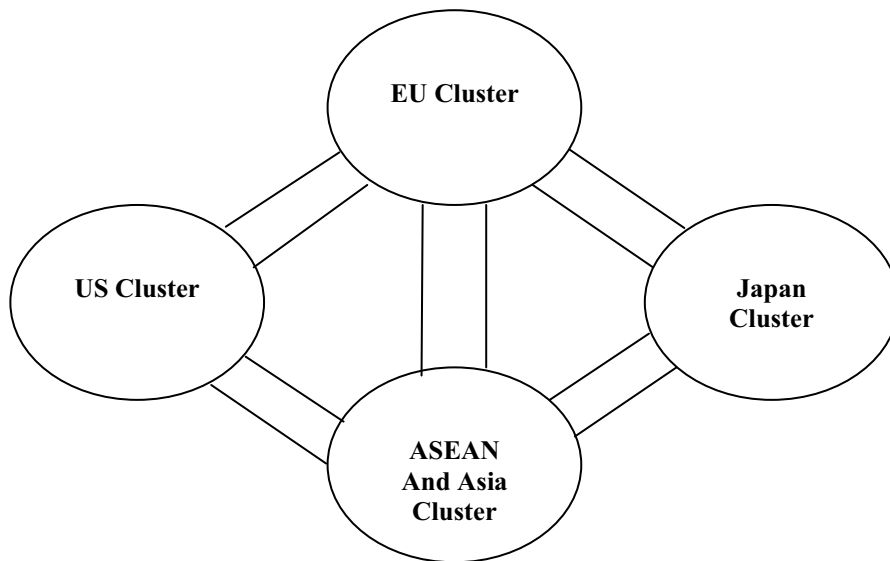
โดยเฉพาะอย่างยิ่ง FTA ในรูปแบบใหม่ที่สหรัฐเรียกร้องนั้น ส่วนที่ทำให้ประเทศคู่ภาคีเสียเปรียบอย่างมากนั้น ล้วนแต่เป็นการก้าวล่วงสู่อำนาจอธิปไตยของรัฐที่รับการลงทุนมากกว่าที่เคยเป็นมาก่อนอย่างยิ่ง และ ไม่มีประเทศที่พัฒนาแล้วประเทศใดยอมรับข้อเรียกร้องเหล่านี้ เห็นได้จากการที่ไม่มีการทำความตกลงใน Model นี้ระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วแต่อย่างใด

การทำ FTA ในรูปแบบใหม่นี้จึงเป็นโอกาสในการกำหนด กรอบกฎหมายใหม่ (a new set of legal Framework for foreign investment) ว่าด้วยการลงทุน มากกว่าการร่วมมือทางเศรษฐกิจ และจะใช้บังคับระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนาเท่านั้น ซึ่งทำให้เกิดลักษณะที่บิดเบือน

⁴ World Investment Report 2005, p

ความเท่าเทียมกันในอำนาจอธิปไตยของรัฐในประชาคมโลก และขัดกับกรอบแห่งกฎหมายเดิมในเรื่องของอำนาจอธิปไตยทางเศรษฐกิจของรัฐ และขัดกับหลักกฎหมายที่เป็นหัวใจของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่อง อำนาจอธิปไตยของรัฐในประชาคมโลกที่เท่าเทียมกัน

การทำ FTA ในช่วงยุค Doha Development Round อันเป็นผลมาจากการชะงักงันในการเจรจาการค้าภายใต้กรอบของ WTO นี้ จึงมีลักษณะเป็นการสร้างเครือข่ายการค้าเสรี FTA Networks ในกลุ่มภาคีคู่ค้าที่มีความสำคัญทางการค้าระหว่างกันเป็นกลุ่มๆ (Cluster) โดยมีประเทศที่พัฒนาแล้วสามขั้ว ได้แก่สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และ ญี่ปุ่น เป็นแกนของแต่ละกลุ่ม และมีกลุ่มประเทศ ASEAN ที่เริ่มมีบทบาทด้านการค้า การลงทุนระหว่างประเทศที่โดดเด่นขึ้น โดยจำแนกเป็น กลุ่มเขตการค้าเสรีอเมริกา US Cluster, กลุ่มเขตการค้าเสรีญี่ปุ่น Japan Cluster กลุ่มเขตการค้าเสรีอาเซียน และกลุ่มเขตการค้าเสรีสหภาพยุโรป EU Cluster



โปรดดูภาพแสดง “Spaghetti Bowl”: Multiple overlapping EIAs, June 2005 ใน UNCTAD (2005) Figure 1.1 และ World Bank (2005) Figure 2.2

ประเทศในแต่ละ Cluster จะมีการค้า และการลงทุน ติดต่อกัน รวมทั้งมีการค้า การลงทุนระหว่าง Cluster ด้วย เช่น กลุ่มประเทศ ASEAN และ Asia นอกจากมีการทำความตกลงในระดับภูมิภาคแล้ว อาเซียนยังได้ทำความตกลง FTA กับประเทศต่างๆที่เป็นคู่ค้ากับอาเซียนด้วย และยิ่งกว่านั้นสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศนอกจากมีความตกลงในระดับ Sub-regional ระหว่างกันแล้ว บางประเทศใน Cluster นี้ยังได้ทำ FTA ในระดับทวิภาคีใน Cluster ของ US หรือ Japan หรือ EU อีกด้วย ทำให้ระบบ FTA networks ที่กำหนดกรอบการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ มีทั้งลักษณะที่เป็นไปตาม Model ของประเทศแกนกลุ่ม Cluster และ ชับซ้อนข้ามกลุ่ม อีกทั้งส่วนที่แตกต่างจาก Model ตาม

ลักษณะของผลประโยชน์ระหว่างแต่ละคู่ค้า⁵ ซึ่งในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นข้ออ้างของผู้ที่สนับสนุนแนวคิดการทำ FTA ในประเด็นที่ว่าแต่ละประเทศมีระดับการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ หรือผลประโยชน์ทางการค้าที่แตกต่างกันไป FTA ถูกมองว่าเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมต่อลักษณะความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันดังกล่าว อย่างไรก็ตามไม่อาจประเมินได้ว่า การมีเครือข่ายความตกลงทางเศรษฐกิจดังกล่าว ซึ่งนำมาสู่ระบบ “Multilayered and Multifaceted web of investment rules” หรือ ตาข่ายกอบระเบียบการลงทุนเชิงซ้อน และก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การกีดกันประเทศนอกกลุ่ม หรือประเทศที่มีใช้ภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ยากจนมากยิ่งขึ้น หรือไม่ หรือ ความตกลงทางเศรษฐกิจนำมาสู่การขยายเขตการค้า การลงทุน เสรี ให้กว้างขวางขึ้น โดยมีกรอบ ระเบียบการลงทุนที่ดี มีความเป็นธรรม และชัดเจนแน่นอน ยังเป็นที่สงสัยอยู่⁶

ในที่นี้ การวิจัยจะจำกัดเฉพาะ เรื่องการทำ FTA ระหว่างไทยกับสหรัฐ และผลกระทบที่เกิดขึ้น โดยศึกษาเฉพาะข้อบททางด้านการลงทุน ซึ่งเป็นข้อบทที่สำคัญอย่างยิ่งของการทำ FTA ไทย-สหรัฐ โดยศึกษาจาก Model ของสหรัฐเปรียบเทียบกับความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในความตกลงต่างๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการกำหนดกรอบ ข้อบังคับ (Rules of the Game) ที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ และ ย่อมกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมทางกฎหมายของไทยที่มีต่อการลงทุนระหว่างประเทศทั้งสอง สิทธิหน้าที่ อำนาจอธิปไตยของรัฐ การบังคับการตามกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินการในระดับปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดของความตกลง FTA ปัญหาต่างๆที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตาม ความตกลง FTA ทั้งในระดับปฏิบัติการ และระดับนโยบายแห่งชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการทำ FTA ไทย – สหรัฐ มีการบังคับใช้ความตกลงที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายไทยต้องอยู่ภายใต้การบังคับตาม FTA ทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น ในขณะที่ฝ่ายสหรัฐมีการบังคับใช้ FTA ที่ไม่ขัดกับกฎหมายในระดับมลรัฐด้วยแล้ว จะพบความแตกต่างกัน และความเสียเปรียบอย่างยิ่ง โปรดดูภาคผนวก ข. (ในขณะที่เจรจากันอยู่นี้ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะตกลงกันอย่างไรในเรื่องนี้ และเจ้าหน้าที่เจรจาฝ่ายไทยได้แจ้งว่าไทยได้ขอให้สหรัฐผูกพันตามข้อกำหนด FTA ในระดับมลรัฐด้วย)

⁵ โปรดดู World Bank (2005) Regional Trade and Preferential Trading Agreements: A Global Perspective, Figure 2.2. และ ดู UNCTAD (2005) “The Spaghetti Bowl” : Multiple Overlapping EIAs

⁶โปรดดู UNCTAD (2005) Investment Provision in Economic Integration Agreement. “Moreover, the growing proliferation of EIAs has led to a multilayered and multifaceted web of investment rules. The full implications of this development are difficult to gauge. Will the proliferation of EIAs result in **more economic discrimination and exclusion for third countries, especially for the poorer countries?** Or, will EIAs, in the absence of a multilateral system on investment similar to the WTO multilateral trading system, contribute to the expansion of trade and investment flows worldwide by developing clear, predictable, consistent and fair international investment rules?”

บทที่ 2

ผลการศึกษการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับความตกลงจัดตั้ง เขตการค้าเสรีไทย สหรัฐ

ในบทนี้ จะวิเคราะห์ เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน และข้อบทเกี่ยวกับการลงทุนในความตกลงร่วมมือ หรือรวมตัวทางเศรษฐกิจ กับ ข้อบทการลงทุนในความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีไทย สหรัฐ โดยเริ่มศึกษาจากวิวัฒนาการของการทำความตกลงทางเศรษฐกิจ และศึกษาสาระสำคัญของข้อบทการลงทุนในความตกลงดังกล่าวเปรียบเทียบกับข้อบทการลงทุนในความตกลง FTA ไทย สหรัฐ

วิวัฒนาการของการทำความตกลงความร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจ กับข้อบทว่าด้วยการลงทุน

วิวัฒนาการ ในการทำความตกลงที่ได้รวมข้อบทการลงทุนในความตกลงทางเศรษฐกิจมีความเป็นมาที่ยาวนาน ความตกลงมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ในยุคก่อนสงครามโลก ความตกลงทางเศรษฐกิจมักจะกระทำในระดับทวิภาคี และ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าสินค้าเสรี (Liberalization of trade in goods) อย่างไรก็ตามข้อบททางด้านการลงทุน จะปรากฏอยู่ในความตกลง หรือสนธิสัญญาไมตรีในระดับทวิภาคี (Bilateral commercial treaties) ซึ่งมีกระทำระหว่างรัฐคู่ค้าในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งสหรัฐได้เริ่มเจรจา และทำสนธิสัญญาไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือในระดับทวิภาคี (Bilateral treaties known as Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Agreement) กับหลายประเทศซึ่งรวมทั้งประเทศไทยด้วย ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการค้าบนหลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored-Nation Treatment) หรือ MFN นอกจากนี้ยังได้รวมถึงข้อบท หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุน หรือ ข้อบทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (Investment – related provisions)

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง สนธิสัญญาไมตรีดังกล่าวได้ลดบทบาทลงอย่างมากเมื่อได้มีการทำความตกลงในระบบการค้าพหุภาคีที่สำคัญ คือ General Agreement on Tariff and Trade – GATT ในปี 1947 เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าก่อนที่ GATT จะเป็น Forum ที่สำคัญในการเจรจาการค้าพหุภาคี ซึ่งมีภาคีสมาชิกมากที่สุดนั้น ได้มีความพยายามที่จะจัดตั้งองค์การ การค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization – ITO) ซึ่งมีข้อบทที่กว้างขวาง ครอบคลุมทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้า การเงิน และ การลงทุนด้วย ในครั้งนั้นกฎบัตร Havana – Havana Charter ไม่ได้รับการพิจารณารับรองโดยสภา Congress ของสหรัฐอเมริกา และ Havana Charter ก็ตกไปในที่สุด คงเหลือแต่ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร GATT ทำให้ เรื่องการลงทุนอยู่นอกกรอบของ GATT

ที่มุ่งหมายในการทำให้การค้าเสรี และ ลดอุปสรรคทางการค้าลง ซึ่งในระยะเวลาต่อมาแม้การเจรจาทางด้านการค้าก็ยังมักจะประสบกับความยุ่งยากและปัญหาที่สลับซับซ้อน ส่วนการลงทุนเป็นระบบที่แยกออกจากการเจรจาการค้าภายใต้ GATT ดังนั้น ระบบกฎหมาย และ กรอบ ระเบียบการลงทุน (Investment Regime) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภายใน และมาตรการทางการลงทุน จึงเป็นนโยบาย และ กฎหมายภายในของรัฐเป็นส่วนใหญ่⁷ และ บรรษัทข้ามชาติพิจารณาว่า กฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละรัฐ ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนในรูปแบบต่างๆ ล้วนแล้วแต่เป็นอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายการลงทุนโดยเสรี และถือว่ามาตรการทางด้านการลงทุนนำมาสู่การเบี่ยงเบนทางการค้า เช่น มาตรการทางการลงทุน ที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการส่งออก มาตรการในการส่งเสริมอุตสาหกรรมภายในประเทศ มาตรการเงื่อนไขการถ่ายโอนเทคโนโลยี มาตรการกำหนดเขตการลงทุน หรือที่เรียกว่า Performance requirements ในประเด็นดังกล่าวได้มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิก GATT/WTO ห้ามนำมาตรการ การลงทุนที่เป็น Performance Requirement เหล่านี้มาใช้ โดยกำหนดห้ามใน Agreement on Trade- related Investment Measures (TRIMs) อย่างไรก็ตามได้พบว่าประเทศที่พัฒนาแล้วต่างก็ได้้นำมาตรการ การลงทุนในรูปแบบต่างๆมาใช้เช่นกัน เช่น มาตรการอุดหนุนการลงทุนที่เป็นตัวเงิน ซึ่งมาตรการเหล่านี้ไม่ได้ถูกห้ามภายใต้ TRIMs ด้วย

หลายประเทศที่ได้ทำความตกลงทางเศรษฐกิจ ในระดับต่างๆ ตั้งแต่การรวมตัวทางเศรษฐกิจ เช่น Custom Union ซึ่งต้องอาศัยความตกลงที่ยกเลิกอุปสรรคทางการค้า การลงทุน ที่ยิ่งกว่าที่ได้กระทำภายใต้ GATT/WTO จนถึงระดับการจัดตั้งเขตการค้าเสรี Free Trade Area ซึ่งเป็นความตกลงให้สิทธิพิเศษระหว่างภาคีสมาชิก (Preferential Agreement) ทั้งนี้ GATT ได้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกของ GATT/WTO กระทำได้ตามมาตรา XXIV ซึ่งประเทศที่ตกลงร่วมมือ หรือรวมตัวทางเศรษฐกิจจะได้รับยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง MFN นอกจากนี้ภายใต้บทบัญญัติ มาตรา V ของ General Agreement on Trade in Services (GATS) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเปิดเสรีทางการค้าบริการ ก็อนุญาตให้ประเทศสมาชิก GATT/WTO ที่ตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจยกเว้นจากหลักการของ GATT/WTO และในระหว่างประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนายังสามารถตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจภายใต้ภาค IV Enabling Clause ได้อีกด้วย เช่น ความร่วมมือภายใต้อาเซียนเป็นการร่วมมือที่ได้แจ้งบอกกล่าวแก่ GATT ภายใต้ ภาค IV ของ GATT เป็นต้น ในหัวข้อต่อไปนี้จะกล่าวถึง

⁷ ในช่วงปี 1960s หลังยุคอาณานิคม ประเทศต่างๆที่ได้รับเอกราชใหม่ พวกกันทางอำนาจอธิปไตยคืนจากประเทศเจ้าอาณานิคม รวมทั้งอำนาจอธิปไตยทางเศรษฐกิจด้วย สหประชาชาติได้ขานรับนโยบายดังกล่าว และได้มีมติสมัชชาใหญ่ในเรื่อง New International Economic Order ตามมติ United Nations General Assembly Resolution 3201 (s-VI): Declaration on the Establishment of a new International Economic Order (1974) และ มติ United Nations General Assembly Resolution 3201 (s - VI): Programmer of Action on the establishment of a new International Economic Order (1974) และ United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States (1974)

ความตกลงทางเศรษฐกิจที่ได้กระทำในแต่ละภูมิภาค โดยสังเขปที่ได้กระทำในแต่ละกลุ่มเศรษฐกิจดังต่อไปนี้

1. ยุโรป

ความตกลงทางเศรษฐกิจฉบับแรกที่มีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ที่ได้กระทำขึ้นในยุโรป ภายหลังจากก่อตั้ง GATT แล้วคือสนธิสัญญากรุงโรม “Treaty of Rome” ได้กระทำขึ้นในปี 1957 โดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งตลาดการค้าที่ไร้พรมแดนระหว่างประเทศสมาชิก เพื่อให้บรรลุมูลค่าของผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GDP) ของประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้น การเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ ทุน และแรงงาน หรือ บุคคลโดยเสรี ภายในเขตแดนของรัฐสมาชิก รวมทั้งสิทธิในการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ และการเข้ามาประกอบการของบุคคลธรรมดาภายใต้หลักการที่เรียกว่า “The right of establishment” ในเขตแดนของรัฐสมาชิกทั้งหมด นอกจากนี้ยังได้วางหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง MFN และ หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ NT ต่อ สินค้า บริการ ทุน และ แรงงาน หรือบุคคล ของรัฐสมาชิก นอกจากนี้ยังได้มีกฎระเบียบเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายการแข่งขัน (Competition Law and Policy) ภายใต้หลักการเหล่านี้ การลงทุนจึงเป็นส่วนหนึ่งของการรวมตัวทางเศรษฐกิจด้วย ต่อมาในปี 1960 ได้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรียุโรป หรือที่เรียกว่า EFTA คือ The European Free Trade Association⁸ ซึ่งเป็นการเปิดเสรีทางการค้าสินค้าเท่านั้น (Trade in goods)

2. ระหว่างกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว OECD⁹

ความตกลงหลักที่ได้กำหนดกรอบแห่งสถาบัน (Institutional Framework) เพื่อการร่วมมือทางด้านการค้า และ การลงทุนระหว่างประเทศภาคีสมาชิก คือ องค์กรเพื่อความร่วมมือทางด้านการค้าและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development: OECD) ซึ่งจัดตั้งขึ้นเมื่อปี 1960 สำหรับในเรื่องการค้า กลุ่ม OECD ได้สนับสนุน และปฏิบัติตามหลักการของ GATT/WTO เป็นอย่างดียิ่ง ส่วนทางด้านการลงทุน กลุ่ม OECD ได้ริเริ่มกระบวนการเปิดเสรีทางการลงทุนและ การรวมตัวทางเศรษฐกิจ โดยได้ตกลงทำ Code of Liberalization of Capital Movements และ Code of Liberalization of Current Invisible Operations ในปี 1961 ในตราสารทั้งสองฉบับนี้ได้วางกรอบระเบียบ และ กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทางกฎหมายว่าด้วย การเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายทุน หลักการไม่

⁸ สมาชิกก่อตั้งของ EFTA ได้แก่ ออสเตรีย เดนมาร์ก นอร์เวย์ โปรตุเกส สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ และ อังกฤษ ต่อมา ไอร์แลนด์ ฟินแลนด์ และลิกเตนสไตน์ ได้เข้าร่วมใน EFTA แต่ต่อมา เดนมาร์ก อังกฤษ โปรตุเกส ออสเตรีย ฟินแลนด์ และสวีเดน ได้ถอนตัวออกจาก EFTA เพื่อที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป

⁹ สมาชิกก่อตั้งของ OECD ได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา เดนมาร์ก ฟินแลนด์ สเปน สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ ตุรกี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

เลือกปฏิบัติ และการค้าบริการ (Invisible transactions) โดยค่อยๆทำให้อุปสรรคทางการค้า และการลงทุนหมดไป บนพื้นฐานของหลัก Stand Still and Roll Back หมายถึงการห้ามออกกฎเกณฑ์ หรือมาตรการใดๆใหม่ที่เป็นอุปสรรคของการค้า การลงทุนเสรี และ ต้องค่อยๆทำให้อุปสรรคที่มีอยู่แล้วหมดไป ส่วนมาตรการ หรือข้อกำหนดใดๆที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับของการเปิดเสรี (Non Conforming Measures) จะต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในรายการข้อยกเว้น (Listed in country reservations) ส่วนการดำเนินการ หรือบังคับการให้เป็นไปตามข้อกำหนดใน Code ทั้งสองนั้นจะมีการตรวจสอบ ทบทวน ผ่าน Policy Review และ Country examinations ทั้งสองมาตรการ ดำเนินโดย วิธีการ “Peer Pressure” กล่าวคือวิธีการที่มีอิทธิพลที่ทำให้สมาชิกในกลุ่มปฏิบัติตามหลักการที่เหมือนกัน เพื่อให้แต่ละสมาชิกยินดีที่จะเปิดเสรีเอง (Unilateral) มากกว่าที่จะต้องมาเจรจากัน ได้มีการทบทวนและขยายขอบเขตของ Code ทั้งสองให้กว้างขวางขึ้น การปรับปรุงล่าสุด คือเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิในการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ และการประกอบกิจการของเอกชน (Rights of Establishment) ในปี 1984 และการบริการทางการเงิน หรือ การเคลื่อนย้ายเงินทุนข้ามพรมแดน (Cross border Financial Services) ในปี 1992 นอกจากนี้ในปี 1976 กลุ่ม OECD ได้ตกลงทำอนุสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ และบรรษัทข้ามชาติ Declaration on International Investment and Multilateral Enterprises ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เสริมข้อบังคับใน Code ทั้งสองข้างต้นในส่วนที่ว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักลงทุน และการลงทุน ต่างต่าง (Treatment of Foreign Investment) รวมถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติของนักลงทุนในประเทศที่รับการลงทุนหลังจากที่ได้เข้าไปลงทุนแล้ว (Behavior of TNCs after entry in a host country) ในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ การให้สิ่งจูงใจ หรือ การไม่ให้สิ่งจูงใจ และมาตรการบังคับที่มีต่อนักลงทุน ต่อมาได้มีการออก Guidelines for Multinational Enterprises ซึ่งเป็นกรอบข้อบังคับที่มีต่อนักลงทุน ถึงแม้ว่าความตกลงอนุสัญญา และแนวปฏิบัติที่ออกโดย OECD นี้ มิได้เป็นความตกลงเพื่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจโดยตรง แต่ได้กลายเป็นแบบแผนของการทำความเข้าใจที่มีต่อๆมาด้วย

3. กลุ่มประเทศอาหรับและอิสลาม

กลุ่มประเทศอาหรับเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนากลุ่มแรก ที่ได้ร่วมทำความตกลงทางเศรษฐกิจ ในปี 1957 ที่รวมข้อบทยการลงทุนในความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจอาหรับหนึ่งเดียว (Agreement on Arab Economic Unity)¹⁰ ในความตกลงดังกล่าวได้มีข้อบทยว่าด้วยการเคลื่อนย้ายทุน แรงงาน หรือบุคคลโดยเสรี ตลอดจนการทำธุรกรรมระหว่างประเทศในกลุ่มสมาชิก ต่อมาในปี 1970 สมาชิกในกลุ่มได้ทำความตกลงว่าด้วยการลงทุน และการเคลื่อนย้ายทุนโดยเสรีระหว่างประเทศในกลุ่ม

¹⁰ ประเทศสมาชิกก่อตั้งกลุ่มได้แก่ อียิปต์ อิรัก จอร์แดน คูเวต ซูดาน ซีเรีย และ เยเมน

อาหารับ โดยส่งเสริม และคุ้มครอง การลงทุนระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐที่รับการลงทุน และ รัฐที่ส่งเงินทุนออกไป โดยตกลงที่จะให้มีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ตกลงที่จะให้สิทธิพิเศษระหว่างภาคีสมาชิก (Preferential Treatment) การลงทุนตามที่ได้ยินยอม กำหนดในความตกลง (Covered Investment) จะได้รับสิทธิในการชดเชยการเวนคืนยึดทรัพย์ในหลักการ Fair and Effective compensation นักลงทุนมีสิทธิที่จะส่งเงินออกจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (a right to transfer certain payments related to their investment) และมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในประเทศที่นักลงทุนได้เข้าไปลงทุนเพื่อดำเนินธุรกิจของตน ในปี 1971 รัฐสมาชิกได้ทำความตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือในการให้หลักประกันการลงทุนระหว่างกลุ่มสมาชิก หรือการเคลื่อนย้ายเงินทุน เมื่อรัฐสมาชิก¹¹ เพิ่มจำนวนขึ้นรัฐสมาชิกเหล่านี้จึงได้ทำความตกลงในปี 1980 คือ Unified Agreement for Investment of Arab Capital in the Arab States ในความตกลงนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อบทการลงทุนที่เคยทำไว้เดิมแต่ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติ เกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ และการเจรจาประนีประนอมกันระหว่างนักลงทุน ในปี 1981 รัฐสมาชิกของ Organization of the Islamic Conference¹² ได้ร่วมกันทำความตกลงว่าด้วยการส่งเสริม การคุ้มครอง และการให้หลักประกันการลงทุน (The Agreement on Promotion, Protection, and Guarantee of Investment) ซึ่งได้บัญญัติข้อบทว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนด้วย ความตกลงฉบับนี้มีขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจ การค้า และ เทคนิค (Agreement on Economic, Technical and Commercial Cooperation)

4. แอฟริกา

กลุ่มประเทศ Sub – Saharan African เป็นอีกกลุ่มประเทศหนึ่งที่ได้มีการทำความตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจ การค้า และ การลงทุน ได้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรีครั้งแรกในปี 1964 โดยได้ทำสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพเศรษฐกิจและภาชีอากรกลุ่มแอฟริกากลาง (Treaty Establishing the Customs and Economic Union of Central Africa: UDEAC หรือ CEUCA) ต่อมาได้เปลี่ยนเป็นสหภาพการเงินและเศรษฐกิจแอฟริกากลาง¹³ (The Monetary and Economic Union of Central Africa: CEMAC) ในปี

¹¹ ในปี 1980 รัฐสมาชิกของสันนิบาตอาหรับประกอบด้วย แอลจีเรีย บาร์เรน โคมโโรส จิบูตี อียิปต์ อิรัก จอร์แดน คูเวต เลบานอน ลิเบีย อาหารับ จามาสีเรีย มอริทาเนีย โอมาน ปาเลสไตน์ การ์ตา ซาอุดีอาระเบีย ซีเรีย โซมาเลีย ซูดาน ตูนิเซีย สหอาหรับเอมิเรต และเยเมน

¹² ในปี 1995 มีสมาชิกขององค์การอิสลามตั้งนี้ แอฟริกาอิสลาม แอลบาเนีย แอลจีเรีย อาเซอร์ไบจัน บาร์เรน แบกแดด เบนิน บรูไน กินีเบีย อินโดนีเซีย อิหร่าน อิรัก จอร์แดน คูเวต เคอร์กิสถาน เลบานอน ลิเบีย อาหารับ จามาสีเรีย มัลดีฟ มาเลเซีย มาลี มอริทาเนีย มอรอคโค โมซัมบิก ไนเจอร์ ไนจีเรีย โอมาน ปากีสถาน ปาเลสไตน์ การ์ตา ซาอุดีอาระเบีย เซเนกัล เซียร์ราเลโอน โซมาเลีย ซูดาน ซีเรีย ทาจิกิสถาน ตูนิเซีย ตุรกี เติร์กเมนิสถาน อุกันดา สหรัฐอาหรับ เอมิเรต แทนซาเนีย และ เยเมน

¹³ รัฐสมาชิกประกอบด้วย คาเมรูน แอฟริกากลาง ซาดี คองโก อิเควทอเรียล กินี และ กาบอง

1965 ประเทศสมาชิกของ UDEAC ได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการลงทุน (Common Convention on Investment) แต่ได้มีบทบัญญัติเพียงบางลักษณะเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่บังคับใช้กับนักลงทุนต่างชาติทั้งปวง เช่นบทบัญญัติว่าด้วยการส่งเงินกำไรออกนอกประเทศแต่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินธุรกิจโดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน สิทธิในการได้รับสัมปทาน สิทธิในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในการลงทุน และในส่วนของนายจ้าง และคนงานในการงานที่ทำ และ เรื่องภาษีอากรที่เท่าเทียมกันกับคนชาติ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการมีสิทธิดำเนินคดีในศาล ความตกลงทั้งหมดจะกำหนดเกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุนบางประการในประชาคม อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิพิเศษ สี่ประเภทที่จะให้แก่นักลงทุน รวมทั้งการกำหนดกฎเกณฑ์ในการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวด้วย ในปี 1972 ได้มีการลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการเคลื่อนย้ายแรงงาน หรือบุคคลโดยเสรี และสิทธิในการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ และการประกอบกิจการของเอกชน (The Joint Convention on the Free Movement of Persons and the Right of Establishment) เป็นข้อบทที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกชนในการเคลื่อนย้ายโดยเสรีภายในประชาคม และการประกอบวิชาชีพ อาชีพที่เกี่ยวข้องกับงานศิลปหัตถกรรม การก่อตั้ง การบริหารจัดการองค์กรธุรกิจ แต่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน กรอบ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนได้ขยายขอบเขตออกไปอีก ในปี 1975 รัฐสมาชิกได้ทำความตกลง Multinational Companies Code โดยได้ให้ผลประโยชน์แก่บริษัทที่ได้จัดตั้งขึ้นในสองประเทศสมาชิกหรือมากกว่านั้นโดยนักลงทุนที่มาจากประชาคมนั้นเอง

นอกจากนี้กลุ่มประเทศ Great Lake Countries ได้ก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจของตน CEPGL ในปี 1976 และ ในปี 1982 ก็ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับการลงทุน The Community Investment Code โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้หลักประกัน ความมั่นใจในการลงทุน สิทธิ และ หน้าที่ ขององค์กรธุรกิจหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้กับนักลงทุน แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยสิ้นเชิง และยอมรับหลักการเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ อีกทั้งหลักประกันการลงทุน สิทธิในการส่งผลกำไรออกนอกประเทศแต่ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายใน หลักเกณฑ์การคุ้มครองการลงทุน คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากนี้ก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพิเศษ เช่นภาษีอากร แก่การลงทุนบางประเภท

ในปี 1983 กลุ่มประเทศ UDEAC และ CEPGL ได้ร่วมกันก่อตั้งประชาคมทางเศรษฐกิจ ตามสนธิสัญญา Treaty for the Establishment of the Economic Community of Central African States (ECCAS) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการขจัดอุปสรรคของการเคลื่อนย้าย แรงงาน หรือ บุคคล สินค้า บริการ และ ทุน โดยเสรี ตลอดจนหลักการก่อตั้งองค์กรธุรกิจโดยเสรี (Right of Establishment)

ทางด้านกลุ่มแอฟริกาตะวันตก ได้มีการลงนามในความตกลงก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจแอฟริกาตะวันตก (Treaty Establishing the Economic Community of West African States: ECOWAS) ในปี 1975 มาตรา 2 ของสนธิสัญญาดังกล่าวได้กำหนดวัตถุประสงค์ในการขจัดอุปสรรคของการค้า การลงทุน เสรี เพื่อให้มีการเคลื่อนย้าย ทุน แรงงาน การค้า และ บริการโดยเสรี ในปี 1979 ได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลโดยเสรี สิทธิในการตั้งภูมิลำเนา และการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ หรือการประกอบกิจการโดยเสรี ภายใต้ Protocol A/P.1/5/79 ต่อมาในปี 1984 ก็ได้มีการทำความตกลงกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรธุรกิจ และหลักประกันการลงทุนที่ ลงทุนไม่ว่าทั้งหมด หรือ

บางส่วน โดยคนชาติของประเทศในประชาคมที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และบริษัทของประชาคมจะไม่ถูกเวนคืนทรัพย์สินเว้นแต่จะมีการดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย มีการชดเชยอย่างเป็นธรรม และ เพียงพอ สิทธิประโยชน์ที่ได้รับตามที่กฎหมายกำหนด จะไม่ถูกบั่นทอนให้หมดสิ้นไป เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์พิเศษเฉพาะบางกรณี ความตกลงดังกล่าวยังได้กำหนดเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และ บังคับตามบทบัญญัติ ICSID

ส่วนแอฟริกาได้นั้น มีการทำความตกลงภายใต้ Treaty for the Establishment of the Preferential Trade Area of Eastern and Southern African States ในปี 1981 และได้มีการทำ Charter on a Regime of Multilateral Industrial Enterprises โดยมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในระดับภูมิภาค เพื่อให้เป็นไปตามนโยบายทางเศรษฐกิจ ตามเงื่อนไขของการพัฒนา และในปี 1993 ก็ได้มีการทำสนธิสัญญาก่อตั้งตลาดร่วมแอฟริกันตะวันออก และแอฟริกันใต้ (Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern African : COMESA)

5. อเมริกา

เริ่มในปี 1960 ได้มีการจัดตั้งสมาคมการค้าเสรีลาตินอเมริกา (Latin American Free Trade Association: LAFTA) ขึ้นเป็นครั้งแรกภายหลังการก่อตั้ง GATT โดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาโครงการระยะยาวในการรวมตัวทางเศรษฐกิจในภูมิภาคลาตินอเมริกัน และไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับข้อบทการลงทุน ต่อมา ในปี 1980 ได้มีการ ทำสนธิสัญญา มอนเตวิเดโอ (Treaty of Montevideo) เพื่อก่อตั้งสมาคมเพื่อการรวมตัวลาตินอเมริกัน (The Latin American Integration Association: LAIA or ALADI) ซึ่งได้มีข้อบทเกี่ยวกับการลงทุนในฐานะที่เป็นกระบวนการเกี่ยวกับการรวมตัวทางเศรษฐกิจ และในระหว่างประเทศสมาชิกเองได้มีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างกัน

ในปี 1969 กลุ่มประเทศแอนเดียนห้าประเทศ รวมทั้งชิลี ได้ร่วมลงนามในความตกลง Cartagena Agreement เพื่อการก่อตั้งตลาดร่วมแอนเดียน ซึ่งต่อมาเป็นที่รู้จักในนามประชาคมแอนเดียน ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี 1992 ภายใต้ความตกลง Cartagena ได้มีบทบัญญัติ และมาตรการ ที่ส่งเสริมการลงทุนเสรีภายในประชาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้ Andean Pact Commission Decision 24 ซึ่งทำขึ้นในปี 1970 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนต่อการลงทุนในประชาคม และ จากประเทศที่สาม ได้กำหนดข้อบังคับที่เป็นกฎเกณฑ์ร่วมในการควบคุมการเคลื่อนย้ายทุน หรือการลงทุนจากต่างประเทศ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ค่าสิทธิต่าง ๆ ทรัพย์สินทางปัญญา (Common Regulations Governing Foreign Capital Movement, Trade Marks, Patents, Licenses and Royalties) และ Andean Pact Commission Decision 244 ยังได้ก่อตั้ง A Uniform Code on Andean Multinational Enterprises Decision 24 ซึ่งได้ให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุนต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนในรูปแบบการร่วมทุน (Joint Venture) กับนักลงทุน Andean นอกจากนี้ยังได้กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการถ่ายทอดเทคโนโลยี ระบบการควบคุมการลงทุน และเงื่อนไขการลงทุนจากประเทศที่สาม และการให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุน ภายใต้เงื่อนไข ข้อกำหนด ที่นิยามไว้สำหรับบริษัทข้ามชาติ

สำหรับอเมริกากลาง กลุ่มประเทศอเมริกากลางห้าประเทศได้มีการลงนามในปี 1958 ในการทำสนธิสัญญา The Multilateral Treaty on Free Trade and Economic Integration ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว มาตรา XVII ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ แก่การลงทุน และนักลงทุนจากประเทศสมาชิก ให้หลักประกันการลงทุนที่เป็นธรรม และ ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ในกรส่งออกเงินและกำไร และเป็นสนธิสัญญาที่พัฒนามาสู่การทำสนธิสัญญา The General Treaty of Central American Integration ในปี 1960 สำหรับการลงทุนนั้นสนธิสัญญาดังกล่าวรับรองหลักการ ในการจัดตั้ง “Regime for the Central American Integration of Industries” ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่บริษัทของประชาคมที่ประกอบธุรกิจบางชนิดที่เป็นธุรกิจที่ได้รับการจัดอันดับพิเศษ (Priority Industries) เช่นอุตสาหกรรมโครงสร้างพื้นฐาน ในปี 1960 กัวเตมาลา ฮอนดูรัส และ เอลซัลวาดอร์ ได้ร่วมลงนามใน Economic Association Agreement ผูกพันรัฐภาคีในการเปิดเสรี การเคลื่อนย้ายทุน แรงงาน การค้า และ บริการ

สำหรับกลุ่มประเทศแคริบเบียน ได้มีการลงนามในสนธิสัญญา Treaty of Chaguaramas CARICOM เพื่อก่อตั้งตลาดร่วมแคริบเบียน ในปี 1973 ซึ่งก่อนหน้านั้นได้มีการลงนามใน Dickenson Bay Agreement เพื่อก่อตั้งสมาคมเขตการค้าเสรีแคริบเบียน ในปี 1966 ในความตกลงดังกล่าวรัฐภาคีได้ผูกพันที่จะให้หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติแก่รัฐสมาชิก และ หลีกเลี่ยงการจำกัดใด ๆ อันจะทำให้หลักการดังกล่าวเสียไป นอกจากนี้ยังตกลงที่จะไม่กำหนดข้อห้าม หรือข้อจำกัดใด ๆ มากกว่าที่มีอยู่แก่การลงทุนที่เข้ามาตั้งในกลุ่มประเทศสมาชิก ตลอดจนการให้สิทธิพิเศษแก่บริษัทข้ามชาติ

ส่วนในอเมริกาเหนือได้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ระหว่างสหรัฐอเมริกา ในปี 1987 ก่อนที่จะจัดตั้ง NAFTA

6. เอเชีย

ในเอเชีย ได้มีการก่อตั้งสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ อาเซียน ตั้งแต่ปี 1957 และมีโครงการความร่วมมือทางเศรษฐกิจที่ตกลงระหว่างสมาชิกกลุ่มอาเซียน โดยเฉพาะหลังปี 1995 อาเซียนได้ตกลงใน ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS) เพื่อการเปิดเสรีทางการค้าบริการ ซึ่งสมาชิกได้ผูกพันในการเปิดเสรีมากกว่าที่ได้ตกลงใน GATS นอกจากนี้อาเซียนยังได้ตกลงจัดตั้งเขตการลงทุนอาเซียน เพื่อเปิดเสรีทางการลงทุนระหว่างกลุ่มภาคีสมาชิกใน Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (AIA) ในปี 1998 อย่างไรก็ตามในความตกลงดังกล่าว บังคับใช้เฉพาะการลงทุนตรงเท่านั้น (Direct Investment) และ ไม่บังคับใช้กับการลงทุนใน Port folio และไม่รวมการลงทุนที่อยู่ภายใต้ หมวด 3 Commercial Presence ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการค้าบริการ และอยู่ภายใต้ความตกลง AFAS

ภายใต้ AIA สมาชิกตกลงที่จะเปิดการลงทุนในทุกอุตสาหกรรมแก่นักลงทุนอาเซียน โดยยกเว้นเฉพาะรายการใน Negative List และจะมีการทบทวนรายการดังกล่าวทุกสองปี จนกว่าจะเปิดเสรีทุกรายการในปี 2010 และจะเปิดเสรีแก่ประเทศที่ไม่เป็นสมาชิกในปี 2020 นอกจากนี้ภายใต้ AIA สมาชิกตกลงให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ เยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ในระดับ ก่อน และ หลังการลงทุน (Pre- Post Establishment NT and MFN)

ได้มีการกำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาท ใน Protocol Establishing the ASEAN Dispute Settlement Mechanism เพื่อเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาททางการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ ภายใต้โครงการความตกลงดังกล่าวทั้งหลาย

อาเซียนได้ร่วมลงนามในความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับประเทศต่างๆนอกกลุ่มสมาชิก โดยการทำความตกลง ความร่วมมือกับ จีน อินเดีย และ ญี่ปุ่น ในการร่วมมือทางการเปิดเสรีการลงทุน และการค้า ตลอดจนการให้ความคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน พัฒนารอบของกฎหมาย การลงทุนให้มีความโปร่งใส

นอกจากนั้นแต่ละประเทศในเอเชียยังได้มีการทำความตกลงทางเศรษฐกิจทั้งระหว่างกันเอง และกับประเทศคู่ค้าอื่นๆ เช่นระหว่างออสเตรเลียกับจีน ฟิจิ ญี่ปุ่น ปาปัว นิวกินี และอินเดียได้ทำ FTA กับไทย เช่นเดียวกับที่อาเซียนทำ FTA กับ อินเดีย และ จีน นอกจากนี้ทั้ง ญี่ปุ่น เกาหลี ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ไทย และ สิงคโปร์ ต่างกระตือรือร้นในการทำ FTA อย่างไรก็ตามข้อบัพทในความตกลงมีความแตกต่างกันไปในหลายลักษณะ

ส่วนเอเชียใต้ หรือกลุ่ม South Asian Association for Regional Cooperation: SAARC)¹⁴ ได้ร่วมกันลงนามในการจัดตั้งเขตการค้าเสรีเอเชียใต้ในปี 2004 โดยมีวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการลงทุน และขจัดอุปสรรคทางการค้า การลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก และกำหนดกรอบการแข่งขันที่เป็นธรรมในปีเดียวกัน กลุ่ม BIMSTEC¹⁵ ได้ตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรี BIMSTEC ขึ้น และเปิดเสรีการลงทุนโดยอาศัย Positive List Approach

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ International Investment Instruments

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏในความตกลงทั้งระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค ระดับทวิภาคี ตลอดจน ความตกลงที่เป็นแบบอย่างในแนวทางปฏิบัติ (Model) ที่องค์การระหว่างประเทศได้กำหนดขึ้น เพื่อเป็นกรอบ ระเบียบ เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยจำแนกเป็นกลุ่มๆ ดังนี้

1. ความตกลงในระดับพหุภาคี

ความตกลงในระดับพหุภาคี ที่รัฐต่างๆได้กระทำขึ้น และนับได้ว่าเป็นวิวัฒนาการเกี่ยวกับกรอบ ระเบียบ ว่าด้วยการลงทุนตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment) ได้บรรจุข้อบัพทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไว้ในความตกลง ดังต่อไปนี้

¹⁴ สมาชิกของ SAARC ได้แก่ บังกลาเทศ ภูฏาน อินเดีย มัลดีฟ เนปาล ปากีสถาน และ ศรีลังกา

¹⁵ สมาชิก BIMSTEC ได้แก่ บังกลาเทศ ภูฏาน อินเดีย พม่า เนปาล ศรีลังกา และ ไทย

1. Havana Charter for an International Trade Organization 1948
2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (United Nations 1958)
3. United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII): Permanent Sovereignty over Natural Resources 1962
4. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (International Bank for Reconstruction and Development) 1965
5. United Nations General Assembly Resolution 3201 (S-VI): Declaration on the Establishment of a New International Economic Order 1974

And

United Nations General Assembly Resolution 3202 (S-VI): Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order 1974

6. United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX): Charter of Economic Rights and Duties of States 1974
7. Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law 1976
8. ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (International Labor Office) 1977

And

Procedure for the Examination of Disputes Concerning the Application of the Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy by Means of Interpretation of its Provision (International Labor Office) 1986

9. Draft International Agreement in Illicit Payments (United Nations Economic and Social Council) 1979
10. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 1979
11. The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) 1990
12. International Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes (World Health Organization) 1981

13. Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations 1983 version
14. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) 1985
15. United Nations General Assembly Resolution 39/248: Guidelines for Consumer Protection 1985
16. Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (International Bank for Reconstruction and Development) 1985
17. Criteria for Sustainable Development Management: Towards Environmentally Sustainable Development (United Nations Centre on Transnational Corporations) 1990
18. Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (The World Bank Group) 1992
19. Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of which only one is a State 1993
20. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Annex 1A: Multilateral Agreements on Trade in Goods. Agreement on Trade-Related Investment Measures 1994
21. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Annex 1B; General Agreement on Trade in Services

Ministerial Decision Relating to the General Agreement on Trade in Services 1994

22. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Annex 1C: Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights 1994

2. ความตกลงในระดับภูมิภาค

ความตกลงในระดับภูมิภาค มีทั้งความตกลงระหว่างภูมิภาค ความตกลงระหว่างประเทศภายในภูมิภาค รวมทั้งความตกลงที่เป็น Resolutions ตลอดจนข้อบัพทในความตกลงขององค์การระดับภูมิภาค ตามภูมิภาคต่างๆ ได้แก่ความตกลง ดังต่อไปนี้

23. Code of Liberalization of Capital Movements (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1961
24. Code of Liberalization of Current Invisible Operations (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1961
25. Model Tax Convention on Income and on Capital (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1963

26. Common Convention on Investment in the States of the Customs and Economic Union of Central Africa 1965
27. Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade (Organization for EconomicCO- Operation and Development, OECD) 1967
28. Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Organization for EconomicCO- Operation and Development, OECD) 1967
29. Agreement on Investment and Free Movement of Arab Capital among Arab Countries (Agreement of Arab Economic Unity) 1970
30. Convention Establishing the Inter-Arab Investment Guarantee Corporation 1971
31. Joint Convention on the Freedom of Movement of Persons and the Right of Establishment in the Central African Customs and Economic Union 1972
32. Agreement on the Harmonization of Fiscal Incentives to Industry (Caribbean Common Market) 1973
33. The Multinational Companies Code in the UDEAC (Customs and Economic Union of Central Africa) 1975
34. Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (Organization for EconomicCO- Operation and Development, OECD) 1976
35. Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (Organization for EconomicCO- Operation and Development, OECD) 1980
36. Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States) 1980
37. Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Council of Europe) 1981
38. Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of the Organization of the Islamic Conference) 1981
39. Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries, CEPGL) 1982
40. Agreement for the Establishment of a regime for CARICOM Enterprises 1987
41. Revised Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures 1987
42. An Agreement Among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments 1987
43. Amended Proposal for a Council Regulation (EEC) on the Statute for a European Company (Council of the European Communities) 1989
44. Fourth ACP-EEC Convention of Lome' 1989

45. Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises (MIES) in the Preferential Trade Area for Eastern and Southern African States 1990
46. Decision 291 of the Commission of the Cartagena Agreement: Common Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties (Andean Group) 1991

Decision No. 24 of the Commission of the Cartagena Agreement Common Regulations Governing Foreign Capital Movement, Trade Marks, Patents, Licenses and Royalties (Andean Group) 1970

47. Decision 292 of the Commission of the Cartagena Agreement Uniform Code on Andean Multinational Enterprises (Andean Group) 1991
48. Articles of Agreement of the Islamic Corporation for the Insurance of Investment and Export Credit 1992
49. Protocolo de Colonia Para la Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona) 1994
50. Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions (Organization for EconomicCO- Operation and Development, OECD) 1994
51. Protocolo Sobre Promocion y Proteccion de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR 1994
52. APEC Non-Binding Investment Principles 1994
53. Final Act of the European Energy Charter Conference, the Energy Charter Treaty, Decisions with Respect to the Energy Charter Treaty and Annexes to the Energy Charter Treaty 1994

3. ความตกลงที่มีข้อบท ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ในสนธิสัญญา หรือความตกลง การค้าเสรี และความร่วมมือในการรวมตัวทางเศรษฐกิจ

ความตกลงในหมวดนี้มีทั้งความตกลงว่าด้วยการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ในระดับภูมิภาค (Regional Integration) ในระดับทวิภาคี (Bilateral) และความตกลงที่กระทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศชนิด ไม่ใช่รัฐบาล Non – Governmental Instruments ความตกลงในหมวดนี้ได้แก่ สนธิสัญญา หรือ ความตกลง ดังต่อไปนี้

54. Treaty Establishing the European Community 1957
55. Agreement on Arab Economic Unity 1957
56. Agreement on Andean Sub-regional Integration 1969
57. Treaty Establishing the Caribbean Community 1973
58. Treaty Establishing the Latin America Integration Association 1980

59. Treaty for the Establishment of the Economic Community of Central African States 1983
60. North American Free Trade Agreement, NAFTA 1992
61. Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa 1993

Treaty for the Establishment of the Preferential Trade Area for Eastern and Southern African States 1981

1. รูปแบบ **Prototype Bilateral Investment Treaties** ซึ่งรวบรวม ระหว่างปี 1959- 1995

เป็นรูปแบบของสนธิสัญญาการลงทุนที่ประเทศที่เป็นแหล่งทุน Home Country ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว (Developed Countries) ทำกับประเทศที่เป็นผู้รับการลงทุน Host Country ซึ่งเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา เป็นข้อสังเกตว่า สนธิสัญญาเหล่านี้ไม่มีการทำขึ้นระหว่างประเทศที่พัฒนาเลย ถึงแม้ว่ากระแสการลงทุนโลกยังคงหนาแน่นอยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วก็ตาม กล่าวคือ กว่า 70% ของกระแสการลงทุน รูปแบบของ Bilateral Investment Treaty (BIT) ในกลุ่มนี้ได้แก่ Model ต่อไปนี้ คือ

62. Asian-African Legal Consultative Committee Revised Draft of Model Agreements for Promotion and Protection of Investments
63. CARICOM Guidelines for use in the Negotiation of Bilateral Treaties
64. Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of ----- on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments
65. Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of----- concerning the Encouragement and Reciprocal Protection on Investments
66. Projet d'Accord entre le Gouvernement de la Republique Francaiss et le gouvernement ----- sur l'Encouragement et la Protection Reciproques des Investissements
67. Treaty between the Federal Republic of Germany and ----- concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments
68. Agreement between the Swiss Confederation and ----- on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment
69. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of ----- for the Promotion and Protection of Investments

70. Treaty between the Government of United States of America and the Government of ----- concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment
71. Investment Incentives Agreement between the Government of the United States of America and -----

2. ความตกลง หรือตราสารระหว่างประเทศ ที่ NGO ได้ร่วมกระทำขึ้นเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ

72. Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and of the Foreign Investment Court (International Law Association) 1948
73. International Code of Fair Treatment for Foreign Investment (International Chamber of Commerce) 1949
74. Guidelines for International Investment (International Chamber of Commerce) 1972
75. Charter of Trade Union Demands for the Legislative Control of Multinational Companies (International Confederation of Free Trade Union) 1975
76. International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration 1975
77. International Chamber of Commerce Recommendations to Combat Extortion and Bribery in Business Transactions 1977
78. The Business Charter for Sustainable Development: Principles for Environmental Management (International Chamber of Commerce) 1991
79. The CERES Principles 1992
80. Consumer Charter for Global Business (Consumers International) 1995
81. Pacific Basin Charter on International Investment (Pacific Basin Economic Council) 1995

ตัวอย่างรูปแบบการร่วมมือทางเศรษฐกิจในความตกลงต่างๆที่ไม่เหมือนกัน

Agreement	Trade in goods	Common External Tariff	Standards Regulations	Trade in services	Investment	Labour
CAFTA (2004)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
BIMSTEC (2004)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	No
SAARC(2004)	Yes	No	No	No	No	No
EC-Mediterranean Partner (1995-2004)	Yes	No	No	Yes	Yes	No
FTA US-Singapore (2003)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
FTA Chile-Korea (2003)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
ECO (2003)	Yes	No	No	No	No	No
EC-Mexico (2001)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	No
FTA US-Jordan (2000)	Yes	No	No	Yes	Yes	Yes
EC-South Africa (1999)	Yes	No	No	No	Yes	No
Chile-Canada (1996)	Yes	No	No	Yes	Yes	Yes
NAFTA (1994)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
EC-Russian Federation (1994)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
MERCOSUR (1994)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
CIS (1994)	Yes	Yes	Yes	Yes	No	No
COMESA (1993)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
EFTA- Turkey (1991)	Yes	No	Yes	No	No	No
SPFCA (1980)	Yes	No	No	No	No	No
SACU (1969)	Yes	Yes	Yes	No	No	No
Andean Community (1969)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Treaty of Rome (1957)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

ที่มา : UNCTAD 2006, Investment Provision in Economic Integration Agreements

โปรดใช้ตารางแนวนอนที่แนบมา
ตารางเปรียบเทียบข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการลงทุนในความตกลงเศรษฐกิจ

บทที่ 3

ผลการศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นหากไทยยอมรับข้อเรียกร้องของ สหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนในด้านต่าง ๆ

การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมายตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอ

มาตรา 1. Scope and Coverage

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

เพราะ บทนิยามคำว่า การลงทุน และ นักลงทุน เกี่ยวข้องกับหลายสิ่ง หาก ใคร หรือ สิ่งใด อยู่ภายใต้บทนิยามนี้ก็จะได้รับประโยชน์จาก FTA ดังนั้น Portfolio Investment ก็เป็นการลงทุน นักลงทุน และการลงทุน ภายใต้ FTA จะได้รับการคุ้มครอง และสิทธิประโยชน์ภายใต้ FTA ได้แก่

1. สิทธิประโยชน์ทั้งหลายภายใต้ FTA ทั้งหมด
2. การเข้ามา และ ได้รับอนุมัติการลงทุน (Entry, admission and Establishment)
3. การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน ได้รับ ความคุ้มครองจากการเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย การคุ้มครองจากการประกอบกิจการ (Full Protection from expropriation) การได้รับการคุ้มครองภายใต้บทการคุ้มครองทั้งหลายเช่นเรื่องเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย และ การได้รับดอกเบี้ยต่างๆ full protection and security
4. การได้รับสิทธิภายใต้การเวนคืนยึดทรัพย์ทั้งทางตรงและทางอ้อม taking of property จากการบังคับใช้กฎหมายของไทย และการป้องกันการถูกทำลายโดย การจลาจล และ การใช้กำลัง
5. การได้รับสิทธิประโยชน์ และ สิ่งจูงใจในการลงทุน (Entitle to incentives) การได้รับสิ่งจูงใจในการลงทุน ทั้ง Tax incentives and non-tax incentives
6. การส่งผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศได้โดยเสรีหากเป็นผลได้จากการลงทุน (Entitle to freely fund transfer) ไทยอาจประสบภาวะวิกฤติทางการเงิน
7. การนำข้อพิพาทสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (dispute settlement) นักลงทุนฟ้องรัฐได้
8. อัตราส่วนการถือครองหุ้น (Equity ratio) อาจจะเป็น 100 % หรือได้สิทธิCumulative Equity Ratio ภายใต้ อาเซียนตามหลัก MFN
9. การได้รับการ(ประติบัติ)ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ/หรือ ชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment ในทุกกรณีภายใต้ FTA ทั้งในระยะก่อน และ หลังการเข้ามาลงทุน (Pre- Post Establishment)

10. การได้รับประโยชน์จากข้อบทเรื่องผู้บริหาร จัดการ (Management, Director) ที่เป็นคนต่างชาติได้ 100% ไม่ต้องเป็นคนไทยในคณะกรรมการบริหาร
11. เหตุที่นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินออกนอกประเทศโดยไม่จำกัด หรือตกอยู่ภายใต้กรอบมาตรการทางการเงิน Freely funds transfer ข้อนี้ทำให้ยากแก่การควบคุมการส่งเงินออกนอกประเทศโดยเฉพาะไม่สามารถมี Short-Term Capital Control ซึ่งอันตรายอย่างยิ่งไทยเคยหายนะกับเรื่องนี้มาแล้วตอน Financial Crisis
12. การได้รับสิทธิประโยชน์จากกระบวนการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในกรอบของ State-Investor dispute settlement นักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐได้
13. การได้รับผลประโยชน์ตามความตกลงภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆที่ไทยทำไว้ทั้งระบบทวิภาคีและพหุภาคีเช่นสิทธิประโยชน์ภายใต้ ASEAN
14. การได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย และมาตรการการลงทุนอื่นๆ หรือสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่น การส่งเสริมการลงทุนดังกล่าว และตามหลักการ NT/MFN
15. การได้สิทธิในการลงทุน หรือ ควบคุม การลงทุนทางอ้อม (Indirect Own or Control Investment)

แม้ไทยเสนอเฉพาะ “Direct investment” ก็จริงซึ่งถูก Circumvent ได้ไม่ยากนัก

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

- (a) an enterprise
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise
- (c) bonds, debentures, other debt instruments and loans;
- (d) future, options, and other derivatives;
- (e) Turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) Intellectual property rights;
- (g) Licenses authorization, permits and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (h) Other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;

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

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

มาตรา 2 Relation to other chapters

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

2. มาตรการและขอบทในขอบการลงทุนไม่นำไปปรับใช้กับการนำพันธบัตร หรือหลักทรัพย์ ใดๆที่จะต้องนำมาวางเป็นประกันในการให้บริการ คำบริการ

มาตรา 3. National Treatment

มาตรา 3.1, 3.2 ให้นำ National treatment มาปรับใช้ในขั้น pre-establishment ทำให้นักลงทุนและการลงทุน ไทยและสหรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคัดสรร นักลงทุน และการลงทุน ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนอื่นใด (TRIMS) ไม่อาจจะนำมาเป็นเงื่อนไขในการรับการลงทุน หรือเงื่อนไขในการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งหลายท่านอาจจะเห็นว่า TRIMS ก็เหมือนกับที่กำหนด ใน FTA นั้นแท้จริงแล้ว FTA ก้าวล่วงไปกว่านั้นมาก TRIMS-Plus โดยผ่านกลไกของ Negative Approach เพราะไม่ว่า TRIMS จะนำมาใช้ไม่ได้ก็ตามแต่อำนาจอธิปไตยของรัฐด้าน Core Sovereignty ไม่ได้ถูกระทบ แต่ FTA จะก้าวล่วงเข้ามาถึง Core Sovereignty ด้วยถ้าไทยไปตกลงผูกพันตามนั้น

มาตรา 3.3 ให้ไทยให้ National Treatment แก่นักลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้กับคนชาติที่ลงทุนแม้ในระดับท้องถิ่น สหรัฐได้บทเรียนมาจากจีน conflict of law ระดับภายในชาติ

มาตรา 4 Most-Favored-Nation Treatment

มาตรา 4.1, 4.2 ให้ไทยต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแก่นักลงทุนและการลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้แก่ชาติชาติอื่นๆ ซึ่งย่อมรวมทั้งที่ไทยได้ให้แก่นักลงทุนและการลงทุนอื่นๆภายใต้ความตกลงระดับภูมิภาคใดๆ หรือ ระดับทวิภาคีใดๆ เช่น ภายใต้ความร่วมมือ อาเซียน ตามโครงการ AIA, AFAS, เป็นต้น เท่ากับสหรัฐต้องการ ASEAN-Plus อีกด้วย

ไทยได้สงวนที่จะไม่ให้ความผูกพันในระดับภูมิภาคอยู่ภายใต้มาตรา 4 แต่ต้องดูต่อไปว่าในท้ายที่สุด อเมริกายอมตามหรือเปล่า และคาดหมายได้ว่าไม่ยอม

มาตรา 5 Minimum Standard of Treatment

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

มาตรา 5.3 หากสหรัฐปฏิบัติผิดในข้อบทใด ๆ หรือพันธะภายใต้ความตกลงใด ๆ (ที่สหรัฐมิได้เป็นภาคีด้วย) ไม่ถือว่าสหรัฐปฏิบัติผิดพันธะกิจภายใต้สนธิสัญญานี้

สรุป คือ ไทยให้สิทธิใดๆที่ดีกว่า มีประโยชน์กว่าต้องให้สหรัฐด้วย ส่วนข้อพันธะใดๆที่สหรัฐไม่ต้องการผูกพันด้วยโดยไม่ได้เป็นภาคี ไทยจะไปบังคับให้ต้องปฏิบัติตามไม่ได้ รับแต่สิ่งดีๆต้องการได้แต่สิทธิ แต่ปฏิเสธหน้าที่

ข้อ 4. ไทยต้องรับผิดชอบในความสูญหาย เสียหายใดๆ แม้เกิดขึ้นเพราะการใช้กำลัง สงครามกลางเมือง เหตุจลาจลใด ดังนั้นหากในอนาคตเกิดคนไทยลุกฮือขึ้นมาทำลายโรงงาน การลงทุน การเดินประท้วง ทำลายทรัพย์สินใดๆ เกิดเหตุจลาจลไม่ว่าไทยจะใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการเข้าควบคุมดูแล ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) แล้วก็ตามรัฐบาลไทยก็ต้องรับผิดชอบเสมอ เหตุสุดวิสัยไม่เป็นข้อยกเว้นหากไทยยอมตกลงรับ ข้อผูกพันตาม FTA

กรณีที่น่าเป็นห่วงอย่างมาก คือ กรณีที่รัฐวิสาหกิจ สาธารณูปโภคทั้งหลายที่จะแปรรูปเป็นของเอกชนแต่ต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรี ย่อมมีโอกาสอย่างมากที่จะตกอยู่ในกำมือของนักลงทุนต่างชาติ ที่เหนือกว่าด้วยทุน และเทคโนโลยี ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา รถไฟ โทรศัพท์ แล่งน้ำ ซึ่งจำแนกเป็น แล่งน้ำธรรมชาติ ประปา และ แล่งน้ำในระบบชลประทาน เชื่อนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นในต่างประเทศทำกันเป็นปกติก็จริง ไม่ใช่เรื่องแปลก แต่ถ้าประเทศไทยทำนั้นแตกต่างจากต่างประเทศอย่างมาก เพราะเหตุผลดังต่อไปนี้

รัฐวิสาหกิจเหล่านี้เป็นบริการสาธารณะ ที่มีการลงทุนสูง โดยธรรมชาติเป็นการลงทุนในตลาด Oligopolistic Market หรือบางประเทศเป็น Natural Monopoly ตลาดเช่นนี้โดยธรรมชาติมีการแข่งขันได้

น้อยราย โอกาสที่กิจการตกเป็นของต่างชาติมีมากกว่าจะตกอยู่ในมือคนไทย ในต่างประเทศการแปรรูปรัฐวิสาหกิจยังอยู่ในมือนักธุรกิจคนชาติ เงินยังคงหมุนเวียนอยู่ในประเทศ หรือเป็นผลประโยชน์ของชาติ แต่หากรัฐวิสาหกิจของไทยแปรรูปแล้ว ไปตกอยู่ในมือต่างชาติ ผลกำไรที่ผู้ประกอบการทำได้ ย่อมถูกนำส่งออกนอกประเทศ และ การทำธุรกิจคือการ Maximise Profit เงินทุนต่างๆที่ลงทุนก็ต้องถอนทุนคืนพร้อมกำไร ส่งออกนอกประเทศหมด ตามพันธะภายใต้ FTA เรื่อง Freely fund transfer

ในปัจจุบันพลังงานทดแทนยังไม่ได้พัฒนาไปมากนัก การขาดแคลนพลังงาน ทำให้โอกาสที่ต่างชาติซึ่งได้กิจการเหล่านี้ไป ย่อมอาจจะนำเอาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มาใช้โดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งการลงทุนชนิดนี้สูงมากหากคนไทย ไม่ปรารถนาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เกิดการต่อต้าน รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบในทุกกรณี หากต้องยอมให้สร้าง ประเทศไทยก็เสี่ยงกับ โศกนาฏกรรมเช่นโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์เชอโนบีลในรัสเซีย ที่เทคโนโลยีสูงมากแล้วยังพลาดได้คนตายจำนวนมากมาขนาดเจ็บและเป็นมะเร็งจำนวนมากเหมือนโดนระเบิดปรมาณู หากไม่ยอมให้สร้างรัฐบาลก็ต้องชดใช้ทรัพย์สิน พร้อมดอกเบี้ยมากมายมหาศาล ที่คนไทยทุกคนต้องแบกรับภายใต้ข้อตกลงเรื่องการชดเชยการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทั้งทางตรง และ ทางอ้อม

รัฐบาลไม่อาจควบคุม หรือกำหนดราคาค่าบริการได้ ผู้บริโภคจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูงมาก คนยากจนจะลำบาก

การแข่งขันที่จะสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ การได้ประโยชน์จาก Comparative Advantages และจาก Economy of Scale ได้จริง ๆ นั้น ผู้แข่งขัน (Competitor) ต้องมีศักยภาพพอ ๆ กัน หาก คู่แข่งคนหนึ่งเป็น Champion อีกคนเป็นเด็กพิการขาดอาหาร ย่อมไม่มีโอกาสแข่งขันได้ในทุกกรณี ที่สำคัญไม่มีโอกาสได้แข่งด้วยเพราะถูกตัดโอกาสในการพัฒนาในระยะยาวด้วย

คำว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้นบนนิยามเป็นสิ่งสำคัญ มีแต่เงิน และวัตถุ แต่ขาดคุณภาพชีวิตจิตใจหยาบช้า สังคมตกต่ำ ช่องว่างระหว่างคนจนและคนรวยสูงเกินไป ชีวิตคนจำนวนหนึ่งไม่มีสภาพเป็นมนุษย์ เงินของคนรวยก็ไม่สามารถจะเยียวยาสังคมได้

การอยู่อย่างสมถะ พอเพียงตามแนวพระราชดำริ รักษาแผ่นดินไทยไว้ให้ลูกหลานได้อยู่อย่างมีความสุขนาน ๆ รักษาทรัพยากรธรรมชาติ และภูมิปัญญาไทยเอาไว้ให้ยั่งยืน พัฒนาคอนไทยให้มีปัญญามาก แนวทางการพัฒนาแบบยั่งยืน Sustainable Development เป็นสิ่งที่เหมาะกับคนไทย ไม่ต้องโตให้เร็วหรือหวือหวา แต่ว่าข้างในกลวง แม้แต่แผ่นดินก็ไม่อาจจะรักษาไว้ให้คนไทยอยู่ ข้าว และ สินค้าเกษตรก็ต้องนำเข้า สภาวะเช่นนี้ อย่างนี้จะสุขหรือ อีกประการหนึ่งการเติบโตทางเศรษฐกิจที่คาดหวังนั้น ย่อมพัฒนาไปพร้อมกับค่าครองชีพที่สูงขึ้นตามไปด้วย รายได้ที่เพิ่มมากขึ้นไม่เพียงพอต่อระดับค่าครองชีพที่สูงกว่าตามมา ดังเห็นได้จากประเทศที่พัฒนาแล้ว อาจจะทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของคนไทย แย่ลงกว่าเดิม

สหรัฐอเมริกาไม่เปิดเสรีเรื่อง Labor Movement คนไทยไปอเมริกาไม่ได้นอกจากการลงทุน ซึ่งโอกาสน้อยกว่ามากนัก One way Investment- One way preferential treatment แต่ คนไทยเกิดและตายบนแผ่นดินไทย ไม่อาจจะหนีไปไหน ในขณะที่ นักลงทุนอเมริกาซึ่ง ผลาญทรัพยากรธรรมชาติไปหมดแล้วเหลือแผ่นดินที่ว่างเปล่าไว้เบื้องหลังให้คนไทย กับสภาพมลพิษ มลภาวะ สิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ทรัพยากรธรรมชาติถูกใช้สิ้นเปลืองหมดไป และภายใต้ Basel Convention on the Control of

Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal ก็มีหลักการให้ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตสินค้าต้องรับซากสินค้ากลับคืนไป การเข้ามาลงทุนอุตสาหกรรมที่มีพันธะต้องรับซากสินค้ากลับคืนมาทำให้แผ่นดินไทยเป็นที่รองรับซากขยะสินค้าจากทั่วโลกที่ ส่งออกจากประเทศไทย

ข้อ 5. กำหนดให้ฝ่ายไทยต้องรับผิดชอบทุกประการในการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะโดยการบังคับ หรือโดยอำนาจตามกฎหมายก็แล้วแต่ (5(a), 5 (b) ไทยต้องให้การชดเชยอย่างเต็มกับการชดเชยค่าเสียหายจากการยึดทรัพย์สิน ตามหลัก Prompt, adequate, and effective ว่าด้วยการยึดทรัพย์สิน

หากไทยไม่คุ้มครอง หรือคุ้มครองบกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในทุกกรณีไทยก็ต้องรับผิดชอบ หากไทยไม่ดูแลเรื่องโรงงานไทยปฏิบัติตามกฎหมาย ไทยก็ต้องรับผิดชอบ และอาจจะต้องชดเชยแบบเดียวกับการเวนคืน ยึดทรัพย์สิน

มาตราข้อ 6. Expropriation and Compensation

จะไม่มีมีการยึดทรัพย์สินทั้งทางตรงและทางอ้อม เว้นแต่ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ มีการชดเชยอย่างเต็มที่ และเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 5.1-5.3 มาตรา 6.2.b

ส่วนการชดเชยต้องกระทำโดยทันทีไม่ล่าช้า ก่อนการยึดทรัพย์สิน หรือเวนคืนจะได้กระทำขึ้น (before the expropriation took place) ในวันที่ยึดทรัพย์สิน ในราคาตลาดตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงมูลค่าใดๆ และการชดเชยต้องสามารถนำเงินส่งออกนอกประเทศได้โดยเสรี ต้องสามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่แลกเปลี่ยนได้ด้วย และต้องชดเชยพร้อมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามทางการพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ ใครจะกำหนด เอาอะไรเป็นเกณฑ์กำหนด ตั้งแต่วันที่เวนคืน ยึดทรัพย์สิน จนถึงวันที่ได้ชดเชยจนเรียบร้อย (ในข้อนี้ฝ่ายเจรจาได้ชี้แจงว่า ความก้าวหน้าในการตกลงได้ยินยอม ว่าให้หมายถึงการคำนวณค่าชดเชยเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการชดเชยตัวเงินจริงๆ จึงยืนยันข้อเท็จจริงส่วนนี้ ว่าสหรัฐยอมจริงหรือไม่)

ปัญหาเกี่ยวเนื่องของผลในมาตรานี้คือ กรณีที่มีการตีความว่า การที่นักลงทุน และการลงทุนสหรัฐถูกยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้น หากได้กระทำไปแล้ว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับในมาตรานี้ ไทยย่อมต้องเสียดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ถูกตีความว่ายึดทรัพย์สินทางอ้อม ฉะนั้นนอกจากไทยจะต้องรับผิดชอบใช้คืนทรัพย์สินตามหลักการเวนคืน ยึดทรัพย์สินแล้ว ยังต้องโดนเรียกร้องให้ชำระดอกเบี้ยด้วยโดยอัตโนมัติ เท่ากับการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้นจะโดนเรียกเก็บดอกเบี้ยเสมอ ได้มีการเจรจายกเว้นตรงนี้หรือไม่?

มาตรา 7 Fund Transfers

การโอนเงิน หรือผลประโยชน์ใดๆ ออกนอกประเทศสามารถกระทำได้โดยเสรี และไม่ถูกจำกัด และให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตามอัตราห้องตลาดในเวลาที่ทำกาโอนเงิน ปัญหาที่เชื่อมโยง คือ ประเด็นเรื่อง อะไรคือการลงทุน เพราะผลของกำไรจากการลงทุนโอนได้ทุกชนิด จึงต้องทราบว่ การลงทุนกว้างขวางแค่ไหน ผลประโยชน์จากการลงทุนก็กว้างขวางแค่นั้น การโอนเงินจึงสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดหากการลงทุนถูกนิยามไว้ไม่จำกัด

มาตรา 8 Performance requirements

มาตรการทางการลงทุนที่ถูกกำหนดห้ามภายใต้มาตรา 8 นี้กว้างกว่า TRIMS และที่จริงแล้ว TRIMS เพียงแต่ยกตัวอย่างของ TRIMS เท่านั้นและอยู่ภายใต้สิทธิในการเสนอขอเจรจาได้หลังจากผ่านช่วงเปลี่ยนผ่าน และ TRIMS นั้นห้ามเฉพาะที่รัฐเจ้าบ้านกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเพื่อรับการลงทุน หรือ ส่งเสริมการลงทุน แต่ตาม FTA นั้น ไม่ว่าจะกำหนดเป็นเงื่อนไข (มาตรา 8.2) หรือ แม้ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขการรับการลงทุน (มาตรา 8.1) ก็กระทำไม่ได้ โดยเหตุนี้ประโยชน์ที่ควรจะได้จากการลงทุนแก่ประเทศเจ้าบ้านเช่น การถ่ายโอนเทคโนโลยี การพัฒนาวิทยาการ การบริหารการจัดการ การตลาดหรือ มาตรการอื่นๆที่ไทยเคยใช้เพื่อส่งเสริมการลงทุนจึงไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป ยิ่งกว่านั้นที่เคยคิดว่าการลงทุนเป็นการดึงเม็ดเงินเข้าประเทศนั้นก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะทุกบาททุกสตางค์ที่นำเข้ามาในประเทศนั้น ในที่สุดจะถูกส่งออกไปทั้งหมดพร้อมกับกำไรที่มากกว่าก็ได้ จะไม่เหลืออะไรสำหรับแผ่นดินและคนไทย ทุนหมุนเวียนที่คงเหลือในประเทศก็เป็นไปเพื่อการดำเนินการธุรกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของบริษัท (To maximize profit)

แม้จะปรากฏในวรรค 3 (a) ว่าไม่เป็นข้อห้ามที่จะกำหนดมาตรการบางประการเพื่อกำหนดที่ทำการผลิต ให้บริการ ฝึกหัดคน พนักงาน จ้างงาน ก่อสร้าง ติดตั้งอุปกรณ์ วัสดุ เครื่องมือ หรือเพื่อการวิจัยและพัฒนา ก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์โดยส่วนเดียวภายในการดำเนินการของผู้ประกอบการภายในองค์กรเท่านั้นมิใช่เพื่อประโยชน์ของสังคมไทยโดยรวมรวมทั้งข้อ 3(b) ไม่นำวรรค 1 (b) มาปรับใช้ในการถ่ายโอนเทคโนโลยี ขบวนการผลิต หรือความรู้อื่นใดแก่บุคคลในประเทศเจ้าบ้านก็ตามก็เป็นเพียงผลประโยชน์ขององค์กรธุรกิจโดยตรงเท่านั้น

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

มาตรา 9 Senior Management and Boards of Directors

สนธิสัญญากำหนดห้ามที่มีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของผู้บริหารที่ไทยเคยกำหนดไว้เพื่ออำนาจในการควบคุม บริหาร และ ดูแลองค์กรธุรกิจ จึงกล่าวได้ว่าไทยไม่มีโอกาสเป็นเจ้าของบริษัทต่างชาติ เพราะไทยไม่สามารถกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท Limitation of Equity Ratio อีกต่อไป ต่างชาติสามารถเป็นผู้ถือครองหุ้นได้ 100% และไม่มีโอกาสเป็นคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่ไทยเคยทำได้

มีผู้โต้แย้งว่าไทยเราก็ได้เคยให้สิทธิในการถือครองหุ้น 100% มาแล้วไม่มีอะไรต้องกังวลนั้นเป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจว่าโดยหลักกฎหมายทั่วไปเรามีข้อจำกัดในเรื่องการถือครองหุ้นไม่เกินอัตราส่วนข้างมาก 49:51 มาโดยตลอดจนกระทั่งการมีมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่อนุญาตให้ต่างชาติ

ถือครองได้มากกว่าอัตราที่กำหนด ได้ถึง 100% แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องของการส่งเสริมการลงทุน มีเงื่อนไขต่างๆมากมายเช่น ข้อกำหนดในเรื่อง Local content requirement, Export, Allocation of investment, etc. และอีกกรณีคือภายใต้ Hanoi Plan ของความร่วมมืออาเซียน และ Short Measures เพื่อกระตุ้นการลงทุน หลังวิกฤตทางการเงินที่ผ่านมา นั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นล้วนแต่เป็นมาตรการชั่วคราว และมาตรการเฉพาะ ซึ่งจะยกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้ ไม่เป็นกฎหมายที่ออกมาถาวร ส่วนผลของFTA นั้นจะทำให้ไทยต้องออกกฎหมายมาอนุวัติการตามข้อผูกพันในสนธิสัญญา

แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้มีกฎหมายกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้น 49-51 % ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ในหลายรูปแบบ เช่น การถือหุ้นในระบบ โนมินีก็จริงแต่สิ่งเหล่านั้นย่อมเป็นการกระทำผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งกระทำผิดกฎหมาย หากมีการตรวจสอบและพบ ย่อมเป็นการกระทำผิด อย่างน้อยบุคคลที่มีคุณธรรม จริยธรรมย่อมมีหิริโอตตัปปะ เกรงกลัวไม่กล้ากระทำ หรือหากใจหยาบกล้ากระทำก็ต้องคอยหวาดกลัวภัยว่าจะถูกตรวจพบการกระทำผิดกฎหมายนั้นๆ จึงไม่เหมือนกันอย่างแน่นอน

แม้ว่ามาตรา 9.2 จะอนุญาตให้กระทำได้แต่ตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่าต้องไม่ทำให้อำนาจการบริหารจัดการเหนือการลงทุนต้องสูญเสีย หรือด้อยลงไป จึงเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติย่อมยากที่จะปฏิบัติตามได้ยิ่งโอกาสที่นักลงทุนเป็นเจ้าของทั้งหมด ย่อมไม่มีโอกาสที่คนไทยจะเข้าไปก้าวก่ายได้

มาตรา 10 Investments and Environment

ถึงแม้ถ้อยคำในข้อบทดังกล่าวจะอ่านแล้วดูดีก็ตามแต่ต้องตกอยู่ภายใต้บริบทที่ว่า “Measure otherwise consistent with this Chapter”

มาตรา 12 Non-Conforming measures

3.หลังจากสนธิสัญญามีผลบังคับแล้วรัฐภาคีจะไม่ใช้มาตรการในการให้นักลงทุนขาย หรือจำหน่ายจ่ายโอน ถอนการลงทุน ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุน

มาตรา 14 การยุติข้อพิพาทซึ่งให้สิทธินักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง

ทำให้รัฐบาลไทยมีโอกาสถูกฟ้องเป็นหมิ่น เป็นพันล้านได้โดยง่าย เช่นที่เกิดขึ้นใน เม็กซิโก แคนาดา หรือ รัฐอาจจะหาทางออกโดยยอมแพ้เพื่อแลกกับการที่จะไม่ต้องถูกฟ้องโดยเอกชน ย่อมไม่ออกกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่เป็นการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือคนชาติ หรือยอมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้ว เช่นนี้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติก็ถูกกระทบไปด้วย

ข้อที่น่าสังเกตคือนักลงทุนต่างชาติมีสิทธิมากกว่านักลงทุนไทยในการฟ้องร้องรัฐได้เนื่องจากเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนต่างตัว จริงอยู่ที่สนธิสัญญาย่อมบังคับสองฝ่าย แต่ในความเป็นจริง ฝ่ายไทยมีโอกาสน้อยกว่าในการได้ประโยชน์จากข้อนี้ หากไทยลงทุนในสหรัฐไม่มากเท่าสหรัฐมาลงทุนในไทย อีกทั้งอำนาจและความรู้ที่แตกต่างกันในการใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญา

ข้อ 5. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันรัฐภาคี และรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยพลัน และในข้อ 6 รัฐภาคีจะไม่เรียกร้องหักกลบกับเงินที่จะได้รับจากการชดเชย

มาตรา 15 การนำข้อพิพาทสู่การอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการผลิตสัญญาในพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา ผลิตสัญญาการลงทุน หรือผลิตหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการลงทุน ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการลงทุน และนักลงทุนไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม

รับรองกฎ ระเบียบของ UNCITRAL, ICSID, New York Convention, การบังคับการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยต้อง enforce arbitration award ให้โดยไม่ต้องพิจารณาคดีซ้ำโดยเหตุที่ Arbitration Award นั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายในตัวเองเป็น Pacta Sunt Servanda การไม่ปฏิบัติตาม Arbitration Award จึงเป็นเพียงการผลิตสัญญาเท่านั้น ดังนั้น FTA จึงเรียกร้องให้ศาลไทยบังคับการตาม Arbitration Award ให้ด้วยโดยพลัน

มาตรา 16 Consent of each party to arbitration

โดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการ จะต้องได้รับการยินยอมจากคู่ภาคีจึงต้องให้รัฐภาคีให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และให้เป็นที่ไปตามบทบัญญัติ ICSID เรื่องเขตอำนาจเหนือการชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งให้บังคับการตาม New York Convention ด้วย

มาตรา 21 Governing Law

ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ, กฎหมายที่คู่ภาคีตกลง, ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือถ้าไม่ได้ตกลงไว้ให้ใช้กฎหมายขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ

การตีความภายใต้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการร่วม และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความเห็น หรือการตีความของคณะกรรมการ และหากคณะกรรมการไม่ให้คำตัดสิน ให้อำนาจตกเป็นของอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 25 ข้อ 10

ให้ถือว่าข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้า พาณิชย์ ทั้งนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมาตรา 1 ของ New York Convention

“A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purpose of Article I of New York Convention”

มาตรา 29

แม้จะมีมาตรการจำกัดการส่งออกเงินเมื่อมีภาวะเสียดุลทางการเงินก็ตามแต่กลับตกอยู่ภายใต้มาตรการของ IMF จะต้องคำนึงถึงเศรษฐกิจ และความเสียหายทางเศรษฐกิจของอีกฝ่ายหนึ่ง

Annex A Customary International Law นิยามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมโลก โดยเฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่มีโอกาสได้เห็น หรือศึกษา Annex ต่างๆ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญยิ่ง

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

Expropriation Annex B

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

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

ไม่มีโอกาสเห็นสนธิสัญญาทั้งฉบับนั้นเสี่ยงมากเพราะต้องอ่านทั้งฉบับ ไม่ทราบว่ามีข้อบทใดที่อาจจะกระทบข้อบทอื่น เช่นนักลงทุนอาจจะได้ Double wind fall benefit จากการส่งเสริมการลงทุน เช่นการยกเว้นภาษี และขณะเดียวกันก็ได้รับสิทธิประโยชน์ตาม FTA ด้วย หรือประเด็นการลงทุนกับเรื่องวงแหวนล้อม เป็นต้น

ปัญหาด้านภาษีอากร ไทยได้ทำข้อสงวนเรื่องกฎหมายภาษีอากรไว้รัดกุมเพียงใดมีฉะนั้นการลงทุนที่ควรจะต้องให้ภาษีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของไทยจะตกอยู่ภายใต้การขนเงินออกนอกประเทศ และไม่ต้องเสียภาษี ทั้งจากผลของ Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Haven, Conduit Company etc. รายได้ของชาติคือภาษีอากรหารัฐบาลไม่ได้เก็บภาษีเต็มเม็ดเต็มหน่วย ชาติก็ไม่เหลืออะไร และไม่มีงบประมาณมาพัฒนาประเทศชาติ

นอกจากนี้ภายใต้สนธิสัญญาที่ญี่ปุ่นทำกับประเทศอื่น ในลักษณะสนธิสัญญาความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ที่ไทยทำกับญี่ปุ่น (อาจจะปรากฏในความตกลง ไทย - ญี่ปุ่นด้วย) การเรียกเก็บภาษีอาจถือว่าเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ทางอ้อมได้ ซึ่งหากไทยได้ทำกับญี่ปุ่น อเมริกาย่อมได้ประโยชน์อย่างเดียวกันภายใต้หลัก MFN ด้วย (ในประเด็นที่กำลังพยายามหา Text มาดูเพื่อยืนยันข้อมูล)

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายในกระบวนการทำสนธิสัญญา

อำนาจอธิปไตยของรัฐ

1. กระบวนการเจรจา ทำสนธิสัญญา: การมีส่วนร่วมของภาคส่วนที่ถูกกระทบโดยตรงและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทาง รัฐบาลควรให้ความสำคัญกับการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศชาติ และ ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เพราะ FTA ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจของชาติ ทำให้เป็นระบบ Capitalism ที่เน้นการเปิดเสรีเต็มรูปแบบ TNCs จะเป็นผู้กุมอำนาจทางเศรษฐกิจ ลดบทบาทอำนาจรัฐ ลดการเข้ามากำกับดูแลของรัฐ ลดอุปสรรคจากระเบียบ กฎหมาย ข้อบังคับ ทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคนชาติซึ่งด้อยกว่าในเรื่องทุน เทคโนโลยี การบริหารจัดการไม่อยู่ในภาวะที่แข่งขันได้ และเกี่ยวข้องกับทุกภาคส่วนของสังคม จึงควรที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเข้ามา

ดูแล ตลอดจนภาคส่วนนั้นๆโดยตรง เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณามากกว่าข้าราชการประจำเพียงส่วนเดียว ในขณะที่สหรัฐอเมริกาจะใช้ Professional โดยตรงในแต่ละเรื่อง โดยเฉพาะนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญในแต่ละเรื่องจริงๆ มาดูแลในส่วนต่างๆนั้นโดยตรง

2. ขั้นตอนการแสดงเจตนา ยินยอมของรัฐในการผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent to be bound by a treaty expressed by signature, ratification, acceptance or approval etc) การแสดงเจตนายินยอมผูกพันสนธิสัญญาโดยรัฐ ซึ่งอาจจะกระทำได้หลายวิธีนั้น ได้แก่ การลงนาม การให้สัตยาบันหลังจากลงนามแล้ว การให้ความเห็นชอบ การยอมรับ เป็นต้น ไทยควรที่จะต้องตกลงให้สนธิสัญญานั้นผูกพันรัฐโดยวิธีการให้สัตยาบันหลังจากลงนามแล้ว มิใช่ให้ผูกพันทันที เมื่อลงนาม เพื่อเป็นโอกาสที่ไทยจะได้พิจารณาข้อบทที่จะถูกบังคับใช้ ที่ถูกต้องแท้จริง (Authentic Text) เพราะก่อนหน้านี้ทุกฝ่ายไม่อาจจะทราบว่สนธิสัญญามีสาระอย่างไรบ้าง จริงๆจนกว่าจะได้มีการ Authentication เสียก่อน จึงควรให้เวลารัฐบาลโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และประชาชนพิจารณา ชั่งน้ำหนัก ส่วนได้และเสีย ให้รอบคอบก่อน และไม่ควรถัดเวลาในการให้สัตยาบัน เพราะสหรัฐอเมริกาเองก็เคยใช้เวลาในการตัดสินใจให้สัตยาบันนานกว่า 40 ปีก็มีในสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามไว้แล้ว

การทำ FTA นั้นต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (และภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง) เพื่อเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และการให้สัตยาบันสนธิสัญญา จึงจะกระทำได้โดยต้องให้รัฐสภาเห็นชอบในสนธิสัญญานั้นเสียก่อน (โปรดดูขั้นตอนในการทำสนธิสัญญา)

3. ความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองระหว่างการเจรจา ที่ไทยต้องเป็นฝ่ายยอมรับข้อบทที่สหรัฐอเมริกาเสนอมาเพียงฝ่ายเดียว Take it or leave it ไม่อาจจะเจรจายกพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน ผิดหลักการเจรจาของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกันในประชาคมโลก การยอมตามสหรัฐอเมริกาในทุกข้อบทเท่ากับยอมรับอำนาจอธิปไตยที่เหนือกว่าของสหรัฐ กล่าวคือยอมรับกฎหมายของสหรัฐทั้งที่ขัดต่อกฎหมายของไทย เช่นกฎหมายสิทธิบัตร ตลอดจนการที่ไทยต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของชาติจำนวนหลายฉบับเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายอเมริกา นั้นเท่ากับอธิปไตยทางบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการถูกก้าวล่วงโดยอ้อม ศาลไทยก็ต้องช่วยบังคับการตามกฎหมายอเมริกาให้อเมริกาไปด้วยทางอ้อม

4. เมื่อรัฐผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐจะปฏิเสธความผูกพันโดยอ้างว่าการทำสนธิสัญญาขัดต่อกฎหมายภายในไม่ได้ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 46 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 เว้นแต่ มาตรา 46 กำหนดว่าการขัดต่อกฎหมายนั้นๆเป็นที่เห็นประจักษ์แล้ว หรือกฎหมายนั้นเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง ไทยจึงพึงตระหนักว่าการลงนามในสนธิสัญญาแล้วผูกพันรัฐทันทีนั้นอันตรายอย่างยิ่งและจะต้องรอการสิ้นผลการคุ้มครองที่จะต้องรอเวลาอีกอย่างน้อย 10 ปี กว่าความผูกพันจะหมดสิ้นเพราะ ถึงแม้การยกเลิกสนธิสัญญาจะกระทำได้ทันที แต่บริษัทที่เข้ามาลงทุนอาจจะได้ผลประโยชน์ตามสนธิสัญญาต่อไปอีก 10 ปี หรือตามที่รัฐภาคีจะตกลง

กันหากอเมริกาได้สิทธิตาม MFN (ทั้งนี้เนื่องจากไทยลงนามในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาเซียนที่มีข้อบทว่า Article XIII (2) This agreement shall thereafter continue in force unless terminated by any Contracting Party giving not less than six months written notice through diplomatic channels. Provided however that in respect of investments made while the Agreement was in force. Its provisions shall continue in effect with respect to such investment for a period of ten years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rule of international law. และขณะเดียวกันอเมริกาก็ได้ขอให้ไทยให้ MFN แก่อเมริกาด้วย นักลงทุนตามสนธิสัญญาข้างต้นได้สิทธิดังกล่าวหากนักลงทุนอเมริกาได้สิทธิ MFN ก็ย่อมได้สิทธินี้ด้วย)

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

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

ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการเปิดเสรี

1. ยังมีการเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอย่างมากเกี่ยวกับ Negative Approach, Positive Approach และ Negative List เพราะว่าไม่ว่าจะเจรจากันบนทฤษฎี Negative or Positive Approach ก็สามารถที่จะมี Negative list ได้ ซึ่งมีความหมายสองลักษณะคือ Negative List ที่มีฐานะเป็น Exception (General exception, Specific Exception, Sectoral Exception etc) กับ Negative List ที่เป็นบัญชีที่ไม่เปิดแต่จะค่อยๆเปิดตามหลัก Stand still and Roll Back ส่วน Negative List ที่เป็น Exception นั้นไม่จำเป็นต้องเปิดเพราะเป็น Exception อยู่นอกเหนือความผูกพันที่จะเปิดเสรี

2. รูปแบบการเปิดเสรีมีมากมายหลายรูปแบบไม่จำเป็นต้องทำเป็น Package หรือ Across the Board ก็ได้ โดยหันไปทำเป็นแบบ Sectoral Liberalization ตามแต่ที่เราพร้อมที่จะแข่งขัน และเปิด เช่น จีนและอินเดีย ที่ไม่ยอมตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอทุกรูปแบบ หรือเปิดแบบ Positive approach ที่เปิดเฉพาะ Positive List

3. การให้การปฏิบัติแบบ National Treatment and Most-Favored-Nation Treatment นั้นสามารถมีข้อยกเว้นได้ ไม่ตกอยู่ภายใต้ความผูกพันของ FTA ไทยควรเสนอข้อยกเว้น NT/MFN ในเรื่องที่สำคัญ

4. Core Sovereignty เป็นสิ่งที่สามารถกำหนดข้อยกเว้นได้ เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ไม่อาจก้าวล่วงได้

บทที่ 4

ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (State- Investor Dispute Settlement)

โดยการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

ในบทนี้จะศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ กับนักลงทุน (State – Investor Dispute Settlement) ในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวที่กำหนดไว้ในความตกลง FTA ไทย สหรัฐนั้นให้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัจจุบันนี้กลไกดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในการระงับข้อพิพาทในระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ และการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเหตุผลเพื่อการอำนวยความสะดวกรวดเร็ว และ เชื่อว่าอนุญาโตตุลาการเป็นกลางและเป็นธรรมสำหรับผู้ประกอบการ นักลงทุน เนื่องจากองค์คณะผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) เป็นบุคคลที่แต่ละฝ่ายพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกลาง ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ทั้งทางการเมือง นโยบาย และระบบกฎหมายในรัฐที่รับการลงทุน โดยเน้นเหตุผลทางด้าน การเปิดเสรีเป็นหลัก กระบวนการระงับข้อพิพาทไม่สลับซับซ้อน ไม่ยุ่งยาก และ ไม่ต้องเผชิญกับความยากลำบากทางกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ยากแก่การทำความเข้าใจสำหรับนักลงทุนต่างชาติในประเทศที่รับการลงทุน นอกจากนี้ กลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ยังเป็นกลไกที่ได้รับการสนับสนุน ส่งเสริมทั้งจาก ICSID (International Center for Settlement of Investment Dispute) สหประชาชาติ และองค์กรตุลาการภายในประเทศด้วย โดยถือว่าเป็นการยุติข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Settlement Measure) ที่มีประสิทธิภาพ ในปัจจุบันจึงมีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นกลไกที่ใช้ในการยุติข้อพิพาท ทั้งภายในประเทศ และ ระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ตามประเด็นการเปิดเสรี และ การยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ มาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ประเด็นปัญหานี้ มีความสลับซับซ้อน และ ละเอียดย่อยอย่างมากในการพิจารณาและ การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ หลักกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจจะเป็นมาตรการที่ไม่ปล่อยให้มีการเปิดเสรีโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมและสังคม และหากมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมมีผลบังคับที่เหนือกว่า ย่อมสามารถเป็นมูลฐานในการที่จะเป็นมาตรการที่ยกเว้นการเปิดเสรีในกรณีที่เกี่ยวข้องได้ หาก การเปิดเสรีในกรณีนั้นๆ จะกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและเป็นอันตรายต่อสังคมมนุษย์ จากประเด็นความขัดแย้งระหว่างมาตรการในการธำรงรักษาสิ่งแวดล้อม กับวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรี ทั้งทางด้าน การค้าและการลงทุน จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนตามกรอบของ WTO กับหลักการทางกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ดังต่อไปนี้ และจะวิเคราะห์ต่อไปถึงกลไก

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกับข้อพิพาททางการลงทุนภายใต้ข้อกำหนด FTA ไทย สหรัฐ โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกลไกการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมในประเด็นข้อพิพาทระหว่างการค้า การลงทุนที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีแนวโน้มในทางที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

หลักการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

ภายใต้ GATT/WTO กับการเปิดการค้าเสรี

ในสองทศวรรษที่ผ่านมา ได้มีพัฒนาการอย่างกว้างขวาง ที่จะส่งเสริมแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นแนวทางที่กว้างขวางมาก ครอบคลุมรูปแบบการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทั้งในแนวทางแบบดั้งเดิม นับตั้งแต่เรื่องการป้องกัน การก่อกมลพิษ เช่น การปล่อยสารพิษในอากาศ และ น้ำ จนถึงเรื่อง การอนุรักษ์ พันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ ที่กำลังจะสูญพันธุ์ ไปจนถึง เรื่องการสงวนรักษามรดกภูมิทัศน์ ความเป็นธรรมชาติ และ ความบริสุทธิ์ของสิ่งแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งการรักษาภาวะสมดุลแห่งสภาพแวดล้อม และชั้นบรรยากาศ การบรรลุเป้าหมาย และ จุดมุ่งหมายนี้ไม่อาจจะดำเนินไปได้หากไม่มีการร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศอย่างจริงจัง

ขณะเดียวกัน ประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการค้าระหว่างประเทศ และ สิ่งแวดล้อม เพิ่งจะได้รับความสนใจและบรรจุอยู่ในวาระการเจรจาทางการค้าด้วย อย่างไรก็ตามแนวคิดของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กลับมีมุมมองที่แตกต่างกัน เช่น นักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม มองว่าการเปิดเสรีทางการค้า ทำให้พัฒนาการทางเศรษฐกิจดำเนินไปโดยไม่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อม และ ไม่มีการหยุดยั้งการทำลายสิ่งแวดล้อม มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้รับการพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคของการค้าเสรี ในทางตรงกันข้ามนักการค้าเสรีกลับมองว่ามาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นเพียง เครื่องมือในการกีดกันทางการค้า

ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มีความสลับซับซ้อนอย่างมาก และมีหลายระนาบ ดังนั้น เพื่อที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการค้า กับสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษากรอบแห่งกฎเกณฑ์ หรือกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และ พิจารณา วิเคราะห์กรอบแห่งกฎหมายเหล่านี้เพื่อการปรับปรุงให้เหมาะสม และเป็นประโยชน์ในการเอื้อต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงต่อไป

ประเด็นที่สำคัญในการพิจารณาประการแรก คือการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ ของประเทศที่นำสินค้าเข้า ประการที่สอง ในทางตรงกันข้าม คือการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าเพื่อตอบโต้ต่อนโยบายการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของอีกประเทศหนึ่ง มาตรการดังกล่าวทั้งสองลักษณะ สะท้อนให้เห็นใน อนุสัญญาว่าด้วยการขนส่งระหว่างประเทศสัตว์ที่กำลังจะสูญพันธุ์ (Convention on International Traffic in Endangered Species: CITES) ซึ่งใช้มาตรการ การควบคุมการค้าเป็นเครื่องมือโดยตรงในการบรรลุเป้าหมายเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาว่า การกีดกันทางการค้า เป็นบทลงโทษ ต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ เพื่อบังคับให้รัฐที่ยังไม่มีกฎหมาย หรือมาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ต้องออกกฎหมาย และ บังคับการให้มีการใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ หลักการของแนวคิดนี้ คือ หลักการป้องกัน มิให้เกิดแนวความคิดเรื่อง "Race to the Bottom" อันเป็นการป้องกัน การแข่งขันทำให้มาตรฐานสิ่งแวดล้อม

ต่ำลงเพื่อเป็นแรงจูงใจให้มีการ เคลื่อนย้ายการค้า และ การลงทุน ไปสู่ประเทศเหล่านั้น เนื่องจากมี ต้นทุนทางการผลิต และ การค้า ที่ต่ำกว่า เพื่อให้มีความได้เปรียบในการแข่งขันที่ดีกว่า ประเทศที่มี มาตรฐานของสิ่งแวดล้อมที่สูงกว่า และ ทำให้ต้นทุนในการผลิต การดำเนินการ และ การค้าสูงกว่า ทำให้ เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขัน เป็นต้น

การศึกษาต่อไปนี้ จึงเป็นการสำรวจ ตรวจสอบ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มีอยู่ และกรณี ต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อมาตรการทางการค้าที่คำนึงถึงพื้นฐานทางด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมาย และ กรณีที่เกิดขึ้น ภายใต้กรอบของ GATT/WTO, ความตกลงการค้าเสรี และ NAFTA ซึ่ง สะท้อนให้เห็นการปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานทางกฎหมาย ที่ได้กำหนด แนวทางในบริบทของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ก็ได้ศึกษาวิวัฒนาการของกรอบ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และ กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ที่มีการยอมรับมาตรการทาง การค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมด้วย

1. มาตรการกีดกันสินค้าที่ข้ามพรมแดน กับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ มาตรการภายในประเทศ (Border Measures and National Treatment with respect to Internal Measures)

มาตรา I, II, และ มาตรา XI ของ GATT ห้ามการใช้มาตรการกีดกันสินค้าที่ข้ามพรมแดนไม่ว่า จะเป็นการส่งออก หรือ การนำเข้าสินค้า เว้นแต่เป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้ ข้อยกเว้น ในขณะเดียวกัน GATT ก็มีข้อห้ามในการใช้มาตรการภายในประเทศที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้า ที่แตกต่างจาก มาตรการที่บังคับใช้กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ กล่าวคือหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ทั้งนี้ตามมาตรา III ของ GATTนั่นเอง

และเห็นได้อย่างชัดเจนว่า นโยบาย หรือ มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่รัฐจะนำมาใช้ควบคุม การนำเข้าสินค้าที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ย่อมตกอยู่ในประเด็นดังกล่าว ที่อาจจะขัดแย้งกับหลักการ การค้าเสรีได้ ประเด็นปัญหา คือการพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่เป็นมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่าง แท้จริง มิใช่มาตรการกีดกันทางการค้าทางอ้อม จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ หลักเกณฑ์อันเป็นข้อยกเว้น ตามมาตรา XX หรือไม่

มาตรา XX ได้บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับการใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม จากหลักการทั่วไปของ GATT โดยจะต้อง “เป็นมาตรการที่ไม่ได้ปรับใช้ในลักษณะที่เป็นการอำเภอใจ หรือมีการเลือก ปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม” ต่อประเทศต่างๆที่มีสถานการณ์ หรืออยู่ในสภาวะแวดล้อมเดียวกัน หรือ คล้ายคลึงกัน แต่กลับมีการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ การขัดต่อ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับ อนุเคราะห์ยิ่งนั่นเอง (Most – Favored - Nation Treatment: MFN) หรือหากเลือกปฏิบัติที่แตกต่างจาก

คนชาติก็เป็นการขัดต่อ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตนเอง (National Treatment: NT) หรือต้องไม่มีการใช้มาตรการสิ่งแวดลอมเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าทางอ้อม (Disguised Restriction on International Trade)¹⁶

ในบรรดามาตรการต่างๆ ที่อาจจะเข้าข่ายกเว้นที่มาตรา XX¹⁷ กำหนดไว้ คือ “ความจำเป็นในการปกป้อง คุ่มครองชีวิต หรืออนามัยของมนุษย์ สัตว์ และ พืช” ซึ่งเป็นบทบัญญัติในมาตรา XX (b)¹⁸ และมาตรการที่ “เกี่ยวข้องกับ การอนุรักษ์ สงวนรักษา ทรัพยากรธรรมชาติ ที่สิ้นเปลืองหมดไปไม่อาจจะทดแทนได้” ในระยะเวลาอันสั้น หากมาตรการดังกล่าวได้นำมาปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพต่อการจำกัดในการผลิตและบริโภค ภายในประเทศนั้นๆ ด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา XX (g)¹⁹

ปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดลอมจึงอยู่ที่การตีความ คำว่า “สิ่งแวดลอม” เนื่องจากไม่มีการให้คำนิยามคำว่า สิ่งแวดลอมไว้ในที่ใดๆ ของบทบัญญัติของ GATT เลย จึงเป็นที่สงสัยว่าเจตนารมณ์ในการใช้บทบัญญัติดังกล่าวนี้ให้ใช้ในความหมายที่กว้างขวาง ซึ่งอาจจะรวมไปถึง สิ่งแวดลอมที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางจิตใจ และ ศิลปะความงดงาม ด้วยหรือไม่ หรือถ้านิยามแคบลงมาก็เกี่ยวข้องกันนโยบาย

กรณีที่พิจารณาได้อย่างเป็นรูปธรรม ตามมาตรา XX (b) เช่นการคุ้มครองสุขอนามัยจากการแพร่เชื้อโรค โดยการสั่งห้ามการนำเข้าสินค้าที่ปนเปื้อนเชื้อโรค หรือสารพิษ หรือในกรณีการคุ้มครองสุขอนามัย หรือ ชีวิตของพืช หรือ สัตว์ เช่นการสั่งห้ามการนำเข้าพืช หรือสัตว์ ที่มีการแพร่เชื้อโรคติดต่อ เป็นต้น

สำหรับมาตรา XX (g) นั้นมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการสูญเสียทรัพยากรธรรมชาติที่สิ้นเปลืองหมดไป หรือ ไม่อาจจะทดแทนใหม่ได้ในเวลาอันรวดเร็ว เช่น แร่ธาตุ ป่าไม้ น้ำมันปิโตรเลียม ซึ่งถือว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ และทำให้สภาพทางเศรษฐกิจมีความมั่นคง

¹⁶ “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”

¹⁷ Article XX 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 construed 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;

¹⁸ “necessary to protect human, animal or plant life or health”

⁸ “relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”

ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดี สำหรับเจตนาของผู้ร่างข้อบทในมาตรา XX นี้ ย่อมมีเจตนาในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่อาจจะทดแทนได้ในระยะเวลาอันสั้นนั่นเอง

อย่างไรก็ตามตลอดระยะเวลาที่มีการบังคับใช้ กฎเกณฑ์ ภายใต้ความตกลง GATT ในเรื่องนี้นั้น มีปัญหาโดยตลอดในเรื่องการตีความการปรับใช้มาตรา XX นี้เองว่าเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าหรือไม่ จึงมีมาตรการในการพิสูจน์ระดับหนึ่ง คือ **จะต้องมี หลักฐาน ข้อพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์ “Scientific Evidence”** ของผลกระทบของการค้าต่อสิ่งแวดล้อมว่าเสียหายอย่างไร ที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้จริงทางวิทยาศาสตร์

ดังนั้นในการเจรจา Tokyo Round จึงได้มีการพิจารณาถึง ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางการค้าทางเทคนิค (Agreement on Technical Barriers to Trade) เพื่อเป็นมาตรการในการพิจารณาแยกแยะ มาตรการกีดกันทางการค้าทางอ้อม จาก มาตรการที่แท้จริงที่มีใช้การกีดกันทางการค้า²⁰ โดยผ่านกระบวนการพิจารณาในหลายระนาบ โดยรัฐภาคี GATT ตกลงร่วมกันว่า

1. จะตกลงใช้มาตรฐานสากลระหว่างประเทศ (International Standards) อันเป็นที่ยอมรับ แทน มาตรฐานเฉพาะพิเศษภายในประเทศ ที่แปลก แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ (Idiosyncratic national standards) หากสามารถกระทำได้ ในการพิจารณาใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม
2. หากรัฐภาคีใดใช้มาตรการที่แตกต่างไปจากมาตรฐานสากลระหว่างประเทศนี้ รัฐนั้นจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิด อุปสรรคทางการค้าที่ไม่จำเป็น “an unnecessary obstacle to trade”

อย่างไรก็ตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางการค้าทางเทคนิคดังกล่าวยินยอมให้มี “ข้อกำหนดและมาตรฐานทางเทคนิค” (Technical Regulations and Standards) เพื่อที่จะป้องกัน “ความปลอดภัยหรือสุขอนามัยของมนุษย์ สุขอนามัย หรือชีวิตของพืช และ สัตว์ หรือ สิ่งแวดล้อม” ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 2(2) ของความตกลงดังกล่าว จากการมีบทบัญญัติเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ จึงตีความได้ว่า มาตรา XX (b) นี้สามารถใช้ได้ในขอบเขตที่กว้างขวาง ครอบคลุมถึงมาตรการที่ดำเนินการโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ และเป้าหมายของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม²¹

²⁰ To address the task of distinguishing genuine non-protectionist measures from disguised trade protection through a multi-faceted approach.

²¹ The equivalent provision in the Uruguay Round Agreement on Technical Barriers to Trade, Article 2(2) contains identical words.

2. กรณีศึกษา และแนวทางปฏิบัติของ GATT รวมทั้งการตีความ บทบัญญัติของ GATT ภายใต้ FTA ระหว่าง แคนาดา - สหรัฐ

การพิจารณาคดีต่างๆภายใต้กรอบของ GATT/WTO และคณะกรรมการการยุติข้อพิพาทภายใต้ FTA แคนาดา และ อเมริกา จะพบความสอดคล้องกันในเรื่องมาตรการสิ่งแวดลอมกับมาตรา III และ มาตรา XI ของ GATT ในการพิจารณาคดี รวมถึงการปรับใช้มาตรา XX ในกรณีการคุ้มครองสิ่งแวดลอม การปรับใช้มาตรา XX โดยการจำกัดทางการค้า (Trade restriction) เพื่อเป็นมาตรการคุ้มครอง สิ่งแวดลอมในประเทศที่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ นั้น ได้ถูกหยิบยกมาพิจารณาในคดี *Herring and Salmon case*²² ในคดีดังกล่าว สหรัฐอเมริกาเป็นโจทก์ฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดา ในกรณีที่ว่า ปลาแซลมอน และ ปลาเฮอริ่ง ที่ถูกจับในน่านน้ำแคนาดาจะต้องมีการผลิต หรือ ผ่านกระบวนการต่างๆ เกี่ยวกับการผลิตในแคนาดา ก่อนที่จะส่งออกจากแคนาดา นั้น เป็นการขัดต่อมาตรา XI ของ GATT ซึ่งในคดีดังกล่าวแคนาดาได้ตอบว่า ข้อจำกัดทางการค้าดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในการจัดการ ทรัพยากร เกี่ยวกับการประมง ชายฝั่งตะวันตกของแคนาดา และยอมที่จะเกี่ยวเนื่องกับ การอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติที่หมดสิ้นไปโดยไม่อาจทดแทนได้ในระยะเวลาอันสั้น (Related to "The conservation of exhaustible natural resources" ตามความหมายภายใต้มาตรา XX (g)²³ ความเห็น ของแคนาดาพิจารณาว่า การจำกัดการส่งออกนั้นทำหน้าที่ สองประการในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไป คือ

1. การป้องกันอันตราย และความเสี่ยงต่อการสูญสิ้นสายพันธุ์สัตว์นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการ ควบคุมการจับสัตว์อย่างถูกต้องแท้จริง และหนทางเดียวที่จะได้ข้อมูลที่ถูกต้องแท้จริง เกี่ยวกับการจับสัตว์นั้น ย่อมจำเป็นที่จะต้องควบคุมที่เป้าหมายของโรงงานที่จะผลิตปลา ดังกล่าว ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่จะต้องมีการรายงานตามที่รัฐบาลกำหนดอย่างเคร่งครัด
2. โดยเหตุที่ธรรมชาติการหมุนเวียนของการจับปลาทั้งสองชนิดนี้ ที่จะต้องเข้าสู่โรงงานการ ผลิตของแคนาดาเท่านั้น เป็นหนทางเดียวที่จะรักษาคุณภาพระหว่างเป้าหมายการอนุรักษ์ ปลาดังกล่าวกับเป้าหมายในการธำรงรักษาอุตสาหกรรมการผลิตปลาของแคนาดาให้ยั่งยืน

²² Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, BISD 355 (1988) 98.

²³ แคนาดายังโต้แย้งว่า เป็นกรณียกเว้น ตาม มาตรา XI (2b) เนื่องจากการควบคุมคุณภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำหน่าย เนื้อปลา ที่ผ่านกระบวนการผลิต จำเป็นที่จะต้องสร้างความมั่นใจในการที่จะต้องเข้าถึงกระบวนการผลิต ในอุตสาหกรรมการผลิตปลาของ แคนาดา ดังนั้น ในส่วนของปลาที่ยังไม่ผ่านกระบวนการผลิตทั้งหลาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดการส่งออกปลาที่ยังไม่ผ่าน กระบวนการดังกล่าวในการส่งออกปลาที่ยังไม่ผ่านกระบวนการผลิตเข้าสู่ตลาดอเมริกาด้วย และเป็นมาตรการภายใต้ กระบวนการควบคุมคุณภาพของแคนาดานั้นเอง แต่ข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับของคณะกรรมการพิจารณา

ซึ่งในเหตุผลประการที่สองนี้รัฐบาลต้องเผชิญกับปัญหาที่ว่า โดยมาตรการดังกล่าวจะมีการรักษาคุณภาพระหว่างปลาที่จับได้กับการคงอยู่ของอุตสาหกรรมการผลิตปลา โดยมีมาตรการ การควบคุมคุณภาพ เป็นกลไกในการตรวจสอบ หรือหากไม่ใช้มาตรการนี้ โดยปล่อยให้มีการจับปลาแล้วส่งออกอย่างเสรี ก็จะทำให้มีการจับปลามากเกินไปโดยไม่อาจจะควบคุมได้ และขณะเดียวกันอุตสาหกรรมการผลิตปลาอาจจะถูกกระทบจนต้องลดจำนวนอุตสาหกรรมลงก็ได้ เพราะขาดแคลนปลา อันเป็นวัตถุดิบในการผลิต

จากเหตุผลที่แคนาดากล่าวอ้างมาดังกล่าวข้างต้น สหรัฐโต้แย้งว่า **ทั้ง ไม่มีความจำเป็น และ ไม่มีประโยชน์แต่ประการใด** (Neither necessary nor particular useful for the purpose of ensuring an accurate estimate of the Canadian catch, since in the case where unprocessed fish was exported to the United States) ในการที่จะมาควบคุมการจับปลาโดยวิธีดังกล่าว เพื่อให้ทราบจำนวนที่แน่นอนของการจับปลาหากเป็นในกรณีที่จะมีการส่งออกปลาที่ไม่ผ่านกระบวนการผลิตไปยังสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เนื่องจากหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา สามารถแจ้งข้อมูลการนำเข้าของปริมาณปลาดังกล่าว เมื่อมีการส่งเข้าสู่เมืองท่าของสหรัฐได้ อย่างถูกต้องแท้จริงให้แก่แคนาดาได้ตามความประสงค์อยู่แล้ว

สหรัฐยังได้โต้แย้งต่อไปถึงกรณีการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ กับการรักษาคุณภาพ ของสิ่งแวดล้อม กับวัตถุประสงค์ในเรื่องการธำรงรักษาอุตสาหกรรมการผลิตปลาภายในประเทศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับ สังคม ทางเศรษฐกิจ(Socio - economic concerns) สหรัฐให้เหตุผลว่า แคนาดา ไม่ควรจะใช้ มาตรการ จำกัดการส่งออกดังกล่าว มาเป็นเหตุผล ควรปล่อยให้ เป็นกลไกตลาด และ ธรรมชาติของ ระบบการหมุนเวียน การแสวงหาวัตถุดิบ จากแหล่งอื่น เช่นการนำเข้า เพื่อทดแทนวัตถุดิบในประเทศ

ในท้ายที่สุดสหรัฐให้เหตุผลว่า พบหลักฐานที่ชัดเจนว่ารัฐบาลแคนาดา ได้ใช้มาตรการจำกัดทางการค้าดังกล่าวเพื่อเป็นมาตรการในการคุ้มครองการตงงานของคนงานในโรงงานอุตสาหกรรมผลิตปลาดังนั้นการห้ามการส่งออกปลาที่ไม่ผ่านกระบวนการผลิต ดังกล่าว โดยให้ผลิตในประเทศก่อนการส่งออก จึงมิใช่มาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง หากแต่เป็น มาตรการที่จำกัดทางการค้าโดย อ้อม (Disguised restriction on trade)

คณะกรรมการ GATT ได้ตีความองค์ประกอบของมาตรา XX (g) ว่า จะต้องเป็นมาตรการที่ "เกี่ยวข้อง" กับการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นหมดไป และมีอาจทดแทนได้ในระยะเวลาอันสั้น (Related to conservation of exhaustible natural resources as meaning primarily aimed at such conservation) นั้น ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญเบื้องต้น แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบดังกล่าว ก็ยังไม่สำคัญเท่ากับ การที่มาตรการนั้นๆจะต้อง มีความจำเป็น "Necessity" ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา XX (b)

ดังนั้นคณะกรรมการ GATT จึงพิจารณาว่ามาตรการห้ามการส่งออกปลา ที่ไม่ผ่านกระบวนการผลิต จึงมิใช่เป้าหมายแรก หรือวัตถุประสงค์เบื้องต้นที่แท้จริงในการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติ และ ไม่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าว เพราะสามารถใช้มาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเท่ากัน ได้แก่การขอความร่วมมือกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในการจัดส่งข้อมูลให้แก่แคนาดาได้ โดยไม่จำเป็นต้องห้ามการส่งออกปลาแชลมอน และ ปลา เฮอร์ริง ดังกล่าว นอกจากนั้นปลาชนิดอื่น ๆ ที่รัฐบาลต้องการที่จะตรวจสอบ จำนวนปริมาณการส่งออก ก็มีได้ใช้มาตรการห้ามการส่งออกดังกล่าวแต่อย่างใด

ดังนั้นคณะกรรมการจึงพิจารณาที่วัตถุประสงค์ที่แท้จริง (Objective test) มากกว่าที่จะมาดูเรื่องที่มาของกฎหมาย หรือเหตุผลในการออกกฎหมายให้บังคับใช้มาตรการดังกล่าว และพิจารณาว่ามีหนทางหรือมาตรการ อื่นใดที่สามารถนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องจำกัดทางการค้า และยังคงบรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไว้ได้ เท่าเทียมกัน เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

เหตุผลในการพิจารณาองค์ประกอบ เรื่อง “ความจำเป็น” หรือ “Necessity” ได้ปรากฏอยู่ในคดีที่สำคัญอีกคดีหนึ่งคือ คดี บุหรี่ไทย Thai Cigarette Case²⁴ ในคดีดังกล่าวสหรัฐได้ฟ้องร้องรัฐบาลไทยต่อ GATT ที่ไทยห้ามการนำเข้าบุหรี่จากสหรัฐ เป็นการละเมิดต่อ มาตรา XI ของ GATT ประเทศไทยโต้แย้ง การฟ้องร้องดังกล่าวโดยอ้างมาตรา XX (b) ว่ารัฐบาลไทย “มีความจำเป็น” (necessity) ในการคุ้มครอง ป้องกันสุขภาพ อนามัย ของประชาชน เพื่อการสาธารณสุข ในขณะที่ไม่มีการห้ามการจำหน่ายบุหรี่ไทยที่ผลิตในท้องถิ่นด้วย โดยรัฐบาลไทยอ้างว่า บุหรี่นำเข้า มีแนวโน้มในการรั้งใจ หรือดึงดูดใจสตรี และเด็ก ให้หันมาสูบบุหรี่ เนื่องจาก การโฆษณาที่ดูหรูหรา ประทับใจ และดูสมาร์ต ในการสูบบุหรี่นำเข้าจากต่างประเทศ และเป้าหมายของโฆษณาดังกล่าวพุ่งเป้ามาที่ประชากรกลุ่มนี้ นอกจากนั้น รัฐบาลไทยอ้างว่าการสูบบุหรี่อเมริกันนั้น ทำให้มีการเสพติดมากกว่าและ ทำให้เสพในปริมาณที่มากกว่าด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับบุหรี่ไทย ด้วยเหตุผลของความละมุนละม่อมของกลิ่น ไอ และ รสชาติของบุหรี่ที่ผ่านกรรมวิธีในการผลิตที่ทันสมัยกว่า และส่วนผสม องค์ประกอบทางเคมีในบุหรี่ด้วย ซึ่งในเหตุผลข้อหลังนี้ ไม่มีหลักฐานที่พิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์ (Scientific evidence) มาสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของไทย

ในที่สุด คณะกรรมการ GATT ได้พิจารณา ตัดสินว่า การห้าม การนำเข้าบุหรี่โดยมีเหตุผล “ที่จำเป็น” เกี่ยวกับสาธารณสุข ตามมาตรา XX (b) นั้นจะเป็นที่ยอมรับได้ ก็ต่อเมื่อ ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใด ที่ไม่เกี่ยวกับการจำกัดการค้า ได้อีกแล้ว ในการที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายของการป้องกันสาธารณสุขดังกล่าว คณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า การควบคุม หรือ ห้าม การโฆษณา หรือ มาตรการ ปิดฉลากเตือน หรือการแสดงข้อความเตือนถึงภัย อันตรายของการสูบบุหรี่ และ ต้องกระทำ โดยไม่เลือกปฏิบัติ ต่อทั้งบุหรี่ไทย และ บุหรี่ นำเข้า ย่อมจะบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องห้ามการนำเข้าบุหรี่ ที่เป็นมาตรการป้องกันสุขอนามัยเพียงประการเดียว ซึ่งถือว่าเป็นการผิดต่อกฎ ระเบียบของ GATT ดังนั้น การห้ามนำเข้าบุหรี่ในกรณีนี้ จึงไม่ชอบด้วย เหตุผลที่ว่า มี “ความจำเป็น” ในการป้องกันทางสาธารณสุข โดยคณะกรรมการ GATT ไม่ได้พิจารณาประเด็นที่ว่า การใช้ทางเลือกอื่นที่วามานั้นจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงมากขึ้นในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และ มิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่ามาตรการ ดังกล่าวนั้นไม่สามารถที่จะมีประสิทธิภาพ และ ประสิทธิภาพในการบังคับใช้ในทางปฏิบัติสำหรับประเทศที่กำลังพัฒนาโดยทั่วไป

²⁴ ในคดีดังกล่าวรัฐบาลไทยได้จำกัดการนำเข้าบุหรี่จากสหรัฐอเมริกา และได้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตบุหรี่นำเข้าต่างจากบุหรี่ที่ผลิตภายในประเทศ BISD, 37th, Supp (1990) 200-8.

จากตัวอย่าง คดีทั้งสอง ข้างต้น (Salmon and Herring Landing Requirements Case, and Thai Cigarette Case) คณะกรรมาธิการ ได้มุ่งชี้ประเด็นที่ว่ามาตรการใดๆที่จะกล่าวอ้างนำมาใช้ในการจำกัดทางการค้า (Trade Restriction) ต้องเป็นมาตรการที่ “เป็นหนทางที่น้อยที่สุดในการจำกัดทางการค้า” ที่เป็นมาตรการที่เหมาะสมในการพิจารณาเพื่อจำกัดทางการค้า โดยไม่อาจมีทางเลือกอื่นได้อีกแล้ว (least restrictive means test as the appropriate standard of justification for trade-restricting measures) หลักการนี้ใช้ได้ ทั้งกับมาตรา XX (g) และ มาตรา XX (b) และโดยการพิจารณาในแนวทางดังกล่าวได้เป็นบรรทัดฐานที่ยึดถือต่อมาว่า มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว และสะท้อนให้เห็นแนวคิด และหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดที่ว่า มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องหลีกเลี่ยงมาตรการจำกัดทางการค้า หรือที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าให้มากที่สุด หรือพยายามให้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีผลกระทบต่อการค้าในวิถีทางที่น้อยที่สุดนั่นเอง

เหตุผลของการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าว ก็เพื่อที่จะป้องกัน การที่ประเทศสมาชิกหันมาใช้มาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นอาวุธในการกล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุผลเพื่อการจำกัดทางการค้า หรือเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีนั่นเอง ซึ่งสร้างความไม่สบายใจแก่คณะกรรมาธิการในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยใช้มาตรการทางการค้า ว่า การใช้มาตรการดังกล่าวเป็นเหตุผลที่แท้จริง หรือไม่ มีความจริงใจเพียงใดในการกล่าวอ้างมาตรการดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับ การเมือง นโยบายภายในประเทศ และ กลุ่มผลประโยชน์อีกด้วย ดังนั้นมาตรการตามหลักการ “**A least-restrictive means test**” จึงถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ทุกรัฐภาคีสมาชิกพึงต้องตระหนักเป็นเหตุผลสำคัญที่สุดในการใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไม่ว่าในกรณีใดๆ

อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวก็มีข้อที่ควรพิจารณาอย่างยิ่ง กล่าวคือ หากการเน้นที่วัตถุประสงค์ในเรื่องการค้าเสรีเป็นเป้าหมายหลักเพียงประการเดียว อาจกลายเป็นการให้เอกสิทธิพิเศษที่ว่า การค้าเสรีต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด หรือ อยู่เหนือวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จึงน่าจะพิจารณาในหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นมากกว่า หรือ ตามทฤษฎีมาตราส่วนที่เหมาะสม (ทฤษฎีเหมาะสม) “Proportionality Test” ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่รักษาดุลยภาพ ระหว่างผลประโยชน์ทางด้านอนุรักษสิ่งแวดล้อมเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดจากการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ กับ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่จะได้จากการค้าระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการจะพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างความเสียหายที่เกิดกับการค้า กับ คุณค่าทางสังคม (Social Value) และ ผลลัพธ์ หรือเป้าหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หากสองสิ่งนี้ขัดแย้งกัน ประโยชน์ฝ่ายใดจะมีมากกว่ากัน จะเห็นได้ว่า มาตรการในการพิจารณา “วิถีทางที่น้อยที่สุด” (least restrictive means test) ดังกล่าวเป็น วิธีการที่คำนึงถึง “วิธี” หรือ “Means” มากกว่า การพิจารณา เรื่องสาระสำคัญของผลกระทบ “Substantive Impacts” ที่มีต่อสิ่งแวดล้อม และ สังคม

อีกประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณา คือ การใช้มาตรการป้องกันสิ่งแวดล้อมในแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันโดยธรรมชาติ ในบริบททางสังคม สภาพแวดล้อมของปัญหา และปัจจัยต่างๆที่เป็นองค์ประกอบมากมาย ที่ทำให้รัฐบาล และ ผู้มีอำนาจในการกำหนด นโยบาย อาจพิจารณาใช้มาตรการที่

แตกต่างกันไป ระหว่างประเทศหนึ่ง กับอีกประเทศหนึ่ง ดังตัวอย่างในคดี บุหรี่ไทยข้างต้น ซึ่งการใช้มาตรการ อื่นๆที่ไม่ใช่การจำกัดทางการค้า เช่น ทางเลือกในการเตือนผู้บริโภค (Consumer Warnings) การประชาสัมพันธ์ต่อสาธารณชนถึงภัยของบุหรี่ (Public information Campaigns) หรือวิธีการอื่นๆที่เหมาะสมนั้น อาจจะมีผลสัมฤทธิ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่นระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้ว กับประเทศที่กำลังพัฒนา ในกลุ่มชนที่มีการศึกษา และ ไม่มีการศึกษา ระหว่างกลุ่มชน ที่มีศาสนา และ แนวทางปฏิบัติ ความเชื่อ ที่แตกต่างกัน ย่อมส่งผลต่อวิธีการคิด และ ยอมรับ หรือการรับรู้ ข้อมูลที่สื่อมาจาก “มาตรการที่ใช้” ที่แตกต่างกันออกไป ในกรณีคดีบุหรี่ไทยนั้น องค์การอนามัยโลก กลับมีความเห็นที่สวนทางกับคณะกรรมการ GATT โดยพิจารณาเห็นว่า วิธีการที่รัฐบาลไทยเลือกนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสม ภายใต้สถานการณ์นั้นๆแล้ว²⁵

ความสัมพันธ์ระหว่าง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ กับ ปัญหาการบังคับใช้มาตรา III และ การปรับใช้มาตรา XX ซึ่งเป็นข้อยกเว้น มาตรา XI

ปัญหาที่สร้างความสับสน ยุ่งยาก ในการแยกแยะ ระหว่างการใช้มาตรการห้ามการนำเข้า ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการภายใน ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งปรับใช้ ทั้งแก่สินค้านำเข้า และ สินค้าภายในประเทศ โดยเท่าเทียมกัน ตามหลัก การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ การใช้มาตรการ สิ่งแวดล้อมภายใต้มาตรา XX ซึ่งเป็นข้อยกเว้นมาตรา XI GATTตั้งได้อธิบายมาข้างต้นแล้วนั้น เป็นเรื่องที่ยากลำบากในการพิจารณาอย่างยิ่ง โปรดศึกษาคดีต่อไปนี้

ในคดี กุ้งก้ามกาม Lobster Case²⁶ คณะกรรมการ ภายใต้ FTA Canada - US ได้พิจารณา เกี่ยวกับการที่สหรัฐอเมริกาได้บังคับใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม โดยกำหนดมาตรการห้ามจำหน่าย และ บริโภคกุ้งที่ยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ และ ได้กำหนด ขนาดของกุ้ง ที่ยังไม่เติบโตนั้น (Minimum small size) โดยอิงขนาดของกุ้งที่ยังไม่เติบโตของสหรัฐอเมริกาเป็นเกณฑ์ ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการที่จะ อนุรักษ์พันธุ์กุ้ง ไม่ให้มีการจับกุ้งที่ยังเล็กอยู่ และ ยังไม่แพร่พันธุ์ อันอาจจะทำให้กุ้งไม่มีโอกาสเผยแพร่ พันธุ์ และ โอกาสที่กุ้งจะสูญพันธุ์ก็อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยผลของมาตรการดังกล่าวทำให้มีการห้ามนำเข้า กุ้งจากแคนาดาโดยปริยาย เนื่องจาก กุ้งที่เติบโตแล้วของแคนาดา มีขนาดเล็กกว่ากุ้งสหรัฐที่ยังไม่โต จึง ไม่อาจจะนำเข้ากุ้งแคนาดา เข้าตลาดสหรัฐได้เพราะฝ่าฝืนต่อมาตรการดังกล่าวอันเป็นมาตรการ ภายในในประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากอนุภูมิของน้ำในทะเลของแคนาดา มีความหนาแน่นกว่าอนุภูมิของน้ำ

²⁵ The World Health Organization (WHO) suggesting that the Thai Government's approach was a reasonable instrument choice under the circumstances.

²⁶ Lobster from Canada, Final Report of the Panel (25 May 1990), 3 T.C.T. 8182.

ในทะเลสหรัฐอเมริกา เพราะแคนาดาอยู่ในระดับละติจูดที่สูงกว่าสหรัฐอเมริกา จึงมีความใกล้เคียงโลกเหนือมากกว่า น้ำที่มีอุณหภูมิเย็นจัด ทำให้ขนาดปกติของกุ้งที่เติบโตแล้ว (Matured Lobster) ยังมีขนาดเล็กกว่ากุ้งปกติที่เติบโตแล้วของอเมริกา จึงเกิดปัญหา กล่าวคือมาตรการดังกล่าวกลายเป็นอุปสรรคทางการค้าของการนำเข้ากุ้งแคนาดา

อย่างไรก็ตาม จากการไต่สวนพบว่าเหตุผลที่แท้จริงในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวกับการนำเข้ากุ้งแคนาดาด้วย เกิดจากการที่ชาวประมงสหรัฐอเมริกาต้องการเรียกร้องเรื่องการบังคับใช้มาตรการภายในต่อการจับกุ้งของชาวประมงอเมริกาโดยไม่มีการบังคับใช้ในการนำเข้าด้วย ทำให้ชาวประมงท้องถิ่นเสียเปรียบในการแข่งขัน เพราะมาตรการดังกล่าวบังคับเฉพาะกับกุ้งที่จับภายในประเทศเท่านั้น แต่เมื่อมีการร้องเรียนจากชาวประมงอเมริกัน รัฐบาลจึงบังคับใช้มาตรการนี้กับกุ้งที่นำเข้าด้วยโดยบังคับใช้ขนาดของกุ้งที่เท่าเทียมกัน การณ์กลับเป็นการบังคับใช้มาตรการที่กลายเป็นอุปสรรคของการนำเข้าไปโดยปริยาย และเมื่อแคนาดาโต้แย้งการใช้มาตรการดังกล่าว สหรัฐก็ตอบได้ว่า หากไม่ใช้ขนาดของกุ้งที่เท่าเทียมกันนั้น จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่สัมฤทธิ์ผล เนื่องจากกุ้งไม่สังกัดสัญชาติ ไม่อาจจะแยกแยะว่ากุ้งตัวใดเป็นกุ้งท้องถิ่น และ กุ้งตัวใดเป็นกุ้งที่นำเข้าจากแคนาดา นอกจากนั้นก็เกิดภาระ และ ค่าใช้จ่าย ที่ไม่อาจจะประเมินได้ในการแยกแยะกุ้งของแต่ละประเทศ ซึ่งยากแก่การตรวจสอบ

จากคดีดังกล่าวเห็นได้ว่ามาตรการที่สหรัฐนำมาใช้นี้เป็นการยาก ที่จะแยกแยะว่าเป็นมาตรการตามมาตรา XX ที่เป็นข้อยกเว้นมาตรา XI ซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าห้ามการนำเข้าโดยตรง หรือเป็นการปรับใช้มาตรา III ในการบังคับใช้มาตรการสิ่งแวดล้อมโดยเท่าเทียมกัน เมื่อกุ้งที่ข้ามพรมแดนมาแล้วต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการภายในเดียวกันที่บังคับต่อกุ้งทั้งนำเข้าและ กุ้งท้องถิ่น ซึ่งส่งผลโดยอ้อม ในอันที่จะทำให้ไม่มีการนำเข้า และเป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าโดยปริยาย เป็นเรื่องที่น่าพิจารณา

นอกจากนั้นปัญหาที่ควรพิจารณาอีกคงมีต่อไปว่า มาตรการภายใน ที่บังคับใช้ ทั้งต่อสินค้านำเข้า และสินค้าท้องถิ่นโดยเท่าเทียมกันภายใต้ หลัก การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามมาตรา III นั้น ก็ยังอาจจะเป็นอุปสรรคทางการค้าโดยปริยายได้เช่นกัน ได้แก่ มาตรการบังคับเกี่ยวกับการหีบห่อ เพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านอนามัย สาธารณสุข (A requirement of environmentally-safe packaging "biodegradable") ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ หาก สินค้าท้องถิ่นนั้นได้มีการบังคับใช้หีบห่อในลักษณะนั้นๆ ที่สอดคล้องกับข้อบังคับอยู่แล้วโดยปกติ ทั่วไป แต่สินค้านำเข้าต้องเปลี่ยนแปลงลักษณะหีบห่อให้สอดคล้องตามหลักเกณฑ์ เช่นนั้นด้วย ย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นมากกว่าสินค้าท้องถิ่น อันมีผลกระทบต่อความได้เปรียบในการแข่งขันเชิงราคาได้ ก็จัดว่าเป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าทางอ้อม ยิ่งมีการใช้มาตรการที่พิเศษจำเพาะมากเท่าใด ย่อมทำให้การนำเข้าที่จะต้องปรับลักษณะให้เข้ากับมาตรการพิเศษเฉพาะเช่นนั้นมีความยุ่งยากมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้นสินค้านำเข้า ที่ไม่มีส่วนแบ่งตลาดที่มากเพียงพอ ในที่สุดย่อมต้องทิ้งตลาดไป จึงเป็นมาตรการกำจัดการแข่งขันจากการนำเข้าโดยอ้อมได้เช่นกัน

ตัวอย่างอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหลัก National Treatment ที่มีผลกระทบต่อการค้านำเข้า ได้แก่ การจัดเก็บภาษีภาชนะ (Container tax) แก่ สินค้าประเภทเหล้า เบียร์ ที่สามารถคืนภาษีได้ เมื่อนำภาชนะมาใช้หมุนเวียน หรือ คืนภาชนะ เพื่อส่งเสริมระบบ recycling, re-bottling เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการรักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีการกำหนดจตุรัสคืน ของสินค้าท้องถิ่น แต่ในกรณีสินค้านำเข้า ไม่มีการวางระบบดังกล่าว และ การจำหน่ายแบบขายขาด ทำให้ไม่สามารถรับคืนภาษี ใน

ลักษณะเดียวกับสินค้าท้องถิ่น หากจะดำเนินการในลักษณะเดียวกับสินค้าท้องถิ่น ก็จะต้องมีการสร้างระบบของตนเอง ทั้งจุดรับคืน และโรงงานที่หมุนเวียนการใช้ภาชนะ ซึ่งก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายอย่างมาก เพราะมิได้เป็นสินค้าที่ผลิตภายในประเทศนั้นๆ

การบังคับใช้ความตกลงทางด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม กับ การค้า ภายใต้ระบอบการค้าโลกเสรี

ได้กล่าวมาโดยสังเขปในตอนต้นแล้วว่า ได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ซึ่งได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงมาตรการในการจำกัดทางการค้า เพื่อเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามผลของความตกลง ในอันที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งมาตรการดังกล่าวบัญญัติไว้โดยชัดเจนในอนุสัญญา CITES²⁷ ซึ่งจำกัดการค้าพืชและสัตว์ที่กำลังจะสูญพันธุ์ ด้วยเหตุที่การส่งออกสินค้าพืช สัตว์ที่หายากเหล่านี้เป็นตลาดที่ดึงดูดใจให้นักล่าเกิดแรงจูงใจในล่าเพื่อ การค้าพืช สัตว์เหล่านี้ โดยฝ่าฝืนกฎหมายภายในประเทศที่อนุรักษ์พันธุ์พืช และสัตว์สงวนเหล่านี้ ดังนั้นมาตรการจำกัดการค้า ห้ามการนำเข้า พืช และ สัตว์สงวน จึงเป็นวิธีทางหนึ่งที่จะระงับยับยั้งการล่าให้ลดน้อยลง กว่ามาตรการตามกฎหมายภายในประเทศ เช่นเดียวกับมาตรการภายใต้อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของ ของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal) และ สนธิสัญญาจำกัดการขยายการมีอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Non-Proliferation Treaty) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมาตรการจำกัดการค้าที่ตอบโต้รัฐภาคีของอนุสัญญาเหล่านี้ที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดในอนุสัญญาสิ่งแวดล้อม ไม่ได้เป็นประเด็นทางกฎหมายภายใต้กรอบของ GATT อย่างแท้จริง トラบิตที่การบังคับใช้อนุสัญญา หรือความตกลงเหล่านี้จะต้องบังคับใช้ภายใต้มาตรการของ GATT หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บทบังคับของ GATT มีผลเหนือกว่าความตกลงเหล่านี้ นอกจากนั้นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมคือ ในกรณีสมาชิกของ GATT ที่ยังไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา หรือ ความตกลงทางด้านสิ่งแวดล้อม ย่อมไม่ผูกพันในการถูกบังคับใช้มาตรการสิ่งแวดล้อม ซึ่งน่าจะมีการทบทวนมาตรการดังกล่าวภายใต้มาตรา XX ให้รวมถึงการบังคับใช้มาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมแก่สมาชิกของ GATT ด้วยโดย หลักการพื้นฐานทางกฎหมายในลักษณะเดียวกัน อีกทั้งประเด็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในการที่จะสงวน รักษาสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง ในบางประเด็น

²⁷ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 3 March 1973, 27 U.S.T. 1087,993 UNTS 243.

ที่มีการขัดแย้งกันระหว่างปัญหาสิ่งแวดล้อมกับการค้า น่าที่จะมีการนำประเด็นปัญหาทางกฎหมายเข้าสู่ การพิจารณาในองค์การอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์การสหประชาชาติ หรือแม้กระทั่งการนำคดีขึ้นสู่การ พิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐในประเด็นปัญหา สิ่งแวดล้อม อำนาจอธิปไตย และ มาตรการทางการค้า รัฐต่าง ๆ ควรจะยังคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในการสงวนรักษา สิ่งแวดล้อม และการจัดการด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ และหากการค้า การลงทุนใดมีผลกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง รัฐควรจะยังคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในการใช้มาตรการทางการค้า เพื่อบังคับ การให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

ปัญหาที่ยังไม่มีการแก้ไขในประเด็นความขัดแย้งระหว่างการบังคับใช้มาตรการทางด้าน สิ่งแวดล้อมกับการค้า คือ ไม่มีหน่วยงาน หรือ สถาบันที่ดูแลเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง ไม่ว่าจะเป็น สถาบันสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หรือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประเด็นต่อไป คือ ยังไม่มี มาตรการสิ่งแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพในการบังคับการให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง

แนวทางเสนอแนะประการหนึ่ง คือการมีมาตรการที่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมาย หรือ มาตรการสิ่งแวดล้อม ทั้งการรักษาสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ และ สิ่งแวดล้อมของโลก นอกจากนี้ ควร จะมีการพิจารณาถึงคุณค่า หรือ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในทางเศรษฐศาสตร์ ต่อกรณีการรักษาสิ่งแวดล้อมที่ อาจจะสูญเสียบ้าง หากคำนึงถึงการค้าแต่เพียงประการเดียว ในปัจจุบันมีแต่การคำนวณค่าทาง เศรษฐศาสตร์สำหรับมูลค่าในการค้า และ การลงทุน โดยไม่มีการคำนวณมูลค่าของสิ่งแวดล้อม หรือ ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไปโดยไม่อาจจะทดแทนได้ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมทางสังคม คุณค่าทาง วัฒนธรรม ความบริสุทธิ์ของธรรมชาติ และ วิถีชีวิตที่มีคุณภาพ สำหรับทางออกในการพิจารณาโดย อาศัยข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์นั้นมีความแคบ และ ตื้นเกินไป ไม่อาจวัดค่าทางคุณธรรม และ คุณค่า ทางสังคมได้ อาจจะมีหน่วยงานเฉพาะ เช่น United Nations Environmental Program (UNEP) เข้ามา ทำหน้าที่ดูแลโดยตรง และ พิจารณากรณีสิ่งแวดล้อม โดยถือว่าประเด็นสิ่งแวดล้อม อยู่เหนือกรณีการค้า และเหนือสิ่งอื่นใด คือประเด็นเรื่องคุณค่าแห่งสิทธิมนุษยชน และสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ ของมนุษย์ คงไม่มีผู้ใดปฏิเสธว่าความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษย์ ระบบนิเวศน์ที่สมบูรณ์ และ ความสุขของ มนุษย์ในการดำรงอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีนั้นสำคัญกว่าเงินตรา และ ความเจริญทางวัตถุ หากต้องแลกกับ สภาพแวดล้อมที่เสื่อมโทรม และเป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์

คดีเกี่ยวกับการค้า การลงทุน และ ประเด็นทางสังคม วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม สิทธิ มนุษยชน และทรัพย์สินทางปัญญา

ตัวอย่างคดีต่อไปนี้เป็นคดีการค้าที่เกี่ยวข้องกับระบบโลกาภิวัตน์ และมีความสัมพันธ์อย่าง ใกล้ชิดกับสถานะแวดล้อม ชีวิต สังคม วัฒนธรรม สิทธิมนุษยชน สิทธิทางด้านแรงงาน ทรัพย์สินทาง ปัญญา ซึ่งกล่าวได้ว่า เศรษฐกิจ การค้า ล่าพิงเพียงประการเดียว ไม่สามารถรักษาสมดุลย์ระหว่าง ธรรมชาติของการดำรงอยู่ของมนุษย์กับความเจริญทางวัตถุ และปฏิสัมพันธ์ระหว่างธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมกับความเจริญทางเทคโนโลยีที่ถูกสร้างขึ้นมาจากระบบทุนนิยมและวัตถุนิยม คดีเหล่านี้ได้รับ

การพิจารณาตัดสินให้ประเด็นของสิ่งแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม และสิทธิมนุษยชนได้รับการคำนึงถึงสูงกว่าการเปิดเสรี การค้า และการลงทุนที่กระทบต่อภาคสังคมดังกล่าว ภายใต้ระบบของศาลยุติธรรม ซึ่งในที่นี้จะนำมาพิจารณาเฉพาะคดี Black Sea Barrel Pollution มาพิจารณาเปรียบเทียบกับคดี Metal Clad แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างการยุติข้อพิพาทโดยระบบอนุญาโตตุลาการ และระบบศาลยุติธรรม หรือกระบวนการอื่นใด ตลอดจนกลไกอื่นๆ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการคำนึงถึงความสำคัญทางสังคมในระดับที่เท่าเทียมกัน หรือ คำนึงถึงมากกว่าการเปิดเสรีโดยสิ้นเชิง

ตัวอย่างคดีต่อไปนี้ที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้งระหว่างการค้า การลงทุน และปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม สิทธิมนุษยชน และ ทรัพย์สินทางปัญญา

1. AUSTRIA Trop Wood Ban
2. BARREL Turkey Hazmat Trade
3. BASEL Agreement
4. BEAR Bears and Trade
5. BEETLE Beetles and Trade
6. BENGALI Bangladesh US Waste
7. BIRDS Latin American Bird Export
8. BLACKSEA Black Sea Pollution and Trade
9. BOTSWANA Cattle Farms
10. BRAZIL Log Export Ban
11. BUTTER Monarch Butterfly
12. CANCOD Canada Cod Case
13. CHILE Timber Farms
14. CIGAR Thai Cigarette Import Ban
15. COCA Trade and Production
16. COLORADO River Dispute
17. CORALCITES Watch on Coral
18. DANISH Beer Bottle Dispute
19. DUTCH Wood Dutch Tropical Wood Import Ban
20. ECCAREC Vehicle Emissions
21. ECFURBANEC Fur Import Ban
22. ECPACK EC Packaging Law
23. ECUADOR Oil Export Dispute
24. EGYPT Tourism and Cultural Heritage Problems
25. ELEPHANT and Ivory Trade
26. FRANCE French Alp Ski Ban

27. GERMAUTO German Auto Recycling
28. GERMPACK German Package Law
29. GREEN Turtle Loss
30. GROUSE Imports Dutch
31. HAWKSBIL Hawksbill Turtle
32. HOOFEC Hoof Mouth Ban
33. HUNGARYHungary Slovak Dam
34. INDONES Indonesia Export Wood Ban and Subsidies
35. ISRAEL Israel Jordan Water Dispute and Relation to Trade and Environment
36. ITALY BAG Italy Plastic Bag
37. JAPANPL Japan Plutonium Trade
38. JELLYWAX Hazardous Trade Exports from Italy to Lebanon
39. JWHALE International Whaling Commission and Japan Whale Dispute
40. KHAIN Sea Waste Case
41. LAPAZ US-Mexico Lapaz Agreement
42. LOBSTER US Canada Lobster Feud
43. MALAY Malaysian Raw Wood Export Ban
44. MANGROVE Losses and Shrimp Farming
45. MEDIT Mediterranean Sea Pollution and Tourism
46. MERCK bio Agreement on Bio-Propecting
47. MONTREAL Protocol, the Ozone Hole and CFCs
48. NAFTA Trade Treaty and Environmental Aspects
49. NEMATODE Nematodes and EC Pine Import Ban on Canada
50. NICARAG Nicaragua Sale of Timber to Taiwan
51. NIGERIA Waste Imports from Italy
52. NWHALE Norway and International Whaling Commission Dispute
53. ONTARIO , Environmental Tax on Beer Cans and US Trade Dispute
54. OPTION9 Option 9 US Forest Plan and US Exports
55. PANDA US China Panda Trade
56. PFBELIZE Belize Deforestation and Tourism
57. RHINO CITES Rhino Horn Trade Ban
58. SALMON Canada Restrictions on Exports of Salmon and Herring
59. SANDIEGO Maquiladoras, Tijuana River Water Problems and Impact on US
60. SHARK Trade, Depletion and Soup
61. SHRIMP US Shrimp Import Ban and Sea Turtle Loss

62. SIBERIA Deforestation, Hyundai, Indigenous People and Exports
63. SOMALIA Waste Imports from Europe and Civil War
64. SULFUR Sulfur Pollution EC
65. SWIFT Shark Fin Soup, Depletion and Trade
66. TAIGA Russia Forest Policy and Exports
67. THAIBIRD CITES Wildlife Ban (Birds) on Thailand
68. THAILOG Thailand Deforestation, Floods, and Logging Ban
69. TIGER Siberian Tiger Exports to China and Species Loss
70. TIMOWL Timber Cutting, Exports to Japan, and the Spotted Owl in the Pacific Northwest
71. TUNA GATT Tuna Dolphin Case
72. TURKEY Germany Hazardous Waste Exports to Germany
73. UKCOD UK and Spain Cod Feud
74. USCANADA US and Canada Timber Trade Dispute
75. USCARTAX US Auto Taxes and Trade
76. USCHINA US Sanctions on Taiwan for Tiger Trade
77. USWOOD US Timber Subsidies and Exports
78. VENICE Expo 2000 and Environmental Impacts
79. ANTARCTICA Tourism

กรณีศึกษาคดี Black Sea Barrel Pollution

ข้อเท็จจริง

นับตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ถึงเดือน ธันวาคม ปี ค.ศ. 1988 ได้มีการพบถังบรรจุ (ขยะ) สารเคมี มีพิษ หรือของเสียสารเคมีอันตรายกว่า 364 บาร์เรลทางด้านชายฝั่งของทะเลดำฝั่งตุรกี และพบว่าเป็นของเสียสารเคมีอันตรายที่มาจากอิตาลี จากการตรวจสอบพบที่มีการส่งสารเคมีดังกล่าวจากอิตาลีไปยังเมือง Sulina ประเทศโรมาเนีย โดยขนส่งไปบนเรือ Maltese และ เรือ ตุรกี ในปี 1987 เป็นจำนวนมาก เหตุการณ์ดังกล่าวนำมาสู่การออกกฎหมายที่เข้มงวดเกี่ยวกับการห้ามนำเข้าสารเคมีอันตรายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเข้ามาสู่ประเทศโรมาเนีย

จากการตรวจสอบและได้สวนพบว่า จากรายงานของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1988 ระบุว่า ประเทศยุโรปตะวันตกได้ส่งออกขยะอุตสาหกรรมและขยะเทศบาลไปยังประเทศตุรกีจำนวนมากโดยส่งออกขยะดังกล่าวในฐานะเป็นสินค้า เชื้อเพลิงอุตสาหกรรม หรือ เพื่อการจัดเก็บไว้เพื่อการกำจัด ซึ่ง ตุรกีก็ได้มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพหรือศักยภาพในการจัดการกับปัญหาการนำเข้าขยะดังกล่าวได้ ต่อมาทางด้านรัฐบาลตุรกีโดยรัฐสภาของตุรกีได้ออกกฎหมายห้ามการนำเข้าขยะอุตสาหกรรมเข้าสู่

ประเทศตุรกีอีกต่อไป แต่เหตุการณ์กลับปรากฏว่ามีการนำเข้าขยะสารเคมีอันตรายเข้ามาสู่ตุรกี และมีการแอบทิ้งถึงขยะสารพิษ หรือสารเคมีมีพิษในทะเลดำเพื่อให้จมลงสู่ก้นทะเล แต่ถึงสารเคมีจำนวนมากได้ลอยขึ้นและแตกออก มีสารพิษไหลออกมาสู่ทะเล นอกจากนั้นชาวบ้านยังได้นำถังเปล่าที่บรรจุขยะสารพิษเคมีดังกล่าวที่ถูกทิ้งไปแล้วมาใช้บรรจุน้ำฝนไว้บริโภค หรือนำมาบรรจุอาหารโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ด้วยความไม่รู้ ทำให้ชาวบ้านเหล่านั้นเสียชีวิต และบางคนก็เกิดอาการเจ็บป่วยรุนแรงมีอาการคลื่นไส้ อาเจียน เป็นผื่นผิวหนังรุนแรง วัลล์มตายลงทันทีที่ได้สัมผัสสารเคมีพิษดังกล่าวโดยการไปเลียถังเปล่าบรรจุสารเคมีนั้นๆ บางถึงที่ยังบรรจุสารเคมีก็เกิดระเบิดขึ้น นกจำนวนมากตาย รวมทั้งปลาต่างๆ และ ปลาโลมา ก็ตายเป็นจำนวนมาก เมื่อสัมผัสสารพิษ ถึงบรรจุสารเคมีบางถึงถูกฝังกลบ บางจำนวนยังถูกเก็บไว้ในโกดัง ดังนั้น ชายหาดที่ถูกปนเปื้อนด้วยสารพิษดังกล่าวต้องถูกปิดเพื่อป้องกันอันตราย ฝ่ายประเทศอิตาลีได้เข้ามาตรวจสอบจึงพบว่าผู้ส่งออกคือ บริษัท Sirteco Italia SRL ได้ส่งออกสารเคมีและกากกัมมันตภาพรังสีไปยังตุรกี และโรมานีเยเพื่อการกำจัดโดยการฝังกลบ และ โดยวิธีการอื่นใด นอกจากนี้ยังมีการส่งออกขยะอันตราย จากบริษัท UNIROYAL, ACHA CHIMICA ORGANICA และ HOECHST เป็นต้น โดยไม่มีอุปกรณ์ในการถ่ายเทอากาศ หรืออุปกรณ์ผจญเพลิงที่เหมาะสมในที่จัดเก็บ

สำหรับกรณีของโรมานีเยได้มีการลงโทษเจ้าหน้าที่ระดับสูง เมื่อตรวจพบการกระทำผิดดังกล่าว โดยเจ้าหน้าที่ ที่เกี่ยวข้อง ถูกจำคุกตั้งแต่ 11-18 ปี ในฐานะที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าสินค้าดังกล่าว สินค้าขยะสารพิษนี้ได้เก็บอยู่ที่ท่าเรือโรมานีเยมาปีกว่า ก่อนที่จะถูกบรรจุลงเรือ ชื่อ MUNZUR ซึ่งดำเนินการโดยบริษัทตุรกี เพื่อนำถึงขยะสารพิษไปทิ้งในทะเลดำดังกล่าว และประสงค์ให้จมลงในทะเล แต่ถึงสารเคมีดังกล่าวกลับลอยไปติดชายฝั่งและเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวแล้วยังไม่มีแผนการใดที่จะนำขยะสารพิษดังกล่าวกลับไปสู่อิตาลี

คดีพิพาทนี้เกิดขึ้นระหว่างอิตาลี โรมานีเย และ ตุรกี และเป็นข้อพิพาททวิภาคีระหว่างอิตาลีกับตุรกี ศาลของอิตาลีเองพิสูจน์แล้วได้ความว่ามีการส่งออกสารพิษดังกล่าวไปยังโรมานีเยและส่งออกต่อไปยังตุรกี และเนื่องจากการทิ้งขยะสารเคมีดังกล่าวทิ้งลงทะเลดำทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้องอื่นๆได้เข้ามาในคดีด้วย ได้แก่ ประเทศ รัสเซีย ยูเครน มอลโดเวีย โรมานีเย บัลกาเรีย กรีซ และ จอร์เจีย

คดีดังกล่าวมุ่งที่จะพิจารณา ตัดสิน เพื่อห้ามการนำเข้าสารพิษ ขยะมีพิษ กากกัมมันตภาพรังสี เข้าสู่ โรมานีเย และ ตุรกี โดยเด็ดขาดถึงแม้ว่าเป็นการยากที่จะศึกษาปริมาณการค้าขยะมีพิษข้ามแดนอย่างชัดเจน แต่ในที่สุดโรมานีเย และ ตุรกี ก็ประสบความสำเร็จในการออกกฎหมายห้ามการนำเข้าขยะสารพิษทุกชนิด และห้ามการนำเข้าขยะทุกชนิดนอกจากกระดาษ

สรุป กลไกการยุติข้อพิพาทในคดีนี้เป็นบทบาทของศาลประเทศอิตาลีเอง และ รัฐสภาของตุรกี และ โรมานีเย ตลอดจนศาลยุติธรรมของทั้งสองประเทศ ซึ่งประสบความสำเร็จ ในการห้ามการนำเข้าสินค้าขยะมีพิษข้ามแดนต่อต้านเอกชนที่ประกอบการซึ่งร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลโรมานีเย ได้สำเร็จ จัดเป็นคดีตัวอย่างสำหรับประเทศไทยได้ในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจจะเกิดดีการนำเข้าขยะมีพิษ และ ขยะอันตรายเข้ามาจากประเทศคู่ค้าที่ทำสนธิสัญญา ความตกลง ประเภท FTA หรือ EPA

เป็นต้น คดีต่อไปเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกลไกการยุติข้อพิพาทระหว่างบริษัทเอกชนกับรัฐบาลผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการในคดี Metal Clad ดังต่อไปนี้

กรณีศึกษา คดี Metal clad Corporation VS United Mexican States

CASE No. ARB (AF)/97/1

**INTERNATIONAL CENTRE FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES**

(ADDITIONAL FACILITY)

B E T W E E N:

METALCLAD CORPORATION

Claimant

and

THE UNITED MEXICAN STATES

Respondent

A W A R D

Before the Arbitral Tribunal constituted under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, and comprised of: Professor Sir Elihu Lauterpacht, QC, CBE President Mr Benjamin R. Civiletti Mr José Luis Siqueiros *Date of dispatch to the parties: August 30, 2000*

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION 1

II. THE PARTIES 2–5

A. The Claimant 2–4

B. The Respondent 5

III. OTHER ENTITIES 6

IV. PROCEDURAL HISTORY 7–27

V. FACTS AND ALLEGATIONS 28–69

A. The Facilities at Issue 28–29

B. Metalclad’s Purchase of the Site and Its Landfill Permits 30–36

C. Construction of the Hazardous Waste Landfill 37–44

D. Metalclad is Prevented from Operating the Landfill 45–69

VI. APPLICABLE LAW 70–71

VII. THE TRIBUNAL'S DECISION 72–112

A. Responsibility for the conduct of state and local governments 73

B. NAFTA, Article 1105: fair and equitable treatment 74–101

C. NAFTA, Article 1110: Expropriation 102–112 CASES 3

VIII. QUANTIFICATION OF DAMAGES OR COMPENSATION 113–129

A. Basic elements of Valuation 113–125

B. “Bundling” 126

C. Remediation 127

D. Interest 128

E. Recipient 129

IX. COSTS 130

X. AWARD 131

I. INTRODUCTION

1. This dispute arises out of the activities of the Claimant, Metalclad Corporation (hereinafter “Metalclad”), in the Mexican Municipality of Guadalcazar (hereinafter “Guadalcazar”), located in the Mexican State of San Luis Potosi (hereinafter “SLP”). Metalclad alleges that Respondent, the United Mexican States (hereinafter “Mexico”), through its local governments of SLP and Guadalcazar, interfered with its development and operation of a hazardous waste landfill. Metalclad claims that this interference is a violation of the Chapter Eleven investment provisions of the North American Free Trade Agreement (hereinafter “NAFTA”). In particular, Metalclad alleges violations of (i) NAFTA, Article 1105, which requires each Party to NAFTA to “accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”; and (ii) NAFTA, Article 1110, which provides that “no Party to NAFTA may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (‘expropriation’), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6”. Mexico denies these allegations.

II. THE PARTIES

A. The Claimant

Metalclad is an enterprise of the United States of America, incorporated under the laws of Delaware. Eco-Metalclad Corporation (hereinafter “ECO”) is an enterprise of the United States of America, incorporated under the laws of Utah. ECO is wholly-owned by Metalclad, and owns 100% of the shares in Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V. (hereinafter “ECONSA”), a Mexican corporation. In 1993, ECONSA CASES 5 purchased the Mexican company Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (hereinafter “COTERIN”) with a view to the acquisition, development and operation of the latter’s hazardous waste transfer station and landfill in the valley of La Pedrera, located in Guadalcazar. COTERIN is the owner of record of the landfill property as well as the permits and licenses which are at the base of this dispute. Support in the state and local community lay with the federal government³. COTERIN is the “enterprise” on behalf of which Metalclad has, as an “investor of a Party”, submitted a claim to arbitration under NAFTA, Article 1117. In these proceedings, Metalclad has been represented by: Clyde C. Pearce, Esq. Law Offices of Clyde C. Pearce 1418 South Main Street Suite 201 Salinas, California 93908 USA.

B. The Respondent

The Respondent is the Government of the United Mexican States. It has been represented by: Lic. Hugo Perezcano Diaz Consultor Juridico Subsecretaria de Negociaciones Comerciales Internacionales Direccion General de Consultoria Juridica de Negociaciones Secretaria de Comercio y Fomento Industrial Alfonso Reyes No.30, Piso 17 Colonia Condesa Mexico, Distrito Federal, C.P. 06149 Mexico.

III. OTHER ENTITIES

The Town Council of Guadalcazar, SLP, is the municipal government of Guadalcazar, the site of the landfill project. While neither Guadal ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL cazar nor SLP are named as Respondents, Metalclad alleges that Guadalcazar and SLP took some of the actions claimed to constitute unfair treatment and expropriation violation of NAFTA.

IV. PROCEDURAL HISTORY

On October 2, 1996, Metalclad delivered to Mexico a Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration in accordance with NAFTA, Article 1119, thereby instituting proceedings on behalf of its wholly owned enterprise, COTERIN, for purposes of standing under NAFTA, Article 1117. On December 30, 1996, Metalclad delivered to Mexico a written consent and waiver in compliance with NAFTA, Article 1121(2)(a) and (b). 8. On January 2, 1997, and pursuant to the NAFTA, Article 1120, Metalclad filed its Notice of Claim with the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter "ICSID"),¹ and requested the Secretary-General of ICSID to approve and register its application and to permit access to the ICSID Additional Facility.

9. On January 13, 1997, the Secretary-General of ICSID informed the parties that the requirements of Article 4(2) of the ICSID Additional Facility Rules had been fulfilled and that Metalclad's application for access to the Additional Facility was approved. The Secretary-General of ICSID issued a Certificate of Registration of the Notice of Claim on that same day.

10. On May 19, 1997, the Tribunal was constituted. The Secretary - General of ICSID informed the parties that the Tribunal was "deemed to have been constituted and the proceedings to have begun" on May 19, 1997, and that Mr. Alejandro A. Escobar, ICSID, would serve as Secretary to the Tribunal. All subsequent written communications between the Tribunal and the parties were made through the ICSID Secretariat.

Under NAFTA, Article 1120(1)(b), a disputing investor may submit its claim to arbitration under the Additional Facility Rules of ICSID provided that either the disputing Party whose measure is alleged to be a breach referred to in Article 1117 (in this case, Mexico) or the Party of the investor (in this case, the United States of America), but not both, is a party to the ICSID Convention. The United States of America is a party to the ICSID Convention; Mexico is not. Hence the Additional Facility Rules of ICSID appropriately govern the administration of these proceedings.

CASES 7

11. The first session of the Tribunal was held, with the parties' agreement, in Washington, D.C. on July 15, 1997. In accordance with Article 21 of the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules (hereinafter "the Rules"), the Tribunal then determined that the place of arbitration would be Vancouver, British Columbia, Canada. The parties accepted that determination by the Tribunal.

12. Numerous requests for production of documents were exchanged by the parties, some of which were allowed, and some of which were disallowed, particularly those that came later in the proceedings. Through instructions given by its President,² the Tribunal issued a ruling on April 27, 1999, relating to Mexico's April 14, 1999 Request for Production of Documents. The President of the Tribunal indicated that he could not, at that stage of the case, decide the extent to which the requested documents and materials might be relevant to the case, but ordered Metalclad to produce the documents at issue and noted that Metalclad might seek an award of costs related to the production should the requests be adjudged unreasonable or improper. No such finding has been made.

13. On September 10, 1997, pursuant to NAFTA, Article 1134 providing for interim measures of protection and Article 28 of the Rules providing for Procedural Orders, Mexico filed a Request for a Confidentiality Order seeking a formal order that the proceedings be confidential. Metalclad filed its response on October 9, 1997. On October 27, 1997, the Tribunal issued a determination, which in its material part reads as follows: "There remains nonetheless a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (Additional Facility) Rules contain any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, At the first session of the Tribunal, of July 15, 1997, the parties agreed that the President of the Tribunal should have the power to determine procedural matters.

8 ICSID REVIEWS—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL each of them is still free to speak publicly of the arbitration. It may be observed that no such limitation is written into such major arbitral texts as the UNCITRAL Rules or the draft Articles on Arbitration adopted by the International Law Commission. Indeed, as has been pointed out by the Claimant in its comments, under United States security laws, the Claimant, as a public company traded on a public stock exchange in the United States, is under a positive duty to provide certain information about its activities to its shareholders, especially regarding its involvement in a process the outcome of which could perhaps significantly affect its share value. "The above having been said, it still appears to the Arbitral Tribunal that it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process and conducive to the maintenance of working relations between the Parties if during the proceedings they were both to limit public discussion of the case to a minimum, subject only to any externally imposed obligation of disclosure by which either of them may be legally bound".

14. On October 14, 1997, Metalclad filed its Memorial. On December 17, 1997, Mexico filed a Request for an Extension of Time for the filing of its Counter-memorial. Metalclad filed an Opposition to the requested extension, Mexico filed a Reply and Metalclad filed a Rejoinder. On January 7, 1998, the Tribunal granted Mexico's request for an extension and ordered that Mexico's Counter-Memorial be filed February 17, 1998.

15. On February 17, 1998, Mexico filed its Counter-Memorial without objection. Certain exhibits of Mexico's Counter-Memorial were filed May 22, 1998, and Mexico's translations of certain exhibits were filed with the Claimant on July 17, 1998 and with the Secretariat on July 20, 1998.

16. On February 20, 1998, Metalclad filed a Motion for Sanctions regarding Mexico's "untimely" filing of its Counter-Memorial. Metalclad objected to Mexico's failure to submit translations of all pertinent documents with the Counter-Memorial on the date due and set by previous Order of the Arbitral Tribunal. Mexico filed an Opposition to the Motion for Sanctions, to which Metalclad filed a Reply and Rejoinder, to which Mexico filed an additional Opposition. On March 31, 1998, the Tribunal denied Metalclad's Motion for Sanctions and stated that non-acceptance of the Counter-Memorial and/or the exclusion of certain documents from consideration would be excessive under the circumstances. The Tribunal further stated that it had been "unable to identify significant, if any, harm suffered by the Claimant by reason of the delay in the filing of the translations".

17. On April 6, 1998, Metalclad filed a Request to Submit a Reply to Mexico's Counter-Memorial, to which Mexico filed an Opposition. On April 20, 1998, the Tribunal granted Metalclad's Request to Submit a Reply, and ordered Metalclad to file the same by June 30, 1998. In its Order, the Tribunal noted that the date for Mexico's Rejoinder would be set after the Tribunal had considered the Reply.

18. On June 22, 1998, Metalclad filed a Motion for Additional Time to File its Reply, to which Mexico filed a Response. On June 29, 1998, the Tribunal granted Metalclad's Motion for Additional Time and ordered the Reply to be filed August 6, 1998. On July 28, 1998, the Tribunal granted the Claimant's request for a further extension of the time period for filing its Reply until August 21, 1998.

19. On August 21, 1998, Metalclad filed its Reply without objection. Transcriptions of portions of the American Appraisal Associate's ("AAA") Expert Report were filed September 3, 1998. Translations of the Reply were filed September 22, 1998 and translations of the AAA Expert Report were filed September 28, 1998.

20. On October 5, 1998, Mexico filed Observations regarding Metalclad's Reply. Metalclad filed a Reply to the Observations, to which Mexico filed a Reply. On November 13, 1998, the Tribunal denied Mexico's requests for exclusion of certain information submitted with the Reply and for the award of costs at that point in time. The Tribunal ordered Mexico to file its Rejoinder by March 19, 1999.

21. On February 22, 1999, Mexico filed a Request for an Extension of Time for the Filing of its Rejoinder. On March 4, 1999, the Tribunal granted Mexico's Request for an Extension of Time and ordered Mexico to ICSID REVIEWS—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL file the Rejoinder by April 19, 1999. In the same Order, the Tribunal set the pre-hearing conference for the marshalling of the evidence for July 6, 1999 in Washington, D.C. The Tribunal also ordered the parties' witness lists to be filed by June 11, 1999, together with an outline of each witness's testimony and an estimate of time for each party's presentation of its case and for the examination of witnesses. The Tribunal further set the hearing on the merits for August 30, 1999.

22. On March 11, 1999, Mexico filed a Request for Production of Documents. Metalclad filed a Response to Mexico's Request, to which Mexico filed a Reply. On April 14, 1999, Mexico then filed a request for an extension of one month in the time for filing its Rejoinder. On April 16, 1999, the Tribunal granted in part Mexico's Request for an Extension and ordered that the Rejoinder be filed by May 3, 1999. The Tribunal further extended the time for the parties to submit their marshalling of the evidence briefs to June 18, 1999. On May 3, 1999, Mexico filed its Rejoinder.

23. During the written phase of the pleadings, statements from the following persons were submitted by the Parties: by Metalclad – American Appraisal Associates, Augustina Armijo Bautista, Kevin C. Brennan, Gustavo Carvajal Isunza, Francisco Castillo Ayala, Centro JURICI, Ramon Chavez Quirarte, Anthony Dabbene, Daniel de la Torre, Jorge de la Torre, Lee A. Deets, William E. Gordon, Javier Guerra Cisneros, Bruce H. Haglund, Jaime E. Herrera, Ambassador James R. Jones, Grant S. Kesler, Ariel Miranda Nieto, Paul Mitchener, T. Daniel

Neveau, Herbert L. Oakes Jr., Sandra Ray-Baucom, David Robinson, Sergio Reyes Lujan, Humberto C. Rodarte Ramon, Mario Salgado de la Sancha, Leland E. Sweetser, Anthony Talamantez, Mike Tuckett, Roy Zanatta; by Mexico – Luis Manuel Abella Armella, Sergio Aleman Gonzalez, Rene Altamirano Perez, Salomon Avila Perez, Antonio Azuela de la Cueva, Fernando Bejarano, Alan Borner, John C. Butler III, Julia Carabias Lillo, Juan Carrera Mendoza, José Ramón Cossío Díaz, Pablo Cruz Llañez, Kevin Dages, Jaime de la Cruz Noguera, Jose Mario de la Garza Mendizabal, Carlos de Silva, Fernando Diaz-Barriga Martinez, Hector Raul Garcia Leos, Jorge Adolfo Hermsillo Silva, Francisco Enrique Hernandez Sanchez, Sergio Lopez Ayllon, Joel Milan, Pedro Medellin Milan, Hermilo Mendez Aguilar, Angelina Nunez, Santiago Oñate Laborde, Rogelio Orta Campos, Jose Antonio Ortega Rivero, Praxedis Palomo Tovar, Officials of PRODIN, Leonel Ramos Torres, Ronald E. Robertson, Aurelio Romo Navarro, Juan Antonio Romo, Horacio Sanchez Unzueta, Leonel Serrato Sanchez, Ulises Schmill Ordonez, Marcia Williams, Ramiro Zaragoza Garcia, Mark Zmijewski. As permitted by NAFTA, Article 1128, Canada made a written submission to the Tribunal on July 28, 1999. Although Canada does not have any specific commercial interest in the dispute in this case, the submission addressed the interpretation of NAFTA, Article 1110 relating to expropriation and compensation. Specifically, Canada rejected Metalclad's suggestion that NAFTA, Article 1110 is a codification of the United States' position on the rules of international law regarding expropriation and compensation. With the agreement of the parties, a hearing was held in Washington, D.C. from August 30, 1999 through September 9, 1999, at which both parties appeared and presented witnesses. The Tribunal directed that only those portions of the written submissions that were disputed were to be introduced at the hearing. Witnesses called by Metalclad for cross-examination were Julia Carabias Lillo, Horacio Sanchez Unzueta, Pedro Medellin Milan, Leonel Ramos Torres, Marcia Williams and John Butler III; witnesses called for cross-examination by Mexico were Grant S. Kesler, Gustavo Carvajal Isunza, Anthony Dabbene, Lee A. Deets and Daniel T. Neveau.

26. The Tribunal posed questions to the parties, which were addressed by the parties in their post-hearing briefs submitted on November 9, 1999. Full verbatim transcripts were made of the hearing and distributed to the parties.

27. As permitted by NAFTA, Article 1128, the United States made a written submission to the Tribunal on November 9, 1999. Although the United States does not have any specific commercial interest in the dispute in this case, the submission set forth the United States' position that the actions of local governments, including municipalities, are subject to NAFTA

standards. The United States also submitted that the NAFTA, Article 1110, term “tantamount to expropriation” addressed both measures that directly expropriate and measures tantamount to expropriation that thereby indirectly expropriate investments. The United States rejected the suggestion that the term “tantamount to expropriation” was intended to ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL create a new category of expropriation not previously recognized in customary international law.

V. FACTS AND ALLEGATIONS

A. The Facilities at Issue

28. In 1990 the federal government of Mexico authorized OTERIN to construct and operate a transfer station for hazardous waste in La Pedrera, a valley located in Guadalucazar in SLP. The site has an area of 814 hectares and lies 100 kilometers northeast of the capital city of SLP, separated from it by the Sierra Guadalucazar mountain range, 70 kilometers from the city of Guadalucazar. Approximately 800 people live within ten kilometers of the site.

29. On January 23, 1993, the National Ecological Institute (hereinafter “INE”), an independent sub-agency of the federal Secretariat of the Mexican Environment, National Resources and Fishing (hereinafter “SEMARNAP”), granted COTERIN a federal permit to construct a hazardous waste landfill in La Pedrera (hereinafter “the landfill”).

B. Metalclad’s Purchase of the Site and its Landfill Permits

30. Three months after the issuance of the federal construction permit, on April 23, 1993, Metalclad entered into a 6-month option agreement to purchase COTERIN together with its permits, in order to build the hazardous waste landfill.

31. Shortly thereafter, on May 11, 1993, the government of SLP granted COTERIN a state land use permit to construct the landfill. The permit was issued subject to the condition that the project adapt to the specifications and technical requirements indicated by the corresponding authorities, and accompanied by the General Statement that the license did not prejudice the rights or ownership of the applicant and did not authorize works, constructions or the functioning of business or activities.

32. One month later, on June 11, 1993, Metalclad met with the Governor of SLP to discuss the project. Metalclad asserts that at this meeting it obtained the Governor's support for the project. In fact, the Governor acknowledged at the hearing that a reasonable person might expect that the Governor would support the project if studies confirmed the site as suitable or feasible and if the environmental impact was consistent with Mexican standards.

33. Metalclad further asserts that it was told by the President of the INE and the General Director of the Mexican Secretariat of Urban Development and Ecology (hereinafter "SEDUE")³ that all necessary permits for the landfill had been issued with the exception of the federal permit for operation of the landfill. A witness statement submitted by the President of the INE suggests that a hazardous waste landfill could be built if all permits required by the corresponding federal and state laws have been acquired.

34. Metalclad also asserts that the General Director of SEDUE told Metalclad that the responsibility for obtaining project.

35. On August 10, 1993, the INE granted COTERIN the federal permit for operation of the landfill. On September 10, 1993, Metalclad exercised its option and purchased COTERIN, the landfill site and the associated permits.

36. Metalclad asserts it would not have exercised its COTERIN purchase option but for the apparent approval and support of the project by federal and state officials.

C. Construction of the Hazardous Waste Landfill

37. Metalclad asserts that shortly after its purchase of COTERIN, the Governor of SLP embarked on a public campaign to denounce and prevent the operation of the landfill.

38. Metalclad further asserts, however, that in April 1994, after months of negotiation, Metalclad believed it had secured SLP's agreement to support the project. Consequently, in May 1994, after receiving an eighteen-month extension of the previously issued federal construction 3 SEDUE is the predecessor organization to SEMARNAP. 14 ICSID REVIEWS—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL permit from the INE, Metalclad began construction of the landfill. Mexico denies that SLP's agreement or support had ever been obtained.

39. Metalclad further maintains that construction continued openly and without interruption through October 1994. Federal officials and state representatives inspected the construction site during this period, and Metalclad provided federal and state officials with written status reports of its progress.

40. On October 26, 1994, when the Municipality ordered the cessation of all building activities due to the absence of a municipal construction permit, construction was abruptly terminated.

41. Metalclad asserts it was once again told by federal officials that it had all the authority necessary to construct and operate the landfill; that federal officials said it should apply for the municipal construction permit to facilitate an amicable relationship with the Municipality; that federal officials assured it that the Municipality would issue the permit as a matter of course; and that the Municipality lacked any basis for denying the construction permit. Mexico denies that any federal officials represented that a municipal permit was not required, and affirmatively states that a permit was required and that Metalclad knew, or should have known, that the permit was required.

42. On November 15, 1994, Metalclad resumed construction and submitted an application for a municipal construction permit.

43. On January 31, 1995, the INE granted Metalclad an additional federal construction permit to construct the final disposition cell for hazardous waste and other complementary structures such as the landfill's administration building and laboratory.

44. In February 1995, the Autonomous University of SLP (hereinafter "UASLP") issued a study confirming earlier findings that, although the landfill site raised some concerns, with proper engineering it was geographically suitable for a hazardous waste landfill. In March 1995, the Mexican Federal Attorney's Office for the Protection of the Environment (hereinafter "PROFEPA"), an independent sub-agency of SEMARNAP, conducted an audit of the site and also concluded that, with proper engineering and operation, the landfill site was geographically suitable for a hazardous waste landfill.

D. Metalclad is Prevented from Operating the Landfill

45. Metalclad completed construction of the landfill in March 1995. On March 10, 1995, Metalclad held an “open house,” or “inauguration,” of the landfill which was attended by a number of dignitaries from the United States and from Mexico’s federal, state and local governments.

46. Demonstrators impeded the “inauguration,” blocked the entry and exit of buses carrying guests and workers, and employed tactics of intimidation against Metalclad. Metalclad asserts that the demonstration was organized at least in part by the Mexican state and local governments, and that state troopers assisted in blocking traffic into and out of the site. Metalclad was thenceforth effectively prevented from opening the landfill.

47. After months of negotiation, on November 25, 1995, Metalclad and Mexico, through two of SEMARNAP’s independent sub-agencies (the INE and PROFEPA), entered into an agreement that provided for and allowed the operation of the landfill (hereinafter “the *Convenio*”).

48. The *Convenio* stated that an environmental audit of the site was carried out from December, 1994 through March, 1995; that the purpose of the audit was to check the project’s compliance with the laws and regulations; to check the project’s plans for prevention of and attention to emergencies; and to study the project’s existing conditions, control proceedings, maintenance, operation, personnel training and mechanisms to respond to environmental emergencies. The *Convenio* also stated that, as the audit detected certain deficiencies, Metalclad was required to submit an action plan to correct them; that Metalclad did indeed submit an action plan including a corresponding site remediation plan; and that Metalclad agreed to carry out the work and activities set forth in the action plan, including those in the corresponding plan of remediation. These plans required that remediation and commercial operation should take place simultaneously within the first three years of the landfill’s operation. The

Convenio provided for a five-year term of operation for the landfill, renewable by the INE and PROFEPA. In addition to requiring remediation, the *Convenio* stated that Metalclad would designate 34 hectares of its property as a buffer zone for the conservation of endemic species. The ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL

Convenio also required PROFEPA to create a Technical-Scientific Committee to monitor the remediation and required that representatives of the INE, the National Autonomous University of Mexico and the UASLP be invited to participate in that Committee. A Citizen Supervision Committee was to be created. Metalclad was to contribute two new pesos per ton of waste toward social works in Guadalucazar and give a 10% discount for the treatment and final disposition of hazardous waste generated in SLP. Metalclad would also provide one day per week of free medical advice for the inhabitants of Guadalucazar through Metalclad's qualified medical personnel, employ manual labor from within Guadalucazar, and give preference to the inhabitants of Guadalucazar for technical training. Metalclad would also consult with government authorities on matters of remediation and hazardous waste, and provide two courses per year on the management of hazardous waste to personnel of the public, federal, state and municipal sectors, as well as social and private sectors.

49. Metalclad asserts that SLP was invited to participate in the process of negotiating the *Convenio*, but that SLP declined. The Governor of SLP denounced the *Convenio* shortly after it was publicly announced.

50. On December 5, 1995, thirteen months after Metalclad's application for the municipal construction permit was filed, the application was denied. In doing this, the Municipality recalled its decision to deny a construction permit to COTERIN in October 1991 and January 1992 and noted the "impropriety" of Metalclad's construction of the landfill prior to receiving a municipal construction permit.

51. There is no indication that the Municipality gave any consideration to the construction of the landfill and the efforts at operation during the thirteen months during which the application was pending.

52. Metalclad has pointed out that there was no evidence of inadequacy of performance by Metalclad of any legal obligation, nor any showing that Metalclad violated the terms of any federal or state permit; that there was no evidence that the Municipality gave any consideration to the recently completed environmental reports indicating that the site was in fact suitable for a hazardous waste landfill; that there was no evidence that the site, as constructed, failed to meet any specific construction requirements; that there was no evidence that the Municipality ever required or issued a municipal construction permit for any other construction project in

Guadalcazar; and that there was no evidence that there was an established administrative process with respect to municipal construction permits in the Municipality of Guadalcazar.

53. Mexico asserts that Metalclad was aware through due diligence that a municipal permit might be necessary on the basis of the case of COTERIN (1991, 1992), and other past precedents for various projects in SLP.

54. Metalclad was not notified of the Town Council meeting where the permit application was discussed and rejected, nor was Metalclad given any opportunity to participate in that process. Metalclad's request for reconsideration of the denial of the permit was rejected.

55. In December 1995, shortly following the Municipality's rejection of Metalclad's permit application, the Municipality filed an administrative complaint with SEMARNAP challenging the *Convenio*. SEMARNAP denied the Municipality's complaint.

56. On January 31, 1996, the Municipality filed an *amparo* proceeding in the Mexican courts challenging SEMARNAP's dismissal of its *Convenio* complaint. An injunction was issued and Metalclad was barred from conducting any hazardous waste landfill operations. The *amparo* was finally dismissed, and the injunction lifted, in May 1999.

57. On February 8, 1996, the INE granted Metalclad an additional permit authorizing the expansion of the landfill capacity from 36,000 tons per year to 360,000 tons per year.

58. From May 1996 through December 1996, Metalclad and the State of SLP attempted to resolve their issues with respect to the operation of the landfill. These efforts failed and, on January 2, 1997, Metalclad initiated the present arbitral proceedings against the Government of Mexico under Chapter Eleven of the NAFTA.

59. On September 23, 1997, three days before the expiry of his term, the Governor issued an Ecological Decree declaring a Natural Area for the protection of rare cactus. The Natural Area encompasses the area of the landfill. Metalclad relies in part on this Ecological Decree as an additional element in its claim of expropriation, maintaining that the Decree effectively and permanently precluded the operation of the landfill.

60. Metalclad also alleges, on the basis of reports by the Mexican media, that the Governor of SLP stated, that the Ecological Decree “definitely cancelled any possibility that exists of opening the industrial waste landfill of La Pedrera”.

61. Metalclad also asserts that a high level SLP official, with respect to the Ecological Decree and as reported by Mexican media, “expressed confidence in closing in this way, all possibility for the United States firm Metalclad to operate its landfill in this zone, independently of the future outcome of its claim before the Arbitral Tribunals of the NAFTA treaty”.

62. The landfill remains dormant. Metalclad has not sold or transferred any portion of it.

63. Mexico denies each of these media accounts as they relate to the Ecological Decree.

64. Mexico also maintains that consideration of the Ecological Decree is outside the jurisdiction of the Tribunal because the Decree was enacted after the filing of the Notice of Intent of Arbitration. More particularly, Mexico argues that NAFTA, Article 1119, entitled “Notice of Intent to Submit a Claim”, precludes claims for breaches that have not yet occurred, relying on the language in that Article which states that: “The disputing investor shall deliver to the disputing Party written notice of its intention to submit a claim to arbitration at least 90 days before a claim is submitted, which notice shall specify:

...

(b) The provisions of [the NAFTA] alleged to have been breached and any other relevant provisions.

(c) The issues and factual basis for the claim.” Mexico further invokes NAFTA, Article 1120 which requires that six months elapse between the events giving rise to a claim and the submission of the claim. On the basis of these two Articles, Mexico argues that a claimant must ensure its claim is ripe at the time it is filed. At the same time, Mexico does not exclude the possibility that amendments to a claim may be made. Rather, Mexico initially asserted that in order to ensure fairness and clarity, amendment of a claim or the presentation of an ancillary claim within Article 48 of the Additional Facility Rules should be the subject of a formal application and the required amendment should be stated clearly. Later, Mexico adjusted its position in its post hearing brief in which it argues that Section B of Chapter Eleven does not contemplate the amendment of ripened claims to include post-claim events. Mexico contends that Section B of Chapter Eleven modifies the Additional Facility Rules as regards the

amendment of claims and the filing of ancillary claims, making Article 48 of the Additional Facility Rules inapplicable.

65. Metalclad's position is that Mexico's analysis of Articles 1119 and 1120 is artificial, and that the six month rule merely sets forth an initial rule for claim eligibility designed to foster exhaustion of pre-arbitral methods of dispute resolution. In support of its position, Metalclad invokes NAFTA, Article 1118, which provides that disputing parties should first attempt to settle a claim through consultation or negotiation. Metalclad further adduces policy reasons in support of its right to base its claim on acts occurring after submission of its Notice of Claim. First, Metalclad argues that policies related to the administration of justice support its position. In particular, it argues that an inability to rely on post- Notice of Claim acts would deprive parties of redress concerning a period during which a State might be most inclined to disregard its treaty obligations. Second,

66. Metalclad argues that requiring a claimant to forego or defer the airing of subsequent, related, breaches would be inconsistent with NAFTA's stated aim of creating effective procedures for the resolution of its disputes. Such an interpretation, Metalclad suggests, would create serious inefficiencies by requiring the claimant to bring related actions *seriatim* and that those actions would be subject to *res judicata* principles to a Claimant's detriment. Metalclad also argues that injustice would result because claimants will choose, for financial and other reasons, not to start a fresh NAFTA action and tribunals would be unable to consider acts of bad faith occurring during the arbitration. Third, Metalclad maintains that its view is consistent with the ICSID Arbitral Tribunal's broad jurisdiction. Metalclad points out that the texts mentioned in NAFTA, Article 1120, allow for amendment of claims and cites Article 48 of the Rules as allowing for incidental or additional claims provided that such claims are within the scope of the arbitration agreement of the parties. Metalclad concludes that the policies underlying NAFTA, Articles 1119 and 1120, are fulfilled once the appropriate periods have passed prior to submission of the claim and that the Respondent is not prejudiced by the amendments, provided that they are made no later than the Claimant's Reply and that the Respondent is permitted a Rejoinder. The Tribunal accepts Mexico's contention that a case may not be initiated on the basis of an anticipated breach. However, the Tribunal cannot accept Mexico's interpretation and application of the time limits set out in the NAFTA. Metalclad properly submitted its claim under the Additional Facility Rules as provided under NAFTA, Article 1120. Article 1120(2) provides that the arbitration rules under which the claim is submitted shall govern the arbitration except to the extent modified by Section B of Chapter

Eleven. Article 48(1) of the Rules clearly states that a party may present an incidental or additional claim provided that the ancillary claim is within the scope of the arbitration agreement of the parties.

67. The Tribunal does not agree with Mexico's post-hearing position that Section B of Chapter Eleven modifies Article 48 of the Rules. The Tribunal believes it was not the intent of the drafters of NAFTA, Articles 1119 and 1120, to limit the jurisdiction of a Tribunal under Chapter Eleven in this way. Rather, the Tribunal prefers Mexico's position, as stated in its Rejoinder, that construes NAFTA Chapter Eleven, Section B, and Article 48 of the Rules as permitting amendments to previously submitted claims and consideration of facts and events occurring subsequent to the submission of a Notice of Claim, particularly where the facts and events arise out of and/or are directly related to the original claim. A contrary holding would require a claimant to file multiple subsequent and related actions and would lead to inefficiency and inequity.

68. The Tribunal agrees with Mexico that the process regarding amendments to claims must be one that ensures fairness and clarity. Article 48(2) of the Rules ensures such fairness by requiring that any ancillary claim be presented not later than the Claimant's Reply. In this matter, Metalclad presented information relating to the Ecological Decree and its intent to rely on the Ecological Decree as early as its Memorial. Mexico subsequently filed its Counter-Memorial and Rejoinder. The Ecological Decree directly relates to the property and investment at issue, and Mexico has had ample notice and opportunity to address issues relating to that Decree.

69. The Tribunal thus finds that, although the Ecological Decree was issued subsequent to Metalclad's submission of its claim, issues relating to it were presented by Metalclad in a timely manner and consistently with the principles of fairness and clarity. Mexico has had ample opportunity to respond and has suffered no prejudice. The Tribunal therefore holds that consideration of the Ecological Decree is within its jurisdiction but, as will be seen, does not attach to it controlling importance.

VI. APPLICABLE LAW

70. A Tribunal established pursuant to NAFTA Chapter Eleven, Section B must decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. (*NAFTA Article 1131(1)*). In addition, NAFTA Article 102(2) provides that the Agreement must be interpreted and applied in the light of its stated objectives and in accordance with applicable rules of international law. These objectives specifically include transparency and the substantial increase in investment opportunities in the territories of the Parties. (*NAFTA Article 102(1)(c)*). The Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31(1) provides that a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of the treaty's object and purpose. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes, any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty. (*Id.*, *Article 31(2)(a)*). There shall also be taken into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. (*Id.*, *Article 31(3)*). Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith. (*Id.*, *Article 26*). A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty. (*Id.*, *Article 27*).

71. The Parties to NAFTA specifically agreed to "ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment". (*NAFTA Preamble, para. 6 (emphasis in original)*). NAFTA further requires that "[e]ach Party shall ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and Parties to become acquainted with them". *Id. Article 1802.1*.

VII. THE TRIBUNAL'S DECISION

72. Metalclad contends that Mexico, through its local governments of SLP and Guadalcazar, interfered with and precluded its operation of the landfill. Metalclad alleges that this interference is a violation of Articles 1105 and 1110 of Chapter Eleven of the investment provisions of NAFTA.

A. Responsibility for the conduct of state and local governments.

73. A threshold question is whether Mexico is internationally responsible for the acts of SLP and Guadalcazar. The issue was largely disposed of by Mexico in paragraph 233 of its post-hearing submission, which stated that “[Mexico] did not plead that the acts of the Municipality were not covered by NAFTA. [Mexico] was, and remains, prepared to proceed on the assumption that the normal rule of state responsibility applies; that is, that the Respondent can be internationally responsible for the acts of state organs at all three levels of government”. Parties to that Agreement must “ensure that all necessary measures are taken in order to give effect to the provisions of the Agreement, including their observance, except as otherwise provided in this Agreement, by state and provincial governments”. (*NAFTA Article 105*). A reference to a state or province includes local governments of that state or province. (*NAFTA Article 201(2)*). The exemptions from the requirements of Articles 1105 and 1110 laid down in Article 1108(1) do not extend to states or local governments. This approach accords fully with the established position in customary international law. This has been clearly stated in Article 10 of the draft articles on state responsibility adopted by the International Law Commission of the United Nations in 1975 which, though currently still under consideration, may nonetheless be regarded as an accurate restatement of the present law: “The conduct of an organ of a State, of a territorial government entity or of an entity empowered to exercise elements of the Governmental authority, such organ having acted in that capacity, shall be considered as an act of the State under international law even if, in the particular case, the organ exceeded its competence according to internal law or contravened instructions concerning its activity”. (*Yearbook of the International Law Commission, 1975, vol. ii, p.61*).

B. NAFTA Article 1105: Fair and equitable Treatment

74. NAFTA Article 1105(1) provides that “each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”. For the reasons set out below, the Tribunal finds that Metalclad’s investment was not accorded fair and equitable treatment in accordance with international law, and that Mexico has violated NAFTA Article 1105(1).

75. An underlying objective of NAFTA is to promote and increase cross-border investment opportunities and ensure the successful implementation of investment initiatives. (*NAFTA Article 102(1)*).

76. Prominent in the statement of principles and rules that introduces the Agreement is the reference to “transparency” (*NAFTA Article 102(1)*). The Tribunal understands this to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities of the central government of any Party (whose international responsibility in such matters has been identified in the preceding section) become aware of any scope for misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws.

77. Metalclad acquired COTERIN for the sole purpose of developing and operating a hazardous waste landfill in the valley of La Pedrera, in Guadalcázar, SLP.

78. The Government of Mexico issued federal construction and operating permits for the landfill prior to Metalclad’s purchase of COTERIN, and the Government of SLP likewise issued a state operating permit which implied its political support for the landfill project.

79. A central point in this case has been whether, in addition to the above-mentioned permits, a municipal permit for the construction of a hazardous waste landfill was required.

80. When Metalclad inquired, prior to its purchase of COTERIN, as to the necessity for municipal permits, federal officials assured it that it had all that was needed to undertake the landfill project. Indeed, following Metalclad’s acquisition of COTERIN, the federal government extended the federal construction permit for eighteen months.

81. As presented and confirmed by Metalclad’s expert on Mexican law, the authority of the municipality extends only to the administration of the construction permit, “. . .to grant licenses and permits for constructions and to participate in the creation and administration of ecological reserve zones . . .”. (*Mexican Const. Art. 115, Fraction V*). However, Mexico’s experts on constitutional law expressed a different view.

82. Mexico's General Ecology Law of 1988 (hereinafter "LGEEPA") expressly grants to the Federation the power to authorize construction and operation of hazardous waste landfills. Article 5 of the LGEEPA provides that the powers of the Federation extend to: V. [t]he regulation and control of activities considered to be highly hazardous, and of the generation, handling and final disposal of hazardous materials and wastes for the environments of ecosystems, as well as for the preservation of natural resources, in accordance with [the] Law, other applicable ordinances and their regulatory provisions.

83. LGEEPA also limits the environmental powers of the municipality to issues relating to non-hazardous waste. Specifically, Article 8 of the LGEEPA grants municipalities the power in accordance with the provisions of the law and local laws to apply: [l]egal provisions in matters of prevention and control of the effects on the environment caused by generation, transportation, storage, handling treatment and final disposal of solid industrial wastes which are not considered to be hazardous in accordance with the provisions of Article 137 of [the 1988] law. (Emphasis supplied).

84. The same law also limits state environmental powers to those not expressly attributed to the federal government. *Id.*, Article 7.

85. Metalclad was led to believe, and did believe, that the federal and state permits allowed for the construction and operation of the landfill. Metalclad argues that in all hazardous waste matters, the Municipality has no authority. However, Mexico argues that constitutionally and lawfully the Municipality has the authority to issue construction permits.

86. Even if Mexico is correct that a municipal construction permit was required, the evidence also shows that, as to hazardous waste evaluations and assessments, the federal authority's jurisdiction was controlling and the authority of the municipality only extended to appropriate construction considerations. Consequently, the denial of the permit by the Municipality by reference to environmental impact considerations in the case of what was basically a hazardous waste disposal landfill, was improper, as was the municipality's denial of the permit for any reason other than those related to the physical construction or defects in the site.

87. Relying on the representations of the federal government, Metalclad started constructing the landfill, and did this openly and continuously, and with the full knowledge of the

federal, state, and municipal governments, until the municipal "Stop Work Order" on October 26, 1994. The basis of this order was said to have been Metalclad's failure to obtain a municipal construction permit.

88. In addition, Metalclad asserted that federal officials told it that if it submitted an application for a municipal construction permit, the Municipality would have no legal basis for denying the permit and that it would be issued as a matter of course. The absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.

89. Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials and to believe that it was entitled to continue its construction of the landfill. In following the advice of these officials, and filing the municipal permit application on November 15, 1994, Metalclad was merely acting prudently and in the full expectation that the permit would be granted.

90. On December 5, 1995, thirteen months after the submission of Metalclad's application – during which time Metalclad continued its open and obvious investment activity – the Municipality denied Metalclad's application for a construction permit. The denial was issued well after construction was virtually complete and immediately following the announcement of the *Convenio* providing for the operation of the landfill.

91. Moreover, the permit was denied at a meeting of the Municipal Town Council of which Metalclad received no notice, to which it received no invitation, and at which it was given no opportunity to appear.

92. The Town Council denied the permit for reasons which included, but may not have been limited to, the opposition of the local population, the fact that construction had already begun when the application was submitted, the denial of the permit to COTERIN in December 1991 and January 1992, and the ecological concerns regarding the environmental effect and impact on the site and surrounding communities. None of the reasons included a reference to any problems associated with the physical construction of the landfill or to any physical defects therein.

93. The Tribunal therefore finds that the construction permit was denied without any consideration of, or specific reference to, construction aspects or flaws of the physical facility.

94. Moreover, the Tribunal cannot disregard the fact that immediately after the Municipality's denial of the permit it filed an administrative complaint with SEMARNAP challenging the *Convenio*. The Tribunal infers from this that the Municipality lacked confidence in its right to deny permission for the landfill solely on the basis of the absence of a municipal construction permit.

95. SEMARNAP dismissed the challenge for lack of standing, which the Municipality promptly challenged by filing an *amparo* action. An injunction was issued, and the landfill was barred from operation through 1999.

96. In 1997 SLP re-entered the scene and issued an Ecological Decree in 1997 which effectively and permanently prevented the use by Metalclad of its investment.

97. The actions of the Municipality following its denial of the municipal construction permit, coupled with the procedural and substantive deficiencies of the denial, support the Tribunal's finding, for the reasons stated above, that the Municipality's insistence upon and denial of the construction permit in this instance was improper.⁴

98. This conclusion is not affected by NAFTA Article 1114, which permits a Party to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. The conclusion of the *Convenio* and the issuance of the federal permits show clearly that Mexico was satisfied that this project was consistent with, and sensitive to, its environmental concerns.

99. Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA.

100. Moreover, the acts of the State and the Municipality – and therefore the acts of Mexico – fail to comply with or adhere to the requirements of NAFTA, Article 1105(1) that each Party accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with

international law, including fair and equitable treatment. This is so particularly in light of the governing principle that internal law (such as the Municipality's stated permit requirements) does not justify failure to perform a treaty. (*Vienna Convention on the Law of Treaties, Arts. 26, 27*).

101. The Tribunal therefore holds that Metalclad was not treated fairly or equitably under the NAFTA and succeeds on its claim under Article 1105. The question of turning to NAFTA before exhausting local remedies was examined by the parties. However, Mexico does not insist that local remedies must be exhausted. Mexico's position is correct in light of NAFTA Article 1121(2) (b) which provides that a disputing investor may submit a claim under NAFTA Article 1117 if both the investor and the enterprise waive their rights to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in NAFTA Article 1117.

C. NAFTA, Article 1110: Expropriation

102. NAFTA Article 1110 provides that "[n]o party shall directly or indirectly . . . expropriate an investment . . . or take a measure tantamount to . . . expropriation . . . except: (a) for a public purpose; (b) on a nondiscriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation" "A measure" is defined in Article 201(1) as including "any law, regulation, procedure, requirement or practice".

103. Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

104. By permitting or tolerating the conduct of Guadalcazar in relation to Metalclad which the Tribunal has already held amounts to unfair and inequitable treatment breaching Article 1105 and by thus participating or acquiescing in the denial to Metalclad of the right to operate the landfill, notwithstanding the fact that the project was fully approved and endorsed by the federal government, Mexico must be held to have taken a measure tantamount to expropriation in violation of NAFTA Article 1110(1).

105. The Tribunal holds that the exclusive authority for siting and permitting a hazardous waste landfill resides with the Mexican federal government. This finding is consistent with the testimony of the Secretary of SEMARNAP and, as stated above, is consistent with the express language of the LGEEPA.

106. As determined earlier (see above, para 92), the Municipality denied the local construction permit in part because of the Municipality's perception of the adverse environmental effects of the hazardous waste landfill and the geological unsuitability of the landfill site. In so doing, the Municipality acted outside its authority. As stated above, the Municipality's denial of the construction permit without any basis in the proposed physical construction or any defect in the site, and extended by its subsequent administrative and judicial actions regarding the *Convenio*, effectively and unlawfully prevented the Claimant's operation of the landfill.

107. These measures, taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation.

108. The present case resembles in a number of pertinent respects that of *Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R.183, 207-10 (1993) (Judge Schwebel, President; Wallace and Leigh, Arbitrators). In that case, a private investor was renovating and expanding a resort restaurant in Ghana. As with Metalclad, the investor, basing itself on the representations of a government affiliated entity, began construction before applying for a building permit. As with Metalclad, a stop work order was issued after a substantial amount of work had been completed. The order was based on the absence of a building permit. An application was submitted, but although it was not expressly denied, a permit was never issued. The Tribunal found that an indirect expropriation had taken place because the totality of the circumstances had the effect of causing the irreparable cessation of work on the project. The Tribunal paid particular regard to the investor's justified reliance on the government's representations regarding the permit, the fact that government authorities knew of the construction for more than one year before issuing the stop work order, the fact that permits had not been required for other projects and the fact that no procedure was in place for dealing with building permit applications. Although the decision in *Biloune* does not bind this Tribunal, it is a persuasive authority and the Tribunal is in agreement with its analysis and its conclusion.

109. Although not strictly necessary for its conclusion, the Tribunal also identifies as a further ground for a finding of expropriation the Ecological Decree issued by the Governor of SLP on September 20, 1997. This Decree covers an area of 188,758 hectares within the “Real de Guadalcazar” that includes the landfill site, and created therein an ecological preserve. This Decree had the effect of barring forever the operation of the landfill.

110. The Tribunal is not persuaded by Mexico’s representation to the contrary. The Ninth Article, for instance, forbids any work inconsistent with the Ecological Decree’s management program. The management program is defined by the Fifth Article as one of diagnosing the ecological problems of the cacti reserve and of ensuring its ecological preservation. In addition, the Fourteenth Article of the Decree forbids any conduct that might involve the discharge of polluting agents on the reserve soil, subsoil, running water or water deposits and prohibits the undertaking of any potentially polluting activities. The Fifteenth Article of the Ecological Decree also forbids any activity requiring permits or licenses unless such activity is related to the exploration, extraction or utilization of natural resources.

111. The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal’s finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.

112. In conclusion, the Tribunal holds that Mexico has indirectly expropriated Metalclad’s investment without providing compensation to Metalclad for the expropriation. Mexico has violated Article 1110 of the NAFTA.

VIII. QUANTIFICATION OF DAMAGES OR COMPENSATION

A. Basic Elements of Valuation

113. In this instance, the damages arising under NAFTA, Article 1105 and the compensation due under NAFTA, Article 1110 would be the same since both situations involve the complete frustration of the operation of the landfill and negate the possibility of any meaningful return on Metalclad’s investment. In other words, Metalclad has completely lost its investment.

114. Metalclad has proposed two alternative methods for calculating damages: the first is to use a discounted cash flow analysis of future profits to establish the fair market value of the investment (approximately \$90 million); the second is to value Metalclad's actual investment in the landfill (approximately \$20–25 million).

115. Metalclad also seeks an additional \$20–25 million for the negative impact the circumstances are alleged to have had on its other business operations. The Tribunal disallows this additional claim because a variety of factors, not necessarily related to the La Pedrera development, have affected Metalclad's share price. The causal relationship between Mexico's actions and the reduction in value of Metalclad's other business operations are too remote and uncertain to support this claim. This element of damage is, therefore, left aside.

116. Mexico asserts that a discounted cash flow analysis is inappropriate where the expropriated entity is not a going concern. Mexico offers an alternative calculation of fair market value based on COTERIN's "market capitalization". Mexico's "market capitalization" calculations show a loss to Metalclad of \$13-15 million.

117. Mexico also suggests a direct investment value approach to damages. Mexico estimates Metalclad's direct investment value, or loss, to be approximately \$3-4 million.

118. NAFTA, Article 1135(1)(a), provides for the award of monetary damages and applicable interest where a Party is found to have violated a Chapter Eleven provision. With respect to expropriation, NAFTA, Article 1110(2), specifically requires compensation to be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place. This paragraph further states that "the valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value".

119. Normally, the fair market value of a going concern which has a history of profitable operation may be based on an estimate of future profits subject to a discounted cash flow analysis. *Benvenuti and Bonfant Srl v. The Government of the People's Republic of Congo*, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758; *AGIP SPA v. The Government of the People's Republic of Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737.

120. However, where the enterprise has not operated for a sufficiently long time to establish a performance record or where it has failed to make a profit, future profits cannot be used to determine going concern or fair market value. In *Sola Tiles, Inc. v. Iran* (1987) (14 Iran-U.S.C.T.R. 224, 240-42; 83 I.L.R. 460, 480-81), the Iran-U.S. Claims Tribunal pointed to the importance in relation to a company's value of "its business reputation and the relationship it has established with its suppliers and customers". Similarly, in *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 246 (1990) at 292), another ICSID Tribunal observed, in dealing with the comparable problem of the assessment of the value of good will, that its ascertainment "requires the prior presence on the market for at least two or three years, which is the minimum period needed in order to establish continuing business connections".

121. The Tribunal agrees with Mexico that a discounted cash flow analysis is inappropriate in the present case because the landfill was never operative and any award based on future profits would be wholly speculative.

122. Rather, the Tribunal agrees with the parties that fair market value is best arrived at in this case by reference to Metalclad's actual investment in the project. Thus, in *Phelps Dodge Corp. v. Iran* (10 Iran-U.S. C.T.R.

121 (1986)), the Iran-U.S. Claims Tribunal concluded that the value of the expropriated property was the value of claimant's investment in that property. In reaching this conclusion, the Tribunal considered that the property's future profits were so dependent on as yet unobtained preferential treatment from the government that any prediction of them would be entirely speculative. (*Id.* at 132-33). Similarly, in the *Biloune* case (see above), the Tribunal concluded that the value of the expropriated property was the value of the claimant's investment in that property. While the Tribunal recognized the validity of the principle that lost profits should be considered in the valuation of expropriated property, the Tribunal did not award lost profits because the claimants could not provide any realistic estimate of them. In that case, as in the present one, the expropriation occurred when the project was not yet in operation and had yet to generate revenue. (*Biloune*, 95 I.L.R. at 228-229). The award to Metalclad of the cost of its investment in the landfill is consistent with the principles set forth in *Chorzow Factory (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A., No. 17 (1928) at p.47*, namely, that where the state has acted contrary to its obligations, any award to the claimant should, as far as is possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation

which would in all probability have existed if that act had not been committed (the *status quo ante*).

123. Metalclad asserts that it invested \$20,474,528.00 in the landfill project, basing its value on its United States Federal Income Tax Returns and Auditors' Workpapers of Capitalized Costs for the Landfill reflected in a table marked Schedule A and produced by Metalclad as response 7(a)A in the course of document discovery. The calculations include landfill costs Metalclad claims to have incurred from 1991 through 1996 for expenses categorized as the COTERIN acquisition, personnel, insurance, travel and living, telephone, accounting and legal, consulting, interest, office, property, plant and equipment, including \$328,167.00 for "other".

124. Mexico challenges the correctness of these calculations on several grounds, of which one is the lack of supporting documentation for each expense item claimed. However, the Tribunal finds that the tax filings of Metalclad, together with the independent audit documents supporting those tax filings, are to be accorded substantial evidential weight and that difficulties in verifying expense items due to incomplete files do not necessarily render the expenses claimed fundamentally erroneous. *See Biloune*, 95 I.L.R. at 223-24.

125. The Tribunal agrees, however, with Mexico's position that costs incurred prior to the year in which Metalclad purchased COTERIN are too far removed from the investment for which damages are claimed. The Tribunal will reduce the Award by the amount of the costs claimed for 1991 and 1992.

B. "Bundling"

126. Some of the subsequent costs claimed by Metalclad involve what has been termed "bundling". "Bundling" is an accounting concept where the expenses related to different projects are aggregated and allocated to another project. Metalclad has claimed as costs related to the development at La Pedrera earlier costs incurred on certain other sites in Mexico. While not taking any decision in principle regarding the concept of bundling as it may be applicable to other situations (for example in the oil industry where the costs in relation to a "dry hole" may in part be allocated to the cost of exploring for and developing a successful well), the Tribunal does not consider it appropriate to apply the concept in the present case. The Tribunal has reduced accordingly the sum payable by the Government of Mexico.

C. Remediation

127. The question remains of the future status of the landfill site, legal title to which at present rests with COTERIN. Clearly, COTERIN's substantive interest in the property will come to an end when it receives payment under this award. COTERIN must, therefore, relinquish as from that moment all claim, title and interest in the site. The fact that the site may require remediation has been borne in mind by the Tribunal and allowance has been made for this in the calculation of the sum payable by the Government of Mexico.

D. Interest

128. The question arises whether any interest is payable on the amount of the compensation. In providing in Article 1135(1) that a Tribunal may award "monetary damages and any applicable interest", NAFTA clearly contemplates the inclusion of interest in an award. On the basis of a review of the authorities, the tribunal in *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 245) held that "interest becomes an integral part of the compensation itself, and should run consequently from the date when the State's international responsibility became engaged" (*ibid.* p.294, para. 114). The Tribunal sees no reason to depart from this view. As has been shown above, Mexico's international responsibility is founded upon an accumulation of a number of factors. In the circumstances, the Tribunal considers that of the various possible dates at which it might be possible to fix the engagement of Mexico's responsibility, it is reasonable to select the date on which the Municipality of Guadalupe wrongly denied Metalclad's application for a construction permit. The Tribunal therefore concludes that interest should be awarded from that date until the date 45 days from that on which this Award is made. So as to restore the Claimant to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place, interest has been calculated at 6% p.a., compounded annually.

E. Recipient

129. As required by NAFTA, Article 1135(2)(b), the award of monetary damages and interest shall be payable to the enterprise. As required by NAFTA, Article 1135(2)(c), the award is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.

IX. COSTS

130. Both parties seek an award of costs and fees. However, the Tribunal finds that it is equitable in this matter for each party to bear its own costs and fees, as well as half the advance payments made to ICSID.

X. AWARD

131. For the reasons stated above, the Tribunal hereby decides that, reflecting the amount of Metalclad's investment in the project, less the disallowance of expenses claimed for 1991 and 1992, less the amount claimed by way of bundling of certain expenses, and less the estimated amount allowed for remediation, plus interest at the rate of 6% compounded annually, the Respondent shall, within 45 days from the date on which this Award is rendered, pay to Metalclad the amount of \$16,685,000.00. Following such period, interest shall accrue on the unpaid award or any unpaid part thereof at the rate of 6% compounded monthly. Made as at Vancouver, British Columbia, Canada, in English and Spanish. Professor Sir Elihu Lauterpacht, CBE, QC

Date: [August 25, 2000]

Mr Benjamin R. Civiletti Mr José Luis Siqueiros

Date: [August 22, 2000] Date: [August 21, 2000]

บทที่ 5

หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา

5.1 วิวัฒนาการและหลักการเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา

กฎหมายสนธิสัญญาวิวัฒนาการมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากความสัมพันธ์ระหว่างประชาคมระหว่างประเทศ นับตั้งแต่ยุคประวัติศาสตร์เมื่อเริ่มมีการรวมกลุ่มเป็นเผ่าชน อาณาจักร และรัฐ ในสมัยต่อมา กลุ่มคนเหล่านี้มีการติดต่อสัมพันธ์กัน ไปมาหาสู่กันอยู่ตลอดเวลา ทั้งในด้านการค้าขาย วัฒนธรรม ความร่วมมือในด้านต่างๆ ความสัมพันธ์ของมนุษย์มิได้จำกัดในด้านเดียว อาจเป็นทั้งมิตร และศัตรู มีความบาดหมางขัดแย้งกัน แย่งชิงผลประโยชน์ระหว่างกัน จนถึงการต่อสู้รบพุ่ง ชั่งชิงดินแดน อาณาจักรระหว่างกัน และการกลับคืนมา มี สัมพันธภาพอันดีระหว่างกัน เป็นปรากฏการณ์ของสังคมมนุษย์มายาวนาน ในบางครั้งก็อาจจะมีการเจรจาตกลงกันกำหนดความผูกพันตามความตกลงในเรื่องต่างๆ โดยยอมรับเงื่อนไข ความผูกพันที่กระทำขึ้นระหว่างกันเพื่อยุติความขัดแย้ง หรือข้อพิพาทกัน หรืออาจจะมีการเจรจาตกลง ผูกพันกันเพื่อความร่วมมืออย่างใดอย่างหนึ่ง แนวทางและวิธีปฏิบัติของกลุ่มคนหรือรัฐเหล่านี้ ได้วิวัฒนาการก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติ และกรอบของหลักการในการตกลงทำสัญญาระหว่างกันกลายเป็นจารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ หรือ หลักการที่ปฏิบัติกันมาช้านานนี้ จัดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law)

ต่อมาในยุคสมัยใหม่ รัฐต่างๆ ได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอนเพื่อประมวลรวบรวมทางปฏิบัติเหล่านั้นขึ้นเป็นกฎหมาย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติได้จัดทำ²⁸ เป็นอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาขึ้นในปี ค.ศ. 1969²⁹ แม้อนุสัญญานี้จะมีได้รวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป

²⁸ การประมวลหลักการในการทำสนธิสัญญาได้รับการบรรจุเข้าเป็นภารกิจของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ สหประชาชาติครั้งแรกในปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเดิมที่องค์การสันนิบาตชาติมิได้บรรจุภารกิจดังกล่าวไว้ จนกระทั่ง the Pan-American Conference ได้รับเอาภารกิจนี้ไว้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1928 และได้มีการประชุมต่อเนื่อง จนกระทั่งส่งมอบภารกิจต่อให้แก่ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวในเวลาต่อมา ร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการพิจารณาในสองสมัยการประชุมที่กรุงเวียนนาใน ปี ค.ศ. 1968 และ 1969 โดยตัวแทนประเทศต่างๆกว่า 100 ประเทศ และได้รับการรับรอง และให้สัตยาบัน โดยมีผลบังคับในปี 1980

²⁹ อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 มีประเทศต่างๆเข้าร่วมเป็นภาคีกว่า 90 ประเทศ

ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาไว้ทั้งหมดก็ตาม แต่ก็ยังเป็นอนุสัญญาที่ได้พยายามรวบรวมหลักกฎหมายว่าด้วยการทำสนธิสัญญาไว้อย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้เป็นหลักกฎหมายที่มีขอบเขตกำหนดไว้เพียงสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน³⁰ และอนุสัญญาฉบับนี้ไม่มีผลย้อนหลัง³¹ ไปบังคับกับสนธิสัญญาที่กระทำก่อนหน้าที่อนุสัญญาฉบับนี้จะมีผลบังคับ อนึ่งสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐ ซึ่งเป็นไปตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศก็ยังมีผลบังคับในทางระหว่างประเทศ แม้กระทั่งสนธิสัญญาที่กระทำด้วยวาจาก็มีผลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ³² ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่กระทำด้วยวาจาคือ ความตกลงระหว่างเดนมาร์ก และ ฟินแลนด์ เกี่ยวกับการสร้างสะพานข้าม the Store Belt (Great Belt) ซึ่งยุติความขัดแย้งระหว่างกันในปี 1992 โดยการเจรจาทางโทรศัพท์ ระหว่างนายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศ โดยฝ่ายเดนมาร์กยอมจ่ายเงินให้แก่ฟินแลนด์แลกกับการที่ฟินแลนด์ยอมถอนฟ้องเดนมาร์กในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ความตกลงดังกล่าวไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด³³ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาพยายามที่จะสนับสนุนการทำความตกลงด้วยวาจาแทนการทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรในกรณีที่สหรัฐประสงค์ให้เป็นความตกลงลับ หรือที่มีเหตุผลพิเศษ³⁴ ความตกลง หรือสนธิสัญญาเหล่านี้ไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาแต่ขอให้อ่านใจว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับตามกฎหมายทุกประการตามมาตรา 3 (a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นเอง

เพื่อที่จะเข้าใจหลักกฎหมายสนธิสัญญา จำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยบางส่วนของรัฐ ในที่นี้จะกล่าวถึงเรื่องหลักแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักการพื้นฐานอื่น ๆ ที่สำคัญในการทำสนธิสัญญา เช่นหลักการกระทำโดยสุจริต (*Good Faith* หรือ *Bona fide* ในภาษาละติน) หลักการแสดงเจตนา หรือการให้เจตจำนงโดยอิสระ หรือ

³⁰ ในปี 1986 ได้มีการเตรียมร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาในส่วนที่ใช้บังคับกับการทำสนธิสัญญา ระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่งหลักการที่สำคัญมีความคล้ายคลึงกับ หลักการที่ใช้บังคับกับการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับหลังยังไม่ผลบังคับ แม้ในเวลาต่อมา

³¹ มาตรา 4 อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันว่าอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มีผลบังคับโดยทางปฏิบัติกับสนธิสัญญาดังกล่าว (It is de facto applied to those treaties) ทั้งนี้เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาได้รวบรวมหลัก จารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสนธิสัญญาประมวลไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าสนธิสัญญาที่กระทำก่อนหน้าที่ อนุสัญญากรุงเวียนนาจะมีผลบังคับก็ย่อมได้รับการปฏิบัติตามหลักจารีตประเพณีอันเดียวกันนั่นเอง

³² มาตรา 3 (a) ซึ่งบัญญัติไว้ความว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาไม่บังคับกับสนธิสัญญาที่ไม่ได้กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรแต่หา ได้กระทำกันถึงผลบังคับตามกฎหมายของสนธิสัญญาดังกล่าวไม่

³³ Finish Yearbook of International Law (1992), pp. 610-13, and ILM (1993), p. 103.

³⁴ Aust, Anthony (2000) *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.pp.32-33.

การแสดงเจตนาโดยสมัครใจ (*Free Consent*) เป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งในการทำสนธิสัญญา นอกจากนั้นยังมีหลักการที่สำคัญยิ่งอื่น ๆ ที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ เช่น หลัก *pacta sunt servanda* (a treaty is binding upon the parties) ซึ่งเป็นหลักการที่เก่าแก่ตามกฎหมาย โรมัน (Roman Law) หรือหลักการในการตีความ และการปรับใช้สนธิสัญญาในส่วนของการมีผลบังคับหรือการสิ้นผลบังคับตามหลักเกณฑ์ *omnia conventio intelligitur rebus sic stantibus* หรือ *viz the clausula rebus sic stantibus* ซึ่งหมายความว่าเมื่อมีสถานการณ์ที่สำคัญยิ่งอันเป็นรากฐานของสนธิสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปย่อมกระทบต่อความมีผลบังคับของสนธิสัญญา (according to which a fundamental change of circumstances jeopardizes the validity of treaties) หรือหลักการที่ว่าด้วยการคงไว้ซึ่งความมีผลบังคับของสนธิสัญญา ย่อมดีกว่าการทำให้สนธิสัญญาสิ้นผลไปในกรณีที่เป็นที่สงสัย *favor contractus* (it is better to seek the maintenance rather than the termination of a treaty) หลักการดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักการที่สนับสนุนซึ่งกันและกัน ในการทำ การใช้ การตีความ และบังคับการตามสนธิสัญญา ในหัวข้อต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงหลักการที่สำคัญเหล่านี้

1. หลักการแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ

ประชาคมระหว่างประเทศประกอบด้วยรัฐ ซึ่งเป็น “บุคคล” ระหว่างประเทศ มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีอำนาจอธิปไตย ไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นใด รัฐทุกรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็รัฐเล็ก หรือรัฐใหญ่ก็ตาม ดังนั้นทุก ๆ รัฐต้องเคารพในอำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน ไม่แทรกแซงกัน รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการสร้างกฎหมาย บังคับใช้กฎหมายภายในรัฐ สามารถล้มเลิกและแก้ไขกฎหมายได้ เพราะรัฐเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยก็ย่อมสามารถใช้อำนาจ หน้าที่ของตน ภายในขอบเขตของรัฐโดยปราศจากข้อจำกัด และยอมไม่ถูกจำกัด จากการดำเนินการภายนอกด้วย แต่การยึดถือหลักอธิปไตยโดยเคร่งครัดนี้ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะรัฐยอมไม่ถูกผูกพัน หรือยอมต่อข้อผูกพันในการปฏิบัติตามพันธกิจกรณีใด ๆ หากรัฐไม่พึงประสงค์ แต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงระหว่างประเทศย่อมต้องได้รับการปฏิบัติตามจึงจะบังเกิดผลให้ความตกลงใด ๆ ในทางระหว่างประเทศเป็นราก ฐานก่อเกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันได้ โดยราบรื่น ดังนั้นรัฐต่าง ๆ ที่ประสงค์จะทำความตกลงระหว่างกัน ในประชาคมระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเอง (Auto Limitation) กล่าวคืออำนาจอธิปไตยของรัฐยังคงสมบูรณ์ เว้นแต่กรณีที่รัฐตกลงให้มีการจำกัดอำนาจอธิปไตยลงบางส่วน เพื่อยอมผูกพันตนต่อพันธะกรณีระหว่างประเทศตามที่รัฐได้เข้าร่วมตกลงไว้ตามสนธิสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ โดยยอมรับกฎเกณฑ์บางประการที่จำกัดเสรีภาพของตน หลักสนธิสัญญามาจากหลักการเก่าแก่ตามกฎหมายโรมัน ว่าด้วยหลัก *pacta sunt servanda* ที่ว่า “สัญญายอมผูกพัน” ดังนั้นสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศย่อมต้องได้รับการเคารพและถือปฏิบัติ โดยรัฐจากการลดอำนาจอธิปไตยของตนดังกล่าว

2. หลัก การกระทำโดยสุจริต **Good faith** และหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยสมัครใจ **Free consent**

หลักการกระทำโดยสุจริต และการแสดงเจตจำนงโดยสมัครใจเป็นหัวใจที่สำคัญยิ่งของหลักการทำสนธิสัญญา และเป็นหลักการพื้นฐานในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นหลักการสำคัญในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา³⁵ หากรัฐมิได้ปฏิบัติโดยสุจริตแล้ว สันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศย่อมไม่อาจจะบังเกิดขึ้นได้ และเป้าหมายหลักที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยการชำระไว้ซึ่งสันติภาพในประชาคมโลกย่อมถูกทำลายไป หลักการดังกล่าวได้รับการบรรจุในอนุสัญญากรุงเวียนนา หลายมาตราด้วยกันเช่น มาตรา 26³⁶ และ มาตรา 31 (1)³⁷ เป็นต้น หลักการปฏิบัติโดยสุจริตนี้ย่อมต้องควบคู่กับความเป็นธรรม ความสมเหตุสมผล ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ความซื่อตรง ความครบถ้วนสมบูรณ์ ดังคำกล่าวที่ว่า “good faith requires fairness, reasonableness, integrity and honesty in international behavior” นอกจากนั้นในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ยังบัญญัติรับหลักการปฏิบัติโดยสุจริตในมาตราต่าง ๆ อีก เช่น มาตรา 46 (1), (2)³⁸ ในมาตราดังกล่าวบัญญัติเกี่ยวกับการที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ว่า การแสดงเจตนาเข้าผูกพันสนธิสัญญาของรัฐนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในว่าด้วยเรื่องความสามารถในการทำสนธิสัญญา เพื่อที่จะไม่ ผูกพันตามสนธิสัญญาที่ได้กระทำไว้แล้วไม่ได้ เว้นแต่การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในดังกล่าวเป็นที่เปิดเผย และเห็นแจ้งประจักษ์ และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในที่สำคัญอย่างยิ่ง การที่จะพิจารณาว่ารัฐนั้นได้กระทำอย่างเปิดเผยและเป็นเห็นแจ้งประจักษ์ต่อรัฐอื่น ในการปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายภายในนั้น ให้พิจารณาจากทางปฏิบัติอันเป็นปกติและโดยสุจริตของรัฐดังกล่าว นอกจากนี้ หลักปฏิบัติโดยสุจริตยังปรากฏในมาตรา 69(2)(b)³⁹ กล่าวคือ การกระทำโดยสุจริตของรัฐก่อนที่จะมีการกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ใดๆของสนธิสัญญา ไม่ทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁵ ปรากฏในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “Noting that the Principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule are universally recognized”

³⁶ Article 26 Pacta sunt servanda: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”

³⁷ Article 31 (1) A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

³⁸ Article 46 (2): A violation is manifest if it would be objectively evident to any state conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

³⁹ Article 69(2)(b): acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

หลัก การแสดงเจตจำนงโดยสมัครใจ เป็นหลักการที่สำคัญในทางระหว่างประเทศและได้รับการบัญญัติรับรองในอนุสัญญากรุงเวียนนาเช่นกัน หลักการนี้เป็นพื้นฐานของการป้องกันมิให้มีการข่มขู่ บังคับ และ การใช้กำลังบีบบังคับให้รัฐตกลงทำสนธิสัญญาโดยไม่สมัครใจ แต่ในทางตรงกันข้าม แม้ในกรณีที่รัฐไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตหากรัฐดังกล่าวสมัครใจที่จะทำสนธิสัญญา ผูกพันระหว่างกันก็ย่อมจะกระทำได้⁴⁰

โดยหลักการดังกล่าวสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นจึงผูกพันเฉพาะระหว่างคู่ภาคีของสนธิสัญญา ผลของสนธิสัญญาจึงไม่ก่อให้เกิดพันธกรณี หรือสิทธิต่อรัฐที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของรัฐดังกล่าว ตามหลักการที่ว่า *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁴¹ หลัก Free consent นี้จะได้รับการยกเว้นก็แต่ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 22 (1) ซึ่งเป็นหลักของการชำระไว้ซึ่งความมีผลบังคับของสนธิสัญญา ตามหลัก *favor contractus* ที่กล่าวมาแล้ว มาตรา 22 ว่าด้วยเรื่องการเพิกถอนข้อสงวนที่ว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นประการอื่น การเพิกถอนข้อสงวนอาจจะกระทำได้ในเวลาใดเวลาหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการยินยอมจากรัฐภาคีที่ได้ยอมรับข้อสงวนดังกล่าวนั้น”⁴² นอกจากนั้นหลักการยอมรับโดยสมัครใจนี้ ยังสะท้อนให้เห็นถึงการปรับใช้กับกรณีการมีผลบังคับของสนธิสัญญาที่กระทำต่างวาระกัน ตามหลัก *lex posterior derogat legi priori* ตามหลักการดังกล่าวสนธิสัญญาที่กระทำภายหลังย่อมมีผลบังคับเหนือสนธิสัญญาที่กระทำมาก่อนในเรื่องเดียวกัน หรือสนธิสัญญาที่กระทำภายหลังย่อมลบล้างสนธิสัญญาเรื่องเดียวกันที่กระทำมาก่อน เช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกภายหลังย่อมลบล้างกฎหมายที่มีมาก่อนในเรื่องเดียวกันนั่นเอง⁴³ หลักการนี้ยังใช้กับกรณีการแก้ไขสนธิสัญญาด้วย

หลัก Free consent ทำให้รัฐภาคีผูกพันตนต่อสนธิสัญญาที่กระทำเฉพาะภายหลังจากที่ได้แสดงเจตจำนงเข้าผูกพันสนธิสัญญานั้นโดยสมัครใจแล้ว และผลความผูกพันนั้นครอบคลุมตลอดทั้งอาณาจักร

⁴⁰ Article 74 “The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more states does not prevent the conclusion of treaties between those states. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

⁴¹ Article 34 General rule regarding third states: A treaty does not create either obligations or rights for a third state without its consent.

⁴² Article 22 Withdrawal of reservations and of objections to reservations (1) Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a state which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

⁴³ Article 30 para 3 When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

หรือเขตแดนภายใต้ขอบเขตอธิปไตยของรัฐนั้นๆ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญาเป็นประการอื่น⁴⁴

3. หลักสัญญาย่อมผูกพัน *pacta sunt servanda* หรือสนธิสัญญา

ย่อมได้รับการเคารพ และปฏิบัติตาม

นอกจากหลักการปฏิบัติโดยสุจริต หลักการแสดงเจตนาโดยสมัครใจ แล้วหลักสัญญาย่อมผูกพันได้รับการรับรองในอนุสัญญากรุงเวียนนาในบทนำ วรรค 3 และยังปรากฏในมาตรา 26 และมาตรา 27⁴⁵ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ว่า รัฐไม่อาจจะกล่าวอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้ออ้าง หรือเหตุผลในการที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญา ย่อมแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าโดยหลักการแล้วหากรัฐเข้าผูกพันตนที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา ผลของสนธิสัญญานั้นย่อมผูกพันรัฐนั้น จะกล่าวอ้างเหตุอื่นใดเพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามผลของสนธิสนธิสัญญาย่อมไม่ได้ *pacta sunt servanda* เป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งนับว่าสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลัก *pacta sunt servanda* นี้จะถูกจำกัดเฉพาะในกรณีที่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ที่สำคัญยิ่งเกิดขึ้นใหม่ลบล้างหลักกฎหมายเดิม ความผูกพันตามสนธิสัญญา (ที่จะต้องเคารพตามหลัก *pacta sunt servanda* นี้) ซึ่งไปขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดขึ้นใหม่ สนธิสัญญานี้ย่อมสิ้นผล ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 64⁴⁶

สำหรับหลัก *rebus sic stantibus*, หลัก *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* และ หลัก *favor contractus* ซึ่งก็เป็นหลักสำคัญเช่นกันจะอธิบายภายหลังเมื่อมีสาระที่สำคัญเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว เช่น การสิ้นสุดของสัญญา การตีความ การบังคับตามสนธิสัญญา เป็นต้น

⁴⁴ Article 28 and 29, Art. 28 บัญญัติไว้ว่า "Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to the party. Art. 29 บัญญัติไว้ว่า "Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory."

⁴⁵ Article 27 A party may not invoke the provision of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

⁴⁶ Article 64 Emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*): If a new Peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

5.2 ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้กำหนด และวางหลักเกณฑ์เป็นกฎหมายใช้สำหรับการจัดทำ และ ขั้นตอนต่าง ๆ ในการทำสนธิสัญญา รวมทั้งการมีผลบังคับ การสิ้นผลบังคับ หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึง หรือปรับใช้กับสนธิสัญญาทุกฉบับ แต่จำกัดเพียงสนธิสัญญาที่ทำระหว่างรัฐเท่านั้น (มาตรา 1⁴⁷) อนุสัญญากรุงเวียนนามิได้ใช้บังคับกับสนธิสัญญาที่ทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่ทำระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันดังกล่าวมาแล้ว ยิ่งกว่านั้นอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ก็ไม่ได้ก้าวล่วงไปกำหนดในส่วนเนื้อหาสาระของตัวสนธิสัญญาที่รัฐกระทำระหว่างกัน คงให้เป็นไปตามแต่เจตจำนงของภาคีของสนธิสัญญาจะตกลงกัน สำหรับตัวอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวก็มีได้เป็นการประมวลและประกาศหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดทั้งปวงที่ว่าด้วยการทำสนธิสัญญา ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ก็มิได้มีขอบเขตวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย⁴⁸ ดังจะศึกษาได้จากอารัมภบท ที่กล่าวถึงเหตุผล ที่มา และวัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตของอนุสัญญาฉบับนี้ ยิ่งกว่านั้นในมาตราต่าง ๆ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาหลายแห่งได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกรณีการทำสนธิสัญญานั้นหากเกี่ยวข้องกับ หลักกฎหมายที่ยังคงมีวิวัฒนาการ หรือ ความก้าวหน้าของกฎหมาย ก็สามารถที่จะกำหนดให้เป็นไปตามวิวัฒนาการเหล่านั้น ในบทนำของอนุสัญญากรุงเวียนนายังคงยืนยันหลักการในการปรับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาจะสามารถปรับใช้ได้⁴⁹ แต่โดยเหตุที่รัฐต่าง ๆ ได้พิจารณาถึงบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งของสนธิสัญญาในประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประชาคมระหว่างประเทศ และเป็นที่ยอมรับในความสำคัญของสนธิสัญญาว่าเป็นบ่อเกิด และที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งเป็นครรลองในการพัฒนาความร่วมมือโดยสันติวิธีระหว่างรัฐต่าง ๆ ในประชาคมโลก ไม่ว่าจะรัฐเหล่านั้นจะมีระบบสังคมการเมือง การปกครอง และรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้วเป็นที่ยอมรับกันเป็นสากลในหลักเรื่องเจตจำนงเสรี หลักสุจริต และหลักสัญญาต้องผูกพัน รัฐทั้งปวงต่างยืนยันร่วมกันว่าความขัดแย้งอันเกิดจากสนธิสัญญาเช่นเดียวกับความขัดแย้งระหว่างประเทศอื่น ๆ ควรจะได้รับการยุติโดยสันติวิธีและเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประชาคมระหว่างประเทศต่างรำลึกถึงเจตจำนงของรัฐต่าง ๆ ที่จะสถาปนา และธำรงไว้ซึ่งความผูกพัน และเคารพต่อพันธะกรณีที่กระทำขึ้นตามสนธิสัญญา และเคารพในหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ประมวลขึ้นเป็นหลักการในกฎบัตร

⁴⁷ Article 1 Scope of the present Convention, The present Convention applies to treaties between States.

⁴⁸ Brownlie, Ian (1995) *Principles of Public International Law* Fourth edition. Oxford: Oxford University Press. p. 604.

⁴⁹ Preamble: Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention.

สหประชาชาติ เช่นการเคารพในสิทธิเสมอภาค และเสรีภาพในการเลือกของมวลมนุษยชาติ เคารพในอำนาจอธิปไตยและเอกราชของรัฐทั้งปวง การไม่แทรกแซงซึ่งกันและกันในกิจการภายในรัฐ การห้ามการใช้กำลัง การเคารพในสิทธิมนุษยชนตลอดจนเสรีภาพของมวลมนุษย์ และโดยความเชื่อมั่นว่าพัฒนาการของกฎหมายสนธิสัญญาซึ่งได้ประมวลอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้จะส่งเสริมพัฒนา ให้ความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในสหประชาชาติบรรลุเป้าหมาย กล่าวคือการสถาปนาสันติภาพ และเสถียรภาพระหว่างประเทศ การพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตร และความร่วมมือระหว่างรัฐต่าง ๆ จึงได้ตกลงร่วมกันประมวลหลักการ และแนวทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาขึ้นเป็นอนุสัญญาฉบับดังกล่าว โดยยังคงเคารพในหลักกฎหมายอันเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้บังคับใช้กับสนธิสัญญา ตลอดจนปัญหาต่าง ๆ ที่ไม่ได้กำหนดในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ จากอารัมภบทดังกล่าวพอจะสรุปโดยสังเขปได้ว่า “ภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้พิจารณาเห็นความสำคัญของสนธิสัญญาทั้งจากประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และได้เห็นถึงความสำคัญของสนธิสัญญาที่มีบทบาทมากขึ้นในยุคปัจจุบันในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นครรลองในการพัฒนาความร่วมมือสันติภาพระหว่างประชาชาติทั้งปวงไม่ว่าจะอยู่ในระบอบการปกครองและการเมืองใดก็ตาม และตระหนักว่าในการทำสนธิสัญญานั้นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในเรื่องหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา Free consent หลักการกระทำโดยสุจริต Good faith และหลัก สัญญาย่อมผูกพัน Pacta sunt servanda นั้นเป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป นอกจากนั้นยังเป็นที่ตกลง ยืนยันร่วมกันถึงวิธีการยุติข้อพิพาท หรือการตีความสนธิสัญญา โดยสันติวิธีและเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม และกฎหมายระหว่างประเทศ และตระหนักร่วมกันถึงเจตจำนงแห่งสมาชิกของสหประชาชาติในอันที่จะขำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม และพันธกิจที่จะปฏิบัติตามผลของสนธิสัญญา ภาคีสมาชิกได้คำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการประมวลไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ เช่น หลักแห่งความเสมอภาค หลักการเคารพต่อเสรีภาพในการเลือกโดยเสรี และตัดสินใจด้วยตนเอง ความเสมอภาค และเท่าเทียมกันแห่งรัฐ ความเป็นอิสระของรัฐที่จะไม่ขึ้นอยู่กับใคร หลักการไม่แทรกแซงในกิจการภายในของรัฐอื่น หลักการห้ามการใช้กำลัง หลักการเคารพซึ่งกันและกัน หลักการเคารพในสิทธิมนุษยชน และหลักเสรีภาพของมวลมนุษยชาติ และด้วยความเชื่อมั่นว่าวิวัฒนาการตลอดจน หลักเกณฑ์ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาดังที่ได้ประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา นี้จะมีส่วนช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติในการรักษาสันติภาพและความมั่นคง ตลอดจนพัฒนาการในบูรณาการความสัมพันธ์ฉันมิตร และความร่วมมือระหว่างประเทศ ภาคีสมาชิกได้ตกลงรับเอาหลักการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่ายังคงนำมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้”

นับตั้งแต่ประวัติศาสตร์อันยาวนาน ที่สนธิสัญญา ความตกลงระหว่างรัฐมักจะกระทำกันโดยมีการจารึกเป็นลายลักษณ์อักษร นับเป็นตราสารที่มีความสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และใน

ส่วนของจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็มีวิวัฒนาการให้มีความแน่นอนชัดเจนยิ่งขึ้น และด้วยความสำคัญของสนธิสัญญา และจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญานี้เองที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศให้ความสนใจที่จะจัดทำประมวลเป็นอนุสัญญากรุงเวียนนา ดังกล่าว⁵⁰ ในปี 1966 คณะกรรมการก็ได้รับรองร่างของอนุสัญญาฉบับนี้ซึ่งได้บรรจุร่างบทบัญญัติของอนุสัญญา ตลอดจนบันทึกความเห็นเกี่ยวกับข้อบทต่างๆดังกล่าว⁵¹ และร่างข้อบทเหล่านี้ได้กลายเป็นร่างที่เสนอต่อที่ประชุมซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกประเทศต่างๆกว่า 100 ประเทศที่เข้าร่วมประชุมกัน ณ กรุงเวียนนา ในปี 1968 และ 1969 ในที่สุดได้มีการรับรองอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ฉบับนี้ และอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 27 มกราคม 1980

ต่อมาในปี 1986 ได้มีการทำอนุสัญญา ณ กรุงเวียนนาอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบจัดทำ ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน⁵² เป็นอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน⁵³ อนุสัญญาฉบับนี้มีผลอย่างกว้างขวางในการปรับใช้กับสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือ ระหว่างองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับบทนิยาม ความหมายของสนธิสัญญา กล่าวคือเพื่อพิจารณาว่า ตราสารใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ มีกรอบ ระเบียบวิธีการกระทำสนธิสัญญาอย่างไร ในทำนองเดียวกับที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา มีผลบังคับต่อสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐ แต่ในระหว่างที่อนุสัญญากรุงเวียนนาปี 1986 ยังไม่ได้บังคับใช้ อนุสัญญาปี 1969 ก็เป็นหลักกฎหมายที่บังคับใช้โดยทั่วไปกับการทำสนธิสัญญา นับได้ว่าเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับการทำสนธิสัญญา

อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นี้ เป็นส่วนสำคัญของกฎหมายสนธิสัญญา แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในส่วนที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาก็ยังคงใช้ได้อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งยังบังคับใช้กับสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้อยู่ภายในขอบข่ายของอนุสัญญาฉบับนี้ หรือสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐก่อนที่จะมีการทำสนธิสัญญากรุงเวียนนา 1969 นี้ ตลอดจนยังบังคับใช้กับสนธิสัญญาที่

⁵⁰ ในปี 1949 คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้รับเอากฎหมายสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งในรายการที่จะจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย เนื่องจากเดิมทีคณะกรรมการของสันนิบาตชาติ ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี 1924 ไม่ได้รวมเอากฎหมายสนธิสัญญาไว้ในรายการที่จะจัดทำเป็นประมวลด้วย จนกระทั่งในปี 1928 ซึ่ง ที่ประชุม Pan-American Conference ได้ตกลงที่จะให้มีการประมวล และจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาขึ้น

⁵¹ YBILC (1966), ii pp. 173-274. The commentaries are an invaluable source of reference. บันทึกความเห็นดังกล่าวมีคุณค่าอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นแหล่งอ้างอิงศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งสำนักเลขาธิการสหประชาชาติได้จัดทำคู่มือในการศึกษาร่างข้อบทเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งรับรองโดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ในการประชุมครั้งที่ 18 (1966).

⁵² YBILC (1982), ii, pt 2, pp 9-77.

⁵³ ILM, 25 (1986), p. 543.

กระทำโดยรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาด้วย นอกจากนั้น ยังเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาสะท้อนให้เห็นถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยังมีผลบังคับซึ่งนอกเหนือจากจารีตประเพณีที่ได้รับการประมวลลงในอนุสัญญาแล้ว และมีสภาพบังคับทางกฎหมายควบคู่ไปกับอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นเอง ดังนั้นจึงเห็นได้ว่านอกจากที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ยังคงใช้ได้อยู่ รวมทั้งในกรณีที่อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติบทนิยามของคำว่าสนธิสัญญาไว้ นั้น ไม่ได้ทำให้สนธิสัญญาใดที่มีผลบังคับเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศสิ้นสภาพไปหากไม่ได้เป็นไปตามบทนิยามนั้นๆ ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

5.3 คำนิยามของสนธิสัญญา

คำว่า สนธิสัญญา หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นทั้งความหมายเฉพาะ ซึ่งหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศ ที่มีชื่อเรียกว่า “สนธิสัญญา” หรือ “Treaty” กับ ความหมายอย่างกว้างที่หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะต่างๆ และมีชื่อที่เรียกต่าง ๆ กัน อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามของสนธิสัญญาในมาตรา 2 (1) (a) ความว่า สนธิสัญญาหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะกระทำขึ้นเป็นตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือ หลายฉบับที่มีความเกี่ยวเนื่อง สัมพันธ์กัน และไม่ว่าจะมีชื่อเฉพาะเรียกว่าอย่างไรก็ตาม in written form and governed by international law, whether embodied in a single

Art. 2(1)(a) “treaty means an international agreement concluded between States instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”⁵⁴

จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จำกัด คำนิยาม สนธิสัญญา เฉพาะสนธิสัญญา ที่กระทำระหว่างรัฐเท่านั้นไม่ได้หมายรวมถึงสนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน หรือระหว่างองค์การพหุอื่น ๆ และไม่ครอบคลุมถึงความตกลงที่มีได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษร จากบทนิยามดังกล่าวสามารถจำแนกองค์ประกอบของสนธิสัญญาได้ดังนี้

1. สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่าย หรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป
2. สนธิสัญญาต้องกระทำโดยคู่ภาคีซึ่งเป็นรัฐ

⁵⁴ มาตรา 2(1)(a) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา Brownlie, Ian (1995) *Basic Documents in International Law* fourth edition, Oxford: Oxford University Press. P. 390.

3. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและก้อพันธะทางกฎหมาย
4. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นอาจจะเป็นตราสารฉบับเดียว สองหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน

1. สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป

หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่ได้วางหลักว่าสนธิสัญญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป ดังนั้นมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ดังกล่าวมาแล้วจึงมิได้ปฏิเสธผลบังคับใช้ของความตกลงระหว่างประเทศที่ตกลงด้วยวาจา แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาจะไม่ถือว่าความตกลงที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นวาจาที่ยึดถือปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้มีอยู่ไม่มากนัก ซึ่งอาจจะเป็นความตกลงด้วยวาจาสองฝ่ายหรือคำแถลงฝ่ายเดียวก็ได้ ย่อมมีผลบังคับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

นอกจากนั้นทางปฏิบัติสมัยใหม่ที่เทคโนโลยีก้าวหน้าไปไกลสนธิสัญญาอาจกระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยรูปแบบที่ทันสมัยเช่น การตกลงเจรจาทาง สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) หรือการส่งข้อความการตกลงทางโทรเลข แฟกซ์ เทเลกซ์ หรือแม้กระทั่งการบันทึกข้อความการตกลงใน แผ่นดิสก์ แล้วนำมาพิมพ์เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ กรณีทั้งหลายล้วนแต่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ขอให้มีการลงนามโดยชอบเท่านั้น แม้แต่การลงนามที่กระทำโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic signature) หรือกระทำโดย Smart Card เช่นกรณีประธานาธิบดีคลินตันทำความตกลง (Communique on electronic commerce) กับนายกรัฐมนตรี Ahern แห่ง Irish โดยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีผลบังคับสมบูรณ์ในฐานะสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁵ อนึ่ง มาตรา 102 ของกฎบัตรสหประชาชาติระบุให้มีการจดทะเบียนสนธิสัญญาโดยสำนักเลขาธิการใหญ่สหประชาชาติ ดังนั้นความตกลงด้วยวาจาจึงไม่ถูกรวมเป็นสนธิสัญญาในบทบัญญัติดังกล่าว แต่ขอให้ระลึกว่าไม่กระทบถึงผลบังคับทางกฎหมายของความตกลงดังกล่าว

2. สนธิสัญญาต้องกระทำโดยคู่ภาคีซึ่งเป็นรัฐ

เดิมทีคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมุ่งให้ครอบคลุมสนธิสัญญาที่กระทำโดยภาคีที่เป็นบุคคลระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึงรัฐ และ องค์การระหว่างประเทศด้วย แต่ในท้ายที่สุดก็จำกัด

⁵⁵ Aust, Anthony (2000) *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 16. ดู Section 5 of the UK Arbitration Act 1996 (ILM (1997), p.165.

ขอบเขตเฉพาะสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น โดยเหตุผลหลัก ๆ 3 ประการ คือ แนวทางปฏิบัติของรัฐและองค์การระหว่างประเทศมีความแตกต่างกันมาก การประมวลกฎหมายเกณฑ์ที่แตกต่างเข้าด้วยกันย่อมกระทำได้ยากและอาจจะทำให้ต้องกำหนดกรอบอย่างกว้างๆ จนอาจขาดความแน่นอนชัดเจน และรัดกุม ซึ่งไม่เป็นที่ไปตามวัตถุประสงค์ ของการประมวลหลักกฎหมายสนธิสัญญาเพื่อความแน่นอน รัดกุม ประการที่สอง แนวทางปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา ยังไม่ชัดเจนพอที่จะจัดทำเป็นประมวลในขณะที่จัดทำอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้ และประการที่สาม บางรัฐยังไม่ยอมรับว่าองค์การระหว่างประเทศควรมีสหิทธิ และหน้าที่ในประชาคมระหว่างประเทศมากนัก เพราะยังถูกจำกัดโดยอำนาจหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ และความสามารถขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับมอบจากรัฐตามธรรมนูญก่อตั้งอีกทีหนึ่ง

มีข้อนำพิจารณาประการหนึ่งเกี่ยวกับการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างรัฐกับองค์กรธุรกิจเอกชนว่า ความตกลงดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาหรือไม่นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินไว้ในคดี *Anglo-Iranian Oil Company*⁵⁶ ระหว่างอังกฤษกับอิหร่านว่าข้อตกลงการให้สัมปทานน้ำมันของรัฐแก่บริษัทเอกชนต่างประเทศนั้นไม่ใช่สนธิสัญญา ทั้งนี้เพราะรัฐบาล หรือประเทศที่บริษัทเอกชนสังกัดอยู่ มิใช่คู่สัญญา หรือภาคีของความตกลงดังกล่าว แม้ในบางกรณีความตกลงระหว่างรัฐกับเอกชนได้ระบุไว้ว่าการตีความข้อตกลงที่กระทำขึ้นนั้นให้เป็นที่ไปตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ก็หาทำให้ข้อตกลงดังกล่าวมีฐานะเป็นสนธิสัญญาแต่ประการใดไม่⁵⁷

3. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและก้อพันธะทางกฎหมาย

ความหมายของสนธิสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นหมายความว่า รวมถึงการมีเจตนารมณ์ ที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีที่ยังบังคับได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ การขาดเจตนารมณ์ดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ความตกลงไม่เป็นสนธิสัญญาได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินในคดี *Aegean Sea Continental Shelf Case* ว่า การเจรจาตกลงระหว่างกรีซ และตุรกี ซึ่งขาดเจตนารมณ์ที่จะให้มีผลผูกพันตามกฎหมายตั้งแต่ต้นนั้น หาทำให้ความตกลงมีฐานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาไม่ ทั้งนี้เพราะการพิจารณาว่าข้อตกลง หรือการเจรจาใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาตั้งแต่สถานการณ์แวดล้อม เจตนาในการเจรจาตกลง ตั้งแต่แรก ถ้อยคำที่แต่ละฝ่ายหยิบยกมาพิจารณาในภายหลังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะของการเจรจาได้ จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ที่จะผูกพันตามกฎหมายเป็นสาระสำคัญและถือว่าเป็นหัวใจของการที่คู่ภาคียินยอมให้ความตกลงนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั่นเอง

⁵⁶ *Anglo-Iranian Oil Company (United Kingdomv. Iran) (Preliminary objections) ICJ Reports (1952), p.93 at p. 112.*

⁵⁷ *The Libyan Oil Arbitrations, BYIL (1982), pp.27-81.*

พันธะทางกฎหมายของสนธิสัญญาจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ และมีความแตกต่างจากความตกลงที่มุ่งผลทางการเมือง หรือด้านอื่น สนธิสัญญาย่อมก่อสิทธิทางกฎหมายระหว่างคู่ภาคีทั้งนี้ขึ้นอยู่กับตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น

4. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นอาจจะเป็นตราสารฉบับเดียว สองหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน

ถึงแม้ว่ารูปแบบของสนธิสัญญาที่เป็นตราสารฉบับเดียวจะเป็นรูปแบบที่เป็นทางการและเป็นที่นิยม และยอมรับกันมาช้านาน แต่ทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญา หรือความตกลงในลักษณะอื่นก็เป็นที่ยอมรับมากขึ้น และยึดถือปฏิบัติต่อมา เช่นการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ หรือเป็นจดหมายโต้ตอบกัน ความแตกต่างหลากหลายทั้งในรูปแบบ และชื่อของสนธิสัญญา ความตกลง ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น ระดับความสำคัญ ผู้ทำสนธิสัญญา เนื้อหาสาระ ภาคีของสนธิสัญญา จำนวนคู่สัญญา เรื่องที่ตกลงกัน และเจตนาของคู่ภาคีที่ประสงค์ให้ความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นนั้นมีชื่ออย่างไร แต่ขอให้เข้าใจว่าไม่ว่าจะมีชื่ออย่างไรไม่ได้ทำให้สถานทางกฎหมายของความตกลงนั้นแตกต่างกัน ไม่ได้ทำให้ฐานะของตราสารนั้นต่างกันแต่อย่างใด

นอกจากการพิจารณาถึงองค์ประกอบทั้งสี่ประการของสนธิสัญญาแล้ว มีประเด็นที่ขอนำมาพิจารณา ณ ที่นี้เพื่อเป็นประโยชน์แก่การเข้าใจสาระของสนธิสัญญาโดยสรุปดังนี้ คือ

1. คำว่า “สนธิสัญญา” เป็นคำที่ใช้ทั่วไปสำหรับความตกลงระหว่างประเทศ ที่ผูกพันรัฐ แต่ไม่ได้จำกัดความหมาย ที่หมายถึงชื่อเฉพาะอันเป็นรูปแบบหนึ่งของสนธิสัญญา กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญา มีความหมายอย่างกว้างที่หมายถึงความตกลงหลากหลาย รูปแบบที่กระทำขึ้นระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐ และความหมายอย่างแคบที่หมายถึงความตกลงที่เรียกว่าสนธิสัญญาซึ่งเป็นชื่อเฉพาะประเภทหนึ่งของสนธิสัญญา
2. ตราสารสนธิสัญญาใดจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ ไม่ได้อยู่ที่ชื่อของตราสารสนธิสัญญา แต่อยู่ที่การแสดงเจตนาของคู่ภาคีของตราสารสนธิสัญญานั้นๆ มากกว่า
3. ถึงแม้สนธิสัญญาใดที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บทนิยามว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ก็มิได้ถูกกระทบกระทั่งถึงความมีผลบังคับตามกฎหมายของตราสารสนธิสัญญา
4. สนธิสัญญาระหว่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นตราสารสนธิสัญญาใดที่คู่สัญญาประสงค์ที่จะอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง เท่านั้น จึงไม่ถือเป็นสนธิสัญญาแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐก็ตาม
5. สนธิสัญญาอาจจะกระทำโดยตัวแทนรัฐในหลายระดับ เช่น ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ หรือตัวแทนประเทศระดับรัฐมนตรี หรือระดับเจ้าหน้าที่ หากเป็นผู้มีอำนาจโดยชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ถือว่าเป็นตัวแทนรัฐที่สามารถทำสนธิสัญญาผูกพันรัฐได้ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นประมุขของรัฐ เสมอไป

5.4 ประเภทของสนธิสัญญา

การจำแนกประเภทของสนธิสัญญาอาจจะพิจารณาได้หลายลักษณะ กล่าวคือ การจำแนกโดยจำนวนผู้เข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา การจำแนกตามสถานะของผู้เข้าทำสนธิสัญญา การจำแนกตามชื่อของสนธิสัญญา การจำแนกตามลักษณะของสนธิสัญญา ที่เรียกว่าเป็น “Law-making Treaty” ซึ่งหมายถึงสนธิสัญญาที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย อันที่จริงสนธิสัญญาทุกฉบับที่กระทำขึ้นโดยชอบตามกฎหมายก็ถือว่าเป็น “Source of Law” ทั้งสิ้น แต่สนธิสัญญาที่มีฐานะเป็น “Law-making treaty” จะมีบทบาทในการวางหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น นักกฎหมายบางท่านก็เห็นว่าการจำแนกประเภทของสนธิสัญญาไม่ค่อยจะเป็นสิ่งสำคัญมากนัก⁵⁸ อย่างไรก็ตามการจำแนกประเภทสนธิสัญญาที่นับว่ามีความสำคัญคือ สนธิสัญญาทวิภาคี กับ สนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งมีนัยอันสำคัญเนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้กับกรณีทั้งสองมีความแตกต่างกันเกี่ยวกับ สิทธิ และหน้าที่ความผูกพัน และความสัมพันธ์ระหว่างคู่ภาคีซึ่งมีอยู่หลายฝ่ายนั่นเอง

ก่อนที่จะอธิบายโดยละเอียดเกี่ยวกับประเภทของสนธิสัญญา ควรจะได้ทราบเกี่ยวกับองค์ประกอบของสนธิสัญญาด้วย เนื่องจากองค์ประกอบของสนธิสัญญา (Parts of treaties) มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเภทของสนธิสัญญาด้วย แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับลำดับแห่งองค์ประกอบของสนธิสัญญาก็ตามแต่ในสนธิสัญญาที่เป็นทางการมักจะมีลำดับแห่งประกอบของสนธิสัญญาดังนี้ คือ ลำดับแรกจะเป็นชื่อของสนธิสัญญา ดังที่ท่านจะได้ศึกษาต่อไปโดยลำดับว่าสนธิสัญญาอาจจะมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการตั้งแต่ประเภทของสนธิสัญญา ผู้ลงนามในสนธิสัญญา วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ลักษณะของสนธิสัญญา และสารัตถะของสนธิสัญญา เป็นต้น ลำดับต่อมาจะเป็นส่วนที่เรียกว่า ส่วนอารัมภบท (Preamble) อันเป็นส่วนแรกหรือส่วนที่หนึ่งของสนธิสัญญา ซึ่งมักจะระบุเกี่ยวกับรายละเอียดของคู่ภาคีในสนธิสัญญา รวมทั้งบางครั้งอาจจะระบุเกี่ยวกับผู้แทน หรือตัวแทนของคู่ภาคีที่มาเจรจา หรือลงนามด้วย และจะระบุเกี่ยวกับเจตนารมณ์ แรงจูงใจ หรือเหตุผลในการที่รัฐมาร่วมลงนามทำสนธิสัญญากัน ลำดับที่สามอันเป็นส่วนที่สองของสนธิสัญญาจะประกอบด้วยตัวข้อบทหรือมาตราต่าง ๆ ของสนธิสัญญาที่เป็นหลักการที่สำคัญซึ่งจะมีข้อบทหลายมาตราด้วยกัน และในบางกรณีอาจจะต้องมีบทที่เป็นภาคผนวกเสริมตัวบทหลักของสนธิสัญญา และ ลำดับต่อไป หรือส่วนที่สามของสนธิสัญญาซึ่งมักจะเรียกว่าเป็นส่วนท้ายของสนธิสัญญา (Final Clause) จะประกอบด้วยบทบัญญัติย่อยเบ็ดเตล็ดต่างๆ ว่าด้วยเรื่องระยะเวลาความผูกพันของสนธิสัญญา การให้สัตยาบัน หรือการรับรอง การภาคยานุวัติของรัฐอื่นๆ หรือการมีผลผูกพันต่อรัฐที่สาม และลำดับสุดท้าย คือส่วนท้ายสุดของสนธิสัญญาเป็นส่วนตัวด้วยการแสดงตนผูกพันต่อสนธิสัญญาประกอบด้วย การลงนามในสนธิสัญญาของตัวแทนผู้มีอำนาจ หรือผู้มีอำนาจทำสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามลำดับแห่งองค์ประกอบของสนธิสัญญาเหล่านี้ไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว ในอดีตอาจจะมีสนธิสัญญาหลายฉบับที่มีส่วนของสนธิสัญญาในส่วนที่เป็นความลับแนบท้ายผนวกเข้ากับ

⁵⁸ Jennings and Watts (eds.) (1992) *Oppenheim's International Law*. 9th edition.

สนธิสัญญา และเป็นส่วนหัวใจของสนธิสัญญาด้วย แต่ทางปฏิบัตินี้ได้หายไป ทั้งนี้เนื่องจากขั้นตอนในการที่จะต้องลงทะเบียน หรือจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ และการตีพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นนั่นเอง การที่จะต้องมาพิจารณาส่วนองค์ประกอบของสนธิสัญญาเนื่องจากประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่กระทำขึ้นระหว่างภาคีของสนธิสัญญาส่วนใดที่จะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญานั้นเอง บางกรณีอาจจะมีการทำเอกสารแนบท้ายสนธิสัญญาเดิม จะถือได้หรือไม่ว่าเอกสารหรือความตกลงใดๆที่กระทำต่อมาเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาที่กระทำต่อกันมาแล้ว และจะมีขอบข่ายการบังคับใช้ได้เพียงใด เป็นไปตามเงื่อนไขข้อบังคับเดิมได้หรือไม่อย่างไร⁵⁹

1. ประเภทของสนธิสัญญาที่จำแนกโดยจำนวนผู้เข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา

ก. สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Treaties) หมายถึง สนธิสัญญาสองฝ่าย กล่าวคือคู่ภาคีมีสองฝ่าย หรือสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างสองรัฐ เช่นสนธิสัญญาความร่วมมือทางด้านการค้า เศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ทางการเมือง ความร่วมมือทางด้านเทคโนโลยี ความร่วมมือทางด้านการศาล และกฎหมาย เป็นต้น

ข. สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaties) หมายถึงสนธิสัญญาที่มีภาคีของสนธิสัญญา มากกว่า 2 ฝ่ายขึ้นไป เช่นสนธิสัญญาความร่วมมือระดับภูมิภาคทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากเช่นสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป ซึ่งเดิมทีจัดตั้งเป็นประชาคมเศรษฐกิจยุโรป สนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ หรือที่เรียกว่า NATO (North Atlantic Treaty Organization) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาร่วมป้องกัน ไม่ว่าภาคีใดถูกรุกรานด้วยกำลังภาคีทุกฝ่ายจะเข้าช่วยป้องกันการรุกราน สมาชิกของสนธิสัญญาดังกล่าวจำกัดเฉพาะภูมิภาค นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างสนธิสัญญาที่เป็นที่รู้จักกันดีอีกมากมายเช่น กติกาสัญญาออร์ซอ (Warsaw Pact) เป็นต้น

ข้อสังเกต อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ครอบคลุมสนธิสัญญา 2 ประเภทนี้เท่านั้นไม่รวมถึงคำประกาศฝ่ายเดียว ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายได้เช่นกันเพียงแต่ไม่รวมอยู่ในบทนิยามของอนุสัญญาฉบับนี้เท่านั้น

2. ประเภทของสนธิสัญญาที่พิจารณาจากสถานะของผู้เข้าร่วมทำสนธิสัญญา

⁵⁹ เช่นคดี *Ambatielos* ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ความตกลงที่ผนวกเข้ากับสนธิสัญญาระหว่างอังกฤษ กับ กรีซ ในปี 1926 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับกลไกในการยุติข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีที่ให้กระทำโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งได้อ้างอิงถึงสนธิสัญญาที่กระทำต่อกันในปี 1886 นั้น ภายได้สถานการณ์ของคดีดังกล่าวให้ถือได้ว่าเป็นไปตามผลของสนธิสัญญาปี 1886 และให้ถือว่าความตกลงส่วนที่ผนวกเข้ากับสนธิสัญญาปี 1926นั้นเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาฉบับดังกล่าว และย่อมมีผลผูกพันคู่ภาคีของสนธิสัญญาดังเดิมนั้น

การตกลงทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศอาจจะกระทำโดยบุคคลระดับต่างๆ กันได้เพียงแต่บุคคลดังกล่าวจะต้องมีอำนาจหน้าที่ทำสนธิสัญญาได้โดยมีกฎหมายรับรอง และผูกพันรัฐได้ ฐานะของบุคคลที่ทำสนธิสัญญามีส่วนช่วยบ่งชี้ลักษณะความสำคัญของสนธิสัญญา และตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญานั้น บุคคลฐานะต่างๆ ที่ทำสนธิสัญญาย่อมมีระเบียบ ปฏิบัติ และพิธีการที่แตกต่างกันไปด้วย การจำแนกประเภทของสนธิสัญญาตามสถานะของผู้เข้าร่วมทำสนธิสัญญา จำแนกได้ดังนี้

- ก. สนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐ (Heads of States) สนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐถือเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งมีประมุขของรัฐเป็นอัครภาคีผู้ทำสัญญา (High Contracting Parties) เช่นพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระราชินีอังกฤษ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา เป็นต้น การทำสนธิสัญญาประเภทนี้ไม่ค่อยมีบ่อยมากนัก มักจะใช้ในกรณีที่มีการทำความตกลงที่สำคัญพิเศษ เช่น สนธิสัญญา (Treaty) หรืออนุสัญญา (Convention) ที่มีความสำคัญมากๆ
- ข. สนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐ (Inter-States) เป็นสนธิสัญญาที่มุ่งให้เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งมีความสำคัญ และผู้ลงนามจะเรียกว่าภาคีเช่นความตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศด้านต่างๆระหว่างรัฐคู่ภาคี ทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง เป็นต้น
- ค. สนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐบาล (Inter-Governments) เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาล เช่น ความร่วมมือทางเทคนิค หรือความร่วมมือที่เป็นผลจากความตกลงหลักในสนธิสัญญาระหว่างรัฐ เป็นต้น
- ง. สนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐมนตรี เป็นสนธิสัญญาที่มีการเจรจา และลงนามโดยรัฐมนตรีของประเทศที่ร่วมในสนธิสัญญา โดยทั่วไปคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ และมักจะกระทำโดยคณะผู้แทน
- จ. สนธิสัญญาที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐ (Inter –Department) เป็นสนธิสัญญาที่กระทำโดยตัวแทนของหน่วยงานของรัฐบาลที่รับผิดชอบในเรื่องที่เจรจา ตกลงกัน
- ฉ. สนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐบาล (Political Heads) เป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญพอสมควร มักเป็นเรื่องความตกลงทางการเมืองระหว่างประมุขของรัฐบาล เช่นสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับสหภาพโซเวียตรัสเซียเกี่ยวกับระบบต่อต้านขีปนาวุธ (Treaty on Anti-Ballistic Missile System) ซึ่งลงนามระหว่างประธานาธิบดี

นิกสัน และเลขาธิการพรรคคอมมิวนิสต์ นายเลโอนิด เบรสเนฟ⁶⁰ นอกจากนี้ก็ได้แก่ ความตกลงมิวนิค (Munich Agreement) ลงนามโดยนายกรัฐมนตรีอังกฤษ และฝรั่งเศส (นายแชมเบอเลน กับ นายดาลาดิเอ) ฝ่ายหนึ่ง กับผู้นำของประเทศเยอรมนีและอิตาลี (ฮิตเลอร์และมุสโสลินี) อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

3. ประเภทของสนธิสัญญาที่พิจารณาจากชื่อต่าง ๆ ที่ใช้เรียก

สนธิสัญญาอาจมีชื่อเรียกต่าง ๆ ตามลักษณะและความสำคัญของสนธิสัญญา ซึ่งจำแนกชื่อเฉพาะต่าง ๆ ของสนธิสัญญาตามประเภทได้ดังนี้

1. สนธิสัญญา (Treaty) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญเป็นทางการที่กระทำโดยรัฐ มักเป็นข้อตกลงทางการเมือง ซึ่งมีลักษณะพิเศษ เช่น สนธิสัญญามิตรภาพ สนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (NATO) สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป เป็นต้น แต่เดิมสนธิสัญญาใช้เฉพาะความตกลงที่กระทำระหว่างประมุขของรัฐ แต่ปัจจุบันได้ขยายไปถึงความตกลงระหว่างรัฐบาล

2. อนุสัญญา (Convention) ใช้สำหรับเอกสารความตกลงทางการที่มีลักษณะพหุภาคี หรือเอกสารความตกลงที่ร่างขึ้นโดยองค์การของ สถาบันระหว่างประเทศ ความตกลงเช่นนี้มุ่งให้มีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้น หรือเป็นการประมวลกฎหมาย แต่มีบางกรณีที่ใช้คำว่าอนุสัญญาสำหรับความตกลงทวิภาคี

3. พิธีสาร (Protocol) เป็นความตกลงซึ่งมีลักษณะเป็นทางการน้อยกว่าสนธิสัญญา หรืออนุสัญญา และมีใช้ความตกลงที่กระทำขึ้นโดยประมุขของรัฐ โดยทั่วไปหมายถึงเอกสารดังต่อไปนี้ เช่น พิธีสารลงนาม (Protocol of signature) ซึ่งเป็นเอกสารเสริมอนุสัญญาและร่างโดยผู้ร่วมเจรจา เอกสารเสริมได้แก่

ก. เอกสารเสริมอนุสัญญา ซึ่งร่างโดยผู้ร่วมเจรจา บางครั้งเรียกว่าพิธีสารลงนาม (Protocol of signature) มักเป็นเอกสารภาคผนวก เอกสารที่ตีความสนธิสัญญา ข้อบัญญัติของสนธิสัญญา บทบัญญัติแทรกเสริม ซึ่งมีความสำคัญไม่มาก

⁶⁰ แต่เนื่องจากปัจจุบันสถานภาพทางกฎหมายของประเทศสหภาพโซเวียตได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว จึงเป็นปัญหาในทางกฎหมายว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับกันอย่างไร หรือไม่ เนื่องจากคู่ภาคี สันนิษฐานทางกฎหมายในฐานะสหภาพอันมีเครือบริวารภายใต้การกำกับดูแลของสหภาพโซเวียต และประเทศบริวารเหล่านี้ได้ เป็นอิสระมีอำนาจอธิปไตยของตนเอง ในช่วงที่สหภาพโซเวียตล่มสลายใหม่ๆ ตัวแทนรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้พยายามติดต่อเพื่อให้ประเทศที่เคยเป็นประเทศบริวารของสหภาพโซเวียตลงนามในสนธิสัญญาด้วยตนเอง แต่ในทางกฎหมายก็ไม่อาจจะทดแทนฐานะของคู่สัญญาเดิมได้ ก็จะกลายเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีแต่ละคู่ที่มาลงนามใหม่กับสหรัฐอเมริกา

บทบัญญัติทางการซึ่งมิได้ปรากฏในอนุสัญญา หรือข้อสงวนที่กระทำโดยภาคีที่ลงนาม พิธีสารแก้ไขสนธิสัญญาพหุภาคีต่าง ๆ เมื่อมีการให้สัตยาบันอนุสัญญานั้นจะมีผลเป็นการให้สัตยาบันพิธีสารไปด้วยในตัว

- ข. เอกสารเสริมอนุสัญญา แต่มีลักษณะเอกเทศ และใช้ปฏิบัติโดยการให้สัตยาบัน เช่น พิธีสารกรุงเฮก ค.ศ. 1930 ว่าด้วยการไร้สัญชาติ ซึ่งลงนามในขณะที่เดียวกับที่มีการลงนามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการชดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930
- ค. สนธิสัญญาเอกเทศ
- ง. บันทึกความเข้าใจ ซึ่งปกติเรียกว่า บันทึกการเจรจา (Proces – Verbal)

4. ความตกลง (Agreement) เป็นเอกสารซึ่งมีลักษณะเป็นทางการน้อยกว่าสนธิสัญญา หรืออนุสัญญา โดยทั่วไปมิได้กระทำโดยประมุขของรัฐ ปกติใช้สำหรับความตกลงที่มีขอบเขตจำกัด หรือมิได้มีลักษณะถาวรนัก มีภาคน้อยกว่าอนุสัญญา มักใช้สำหรับความตกลงที่มีลักษณะเทคนิค หรือบริหาร ซึ่งลงนามโดยตัวแทนของหน่วยงานของรัฐ และไม่จำเป็นต้องมีการให้สัตยาบัน แต่ก็ต้องขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศด้วย เช่นความตกลงระหว่าง สหราชอาณาจักร นอร์เวย์ และ สหภาพโซเวียตรัสเซีย ว่าด้วยการจับปลาคอดในมหาสมุทรอาร์กติกตะวันออกเฉียงเหนือ (Agreement between the United Kingdom, Norway and the Soviet Union on the Regulation of the Fishing of Cod of North-East Arctic (Arcto-Norwegian) ลงนามเมื่อ 15 มีนาคม 1974 เป็นต้น

5. บันทึกหรือหนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes or Letters) เป็นวิธีที่ไม่เป็นทางการ โดยรัฐแสดงเจตนาว่าต้องการผูกพันกับความตกลงบันทึกความเข้าใจบางอย่าง หรือยอมรับพันธกรณีบางอย่าง อาจจะกระทำโดยผ่านผู้แทนทางการทูตหรือผู้แทนทหาร โดยปกติไม่มีการให้สัตยาบัน บางครั้งอาจมีบันทึกแลกเปลี่ยนในลักษณะพหุภาคีก็ได้ เช่นบันทึกแลกเปลี่ยนระหว่าง สหราชอาณาจักร กับประเทศอื่นๆ ในเรื่องต่างๆ เป็นต้นว่าการแก้ไขความตกลงเรื่องบริการทางอากาศ⁶¹ การฝึกอบรมกองทัพสหราชอาณาจักรในแคนาดา⁶² การขยายเวลาสนธิสัญญาทางการค้าและการภาษี⁶³ เป็นต้น

6. ข้อตกลง (Arrangement) มักใช้ในเรื่องความตกลงที่มีลักษณะชั่วคราว หรือเฉพาะกาล

7. บันทึกการเจรจา (Proces – Verbal) เดิมหมายถึงการสรุปขั้นตอนและผลการประชุมทางการทูต แต่ในปัจจุบันหมายถึงบันทึกสาระสำคัญ ข้อตกลงระหว่างภาคี การบันทึกการเจรจา นอกจากนี้ยังใช้บันทึกการแลกเปลี่ยน หรือการให้สัตยาบัน การทำข้อตกลงทางการบริหารที่ไม่สำคัญนัก หรือกรณีการเปลี่ยนแปลงอนุสัญญาเล็กๆ น้อยๆ ทั่วไป ไม่มีการให้สัตยาบัน

8. ข้อบัญญัติ หรือธรรมนูญ (Statute) ปกติใช้ในกรณีต่อไปนี้

⁶¹ อังกฤษทำสัญญากับเชียวราเลโอน เมื่อวันที่ 5 เมษายน 1962

⁶² อังกฤษทำสัญญากับแคนาดา

⁶³ อังกฤษทำสัญญากับประเทศไทย เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1937

- จ. ประมวลกฎหมายเกณฑ์หรือข้อบังคับ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันระหว่างประเทศ เช่นธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1945
- ฉ. ประมวลกฎหมายที่กำหนดโดยการตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ภายในอาณาบริเวณเฉพาะแห่ง ภายใต้การควบคุมดูแลระหว่างประเทศ เช่น Statute of the Sanjak of Alexandra 1937
- ช. เอกสารแนบทำยอนุสัญญา ซึ่งกำหนดระเบียบ กฎเกณฑ์บางอย่าง สำหรับใช้ปฏิบัติ เช่น Statute on Freedom of Transit ซึ่งเป็นเอกสารผนวกอนุสัญญาว่าด้วยเสรีภาพในการเดินทางผ่านแดนที่เมืองบาเซิลนา ปีค.ศ. 1921 (Convention on Freedom of Transit, 1921)

9. ปฏิญญา (Declaration) ใช้ได้ในหลายสถานการณ์ คือ

- ช. ความแตกต่างอย่างเป็นทางการ ซึ่งมุ่งให้เกิดพันธผูกพัน เช่นปฏิญญาปารีส (Declaration of Paris 1856) ซึ่งเป็นความตกลงที่มุ่งนิยามกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยการปิดกั้น (Blockade) และของต้องห้าม (Contraband)
- ฉ. เอกสารไม่เป็นทางการ ซึ่งผนวกสนธิสัญญา หรืออนุสัญญา แสดงการตีความ บทบัญญัติของสนธิสัญญา หรืออนุสัญญานั้น
- ค. ความตกลงไม่เป็นทางการเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่สำคัญนัก
- ด. มติจากการประชุมทางการทูต ซึ่งประกาศหลักการบางประการ หรือข้อกำหนดให้ทุกรัฐถือปฏิบัติ เช่น ปฏิญญาห้ามการใช้กำลังบังคับทางทหาร การเมือง หรือเศรษฐกิจในการทำสนธิสัญญา (Declaration on the Prohibition of Military, Political or Economic coercion in the Conclusion of Treaties) ซึ่งที่ประชุมกรุงเวียนนารับรองเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา

10. บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ปัจจุบันนี้มีการนำมาใช้อย่างมาก และจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจกับชื่อดังกล่าว เพราะมีบุคคลจำนวนมากที่ไม่เข้าใจในสถานะของบันทึกความเข้าใจ หรือ MOU ดังกล่าว เนื่องจากในบางกรณี MOU มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่ในบางกรณี MOU มิใช่สนธิสัญญา⁶⁴ อีกทั้งภาคเอกชนได้นำเอาชื่อ MOU มาใช้ในการทำความตกลงเป็นจำนวนมากระดับเอกชน ซึ่งมิใช่สนธิสัญญาแต่อย่างไร ดังนั้นพึงเข้าใจว่าอย่าด่วนสรุปเมื่อเห็นชื่อ MOU ว่า เป็น หรือ ไม่เป็นสนธิสัญญาเพียงเพราะเห็นชื่อ MOU ด้วยเหตุว่าสนธิสัญญาที่กระทำในลักษณะMOUมีบ่อยครั้งที่ถูกนำไปจดทะเบียนในฐานะสนธิสัญญา⁶⁵ แต่

⁶⁴ เช่น The Paris Memorandum of Understanding on Port State Control 1982 ILM (1982), p.1

⁶⁵ ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่กระทำในรูป MOU ได้แก่ Memorandum of Understanding relating to the Implementation of the Guidelines for Transfer of Nuclear-Related Dual – Use Equipment 1992 (ILM (1992), p.1097, Memorandum of

ขอให้พิจารณาให้ถ่องแท้ถึงเจตนารมณ์ของคู่ภาคีในตราสารดังกล่าว ตลอดจนถ้อยคำที่ใช้ในตราสารนั้นๆ ประกอบด้วย

11. ความตกลงชั่วคราว (Modus Vivendi) เป็นเอกสารบันทึกข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะชั่วคราว หรือเฉพาะการโดยมุ่งให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขภายหลัง ปกติใช้ในลักษณะไม่เป็นทางการ เช่นกระทำในนามของผู้แทนที่ร่วมเจรจา หรือมีการลงนามย่อ และไม่มี การให้สัตยาบัน

12. กรรมสารสุดท้าย (Final Act) เป็นเอกสารซึ่งรวบรวมผลการประชุมขั้นสุดท้ายเพื่อสรุปอนุสัญญา เช่นกรรมสารสุดท้ายของการประชุมกรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งเป็นเอกสารสรุปสาระสำคัญของการประชุม ระบุรัฐหรือประเทศของรัฐที่เข้าร่วมประชุม ผู้แทนซึ่งร่วมเจรจา และเอกสารซึ่งที่ประชุมรับรอง นอกจากนี้ยังระบุมติ แถลงการณ์ และข้อเสนอแนะซึ่งที่ประชุมยอมรับแต่ไม่ได้บรรจุไว้เป็นบทบัญญัติของอนุสัญญา บางกรณีกรรมสารสุดท้ายยังระบุการตีความบทบัญญัติในเอกสารทางการซึ่งที่ประชุมรับรองด้วย

13. กรรมสารทั่วไป (General Act) ตราสารชนิดนี้คือสนธิสัญญาทั่วไปนี้เอง แต่อาจมีลักษณะเป็นทางการ หรือไม่เป็นทางการก็ได้ เช่นกรรมสารทั่วไปในการยุติกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ (General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928) ซึ่งสมัชชาสันนิบาตชาติรับรองในปี ค.ศ.1928 และต่อมาสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกรรมสารทั่วไปฉบับแก้ไขในปี ค.ศ.1949

14. ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive Agreement) เป็นแนวทางปฏิบัติที่ใช้เฉพาะในสหรัฐอเมริกา มีลักษณะแตกต่างไปจากสนธิสัญญาอื่นซึ่งต้องให้สภาชเนทให้คำปรึกษาและเห็นชอบโดยคะแนนเสียงอย่างน้อยสองในสาม ก่อนให้สัตยาบัน ข้อตกลงของฝ่ายบริหารนี้ไม่ต้องให้สภาชเนทรับรอง แต่เป็นพันธะผูกพันระหว่างประเทศซึ่งกระทำโดยฝ่ายบริหารโดยได้รับอนุมัติล่วงหน้าและกระทำภายในกรอบที่สภาครองเกสกำหนดให้ หรือบางกรณีไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุมัติเห็นชอบล่วงหน้า หากเป็นเรื่องซึ่งโดยทั่วไปถือว่าอยู่ในขอบเขตอำนาจของประธานาธิบดี หลังจากปี ค.ศ. 1972 ความตกลงระหว่างประเทศทำนองนี้ต้องถูกนำเสนอสภาครองเกส ภายใน 60 วันหลังจากใช้ข้อตกลงดังกล่าว เช่นข้อตกลงตะวันออกไกล (Far Eastern Agreement) ลงนามเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1945 ณ เมืองยัลตา

15. สนธิสัญญาที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีชื่อเรียกสนธิสัญญาเป็นอย่างอื่นอีก เช่น ข้อตกลง (accord) กรรมาสาร (Act) ซึ่งใช้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศ บันทึกช่วยจำ (Aide-Memoire) มาตรการ (Articles หรือ Articles of Agreement) เช่น มาตรการความตกลงแห่งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Articles of Agreement of the International Monetary Fund, 1944) กฎบัตร (Charter) และ ธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งเป็นเอกสารแม่บทขององค์การระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีชื่อเรียกต่างๆ อีก เช่น หนังสือสัญญา (Compact) สาร (Instrument) บันทึก (Memorandum) บันทึกข้อตกลง (Memorandum of Agreement) บันทึกการประชุม (Minute) หรือบันทึกผลการเจรจา (Agreed Minute) ซึ่งใช้บันทึกความเข้าใจที่ไม่สำคัญนัก หรือเกี่ยวกับเรื่องกระบวนการดำเนินงาน บันทึกวาจา (Note verbal) กติกาสัญญา (Pact) ซึ่งใช้บันทึกข้อผูกพันสำคัญ กรรมาสารสาธารณะ (Public Act) เป็นต้น

สรุปได้ว่าสนธิสัญญามีชื่อเรียกต่างๆ มากมายขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการตั้งแต่ระดับความสำคัญของสนธิสัญญา จำนวนภาคีของสนธิสัญญา หรือผู้ลงนามในสนธิสัญญา ตลอดจนประเภทของสนธิสัญญาด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าสนธิสัญญาจะมีชื่อเรียกอย่างไรก็มีผลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในฐานะสนธิสัญญาทั้งสิ้น สำหรับ คำว่า “สนธิสัญญา” และ “อนุสัญญา” เป็นศัพท์ที่ใช้เรียกความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญระหว่างรัฐ สนธิสัญญาใช้กับความตกลงระหว่างสองรัฐหรือจำนวนภาคีไม่มากนัก แต่อนุสัญญา ส่วนใหญ่ใช้กับความตกลงหลายฝ่าย หรือเป็นผลจากการประชุมระหว่างประเทศที่สำคัญ ซึ่งมีรัฐจำนวนมากเข้าร่วมประชุม หรือความตกลงชนิดที่วางกฎ ระเบียบ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 เป็นต้น

5.5 ขั้นตอนการทำสนธิสัญญา

1. การเจรจาและผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาผูกพันรัฐ

การทำสนธิสัญญานั้นย่อมกระทำได้โดยบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น (Subject of International Law) ได้แก่ รัฐ และองค์การระหว่างประเทศ แต่ในที่นี้จะกล่าวเฉพาะการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น ทั้งนี้ภายใต้กฎเกณฑ์ ระเบียบ และหลักเกณฑ์ที่ประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 อนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับความสามารถในการทำสนธิสัญญาไว้ในมาตรา 6⁶⁶ ความว่า รัฐทุกรัฐ (ไม่ว่าใหญ่หรือเล็ก) มีอำนาจและความสามารถในการทำสนธิสัญญา คำว่า “รัฐ” ในที่นี้จึงหมายความว่า รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยและเป็นเอกราช รวมทั้งมีองค์ประกอบของความเป็นรัฐดังที่ได้ศึกษามาแล้ว เพราะประเด็นนี้ก็มีความสำคัญในแง่ที่จะพิจารณาว่าตราสารใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่

⁶⁶ Art. 6. of the Vienna Convention: Capacity of States to conclude treaties “Every State possesses capacity to conclude treaties”

นั่นเอง หากความตกลงใดกระทำโดยบุคคลหรือองค์การที่ไม่มีสถานะเป็นบุคคลระหว่างประเทศ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศความตกลงดังกล่าวก็ไม่มีฐานะเป็นสนธิสัญญา เมื่อสนธิสัญญาย่อมกระทำได้แต่โดยบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศคือรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งเป็นนิติบุคคล ก็ย่อมจะต้องมีผู้แทนนิติบุคคล หรือตัวแทนที่มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ซึ่งในกรณีของรัฐ ได้แก่ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีเป็นต้น ซึ่งจะเป็นตัวแทนในการเจรจา ตกลง และร่างสนธิสัญญา ตลอดจนขั้นตอนอื่นๆจนกว่าจะเสร็จสมบูรณ์ โดยแท้ ในหัวข้อต่อไปนี้จะเป็นการอธิบายถึงขั้นตอนต่างๆโดยเริ่มตั้งแต่การเจรจา

การเจรจา (Negotiation) เป็นขั้นตอนเบื้องต้นในการทำสนธิสัญญา การเจรจาทกลง และต่อรอง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสรุปอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันทั้งสองฝ่าย โดยภาคีคู่เจรจามีความพึงพอใจ และยินดีที่จะปฏิบัติตามบทสรุปที่ได้จากการเจรจาทกลงกันนั้น ก่อนที่จะนำข้อบทที่ได้จากการเจรจาจนเป็นที่พอใจของทุกฝ่ายแล้วนั้นไปยกร่างเป็นสนธิสัญญาเพื่อการรับรอง ลงนาม และให้สัตยาบันต่อไป สนธิสัญญานั้นจึงจะมีผลบังคับตามกฎหมายได้ ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่มีการกำหนดรูปแบบของการเจรจา ไว้เป็นการเฉพาะจึงขึ้นอยู่กับคู่ภาคีในการที่จะจัดการเจรจากันอย่างไร เป็นกรณีๆไป และโดยที่การทำสนธิสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นหมายถึงการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น ดังนั้นการที่รัฐจะแสดงเจตนาารมณ์ผูกพันรัฐได้ย่อมกระทำผ่านทางผู้แทนรัฐผู้มีอำนาจเต็ม กล่าวคือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐบาล และต้องดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งคือกระทำตามอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติไว้ว่าด้วยเรื่องผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มนั่นเอง

ผู้มีอำนาจเต็มในการเจรจา โดยหลักการแล้ว บุคคลผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาในนามของรัฐคือประมุขของรัฐ หรือหัวหน้ารัฐบาล อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐหรือประมุขของรัฐบาล มักจะไม่มีข้อยกเว้นและมักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญทางการเมืองอย่างมาก เช่นสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างประมุขของรัฐ หรือหัวหน้ารัฐบาล ในการตกลงทำสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปซึ่งปัจจุบันได้พัฒนามาเป็นสหภาพยุโรป หรือ การก่อตั้งอาเซียน หรือการก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ และทางปฏิบัติโดยทั่วไปมักจะมีตัวแทนรัฐในระดับรัฐมนตรี หรือในบางกรณี สนธิสัญญาอาจจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับรองลงมา เช่นโดยตัวแทนของกระทรวง หรือหน่วยงานอื่นๆที่เกี่ยวข้อง จำแนกตามความเหมาะสมและลักษณะของสนธิสัญญา ตลอดจนระดับของความเป็นทางการหรือรูปแบบของการทำสนธิสัญญา แต่ไม่ได้หมายความว่า จะมีการจำแนกความสำคัญของสนธิสัญญา เนื่องจากสนธิสัญญาที่มีฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หากสนธิสัญญานั้นๆได้กระทำโดยชอบโดยตัวแทนที่มีอำนาจตามกฎหมายย่อมผูกพันรัฐนั้นๆ และเมื่อรัฐบาลเปลี่ยนแปลงไป สนธิสัญญาก็ยังคงผูกพันรัฐนั้นอยู่⁶⁷ ส่วนการที่รัฐใดเมื่อได้ทำสนธิสัญญาแล้วจะให้ผลบังคับตาม

⁶⁷ Anthony Aust (2000) *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: University Press. P. 48.

กฎหมายภายในย่อมเป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการภายในของรัฐนั้นๆ ในการรับรองผลของสนธิสัญญา หรือการทำให้สนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน หรือการออกกฎหมายรับรองบังคับการให้เป็นไปตามผลของสนธิสัญญานั้นๆ ในปัจจุบันก็ปรากฏว่ามีสนธิสัญญาที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐต่อหน่วยงานของรัฐซึ่งกระทำในนามของรัฐ และผูกพันรัฐด้วย โดยไม่ถือว่าเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญน้อยแต่ประการใด โดยเฉพาะในปัจจุบันนี้ประมุขของรัฐ หรือประมุขของรัฐบาลมักจะไม่ได้ทำสนธิสัญญาโดยตรงเองดังกล่าวมาแล้ว แต่มักจะกระทำโดยตัวแทนผู้มีอำนาจ โดยจะต้องมีการแสดงหนังสือรับรองการเป็นผู้มีอำนาจเต็มที่เรียกว่าหนังสือมอบอำนาจเต็ม “Full Powers” ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 2.1 (c)⁶⁸ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติไว้ว่า

“หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers หมายถึง หนังสือที่ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐซึ่งแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนเพื่อเป็นตัวแทนของรัฐในการเจรจา ยอมรับ รับรอง ข้อบทของสนธิสัญญา ในการแสดงเจตนาของรัฐในการที่จะผูกพันตามผลของสนธิสัญญา หรือเพื่อที่จะกระทำการใดๆ ให้เสร็จสิ้นสมบูรณ์เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา”. จากข้อบัญญัติดังกล่าว ถ้อยคำที่ว่า “การกระทำใดๆ เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา” นี้ ให้หมายรวมถึง

(1) การกระทำที่เกี่ยวกับสถานะของสนธิสัญญา เช่น การประกาศว่าสนธิสัญญาไม่มีผลบังคับ การสิ้นสุด หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญา การถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือการระงับชั่วคราวของสนธิสัญญา ทั้งนี้ตามมาตรา 67 (2) ซึ่งบัญญัติว่า หากตราสารดังกล่าวไม่ได้ลงนามโดยประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ บุคคลที่เป็นตัวแทนของรัฐที่จะกระทำการดังกล่าวจะต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers.

(2) การประกาศ หรือ การบอกกล่าว ในลักษณะที่จะผูกพันโดยตราสาร ในการที่จะขยายเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงพันธกรณีต่อสนธิสัญญา เช่นการบอกกล่าวให้มีการบังคับใช้สนธิสัญญาชั่วคราว หรือการขยายขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาเหนือดินแดนเป็นต้น และ

(3) การประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁶⁹ ภายใต้มาตรา 36 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐภาคีของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อาจจะบอกกล่าวในเวลาใดๆ ในการที่จะยอมรับพันธะความผูกพัน และเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทใดๆ ในความสัมพันธ์กับรัฐใดๆ ในพันธกิจในลักษณะเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีความตกลงพิเศษในข้อพิพาทเกี่ยวกับ (1) การตีความสนธิสัญญา

(4) ข้อปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (3) การมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงใดที่ถือว่ามี การผิดสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างกัน และ (4) ลักษณะของการเยียวยา หรือการชดเชยค่าสินไหม

⁶⁸ Full Powers” means a document emanating from the competent authority of a state designating a person or persons to represent the Stat for negotiating, adopting, or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to b bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty.

⁶⁹ UN Depository Practice, para. 105.

ทดแทน ในกรณีที่มีการผิดสัญญา ซึ่งการแสดงเจตนา และการบอกกล่าวยอมรับเขตอำนาจศาลดังกล่าวนี้เป็นบทบังคับ”

ตัวแทนผู้มีอำนาจ ซึ่งจะต้องมีการแสดงหนังสือรับรองการเป็นผู้มีอำนาจเต็มที่เรียกว่าหนังสือมอบอำนาจเต็ม “Full Powers” และถือเป็นหนังสือทางการแสดงสถานภาพของผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มที่ ซึ่งตามมาตรา 7 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติถึงความสำคัญของหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers และอำนาจของบุคคลที่แสดงหนังสือดังกล่าวว่า

“บุคคลที่จะถือว่าเป็นตัวแทนของรัฐซึ่งมีอำนาจในการรับรองความถูกต้องของข้อบทของสนธิสัญญา หรือ ในการที่จะแสดงเจตนาในนามของรัฐในอันที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาได้นั้นจะต้อง

- (ก) ได้แสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers หรือ
- (ข) โดยทางปฏิบัติของรัฐ หรือในสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ พิจารณาได้ว่ารัฐนั้นมีเจตนาให้บุคคลดังกล่าวเป็นตัวแทนของรัฐ และได้รับการมอบอำนาจเต็ม” มาตรา นี้

ส่วนในมาตรา 7.2 ของอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดว่าบุคคลซึ่งโดยตำแหน่ง และโดยหน้าที่ไม่จำเป็นต้องมีหนังสือ Full Power ก็ถือว่าเป็นตัวแทนรัฐโดยอำนาจหน้าที่ *Ex Officio* ได้แก่บุคคลต่อไปนี้คือ

- (ก) ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในการดำเนินการใดๆ หรือการกระทำทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา
- (ข) หัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูต มีอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับ หรือการรับเอา ข้อบทของสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐผู้รับกับรัฐผู้ส่งทูตนั้น ซึ่งกรณีนี้ใช้สำหรับการทำสนธิสัญญาสองฝ่ายระหว่างสองรัฐนั้นเท่านั้น มาตรา 3 (1) (c)⁷⁰ ของอนุสัญญาเวียนนา 1961 ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูตให้รวมถึงการเจรจา ตกลง กับรัฐบาลของประเทศรัฐผู้รับ และหัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูตมีอำนาจยอมรับข้อบทของสนธิสัญญาซึ่งกระทำระหว่างรัฐทั้งสอง⁷¹ ถึงแม้ว่ามาตรา 7(2)(b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจในการรับรองความถูกต้องของข้อบทสนธิสัญญา (Authenticating the text) แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่ได้มีการขอให้มีการแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers เป็นพิเศษเพื่อการนี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากมีการแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ด้วยในการลงนามในสนธิสัญญาก็

⁷⁰ Art. 3 (1) The functions of a diplomatic mission consist *inter alia* in :(c) negotiating with the Government of the receiving state;

⁷¹ 500 UNTS 95 (No. 7310); UKTS (1965) 19.

ให้เป็นไปตามนั้น ถึงแม้ว่าการลงนามเพียงอย่างเดียวหาได้เป็นการแสดงเจตนาว่าให้ผูกพันรัฐไม่

- (ค) ผู้เป็นตัวแทนรัฐ เพื่อเข้าร่วมในการประชุมระหว่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ หรือองค์การใดขององค์การระหว่างประเทศ โดยมีอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับการยอมรับข้อบทของสนธิสัญญาในการประชุมระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือองค์การขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ โดยผู้แทนเหล่านั้นได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการ (accredited) ผู้แทนรัฐเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers

สำหรับผู้แทนถาวรในองค์การระหว่างประเทศ (Permanent Representatives) อาจจะมีหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไป (General Full Powers)⁷² มอบไว้ให้องค์การระหว่างประเทศนั้นๆ สำหรับแสดงสถานะของผู้แทนคนผู้นั้น อย่างไรก็ตามหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไปนี้ (General Full Powers) ไม่ได้ให้อำนาจบุคคลนั้นๆ ในอันที่จะกระทำการใดๆ ตามลำพังได้โดยไม่ต้องหารือรัฐบาลไม่ ดังนั้นผู้แทนที่ได้รับหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไป General Full Powers จึงจำเป็นต้องได้รับการแนะนำ หรืออนุมัติจากรัฐบาลในการตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในการกระทำส่วนที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับกฎระเบียบภายในของแต่ละรัฐ สำหรับหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไป General Full Powers นี้จะต้องแสดงต่อเลขาธิการขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ โดยเร็วที่สุด และเลขาธิการจะมอบสำเนาฉบับที่รับรองความถูกต้องของสำเนาฉบับนั้นโดยเลขาธิการ และมอบไว้ให้ผู้แทนคนนั้นยึดถือไว้เป็นหลักฐานฉบับด้วย

ในบางกรณีรัฐภาคีหลายรัฐอาจจะแต่งตั้งบุคคลคนเดียวกันเป็นตัวแทนของรัฐทั้งหลายเหล่านั้นก็ได้แต่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก ตัวอย่างเหตุการณ์ดังกล่าวได้แก่ กรณีนอร์เวย์และสวีเดนได้แต่งตั้งบุคคลเดียวกันเป็นตัวแทนของทั้งสองฝ่าย ในปี ค.ศ. 1951⁷³ เป็นต้น เราจะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติของรัฐมีหลากหลายวิธีการ ต่อไปนี้จะอธิบายระเบียบวิธีเกี่ยวกับการแสดง หรือ การส่ง หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers และพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐที่เป็นที่ยอมรับประกอบการศึกษาดังนี้

กระบวนการเกี่ยวกับรูปแบบและการส่งหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ถึงแม้ว่ารูปแบบสารัตถะ และการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers จะขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย และทางปฏิบัติของรัฐแต่ละรัฐก็ตามแต่รัฐทั้งหลายก็จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2(1)

⁷² ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการที่จะต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ในแต่ละโอกาสทุกครั้งที่มีการลงนามในสนธิสัญญาที่กระทำภายใต้องค์การระหว่างประเทศนั้นๆ รัฐอาจจะออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ทั่วไปไว้กับองค์การระหว่างประเทศสำหรับบุคคลผู้นั้นซึ่งเป็นผู้แทนถาวรของรัฐดังกล่าวก็ได้

⁷³ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้หยิบยกกรณีตัวอย่างดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาด้วย Cited by the ICL Commentary (Treaties), Art. 7, para (2): YBILC (1966), ii, p. 194.

(c) กล่าวคือการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers จะต้องออกโดยบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐที่ออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers เพื่อส่งตัวแทนผู้มีอำนาจบุคคลนั้น และต้องปฏิบัติตามแนวทางที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ หน่วยงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในที่นี้ย่อมหมายถึง บุคคลผู้มีอำนาจโดยตำแหน่ง ได้แก่ ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ โดยมีทาง ปฏิบัติคือ หากเป็นการทำสนธิสัญญาระดับระหว่างประมุขของรัฐการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ก็ต้องออกโดยประมุขของรัฐเว้นแต่ประมุขของรัฐได้กระทำการด้วยตนเอง แม้ว่าประธานาธิบดีมักจะได้อลงนามในสนธิสัญญาด้วยตนเอง หรือแม้กระทั่งความตกลงที่เรียกว่า Memorandum of Understanding (MOU) ก็ตามแต่ประมุขของรัฐที่เป็นกษัตริย์ หรือพระราชินีมักจะไม่ได้ลงนามเองแต่จะมอบอำนาจให้ผู้มีอำนาจลงนามแทนโดยออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ให้ สำหรับการทำสนธิสัญญาระดับระหว่างประมุขของรัฐ⁷⁴

สำหรับถ้อยคำที่บรรจุอยู่ในหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers นั้นจะต้องชัดเจนไม่คลุมเครือในการที่ระบุว่าบุคคลใดได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนที่มีอำนาจ และมีอำนาจในการกระทำการใด เช่นในการเจรจา ในการลงนาม หรือในการรับรองข้อบทของสนธิสัญญา และจะต้องระบุข้อความต่อไปนี้

1. ชื่อเต็มของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง ดังนั้นแค่เพียงระบุว่าเอกอัครราชทูตประจำประเทศ จึงไม่เพียงพอ และไม่ถูกต้อง
2. ระบุชื่อเต็มของสนธิสัญญาที่บุคคลนั้นได้รับแต่งตั้งให้ไปทำหน้าที่ไปเจรจาหรือลงนาม หากยังไม่สามารถระบุได้ในขณะนั้นเพราะยังไม่เป็นที่ยุติ ก็จะต้องระบุถึงเรื่องที่มาเจรจาทกลงกัน ระบุชื่อการประชุม เจรจา หรือชื่อองค์การระหว่างประเทศที่จัดให้มีการประชุมเจรจากัน แต่ไม่ต้องระบุวันที่ และสถานที่ ที่คาดหมายว่าจะมีการลงนามกัน
3. ลายมือชื่อของบุคคลผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง และออกหนังสือนั้น การลงลายมือชื่อนั้นจะต้องเป็นลายมือชื่อโดยบุคคลจริง ไม่สามารถลงลายมือโดยการส่งแฟกซ์และไม่สามารถลงนามแทนโดยบุคคลอื่น หรือไม่สามารถลงนามโดยรองรัฐมนตรีในกรณีรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจลงนาม เว้นแต่รองรัฐมนตรีรักษาการในตำแหน่งขณะนั้น *ad interim* หรือปฏิบัติราชการในตำแหน่งในขณะนั้น หรือในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจลงนาม ย่อมไม่สามารถลงนามโดยรัฐมนตรี
4. วันที่และสถานที่ ที่ลงนามในหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers
5. ตราประทับอย่างเป็นทางการ ถึงแม้ว่าจะมีหรือไม่ก็ได้แต่ในทางปฏิบัติย่อมมีการประทับตราอย่างเป็นทางการเสมอ

หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ที่ออกให้ผู้ใด ผู้อื่นนำไปใช้ไม่ได้ เช่น รองตำแหน่งของผู้ นั้น หรือ ผู้กระทำการในนามบุคคลนั้น เว้นแต่ว่าบุคคลนั้นได้รับการแต่งตั้ง ระบุนามในหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ด้วย ดังนั้นในทางปฏิบัติหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers มักจะระบุนาม

⁷⁴ Anthony Aust (2000) *Modern Treaty Law and Practice* Cambridge: University Press, p. 62.

ตั้งแต่ สองท่านขึ้นไปในทีมเจรจา หรือทำสนธิสัญญาด้วยเหตุผลที่ว่าหัวหน้าทีมเจรจา อาจจะจำเป็นต้องกลับไปราชการในประเทศหรือมีเหตุใดๆโดยกะทันหัน บุคคลอื่นที่ได้รับแต่งตั้ง และมีอำนาจเต็มในทีมเจรจา หรือทำสนธิสัญญาจะได้มีอำนาจในการดำเนินการต่อไปได้ในช่วงระยะเวลาสั้นๆ นั้น

ในกรณีที่ต้องกระทำการระหว่างประเทศเป็นภาคีที่จะต้องลงนาม หรือรับรองข้อบทของสนธิสัญญาด้วยองค์การระหว่างประเทศนั้นก็จะต้องออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ให้แก่บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้แทนองค์การระหว่างประเทศนั้นด้วย และใครเป็นผู้มีอำนาจในการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ก็จะเป็นไปตามกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ ตัวอย่างเช่นในกรณีของสหภาพยุโรปผู้มีอำนาจลงนามได้แก่เลขาธิการของคณะมนตรี หรือคณะกรรมการสหภาพยุโรป

การแต่งตั้งรัฐอื่นเป็นตัวแทนในการลงนามในสนธิสัญญา (Proxy Signature) ถึงแม้ว่ากรณีเช่นนี้จะเป็นกรณีพิเศษที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก แต่อาจจะมีบางรัฐที่ได้มอบหมายแต่งตั้งให้รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเป็นตัวแทนของรัฐผู้แต่งตั้งในการลงนามในสนธิสัญญา การแต่งตั้งดังกล่าวต้องกระทำโดยการทำหนังสือมอบอำนาจ และ หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ด้วยในเวลาเดียวกัน เว้นแต่รัฐที่เจรจากันจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามสนธิสัญญา

การกระทำที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (Invalid Acts) มาตรา 8 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาบัญญัติว่า “การกระทำใดๆที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาทั้งปวงโดยบุคคลที่ไม่อาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจตามมาตรา 7 ในฐานะที่เป็นตัวแทนของรัฐนั้นๆ การกระทำความดังกล่าวไม่มีผลตามกฎหมายและไม่ผูกพันรัฐนั้นๆ เว้นแต่รัฐนั้นจะให้การรับรอง หรือให้สัตยาบันการกระทำของบุคคลนั้น” หรือต่อมา รัฐนั้นให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้น ก็เป็นการรับรอง และผูกพันตามผลของการกระทำที่บุคคลดังกล่าวกระทำไปในนามของรัฐ หรือมีการยอมรับโดยทางปฏิบัติได้แก่การปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ หรือได้มีการตีพิมพ์สนธิสัญญานั้นๆโดยรัฐดังกล่าวในฐานะภาคีของสนธิสัญญา

2. ความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนของรัฐในการทำสนธิสัญญา

หากมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนผู้มีอำนาจ เช่นไม่ได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อจำกัดใดๆตามกฎหมายภายใน ในการแต่งตั้งผู้แทนในอันที่จะไปเจรจา ทำสนธิสัญญาให้ผูกพันรัฐนั้น ความไม่ถูกต้องดังกล่าวไม่เป็นข้อแก้ตัวในการที่รัฐจะไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ เว้นแต่ว่าข้อจำกัดดังกล่าวได้มีการบอกกล่าว แจ้งให้ภาคีของสนธิสัญญาทั้งหลายได้ทราบแล้ว ก่อนที่จะได้มีการแสดงเจตนาแต่งตั้งบุคคลดังกล่าว นั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969.⁷⁵

⁷⁵ Art. 47 of the Vienna Convention 1969, Specific restrictions on authority to express the consent of a state, provided that “If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been

ปัญหาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนในการทำสนธิสัญญา คือ ตามมาตรา 46⁷⁶ รัฐไม่อาจจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนของรัฐนั้นซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ มาเป็นข้ออ้างที่จะไม่ผูกพันตามผลของสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นโดยการแสดงเจตนาของรัฐบาลโดยผู้แทนบุคคลนั้น เว้นแต่ความไม่สมบูรณ์เพราะการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในนั้นเป็นที่ทราบอย่างประจักษ์แจ้ง และการแต่งตั้งที่ไม่ชอบนั้นเป็นส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายภายในที่สำคัญอย่างยิ่งด้วย ส่วนการพิจารณาว่าความไม่ชอบในการแต่งตั้งนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์และเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นหลักฐานต่อรัฐทั้งหลายในการทำสนธิสัญญานั้น ให้พิจารณาจากทางปฏิบัติอันเป็นปกติทั่วไป และการกระทำโดยสุจริตของรัฐทั้งหลายเหล่านั้นว่าย่อมเป็นการอันไม่สมบูรณ์ เมื่อเป็นที่เห็นชัดแจ้งเช่นว่านั้นแล้ว ก็พิจารณาได้ว่ารัฐนั้นไม่ต้องผูกพันตามผลของสนธิสัญญาที่ทำโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจ

5.6 การรับรองและยืนยันความถูกต้องของข้อบทในสนธิสัญญา

1. การยอมรับบทบัญญัติของสนธิสัญญา (Adoption)

เมื่อรัฐได้ตกลงในการเจรจาทำสนธิสัญญา ภาคิของสนธิสัญญาจะตกลงร่วมกันกำหนดทั้งรูปแบบ เนื้อหาสาระ เงื่อนไขข้อตกลง เพื่อร่างเป็นข้อบทของสนธิสัญญา และเพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าภาคิตกลงตามข้อบทของสนธิสัญญานั้น ภาคิจะต้องรับรอง (Adopt) ร่างข้อบทสนธิสัญญานั้นๆ ที่ได้ร่วมกระทำขึ้นเสร็จแล้ว การยอมรับ หรือ รับรองข้อบทดังกล่าวเป็นขั้นตอนก่อนกับการที่รัฐภาคิผูกพันตนตามสนธิสัญญา การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาที่ได้ร่วมกันเจรจาตกลงกันโดยภาคินี้ เป็นการยืนยันว่าข้อความ เงื่อนไข ถ้อยคำ ที่บรรจุอยู่ในสนธิสัญญาเป็นไปตามที่ได้เจรจากันไว้ทุกประการ และรัฐภาคิเห็นชอบตามที่ได้บัญญัติไว้เป็นข้อบทนั้นๆ แล้ว ทั้งนี้เพื่อป้องกันการใช้ข้อบท หรือ การโต้แย้งในภายหลังว่าที่เจรจากันไปนั้นไม่ได้เขียนไว้เช่นนั้น จึงนับว่าขั้นตอนนี้มีความสำคัญมากเช่นกัน เป็นการรับรองและยืนยัน ความถูกต้องของข้อบทของสนธิสัญญาที่จะได้มีการลงนามผูกพันกันต่อไป หากเป็นการทำสนธิสัญญาทวิภาคิ ขั้นตอนการรับรองข้อบทของสนธิสัญญานี้มักจะกระทำกันอย่างไม่เป็นทางการมากนัก คู่ภาคิมักจะมีการพูดคุย พิจารณากันในการประชุมแล้วนำไปสู่การลงนามในสนธิสัญญา แต่หากการ

made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.”

⁷⁶ Art. 46 of the Vienna Convention 1969, Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties, provided that “(1) A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

ทำสนธิสัญญานั้นประกอบด้วยภาคีหลายฝ่ายซึ่งร่วมในการพิจารณา ตกลงร่างข้อบทของสนธิสัญญา สาระของสนธิสัญญา มาตราต่างๆที่ร่างขึ้น ก็มักจะได้รับการพิจารณาโดยภาคีที่ทั้งปวงร่วมกันมากฝ่าย อันทำให้ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่สำคัญและเป็นทางการมากขึ้น กล่าวคือ โดยกฎระเบียบและทางปฏิบัติ ทั่วไปแล้ว การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากทุกฝ่าย (consent of all States is needed) ในการที่จะรับรอง ข้อบทของสนธิสัญญานั้น (for the adoption of the text). ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 9 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “(1) การรับรองข้อบทของสนธิสัญญา กระทำโดยได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีทั้งปวงผู้เข้าร่วมในการร่างข้อบทสนธิสัญญานั้น เว้นแต่กรณีที่ บัญญัติไว้ในวรรค 2” ซึ่งในวรรค สองได้บัญญัติไว้ว่า “(2) การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาในการประชุม ระหว่างประเทศ ให้กระทำโดยการออกเสียงลงมติ โดยระบบเสียงข้างมาก สองในสามของผู้เข้าร่วม ประชุมและได้ออกเสียง เว้นแต่ที่ประชุมมีมติในระบบเสียงข้างมากดังกล่าวให้ใช้วิธีการหรือกฎเกณฑ์อื่น มาปรับใช้กับกรณี”⁷⁷ การใช้มติเอกฉันท์ในการรับรองข้อบทสนธิสัญญาที่ได้มาจากการร่างในการ ประชุมระหว่างประเทศนั้นเป็นไปได้ยาก และไม่เป็นที่ปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป โดยเหตุนี้ อนุสัญญากรุงเวียนนาจึงได้บัญญัติให้ใช้มติเสียงข้างมากสองในสามของผู้เข้าร่วมประชุมและออกเสียง ดังกล่าวเป็นเกณฑ์ แต่ถ้าหากการทำสนธิสัญญาได้ยกร่างขึ้นภายในองค์การระหว่างประเทศ การรับรอง ข้อบทของสนธิสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ในการออกเสียง หรือกฎระเบียบ ซึ่งกำหนดไว้ใน ข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ⁷⁸ ทั้งนี้ตามที่ อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 5 ว่าด้วย สนธิสัญญาซึ่งก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ และสนธิสัญญาซึ่งได้รับการรับรองภายในองค์การระหว่าง ประเทศ ได้บัญญัติไว้ว่า “อนุสัญญานี้ปรับใช้กับสนธิสัญญาใดๆซึ่งเป็นธรรมนูญขององค์การระหว่าง ประเทศ และรวมไปถึงสนธิสัญญาที่ได้รับการรับรองภายในองค์การระหว่างประเทศ โดยที่ไม่ขัดต่อ กฎระเบียบ ข้อบังคับ ภายในขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆในส่วนที่เกี่ยวข้อง”

⁷⁷ Art. 9: Adoption of the text (1) The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2. (2) The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two-third of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

⁷⁸ Art. 5 of Vienna Convention 1969 and see ILC Commentary (Treaties), Art 8, para. (6) (YBILC(1966) , ii, pt 2,p. 195)

2. การรับรองและยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทของสนธิสัญญา

(Authentication)

ข้อบทของสนธิสัญญาที่ได้รับการรับรองแล้ว ย่อมต้องมาสู่การยอมรับ หรือยืนยัน ในความถูกต้องแท้จริงของตัวข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ ว่ามีความถูกต้อง แน่นนอน ชัดเจน แห่งถ้อยคำ เป็นข้อบทที่ถูกต้อง (Authentic) แน่นนอน (Definitive) ที่แสดงถึงเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาฉบับนั้น และรัฐภาคีที่พึงปรารถนาที่จะเข้าร่วมเจรจาเมื่อได้รับการรับรอง และยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทสนธิสัญญาแล้วย่อมผูกพันตนปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคีที่ไม่มีความสลับซับซ้อนมากนัก การยอมรับความถูกต้องของข้อความ (Authentication) ก็ถือเป็นกระบวนการเดียวกับขั้นตอนการรับรองข้อบทของสนธิสัญญาไปด้วย และในขั้นตอนสุดท้ายเมื่อได้มีการลงนามในสนธิสัญญา ก็มีผลเป็นทั้งการยอมรับความถูกต้องของตัวข้อความ และเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐโดยสมัครใจ ในการที่จะผูกพันตนตามสนธิสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามในอีกหลายๆกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาพหุภาคี จะเห็นว่าการยอมรับความถูกต้องของข้อความแห่งข้อบทในสนธิสัญญานี้แยกเป็นขั้นตอนต่างหาก โดยการนำข้อบทของสนธิสัญญาที่ยังไม่ได้มีการลงนามนั้น ประมวลเข้าไว้เป็นกรรมสารสุดท้ายที่เรียกว่า Final Act หรือข้อตกลงสุดท้ายของการประชุมระหว่างประเทศที่เจรจาร่างสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ ให้รัฐภาคีทั้งหลายพิจารณาอนุมัติ รับรอง และยอมรับในความถูกต้องแท้จริงของข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ หรือจะเห็นได้ในกรณีที่มีการทำสนธิสัญญาภายในองค์การระหว่างประเทศ ข้อบทของสนธิสัญญาจะได้รับการรับรองภายในองค์การระหว่างประเทศนั้นๆ โดยได้รับการรับรอง⁷⁹ ความถูกต้องแห่งข้อความของข้อบทนั้นโดยการลงนามของประธานขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ นอกจากนั้นภาคีของสนธิสัญญาเองซึ่งได้ร่วมพิจารณาข้อมบทของสนธิสัญญานั้นอาจจะกำหนดไว้ในสนธิสัญญา เกี่ยวกับขั้นตอน และวิธีการในการยอมรับความถูกต้องแท้จริงของสนธิสัญญาก็ได้ หรือจะได้ตกลงกันในการกำหนดวิธีการดังกล่าวร่วมกันก็ได้ หากไม่ได้กำหนดกันไว้เป็นประการใด ก็ให้ถือว่าสนธิสัญญานั้นมีความถูกต้องแท้จริงโดยมีการยอมรับความถูกต้องของสนธิสัญญาโดยวิธีการลงนามก็ดี (Signature) โดยการลงนามที่มีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการยืนยันจากรัฐผู้ให้อำนาจเต็ม (Signature Ad referendum) ก็ดี หรือมีการลงนามย่อ (Initialing) โดยตัวแทนที่เข้าร่วมประชุม เสร็จ ยกร่างสนธิสัญญา หรือลงนามรับรองและยอมรับสนธิสัญญาที่ได้ประมวลเข้าไว้เป็นกรรมสารสุดท้าย Final Act ของที่ประชุมระหว่างประเทศที่พิจารณา

⁷⁹ การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาอาจจะรับรองตัวสนธิสัญญาเป็นภาษาเดียว ส่วนการยอมรับในความถูกต้องของสนธิสัญญานี้ อาจจะกระทำได้ในหลายภาษา หมายความว่ามีการยอมรับว่า ข้อบทของสนธิสัญญาที่ถูกต้องแท้จริงได้กำหนดไว้ในหลายภาษา เช่นสนธิสัญญาฉบับที่ถูกต้องแท้จริงเป็นฉบับพากย์ภาษาอังกฤษ ฉบับพากย์ภาษาฝรั่งเศส ฉบับพากย์ภาษาจีน ฉบับพากย์ภาษาญี่ปุ่น เป็นต้น มีความถูกต้องแท้จริงทั้ง 4 พากย์ภาษา

ยกร่างข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ กิติ⁸⁰ หรือ ให้เป็นตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นไปตามกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศ หากเป็นกรณีที่มีการทำสนธิสัญญาภายในองค์การระหว่างประเทศดังได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ให้พิจารณาเป็นกรณีๆไป ทั้งนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

การแสดงเจตนารมณ์ยอมรับร่วมกันของภาคีสถิติสัญญาทั้งปวง สนธิสัญญาเป็นความตกลงที่ต้องอาศัยการยินยอมร่วมกันของภาคีแห่งสนธิสัญญา ดังนั้นข้อเสนอดังกล่าวโดยภาคีของสนธิสัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมไม่บังเกิดผลบังคับตามกฎหมายและไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีเป็นสนธิสัญญา หรือการเจรจาในประเด็น หรือเรื่อง ที่เป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาในอนาคต (*Punctationes*) ที่ยังไม่มีการตกลงกันและภาคีอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ตกลงใจที่จะเข้าร่วมเจรจาท่าสนธิสัญญาด้วยย่อมไม่มีผล แต่ในกรณีนี้ขอให้เข้าใจด้วยว่าแตกต่างจากกรณี การทำสนธิสัญญาเบื้องต้น (*Preliminary treaty*) ซึ่งภาคีของสนธิสัญญาได้ร่วมตกลงในบางประเด็นเป็นที่แน่นอนแล้ว ส่วนประเด็นอื่นๆปล่อยให้ไปเป็นไปตามความตกลงที่จะเจรจากันจนกว่าจะได้ข้อบทที่แน่นอนแล้วในสนธิสัญญาที่จะลงนามกันในภายหลัง และอีกกรณีคือ สนธิสัญญาที่เรียกว่า *A pactum de contrahendo* ซึ่งหมายถึงความตกลงในประเด็นใดประเด็นหนึ่งจนเป็นที่ยอมรับกันแล้ว เพื่อที่จะประมวลลงในข้อบทของสนธิสัญญาที่จะตกลงทำกันภายหลัง⁸¹ ทั้งสองกรณีนี้ถือว่าเป็นความตกลงที่ภาคีของสนธิสัญญาเห็นพ้องร่วมกันแล้วและมีฐานะเป็นสนธิสัญญา จากผลของสนธิสัญญา *A Pactum de Contrahendo* ภาคีที่ตกลงทำสนธิสัญญานี้ต้องรับเอาความผูกพันที่ได้กระทำขึ้นดังกล่าวในการที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือการดำเนินการใดๆที่จะได้ทำขึ้นในภายหลัง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการรับเอาผลของสนธิสัญญาที่จะได้กระทำขึ้นในอนาคตโดยรัฐภาคีอื่นๆ และถือว่าเป็นความผูกพันตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง เช่นตามมาตรา 7 ของสนธิสัญญาสันติภาพ ปี 1951 ญี่ปุ่นตกลงยอมรับผลของสนธิสัญญาต่างๆที่รัฐพันธมิตรทั้งหลายได้กระทำขึ้น หรือที่จะได้กระทำขึ้นในอนาคต ในอันที่จะยุติสงคราม ตลอดจนการดำเนินการใดๆที่รัฐพันธมิตรทั้งหลายได้

⁸⁰ Vienna Convention 1969, Art. 10 "Authentication of the text" provided that "The text of a treaty is established as authentic and definitive: (a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or (b) failing such procedure, by the signature, signature *as referendum* or initialing by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

⁸¹ ตัวอย่างเช่นมาตรา 2 วรรค 2 ของสนธิสัญญาลงวันที่ 2 มีนาคม 1936 ระหว่างสหรัฐอเมริกากับปานามา ซึ่งบัญญัติว่าการใช้ประโยชน์ของที่ดิน และน้ำ เพิ่มเติมมากไปกว่าที่ได้เข้าใช้และทำประโยชน์ซึ่งได้พิสูจน์แล้วว่ามีคามจำเป็นสำหรับการเข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับชุดคลอง คู่ภาคีของสนธิสัญญาจะต้องตกลงกันบนพื้นฐานของความตกลงว่าด้วยมาตรการที่ได้กำหนดร่วมกันแล้ว AJ, 34 (1940). Suppl, p. 140. และโปรดดู มาตรา 4(1) และมาตรา 5 (2) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาทกับประเทศเยอรมนี 1990 (ILM, 29 (1990), p. 1186) ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับเรื่องพันธกิจในการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญา อันนอกเหนือจากพันธกิจในส่วนที่ว่าด้วยการบรรลุความตกลงในสนธิสัญญา เป็นต้น ซึ่งได้กำหนดหลักการ และระเบียบข้อปฏิบัติไว้ล่วงหน้าแล้ว

กระทำไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาสันติภาพนั้น⁸² และในมาตรา 9 เป็นผลให้ญี่ปุ่นต้องผูกพันที่จะเข้าร่วมเจรจากับประเทศพันธมิตรทันที และโดยสุจริต ในกรณีที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ด้วยได้แก่ เรื่องการประมง และความสัมพันธ์ทางการค้า พาณิชยกรรม (มาตรา 12) และการบินพลเรือน (มาตรา 19) ตัวอย่างต่อไปได้แก่เรื่องความตกลงร่วมมือกันในการกำหนดโครงการ การประชุมระหว่างประเทศเพื่อการเจรจาสนธิสัญญาพหุภาคี ทั้งนี้ตาม มาตรา 3 ของความตกลง แองโกล-อเมริกา ว่าด้วยเรื่องปีโตรเลียมลงวันที่ 24 กันยายน 1945 อีกตัวอย่างได้แก่ สนธิสัญญา A Pactum de Contrahendo ในการวางหลักเกณฑ์สำหรับเป็นข้อบทพื้นฐานในการเจรจาตกลงทำสนธิสัญญาต่อไป เช่น มาตรา 8 ของสนธิสัญญา ระหว่างจีนกับอังกฤษ ลงวันที่ 11 มกราคม 1943 ซึ่งตกลงให้อังกฤษยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในจีน และกำหนดความผูกพันของภาคีในการที่จะเจรจาทำสนธิสัญญาสมัยใหม่แทน เป็นสนธิสัญญาไมตรี การค้า พาณิชยกรรม และการเดินเรือ และสิทธิทางกงสุล โดยให้สนธิสัญญาที่จะกระทำต่อกันนั้น ต้องตกลงเจรจาให้เป็นไปตามแนวทางปฏิบัติของรัฐที่สอดคล้องกับประเพณี ปฏิบัติตามกฎหมายสมัยใหม่ อยู่บนหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นไปตามที่แต่ละรัฐภาคีได้ปฏิบัติต่อรัฐคู่ภาคีในสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่แต่ละฝ่ายได้ทำสนธิสัญญาในขณะนั้น

5.7 การให้ความยินยอมและผูกพันตามผลของสนธิสัญญา

หลังจากที่รัฐภาคีได้เจรจา (Negotiation) ตกลง และยกร่าง (Draft) สนธิสัญญา ตลอดจนพิจารณาร่างสนธิสัญญา จนได้ข้อบทของสนธิสัญญาตามที่รัฐภาคีเห็นชอบแล้ว ภาคีทั้งหลายก็จะให้การรับรองร่างสนธิสัญญา (Adoption) ที่เรียกว่าเป็นการรับรองชั่วคราว และให้ความเห็นชอบรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบทของสนธิสัญญา (Authentication) ตามที่ได้ตกลงกันนั้น ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ขึ้นต่อไปคือการที่รัฐภาคีพร้อมที่จะแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา (Expressing consent to be bound by the treaty) อันเป็นการรับรองขั้นสุดท้าย ซึ่งการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นสามารถกระทำได้หลายวิธี ซึ่งวิธีที่ได้รับความนิยม และเป็นทางปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่ ได้แก่ การลงนาม (Signature) การแลกเปลี่ยนตราสาสน์ (Exchange of instruments) การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) การภาคยานุวัติ (Accession) นอกจากนั้นการให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของภาคีของสนธิสัญญาอาจจะทำได้โดยวิธีอื่น ๆ ตามที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาจะได้ตกลงกัน หรืออาจจะโดยวิธีอื่นใดตามกฎหมาย

⁸² โปรดดู TS No.33 (1952) อีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่ กรณี Sonderhoff v Ministry of Finance, ILR, 26 (1958- II), p. 573.

ระหว่างประเทศ⁸³ ทั้งนี้ได้มีบทบัญญัติกำหนดวิธีการต่างๆในการให้ความยินยอมผูกพันสนธิสัญญาไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 11⁸⁴ ซึ่งจะได้อธิบายโดยลำดับดังต่อไปนี้

1. การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม (Signature)

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามนี้ หมายถึงการลงนามเต็ม (Full signature) โดยผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของรัฐ หรือบุคคลที่มีอำนาจโดยตำแหน่ง โดยการลงนามดังกล่าวนั้นเป็นการให้ความยินยอมที่แน่นอน (definitive consent) ซึ่งการลงนามนี้เป็นการลงนามชนิดที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) อีกครั้งหนึ่งโดยรัฐนั้นๆ ซึ่งบางกรณีรัฐที่ให้อำนาจอาจจะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเช่นนั้น และในกรณีเช่นว่านี้การลงนามโดยผู้แทนในสนธิสัญญาจะยังไม่ผูกพันรัฐจนกว่ารัฐจะได้กระทำการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้วนั้น การลงนามโดยมีเงื่อนไขดังกล่าวเรียกว่า *Signature ad referendum*

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 มาตรา 12 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม ดังต่อไปนี้

(1) การแสดงเจตนาของรัฐในอันที่จะผูกพันตามสนธิสัญญากระทำได้โดยการลงนามของผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของรัฐนั้น ซึ่งรัฐย่อมผูกพันตามสนธิสัญญานั้นเมื่อ

(ก) สนธิสัญญาได้กำหนดไว้เช่นนั้น กล่าวคือในสนธิสัญญานั้นได้กำหนดว่าการลงนามในสนธิสัญญามีผลเท่ากับการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

(ข) รัฐที่ร่วมเจรจาในสนธิสัญญาทั้งปวงนั้นได้ตกลงไว้ว่า การลงนามในสนธิสัญญามีผลเท่ากับการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

(ค) ปรากฏตามหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ซึ่งได้แสดงเจตนาของรัฐเช่นนั้นว่า รัฐให้อำนาจเต็มแก่ผู้แทนในการลงนามในสนธิสัญญา มีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือมีการแสดงเจตนารมณ์ดังกล่าวในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้น ว่าเป็นการลงนามของตัวแทนของรัฐนั้นเท่ากับมีผลผูกพันรัฐตามสนธิสัญญาที่ตัวแทนได้ลงนาม

⁸³ ในกรณีที่รัฐสืบทอดสิทธิในผลของสนธิสัญญาจากรัฐแม่ที่ได้ทำสนธิสัญญาและมีผลผูกพันกันมาก่อนกับรัฐภาคีอื่น รัฐที่สืบทอดสิทธิในสนธิสัญญานั้นไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนารมณ์ให้ความยินยอมผูกพันสนธิสัญญานั้นอีก เพราะรัฐนั้นผูกพันต่อสนธิสัญญาโดยการสืบทอดดังกล่าวแล้ว นับว่าเป็นกรณีกเว้นกรณีหนึ่ง

⁸⁴ Vienna Convention on the Law of Treaty 1969 Art. 11 Means of expressing consent to be bound by a treaty: The consent of a State may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.

นอกจากนั้น มาตรา 12 วรรค (2) บัญญัติว่า ภายใต้วรรค (1) ดังกล่าวข้างต้น คือกรณีต่อไปนี้จะให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของรัฐยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา เมื่อ

(ก) ได้มีการลงนามย่อในสนธิสัญญาที่ถือว่าเท่ากับการลงนาม หากรัฐภาคีที่เจรจาสนธิสัญญานั้น ๆ ตกลงเช่นนั้น

(ข) การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการยืนยันอีกครั้งหนึ่งโดยรัฐที่มอบอำนาจแก่บุคคลนั้น (*Signature ad referendum*) และต่อมาได้รับการยืนยัน (*Confirmation*) เช่นว่านั้นจากรัฐนั้น ให้มีผลเท่ากับการลงนามเต็มในสนธิสัญญาโดยผู้แทนของรัฐนั้น

ดังนั้นจากบทบัญญัติข้างต้นตาม มาตรา 11 และ 12 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 จึงสรุปได้ว่านอกเหนือจากการให้การยืนยันในความถูกต้องแท้จริง (*Authentication*) ของสนธิสัญญาแล้ว การลงนามโดยผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มที่กระทำการภายในกรอบอำนาจที่ได้รับมอบมาแล้วจากรัฐภาคีของสนธิสัญญาผู้มอบอำนาจนั้น ถือว่าเป็นการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐนั้นๆ ทั้งนี้ อาจเป็นไปตามที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้ หรือโดยความตกลงของรัฐภาคีของสนธิสัญญาที่ร่วมเจรจาสนธิสัญญานั้นๆ หรือเป็นไปตามอำนาจที่กำหนดไว้ในหนังสือมอบอำนาจเต็มโดยรัฐที่มอบอำนาจ หรือโดยการแสดงเจตนาของรัฐภาคีนั้นในระหว่างที่มีการเจรจาสนธิสัญญา นอกจากนั้นในกรณีที่มีการลงนามย่อโดยตัวแทนของรัฐ ภาคีของสนธิสัญญาที่เจรจาสนธิสัญญาอาจตกลงให้ถือว่าการลงนามย่อนั้นมีผลเท่ากับการลงนามเต็ม หรือ ในกรณีที่เป็นการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการยืนยัน (*confirmation*) ในภายหลัง ต่อมาเมื่อได้มีการยืนยันเช่นนั้นแล้วก็ให้ถือว่าการลงนามนั้นเท่ากับการลงนามเต็ม (*Full signature*) มีประเด็นที่จะต้องทำความเข้าใจคือการยืนยัน (*Confirmation*) ที่ว่านี้หมายถึงการยืนยันในลายมือชื่อที่ลงนามโดยมีเงื่อนไขให้เป็นการลงนามเต็ม ไม่ใช่เป็นการยืนยันรับรองในตัวสนธิสัญญา กรณีนี้อาจจะเกิดข้อโต้แย้งในกรณีที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการให้สัตยาบัน ก็จะทำให้เกิดปัญหาให้พิจารณาว่าสนธิสัญญามีผลผูกพันรัฐเมื่อลงนามซึ่งได้มีการแสดงเจตนายืนยันโดยรัฐ หรือเมื่อได้ให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง ต้องถือว่าต้องมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง เพราะการยืนยันตอนแรกนั้นเป็นการยืนยันลายมือชื่อที่ลงนามโดยมีเงื่อนไขนั่นเอง แต่ถ้าไม่มีการกำหนดให้ต้องมีการให้สัตยาบัน เพียงการลงนามภายใต้มาตรา 12 วรรค 1 และวรรค 2 ก็ถือว่ารัฐได้แสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว

2. การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการแลกเปลี่ยนตราสารสนธิสัญญา

สนธิสัญญาบางฉบับเกิดขึ้นโดยการแลกเปลี่ยนตราสารสนธิสัญญา⁸⁵ การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการแลกเปลี่ยนตราสารสนธิสัญญา อันจะก่อให้เกิดสนธิสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อ

⁸⁵ Art.13 of the Vienna Convention: Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments constituting a treaty, The consent of States to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them is expressed by that exchange when:

(ก) ตราสารสนธิ์ที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญานั้นมีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า การแลกเปลี่ยนตราสารสนธิ์ดังกล่าวมีผลเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือ

(ข) รัฐภาคีของสนธิสัญญาที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาดังกล่าวได้ตกลงกันว่า การแลกเปลี่ยนตราสารสนธิ์ระหว่างกันนั้นมีผลเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันสนธิสัญญา

การแลกเปลี่ยนตราสารสนธิ์นั้นมักจะกระทำในกรณีที่มีรัฐภาคีของสนธิสัญญาฝ่าย เช่น สนธิสัญญาทวิภาคี หรือสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีภาคีไม่มากนัก แต่ก็ไม่เป็นกฎเกณฑ์แน่นอนเสมอไป ตราสารสนธิ์ที่แลกเปลี่ยนกันนั้นอาจจะเป็นบันทึก หรือหนังสือ (Exchange of Notes or Letters).

3. การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการให้สัตยาบัน

(Ratification)

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้ให้บทนิยาม การให้สัตยาบัน (Ratification) และการกระทำอื่น ๆ ที่ถือว่ารัฐภาคี แสดงเจตนาให้ความยินยอมของรัฐภาคีเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา อันได้แก่ การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) การภาคยานุวัติ (Accession) ว่า หมายถึง การกระทำในทางระหว่างประเทศ ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งซึ่งมีชื่อเรียกดังกล่าวเพื่อเป็นการให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา⁸⁶

1. ความจำเป็นในการให้สัตยาบัน

ความจำเป็นในการให้สัตยาบัน มีหลายประการ กล่าวคือหลังจากที่รัฐได้เจรจา ตกลง ทำสนธิสัญญาแล้ว และได้รับรองข้อบทในสนธิสัญญา ตลอดจนได้บรรลุข้อบทที่แน่นอนแล้ว (A definitive text) รัฐจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาในการพิจารณา ทบทวนก่อนที่จะให้ความยินยอมขั้นสุดท้ายผูกพันรัฐต่อสนธิสัญญา หรือการรับรองขั้นสุดท้าย โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

(1.) รัฐจะได้มีเวลาในการพิจารณาทบทวนทั้งในส่วน of ข้อบทในแต่ละมาตราซึ่งเป็นข้อบทที่แน่นอนแล้วให้ละเอียดรอบคอบอีกครั้งหนึ่ง และพิจารณาถึงผลโดยรวมของสนธิสัญญาต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติ

(a) The instruments provide that their exchange shall have that effect; or (b) it is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect.

⁸⁶ Art. 2 (1) (b) "Ratification", "Acceptance", "Approval", and "Accession" mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty"

(2) รัฐจะได้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย ภายในของรัฐให้ถูกต้อง เช่น ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁸⁷ การทำสนธิสัญญาชนิดที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสียก่อน ก็จะต้องดำเนินการไปตามนั้น ตลอดจนดำเนินการตามขั้นตอน กฎระเบียบ หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หากมี เช่นในบางกรณีหากเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญและกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนโดยตรง รัฐอาจจะต้องดำเนินการเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงประชามติ หรือการทำประชามติเพื่อประเมินในผลความผูกพันของรัฐตามสนธิสัญญานั้น ๆ ต่อประโยชน์โดยรวมของประเทศชาติ บ้านเมืองและมวลชน

(3) รัฐอาจจะต้องดำเนินการเพื่อออกกฎหมายภายในมารองรับเพื่อให้การปฏิบัติตามสนธิสัญญาเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้น หรือออกกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญา เป็นต้น

2. บทบาทของการให้สัตยาบัน

บทบาทของการให้สัตยาบัน คือกระบวนการ หรือขั้นตอนที่กำหนดให้รัฐแสดงเจตนารมณ์ให้ความยินยอมผูกพันรัฐตามสนธิสัญญา ดังนั้นหากในสนธิสัญญาใดที่มีการกำหนดให้ต้องมีการให้สัตยาบันกันก่อน สนธิสัญญาจึงจะผูกพันรัฐนั้น หากรัฐภาคีใดยังไม่ได้ให้สัตยาบัน รัฐนั้นก็ยังไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญา แม้ว่ารัฐนั้นจะได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้วก็ตาม แต่ไม่ได้หมายความว่าสนธิสัญญานั้นไม่มีผลทางกฎหมายเลย และต้องทำความเข้าใจ ณ. ที่นี้ด้วยว่า ในกรณีที่ไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน การลงนามในสนธิสัญญาก็มีผลเป็นการแสดงเจตนาของรัฐในการผูกพันตามสนธิสัญญาดังที่ได้ศึกษามาแล้วตามมาตรา 12 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งเป็นการรับรองขั้นสุดท้ายเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา โดยไม่ต้องมีการให้สัตยาบันอีกเพราะมีไช้กรณีที่ รัฐภาคี หรือในสนธิสัญญา ตลอดจนกรณีอื่นๆ ตามมาตรา 14 ได้กำหนดไว้ว่าต้องมีการให้สัตยาบันอีก ดังนั้นต้องศึกษาว่ากรณีไหนบ้างที่การแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐจะต้องมีการให้สัตยาบัน

มาตรา 14 (1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติไว้ว่า การแสดงความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการให้สัตยาบันนั้นต้องกระทำต่อเมื่อ

⁸⁷ รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาแตกต่างกัน และกรณีการทำสนธิสัญญาที่ต้องผ่านการอนุมัติของสภานิติบัญญัติก็ไม่เหมือนกัน ตัวอย่างเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษที่กำหนดให้นำสนธิสัญญาที่ลงนามแล้วเสนอต่อสภานิติบัญญัติ เพื่อให้พิจารณาเป็นเวลา 21 วันก่อนที่จะมีการให้สัตยาบัน ที่เรียกว่า Ponsonby Rule กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้มีการยกเลิกไปชั่วคราวในปี 1924 เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล แต่ต่อมาได้มีการฟื้นฟูให้มีการบังคับใช้ และปฏิบัติอีกครั้งในปี 1929 นอกจากนี้ยังมีกฎหมาย หรือบทบัญญัติ บางฉบับที่บัญญัติว่าสนธิสัญญาบางประเภทจะต้องผ่านการอนุมัติโดยสภาเสียก่อนรัฐบาลอังกฤษจึงจะให้สัตยาบันได้ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภายุโรป (European Assembly Election Act). เป็นต้น

- (ก) สนธิสัญญานั้นกำหนดไว้ว่าการแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวให้กระทำโดยการให้สัตยาบัน
- (ข) รัฐภาคีซึ่งเจรจาสนธิสัญญานั้นตกลงกันให้ต้องมีการให้สัตยาบัน
- (ค) ตัวแทนผู้รับมอบอำนาจซึ่งได้ลงนามในสนธิสัญญานั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องมีการให้สัตยาบันโดยรัฐอีกครั้งหนึ่ง รัฐจึงจะผูกพันตามสนธิสัญญานั้น
- (ง) ปรากฏตามหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ซึ่งแสดงเจตนาารมณ์ของรัฐว่าการลงนามในสนธิสัญญาของตัวแทนนั้นจะต้องมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งรัฐจึงจะผูกพันตามสนธิสัญญา หรือในระหว่างที่มีการเจรจากันนั้น รัฐภาคีดังกล่าวได้แสดงเจตนาเช่นว่านั้น

อย่างไรก็ตาม ไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงขอบทของสนธิสัญญาในกระบวนการให้สัตยาบัน⁸⁸ หมายความว่า ขอบทของสนธิสัญญาที่ได้รับการรับรองแล้ว และยืนยันในความถูกต้องสมบูรณ์แล้วนั้น เป็นขอบทที่แน่นอนแล้วของสนธิสัญญา จึงไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพื่อ เป็นเงื่อนไขในการให้สัตยาบัน การให้สัตยาบันจึงเป็นการยืนยันที่รัฐจะให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ตกลง เช่นนั้นแล้ว ดังนั้นหากรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ หรือรัฐจะเสียเปรียบก็เพียงแต่ไม่ให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้นๆ

การให้สัตยาบันอาจจะกระทำโดยการปฏิบัติตามสนธิสัญญาก็ได้⁸⁹ หรือโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ซึ่งมีผลให้สนธิสัญญามีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการลงนามในสนธิสัญญา ไม่ใช่ นับตั้งแต่วันที่มีการให้สัตยาบันเว้นแต่ในสนธิสัญญา หรือโดยรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจาจะได้อำนาจ หรือ ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ทำให้ไม่มีความแตกต่างระหว่างสนธิสัญญาที่ต้องและไม่ต้องให้สัตยาบัน การให้สัตยาบันเป็นเพียงการให้การยืนยันอีกครั้งหนึ่งเป็นที่แน่นอนว่ารัฐจะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ได้เข้าร่วมตกลงด้วย หากเห็นชอบเป็นที่สุดแล้ว และได้มีการยืนยัน สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันตั้งแต่วันที่ลงนามในสนธิสัญญานั้นๆ ดังกล่าวมาแล้ว เว้นแต่จะตกลงกันเป็นประการอื่น

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่บังคับว่าจะต้องมีการให้สัตยาบันเสมอไปก็ตาม แต่ก็มีเหตุผลที่สนับสนุนว่าการลงนามนั้นควรที่จะมีการให้สัตยาบัน มิใช่เป็นเพียงขั้นตอนอย่างเป็นทางการของการทำสนธิสัญญาขั้นตอนหนึ่งเท่านั้น ดังที่ได้อธิบายความจำเป็น หรือเหตุผลในการกำหนดให้มีการให้สัตยาบันในสนธิสัญญาแล้ว จึงมีความเห็นที่แตกต่างกันว่านอกเหนือจากกรณีตามมาตรา 14 แล้วจะต้อง

⁸⁸ Jennings and Watts (eds.) (1993) Oppenheim's International Law, 9th ed. Vol.1. Parts 2-4, p. 1228.

⁸⁹ Ibid: A treaty may be tacitly ratified by its execution, that it is always dated from the day when it was duly signed by the representatives, and not from the day of its ratification, and that there is no essential difference between such treaties as need, and such as do not need, ratification.

มีการให้สัตยาบันหรือไม่ ฝ่ายหนึ่ง⁹⁰ มีความเห็นว่า หากเป็นกรณีอื่นๆ ซึ่งมีได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายว่าต้องมีการให้สัตยาบันแล้ว ตามกฎเกณฑ์ทั่วไปในทางระหว่างประเทศก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการให้สัตยาบัน แต่อีกฝ่ายหนึ่ง⁹¹ กลับมีความเห็นตรงกันข้ามว่าการทำสนธิสัญญานั้นต้องมีการให้สัตยาบันโดยรัฐภาคีเสมอ แม้จะไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้นก็ตามเว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้ไม่ชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ไว้ในสนธิสัญญา เป็นอย่างอื่นซึ่งเป็นการยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปนี้ ตัวอย่างเช่น กรณีการพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยระเบียบเกี่ยวกับแม่น้ำ (The Territorial jurisdiction of the International Commission of the River Order, 1929) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ถ้อยคำว่า “Drawn up” ซึ่งใช้ในสนธิสัญญาแวร์ซาย มาตรา 338 ซึ่งอ้างถึงสนธิสัญญา นั้น หมายถึงอนุสัญญา หรือสนธิสัญญาใดๆที่ได้ลงนามและให้สัตยาบันโดยชอบแล้ว ศาลได้ชี้ว่า เว้นแต่จะได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญาให้เป็นประการอื่น รัฐภาคีของสนธิสัญญาซึ่งได้แสดงเจตนาที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา จะต้องปฏิบัติตามระเบียบ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นหลักทั่วไป และหนึ่งในหลักเกณฑ์เหล่านั้น คือการให้สัตยาบัน กล่าวคือสนธิสัญญาจะผูกพันรัฐภาคีก็แต่โดยการให้สัตยาบัน เว้นแต่ในกรณีเฉพาะที่ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น⁹² อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความเห็นที่ขัดแย้งดังกล่าวได้ลดน้อยลงอย่างมากเนื่องจากโดยทางปฏิบัติทั่วไปของรัฐมักจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในส่วนที่เกี่ยวกับการผูกพันตามสนธิสัญญา และการมีผลบังคับของสนธิสัญญา นอกจากนั้นแนวโน้มที่ยอมรับแนวความคิดที่สองที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าต้องมีการให้สัตยาบันสนธิสัญญาก่อนจึงจะมีผลผูกพันรัฐ เว้นแต่จะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งเป็นอย่างอื่นนั้น จะมีการยอมรับมากกว่า ดังนั้นหากสนธิสัญญาใดที่กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นแนวความคิดที่สองคือต้องมีการให้สัตยาบัน สนธิสัญญานั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กรณีสนธิสัญญามิตรภาพ การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความร่วมมือภายหลังสงครามระหว่างโซเวียตรัสเซีย กับเชคโกสโลวาเกีย ลงนามเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 1943 นั้น สนธิสัญญาได้กำหนดว่าให้สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับทันทีที่ได้มีการลงนามระหว่างกันในสนธิสัญญา แต่ก็ยังระบุว่าให้แต่ละฝ่ายให้สัตยาบันด้วยในโอกาสที่จะกระทำ ได้โดยเร็วที่สุด ซึ่งในกรณีนี้เป็นเพียงการปฏิบัติตามระเบียบเท่านั้น ส่วนทางปฏิบัติของอังกฤษนั้นการให้สัตยาบันนั้นกลับไม่ใช่สิ่งที่จำเป็น⁹³ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าไม่ต้องมีการให้สัตยาบันกันนั้น จะต้องกระทำโดยตัวแทนผู้มีอำนาจเต็มซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยชอบจากรัฐภาคีให้แสดงเจตนาเช่นนั้น มิฉะนั้นจะเกิดกรณีเป็นที่สงสัยว่าจะต้องให้สัตยาบันหรือไม่ ส่วนการงดเว้นไม่ต้องมีการให้สัตยาบันโดย

⁹⁰ Fitzmaurice, BY 15 (1934), pp. 113-29.

⁹¹ Mc Nair , Treaties, pp 133-4. “The Pan American Convention on Treaties 1928 provides that treaties are binding only after ratification even if the full powers or the treaty itself do not contain this condition (Art. 5)”.

⁹² Series A, No. 23, pp.17-21. และโปรดดู Harv Research (1935), part III, Art. 7, p.756.

⁹³ Mc Nair, Treaties, pp. 136-8. และโปรดดู Re Dame Nguyen Huu Chau (1959), ILR, 28, p. 436.

ปริญญานั้น อาจพิจารณาได้โดยอนุมานจากสถานการณ์แวดล้อม เช่นบางกรณีจะหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า สนธิสัญญาเพื่อที่จะไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน เมื่อกฎหมายภายในกำหนดว่าการทำสนธิสัญญา หรือ อนุสัญญาต้องมีการให้สัตยาบัน เป็นต้น หรือในบางกรณี เมื่อรัฐภาคีได้ตกลงทำข้อตกลงที่เพิ่มเติมใน ส่วนรายละเอียดปลีกย่อย หรือตกลงให้มีการตีความสนธิสัญญาที่ทำไว้เดิมเพื่อให้มีความแน่ชัดขึ้น เท่านั้น ซึ่งได้ยอมรับร่วมกันในส่วนสาระสำคัญของสนธิสัญญาเดิมไปแล้ว การทำความตกลงเพิ่มเติม ดังกล่าวก็ไม่ต้องมีการให้สัตยาบันกันอีก เว้นแต่คู่ภาคีจะได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น

การลงนามในสนธิสัญญาโดยตัวแทนผู้มีอำนาจเต็ม

รัฐได้มีบทบาทอย่างมากในการกำหนดขอบเขตและกลไกต่างๆในสนธิสัญญาตลอดจนกำหนด มาตรการ หรือมติ ในเรื่องที่สำคัญๆ เช่น การภาคยานุวัติ การตั้งข้อสงวน การกำหนดเงื่อนไขในการให้ สนธิสัญญามีผลบังคับ ตลอดจนข้อกำหนดอื่นๆในทำนองเดียวกัน รัฐภาคีที่ลงนามในสนธิสัญญาถึงแม้จะ ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบัน ก็อาจจะใช้อำนาจโดยชอบคัดค้าน การตั้งข้อสงวนของรัฐภาคีอื่นที่ได้ตั้งข้อ สงวนผนวกไว้ในสนธิสัญญาในการที่จะเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้นๆ นักกฎหมายบางท่านอาจจะเห็น ว่าการให้สัตยาบันตัวสนธิสัญญาเป็นคนละส่วนกับการให้การยืนยัน รับรอง การลงนามในสนธิสัญญา แต่ ไม่ว่าความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้จะเป็นอย่างไรก็ตามแต่ผลประการหนึ่ง คือ การที่ต้องมีการให้สัตยาบันทำ ให้ การลงนามเพียงประการเดียวมีผลให้ คุณค่าทางกฎหมาย และการมีผลของการลงนามลดน้อยลง กล่าวคือต้องอยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน รัฐจึงจะผูกพันตามสนธิสัญญาอย่างสมบูรณ์

การให้สัตยาบันล่าช้า (Delay in Ratification)

เว้นแต่ได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยชัดแจ้งว่ารัฐภาคีต้องให้สัตยาบัน หรือ ปฏิเสธการให้ สัตยาบัน ภายในระยะเวลาที่กำหนด รัฐภาคีจึงต้องกระทำการดังกล่าวภายในระยะเวลาเช่นนั้น⁹⁴ โดย ปกติหากไม่ได้กำหนดเวลาไว้แน่นอนเช่นนั้น มักจะให้รัฐภาคีให้สัตยาบันในเวลาอันสมควร ส่วน ระยะเวลาอันนานเท่าใดที่ถือว่าเป็นระยะเวลาอันสมควรนั้นไม่มีมาตรการกำหนดไว้เป็นที่แน่นอน ดังนั้นแม้ หากมีรัฐใดไม่ได้ให้สัตยาบันในเวลาอันสมควรก็ตาม หากภายหลังรัฐนั้นประสงค์ที่จะให้สัตยาบันก็ยังคง กระทำได้อยู่ ในบางกรณี แม้เวลาจะผ่านไปหลายปีแล้วก็ตาม แต่รัฐภาคีก็ยังคงมาให้สัตยาบันได้ เช่น สหรัฐอเมริกา ได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1975 ในพิธีสารเจนีวาปี 1927 ว่าด้วยการห้ามใช้สารพิษ และแก๊ส

⁹⁴ เช่นกรณีสนธิสัญญา Costa Rica-Nicaragua Boundary Arbitration (1888), Moore, *International Arbitrations*, p. 1946, เมื่อรัฐภาคีไม่ได้ให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวชี้ขาดว่า สนธิสัญญาดังกล่าวย่อมเป็น โมฆะสิ้นผลไป อีกตัวอย่างได้แก่ มาตรา 2 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการภาคยานุวัติของเดนมาร์ก ไออร์แลนด์ นอร์เวย์ และอังกฤษ ในสนธิสัญญาประชาคมยุโรป และ EURATOM 1972 ได้กำหนดให้รัฐดังกล่าวให้สัตยาบัน หรือปฏิเสธการให้สัตยาบันในวันที่ กำหนดไว้ ซึ่งนอร์เวย์ไม่ให้สัตยาบันภายในเวลาที่กำหนด และไม่เข้าเป็นภาคีของประชาคมยุโรปในเวลานั้น

พิษในการทำสงคราม และได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1988 ในอนุสัญญาปี 1948 ว่าด้วยการห้าม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์⁹⁵ และอังกฤษได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1970 ในอนุสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธี ปี 1907⁹⁶ เป็นต้น

การปฏิเสธการให้สัตยาบัน (Refusal of ratification)

ในสมัยก่อนถือกันว่าจะปฏิเสธการให้สัตยาบันตามกฎหมายไม่ได้⁹⁷ เว้นแต่ว่าเกิดกรณีผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจได้กระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐภาคี หรือตัวแทนได้ละเมิดกฎระเบียบ หรือ คำสั่งอันเป็นความลับของรัฐที่ได้มอบอำนาจในการทำสนธิสัญญา ซึ่งได้กำหนดไว้ให้ต้องมีการให้สัตยาบันเสียก่อน เมื่อกรณีมีการกระทำการเกินขอบอำนาจ รัฐภาคีนั้นก็ปฏิเสธที่จะไม่ให้สัตยาบันได้ กรณีนี้จะแตกต่างกับกรณีตามมาตรา 47 เพราะเป็นกรณีสนธิสัญญามีผลผูกพันเมื่อได้ลงนาม แม้ตัวแทนที่กระทำการและลงนามได้กระทำการเกินขอบอำนาจแต่รัฐภาคียังคงต้องผูกพันตามสนธิสัญญานั้นๆ ดังได้อธิบายมาแล้ว และต้องทำความเข้าใจว่าการปฏิเสธการให้สัตยาบันนี้เป็นคนละกรณีกับการที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน (Pending Ratification) แต่ในปัจจุบันนี้การให้ หรือ ไม่ให้สัตยาบันเป็นสิ่งที่รัฐตัดสินใจที่จะกระทำได้โดยอิสระ⁹⁸ อย่างไม่จำกัดถึงแม้รัฐภาคีมีอำนาจโดยสมบูรณ์ที่จะปฏิเสธการให้สัตยาบันในปัจจุบันนี้ แต่รัฐจะลงนามในสนธิสัญญา แล้วต่อมากลับกระทำการใดๆที่เป็นปฏิปักษ์ต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา หรือ ไม่นำพากับสนธิสัญญา โดยถือว่าการลงนามนั้นเป็นเพียงแต่การเห็นชอบในข้อบทเท่านั้นหาได้ไม่ ดังนั้นการที่รัฐได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้ว แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน (pending Ratification) ก็ยังมีพันธะที่จะไม่กระทำการใดๆอันเป็นปฏิปักษ์กับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา

⁹⁵ ILM, 14 (1975), p. 299.

⁹⁶ TS No. 6 (1971).

⁹⁷ มีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านที่มีชื่อเสียงเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์เช่นนี้ เช่น Grotius, Bynkershoke, Wicquefort, Vattel, Martens, และ O'Connell ซึ่ง ได้ยกตัวอย่าง เช่น กรณีการปฏิเสธการไม่ให้สัตยาบัน สนธิสัญญาสันติภาพ โรเจนเบิร์ก (The Peace Treaty of Rogenburg 1630).

⁹⁸ โปรดดู Hyde, Harv Research (1935), part III, pp. 769-78, Bittner, p.261, n 1047 ซึ่งได้ให้ตัวอย่างหลายกรณี และ กรณีที่รัฐภาคีจะต้องเสนอสนธิสัญญาต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อให้พิจารณาในการให้สัตยาบัน โปรดดู Nisot Clunet, 58 (1931), pp. 349-51. นอกจากนั้นโปรดดู มาตรา 4 ของธรรมนูญขององค์การอาหารและเกษตรกรรม

แบบ และวิธีการของการให้สัตยาบัน (Form and Mode of Ratification)

กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดแบบของการให้สัตยาบันไว้ แต่โดยปกติแล้วการให้สัตยาบันมักจะกระทำเป็นเอกสารและลงนามโดยประมุข หรือ หัวหน้าของรัฐภาคี (Head of State) หรือ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และจะกระทำเป็นจำนวนเท่ากับรัฐภาคีทั้งหลายของสนธิสัญญา แล้วแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ระหว่างกัน ในบางกรณีสัตยาบันสาสน์จะบรรจุข้อความทั้งหมดของสนธิสัญญานั้นไว้ด้วยเพื่อที่จะให้สัตยาบันตามนั้น แต่หากเป็นการให้สัตยาบันสนธิสัญญาที่มีผลบังคับอยู่แล้ว (Existing Treaty) ก็เพียงแต่ระบุสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ ให้ถูกต้องแท้จริงตามชื่อของสนธิสัญญา วันที่ลงนาม และชื่อของผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจก็เป็นการเพียงพอแล้ว การให้สัตยาบันสนธิสัญญาเป็นอำนาจหน้าที่ของบุคคลผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา (Treaty-Making Power) กล่าวคือประมุขของรัฐ หรือ รัฐบาล ดังกล่าวมาแล้ว และจะต้องดำเนินการตามข้อกำหนดตามกฎหมาย เช่น หากเป็นสนธิสัญญาที่ต้องผ่านการอนุมัติ เห็นชอบ หรือผ่านการพิจารณาของสภา ก็ต้องดำเนินการตามนั้นให้ถูกต้องเสียก่อน จึงจะให้สัตยาบันได้ ดังนั้นการแสดงเจตนาให้สัตยาบันโดยไม่ผ่านกระบวนการดังกล่าวก็ทำให้การให้สัตยาบันไม่มีผลตามกฎหมาย

การให้สัตยาบันโดยมีเงื่อนไข หรือการให้สัตยาบันเพียงบางส่วน

(Partial and conditional ratification)

เนื่องจากการให้สัตยาบันคือการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาโดยรัฐภาคี ซึ่งได้เจรจาสนธิสัญญาจนได้ข้อบทที่แน่นอนแล้ว การให้สัตยาบันจึงเป็นการแสดงเจตนาโดยแน่นอนอีกครั้งหนึ่งที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ตนเจรจานั้น รัฐจึงกระทำการให้สัตยาบันได้แต่โดยการให้หรือไม่ให้สัตยาบันเท่านั้น ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจให้สัตยาบันโดยมีเงื่อนไข หรือให้สัตยาบันเพียงบางส่วน ในบางกรณีการที่รัฐภาคีได้ขอเปลี่ยนแปลงข้อบทของสนธิสัญญาเพื่อเป็นเงื่อนไขในการที่จะให้สัตยาบันนั้นถือว่าเป็นการปฏิเสธการให้สัตยาบัน แต่เป็นการเสนอข้อเสนอมใหม่หรือเป็นการเปิดการเจรจาขึ้นมาใหม่ให้รัฐภาคีอื่นๆพิจารณา ซึ่งอาจจะได้รับการเห็นชอบหรือไม่ก็ได้ และไม่มีข้อห้ามในการที่รัฐภาคีอื่นๆจะเข้าร่วมเจรจาใหม่ ตามข้อเสนอมใหม่ที่เปลี่ยนแปลงข้อบทสนธิสัญญาที่ทำไว้เดิม และถือว่าได้มีการทำสนธิสัญญาฉบับใหม่หากตกลงกันตามที่เสนอมใหม่นั้น ในทางตรงกันข้ามก็ไม่มีพันธะใดๆที่รัฐภาคีอื่นจะต้องเข้าร่วมเจรจาใหม่เช่นนั้น

ดังนั้นตามหลักทั่วไปจึงไม่สามารถให้สัตยาบันชั่วคราวหรือโดยมีเงื่อนไขได้ อย่างไรก็ตามหากสนธิสัญญานั้นเอง หรือภาคีของสนธิสัญญาทั้งปวงตกลงว่ายินยอมให้มีการให้สัตยาบันแต่บางส่วนได้ก็

ให้กระทำได้เช่นนี้ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 17.1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969.⁹⁹ ตัวอย่างกรณีนี้ได้แก่กรณีที่ฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันกรรมสารทั่วไปบริสเซิลว่าด้วยการต่อต้านการมีทาสในการประชุมเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 1890 โดยยกเว้นการให้สัตยาบันมาตรา 21-23 และมาตรา 42-61 โดยรัฐภาคีอื่นๆ ยอมรับว่านั่นในการให้สัตยาบันบางส่วนดังกล่าว ดังนั้นฝรั่งเศสจึงไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาใน 23 มาตรา¹⁰⁰ อีกกรณีหนึ่งได้แก่ กรณีเยอรมนีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปปี 1963 ว่าด้วยพันธกิจในการรับราชการทหารของพลเรือนที่มีหลายสัญชาติ โดยให้สนธิสัญญานี้บังคับใช้ครอบคลุมไปถึงเมืองเบอร์ลินด้วย โดยเยอรมนีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวแต่ยกเว้นไม่บังคับใช้มาตรา 5-6 กับเบอร์ลิน และรัฐภาคีอื่นๆ ต้องให้การยอมรับการให้สัตยาบันบางส่วนดังกล่าว¹⁰¹ กรณีพิเศษอีกกรณีหนึ่งคือ กรณีที่เอกวาดอร์ซึ่งได้ลงนามในสนธิสัญญาแวร์ซายในปี 1934 แต่ไม่ได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาดังกล่าว แต่ประสงค์ที่จะเป็นรัฐสมาชิกของสันนิบาตชาติ (The League of Nations) ในฐานะสมาชิกผู้ก่อตั้งด้วย เอกวาดอร์จึงได้ให้สัตยาบันปฏิญญาของสันนิบาตชาติแต่ไม่ให้สัตยาบันสนธิสัญญาแวร์ซาย¹⁰² นอกจากนี้ มาตรา 17.2 ยังได้บัญญัติไว้ว่าการแสดงเจตนาของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือ การให้สัตยาบันที่ยอมให้รัฐภาคีสามารถเลือกที่จะผูกพันตามข้อบทของสนธิสัญญาที่มีความแตกต่างได้นั้น จะกระทำได้อต่อเมื่อได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าจะผูกพันตามข้อบทใด และรัฐภาคีนั้นย่อมจะผูกพันตามข้อบทที่เลือกเท่านั้น¹⁰³

มีกรณีที่จะต้องพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ต้องมีการตีความ ในบางถ้อยคำ หรือคำบางคำในข้อบทของสนธิสัญญา รัฐภาคีอาจจะให้สัตยาบันโดยจำกัด ที่จะผูกพันเฉพาะการตีความของถ้อยคำในสนธิสัญญาดังกล่าวที่มีการตีความที่แน่นอน และ เป็นที่ยอมรับของรัฐนั้นโดยไมถือว่าเป็นการให้สัตยาบันโดยมีเงื่อนไข ด้วยเหตุที่การให้สัตยาบันในลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ข้อบทของสนธิสัญญา แต่เป็นการผูกพันว่า เฉพาะการตีความใน ถ้อยคำ หรือคำใด ๆ ในสนธิสัญญาจะต้องตีความเช่นนั้น ๆ เท่านั้นจะตีความเป็นประการอื่น ๆ ไม่ได้ เพราะไม่มีความแน่นอนชัดเจนเป็นต้น แต่ทั้งนี้การตีความเช่นนั้นจะต้องคงไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาและรัฐภาคีอื่นเห็นชอบในการตีความดังกล่าว มิฉะนั้นจะกลายเป็นการตีความตามอำเภอใจของรัฐภาคีที่จำกัดความผูกพันดังกล่าว ตัวอย่าง เช่น ในปี 1911 ในประเทศอังกฤษได้มีการต่อต้านการที่อังกฤษได้ให้สัตยาบัน

⁹⁹ Art. 17.1 Consent to be bound by part of a treaty and choice of differing provisions: Without prejudice o article 19-23, the consent of a State to be bound by part of treaty is effective only if the treaty so permits or the other contracting States so agree.

¹⁰⁰ โปรดดู Martens, NRG, 2nd series 22, p.260.

¹⁰¹ TS NO. 88(1971), p.18.

¹⁰² Off J (1934), p. 1468.

¹⁰³ Art. 17.2 The consent of a State to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

ปฏิญญาลอนดอน ด้วยเรื่องที่มีการตีความถ้อยคำในปฏิญญาดังกล่าวอย่างคลุมเครือและไม่ตรงตามรายงานของคณะกรรมการร่างข้อบทของสนธิสัญญาในการตีความถ้อยคำนั้นๆ รัฐบาลอังกฤษจึงประกาศที่จะให้สัตยาบันต่อปฏิญญาดังกล่าวเฉพาะการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาที่ตรงกับการตีความที่ได้ให้ไว้ในรายงานของคณะกรรมการร่างสนธิสัญญาและผูกพันเฉพาะความหมายที่ดีความเชื่อนั้น แต่ในท้ายที่สุดปฏิญญาดังกล่าวก็ไม่ได้รับการให้สัตยาบัน อีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่การที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามในอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศหลายฉบับในปี 1938 แต่ได้ให้สัตยาบันที่ต้องอยู่ภายใต้บันทึกความเข้าใจ Understanding ว่าด้วยการให้ความหมาย หรือ การตีความถ้อยคำในอนุสัญญาให้เป็นไปตามที่สหรัฐอเมริกาให้การยอมรับ และเห็นชอบด้วย และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการประชุมที่จัดขึ้นเพื่อยกร่างอนุสัญญาเหล่านั้น ในการนี้สหรัฐอเมริกาแถลงว่าไม่จำเป็นที่รัฐภาคีอื่นต้องยินยอม หรือให้การยอมรับ (Acceptance) หากแต่สหรัฐเพียงแต่ต้องการให้บทนิยามความหมายที่แน่นอนชัดเจนในการให้คำจำกัดความ และการตีความสนธิสัญญาเท่านั้น¹⁰⁴ ในปี 1988 สหรัฐก็ได้ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัสเซียว่าด้วยการงดเว้นไม่ใช้ขีปนาวุธจรวดพิสัยกลาง และพิสัยสั้น ปี 1987 โดยการให้สัตยาบันดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บันทึกความเข้าใจในการให้คำจำกัดความ การตีความ และการให้ความหมาย ถ้อยคำต่างๆ ที่บรรจุอยู่ในสนธิสัญญา ตามที่สหรัฐอเมริกาได้นิยามไว้ดังกล่าว¹⁰⁵

การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ การมอบสัตยาบันสาสน์ และการบอกกล่าวซึ่งการให้สัตยาบัน

ภายใต้ข้อกำหนดในสนธิสัญญา ซึ่งอาจจะระบุถึงวิธีการให้สัตยาบัน ว่ารัฐภาคีพึงกระทำการอย่างใด ๆ เพื่อให้มีผลบังคับการไปตามนั้น ดังนั้น โดยหลักทั่วไปเพียงการลงนามและประทับตรา ในสัตยาบันสาสน์โดยรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการผูกพันรัฐภาคีนั้นๆ ในทางระหว่างประเทศจึงต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการทำให้ทราบถึงการให้สัตยาบันนั้น โดยทางปฏิบัติทั่วไปมักจะกระทำโดยการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ หรือมีการมอบสัตยาบันสาสน์ให้แก่รัฐที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้รับมอบสัตยาบันสาสน์ และทำหน้าที่เป็นรัฐผู้เก็บรักษาสนธิสัญญาด้วย (Depositary) หรือมีการมอบหนังสือบอกกล่าวการให้สัตยาบันโดยรัฐภาคี ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 16 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹⁰⁶ ในกรณีนี้ให้ถือว่าการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของ

¹⁰⁴ Official Bulletin of the International Labor Office, 22 (1938), pp. 128-36. และโปรดดู Hackworth, 5 (1943), pp. 144-53 on "Understandings Short of Reservations"

¹⁰⁵ ILM, 27 (1988), p. 1406 และโปรดดูความเห็นแย้งใน AJ, 82 (1988), pp. 151-65, 810-15; Nunn, The Washington Quarterly 10 (1987), pp. 43-57, Yale JIL, 15 (1990), pp. 316-30.

¹⁰⁶ Art. 16 Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession, Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon: (a) their exchange between the contracting parties; (b) their deposit with the depositary; or (c) their notification to the contracting States or depositary, if so agreed.

รัฐภาคีมีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้แลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ หรือ วันที่ได้มอบสัตยาบันสาสน์แก่รัฐผู้ทำหน้าที่ยอมรับ (Depositary) ดังกล่าว หรือในอีกกรณีหนึ่งนับตั้งแต่วันที่รัฐภาคีอื่นๆ หรือ รัฐที่รับมอบสัตยาบันสาสน์ (Depositary) ได้รับหนังสือบอกกล่าวการให้สัตยาบันจากรัฐภาคี (The date of receipt of the notification) อย่างไม่อย่างหนึ่งแล้วแต่กรณี

ผลทางกฎหมายของการให้สัตยาบัน

ผลทางกฎหมายของการให้สัตยาบันไม่ว่าโดยการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ การมอบสัตยาบันสาสน์ หรือการมีหนังสือบอกกล่าวการให้สัตยาบัน ดังกล่าวข้างต้นแล้วนั้น มีผลทำให้รัฐภาคีผู้ให้สัตยาบันผูกพันตามสนธิสัญญา ในสนธิสัญญาทวิภาคีหากรัฐภาคีหนึ่งได้ให้สัตยาบันแต่รัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งไม่ได้ให้สัตยาบัน สนธิสัญญานั้นก็ยังไม่มีความผูกพัน ในปัจจุบันมักจะกำหนดไว้เป็นการแน่นอนว่าให้สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นนั้นมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ไหน มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าวันที่มีผลบังคับของสนธิสัญญานั้นสามารถที่จะกำหนดย้อนหลังไปถึงวันที่ลงนามในสนธิสัญญาเลยได้หรือไม่ ในกรณีนี้ไม่มีคำตอบที่แน่นอนขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป แต่การให้สัตยาบันนั้นจะไม่มีผลบังคับย้อนหลัง กล่าวคือให้มีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้ให้สัตยาบันเท่านั้น¹⁰⁷ ทั้งนี้สอดคล้องกับเรื่องการมีผลบังคับของการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีที่ตั้งข้อสงวน กล่าวคือ การตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาที่จะต้องมีการให้สัตยาบันกันนั้น ให้การตั้งข้อสงวนดังกล่าวมีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการให้สัตยาบันกัน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 23.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969¹⁰⁸

ในบางกรณี สนธิสัญญาอาจจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรือ โดยปริยาย ว่าให้สนธิสัญญามีผลบังคับย้อนหลังไปถึงวันที่มีการลงนามในสนธิสัญญาทันที และไม่จำเป็นต้องมีการให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการให้สัตยาบันด้วยนั้น ถึงแม้จะมีการกำหนดในสนธิสัญญาว่าให้สนธิสัญญามีผลบังคับทันทีก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าให้สนธิสัญญามีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้ให้สัตยาบันกัน เช่น ในคดีเกี่ยวกับการให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยกษัตริย์สเปน (The case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain) ในกรณีพิพาทระหว่างฮอนดูรัสกับนิการากัว ตามความตกลงภายใต้ สนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างฮอนดูรัสกับนิการากัว (The Treaty of Arbitration between Honduras and Nicaragua) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินในคดีนี้ว่าให้สนธิสัญญา

¹⁰⁷ โปรดดู *The Eliza Ann* (1813), 1 Dods 244; the Award in the *Iloilo* case before the British-American Claims Arbitration Tribunal (1925), RIAA, 6, p. 158; *Messih V Minister of the Interior* (1950), ILR, 28, p. 291; and see McNair, *Treaties*, pp. 193-8; Jones, AJ, 29 (1935), pp. 51-65.

¹⁰⁸ Art. 23.2: If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

ดังกล่าวมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ที่มีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์กัน ซึ่งได้กระทำขึ้นภายหลังจากได้มีการลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วเป็นเวลาสองปี ถึงแม้ว่าในสนธิสัญญาได้มีบทบัญญัติกำหนดว่าให้มีการดำเนินการตามสนธิสัญญาทันที ได้แก่การจัดตั้งองค์การ หรือ คณะกรรมาธิการผสม (the immediate organization or a Mixed Commission) ทันทีที่ได้ลงนามในสนธิสัญญาก็ตาม

ข้อพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งคือ เรื่อง การให้สัตยาบันโดยสำคัญผิด หรือ ถูกกลฉ้อฉล ซึ่งทำให้รัฐภาคีนั้นสามารถปฏิเสธการที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาเมื่อได้ทราบถึงการแสดงเจตนาของตนโดยสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉลนั้น¹⁰⁹ มิฉะนั้นรัฐภาคีที่ได้ให้สัตยาบันแล้วจะยกเอาความไม่สมบูรณ์อื่นๆ มาเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้¹¹⁰ เช่น กรณีผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจกระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา¹¹¹ แต่ถ้ายิ่งกว่านั้นหากเป็นกรณีที่ต้องชำระซึ่งได้มอบอำนาจนั้นใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจของตน หรือไม่มีอำนาจในการมอบอำนาจตั้งตัวแทนในการเจรจา ทำสนธิสัญญา รัฐภาคีดังกล่าวย่อมกล่าวอ้างไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาได้¹¹²

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการยอมรับ (Acceptance) และการให้ความเห็นชอบ (Approval) ในสนธิสัญญา

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการยอมรับ (Acceptance) และการให้ความเห็นชอบ (Approval) ก็เป็นวิธีการแสดงเจตนาในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาตามมาตรา 2.1 (b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 เช่นเดียวกัน นับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง ได้เกิดแนวทางปฏิบัติในการแสดงเจตนาของรัฐที่จะให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาโดยวิธีการดังกล่าวโดยได้ปฏิบัติในสนธิสัญญาหลายฉบับ¹¹³ สหรัฐอเมริกาก็ได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกขององค์การแรงงานสากล (International Labor Organization) หรือมีชื่อย่อว่า ILO โดยวิธีการยอมรับ

¹⁰⁹ มาตรา 48 และมาตรา 49 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

¹¹⁰ มาตรา 45 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

¹¹¹ มาตรา 46 ประกอบมาตรา 8 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

¹¹² เช่นกรณี ศาลสูงโคลัมเบียตัดสินคดีในปี 1986 และ 1987 ว่ากฎหมายโคลัมเบียที่ได้ออกมาอนุมัติให้มีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ โคลัมเบีย ปี 1980 นั้นไม่ชอบ ดังนั้นการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ในปี 1982 เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวที่สร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ไม่ชอบนี้จึงไม่มีผลบังคับแต่ประการใด โปรดดู Extradition Treaty between Colombia and the United States, ILM, 27 (1988), p. 492. และดู คดี *Kellery V SABENA* (1965), ILR, 42, p. 259. ในคดีดังกล่าวแม้ศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งยอมรับการให้สัตยาบันของรัฐคู่ภาคี และไม่ได้ก้าวล่วงไปพิจารณาว่าการให้สัตยาบันนั้นเกินขอบอำนาจขององค์การที่ให้อำนาจตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นๆหรือไม่ก็ตามแต่ได้อ้างอิงถึงคดีอนุญาโตตุลาการ **Tinoco** ในปี 1923 ว่าการให้สัมปทานแก่บริษัทต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากได้รับการให้สัมปทานจากองค์การที่ไม่มีอำนาจที่จะให้สัมปทานดังกล่าว: RIAA, 1, p. 369.

¹¹³ ได้แก่ธรรมนูญของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Constitution of the International Monetary Fund) โปรดดู UNTS, 2,p. 39. และยังมีสนธิสัญญาอื่นๆอีกหลายฉบับซึ่งรวบรวมโดย Liang, AJ, 44 (1950), pp.342-9.

(Acceptance) และไม่ได้ใช้วิธีการให้สัตยาบันแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้สภาองค์การสหประชาชาติได้มีมติให้สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นสมาชิกได้ ทั้งนี้ตามหนังสือเชิญให้เข้าเป็นสมาชิกของ ILO

นอกจากนี้ทางปฏิบัติที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานมานี้คือการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา โดยการให้ความเห็นชอบ (Approval) เหตุผลที่เกิดวิวัฒนาการใหม่ๆเหล่านี้ขึ้นมาเพื่อเป็นการช่วยเหลือรัฐในการหลีกเลี่ยงปัญหาความยุ่งยาก ซับซ้อน ตามกระบวนการ หรือกฎหมายภายในของรัฐ ในอันที่จะต้องขออนุมัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบผ่านสภาก่อนที่จะให้ความยินยอมในการให้สัตยาบันสนธิสัญญา จึงถือว่า “การยอมรับ” และ “การให้ความเห็นชอบ” เป็นทางเลือกหนึ่งที่ยั่งยืนแทนการให้สัตยาบัน อันเป็นกระบวนการให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา แม้ว่าคณะกรรมาธิการที่ 6 แห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติจะได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง และมีมติเป็นเอกฉันท์ในการประชุมครั้งที่ 88 ในปี 1948 ที่ยังคงเห็นว่าวิธีการลงนามแล้วมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งยังเป็นวิธีการที่ดีกว่า¹¹⁴

กรณีที่รัฐภาคีได้ให้ความยินยอมโดยการยอมรับ (Acceptance) หรือโดยการให้ความเห็นชอบ (Approval) ตามหลังการลงนามในสนธิสัญญา ก็ถือได้ว่า การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาในทำนองเดียวกับการให้สัตยาบันโดยประยุกต์ใช้วิธีการ และการกำหนดเงื่อนไขในทำนองเดียวกับวิธีการให้สัตยาบัน¹¹⁵ แต่ถ้าการให้ความเห็นชอบ หรือการยอมรับนี้ได้กระทำในกรณีที่รัฐนั้นไม่ได้มีการเจรจา ลงนามในสนธิสัญญาแต่ต้น ก็จะพิจารณาได้ว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะในทำนองเดียวกับการภาคยานุวัติซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการภาคยานุวัติ (Accession)

การภาคยานุวัติ (Accession) ก็เป็นอีกวิธีหนึ่งในการที่รัฐแสดงความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ในบางกรณีจะเรียกว่า “Adhesion” หรือ “Adherence” การภาคยานุวัติจะกระทำในกรณีที่รัฐนั้นไม่ได้เป็นรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจา และลงนามในสนธิสัญญาตั้งแต่แรก แต่เข้ามารับเอาผลของสนธิสัญญาในภายหลัง ซึ่งการจะเข้ามาภาคยานุวัติสนธิสัญญาไม่ใช่สิ่งที่จะกระทำได้โดยอำเภอใจ

¹¹⁴ Third Session, Official Records, Part 1, Sixth Committee, 88th and the following Meeting.

¹¹⁵ มาตรา 16 Exchange or Deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession, Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon: (a) their exchange between the contracting States; (b) their deposit with the depositary; or (c) their notification to the contracting States or to the depositary, if so agreed.

หากแต่จะต้องเป็นกรณีที่สนธิสัญญาฉบับนั้นได้กำหนดไว้ให้กระทำได้¹¹⁶ หรือรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจา ทำสนธิสัญญาได้ตกลงให้กระทำได้¹¹⁷ หรือต่อมาในภายหลังรัฐภาคีทั้งปวงได้ตกลงกันให้มีการภาคยานุวัติได้¹¹⁸ และการให้ภาคยานุวัติก็อาจจะกระทำได้ตั้งแต่สนธิสัญญายังไม่มีผลบังคับก็ได้ (The Accession may take place even before the entry into force of the treaty) ส่วนวิธีการภาคยานุวัตินี้ก็ให้ประยุกต์ใช้วิธีการ และเงื่อนไขต่างๆ ที่ปรับใช้กับการให้สัตยาบัน การยอมรับ และการให้ความเห็นชอบ เช่น โดยวิธีการแลกเปลี่ยนตราสาสน์ หรือ การมอบตราสาสน์แสดงการภาคยานุวัติ หรือการมอบหนังสือบอกกล่าวการภาคยานุวัติแก่รัฐภาคีของสนธิสัญญา หรือ มอบแก่รัฐที่ทำหน้าที่เป็น Depositary ผู้รับหนังสือดังกล่าว¹¹⁹ แต่ไม่มีข้อยูติเกี่ยวกับกรณีที่รัฐซึ่งไม่ได้ทำการภาคยานุวัติอย่างเป็นทางการแต่ในทางปฏิบัติได้รับเอาพันธะกรณี และปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ หรือเพียงแต่ได้แสดงเจตนารมณ์โดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือยอมรับเอาผลของสนธิสัญญานั้นๆ แล้วจะถือว่ารัฐดังกล่าวได้ภาคยานุวัติรับเอาผลของสนธิสัญญานั้นและเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาแล้วก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับหรือยุติเป็นประการใด อย่างไรก็ตามไม่ว่าการภาคยานุวัติจะกระทำในลักษณะใด ๆ ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 15 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 จึงจะกระทำได้

การเริ่มต้นมีผลบังคับของสนธิสัญญา (Entry into force)

ผลก่อนที่สนธิสัญญาจะเริ่มต้นมีผลบังคับ (Effects prior to entry into force)

สนธิสัญญาจะผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อเมื่อสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับแล้ว (Entry into force) แต่ไม่ได้หมายความว่าสนธิสัญญาจะไม่มีผลอะไรเลย โดยปกติแล้วในช่วงระหว่างการลงนามในสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีแล้ว จนกว่าจะได้มีการให้สัตยาบันนั้น ก็มีสนธิสัญญาหลายฉบับที่มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ที่จำเป็นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับ บทบัญญัติดังกล่าวจะบังคับใช้กับรัฐภาคีนับตั้งแต่การรับรองข้อบทของสนธิสัญญา (Adoption of the text)¹²⁰ ในกรณีนี้อาจจะ

¹¹⁶ Art. 15 Consent to be bound by a treaty expressed by accession, The Consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when (a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession.

¹¹⁷ Art. 15 (b) it is otherwise established that the negotiating State were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

¹¹⁸ Art. 15 (c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

¹¹⁹ โปรดดู มาตรา 16 Exchange or Deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

¹²⁰ Art. 24.4 The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text..

กำหนดไว้ในสนธิสัญญา หรือตกลงกันโดยรัฐที่เข้าร่วมเจรจาทั้งปวงว่าให้บทบัญญัติดังกล่าวนั้นบังคับใช้กับรัฐภาคีอาจจะทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้แล้วแต่จะตกลงกันในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบัน ดังอย่างที่สำคัญคือความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariff and Trade 1947) ซึ่งมีผลบังคับชั่วคราวในลักษณะดังกล่าวนี้มาเป็นเวลาถึง 50 กว่าปีโดยผลของพิธีสารว่าด้วยการบังคับใช้ชั่วคราวของความตกลงดังกล่าว (Protocol of Provisional Application). สนธิสัญญาที่ไม่ได้รับการให้สัตยาบันก็ยังคงจะเป็นหลักฐานแห่งวิวัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเจตนารมณ์ ตลอดจนความรู้ และประสบการณ์แห่งรัฐภาคีที่ร่วมกันเจรจาทำสนธิสัญญาจนถึงขั้นการได้ลงนามในสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สภารัตถะแห่งสนธิสัญญานั้นสะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็กล่าวได้ว่าหลักกฎหมายเหล่านั้นได้ถูกนำมาปรับใช้แม้กระทั่งก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับในฐานะที่เนกกฎหมายจารีตประเพณีนั่นเอง

นอกจากการมีบทบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเกี่ยวกับการมีผลของสนธิสัญญา ก่อนสนธิสัญญามีผลบังคับ (prior to entry into force) ดังกล่าวแล้ว ยังมีหลักทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางอีกว่ารัฐภาคีต้องไม่กระทำการใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเจตนารมณ์ของสนธิสัญญา หรือทำให้สนธิสัญญาที่ได้ลงนามไว้แล้วนั้นหมดคุณค่า แม้กระทั่งในช่วง ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับ ทั้งนี้ตามมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่ารัฐภาคีต้องผูกพันที่จะไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการทำให้วัตถุประสงค์ตลอดจนเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาต้องเสื่อมเสียสิ้นไป ในเมื่อ (ก) รัฐภาคีได้ลงนามในสนธิสัญญา หรือได้แลกเปลี่ยนตราสารสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญา โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบแล้ว จนกว่ารัฐภาคีนั้นจะได้แสดงเจตนารมณ์อย่างชัดแจ้งแล้วว่าจะไม่เป็นภาคีของสนธิสัญญา หรือ (ข) รัฐภาคีนั้นได้แสดงเจตนารมณ์ยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว แต่สนธิสัญญานั้นยังไม่มีผลบังคับโดยมีบทบัญญัติไว้ด้วยว่าการมีผลบังคับของสนธิสัญญานั้นจะเป็นไปโดยไม่ล่าช้า¹²¹

¹²¹ Art. 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force, A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

วันที่ และลักษณะ ของการเริ่มต้นมีผลบังคับของสนธิสัญญา

รัฐที่เจรจาสนธิสัญญาอาจจะแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายในการกำหนด หรือตกลงกันว่าให้สนธิสัญญาที่กระทำนั้นมีผลบังคับโดยลักษณะอย่างไร โดยการลงนาม การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ การยอมรับ หรือ การให้ความเห็นชอบ ดังได้อธิบายมาแล้วข้างต้น ในกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี รัฐภาคีอาจจะกำหนดด้วยการให้สัตยาบันกันนั้นต้องกระทำโดยรัฐภาคีทุกรัฐ หรือมีการกำหนดว่าอย่างน้อยที่สุดต้องมีภาคีที่รัฐที่ให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้นจึงจะมีผลบังคับ ยิ่งกว่านั้นอาจจะกำหนดต่อไปด้วยว่าในจำนวนรัฐภาคีที่ให้สัตยาบันนั้นจำเป็นที่จะต้องเป็นรัฐภาคีใด หรือกลุ่มรัฐภาคีใด โดยเฉพาะด้วย จึงจะถือว่าการให้สัตยาบันกันนั้นมีผลทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับได้

สนธิสัญญาอาจจะกำหนด หรือ รัฐที่เจรจาทำสนธิสัญญากันนั้นอาจจะกำหนดวันที่ ที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับ แต่ถ้าหากไม่ได้มีการกำหนดไว้ดังกล่าว ก็ให้ถือว่าวันที่รัฐภาคีทั้งปวงแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาตามวิธีการที่กำหนด เป็นวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับ แต่ถ้าเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับกันอยู่ก่อนแล้วในวันที่รัฐภาคีใดแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา ก็ให้ถือว่าวันที่แสดงเจตนาเป็นวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับสำหรับรัฐนั้น ๆ เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นประการอื่น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 24 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹²²

การมีผลบังคับชั่วคราวของสนธิสัญญา (Provisional Application)

สนธิสัญญาไม่ว่าทั้งฉบับ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสนธิสัญญา อาจจะมีผลบังคับชั่วคราวก่อนที่สนธิสัญญาจะเริ่มมีผลบังคับได้ หาก มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้นเอง หรือ รัฐภาคีที่เจรจาสนธิสัญญาทั้งปวงได้ตกลงกันให้เป็นเช่นนั้นได้ และ ให้การบังคับใช้ชั่วคราวของสนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมด หรือ บางส่วนนั้นให้ระงับสิ้นลง หากรัฐภาคีที่ได้ร้องขอให้มีการบังคับใช้ชั่วคราวเช่นนั้นได้บอก

¹²² Art. 24 Entry into force and provisional application of treaty, Entry into force: 1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree. 2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States. 3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides. 4. The provision of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

กล่าวต่อรัฐภาคีอื่นๆว่า ตนไม่ประสงค์ที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้นอีกต่อไป เว้นแต่ในสนธิสัญญา หรือรัฐภาคีที่ได้เจรจาในสนธิสัญญาฉบับนั้นจะได้บัญญัติไว้ หรือตกลงกันไว้เป็นการอื่น¹²³

5.8 กระบวนการภายหลังการทำสนธิสัญญา

ภายหลังจากรัฐภาคีได้ทำสนธิสัญญา และ มีการให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว กระบวนการหลังจากนั้น คือ การจดทะเบียนสนธิสัญญา การประกาศ หรือจัดพิมพ์เผยแพร่ ตลอดจน การเก็บรักษา ดูแล สนธิสัญญา และตราสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ซึ่งทำหน้าที่โดยฝ่ายเก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญา (Depositary)

การแต่งตั้งรัฐผู้เก็บ รักษาดูแล สนธิสัญญาและตราสาร (Designation of Depositary)

สนธิสัญญาทวิภาคีมักจะมีการลงนาม และ ได้จัดทำสนธิสัญญาขึ้นเป็นสองฉบับ (Duplicate) โดยคู่ภาคีแต่ละฝ่าย ได้เก็บ รักษา และดูแลแต่ละต้นฉบับที่ได้รับการลงนามนั้น ไว้ฝ่ายละฉบับ แต่มีบางกรณีที่เป็นกรณียกเว้นที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก ที่มีการทำสนธิสัญญาไว้เพียงฉบับเดียว โดยคู่ภาคีต้องตกลงกันว่าจะให้รัฐภาคีฝ่ายใดเป็นผู้เก็บรักษาไว้ หรืออาจจะแต่งตั้งให้รัฐที่สามเป็นผู้เก็บรักษาไว้ให้แทนก็ได้ แต่ในกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งมีรัฐภาคีจำนวนมากนั้น มักจะมีการแต่งตั้งรัฐผู้เก็บรักษา ดูแล สนธิสัญญานั้น (Depositary) ซึ่งมาตรา 80.2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า การแต่งตั้งผู้เก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญา จะเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ และภารกิจต่างๆตามที่ได้อำนาจไว้ ในมาตรา 80.1 ซึ่งได้แก่การจัดส่งสนธิสัญญาให้แก่สำนักเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติ เพื่อการจดทะเบียน การจัดเก็บ บันทึก และจัดพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญานั้นๆ และมาตรา 76 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา บัญญัติไว้ว่า การแต่งตั้งผู้เก็บรักษา ดูแล สนธิสัญญาอาจจะกระทำโดยรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญา โดยกำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้นเอง หรือโดยการตกลงกันระหว่างภาคีทั้งหลายโดยวิธีอื่น ผู้เก็บรักษาสนธิสัญญาอาจจะเป็นรัฐเดียว หรือหลายรัฐก็ได้ อาจเป็นองค์การระหว่างประเทศ หรือหัวหน้าสำนักงานระดับผู้บริหารขององค์การระหว่างประเทศ

สำหรับหน้าที่ของผู้เก็บรักษาสนธิสัญญานั้นจะต้องกระทำโดยเที่ยงธรรม ไม่ลำเอียง มีลักษณะเป็นสากลและเป็นกลาง ซึ่งมาตรา 77 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้

¹²³ Art. 25 Provisional Application, 1.A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending into entry into force if: (a) the entry itself so provides; or (b) the negotiating States have in some other manner so agreed 2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

เก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญาไว้ว่า เว้นแต่จะบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา หรือตกลงโดยรัฐภาคีที่เจรจาทำสนธิสัญญาไว้เป็นประการอื่น ผู้เก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญามีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เก็บรักษาต้นฉบับเดิมของสนธิสัญญา ตลอดจนหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Powers) ที่ได้ส่งมอบแก่ผู้เก็บรักษา

(2) จัดทำสำเนาต้นฉบับจริงของสนธิสัญญา และจัดทำสำเนาของสนธิสัญญาเป็นภาษาอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา และส่งมอบให้แก่รัฐภาคี และรัฐอื่น ๆ ที่มีสิทธิเข้ามาเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น

(3) รับการลงนามสนธิสัญญา รับและเก็บรักษาตราสารสนธิสัญญา หนังสือบอกกล่าว และหนังสือติดต่ออื่นๆที่เกี่ยวข้อง

(4) ตรวจสอบดูความถูกต้อง สมบูรณ์ และเป็นไปตามรูปแบบ ที่เหมาะสม ของการลงนาม ตราสารสนธิสัญญา หนังสือบอกกล่าว หนังสือติดต่อที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา และหากจำเป็นให้เสนอเรื่องให้รัฐภาคีที่เป็นปัญหาพิจารณา

(5) แจ้งรัฐภาคี หรือรัฐที่มีสิทธิจะเป็นภาคีของสนธิสัญญาให้ทราบถึงการกระทำ หนังสือบอกกล่าว หนังสือติดต่อ ที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา

(6) แจ้งรัฐที่มีสิทธิเข้าเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาให้ทราบ เมื่อได้รับการลงนาม สัตยาบันสารสนธิ การยอมรับ การให้ความเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติ ครบถ้วนตามจำนวนที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญา เพื่อให้สนธิสัญญาเริ่มต้นมีผลบังคับได้

(7) จัดทะเบียนสนธิสัญญากับสำนักเลขาธิการองค์การสหประชาชาติ

(8) ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตราอื่นๆของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

การจดทะเบียนสนธิสัญญา (Registration)

มาตรา 80. 1 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนสนธิสัญญาไว้ว่า ภายหลังจากสนธิสัญญาเริ่มมีผลใช้บังคับแล้ว (after their entry into force) สนธิสัญญาจะต้องถูกจัดส่งไปยังสำนักเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติเพื่อดำเนินการจดทะเบียน จัดเก็บ บันทึกและจัดพิมพ์เผยแพร่ต่อไป ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 102 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า สนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับ ซึ่งกระทำขึ้นโดยรัฐภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ภายหลังจากกฎบัตรแห่งสหประชาชาติฉบับนี้มีผลบังคับใช้แล้ว จะต้องดำเนินการจดทะเบียนสนธิสัญญาเหล่านั้นโดยเร็วที่สุดต่อสำนักเลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อจัดพิมพ์สนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

หน้าที่ในการนำสนธิสัญญาที่รัฐภาคีทำขึ้นเพื่อการจดทะเบียนต่อสหประชาชาติ และ จัดพิมพ์เผยแพร่นี้เป็นหน้าที่ ที่จะต้องกระทำโดยรัฐภาคีสมาชิกของสหประชาชาติหากมีการทำสนธิสัญญาใดๆขึ้น ทั้งนี้ ในมาตรา 102.2 ได้บัญญัติต่อไปว่า รัฐภาคีใด ๆ ของสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้รับการจดทะเบียนต่อสหประชาชาติตามข้อกำหนดในมาตรา 102.1 ดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างถึงสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นๆ ไม่ว่าต่อองค์กรใดๆของสหประชาชาติ ในที่นี้ย่อมหมายถึงการห้ามหยิบยกขึ้นกล่าวอ้าง หรือใช้สนธิสัญญานั้นเป็นหลักฐานต่อผู้คดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วยนั่นเอง ดังนั้นหากเกิดมีกรณีพิพาทใดๆขึ้น หรือ มีข้อพิพาท

เกี่ยวกับการตีความ หรือ การบังคับใช้สนธิสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างประเทศนั้น หรือ รัฐภาคีต้องการจะกล่าวอ้างถึงผลของสนธิสัญญาดังกล่าวย่อมกระทำไม่ได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศย่อมไม่รับฟังการมีอยู่ของสนธิสัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้น รวมทั้งไม่อาจกล่าวอ้างสนธิสัญญานั้นต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่ หรือ ต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ โดยเหตุนี้จึงเป็นข้อสนับสนุนที่ดีว่าหน้าที่ในการนำสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นโดยภาคีสมาชิกของสหประชาชาตินั้นเป็นหน้าที่บังคับ มิใช่รัฐสมาชิกจะเลือกที่จะปฏิบัติ หรือไม่ปฏิบัติก็ได้ ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการชุดที่ 6 แห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกรรมาธิการกฎหมายได้เคยให้ความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 102.2 นี้มีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด มิใช่ให้เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามก็ไม่มีข้อห้ามที่จะหยิบยกเอาสนธิสัญญาที่ไม่ได้นำไปจดทะเบียนต่อสหประชาชาตินี้ไปอ้างอิงต่อองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ หรือ ศาลอื่นใด ดังนั้นสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นนี้จึงมีความสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะ หรือโมฆียะ อันเนื่องจากการไม่ได้จดทะเบียนต่อสหประชาชาติแต่อย่างใด หากเป็นแต่เพียงการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาตินี้ทำให้ไม่สามารถอ้างอิงถึงสนธิสัญญาดังกล่าวได้เท่านั้น ทั้งนี้โดยเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 102 นี้เพื่อที่จะให้มีการทำสนธิสัญญาอย่างเปิดเผยและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ารัฐใดมีความตกลงผูกพันกันในเรื่องอะไรต่อรัฐหรือกลุ่มรัฐใด ๆบ้าง และเป็นการป้องกันการทำสนธิสัญญาลับระหว่างกัน ทั้งนี้เพื่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นไปด้วยความโปร่งใส เป็นมิตร และต่างเคารพในพันธกรณีที่มีต่อกันและกัน และที่มีต่อรัฐอื่นๆโดยได้มีการรับรู้โดยทั่วกัน

การประกาศ หรือจัดพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญา (Publication)

การประกาศ หรือจัดพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญานี้ กระทำโดยสำนักเลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งจัดพิมพ์ลงในเอกสารที่เรียกว่า United Nations Treaty Series หรือมีชื่อย่อว่า U.N.T.S ซึ่งเป็นแหล่งอ้างอิงถึงสนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการและเป็นแหล่งปฐมภูมิ (Primary Source) นับถึงปีค.ศ. 1998 UNTS ได้บรรจุสนธิสัญญาที่จดทะเบียนแล้วถึงกว่า 30,000 ฉบับ แบ่งเป็น 1550 volumes สำนักเลขาธิการสหประชาชาติยังเป็นผู้เก็บรักษาสนธิสัญญาพหุภาคีกว่า 500 ฉบับอีกด้วย โดยสนธิสัญญาพหุภาคีเหล่านี้จะได้รับการตีพิมพ์ใน UN Multilateral Treaties แต่ในทางปฏิบัติปัญหาการค้นหา หรือ สืบค้นสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงแรกๆที่เพิ่งทำสนธิสัญญากันขึ้นนั้น มิใช่เรื่องที่ย่าง่ายเลย เนื่องจากสนธิสัญญาที่จะจัดพิมพ์เผยแพร่โดยสหประชาชาตินั้น ต้องเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับแล้ว และได้จดทะเบียนต่อสำนักเลขาธิการสหประชาชาติแล้ว จึงจะค่อยดำเนินการจัดพิมพ์ใน UNTS และรวบรวมในดัชนี (Index) ซึ่งใช้เวลานานหลายปีประมาณ 4-5 ปีหลังจากจดทะเบียนแล้วกว่าจะออกพิมพ์เผยแพร่ได้ ส่วนใหญ่จึงต้องหันไปค้นคว้า สืบค้น จากแหล่งต้นตอในประเทศที่เป็นภาคีของสนธิสัญญา ซึ่งรัฐภาคีของสนธิสัญญาแต่ละฉบับ มักจะประกาศ และ พิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญานั้นๆ ภายในประเทศของตนด้วย ในเอกสารทางการ เช่น ในประเทศไทยก็ได้จัดพิมพ์สนธิสัญญา และ กฎหมายต่างๆลงในราชกิจจานุเบกษา ส่วนในต่างประเทศก็จัดพิมพ์ในเอกสารทางการทำนองเดียวกันที่เรียกว่า *Government Gazette* หรือ *Official Gazette* หรือ *Official Journal* หรือ *Official treaty Series* หรือ ชื่อเรียกอย่างอื่นตามแต่ละประเทศจะกำหนดไว้ ทางปฏิบัติของอังกฤษนั้น สนธิสัญญาทุกฉบับที่ได้ลงนามแล้วแต่จะต้องได้รับการให้สัตยาบัน การยอมรับ การให้ความเห็นชอบ หรือการณีการภาคยานุวัติ จะต้องนำเสนอสนธิสัญญาดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาตามหลักปฏิบัติที่เรียกว่า

Ponsonby Rule และสนธิสัญญาจะได้รับการตีพิมพ์ใน *Official Journal* นอกจากนั้นอาจจะได้รับการตีพิมพ์ใน *Command Papers* ซึ่งอยู่ใน *Country, European Communities or Miscellaneous Series* นอกจากนี้ก็สามารถสืบค้นสนธิสัญญาได้จาก *International Legal Materials (ILM)* ซึ่งได้ตีพิมพ์สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นทั่วโลกเท่าที่จะจัดพิมพ์ได้ จัดพิมพ์โดย *The American Society of International Law* ตั้งแต่ปี 1962 นับเป็นแหล่งที่มีคุณค่าสำหรับการสืบค้นสนธิสัญญาทั้งทวีภาคี และพหุภาคี ตลอดจน *Memorandum of Understanding (MOUs)* บางฉบับด้วย การจัดพิมพ์ทำได้รวดเร็วกว่า *UNTS* อย่างมาก และสามารถสืบค้นสนธิสัญญาได้ใน *Multilaterals Project* จัดทำโดย *The Fletcher School of Law and Diplomacy at Tufts University, Massachusetts, USA* ทาง Internet ได้ที่ <http://www.tufts.edu/fletcher/multilaterals.html>. สำหรับสนธิสัญญาที่ทำระหว่างปี ค.ศ. 1648-1919 ได้รวบรวมขึ้นเป็น 231 volumes ใน *Consolidated Treaty Series (CTS)* และสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1919-1946 ได้รวบรวมไว้เป็น 205 volumes ใน *League of Nations Treaty Series (LNTS)* สำหรับสนธิสัญญาอเมริกา ได้รับการรวบรวมใน *Treaties and other International Acts Series (TIAS)* และได้รับการรวบรวมใน *United States Treaties and other International Agreements (UTS)* ได้รับการจัดพิมพ์ปีละครั้งตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 นอกจากนี้ยังค้นคว้าคำพิพากษาของศาลต่างๆ ที่พิพากษาเกี่ยวกับสนธิสัญญาได้ใน *International Law Report (ILR)* ซึ่งได้รวบรวมคดีต่างๆ ไว้กว่า 100 volumes.¹²⁴

สำหรับการสืบค้นสนธิสัญญาที่ได้จดทะเบียนไว้กับสหประชาชาติแล้วทาง Internet ได้ที่ UN Website ซึ่งสามารถค้นคว้าได้ที่ <http://www.un.org/depts/treaty> ซึ่งจะเผยแพร่สนธิสัญญาเฉพาะที่จัดพิมพ์ใน *UNTS* แล้วเท่านั้น แต่เนื่องจากสหประชาชาติมีนโยบายที่จะจัดเผยแพร่สนธิสัญญาที่จดทะเบียนแล้วทันทีเฉพาะใน UN Website ให้ได้ทั้งหมดให้เรียบร้อยภายในปี 2001 จึงได้มีการเพิ่มเติมสนธิสัญญาที่ได้รับการจดทะเบียนใหม่อย่างสม่ำเสมอ จึงเป็นแหล่งสืบค้นสนธิสัญญาได้รวดเร็วและทันสมัยกว่าที่ตีพิมพ์เป็นหนังสือ *UNTS* ซึ่งต้องใช้เวลาานานกว่าหลายปี¹²⁵

สำหรับสารบัญเกี่ยวกับสนธิสัญญา มีอยู่หลายแหล่ง ที่สำคัญได้แก่ *United Nations List of Treaty Collections* ซึ่งไม่ทันสมัยแต่เหมาะสำหรับการค้นคว้าสนธิสัญญาเก่าๆ สำหรับสนธิสัญญาที่ทำตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1856 ได้จัดรวบรวมไว้ใน *Bowman and Harris, Multilateral Treaties, Index and Current Status and its supplements (London and Nottingham, 1984 -)* นอกจากนี้ก็มีการจัดรวบรวมโดย *Rohn's World Treaty Index (2nd edn, 1984)* และ *The Annual index to Treaties and other International Acts Series (TIAS)* ในอังกฤษก็มีการรวบรวมไว้ใน *Parry's four-volumes index of British Treaties*

¹²⁴ Aust Anthony (2000) *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: University Press. pp 283-4.

¹²⁵ สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการค้นหาสนธิสัญญาโปรดติดต่อ Treaty Section, Office of Legal Affairs, United Nations, New York NY 10017, USA. (fax:++ 1 212 963 3693; e-mail: treaty@un.org).

1101 to 1988 (HMSO, 1970 and 1991) และ UKTS indexes and quarterly Supplementary Lists of Ratifications, accessions, Withdrawals etc. ก็ได้รวบรวมสนธิสัญญาต่างๆไว้ไม่จำเพาะแต่สนธิสัญญาที่กระทำโดยอังกฤษเท่านั้น ข้อมูลต่างๆข้างต้นนี้เป็นแหล่งที่มีคุณค่าอย่างยิ่ง สำหรับผู้สนใจที่จะศึกษาค้นคว้าต่อไป

5.9 ความสมบูรณ์และผลของสนธิสัญญา

ผลบังคับของสนธิสัญญาต่อคู่ภาคี

1. ลักษณะความผูกพันของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

มาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาบัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลบังคับใช้แล้ว ย่อมผูกพันภาคีของสนธิสัญญานั้นๆ และภาคีทั้งปวงต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆโดยสุจริต”¹²⁶ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก *Principle of Good Faith* ส่วนประเด็นปัญหาที่ว่าทำไมสนธิสัญญาจึงมีผลบังคับ ก็เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันมาก แนวคิดที่มีการยอมรับกันในทางระหว่างประเทศ เห็นว่าน่าจะเป็นเหตุผลที่ว่าการที่สนธิสัญญามีผลบังคับผูกพันรัฐเพราะเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐที่ยอมรับกันว่าหากรัฐใดแสดงเจตนาผูกพันตนกับรัฐใดๆตามความตกลงในสนธิสัญญา รัฐนั้นย่อมต้องผูกพันตามที่ได้ตกลงกันนั้นตามหลักการพื้นฐานของหลัก *Pacta Sunt Servanda* อันทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับ และนอกเหนือจากนั้นคือ การมีผลบังคับในตัวเองของสนธิสัญญาตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าสนธิสัญญาต้องมีผลบังคับ อันเป็นจารีตประเพณีที่ทุกรัฐยอมรับในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นั่นก็คือหลักที่ว่า สัญญาย่อมผูกพันรัฐผู้กระทำ จากหลักการดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นความผูกพันในตัวรัฐ เพราะไม่ว่าสนธิสัญญาจะทำโดยรัฐบาลชุดใด หรือบุคคลผู้มีอำนาจเต็มผู้ใดก็ตาม สนธิสัญญาก็จะผูกพันรัฐนั้นๆ มิใช่ผูกพันรัฐบาล หรือผู้มีอำนาจเต็ม ดังนั้นไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล หรือ เปลี่ยนแปลงทางการเมือง ก็ไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาที่ทำไว้ก่อนนั้นและรัฐบาลชุดใหม่จะต้องปฏิบัติตามความผูกพันหรือพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ เช่น รัสเซียอ้างว่าสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นในสมัยพระเจ้าซาร์ก่อนที่จะมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1917 ย่อมเป็นอันสิ้นผลเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองทางการเมือง และเปลี่ยนแปลงโครงสร้างรัฐเป็นสาธารณรัฐสังคมนิยมรัสเซีย และสนธิสัญญาการกู้เงินที่ทำ

¹²⁶ Art. 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provided that “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith” พันธกิจในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริตภายใต้มาตรา 26 ดังกล่าวนี้นี้ ให้หมายรวมถึงการงดเว้น หรือละเว้นที่จะกระทำการใดอันเป็นปฏิปักษ์ หรือขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา โปรดดู ILC Commentary (Treaties), Art. 23 para (4); YBILC (1966) ii, p. 211.

ขึ้นในสมัยพระเจ้าชาร์จิงตกเป็นโมฆะ โดยอ้างว่าการเปลี่ยนแปลงชนชั้นการปกครองย่อมกระทบถึงสนธิสัญญาที่ทำโดยประชาชนไม่ได้รับรู้ นั้น เมื่อเปลี่ยนมาเป็นการปกครองแบบใหม่นั้น เจตจำนงของรัฐโดยประชาชนไม่ต้องการผูกพันตามสนธิสัญญาที่ทำไว้ก่อนหน้านั้น จึงไม่ใช่สนธิสัญญาที่ทำโดยรัฐบาลภายใต้การปกครองระบอบใหม่ สนธิสัญญาย่อมสิ้นผลไป เนื่องจาก สถานการณ์ และ สภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญตามหลัก (rebus Sic Stantibus) แต่ข้ออ้างนี้ไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องจากประเทศไทยไม่ได้สูญเสียไปเพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองภายในเท่านั้น จึงยังคงต้องผูกพันตามสนธิสัญญาในฐานะรัฐ ส่วนผู้ใดเป็นผู้ทำสนธิสัญญาย่อมไม่กระทบต่อผลความผูกพันในสนธิสัญญานั้น ๆ การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามสนธิสัญญาและความรับผิดชอบกฎหมายระหว่างประเทศ และจะอ้างว่าฝ่ายนิติบัญญัติของตนไม่ถือปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐจึงปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้ดังนี้ย่อมอ้างไม่ได้¹²⁷

นอกจากนั้น มาตรา 2 อนุ 2 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎบัตรนี้โดยสุจริต¹²⁸ และรัฐภาคีของสนธิสัญญาจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวาง หรือทำลายวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

ความผูกพันตามสนธิสัญญาต่อรัฐนี้ เป็นความผูกพันที่มีอยู่เหนือดินแดนทั้งหมดของรัฐทั้งนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า เว้นแต่เจตนารมณ์ที่ปรากฏในสนธิสัญญา หรือ ที่ตกลงกันไว้เป็นประการอื่นแล้ว สนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐภาคีทั้งปวงเหนือดินแดนทั้งหมด¹²⁹ สนธิสัญญามักจะกำหนดขอบเขตแห่งดินแดนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้เหนือดินแดนใด ในสมัยก่อนรัฐที่ทำสนธิสัญญามีดินแดนในอาณานิคมและอาจจะประสงค์ให้ดินแดนในอาณานิคมนั้นอยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาด้วย คู่ภาคีก็จะกำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าดินแดนแห่งอาณานิคมถือว่าอยู่ในบังคับของสนธิสัญญา อีกกรณีหนึ่ง คือ การทำสนธิสัญญากับประเทศที่มีมลรัฐหรือสหพันธรัฐ สนธิสัญญาอาจจะกำหนดให้มลรัฐต้องให้ความยินยอมด้วยจึงจะผูกพันมลรัฐทั้งหมดเป็นต้น การทำสนธิสัญญาในลักษณะเช่นนี้ จึงต้องแจ้งแก่คู่ภาคีถึงดินแดนทั้งปวงที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับตลอดทั้งเงื่อนไขของการบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวให้ทราบ และกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญา

¹²⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร (2538) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 หน้า 142 กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹²⁸ Art. 2.2 All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

¹²⁹ Art. 29 Territorial scope of treaties, Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หลักสนธิสัญญาไม่มีผลย้อนหลัง (Non-Retroactivity of Treaty) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่ใช้กับการกระทำทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International Juristic Act) ทุกๆ ประเภท มาตรา 28 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติไว้ว่า เว้นแต่จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่น แตกต่างไปจากที่ปรากฏในสนธิสัญญา หรือปรากฏเป็นกรณีอย่างอื่น บทบัญญัติต่างๆ ของสนธิสัญญา ย่อมไม่ผูกพันภาคีของสนธิสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ สนธิสัญญามีผลใช้บังคับต่อภาคีของสนธิสัญญานั้น หรือสถานการณ์ซึ่งได้สิ้นสุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผล¹³⁰ ซึ่งยืนยันหลักการไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางกฎหมาย เนื่องจากการทำสนธิสัญญาเป็น เรื่องของความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศเพื่อการบังคับใช้ในอนาคตมิใช่ในอดีตที่ผ่านมาแล้ว ดังนั้นหากภาคีของสนธิสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ให้สนธิสัญญามีผลย้อนหลังได้แล้ว สนธิสัญญาย่อมมีผลนับตั้งแต่สนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นแล้วและมีผลตามเงื่อนไขข้อกำหนดที่ให้ สนธิสัญญาเริ่มบังคับเป็นต้นไป และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับข้อกำหนดในสนธิสัญญาที่จะให้ สนธิสัญญามีผลย้อนหลังได้¹³¹

1. ลักษณะความผูกพันของสนธิสัญญาในกฎหมายภายใน

เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว รัฐภาคีจะต้องผูกพันตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา และ เนื่องจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญานี้ครอบคลุมถึงองค์กรต่างๆ ของรัฐทั้งหมดในฐานะที่ องค์กรเหล่านี้ต้องทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายภายในมารองรับ บังคับการให้เป็นไปตามผลของ สนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งมีวิธีการต่างๆ ตลอดจนผลบังคับดังนี้

การอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา พันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นอาจจะเป็นการกระทำ การหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด ๆ ตามที่สนธิสัญญากำหนด ซึ่งรัฐจะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตาม สนธิสัญญานั้น แต่รัฐภาคีอาจจะมีกฎหมายที่สอดคล้องตามสนธิสัญญาแล้ว รัฐก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการ ใดๆ อีก ในทางตรงกันข้ามหากรัฐไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาก็จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ และไม่อาจจะกล่าวอ้างกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธความรับผิดชอบหรือปฏิเสธพันธกรณีตาม สนธิสัญญาได้ ทั้งนี้มาตรา 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้กำหนดไว้ว่า รัฐภาคีไม่อาจจะกล่าว อ้างบทบัญญัติของตนตามกฎหมายภายในมาเป็นข้ออ้างที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ความข้อนี้ไม่ขัด ต่อมาตรา 46 ของอนุสัญญาดังกล่าว

¹³⁰ Art. 28 Non-Retroactivity of treaties, Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

¹³¹ C.P.J.I.1924 affaire Mavrommatis, series A No. 2, p. 24. และโปรดดู I.C.J. Reports 192, p. 40.

สำหรับวิธีการอนุวัติการตามสนธิสัญญานี้แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่นประเทศที่ยึดถือตามหลักทวินิยม (Dualism) ซึ่งถือว่ากฎหมายภายในแยกจากกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายภายในได้ต้องแปลงมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน เช่น กรณีของประเทศไทย ต้องตราพระราชบัญญัติออกมารองรับสนธิสัญญาเสียก่อน สนธิสัญญาจึงจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายภายในได้ ส่วนประเทศที่ยึดถือหลักเอกนิยม (Monism) ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่ยังคงแยกเป็นหลายแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายใดเหนือกว่า เช่นในกรณีของประเทศฝรั่งเศสถือว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายใน¹³² เมื่อรัฐทำสนธิสัญญาแล้วย่อมผูกพันรัฐ แต่ภาคีของสนธิสัญญารัฐอื่นๆก็ต้องปฏิบัติตามในทำนองเดียวกันตามหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ด้วย

สำหรับสหรัฐอเมริกา นั้น รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐได้บัญญัติว่าสนธิสัญญามีฐานะเสมอภาคเทียมกันกับรัฐบัญญัติ (Act) โดยสนธิสัญญาอาจจะยกเลิกกฎหมายภายในของสหรัฐที่มีอยู่ก่อนวันใช้บังคับของสนธิสัญญาได้ และในทำนองเดียวกันรัฐบัญญัติที่บัญญัติขึ้นภายหลังก็อาจจะยกเลิกสนธิสัญญาได้เช่นกัน แต่ในกรณีนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศสหรัฐยังต้องผูกพันตามสนธิสัญญาในฐานะภาคีของสนธิสัญญาต่อรัฐภาคีอื่น เพียงแต่ตามกฎหมายภายในสหรัฐ กฎหมายที่บัญญัติในภายหลังจะไม่รับรู้สนธิสัญญาที่ทำก่อนนั้นหากสนธิสัญญานั้นถูกกฎหมายใหม่ดังกล่าวมายกเลิก และการที่กฎหมายภายในขัดกับสนธิสัญญาก็เป็นสิ่งที่ขัดกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจจะทำให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยเหตุนี้สหรัฐอเมริกาจึงมีการแยกประเภทสนธิสัญญาออกเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัว (Self Executing) กับสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับในตัว (Non-Executing) สนธิสัญญาชนิดแรกนั้นหมายถึงสนธิสัญญาที่มีรายละเอียดของบทบัญญัติต่างๆ ที่สามารถบังคับใช้โดยศาลภายในรัฐได้ ส่วนสนธิสัญญาประเภทหลัง หมายถึงสนธิสัญญาที่มีได้เกี่ยวข้องกับภารกิจภายในรัฐ เช่น สนธิสัญญาพันธมิตร ในกรณีนี้ รัฐบาลสหรัฐอาจเห็นว่าจำเป็นต้องมีรัฐบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ มาบังคับใช้สนธิสัญญาโดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายในเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น¹³³ ดังนั้นไม่ว่ารัฐที่ทำสนธิสัญญานั้นจะเป็นสหพันธรัฐก็ตามก็ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาทุกส่วนของประเทศ ทั้งนี้ตามมาตรา 29 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969ดังกล่าวข้างต้น และสหพันธรัฐนั้นจะอ้างกฎหมายภายใน หรือของมลรัฐ มาปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้ ตามมาตรา 46-47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 และ

¹³² มาตรา 55 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้ให้สัตยาบันอย่างถูกต้อง หรือได้รับความเห็นชอบแล้วย่อมมีฐานะอยู่เหนือพระราชบัญญัติ นับตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าว ทั้งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภาคีของสนธิสัญญาอีกฝ่าย (หรือฝ่ายอื่นๆในกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี) จะปฏิบัติอย่างเดียวกันสำหรับการใช้ข้อตกลงหรือสนธิสัญญาแต่ละฉบับ”

¹³³ ประสิทธิ์ เอกบุตร (2538) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 หน้า 146-7 กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หากรัฐไม่สามารถอนุวัติการตามสนธิสัญญาได้ย่อมทำให้รัฐนั้นต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว

ผลของสนธิสัญญาต่อปัจเจกชน โดยปกติสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันเฉพาะระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญาเท่านั้น มิได้มีผลผูกพันต่อปัจเจกชน แต่รัฐภาคีที่ทำสนธิสัญญาอาจจะตกลงกันให้สิทธิตามสนธิสัญญาแก่ปัจเจกชนในการฟ้องร้องเพื่อให้มีการบังคับตามสนธิสัญญาได้โดยตรง ถือว่าสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับโดยตรงต่อปัจเจกชน (Direct Effect) เช่นในกรอบของศูนย์กลางระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Center for the Settlement of Investment Disputes) I.C.S.I.D. ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States) ลงวันที่ 18 มีนาคม 1969 มีข้อกำหนดให้เอกชนสามารถฟ้องร้องรัฐเป็นจำเลยในคดีเกี่ยวกับการลงทุนได้โดยตรงด้วยตนเองไม่จำเป็นต้องรอให้รัฐยื่นมือเข้าช่วยเหลือ หรือให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือ ในอนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention 1950) ซึ่งเป็นอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป มีข้อกำหนดให้ปัจเจกชนสามารถฟ้องคดีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้โดยตรง เป็นต้น อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาที่มีผลบังคับโดยตรงต่อเอกชนนี้ ปัจเจกชนเพียงแต่ได้รับสิทธิบางประการตามสนธิสัญญาเท่านั้นตามที่รัฐภาคีกำหนดไว้ในสนธิสัญญา และสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ

การตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญา

1. ความหมายและวัตถุประสงค์ของการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญา

มาตรา 2.1 (d) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้นิยามความหมายของการตั้งข้อสงวนว่า หมายถึง “ถ้อยแถลงฝ่ายเดียวไม่ว่าจะมีชื่อเรียกหรือมีวลี ว่าอย่างไรก็ตามซึ่งกระทำโดยรัฐภาคีในขณะที่มีการลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือ ให้การภาคยานุวัติ ในสนธิสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะยกเว้น หรือ เปลี่ยนแปลงผลบังคับทางกฎหมายของข้อบทในสนธิสัญญาเฉพาะข้อบทหนึ่งหรือบางบท ในการที่จะบังคับใช้ต่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้น”¹³⁴ จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นนี้ มีองค์ประกอบของการตั้งข้อสงวนที่สำคัญสองประการที่จะต้องพิจารณา คือ

ประการแรก ถ้อยคำที่ว่า “ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกหรือมีวลีว่าอย่างไรก็ตาม” นั้นสะท้อนให้เห็นว่ารัฐภาคีไม่อาจจะหลีกเลี่ยงว่าไม่ได้ตั้งข้อสงวน โดยการให้ถ้อยแถลงฝ่ายเดียวอันเป็นการตั้งข้อสงวนนั้น

¹³⁴ Art. 2.1 (d) “reservation” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving, or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State.

เพียงแต่ใช้ชื่อเรียกเป็นอย่างไรอย่างหนึ่งแทน กล่าวคือไม่ว่ารัฐภาคีจะเรียกการตั้งข้อสงวนนั้นๆ เป็นประการอื่นใด าก็ตาม ถ้อยแถลงนั้นๆ ก็มีฐานะเป็นข้อสงวน โดยให้ยึดถือสารัตถะแห่งข้อสงวนนั้นเป็นสำคัญ

ประการที่สอง โดยการพิจารณาถึงสารัตถะแห่งถ้อยแถลงนั้นเป็นสำคัญดังกล่าว จึงต้องพิจารณาว่าถ้อยแถลงฝ่ายเดียวของรัฐภาคีนั้นมีวัตถุประสงค์ในการยกเว้น หรือเปลี่ยนแปลง ผลทางกฎหมายแห่งบทบัญญัติใด ๆ ของสนธิสัญญาในอันที่จะมีผลบังคับต่อรัฐภาคีผู้ตั้งข้อสงวนนั้นๆ หรือไม่ ซึ่ง การพิจารณาองค์ประกอบนี้มีความสำคัญ เนื่องจากถ้อยแถลงฝ่ายเดียวในบางกรณีเห็นได้ชัดว่าไม่ได้มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่นรัฐได้แถลงถึงเจตนารมณ์เบื้องต้นทางการเมือง หรือได้เพิ่มเติมในส่วนของเงื่อนไขอันเป็นลักษณะตามกฎหมายภายใน มิได้มีลักษณะในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่กระทบต่อพันธกรณีระหว่างรัฐภาคีนั้นๆ กับรัฐภาคีอื่น ๆ¹³⁵ เป็นต้น

การพิจารณาองค์ประกอบทั้งสองประการนี้เพื่อให้ทราบถ้อยแถลงฝ่ายเดียวในแต่ละกรณีถือเป็นการตั้งข้อสงวนของรัฐภาคีหรือไม่ การตีความข้อสงวนจึงมักต้องกระทำในขณะที่มีการตั้งข้อสงวนนั้น โดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐภาคีที่ตั้งข้อสงวนนั้นจากบรรดาเอกสาร และตราสารต่าง ๆ ประกอบด้วย และตัวถ้อยแถลงที่เป็นข้อสงวนนั้นเองก็ย่อมตกอยู่ภายใต้การตีความตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การตั้งข้อสงวนโดยสภาพมักจะไม่มีเกิดขึ้นในกรณีสนธิสัญญาทวิภาคี เนื่องจากหากรัฐภาคีฝ่ายใดในสนธิสัญญาทวิภาคีไม่ประสงค์ที่จะให้ข้อบทในสนธิสัญญาผูกพันตน หรือมีการเปลี่ยนแปลงก็มักจะเสนอขอเจรจาในส่วนนั้นๆ ใหม่ (A proposal to re-open negotiations on the point at issue) แต่ในกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น หากการแสดงข้อคัดค้านใดๆ ในการทำสนธิสัญญาพหุภาคีในที่ประชุมระหว่างประเทศที่จัดขึ้นเพื่อการทำสนธิสัญญานั้นๆ ตกไปเนื่องจากรัฐส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยในข้อบทที่รัฐนั้นคัดค้านและภายหลังได้มีการบรรลุถึงการทำสนธิสัญญา รัฐที่คัดค้านดังกล่าวนั้นย่อมไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามข้อบทที่รัฐนั้นไม่เห็นด้วย ดังนั้นการทำสนธิสัญญาพหุภาคีโดยรัฐภาคีหลายฝ่ายที่บางรัฐประสงค์ที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาในสาระสำคัญส่วนใหญ่ แต่ไม่เห็นด้วย หรือไม่ประสงค์ที่จะรับข้อบทเฉพาะบางบทจึงจำเป็นต้องมีกระบวนการในการตั้งข้อสงวน ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐภาคีเหล่านี้ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาแต่ตั้งข้อสงวนที่จะไม่ผูกพัน หรือเปลี่ยนแปลงความผูกพันบางประการในสนธิสัญญานั้นๆ โดยมีรัฐภาคีบางรัฐหรือทั้งหมดให้ความเห็นชอบด้วย ขณะเดียวกันก็อาจจะมีกรณีที่บางรัฐภาคีที่ไม่เห็นชอบด้วยกับข้อสงวนดังกล่าวนั้นก็สามรถคัดค้านข้อสงวนนั้นได้ นอกจากนั้นในบางกรณีก็ไม่อาจจะตั้งข้อสงวนได้ ในหัวข้อต่อไปจึงเป็นเรื่องของการพิจารณาว่าการตั้งข้อสงวนจะกระทำได้หรือไม่ในกรณีใดบ้าง

¹³⁵ เช่นกรณี Eg Power Authority of the State of New York V Federal Power Commission, ILR 24 (1975), p. 557

2. วิธีการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญา (Formulation of reservations)

มาตรา 19 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า รัฐสามารถตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาได้เมื่อรัฐลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือให้การภาคยานุวัติ ในสนธิสัญญา เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้ (ก) สนธิสัญญานั้นได้ห้ามการตั้งข้อสงวน¹³⁶ (ข) สนธิสัญญานั้นได้บัญญัติว่าเฉพาะข้อสงวนที่กำหนดไว้เท่านั้นที่รัฐภาคีสามารถทำได้¹³⁷ และไม่รวมถึงข้อสงวนที่รัฐนั้นขอตั้งขึ้น หรือ (ค) กรณีที่ไม่อยู่ภายใต้ อนุ ก และ ข และข้อสงวนนั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของอนุสัญญานี้¹³⁸ ทั้งสามกรณีข้างต้นนี้ไม่สามารถตั้งข้อสงวน

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการตั้งข้อสงวนนั้นไม่อาจจะกระทำได้ทุกกรณีไป จะต้องขึ้นอยู่กับสนธิสัญญา และเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นแนะนำดังกล่าวในปี ค.ศ. 1951 ในกรณีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการห้าม และการลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)¹³⁹ ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่สนธิสัญญาได้บัญญัติข้อกำหนดไว้ในสนธิสัญญาที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือที่เป็นหลักกฎหมายที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ Jus Cogens รัฐภาคีย่อมต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่เป็นกฎหมายดังกล่าวเสมอจะตั้งเป็นข้อสงวนไม่ได้

3. การยอมรับ (Acceptance) และการคัดค้าน (Objection) ข้อสงวน

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนมีอยู่สองประการคือ ข้อสงวนนั้นกระทำได้หรือไม่ (Permissibility of reservation) และข้อสงวนนั้นจะถูกคัดค้านได้หรือไม่ (Opposability of reservation)¹⁴⁰ เป็นประเด็นที่ต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อน เนื่องจากเป็นเรื่องของการตีความในสนธิสัญญาว่า การตั้งข้อสงวนนั้นจะทำได้หรือไม่ภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ ในขั้นนี้มิใช่เป็นเรื่องนโยบายในการยอมรับหรือคัดค้านข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่น กล่าวคือต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าการตั้งข้อ

¹³⁶ เช่น ข้อ 309 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งบัญญัติว่า ข้อสงวน หรือข้อยกเว้นในอนุสัญญานี้ไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่จะอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งโดยข้ออื่นๆแห่งอนุสัญญานี้

¹³⁷ ได้แก่ตัวอย่าง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยพันธกรณีในการเป็นทหารของบุคคลที่มีหลายสัญชาติ ปี ค.ศ. 1963 (TS NO. 88m(1981)) ซึ่งกำหนดว่าข้อสงวนบางประเภทเท่านั้นที่สารสามารถกระทำได้ และเยอรมนีได้ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาฉบับนี้โดยการตั้งข้อสงวนไม่ให้ขอบทของสนธิสัญญาบางมาตราใช้บังคับกับเบอร์ลิน ซึ่งภาคีสมาชิกอื่นๆให้ความเห็นชอบด้วย

¹³⁸ Art. 19 Formulation of reservations. A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless: (a) the reservation is prohibited by the treaty; (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or (c) in cases not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the objective and purpose of the treaty.

¹³⁹ ICJ Rep (1951), p.15

¹⁴⁰ Bowett, *Reservations to non-restricted Multilateral Treaties*, B.Y.I.L. vol. 67 (1976-1977), pp. 88-90. อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 230 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

สงวนนั้นกระทำได้หรือไม่ตามมาตรา 19 ซึ่งหากมีปัญหาในการตีความสนธิสัญญาในกรณีนี้สามารถนำประเด็นข้อสงสัยนี้เสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้¹⁴¹ หากการตั้งข้อสงวนกระทำได้ จึงมาสู่ประเด็นว่าข้อสงวนนั้นจะเป็นที่ยอมรับ หรือคัดค้าน ตามมาตรา 20-21 หรือไม่ โดยหลักการทั่วไปแล้วข้อสงวนที่ทำโดยรัฐภาคีหนึ่งอาจจะได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นๆ หรือ หากมีรัฐภาคีใดไม่เห็นด้วยกับการตั้งข้อสงวนนั้น ก็สามารถที่จะคัดค้านข้อสงวนนั้นได้ ซึ่งมีผลทางกฎหมายต่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนแตกต่างกัน ในหัวข้อนี้จะอธิบายเกี่ยวกับการยอมรับและการคัดค้านข้อสงวน

มาตรา 20 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับ และการคัดค้านข้อสงวนว่า

1. ข้อสงวนที่ได้รับอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งให้กระทำโดยสนธิสัญญา ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีอื่นๆแห่งสนธิสัญญานั้นอีก เว้นแต่ในสนธิสัญญานั้นเองได้กำหนดไว้เช่นนั้น¹⁴²

2. เมื่อเป็นที่ปรากฏจากจำนวนภาคีสมาชิกอันมีจำนวนจำกัดซึ่งได้เข้าร่วมเจรจาสนธิสัญญา และจากวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญาว่าการบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวทั้งฉบับระหว่างภาคีสมาชิกทั้งหมดเป็นเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญในการให้ความยินยอมของแต่ละรัฐภาคีจะผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ข้อสงวนนั้นจะต้องได้รับการยอมรับจากภาคีสมาชิกทั้งหมดด้วย¹⁴³

3. เมื่อสนธิสัญญาเป็นตราสารสนธิที่ก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ข้อสงวนในสนธิสัญญานั้นจะต้องได้รับการยอมรับจากองค์กรที่มีอำนาจขององค์การระหว่างประเทศนั้นด้วย เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁴⁴

4. ในกรณีที่ไมตกอยู่ภายใต้วรรคก่อนหน้านั้น และเว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(ก) การยอมรับข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่นทำให้รัฐที่ตั้งข้อสงวนเป็นภาคีของสนธิสัญญาในความสัมพันธ์กับรัฐภาคีอื่นที่ยอมรับข้อสงวนนั้น ถ้า และเมื่อสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับต่อรัฐภาคีเหล่านั้น

(ข) การคัดค้านข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญาไม่เป็นการขัดขวางการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ตั้งข้อสงวนกับรัฐที่คัดค้านข้อสงวนนั้น เว้นแต่รัฐที่คัดค้านข้อสงวนนั้นจะแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งแน่นอนเป็นอย่างอื่น

(ค) การกระทำที่แสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งได้มีการตั้งข้อสงวนด้วยนั้น จะมีผลบังคับทันทีที่อย่างน้อยรัฐภาคีอื่นหนึ่งรัฐได้ยอมรับข้อสงวนนั้น¹⁴⁵

¹⁴¹ Id, pp 230-233.

¹⁴² Art. 20.1 A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

¹⁴³ Art. 20.2 When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

¹⁴⁴ Art. 20.3 When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

5. เพื่อความมุ่งประสงค์ตามข้อ 2 และ 4 ข้างต้น และ เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่ารัฐภาคีอื่นๆ ได้ยอมรับข้อสงวนนั้น หากปรากฏว่าไม่มีการคัดค้านข้อสงวนนั้นเมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 12 เดือน หลังจากที่ได้มีการบอกกล่าวการตั้งข้อสงวน หรือ นับตั้งแต่วันที่ได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีนั้นๆ สุดแต่แต่ระยะเวลาใดจะถึงช้ากว่า¹⁴⁶

ในคดีเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นในคดีดังกล่าวโดยสังเขปว่า (ก) รัฐภาคีที่ได้ตั้งข้อสงวน โดยมีรัฐภาคีหนึ่ง หรือมากกว่านั้นของสนธิสัญญาแต่ไม่ได้ถูกคัดค้านโดยภาคีอื่นๆ ที่เหลือ รัฐที่ตั้งข้อสงวนยังคงเป็นภาคีของสนธิสัญญา หากข้อสงวนนั้นไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา (ข) หากรัฐภาคีใดของสนธิสัญญาคัดค้านข้อสงวนซึ่งรัฐภาคีนั้นถือว่าขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นจะถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนไม่ใช่ภาคีของสนธิสัญญา และ (ค) ในทางตรงกันข้าม หากรัฐภาคีที่ยอมรับข้อสงวนโดยพิจารณาว่าข้อสงวนนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา รัฐนั้นจะถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น¹⁴⁷ ความเห็นของศาลในคดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นหลักเกณฑ์ที่ยอมรับการตั้งข้อสงวนโดยไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยการยอมรับในข้อสงวนนั้นจากรัฐภาคีอื่นๆ อย่างเอกฉันท์ หากข้อสงวนนั้นไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา รัฐที่ตั้งข้อสงวนก็ยังคงเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น

4. ผลทางกฎหมายของข้อสงวน และ ของการคัดค้านข้อสงวน (Legal effects of reservations and of objections to reservations)

ในกรณีที่สามารตั้งข้อสงวนได้นั้น ผลทางกฎหมายของข้อสงวน และการคัดค้านข้อสงวนได้บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังนี้ คือ

¹⁴⁵ Art. 20.4 In cases not failing under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides: (a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States; (b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State; (c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.

¹⁴⁶ Art. 20 .5 For the purposes of paragraph 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

¹⁴⁷ ICJ Rep (1951) , p 15.

(1) ข้อสงวนที่ตั้งขึ้นนั้นโดยได้รับการยอมรับ หรือ ถือว่าได้รับการยอมรับ ตาม ข้อ 19, 20 และ 23 จะมีผลทางกฎหมายดังนี้

(ก) เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของสนธิสัญญาสำหรับรัฐที่ตั้งข้อสงวนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นกับรัฐภาคีอื่น ๆ ในส่วนซึ่งได้มีการตั้งข้อสงวนเพียงเท่าที่ขอบเขตแห่งข้อสงวนนั้นได้กำหนดไว้ และ

(ข) เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับภาคีอื่นนั้นในความสัมพันธ์ของตนที่มีอยู่ต่อรัฐซึ่งตั้งข้อสงวนภายในขอบเขตแห่งข้อสงวนเดียวกันนั้น

(2) ข้อสงวนนั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของสนธิสัญญาสำหรับรัฐภาคีอื่น ๆ ของสนธิสัญญานั้น ๆ ในระหว่างกันเอง

(3) เมื่อรัฐที่คัดค้านข้อสงวนไม่ได้คัดค้านการมีผลบังคับของสนธิสัญญาระหว่างรัฐนั้นกับรัฐที่ตั้งข้อสงวน บทบัญญัติซึ่งได้มีการตั้งข้อสงวนเอาไว้จะไม่ใช้บังคับกับรัฐทั้งสองฝ่ายนั้นภายในขอบเขตของข้อสงวนที่กำหนดไว้¹⁴⁸

ดังนั้นหากรัฐภาคีที่คัดค้านข้อสงวนได้คัดค้านการมีผลของสนธิสัญญาด้วย ย่อมถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนกับรัฐที่คัดค้านข้อสงวนดังกล่าวนั้นไม่มีความสัมพันธ์ใดๆทางสนธิสัญญาต่อกัน

5. กระบวนการเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน (Procedure regarding reservations)

หลักทั่วไปเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน การยอมรับและการคัดค้านข้อสงวนนั้น จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและส่งไปยังรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาอื่น ๆ ตลอดทั้งรัฐอื่นใดซึ่งมีสิทธิที่จะเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 23.1¹⁴⁹ ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ส่วนกรณีการตั้งข้อสงวนซึ่งกระทำเมื่อได้มีการลงนามซึ่งจะต้องให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง หรือต้องให้มีการยอมรับ หรือต้องให้มีการให้ความเห็นชอบนั้น การตั้งข้อสงวนนั้นจะต้องได้รับการยืนยันอย่างเป็นทางการอีกครั้งหนึ่ง โดยรัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นเมื่อได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา ในกรณีดังกล่าวนี้การตั้งข้อ

¹⁴⁸ Art. 21. Legal effects of reservations and of objections to reservations. 1. A reservation established with regards to another party in accordance with articles 19, 20, and 23; (a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and (b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State. 2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty *inter se*. (3) When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation.

¹⁴⁹ Art. 23 Procedure regarding reservations. 1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

สงวนนั้นให้ถือว่าได้กระทำขึ้นในวันที่ได้มีการยืนยันเช่นนั้น¹⁵⁰ หากการยอมรับ หรือ การคัดค้านข้อสงวนโดยชัดแจ้งซึ่งได้กระทำก่อนหน้านั้นโดยรัฐภาคีอื่น ๆ แล้ว การยอมรับ หรือการคัดค้านเช่นนั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันจากรัฐที่ยอมรับ หรือคัดค้านข้อสงวนดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง¹⁵¹ และการถอนข้อสงวน หรือ การถอนการคัดค้านข้อสงวนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย¹⁵²

6. การถอนข้อสงวนและการถอนการคัดค้านข้อสงวน (Withdrawal of reservations and of objections to reservations)

มาตรา 22.1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ข้อสงวนนั้นอาจจะถูกถอนได้ในเวลาใดเวลาหนึ่ง และรัฐที่ให้การยอมรับข้อสงวนนั้นไม่จำเป็นต้องให้การยอมรับในการถอนข้อสงวนนั้นอีก” ซึ่งมีความหมายว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนจะถอนข้อสงวนนั้นในเวลาใดก็ได้ ส่วนรัฐที่ให้ความยินยอมในการตั้งข้อสงวนนั้นไม่จำเป็นต้องให้การยินยอมในการถอนข้อสงวนนั้น “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และ มาตรา 22.2 ได้บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การคัดค้านข้อสงวนอาจจะถูกถอนได้ในเวลาใดเวลาหนึ่ง” เช่นเดียวกัน และ มาตรา 22.3 ได้บัญญัติต่อไปว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือ ได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น (ก) การถอนข้อสงวนนั้น จะมีผลบังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ได้ถอนข้อสงวนกับรัฐภาคีอื่น ๆ ต่อเมื่อรัฐอื่น ๆ เหล่านั้นได้รับหนังสือบอกกล่าวในการถอนข้อสงวนนั้นแล้ว (ข) การถอนการคัดค้านข้อสงวนจะเป็นผล ต่อเมื่อรัฐที่ได้ตั้งข้อสงวนนั้นได้รับหนังสือบอกกล่าวการถอนการคัดค้านนั้นแล้ว”¹⁵³

¹⁵⁰ Art. 23. 2 If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

¹⁵¹ Art. 23.3 An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

¹⁵² Art. 23. 4 The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

¹⁵³ Art. 22 Withdrawal of reservations and of objections to reservations 1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal. 2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time. (3) Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed: (a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State; (b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

5.10 การแก้ไขเพิ่มเติมและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา

สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นแล้วนั้นอาจจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม (Amendment) หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Modification) ในภายหลังได้ แต่ผลทางกฎหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นมีความแตกต่างกัน การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา (Amendment) หมายถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาอย่างเป็นทางการเพื่อให้มีผลต่อรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นทุกรัฐ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าในสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีภาคีสมาชิกจำนวนมาก การจะได้รับมติเอกฉันท์จากทุกภาคีในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก¹⁵⁴ ในขณะที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา (Modification) นั้นเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาบางรัฐที่จะทำความตกลงระหว่างกันเองเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาให้มีผลบังคับเป็นการเฉพาะในระหว่างกันเองของรัฐภาคีที่ตกลงให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นๆได้และไม่บังคับต่อรัฐภาคีทุกรัฐ¹⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจจะจำแนกการแก้ไขทั้งสองประเภทอย่างชัดแจ้งเด็ดขาดไม่ได้ เนื่องจากในบางกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาอาจจะไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐภาคีทั้งหมด การแก้ไขเพิ่มเติมจึงบังคับได้เฉพาะระหว่างรัฐภาคีที่เห็นชอบด้วย จึงกลายเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา ในทางตรงกันข้าม การที่รัฐภาคีบางรัฐประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาเพื่อบังคับระหว่างรัฐบางรัฐด้วยกัน แต่กลับได้รับความเห็นชอบจากรัฐทั้งปวงด้วยกัน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจึงกลายเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม จึงเห็นได้ว่าการจำแนกการแก้ไขทั้งสองประเภทยังไม่ชัดเจนนักเป็นเพียงแนวคิดเบื้องต้นเพื่อการพิจารณาเท่านั้น¹⁵⁶

อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 39 และ มาตรา 40 ส่วนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 41 ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้คือ

1. การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา (Amendment)

มาตรา 39 บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาว่า “สนธิสัญญานั้นอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยการทำความตกลงระหว่างรัฐภาคี โดยอาศัยกฎเกณฑ์ต่างๆที่บัญญัติไว้ในภาค 2 ซึ่งใช้บังคับเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและการมีผลบังคับของสนธิสัญญา โดยนำมาปรับใช้กับ

¹⁵⁴ Jennings & Watts (1992) Oppenheim's International Law 9th edition, Vol 1, Part 2-4, p.1255. London: Longman.

¹⁵⁵ Y.B.I.L.C., vol II (1966) , p.62 อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 248 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

¹⁵⁶ Id.

ความตกลงดังกล่าว เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”¹⁵⁷ สนธิสัญญานั้นอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยการตกลงด้วยวาจาได้ หรือแก้ไขด้วยการตกลงโดยชัดแจ้งซึ่งปรากฏเป็นหลักฐาน คือ การปฏิบัติของรัฐภาคีสืบเนื่องจากผลของการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นๆ¹⁵⁸ สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้นแตกต่างจากการแก้ไขข้อบทของสนธิสัญญาที่ผิดพลาดให้ถูกต้อง (The correction of errors in the text) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 79 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างกัน

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น มาตรา 40 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า

(1) เว้นแต่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาพหุภาคีจะอยู่ภายใต้บังคับของวรรคต่อไปนี้

(2) คำเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีผลในระหว่างรัฐภาคีทั้งปวงจะต้องบอกกล่าวไปยังรัฐภาคีทั้งปวงเหล่านั้น รัฐภาคีแต่ละรัฐจะมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมใน

(ก) การตัดสินใจในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อเสนอเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น

(ข) การเจรจาและการตกลงทำความตกลงใดๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น

(3) ทุกๆรัฐที่มีสิทธิที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญาย่อมมีสิทธิที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญาตามที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น

(4) ความตกลงแก้ไขสนธิสัญญานั้นไม่ผูกพันรัฐภาคีใดๆที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นอยู่ก่อนแล้ว และไม่ได้เป็นภาคีของความตกลงแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ทั้งนี้ให้นับบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรค 4(b) มาปรับใช้เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐดังกล่าว

(5) รัฐใดๆซึ่งได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาภายหลังจากการมีผลบังคับของความตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้นๆ หากไม่ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเป็นประการอื่น ให้ถือว่า

(ก) รัฐภาคีนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญาที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นๆ

¹⁵⁷ Art. 39 General rule regarding the amendment of treaties. A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except in so far as the treaty may otherwise provide.

¹⁵⁸ คณะกรรมาธิการกฎหมายได้เสนอข้อบทที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาโดยทางปฏิบัติต่อๆมาของรัฐ ซึ่งปรากฏในร่างข้อบทมาตรา 38, YBILC (1966), ii, pt 2, p236), อย่างไรก็ตามข้อเสนอดังกล่าวได้ตกไปและไม่มีบทบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969. แต่ในทางปฏิบัติได้มีการยอมรับวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยทางปฏิบัติต่อๆมาของรัฐ (Subsequent practice) ในการแก้ไขเพิ่มเติม ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ ฝรั่งเศส ว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ การให้บริการขนส่งทางอากาศ USA-France Air Transport Service Agreement Arbitration (1963), ILR, 38, pp 182, 248-55, และกรณี Italy-USA Air Transport Arbitration (1965), ILR, 45, p 393. และโปรดดู Taba Award (1989), ILR, 80, p.224. ทางปฏิบัติต่อๆมาของรัฐภาคียังช่วยในเรื่องการตีความของสนธิสัญญาด้วย

(ข) รัฐภาคนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญาที่ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ในความสัมพันธ์กับรัฐภาคีใด ๆ แห่งสนธิสัญญาที่ไม่ถูกผูกพันโดยความตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้นๆ¹⁵⁹

2. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา (Modification)

มาตรา 41 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาไว้ ดังนี้ “ภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีตั้งแต่สองภาคี หรือมากกว่านั้น อาจจะร่วมกันทำความตกลงเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาระหว่างกันได้ ถ้า

- (ก) สนธิสัญญานั้นได้กำหนดไว้ว่าสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญานั้นๆได้ หรือ
 - (ข) สนธิสัญญานั้นไม่ได้กำหนดห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา และ
 - (ค) ไม่มีผลกระทบต่อการใช้สิทธิของรัฐภาคีอื่นๆภายใต้สนธิสัญญานั้น หรือต่อการปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ
 - (ง) ไม่เกี่ยวเนื่องกับข้อบทของสนธิสัญญา ซึ่งการทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนั้น เป็นการขัดกับการที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับอย่างมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาทั้งฉบับ
7. นอกจากกรณีซึ่งอยู่ภายใต้วรรค 1 (a) หากเป็นกรณีอื่นๆแล้ว เว้นแต่สนธิสัญญาได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น รัฐภาคีที่ประสงค์ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาจะต้องบอกกล่าวรัฐภาคีอื่นๆ ถึงเจตนารมณ์ที่จะทำความตกลงดังกล่าวและบอกกล่าวถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญานั้นๆซึ่งจะกำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้นด้วย¹⁶⁰

¹⁵⁹ Art. 40. Amendment of multilateral treaties. 1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in: (a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal; (b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4(b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State: (a) be considered as a party to the treaty as amended; and (b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

¹⁶⁰ Art. 41. Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only

การเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญานั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคปัจจุบัน ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นรวดเร็วในทุกๆด้าน สนธิสัญญาที่มีความตกลงเกี่ยวข้องกับทางด้านเทคนิค วิทยาการ เช่นความร่วมมือทางด้านการสื่อสาร การไปรษณีย์ การเดินอวกาศ การจัดสรร วงโคจรของดาวเทียม คลื่นความถี่วิทยุ ตลอดจนความร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ซึ่งวิวัฒนาการที่เกิดขึ้นใหม่ หรือ เงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง วิวัฒนาการทางกฎหมาย ที่เปลี่ยนแปลงไป ย่อมทำให้รัฐภาคีมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตกลงเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาที่เคยตกลงกันไว้นั้น เพื่อความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาวะแวดล้อมต่างๆที่เกิดขึ้น

5.11 การตีความสนธิสัญญา

1. วัตถุประสงค์ของการตีความสนธิสัญญา (Interpretation of treaties)

การตีความสนธิสัญญามีจุดมุ่งหมายในการให้ความหมายของข้อบทในสนธิสัญญา ให้มีความแน่นอนชัดเจน และให้เข้าใจตรงกันระหว่างภาคีทั้งปวง ซึ่งภาคีของสนธิสัญญาจะต้องยึดถือในความสัมพันธ์ระหว่างคู่ภาคีทั้งหลายในส่วนที่เกี่ยวกับข้อบทนั้น ภายใต้สถานการณ์ใดๆอันอาจจะก่อให้เกิดปัญหาการเข้าใจในความหมายที่แตกต่างกันไป แต่สิ่งที่สำคัญคือ การตีความนั้นจะใช้วิธี หรือยึดถือหลักเกณฑ์อย่างไรในการตีความ นั้นเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง มีความเห็นจำแนกเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าการตีความนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อการค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่ภาคีแห่งสนธิสัญญา จึงต้องย้อนกลับไปศึกษางานเตรียมร่างสนธิสัญญา ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การตีความนั้นให้ความสำคัญกับถ้อยคำในสนธิสัญญาเป็นหลัก โดยให้ยึดถือความหมายที่เป็นกลางๆตามถ้อยคำ และพิจารณางานเตรียมร่างเป็นเพียงส่วนสนับสนุนในการตีความเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นด้วยกับแนวความคิดที่สอง เนื่องจากถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาคือ ถ้อยคำที่แสดงออกถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสนธิสัญญา รัฐภาคีที่เจรจาจึงกำหนดถ้อยคำไว้เช่นนั้น และโดยปกติหากข้อความในสนธิสัญญา มีความแน่นอนชัดเจน และเข้าใจได้โดยทันที ก็ไม่มีความจำเป็นต้อง

-
1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if;
 - (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and: (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.
 2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

ตีความกันอีก¹⁶¹ และไม่จำเป็นต้องใช้กฎเกณฑ์ในการตีความ แต่ก็มีปัญหาต่อไปว่าข้อความใดที่ถือได้ว่ามีความชัดเจนแล้วซึ่งประเด็นนี้ก็ต้องมีการตีความกันโดยรัฐภาคีเมื่อเกิดมีปัญหาเกิดขึ้น

มาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติหลักทั่วไปในการตีความไว้ว่า

1. การตีความสนธิสัญญาให้ตีความโดยสุจริต (Good Faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำ (Terms) ที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้นในบริบท (Context) ของถ้อยคำเหล่านั้น โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ (Object) และความมุ่งหมาย (Purpose) ของสนธิสัญญานั้นๆ ด้วย

2. เพื่อวัตถุประสงค์ในการตีความสนธิสัญญา ให้พิจารณาถึงบริบทของถ้อยคำ ตลอดจนข้อบทอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำเหล่านั้น รวมทั้งอารัมภบท (Preamble) ภาคผนวกต่างๆ (Annexes) ตลอดจนความตกลง และตราสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้น ทั้งนี้โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ (Object) และความมุ่งประสงค์ (purpose) แห่งสนธิสัญญานั้นประกอบกันด้วย ในฐานะที่เป็นองค์ประกอบทั้งหมดของการทำสนธิสัญญา

3. การตีความสนธิสัญญานั้นยังจะต้องคำนึงถึงความตกลงต่างๆระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต่อมาภายหลังในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา หรือการปรับใช้ข้อบทของสนธิสัญญา รวมทั้งทางปฏิบัติต่อมาของรัฐภาคีในการปรับใช้สนธิสัญญา ซึ่งวางเป็นหลักเกณฑ์ที่ตกลงกันของรัฐภาคีในการตีความสนธิสัญญานั้น และยังคงคำนึงถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องที่นำมาปรับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคี

4. ในกรณีถ้อยคำใดมีความหมายพิเศษ รัฐภาคีควรจะกำหนดความหมายพิเศษแห่งถ้อยคำนั้นไว้ในสนธิสัญญาด้วย¹⁶²

¹⁶¹ Vattel ได้กล่าวว่า "It is not allowable to interpret what has no need of interpretation" โปรดดู UN Admission- (competence of General Assembly) Case, ICJ Rep (1950), p. 8; The Lotus Case (1972), PCIJ, Series A, No. 10, p.16; Italy V Federal Republic of Germany (1959), ILR, 29, pp.442, 449.

¹⁶² Art. 31 General rule of interpretation 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provision; (b) any relevant rule of international law applicable in the relation between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

2. วิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญา (Supplementary means of interpretation)

นอกจากหลักการตีความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ซึ่งตีความโดยพิจารณาจากถ้อยคำและบริบทแห่งตัวสนธิสัญญาเองแล้ว ในมาตรา 32 ยังกำหนดให้สามารถนำสิ่งที่ยอยู่นอกตัวบทแห่งสนธิสัญญามาเป็นสิ่งที่เสริมช่วยในการพิจารณาการตีความได้ด้วยเพื่อการค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสนธิสัญญา โดยการนำเอางานเตรียมร่าง (Travaux Préparatoires) ของสนธิสัญญานั้น ตลอดจนทั้งพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อม (Circumstances) ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญามาพิจารณาช่วยในการตีความสนธิสัญญาเพื่อที่จะยืนยันความหมายของถ้อยคำ ซึ่งเป็นผลมาจากการปรับใช้มาตรา 31 ดังกล่าวมาแล้ว หรือเพื่อที่จะพิจารณาตัดสินว่าเมื่อตีความตามมาตรา 31 แล้วนั้น ยังคงไม่ได้ความชัดเจน และยังคงมีความคลุมเครือ (ambiguous) หรือ ไม่แจ่มแจ้งชัดเจน (obscure) หรือการตีความนั้นนำไปสู่ผลลัพธ์ที่เห็นได้ชัดว่าไร้เหตุผล หรือ เหลวไหลไม่น่าเป็นเช่นนั้น¹⁶³ จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการเสริมตามมาตรา 32 นี้เพื่อช่วยในการตีความ

3. การตีความสนธิสัญญาซึ่งได้ทำเป็นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงสองฉบับ หรือกว่านั้น

(Interpretation of treaties authenticated in two or more languages)

การทำสนธิสัญญาระหว่างคู่ภาคีนั้น โดยปกติแล้วมักจะมีการทำต้นฉบับที่เป็นฉบับถูกต้องแท้จริงไว้มากกว่าหนึ่งภาษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี สนธิสัญญาฉบับถูกต้องแท้จริงแต่ละภาษาจะมีความเท่าเทียมกัน และมีสถานภาพที่เสมอกัน อย่างไรก็ตามมักจะเกิดปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำที่ใช้ในต้นฉบับแต่ละภาษาซึ่งอาจมีความหมายที่แตกต่างกันทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างต้นฉบับในแต่ละภาษาเหล่านั้นได้ ในกรณีนี้หากในสนธิสัญญา หรือรัฐภาคีได้ตกลงกันไว้ว่าหากมีการขัดกันในการใช้ถ้อยคำ หรือการแปลถ้อยคำที่ใช้ในสนธิสัญญาเหล่านั้น จะถือเอาสนธิสัญญาฉบับใดภาษาใดเป็นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงที่สุดใช้บังคับ ก็จะสามารถแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งเช่นว่านั้นได้ หากมิได้มีการกำหนดไว้เช่นนั้นก็ต้องถือว่าตัวบทในสนธิสัญญาที่ทำเป็นต้นฉบับหลายภาษาเหล่านั้นมีผลบังคับเสมอกัน และต้องสันนิษฐานว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน

มาตรา 33 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาที่ถูกต้องแท้จริงซึ่งได้ทำขึ้นเป็นสองฉบับหรือมากกว่านั้นไว้ดังนี้

1. เมื่อสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นได้มีการทำให้เป็นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงขึ้นเป็นสองฉบับหรือกว่านั้น ข้อบทของสนธิสัญญาย่อมมีความถูกต้องแท้จริงเท่าเทียมกันในแต่ละภาษา เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้

¹⁶³ Art. 32 Supplementary means of interpretation. Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือรัฐภาคีได้ตกลงไว้เช่นนั้น ว่าให้ยึดถือเอาข้อบทของสนธิสัญญาภาษาใด โดยเฉพาะให้มีความถูกต้องแท้จริงมากกว่า

2. สำหรับสนธิสัญญาฉบับที่เป็นภาษาอื่นนอกจากภาษาที่กำหนดไว้ให้เป็นฉบับที่มีความถูกต้องแท้จริงนั้น ให้ถือว่าสนธิสัญญาฉบับภาษาอื่น ๆ ดังกล่าวนั้นเป็นฉบับที่มีความถูกต้องแท้จริงเฉพาะต่อเมื่อสนธิสัญญาได้กำหนดไว้เช่นนั้น หรือรัฐภาคีทั้งปวงได้ตกลงไว้เช่นนั้น

3. ถ้อยคำในสนธิสัญญาฉบับที่ถูกต้องแท้จริงในแต่ละภาษานั้นให้ถือว่ามีความหมายเหมือนกัน

4. เว้นแต่มีข้อบทเฉพาะใด ๆ ที่เหนือกว่าตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งนั้น หากมีการเปรียบเทียบตัวบทที่ถูกต้องแท้จริงซึ่งมีหลายฉบับหลายภาษานั้น ปรากฏว่าก่อให้เกิดความหมายได้หลายนัยแตกต่างกัน แม้เมื่อมีการปรับใช้มาตรา 31 และ 32 กล่าวคือการตีความตามถ้อยคำ และตามบริบท และการใช้วิธีการเสริมในการตีความแล้วก็ไม่ได้ขจัดข้อแตกต่างดังกล่าวนี้ ก็ให้ใช้ความหมายซึ่งจะสอดคล้องกับตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้นมากที่สุด โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้นประกอบในการพิจารณาความหมายดังกล่าวนี้¹⁶⁴

4. ทางปฏิบัติในการแก้ไขปัญหาการตีความสนธิสัญญา

โดยปกติภาคีของสนธิสัญญามักจะเล็งเห็นถึงปัญหาและความยากลำบากในการตีความสนธิสัญญา เมื่อจะมีการปรับใช้สนธิสัญญา และในสนธิสัญญาก็มักจะได้กำหนดความแน่นอนชัดเจนแห่งถ้อยคำนั้นๆ เมื่อจะมีการใช้สนธิสัญญา หรือในบางกรณีรัฐภาคีมักจะตกลงด้วยกันไว้ก่อนเกี่ยวกับวิธีการในการตีความสนธิสัญญา ซึ่งอาจจะกระทำก่อน หรือในระหว่างการเจรจาร่างสนธิสัญญา หรือภายหลังการทำสนธิสัญญาแล้ว¹⁶⁵ ไม่ว่าจะกระทำกันอย่างไม่เป็นทางการก่อนแต่ให้มีการบังคับให้เป็นไปตามที่ตกลงกันเมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับให้สอดคล้องกัน หรืออาจจะกระทำกันอย่างเป็นทางการ เช่นมีการทำ

¹⁶⁴ Art. 33 Interpretation of treaties authenticated in two or more languages 1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail. 2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree. 3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text. 4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic text discloses a difference of meaning which the application of article 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

¹⁶⁵ ในบางกรณีรัฐภาคีอาจจะได้ทำปฏิญญาการตีความฝ่ายเดียวประกาศไว้ในตอนที่ลงนาม หรือให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญา เช่นในกรณีที่สวิสเซอร์แลนด์ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights) โดยได้ตั้งข้อสงวน และทำปฏิญญาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา (Interpretative Declaration) สำหรับสวิสเซอร์แลนด์ในการที่จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานั้นเอาไว้ด้วย โปรดดู Mc Rae, BY 49 (1978), pp 155-73; Horn, Reservation and Interpretation Declaration to Multilateral treaties (1988), Chs 24-7.

เป็นปฏิญญาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา¹⁶⁶ หรือกระทำเป็นพิธีสาร หรือกระทำเป็นสนธิสัญญาเสริม (An interpretative declaration, or protocol or a supplementary treaty) ในกรณีนี้หากรัฐภาคีได้มีการตกลงวิธีการตีความเพื่อความถูกต้องแท้จริงไว้แล้ว ก็จะไปปลงหลักการตีความทั่วไป

นอกจากนี้รัฐภาคีอาจจะกำหนดบทบัญญัติอันเป็นการบังคับให้ใช้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ หรือ ศาลเป็นกลไกในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากปัญหาการตีความสนธิสัญญา ซึ่งโดยปกติแล้วการตีความสนธิสัญญาโดยกลไกศาลระหว่างประเทศจะผูกพันเฉพาะรัฐคู่พิพาทที่นำข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความให้ศาลนั้นพิจารณาตัดสิน แต่มาตรา 62 ของกฎบัตรศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ บัญญัติให้รัฐที่สามที่มีส่วนได้เสียสามารถที่จะเข้ามาในคดีได้ด้วยและมาตรา 63 ได้บัญญัติให้นายทะเบียนที่จดทะเบียนสนธิสัญญาซึ่งได้มีการตีความนั้น ได้มีหนังสือบอกกล่าวภาคีทั้งปวงของสนธิสัญญา และรัฐที่สามที่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีส่วนได้เสียที่ได้เข้ามาในคดีด้วยนั้นจะต้องถูกผูกพันตามคำพิพากษาของศาลด้วย

ในบางกรณีรัฐภาคีอาจจะกำหนดให้หน่วยงาน หรือองค์กรใดโดยเฉพาะมีอำนาจหน้าที่ในการตีความสนธิสัญญาเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และให้คำตัดสิน หรือการพิจารณาคดีมีผลผูกพันคู่พิพาทตัวอย่าง เช่นในกรณีความตกลงก่อตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (The International Monetary Fund)¹⁶⁷

กล่าวโดยสรุปแล้วหลักการตีความสนธิสัญญามีหลักเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งประมวลทั้งจากอนุสัญญากรุงเวียนนา และ จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศตลอดจนแนวทางปฏิบัติของรัฐได้ดังนี้คือ

1. หลักการตีความตามตัวอักษร และตามเจตนารมณ์ของภาคี ซึ่งได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา หรือตามที่รัฐภาคีได้ตกลงกันไว้
2. หลักการตีความตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา
3. หลักการตีความตามหลักเหตุผลและความสอดคล้องของถ้อยคำและเนื้อหาของสนธิสัญญา
4. หลักการตีความตามความเป็นมาของสนธิสัญญา โดยศึกษาจากหลักฐานต่าง ๆ
5. หลักการตีความตามหลักประสิทธิผล เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงให้เกิดผลในทางปฏิบัติและมีผลที่เหมาะสมตามความมุ่งหมายของสนธิสัญญา

¹⁶⁶ เช่นสนธิสัญญาเพื่อการพัฒนาสันติภาพระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ เนเธอร์แลนด์ ที่กระทำขึ้นในปี 1928 (AJ, 22 (1928), suppl, p 116) และในคดี *The Ambatielos Case* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินคดีว่า ปฏิญญาที่ทำขึ้นในขณะที่ทำสนธิสัญญาแองโกล-กรีก (The Anglo-Greek Treaty of 1926) มีลักษณะเป็นข้อบ่งชี้ว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา และให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาด้วย โปรดดู ICJ Rep (1925), p 44

¹⁶⁷ มาตรา XVIII ของ ความตกลงจัดตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ และโปรดดู Gold, ICLQ, 3 (1954), pp.256-76. และ *The Fund Agreement in the court* (1962) นอกจากนี้ก็มีกรณี *IBRD and IMF V All America Cables and Radio*, ILR (1955), p. 705.

ส่วนการตีความสนธิสัญญาจะกระทำโดยฝ่ายใดนั้น จำแนกเป็นสองกรณีคือการตีความโดยรัฐภาคีเอง และตีความโดยฝ่ายที่สาม อันได้แก่ ศาล องค์การระหว่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา หรือตามที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้

5.12. ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม

โดยหลักทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาผูกพัน และมีผลบังคับเฉพาะต่อรัฐคู่ภาคีเท่านั้น ยิ่งกว่านั้น อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ยืนยันหลักการนี้ในมาตรา 34 กล่าวคือสนธิสัญญาไม่ก่อให้เกิดพันธะกรณี หรือสิทธิใดๆแก่รัฐที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น¹⁶⁸ (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็พิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวในทำนองเดียวกัน และยืนยันว่า “เป็นที่ปรากฏแล้วว่าหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นสากล มิใช่เพียงแต่เป็นหลักการที่อยู่บนพื้นฐานแนวความคิดทั่วไปในการทำสัญญาเท่านั้น แต่ยังอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตย และเป็นเอกราชของรัฐ”¹⁶⁹

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีสนธิสัญญาอาจก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ ความผูกพัน หรือ พันธะกรณีต่อรัฐที่สามหากรัฐที่สามนั้นยินยอม หรือแม้ในกรณีที่สนธิสัญญามีได้ก่อให้เกิดสิทธิ พันธะกรณี ต่อรัฐที่สามเลยโดยตรง แต่โดยผลของการบังคับใช้สนธิสัญญาอาจจะส่งผลต่อรัฐที่สามได้ เช่นสนธิสัญญาความตกลงว่าด้วยเรื่องการขยายผลบังคับของสิทธิประโยชน์ทางการค้าภายใต้หลักการ ชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (a Most-Favored- Nations Clause) หรือในกรณีที่สนธิสัญญาได้ระบุให้ภาคีของสนธิสัญญาต้องถอนตัวออกจากความผูกพันตามสนธิสัญญานับอื่น ที่ภาคีรัฐนั้นได้ทำไว้กับรัฐอื่น ผลของการปฏิบัติดังกล่าวย่อมกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของรัฐอื่นภายใต้สนธิสัญญานับหลังดังกล่าวนี้¹⁷⁰

ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดสัญชาติของปัจเจกชนซึ่งมีผลกระทบต่อรัฐที่สามในบริบทของสัญชาติของบุคคลที่มีการเรียกร้องสิทธิภายใต้สนธิสัญญา และในอีกกรณีหนึ่ง คือหลักเกณฑ์ หรือกฎระเบียบที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาอาจจะส่งผลผูกพันต่อรัฐที่สามในฐานะที่หลักเกณฑ์ หรือกฎระเบียบเหล่านั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 ของอนุสัญญากรุง

¹⁶⁸ มาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติหลักทั่วไปไว้ว่า “A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.”

¹⁶⁹ “There appears to be almost universal agreement, upon such a general rule, which is based not only on a general concept of the law of contract but also on the sovereignty and independence of states”

¹⁷⁰ Art. 234 of the treaty of Rome 1957 establishing the EEC; Art. 292 of the treaty of Versailles 1919. ยกตัวอย่างเช่น รัฐ ก ทำสนธิสัญญากับรัฐ ข ซึ่งขัดแย้งกับสนธิสัญญาที่มีผลบังคับอยู่ก่อนแล้วระหว่างรัฐ ก และ รัฐ ค ดังนั้น รัฐ ข ก็ดี รัฐ ค ก็ดี อาจจะตกลงให้รัฐ ก เพิกถอนความผูกพันกับ รัฐ ข หรือ รัฐ ค แล้วแต่กรณีเพื่อมิให้มีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังนั้น รัฐ ข หรือ รัฐ ค ที่ถูกบอกเลิกสนธิสัญญาย่อมไม่ได้รับผลกระทบจากสนธิสัญญาที่ ก ทำ กับ ข หรือ ค แล้วแต่กรณี นั่นเอง

เวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “หลักเกณฑ์ในสนธิสัญญาผูกพันรัฐที่สามโดยทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ไม่มีสิ่งใดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34-37 นี้จะมายกเว้นหรือขัดขวางมิให้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ในอันที่จะผูกพันต่อรัฐที่สาม ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นที่ยอมรับเช่นนั้น”¹⁷¹ ซึ่งความจริง คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่างหากที่ผูกพันต่อรัฐที่สาม หรือ ทุกๆรัฐในประชาคมโลกนั่นเอง เพียงแต่หลักเกณฑ์ และถ้อยคำเหล่านั้นได้นำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาอีกชั้นหนึ่ง นอกจากนี้ในบางกรณีที่เป็นสนธิสัญญาพิเศษเช่นกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งมีบทบัญญัติที่ตกลงร่วมกันของภาคีสมาชิกในอันที่จะก่อตั้งระบบประชาคมโลกที่สันติสุข ประกอบด้วยกฎระเบียบ และกฎเกณฑ์ใน

ความสัมพันธ์ของมวลสมาชิก ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นการวางระบบ หรือ สถานภาพซึ่งมีผลบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วโลก หรือกล่าวอ้างได้ทั่วโลกซึ่งเรียกว่า *Erga Omnes* และกฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้รัฐผู้รุกรานจะต้องปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น ดังนั้น บทบัญญัติ กฎหมาย กฎเกณฑ์ และ มาตรการเหล่านี้หากกำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยอ้อมมีผลผูกพันรัฐภาคีรวมทั้งรัฐที่สามด้วย โดยเหตุที่เป็นกฎหมายที่กล่าวอ้างได้ทั่วโลกนั่นเอง¹⁷²

กล่าวได้ว่าผลของสนธิสัญญาอาจจะส่งผลในทางกำหนดหน้าที่ หรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามได้ ซึ่งมาตรา 35 และ มาตรา 36 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนด หน้าที่ และสิทธิ ตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามดังนี้ คือ “หากภาคีของสนธิสัญญามีเจตนารมณ์ที่จะกำหนดให้บทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นเป็นวิธีการในอันที่จะก่อตั้งความผูกพัน หรือพันธะหน้าที่ อันพึงมีต่อรัฐที่สาม และ รัฐที่สามนั้นได้แสดงเจตนารมณ์ และความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ที่จะยอมรับความผูกพันนั้น พันธะ หน้าที่ และความผูกพันจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวก็ย่อมผูกพันต่อรัฐที่สามนั้น”.¹⁷³ ในมาตรานี้เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดพันธะ หน้าที่ต่อรัฐที่สาม ส่วนมาตรา 36 เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิตามสนธิสัญญาแก่รัฐที่สาม ซึ่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ “หากภาคีของสนธิสัญญามีเจตนารมณ์ที่จะให้สิทธิใด ๆ ตามสนธิสัญญามีผลบังคับแก่

¹⁷¹ Art. 38 Rules I a treaty becoming binding on third States through international custom. Nothing in article 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

¹⁷² เช่นมาตรา 75 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติว่า “The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State's aggression. และโปรดดู ILC Commentary on draft Art. 70, YBILC (1966), ii, p 268.

¹⁷³ Art. 35 Treaties providing for obligations for third States. An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

รัฐที่สาม หรือ กลุ่มรัฐ ซึ่งรัฐที่สามนั้นเป็นภาคีสมาชิก หรือ แก่รัฐทั้งปวง และรัฐที่สามนั้นได้ยอมรับเอาสิทธิดังกล่าวตามที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น (โดยไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษร) ให้ถือว่าสิทธิตามสนธิสัญญานั้นย่อมมีผลต่อรัฐที่สามตามความยินยอมรับเอาสิทธิดังกล่าวนี้ นอกจากรัฐที่สามจะมีข้อโต้แย้งหรือคัดค้านการรับเอาสิทธินั้น ทั้งนี้เว้นแต่ในสนธิสัญญานั้นจะได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น¹⁷⁴ รัฐที่สามที่ตกลงรับเอาสิทธิตามสนธิสัญญาตามข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นนี้ จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติหรือข้อกำหนดในสนธิสัญญานั้น¹⁷⁵ การกำหนดสิทธิ และ หน้าที่ในสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามนั้นอาจจะมีการเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ มาตรา 37 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ความว่า “พันธกรณี หรือ ความผูกพันตามสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามดังที่กำหนดไว้ตามบทบัญญัติในมาตรา 35 ดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจจะมีการยกเลิก หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ต่อเมื่อภาคีของสนธิสัญญา และรัฐที่สามนั้นได้ยินยอมด้วย เว้นแต่จะมีข้อกำหนดได้บัญญัติไว้เป็นประการอื่น ส่วนในกรณีสิทธิตามสนธิสัญญาที่ได้ให้แก่รัฐที่สามตามข้อกำหนดในมาตรา 36 นั้น สิทธิดังกล่าวนี้ไม่อาจจะยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยรัฐภาคี ถ้าหากได้มีการกำหนดว่าสิทธิดังกล่าวนี้รัฐภาคีตั้งใจที่จะไม่มีการยกเลิก หรือ ตกอยู่ภายใต้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยปราศจากการได้รับความยินยอมของรัฐที่สาม¹⁷⁶

สรุปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นได้ว่าการจะยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพันธะตามสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามนั้นสามารถกระทำได้โดยความยินยอมของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา และ รัฐที่สามนั้น ส่วนการไปยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิตามสนธิสัญญาที่มีผลบังคับต่อรัฐที่สามนั้นจะกระทำไม่ได้ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐที่สามนั้น ทั้งนี้เว้นแต่ว่าสนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

¹⁷⁴ Art. 36 Treaties providing for rights for third States. 1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

¹⁷⁵ Art. 36. 2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

¹⁷⁶ Art. 37 Revocation or modification of obligations or rights of third States. 1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed. 2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

5.13 การสิ้นสุดของสนธิสัญญา และการสิ้นผลบังคับของสนธิสัญญาต่อรัฐภาคี

1. ความไม่สมบูรณ์โดยทั่วไป และความบกพร่องในการแสดงเจตนาในการทำสนธิสัญญา

1. ความไม่สมบูรณ์โดยทั่วไปของสนธิสัญญา

ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา (Invalidity of Treaties) มีความหมายสองนัย กล่าวคือ ความไม่สมบูรณ์อันเกิดขึ้นเนื่องจาก สนธิสัญญาตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก (Void ab initio) ได้แก่การทำสนธิสัญญาอันเกิดขึ้นจากการคุกคาม หรือการใช้กำลังฝ่าฝืนกฎบัตรสหประชาชาติ ตามข้อ 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาย่อมเป็นโมฆะหากการทำสนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นเพราะการถูกข่มขู่ หรือการใช้กำลังอันฝ่าฝืนต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้ประมวลไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁷⁷ และการทำสนธิสัญญาที่ขัดต่อ Jus Cogens หรือ Peremptory norm แห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 53¹⁷⁸ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาดังกล่าวขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎระเบียบ หรือข้อบังคับที่เป็นที่ยอมรับทั่วไป และเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฉบับนี้ กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นแบบแผนที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปนี้ ให้หมายถึงกฎเกณฑ์ที่รัฐทั้งหลายในประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดได้ยอมรับและไม่อนุญาติให้มีการยกเว้น หรือทำให้เสื่อมเสียไปได้ และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยกฎระเบียบแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะ ฐานะอย่างเดียวกัน กล่าวคือเป็น กฎหมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปนั่นเอง” ความไม่สมบูรณ์ในนัยที่หนึ่งนี้จะอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อเรื่องต่อไป

ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาในนัยที่สองหมายถึง ความไม่สมบูรณ์ในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือบุคคลที่ทำการเจรจาทำสนธิสัญญาไม่มีอำนาจ หรือกระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาล ซึ่งในกรณีเช่นนี้ โดยปกติไม่ทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะ เช่นในกรณีแรก แต่เปิดโอกาสให้รัฐภาคีที่ได้แสดงเจตนาโดยบกพร่องดังกล่าวยกขึ้นเป็นเหตุที่จะไม่ถูก

¹⁷⁷ Art. 52. A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

¹⁷⁸ Art. 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (Jus cogens). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

ผูกพันตามสนธิสัญญา เช่นตามมาตรา 46¹⁷⁹ หรือเกิดความผิดพลาด หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง หรือสถานการณ์ในขณะที่ทำสนธิสัญญา ตามมาตรา 48 หรือการฉ้อฉลเพื่อให้รัฐผูกพันตามสนธิสัญญา ตามมาตรา 49 หรือ การประพฤตินิยมชอบของผู้แทนในการเจรจาทำสนธิสัญญา ตามมาตรา 50 เป็นต้น ส่วนความบกพร่องในการแสดงความยินยอมผูกพันรัฐตามสนธิสัญญาตามมาตรา 51 จะมีความแตกต่างจากกรณีข้างต้น กล่าวคือ มาตรา 51 ซึ่งเป็นเรื่องการข่มขู่ ซึ่งทำให้สนธิสัญญาไม่มีผลผูกพันรัฐดังกล่าว เพราะถือว่าไม่มีการให้ความยินยอมเลย สนธิสัญญาจึงไม่ผูกพันรัฐ โดยไม่ต้องยกเหตุความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวมากล่าวอ้างในภายหลังอย่างเช่นกรณีข้างต้น

ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างการที่สนธิสัญญาเป็นโมฆะตั้งแต่แรก (Void ab initio) นั้นกับการที่สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์เพราะความบกพร่องในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา คือ ในกรณีที่สนธิสัญญาโมฆะตั้งแต่แรกนั้น ย่อมไม่ถือว่ามิสนธิสัญญาเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีนั้นๆเลย รัฐภาคีจึงไม่มีพันธะความผูกพันใดๆตามสนธิสัญญาต่อกัน ส่วนการที่สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์นั้นไม่ทำให้สนธิสัญญาโมฆะเสียเปล่าแต่ประการใดเพียงแต่ทำให้รัฐซึ่งมีเหตุอ้างความไม่สมบูรณ์นั้นไม่ผูกพันตามสนธิสัญญา ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีสันธิสัญญานั้นย่อมสมบูรณ์ผูกพันภาคีอื่นๆที่ไม่ใช่เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์นั้น แต่หากเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี สันธิสัญญาย่อมไม่ผูกพันรัฐที่ได้กล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์แห่งการแสดงความยินยอมผูกพันสนธิสัญญานั้นๆ

บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 46-64 เป็นข้อบทที่กำหนดเกี่ยวกับการสิ้นผลของสนธิสัญญาในลักษณะต่างๆ (Invalidity of Treaties) นอกจากนี้ในมาตรา 44 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิในกรณีต่างของรัฐภาคีในการที่จะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา ได้แก่ มาตรา 44 ข้อ 1 บัญญัติถึงสิทธิของรัฐภาคีในการอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา การถอนตัวจากสนธิสัญญา การยกเลิก การระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา ซึ่งมีผลต่อสนธิสัญญาทั้งฉบับ เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือรัฐภาคีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹⁸⁰ ในมาตรา 44 ข้อ 2 ได้บัญญัติถึงเหตุในการที่รัฐภาคีจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา หรือเพื่อยกเลิก หรือเพื่อถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือเพื่อระงับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาทั้งนี้ตามเหตุที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นจะมีผลต่อสนธิสัญญาทั้งฉบับ เว้นแต่จะบัญญัติไว้ในกรณีตามมาตรา 44 ข้อ 3 และ ในกรณีการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีอย่างร้ายแรง (Material breach of multilateral treaty) ตาม มาตรา

¹⁷⁹ ในกรณีตามมาตรา 46 นี้ต้องทำความเข้าใจด้วยว่าสนธิสัญญาจะไม่ผูกพันรัฐเฉพาะกรณีที่ได้มีการแจ้งไว้ล่วงหน้าแล้วว่าการให้ความยินยอมนั้นขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐและการฝ่าฝืนเช่นว่านั้นเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งและเป็นการขัดต่อกฎหมายที่มีความสำคัญยิ่ง ดังนั้นหากไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวรัฐภาคีนั้นจะกล่าวอ้างเหตุเช่นว่านั้นเพื่อไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ข้างต้น

¹⁸⁰ Vienna Convention 1969, Art. 44 Separability of treaty provisions. 1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.

60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹⁸¹ สำหรับข้อยกเว้นตามมาตรา 44 ข้อ 3 คือ ถ้าเหตุแห่งการกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้น เป็นเหตุที่เกี่ยวข้องเฉพาะบางข้อบทของสนธิสัญญา ก็สามารถกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวได้ในส่วนของข้อบทนั้นๆ หรือ มีผลต่อข้อบทนั้นๆ เท่านั้น เมื่อ (ก) ข้อบทดังกล่าวสามารถแยกออกจากข้อบทอื่นๆ ของสนธิสัญญาได้เมื่อมีการปรับใช้สนธิสัญญานั้นๆ (ข) หากปรากฏในสนธิสัญญา หรือ ตามที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว การยอมรับข้อบทของสนธิสัญญาเหล่านั้นมิได้เป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ ที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาทั้งหมด และ (ค) การปฏิบัติตามข้อบทอื่นๆ ของสนธิสัญญาที่เหลืออยู่นั้นไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม¹⁸²

อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 44 ข้อ 4 บัญญัติว่าถ้าเหตุแห่งการกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้นเป็นเรื่องของการฉ้อฉล (fraud) ตามมาตรา 49 หรือ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐในการเข้าทำสนธิสัญญาตามมาตรา 50 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 รัฐที่กล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุการฉ้อฉล หรือความประพฤติมิชอบของตัวแทนในการทำสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น สามารถที่จะอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเพื่อที่จะไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาทั้งฉบับ หรือ ไม่ผูกพันเฉพาะข้อบทที่เกี่ยวข้องเท่านั้นก็ได้หากเป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรา 44 ข้อ 3 ดังกล่าวข้างต้น¹⁸³

และตามมาตรา 44 ข้อ 5 ของอนุสัญญาดังกล่าวบัญญัติว่า “หากกรณีความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเป็นเหตุเนื่องมาจาก มาตรา 51 คือเป็นเรื่องของการข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐ หรือเหตุจากการข่มขู่โดยใช้กำลัง หรือโดยการคุกคาม ต่อรัฐภาคีนั้น ตามมาตรา 52 หรือ เป็นการขัดต่อกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ตามมาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ความไม่สมบูรณ์จาก

¹⁸¹ Vienna Convention 1969, Art. 44. 2 A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

¹⁸² . Vienna Convention 1969, Art. 44. 3. If the ground relate solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where: (a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application; (b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and (c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

¹⁸³ Vienna Convention 1969, Art. 44. 4. In cases falling under article 49 and 50 the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

เหตุดังกล่าวในข้อบทของสนธิสัญญานั้นไม่สามารถแยกจากสนธิสัญญาทั้งฉบับได้และถือว่าสนธิสัญญาเป็นโมฆะทั้งฉบับ (Void) ไม่เพียงแต่เสียเปล่าแต่เฉพาะข้อบทนั้นๆ เท่านั้น¹⁸⁴

หากรัฐที่มีสิทธิกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา หรือมีสิทธิที่จะยกเหตุแห่งการยกเลิกสนธิสัญญา หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้งนี้ตามมาตรา 46 ถึงมาตรา 50 หรือมาตรา 60 และ 62 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น ได้รู้ถึงเหตุดังกล่าวแล้ว และได้ (ก) แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งตกลงที่จะให้สนธิสัญญานั้นยังคงสมบูรณ์มีผลผูกพัน และบังคับใช้สนธิสัญญานั้นต่อไปได้ หรือ (ข) โดยทางปฏิบัติของรัฐพิจารณาได้ว่ารัฐดังกล่าวยินยอม หรือ ยอมรับโดยไม่ได้แย้งที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีความสมบูรณ์ หรือให้สนธิสัญญานั้นยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไปแล้วแต่กรณี สิทธิในการที่จะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นก็หมดสิ้นไป รัฐดังกล่าวนั้นจะย้อนกลับมาใช้สิทธิกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นอีกไม่ได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969.¹⁸⁵

2. การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของผู้แทนในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

มาตรา 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹⁸⁶ ได้บัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีไม่อาจกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ว่า การแสดงเจตนาของรัฐภาคีนั้นเพื่อยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าว ได้กระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับความสามารถในการทำสนธิสัญญาเพื่อที่จะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์นั้นมาปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาตามที่ตัวแทนได้กระทำไปแล้ว เว้นแต่ว่าการฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวเป็นการเห็นประจักษ์โดยชัดแจ้ง และเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในกรณีเช่นนี้ การที่จะถือว่าการฝ่าฝืนนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์โดยชัดแจ้ง เมื่อการฝ่าฝืนนั้นปรากฏเห็นประจักษ์เป็นหลักฐานในทางภาวะวิสัยแก่รัฐภาคีใดๆ ซึ่งได้ถือปฏิบัติตนในเรื่องเช่นว่า

¹⁸⁴ Vienna Convention 1969, Art. 44. 5. In cases falling under articles 51, 52, and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

¹⁸⁵ Vienna Convention 1969, Art. 45 Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty. A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

¹⁸⁶ Art. 46 Provision of internal law regarding competence to conclude treaties 1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

นั้นตามครรลองแห่งการปฏิบัติตามปกติ และโดยสุจริตแล้วย่อมทราบถึงการฝ่าฝืนเช่นนั้น บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อมิให้รัฐกล่าวอ้างว่าการที่รัฐนั้นได้กระทำสนธิสัญญาโดยตัวแทนของรัฐนั้น ได้กระทำไปโดยไม่ชอบเพราะขัดต่อกฎหมายภายใน เพื่อที่จะปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญา ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นว่า รัฐภาคีอื่นๆไม่จำเป็นต้องไปปรับกฎหมายภายในของรัฐอื่นนั้น ซึ่งต้องไปว่ากล่าวกันภายใน แต่ในทางระหว่างประเทศรัฐภาคีนั้นๆย่อมต้องผูกพันตามสนธิสัญญาที่รัฐนั้นได้กระทำไปแล้ว

3. ข้อจำกัดในการแสดงเจตนาของตัวแทนรัฐภาคีในการแสดงความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

มาตรา 47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า “หากอำนาจหน้าที่ของตัวแทนของรัฐภาคีในการที่จะแสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดแล้ว หากตัวแทนนั้นไม่ได้ปฏิบัติตามข้อจำกัดนั้น กล่าวคือ ได้กระทำการไปเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายเป็นตัวแทนมา การกระทำเกินขอบอำนาจของตัวแทนดังกล่าวนั้นไม่อาจถูกกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเพื่อปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญา เว้นแต่ข้อจำกัดแห่งอำนาจดังกล่าวนั้นได้บอกกล่าวล่วงหน้าให้รัฐภาคีอื่นๆได้ทราบไว้ก่อนแล้ว ก่อนที่ตัวแทนรัฐนั้นจะได้แสดงเจตนารมณ์ผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁸⁷ เช่นรัฐภาคีได้แต่งตั้งมอบอำนาจให้ตัวแทนมาเจรจา และลงนามในสนธิสัญญาเท่านั้น โดยจะต้องมีการยืนยันจากรัฐภาคีนั้นๆอีกครั้ง แต่ตัวแทนนั้นกลับให้สัตยาบันสนธิสัญญาไปด้วยเสียเอง ย่อมเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจของตน แต่รัฐจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์นี้มาปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้ เว้นแต่รัฐภาคีจะได้แจ้งให้รัฐภาคีอื่นๆทราบถึงข้อจำกัดนี้ล่วงหน้าก่อนแล้ว ก่อนการลงนามของตัวแทนรัฐนั้นๆ

3. ความบกพร่องในการแสดงเจตนาในการทำสนธิสัญญา

รัฐภาคีสามารถยกเหตุความบกพร่องในการแสดงเจตนาอื่นๆ เพื่อกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 48- 51 ดังต่อไปนี้

(ก) การสำคัญผิด หรือ ความผิดพลาดในสนธิสัญญา (Error)

มาตรา 48 ข้อ 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐภาคีอาจจะยกเหตุเรื่องการสำคัญผิด หรือการผิดพลาด (Error) ในสนธิสัญญาขึ้นกล่าวอ้างว่าการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐนั้นไม่สมบูรณ์ หากการผิดพลาดนั้นเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือสถานการณ์ซึ่งรัฐภาคี

¹⁸⁷ Art. 47 Specific restrictions on authority to express the consent of a State. If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.

ดังกล่าวนี้สำคัญว่ามีอยู่จริงในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา และข้อเท็จจริงนั้นเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญพื้นฐานที่ทำให้รัฐภาคีนั้นแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา”

มาตรา 48 ข้อ 2 ของอนุสัญญาดังกล่าวบัญญัติต่อไปว่า “ข้อความตามวรรค 1 ข้างต้นไม่นำมาปรับใช้หากรัฐดังกล่าวมีส่วนในการทำให้เกิดความผิดพลาดนั้นทั้งนี้เกิดจากการปฏิบัติของรัฐนั้นๆเอง หรือ ภายใต้สถานการณ์แวดล้อมเช่นนั้นรัฐดังกล่าวน่าจะรู้ถึงความผิดพลาดนั้น และสามารถป้องกันหรือแก้ไขได้แต่ไม่ได้กระทำ”

และในข้อ 3 ของมาตราเดียวกันบัญญัติต่อไปว่า “ความผิดพลาดเฉพาะที่เกี่ยวกับถ้อยคำในข้อบทของสนธิสัญญานั้นไม่ถือว่ามีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา และในกรณีนี้ให้นำมาตรา 79 มาปรับใช้”¹⁸⁸

(ข) การฉ้อฉล (Fraud)

มาตรา 49 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า “หากรัฐภาคีใดถูกโน้มน้าวชักจูงให้เข้าทำสนธิสัญญาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยพฤติกรรมของรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจาอื่น รัฐที่ถูกกลฉ้อฉลนั้นอาจจะกล่าวอ้างเหตุแห่งการถูกกลฉ้อฉลนั้นขึ้นเพื่อเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้”¹⁸⁹ เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ในกรณีนี้ได้แก่ การแสดงข้อความที่ไม่เป็นความจริง (False statements) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (misrepresentations) หรือ การประพฤติหลอกลวง (deceitful conducts) ของรัฐภาคีใดที่ทำให้รัฐอื่นให้ความยินยอมในการผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งถ้าหากว่ารัฐเช่นว่านั้นได้รู้ข้อความจริงแล้วย่อมจะไม่ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁹⁰ ดังนั้นรัฐที่ถูกกลฉ้อฉลจึงสามารถกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งการแสดงเจตนาเช่นว่านั้นได้

¹⁸⁸ Art. 48 Error. 1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty. 2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error. 3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 79 then applies.

¹⁸⁹ Art. 49 Fraud. If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

¹⁹⁰ Y.B.I.L.C. vol. II (1996) , p. 244 อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 264 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

(ค) การประพฤติมิชอบ ของผู้แทนของรัฐ (Corruption)

มาตรา 50 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐว่า “หากการแสดงเจตนาของรัฐภาคีเพื่อยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาได้กระทำขึ้นเนื่องจากการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐภาคีนั้นซึ่งเกิดขึ้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจากรัฐภาคีอื่นที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญา รัฐเช่นว่านั้นอาจจะอ้างความประพฤติมิชอบนั้นว่าเป็นเหตุให้การแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญานั้นไม่สมบูรณ์”

การประพฤติมิชอบ (Corruption) ของตัวแทนรัฐนั้นหมายถึงการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐที่เกิดจากการกระทำของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น รัฐอีกฝ่ายนั้นได้ให้สินบน (Bribery) หรือผลประโยชน์อื่นใดที่มิชอบ หรือสัญญาว่าจะให้ประโยชน์ใดๆ แก่ตัวแทนรัฐนั้น จนทำให้ตัวแทนรัฐนั้นตกลงแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาทำให้ผูกพันรัฐเพราะเห็นแก่สินบน หรือผลประโยชน์ที่ได้รับการเสนอให้ จึงถือได้ว่ารัฐมิได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันรัฐโดยสมัครใจ ซึ่งมีได้เป็นไปตามหลักการในการทำสนธิสัญญา

มีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณากล่าวคือ หากการประพฤติมิชอบนั้นมิได้เกิดขึ้นจากการให้สินบน หรือ การกระทำของรัฐที่เข้าร่วมเจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง หากแต่เกิดจากการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐนั้นๆเอง ในกรณีเช่นนี้ยังไม่ถือว่าเป็นเหตุเพียงพอที่จะถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการประพฤติมิชอบตามมาตรา 51 รัฐจึงอ้างเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ในมาตรา 51 ไม่ได้ และรัฐภาคีดังกล่าวต้องผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁹¹

(จ) การข่มขู่ผู้แทนของรัฐ (Coercion of a representative of a State)

มาตรา 51 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคี ดังนี้ “การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งได้กระทำขึ้นเพราะผู้แทนของรัฐถูกข่มขู่โดยการกระทำ หรือการคุกคาม (threats) อันมุ่งต่อผู้แทนของรัฐเช่นว่านั้นย่อมไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมาย”¹⁹² การข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคีให้แสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญานั้นมีความร้ายแรงกว่าความผิดพลาด (error) การฉ้อฉล (fraud) หรือการประพฤติมิชอบ (Corruption) ของผู้แทนของรัฐภาคีดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น ผลทางกฎหมายของการข่มขู่ผู้แทนรัฐจึงแตกต่างจากกรณีอื่น ๆ ข้างต้น กล่าวคือไม่มีการให้ความยินยอมผูกพันรัฐตามสนธิสัญญาเลย โดยไม่ต้องกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์แห่งการ

¹⁹¹ Y.B.I.L.C., Vol. II (1966), p. 245. อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 265 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

¹⁹² Art. 51 Coercion of a representative of a State. The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

แสดงเจตนาเช่นนั้น หากเปรียบเทียบกับ การแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสัญญา ในกรณีนี้ก็ถือว่าการแสดงเจตนาทำสัญญานั้นเป็นโมฆะ (Void) มิใช่เพียงโมฆียะ (Voidable)

(จ) การข่มขู่รัฐภาคี (Coercion of a State)

การข่มขู่รัฐภาคีนั้นแตกต่างจากการข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคี กล่าวคือ ผลของการข่มขู่รัฐภาคีในการทำสนธิสัญญานั้น ผลทางกฎหมายคือ ตัวสนธิสัญญาเป็นโมฆะ ส่วนการข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคีนั้น ผลทางกฎหมายคือ ไม่ถือว่ามี การแสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันสนธิสัญญา หรือการแสดงเจตนาเป็นโมฆะ ดังกล่าวแล้ว แต่ผลสุดท้ายคือรัฐไม่ต้องผูกพันต่อสนธิสัญญาทั้งสองกรณี มาตรา 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้นเพราะรัฐภาคีถูกข่มขู่ หรือถูกใช้กำลัง บังคับอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้บัญญัติปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติ สนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะ”¹⁹³ การโมฆะ เสียเปล่าของสนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้นเพราะถูกข่มขู่ หรือ ถูกใช้กำลังบังคับนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับหลังจากที่การใช้กำลัง (Use of force) เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว (lex lata) ทั้งนี้ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 2 ข้อ 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งบัญญัติไว้ว่า “รัฐสมาชิกทั้งปวงจะหลีกเลี่ยงจากการข่มขู่ คุกคาม (Threat) หรือ การใช้กำลัง (Use of force) ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นปฏิปักษ์ต่อเอกภาพ และบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial integrity) หรือเอกราชทางการเมือง (Political independent) ของรัฐใดๆ หรือกระทำการในลักษณะใดๆที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หรือเป้าหมายของกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁹⁴ ซึ่งคำว่า การคุกคาม ข่มขู่ หรือการใช้กำลังตามมาตรานี้ให้หมายความเฉพาะการคุกคาม หรือการใช้กำลังทางกายภาพเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงการคุกคาม หรือการกดดันทางเศรษฐกิจ หรือทางการเมืองด้วย ตามความเห็นที่เสนอโดยฝ่ายกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย หรือที่เรียกว่ากลุ่ม 19 อันประกอบด้วยประเทศในแอฟริกา เอเชีย และลาตินอเมริกา หลังจากที่มีการเจรจาระหว่างกลุ่ม 19 และประเทศพัฒนาแล้วในการแก้ไขถ้อยคำของมาตรา 2.4 ของกฎบัตรสหประชาชาติดังกล่าวให้รวมความหมายการคุกคามทางการเมืองและเศรษฐกิจด้วยนั้นไม่สำเร็จ โดยในท้ายที่สุดให้คงถ้อยคำเดิมของมาตรา 2.4 ไว้แต่ให้ใช้มาตรการในการประณามการคุกคาม หรือการกดดันทางเศรษฐกิจ และการเมืองนั้น โดยให้แนบท้ายปฏิญญาดังกล่าวในกรรมสารสุดท้ายของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ด้วย

¹⁹³ Art. 52 Coercion of a State by the threat or use of force. A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

¹⁹⁴ Art. 2.4 of the Charter of the United Nations. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

(ข) สนธิสัญญาซึ่งขัดต่อ Jus cogens

มาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาดังกล่าวขัดแย้งกับกฎเกณฑ์แห่งหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับและปฏิบัติตามทันทีในประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง และเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่อนุญาตให้มีการยกเว้น เบี่ยงเบน หรือทำให้เสื่อมเสียไปได้ และจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ก็แต่โดยผลของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในภายหลังที่มีลักษณะเดียวกันเท่านั้น”¹⁹⁵ กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายเด็ดขาดที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ เป็นแบบแผนที่ยอมรับโดยประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง ดังนั้นสนธิสัญญาที่ขัดกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นโมฆะตั้งแต่แรก (Void ab initio)

กฎหมายที่มีลักษณะเป็น jus cogens ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Public policy) กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Public order) หรือศีลธรรมอันดี (Good moral) หรือที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกตัวอย่างของกฎหมายที่มีลักษณะเป็น jus cogens ได้แก่¹⁹⁶

1. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามการใช้กำลังโดยมิชอบฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ ตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ
 2. กฎเกณฑ์ซึ่งห้ามการกระทำของรัฐอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นการสังหารเชลยสงคราม
 3. กฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดให้รัฐให้ความร่วมมือในการปราบปรามการกระทำผิดบางประเภท เช่น การค้าทาส การกระทำอันเป็นโจรสลัด (Piracy) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)
- ดังนั้นสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์เหล่านี้ย่อมตกเป็นโมฆะตั้งแต่แรก กล่าวคือตัวสนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะนั้นเอง

¹⁹⁵ Art. 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

¹⁹⁶ จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 273 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

การยกเลิก การสิ้นสุด และการระงับการใช้บังคับของสนธิสัญญา

1. การยกเลิก หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่น ๆ

รัฐภาคีของสนธิสัญญาอาจยกเลิกสนธิสัญญาได้ ตามมาตรา 54 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “การยกเลิกสนธิสัญญา (Termination) หรือการถอนตัว (Withdrawal) ออกจากสนธิสัญญานั้นอาจจะกระทำได้โดย (ก) สอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญา หรือ (ข) กระทำได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งโดยการแสดงเจตนาโดยยินยอมของรัฐภาคีทั้งปวง หลังจากได้ปรึกษาหารือกับรัฐภาคีอื่น ๆ แล้ว”¹⁹⁷ ในกรณีนี้เป็นการยกเลิก หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่น ๆ

2. การยกเลิก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาโดยไม่มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญา

สนธิสัญญาที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการยกเลิกสนธิสัญญา หรือไม่มีข้อบทว่าด้วยการถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐภาคีไม่สามารถยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

- (ก) หากปรากฏจากสนธิสัญญาเป็นที่ยุติว่า รัฐภาคีนั้นตั้งใจที่จะเปิดโอกาสให้มีการยกเลิก เพิกถอนสนธิสัญญาได้ หรือให้ถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ หรือ
- (ข) โดยลักษณะของสนธิสัญญานั้น อนุমানได้ว่ารัฐภาคีสามารถยกเลิกสนธิสัญญา หรือ ถอนตัวจากสนธิสัญญาได้

ในกรณีเช่นว่านั้น รัฐภาคีฝ่ายที่จะขอยกเลิก เพิกถอนสนธิสัญญา หรือ ขอลถอนตัวจากสนธิสัญญาจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 12 เดือนเพื่อแจ้งรัฐภาคีอื่น ๆ ถึงเจตนารมณ์ เช่นว่านั้นในการยกเลิก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาตามที่กำหนดไว้ข้างต้นนี้¹⁹⁸

¹⁹⁷ Art. 54 Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties. The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place: (a) in conformity with the provisions of the treaty; or (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

¹⁹⁸ Art. 56 1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless: (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty. 2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

3. จำนวนรัฐภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีลดน้อยลงจนต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้

จำนวนรัฐภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีลดน้อยลงจนต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้เพื่อเป็นเงื่อนไขในการที่สนธิสัญญาจะเริ่มมีผลบังคับใช้ได้ ในกรณีที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีลดจำนวนลงซึ่งอาจจะมีสาเหตุจากการที่รัฐ ภาคีบางรัฐถอนตัวออกจากสนธิสัญญา หรือ รัฐภาคีบางรัฐไม่ให้สัตยาบันสนธิสัญญาหลังจากได้ลงนามแล้ว หรืออาจจะมีสาเหตุอื่นๆ เช่น รัฐภาคีบางรัฐอาจจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาโดยเหตุของความบกพร่องในการที่ผู้แทนของรัฐกระทำการโดยไม่มีอำนาจ หรือเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา หรือการแต่งตั้งตัวแทนนั้นไม่เป็นไปตามกฎหมายภายใน หรือความบกพร่องในเรื่องการแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา ดังที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น โดยหลักแล้วหากสนธิสัญญาไม่ได้บัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สนธิสัญญาพหุภาคีนั้นจะไม่สิ้นสุดลงโดยเหตุที่จำนวนรัฐภาคีลดน้อยลงต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้เพื่อให้สนธิสัญญาเริ่มมีผลบังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 55 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969¹⁹⁹ ซึ่งหมายความว่าสนธิสัญญานั้นยังคงมีอยู่ไม่สิ้นสุดลง แต่ยังไม่อาจจะเริ่มมีผลใช้บังคับได้จนกว่าข้อกำหนดเรื่องจำนวนภาคีสมาชิกจะได้รับการปฏิบัติให้มีจำนวนรัฐภาคีครบตามที่กำหนดไว้ แต่หากในสนธิสัญญาได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงเมื่อจำนวนรัฐภาคีลดลงต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ ดังนี้สนธิสัญญาย่อมสิ้นสุดลงตามข้อกำหนดเช่นนั้น

4. การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาหรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่น ๆ

การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา (Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties) อาจจะทำได้ในทำนองเดียวกับการยกเลิก หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญา กล่าวคืออาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่น ๆ ซึ่งมาตรา 57 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969²⁰⁰ ได้บัญญัติไว้ว่า “การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาต่อภาคีทั้งปวง หรือต่อรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะอาจจะกระทำได้โดย (ก) เป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ของสนธิสัญญา หรือ (ข) ในเวลาใดเวลาหนึ่งโดยความยินยอมของรัฐภาคีทั้งปวงหลังจากได้ปรึกษาหารือกับรัฐภาคีอื่นนั้นแล้ว

¹⁹⁹ Art. 55 Reduction of the parties to a multilateral treaty below the number necessary for its entry into force.

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

²⁰⁰ Art. 57 Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties.

The operation of a treaty in regards to all the parties or to a particular party may be suspended: (a) in conformity with the provisions of the treaty; or (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

5. การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีโดยความตกลงระหว่างรัฐภาคีบางรัฐ

ในกรณีการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีนั้นอาจจะกระทำได้ตามที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 58 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“1. รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีสองรัฐหรือมากกว่านั้นขึ้นไปอาจจะทำความตกลงกันเพื่อ ระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเป็นการชั่วคราวในระหว่างรัฐภาคีดังกล่าวได้หากปรากฏว่า

(ก) สนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ หรือเปิดช่อง ให้กระทำเช่นนั้นได้ หรือ

(ข) สนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเช่นนั้น และ

(1) การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานั้นไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิต่าง ๆ ภายใต้อนุสัญญานั้น หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้น ของรัฐภาคีอื่น ๆ แห่งสนธิสัญญา ดังกล่าว

(2) การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเช่นนั้นไม่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์และความ มุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น

2. เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1 (ก) ข้างต้น การทำความตกลงเพื่อการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีเหล่านั้นให้กระทำโดยการแจ้งให้ รัฐภาคีอื่น ๆ ได้ทราบถึงเจตนารมณ์ดังกล่าวในการทำความตกลงนั้น และบอกกล่าวให้ทราบถึงบทบัญญัติ ของสนธิสัญญาที่จะให้มีการระงับการบังคับใช้เช่นนั้นด้วย”²⁰¹

6. การยกเลิกสนธิสัญญา หรือ การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาโดยการทำสนธิสัญญา ในภายหลังเพื่อการเช่นนั้น

มาตรา 59 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 บัญญัติไว้ว่า

“1. อาจถือว่าสนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงหากรัฐภาคีทั้งปวงของสนธิสัญญาได้ทำสนธิสัญญา ขึ้นในภายหลังซึ่งมีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกันกับสนธิสัญญาฉบับก่อน และ (ก) หากปรากฏจาก สนธิสัญญาฉบับหลังนั้น หรือปรากฏจากเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่จะให้บังคับใช้ตาม

²⁰¹ Art. 58 Suspension of the operation of a multilateral treaty by agreement between certain of the parties only.

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if: (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or (b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and; (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.
2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

สนธิสัญญาฉบับหลัง หรือ (ข) บทบัญญัติของสนธิสัญญาฉบับหลังขัดแย้งกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาฉบับก่อน ในลักษณะซึ่งสนธิสัญญาทั้งสองฉบับไม่อาจจะใช้บังคับได้ในเวลาเดียวกันได้

2. ให้ถือว่าสนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นเพียงแต่ระงับใช้บังคับชั่วคราวเท่านั้น หากปรากฏจากสนธิสัญญาฉบับหลัง หรือเป็นที่ตกลงกันระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาว่าเป็นเจตนารมณ์ของรัฐภาคีเหล่านั้นที่จะให้สนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นเพียงแต่ระงับการใช้บังคับชั่วคราวเท่านั้น ดังนั้น สนธิสัญญาฉบับหลังนั้นย่อมไม่ยกเลิกสนธิสัญญาฉบับก่อน”²⁰²

กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นกรณีที่สนธิสัญญาฉบับหลังมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้ยกเลิกสนธิสัญญาฉบับก่อนเพียงแต่อนุমানได้จากเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาฉบับหลัง ซึ่งขัดแย้งกับสนธิสัญญาฉบับก่อนอย่างชัดเจน หรือ อนุমানได้จากเจตนารมณ์ของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาว่าต้องการให้สนธิสัญญาฉบับหลังยกเลิกสนธิสัญญาฉบับก่อน หรือ ให้ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาฉบับก่อนไว้ชั่วคราว แล้วแต่กรณีดังได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

7. การยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาอันเป็นผล เนื่องมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญา

มาตรา 60²⁰³ ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญาไว้ดังนี้

²⁰² Art. 59 Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty.

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject-matter and:

(a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

²⁰³ Art. 60 Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach.

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part. 2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles: (a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either: (i) in the relations between themselves and the defaulting State, or (ii) as between all the parties; (b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State; (c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provision by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the

1. การยกเลิกหรือการสิ้นผลของสนธิสัญญาหรือการระงับการมีผลบังคับของสนธิสัญญาทวิภาคี อันเนื่องมาจากการที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนั้น (A material breach of a bilateral treaty) เป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยกเป็นเหตุยกเลิกสนธิสัญญา หรือเป็นเหตุให้ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้

2. ในกรณีการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีอย่างร้ายแรง (Material breach of multilateral treaty) โดยรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งย่อมเป็นเหตุให้ รัฐภาคีอื่นๆที่เหลือโดยมติเอกฉันท์ทำความตกลงที่จะระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนได้ หรือให้ยกเลิก สิ้นสุดสนธิสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีที่ทั้งปวงกับรัฐที่ฝ่าฝืนกระทำผิดต่อสนธิสัญญานั้นๆ หรือ ให้มีผลทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีที่ทั้งปวงด้วย

หรือหากมีรัฐภาคีใดโดยเฉพาะได้รับผลกระทบกระเทือนเป็นพิเศษอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้น สามารถที่จะกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อที่จะระงับการมีผลบังคับใช้สนธิสัญญานั้นไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีนั้นๆกับรัฐภาคีที่ฝ่าฝืน กระทำผิดต่อสนธิสัญญานั้นๆ

รัฐภาคีอื่นใดนอกเหนือจากรัฐภาคีที่ฝ่าฝืน กระทำผิดต่อสนธิสัญญา สามารถที่จะกล่าวอ้างเป็นเหตุเพื่อที่จะระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐภาคีดังกล่าว นั้นเอง หากปรากฏว่าโดยลักษณะเช่นว่านั้น การฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงของรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งนั้นจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากต่อฐานะของรัฐภาคีทุก ๆ รัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีต่อไปของรัฐภาคีอื่นๆทั้งปวงภายใต้สนธิสัญญานั้น เช่นสนธิสัญญาการลดอาวุธ (Disarmament treaty) การฝ่าฝืนต่อพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวโดยรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งย่อมกระทบต่อฐานะของรัฐภาคีอื่นๆทุกรัฐ ดังนั้นรัฐภาคีใด ๆ แห่งสนธิสัญญานั้นย่อมไม่อาจจะระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาได้ เว้นแต่รัฐนั้น ๆ จะระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาต่อรัฐนั้นเอง ด้วยเพื่อที่จะเป็นอิสระในการป้องกัน หรือตอบโต้ต่อรัฐที่ฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้นๆได้ มิฉะนั้นก็จะไม่สามารถไปตอบโต้รัฐที่ฝ่าฝืนนั้นได้

3. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งมาตรานี้ การฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนี้ หมายถึง การปฏิเสธสนธิสัญญา (Repudiation of treaty) โดยปราศจากเหตุตามที่อนุญาตไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

treaty. 3. A material breach of a treaty, for the purpose of this article, consists in: (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty. 4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

หรือ การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาอันสำคัญต่อการกระทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญานั้นๆ

4. นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในข้อ 3. ข้างต้นนี้ บรรดาสิทธิอื่นๆทั้งหลาย ซึ่งรัฐภาคีนั้นมีอยู่ตามสนธิสัญญานั้นๆ ย่อมไม่ถูกระงับหรือเพิกถอนเพราะการยกเลิกสนธิสัญญา หรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเช่นว่านั้น เช่นสิทธิในการเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ หรือสิทธิในการเรียกค่าทดแทนตามสนธิสัญญาเป็นต้น

5. บทบัญญัติในวรรค 1 ถึง 3 ไม่ปรับใช้กับบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีสาระเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลหรือมนุษย์ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมนุษยธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามการกระทำต่อตัวต่อมนุษย์ไม่ว่ารูปแบบใดๆที่บัญญัติไว้เพื่อให้การคุ้มครองมนุษย์ภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ หมายความว่า หากรัฐภาคีใดมีการฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาที่เป็นการคุ้มครองมนุษย์ ภาคีอื่นๆจะยกเลิก หรือ ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาอย่างในกรณีอื่นๆที่กล่าวมาแล้วข้างต้นไม่ได้ เช่นอนุสัญญากรุงเจนีวาเพื่อคุ้มครองผู้ประสบภัยสงคราม (Geneva Convention for the Protection of victim of war) หรือสนธิสัญญาคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สนธิสัญญาเกี่ยวกับผู้ลี้ภัย ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านี้มีเนื้อหาในการคุ้มครองบุคคลตามหลักมนุษยธรรม เป็นต้น แม้ว่าจะมีรัฐภาคีใดฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้นๆ รัฐภาคีอื่นๆจะใช้มาตรการตอบโต้ต่อมนุษย์ไม่ได้ หรือ จะยกเลิกสนธิสัญญา แล้วไม่ให้การคุ้มครองบุคคลภายใต้สนธิสัญญานั้นๆไม่ได้

ข้อสังเกตคือเหตุในบทบัญญัติตามมาตรา 60 นี้ไม่ทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐภาคีอื่นที่จะเลือกที่จะให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงหรือระงับการใช้สนธิสัญญาหรือไม่เท่านั้น และรัฐภาคีซึ่งมีสิทธิเช่นว่านั้นอาจจะสิ้นสิทธิดังกล่าวได้หากปรากฏว่า รัฐนั้นได้แสดงเจตนา หรือตกลงโดยชัดแจ้งว่าให้สนธิสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ต่อไป หรือโดยการกระทำ หรือโดยพฤติการณ์รัฐนั้นๆได้ยอมรับโดยไม่ได้แย้งถึงความสมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้นทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

8. การพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา

(Supervening impossibility of Performance)

หลังจากทำสนธิสัญญาไปแล้วหากมีเหตุการณ์ภายนอก อันมิใช่ความผิดของรัฐภาคีใดๆ เกิดขึ้นเป็นเหตุให้รัฐภาคีใดอยู่ในภาวะที่พ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ รัฐภาคีนั้นๆอาจจะอ้างเหตุพ้นวิสัยดังกล่าวเพื่อยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 61 ข้อ 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ไว้ว่า “รัฐภาคีใดอาจจะอ้างเหตุพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวออกจากสนธิสัญญา หากการพ้นวิสัยนั้นเป็นผลมาจากการ

สิ้นสลาย มลายสูญหายไป หรือการถูกทำลายไปอย่างถาวร ของวัตถุซึ่งเป็นสาระสำคัญสำหรับการบังคับให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญา หาก การพันวิสัยนั้นเป็นการชั่วคราว รัฐภาคีดังกล่าวอาจจะกล่าวอ้างการพันวิสัยนั้นเพื่อเป็นเหตุให้ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาชั่วคราวเท่านั้นก็ได้²⁰⁴ การพันวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นแตกต่างจากเหตุสุดวิสัย (*Force majeure*) และแตกต่างจากเหตุที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (*rebus sic stantibus*) ซึ่งจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจให้ดีในเรื่องดังกล่าว ตัวอย่างของการพันวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา เช่น รัฐ A และ รัฐ B ตกลงทำสนธิสัญญาดูแลผลประโยชน์บนเกาะ C ร่วมกันโดยแบ่งเขตแห่งการครอบครอง และการทำประโยชน์ แต่ต่อมาเกาะ C ได้ประสบภัยธรรมชาติภูเขาไฟระเบิดจมหายไปทั้งเกาะ ย่อมพันวิสัยที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้ ตัวอย่างอื่น ๆ ของการพันวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้แก่การแห้งขอดของลำน้ำ ทางรถไฟถูกรื้อถอนทำลายไปโดยไม่มีการสร้างขึ้นใหม่ แผ่นดินไหวจนผืนแผ่นดินแตกแยกไปตลอดจนอุบัติเหตุอื่นใด จนเป็นเหตุให้วัตถุแห่งการปฏิบัติตามสนธิสัญญาสูญสลายไป ส่วนตัวอย่างของเหตุสุดวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่น ประเทศ A และประเทศ B ตกลงที่จะใช้ร่องน้ำลึกกึ่งกลางแม่น้ำในการเดินเรือในแม่น้ำกั้นพรมแดนระหว่างกัน โดยมีระยะห่างจากชายฝั่งรัฐทั้งสองในระยะไม่น้อยกว่า 20 เมตร แต่ต่อมาร่องน้ำลึกได้เปลี่ยนแปลงเส้นทาง ทำให้ร่องน้ำลึกไม่ได้อยู่กึ่งกลางลำน้ำอีกต่อไป และร่องน้ำลึกนั้นประชิดชายฝั่งของรัฐหนึ่งทำให้มีระยะห่างจากฝั่งของรัฐดังกล่าวน้อยกว่า 20 เมตร ดังนั้นเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะปฏิบัติตามความตกลงเดิม ส่วนตัวอย่างของการเกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญเช่น รัฐ A และรัฐ B ตกลงที่จะแบ่งเขตในการทำการประมงในเขตทางทะเลที่ยังไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ว่าควรเป็นเขตของใคร แต่ต่อมา รัฐทั้งสองเกิดข้อพิพาทจนต้องนำคดีสู่การพิจารณาของศาล ในที่สุดรัฐ A เป็นผู้ชนะคดีเขตทางทะเลดังกล่าวย่อมอยู่ภายในเขตทางทะเลของรัฐ A ดังนั้นได้เกิดสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญในส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วย รัฐ A ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะมีพันธกรณีต้องแบ่งเขตทางทะเลกับรัฐ B อีกต่อไปเพราะสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว

ส่วนมาตรา 61 ข้อ 2 ของอนุสัญญาฉบับดังกล่าวบัญญัติต่อไปว่า “การพันวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม้อาจจะถูกกล่าวอ้างโดยรัฐภาคีเพื่อเป็นเหตุที่จะยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญา หากการพันวิสัยนั้นเป็นเหตุมาจากการปฏิบัติผิดสนธิสัญญาของรัฐภาคีฝ่ายนั้นเองไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติผิดต่อพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญานั้น หรือ ปฏิบัติผิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่

²⁰⁴ Art. 61 Supervening impossibility of performance 1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

ต้องปฏิบัติต่อรัฐภาคีอื่นๆแห่งสนธิสัญญานั้น”²⁰⁵ กรณีนี้ได้แก่กรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กระทำการ หรือเป็นเหตุให้เกิดการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้โดยการปฏิบัติผิดสนธิสัญญา หรือฝ่าฝืน สนธิสัญญา เช่น รัฐ A และรัฐ B ได้ตกลงใช้ประโยชน์ร่วมกันในลำน้ำแต่ต่อมามีน้ำเกิดแห้งขอดไป แต่ สาเหตุที่ลำน้ำตื้นเขิน หรือแห้งขอดไปนั้นเพราะรัฐหนึ่งไปทำการกั้นฝายกั้นน้ำเก็บไว้ใช้แต่เพียงรัฐเดียว ไม่ปล่อยให้ลำน้ำไหลไปตามลำน้ำตามธรรมชาติ รัฐดังกล่าวจะกล่าวอ้างการพ้นวิสัยในการปฏิบัติตาม สนธิสัญญาไม่ได้เพราะเป็นการปฏิบัติผิดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญา และปฏิบัติผิดต่อพันธสัญญาต่อ รัฐภาคีอื่นนั่นเอง

5.14 สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ

มาตรา 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกล่าวอ้างหลัก พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Rebus Sic Stantibus) เพื่อเป็นเหตุยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอน ตัวจากสนธิสัญญา หรือการระงับใช้สนธิสัญญา ซึ่งเป็นหลักยกเว้นหลักที่ว่า สนธิสัญญาต้องเป็น สนธิสัญญา หรือ สัญญายอมผูกพัน (Pacta Sunt Servanda) ซึ่งเป็นหัวใจของหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา และเป็นหัวใจของหลักการทำสัญญาตามกฎหมายภายในที่ต้องเคารพ ในเจตนารมณ์ที่ได้แสดงออกเพื่อผูกพันตนตามสนธิสัญญา หรือตามสัญญาที่ได้กระทำต่อกันไว้ การใช้ หลัก Rebus Sic Stantibus จึงต้องใช้อย่างระมัดระวัง มิฉะนั้นย่อมสิ้นคลอนความศักดิ์สิทธิ์แห่งหลักการ แสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือสัญญาแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม หลักพฤติการณ์ เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากมายนี้เป็นที่ยอมรับว่ามีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา หลัก กฎหมายพื้นฐานของหลักเกณฑ์นี้มาจากหลักที่เรียกว่า *Conventio Omnis intelligitur rebus sic stantibus* และอ้างเป็นเหตุในการยกเลิก หรือระงับสนธิสัญญาได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 62 ดังกล่าวว่า

“1. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากของสถานการณ์ (A fundamental change of circumstances) ซึ่ง ได้เกิดขึ้นแก่พฤติการณ์ที่ได้มีอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญา และเป็นพฤติการณ์ซึ่งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ไม่อาจคาดหมายได้นั้น ไม่อาจยกขึ้นมาเป็นเหตุเพื่อยกเลิกเพิกถอนจากสนธิสัญญา เว้นแต่

ก. การมีอยู่ของพฤติการณ์เหล่านั้นเป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคีเพื่อ ผูกพันตามสนธิสัญญา

ข. ผลของการเปลี่ยนแปลงนั้นก่อให้เกิดการแปรเปลี่ยนอย่างมากของรูปแบบ และขอบเขตแห่ง สวรรัตถะแห่งพันธกรณีซึ่งรัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา

²⁰⁵ Art. 61. 2 Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

1. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นรัฐภาคีไม่อาจจะยกขึ้นเป็นเหตุเพื่อยกเลิก เพิกถอน สนธิสัญญาได้ในกรณีต่อไปนี้

- ก. หากสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดน เช่นในกรณีที่รัฐภาคีได้ร่วมกันกำหนดให้ใช้ร่องน้ำลึกเป็นเส้นแบ่งเขตแดน และใช้เป็นแนวกันพรมแดนระหว่างประเทศ แม้ต่อมาร่องน้ำลึกค่อยๆ เปลี่ยนเส้นทางตามธรรมชาติจะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงแนวเส้นเขตแดน แนวเขตแดนก็ให้เปลี่ยนแปลงไปตามนั้นตามเส้นทางของร่องน้ำลึก โดยไม่ถือว่าพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากอันเป็นเหตุให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือ
- ข. หากการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์นั้นเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา หรือพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่กล่าวอ้างเช่นนั้น ต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญานั้นๆ

3. ภายใต้ข้อบทในวรรคก่อนนี้ หากรัฐภาคีใดอาจจะกล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์เพื่อเป็นเหตุในการยกเลิก เพิกถอนตนจากสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นก็อาจจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างเพื่อการระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญานั้นได้ด้วย²⁰⁶

ข้อสังเกตที่ต้องทำความเข้าใจ คือ การที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนี้ไม่ทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติแต่ประการใด เพียงแต่เป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญายกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเลิก หรือเพิกถอนจากสนธิสัญญา หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา และหากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องของสนธิสัญญาประสงค์ที่จะแก้ไขสนธิสัญญาเพื่อให้มีการบังคับใช้สนธิสัญญานั้นกันต่อไป ก็ต้องให้รัฐภาคีเหล่านั้นมาเจรจาตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา ทั้งนี้ตามมาตรา 39 ถึง 41 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ตามที่ได้ศึกษามาแล้วต่อไป

²⁰⁶ Art. 62 Fundamental change of circumstances 1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless: (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and (b) the effect of the change is radically transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty: (a) if the treaty establishes a boundary; or (b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

อย่างไรก็ตามรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่จะกล่าวอ้างถึงเหตุพหุเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากมาเป็นข้อยกเล็ก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญานั้น อาจจะสันนิษฐานนี้ไปหากรัฐภาคีได้ตกลงอย่างชัดเจนว่าให้สนธิสัญญายังคงสมบูรณ์ และมีผลบังคับใช้ต่อไป หรือโดยเหตุที่รัฐนั้นๆ ได้กระทำการใดๆ อันถือได้ว่าเป็นการยอมรับโดยไม่ได้แย้งคัดค้านถึงความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา หรือยังคงมีการบังคับใช้สนธิสัญญา ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 45 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้อธิบายมาแล้วนั่นเอง

ตัวอย่างคดี Fisheries Jurisdiction case ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคดีที่อังกฤษได้เสนอต่อศาลเนื่องจากไอซ์แลนด์ได้ขยายเขตประมงออกไปฝ่ายเดียวจาก 12 ไมล์เป็น 50 ไมล์ ซึ่งกระทบต่อสิทธิในการทำประมงในเขตดังกล่าวของชาวประมงอังกฤษ ทำให้อังกฤษได้แย้งการขยายเขตการประมงดังกล่าว ซึ่งศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดี โดยพิจารณาในประเด็นที่ว่าความตกลงในปี 1961 ระหว่างไอซ์แลนด์กับอังกฤษว่าสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่โดยเหตุที่ว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental change of circumstances) ซึ่งส่งผลกระทบต่อประมง หรือการจับปลา และเทคนิควิธีการจับปลา โดยมีเขตประมงที่เปลี่ยนแปลงไปแล้ว เดิมที่อังกฤษยอมรับเขตการประมงของไอซ์แลนด์ 12 ไมล์เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ไอซ์แลนด์ตกลงที่จะนำคดีสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่ต่อมาไอซ์แลนด์แจ้งต่อศาลว่าจะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาล และไม่แต่งตั้งตัวแทนมาแก้ต่างในคดีในศาล แต่ศาลตัดสินว่าศาลยังมีเขตอำนาจเหนือคดีและข้ออ้างของไอซ์แลนด์ว่ามีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากและเป็นเหตุให้ตนยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ถูกต้อง ทั้งนี้เหตุที่กล่าวอ้างเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นไม่ว่ากรณีใดๆ การเปลี่ยนแปลงแห่งพหุเหตุการณ์ที่กล่าวอ้างถึงนั้นไม่สามารถที่จะมีอยู่แค่เพียงผลกระทบต่อข้อพิพาทเกี่ยวกับความตกลงที่จะนำข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาของศาลเท่านั้น การเปลี่ยนแปลงอย่างมากนั้นย่อมต้องมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงรูปแบบอย่างมากต่อขอบเขตแห่งพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะยังคงปฏิบัติตามผลของสนธิสัญญา การเปลี่ยนแปลงนั้นย่อมต้องเพิ่มภาระในพันธกิจที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาซึ่งทำให้การปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นแตกต่างไปอย่างมากกับการที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาที่มีอยู่เดิม ศาลได้พิจารณาว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายในบางกรณี อาจถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะกล่าวอ้างถึงพหุเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากได้ซึ่งกระทบต่อระยะเวลาการมีผลบังคับของสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามศาลได้ตัดสินว่าข้อเท็จจริงที่ไอซ์แลนด์ได้ตกลงเข้าทำสนธิสัญญาฉบับนี้เพื่อที่จะให้อังกฤษยอมรับเขตอำนาจรัฐเหนือเขตประมง 12 ไมล์ของไอซ์แลนด์ทันที และข้อเท็จจริงเรื่องเขต 12 ไมล์ทะเลนี้ไม่ได้เป็นประเด็นข้อพิพาทอีกต่อไป แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเรื่องความตกลงยอมรับเขตอำนาจศาล และการดำรงอยู่ของความตกลงดังกล่าวนี้จะสูญสิ้นไปก็หาไม่ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของความตกลงฉบับนี้ย่อมกว้างขวางกว่าประเด็นเฉพาะเรื่องการรับรองเขตอำนาจรัฐเหนือเขตการประมงนั้น แต่หมายถึงรัฐภาคียอมรับที่จะนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นกลไกในการยุติข้อพิพาทกัน และวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้หาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปไม่ แม้ว่ามูลเหตุจูงใจในการทำให้ไอซ์แลนด์ตกลงเข้าทำสนธิสัญญาด้วยได้บรรลุไปแล้วก็ตาม และมีการเปลี่ยนแปลงเขตการประมงไปแล้วก็ตาม ก็ไม่ได้ทำให้วัตถุประสงค์ในการตกลงดังกล่าวสิ้นสุดไปข้ออ้างของไอซ์แลนด์จึงรับฟังไม่ได้

สนธิสัญญาขัดกับ “Jus cogens” หรือเกิด “Jus cogens” ใหม่

มาตรา 64 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติว่า “หากมีหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) เกิดขึ้นใหม่ บรรดาสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่นั้นหากขัด หรือแย้งกับหลักกฎหมายเด็ดขาดใหม่นี้ ย่อมเป็นโมฆะและสิ้นสุดลงทันที”²⁰⁷ ในกรณีนี้หมายถึงรัฐต่างๆ ที่ได้มีการทำสนธิสัญญาระหว่างกันขึ้น และมีข้อบทตามสนธิสัญญาที่บังคับระหว่างกันนั้น หากข้อบทใด ๆ ที่มีอยู่นั้นขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็น jus cogens สนธิสัญญานั้นย่อมเป็นโมฆะ กล่าวคือ หากต่อมาเกิดมีหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ห้ามการกระทำที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาที่มีอยู่นั้น สนธิสัญญานั้นย่อมเป็นโมฆะและสิ้นสุดลงทันทีนั่นเอง

ข้อสังเกตความแตกต่างของมาตรา 64 และมาตรา 53 ของอนุสัญญาฉบับเดียวกันนี้ อยู่ที่มาตรา 53 นั้นเป็นกรณีที่มีกฎเกณฑ์อันเป็นหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเด็ดขาด ไม่อาจมีกฎเกณฑ์อื่นมาขัดหรือแย้งได้นี้มีอยู่ก่อนแล้ว และต่อมาหากมีรัฐใดได้ตกลงทำสนธิสัญญาที่มีข้อบท หรือบทบัญญัติที่ขัด หรือแย้งกับกฎเกณฑ์ที่เป็น Jus cogens นี้ ที่มีอยู่ก่อนแล้วนี้ สนธิสัญญานั้นย่อมเป็นโมฆะทันทีนับตั้งแต่วันที่ทำสนธิสัญญานั้น (Void ab initio) แต่ในกรณีของมาตรา 64 นี้ เป็นกรณีที่ได้มีการทำสนธิสัญญากันมาก่อนแล้ว และสนธิสัญญาเหล่านี้มีผลบังคับใช้อยู่ แต่ต่อมาได้เกิดหลักเกณฑ์อันเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ไม่อาจละเมิดได้เกิดขึ้นมาใหม่ และหลักเกณฑ์นี้ไปขัด หรือแย้ง หรือห้าม บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาใด ๆ ที่มีอยู่แล้วนั้น เหล่าบรรดาสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่นี้ที่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ที่เป็น Jus cogens นี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ และ สิ้นสุดลงทันที หมายความว่าสนธิสัญญาที่มีอยู่นั้นสมบูรณ์อยู่จนกว่ามีหลักกฎหมายที่เป็น Jus cogens เกิดขึ้นใหม่มาขัด หรือแย้งกับสนธิสัญญา ๆ นั้นจึงเป็นโมฆะ ดังนั้นสนธิสัญญาชนิดนี้ไม่ได้โมฆะมาแต่แรกที่ทำสนธิสัญญา และการกระทำใด ๆ ที่กระทำต่อกันก่อนที่สนธิสัญญาจะเป็นโมฆะย่อมมีผลสมบูรณ์ และรัฐภาคีจะกล่าวอ้างว่าสนธิสัญญาเป็นโมฆะย้อนหลังไปไม่ได้ และการกระทำใด ๆ ที่กระทำไปก่อนหน้าที่สนธิสัญญาจะโมฆะ เพราะมีกฎหมายที่เป็น Jus cogens เกิดขึ้นนี้ ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญา เพราะสนธิสัญญานั้นสมบูรณ์มาก่อนแล้ว และการกระทำใด ๆ ภายใต้สนธิสัญญาที่สมบูรณ์ย่อมสมบูรณ์และบังคับได้นั่นเอง แต่ต่อมาเมื่อสนธิสัญญาเป็นโมฆะและสิ้นสุดแล้ว สนธิสัญญาย่อมสิ้นสุดลงนั่นเอง และในกรณีนี้ย่อมมีผลต่อรัฐภาคีในอันที่จะไม่ออกกฎหมายภายในที่มาขัด หรือแย้งกับหลักกฎหมายที่เป็น Jus cogens นี้ด้วย

²⁰⁷ Art. 64 Emergence of a new peremptory norm of general international law (jus cogens). If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

คู่ภาคีของสนธิสัญญาสิ้นสุดสถานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมาย

1. คู่ภาคีของสนธิสัญญาสิ้นสุดสถานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง

เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่าหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทวิภาคีใด สิ้นสถานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมาย เช่นรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง สนธิสัญญานั้นย่อมสิ้นสุดลงเนื่องจากไม่มีคู่ภาคี อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาเหตุดังกล่าวนี้ไม่จัดว่าเป็นเหตุที่จะกล่าวอ้างเพื่อการสิ้นสุดของสนธิสัญญาว่าเป็นเหตุโดยเฉพาะ แต่ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้ถือว่าเหตุดังกล่าวได้กลายเป็นเหตุให้กล่าวอ้างได้เหตุหนึ่งว่าให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือ เป็นเหตุให้ถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือ เป็นเหตุให้มีการระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญา ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา (Supervening impossibility of performance) หรืออาจจะกล่าวอ้างเป็นเหตุให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงเนื่องจากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ (Fundamental change of circumstances)

ตัวอย่างได้แก่ เมื่อสหภาพโซเวียตรัสเซียล่มสลายก็เกิดข้อสงสัยในทางระหว่างประเทศว่าสนธิสัญญาที่สหภาพโซเวียตได้กระทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสนธิสัญญาห้ามการใช้อาวุธนิวเคลียร์ *Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems; May 26, 1972* ลงนามเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ. 1972 ที่กรุงมอสโก โดยผ่านความเห็นชอบของสภาซันเนท สหรัฐ (US Senate) เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 1972 และมีผลบังคับเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1972 นั้นซึ่งขณะนั้นสหภาพโซเวียตรัสเซียได้กระทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นรัฐภาคีหนึ่งเดียวคือสหภาพโซเวียตรัสเซียซึ่งได้รวมเอาประเทศในสหภาพเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเป็นประเทศเดียว แต่ต่อมาเมื่อสหภาพโซเวียตล่มสลายลง ย่อมไม่ได้คงสถานะทางกฎหมายเป็นประเทศสหภาพโซเวียตรัสเซียอีกต่อไป แต่กลายเป็นประเทศรัสเซีย และประเทศที่เคยรวมกันเป็นประเทศสหภาพโซเวียตรัสเซียได้แยกตัวเป็นรัฐอิสระรัฐเล็กจ้อย จึงไม่มีฐานะเป็นประเทศที่เคยเป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญาอีกต่อไป ถือได้ว่าสนธิสัญญานับนี้สิ้นสุดลงหรือไม่ และหากสหรัฐไปทำสนธิสัญญากับทุกประเทศที่แยกตัวเป็นอิสระรวมทั้งประเทศรัสเซียด้วย จะถือว่ามีผลเท่ากับสนธิสัญญานับเดิมหรือไม่ นักกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็เห็นว่าสนธิสัญญาเดิม คือ *Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems* นั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว และการทำสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับกลุ่มประเทศเหล่านี้ เป็นรายประเทศไป ได้กลายเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับใหม่หลายๆฉบับกับแต่ละประเทศไป

อีกกรณี ได้แก่กรณีการทำสนธิสัญญา "Warsaw Pact" หรือมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า Treaty of Friendship, Co-operation and Mutual Assistance เป็นความตกลงระหว่างกลุ่มรัฐสังคมนิยม

ในยุโรปตะวันออก และยุโรปกลาง ซึ่งทำขึ้นในปี ค.ศ. 1955 เพื่อเป็นกลุ่มป้องกันร่วมต่อต้านกลุ่ม NATO ของค่ายเสรีนิยม ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1949 ความตกลง วอร์ซอร์ ดังกล่าวมีผลบังคับในช่วงสงครามเย็น จนกระทั่งสหภาพโซเวียตรัสเซียล่มสลาย ทำให้ประเทศต่างๆที่เป็นภาคสมาชิกถอนตัวจากความตกลงดังกล่าว และในที่สุดสนธิสัญญาฉบับนี้ก็สิ้นสุดลงอย่างเป็นทางการ เมื่อเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1991 นับเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการสิ้นสภาพทางกฎหมายเป็นผลให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือเป็นเหตุให้มีการถอนตัวจากสนธิสัญญา ดังกล่าวแล้ว

2. เหตุอื่น ๆ ที่ทำให้สนธิสัญญาอาจสิ้นสุดลง

นอกจากกรณีสำคัญที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในการที่จะทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือ ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา หรือเป็นเหตุให้รัฐภาคีถอนตัวจากสนธิสัญญาแล้วยังมีเหตุอื่น ๆ ที่อาจจะทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือไม่มีผลบังคับได้แก่ กรณีการเกิดสงครามขึ้นระหว่างรัฐภาคี ที่ทำให้ไม่อยู่ในฐานะที่จะมีการปฏิบัติตามสนธิสัญญา ในสมัยก่อนนั้นถือว่าเมื่อเกิดสงครามแล้วสนธิสัญญาย่อมสิ้นสุดลง แต่ต่อมามีแนวคิดใหม่เห็นว่าการเกิดสงครามระหว่างรัฐภาคีไม่ทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง ผลทางกฎหมายของสนธิสัญญาไม่ถูกระงับกระเทือนแต่อย่างใด ดังนั้นเมื่อสงครามสิ้นสุดลงรัฐภาคียังคงปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไปอีกได้เพราะการเกิดสงครามไม่ได้เป็นเหตุให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมาย เว้นแต่รัฐภาคีต่างแสดงเจตนาจะยุติสนธิสัญญา หรือ การมีสัมพันธภาพที่ดีต่อกันเป็นสาระสำคัญ หรือเป็นเงื่อนไขของการปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือมีข้อตกลงกำหนดเหตุแห่งการยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างกันหากเกิดสงครามขึ้น

สำหรับกรณีของการตัดความสัมพันธ์ทางการทูต หรือทางกงสุลนั้นไม่กระทบกระเทือนผลทางกฎหมายของสนธิสัญญา ซึ่งรัฐภาคีมีผลผูกพันตามสนธิสัญญา เว้นแต่การคงอยู่แห่งความสัมพันธ์ทางการทูตนั้นเป็นสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญา และเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วย ย่อมทำให้ไม่อาจจะคงสนธิสัญญาไว้ได้ แต่หากเป็นสนธิสัญญาที่บรรจุหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้แม้การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตแล้วก็ตามรัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติตามพันธะกรณีแห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นๆ ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่นกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการทูต และกงสุล แม้รัฐภาคีได้ตัดความสัมพันธ์ทางการทูตไปแล้วก็ตามแต่รัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติตามพันธะกรณีภายใต้กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตต่อไป

3. ผลของความไม่สมบูรณ์ การยกเลิก และการระงับใช้สนธิสัญญา

ในส่วนสุดท้ายนี้จะกล่าวถึง ผลของความไม่สมบูรณ์ (Invalidity) การยกเลิกหรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญา (Termination) และการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา (Suspension) โดยกล่าวถึงผลทางกฎหมายของสนธิสัญญาในกรณีต่างๆที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในเหตุต่างๆ ของการสิ้นผล ยกเลิก หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา

3.1 ผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา

มาตรา 69 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการที่สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีผลโดยชอบตามกฎหมาย (Consequences of the invalidity of a treaty) ไว้ดังนี้

1. หากปรากฏว่าสนธิสัญญาใดมีความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้น จากเหตุต่างๆตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นี้ ให้สนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะ และข้อบทต่างๆของสนธิสัญญาที่เป็นโมฆะนี้ไม่มีผลบังคับใดๆทางกฎหมาย²⁰⁸ ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาได้แก่ การขาดความสามารถของผู้แทนของรัฐเพราะขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐตามมาตรา 47 หรือ เพราะเกิดการผิดพลาดขึ้น (Error) ในสนธิสัญญาตามมาตรา 48 อนุสัญญาฉบับเดียวกัน เหตุเหล่านี้ทำให้สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์ ดังนั้นมาตรา 69 กำหนดให้สนธิสัญญาเหล่านั้นเป็นโมฆะเสียเปล่า (Void) นับตั้งแต่ได้มีการยกเหตุดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้าง และสนธิสัญญาที่เสียเปล่านี้ย่อมไม่มีผลบังคับใดๆตามกฎหมายนับตั้งแต่เวลาที่สนธิสัญญาเสียเปล่า

2. แต่ถ้าหากได้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นไปแล้วโดยสุจริตให้

(ก) แต่ละรัฐภาคีอาจจะกำหนดให้รัฐภาคีอื่น ๆ กระทำทุกวิถีทางเท่าที่จะกระทำได้ เกี่ยวกับการความสัมพันธ์ร่วมกันในฐานะรัฐภาคีให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ดำรงอยู่นั้นถ้าหากจะไม่มี การปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้น

(ข) การปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริตก่อนที่สนธิสัญญานั้น จะถูกกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีผลบังคับนั้น ไม่ถือว่าการปฏิบัตินั้นๆไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้น กล่าวคือการปฏิบัติตามสนธิสัญญาอย่างใด ๆ ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะไม่สมบูรณ์ หากถูกระทบกระเทือนในความสมบูรณ์แห่งการปฏิบัตินั้นๆ ไม่²⁰⁹

ในกรณีนี้หมายถึง หากรัฐภาคีใด ๆ ได้มีการกระทำ หรือปฏิบัติตามสนธิสัญญาไปแล้วก่อนที่จะมีการกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้น การกระทำโดยสุจริตนั้นไม่ถือว่าตกเป็นอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเพราะเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา โดยให้แต่ละรัฐภาคีกระทำทุกวิถีทางเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อให้ทุกรัฐกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ควรจะเป็นหากไม่มีการกระทำในการปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น

²⁰⁸ Art. 69 Consequences of the invalidity of a treaty 1. A treaty the validity of which is established under the present Convention is void. The provision of a void treaty have no legal force.

²⁰⁹ Art. 69. 2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty: (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed; (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

3. ในกรณีที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 49, 50, 51, หรือ 52 ความในข้อ 2 ข้างต้นจะไม่ปรับใช้ มาตรการดังกล่าวกับรัฐภาคีที่ได้กระทำการอันเป็นต้นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นๆ กล่าวคือ หากความไม่สมบูรณ์นั้นๆ เกิดขึ้นเพราะการฉ้อฉล (Fraud) ตามมาตรา 49 หรือการประพฤติมิชอบ (corruption) ตามมาตรา 50 หรือการข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐตามมาตรา 51 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา²¹⁰ ในกรณีนี้หมายถึงการที่รัฐที่เป็นต้นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นนี้ไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้รัฐภาคีอื่น ๆ กระทำการเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นตามมาตราที่กำหนดไว้ใน ข้อ 2

ส่วนการที่สนธิสัญญาเป็นโมฆะทันทีที่ได้มีการข่มขู่รัฐโดยตรงตามมาตรา 52 นั้น การใดๆ ที่ได้กระทำลงอันเป็นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่เป็นโมฆะนั้น ย่อมไม่มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด เนื่องจาก การข่มขู่รัฐทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรกทันที (Void ab initio)

4. ในกรณีความไม่สมบูรณ์แห่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตนตามสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น ให้ นำเอาหลักเกณฑ์ในวรรคต่าง ๆ ข้างต้นนี้มาปรับใช้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีนั้น ๆ กับรัฐภาคีอื่น ๆ แห่งสนธิสัญญานั้น ๆ ด้วย²¹¹ ผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้น

3.2 ผลของการยกเลิกสนธิสัญญา

มาตรา 70 ของอนุสัญญา กรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการยกเลิกสนธิสัญญาไว้ ดังนี้

1. เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือ ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การยกเลิกสนธิสัญญาภายใต้บทบัญญัติของสนธิสัญญานั้น หรือที่เป็นไปตามที่อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้กำหนดไว้ ให้มีผลดังนี้ คือ

(ก) ให้รัฐภาคีหลุดพ้นจากพันธกรณีทั้งปวงในอันที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาอีกต่อไป

(ข) การยกเลิก หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญาไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ พันธะความผูกพัน หน้าที่ หรือ สถานการณ์ทางกฎหมายของรัฐภาคี ที่ได้มีขึ้นภายใต้สนธิสัญญา หรือที่เกิดขึ้น เนื่องจากการบังคับตามผลของสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง

2. หากรัฐภาคีได้ประกาศ หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาพหุภาคี ข้อบทในข้อที่ 1 ข้างต้นจะนำมาปรับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีนั้น และรัฐภาคีอื่น ๆ แต่ละรัฐแห่งสนธิสัญญานั้น เมื่อการประกาศ หรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญานั้นมีผลตามกฎหมาย²¹²

²¹⁰ Art. 69. 3. In case falling under articles 49, 50, 51, or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.

²¹¹ Art. 69. 4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

3.3 ผลของการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา

มาตรา 72 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาไว้ดังนี้

1. เว้นแต่สนธิสัญญาจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือรัฐภาคีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญาภายใต้บทบัญญัติของสนธิสัญญา หรือที่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้น ให้มีผลดังต่อไปนี้

(ก) ปลดเปลื้องรัฐภาคีซึ่งสนธิสัญญานั้นระงับการใช้บังคับ จากหน้าที่ พันธะความผูกพันตามสนธิสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างกัน ในระหว่างระยะเวลาที่มีการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานั้น

(ข) ไม่กระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้น

2. ในระหว่างระยะเวลาที่มีการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญานั้น รัฐภาคีพึงละเว้นจากการกระทำใดๆ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการกลับมาใช้บังคับของสนธิสัญญาอีก (Resumption)²¹³

3.4 ผลของความเป็นโมฆะแห่งสนธิสัญญาซึ่งขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

กรณีที่สนธิสัญญาเป็นโมฆะเพราะขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีสองกรณี กล่าวคือ

1. กรณีที่สนธิสัญญาไปขัดกับกฎหมายเด็ดขาดที่มีอยู่แล้วในขณะที่ทำสนธิสัญญา ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ซึ่งผลของสนธิสัญญาจะเป็นโมฆะทันทีที่ทำสนธิสัญญา (Void ab initio) ในกรณีนี้ มาตรา 71 (1) แห่งอนุสัญญาฉบับเดียวกันนี้บัญญัติถึงความเป็นโมฆะของสนธิสัญญาดังกล่าวไว้ว่า

²¹² Art. 70 Consequences of the termination of a treaty. 1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention: (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty; (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination. 2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1. applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

²¹³ Art. 72 Consequences of the suspension of the operation of a treaty 1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention: (a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension; (b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty. 2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

- ก. ให้รัฐภาคีทั้งหมดขจัดผลของการกระทำใดๆ ที่ได้กระทำขึ้นอันเป็นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ นี้ให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ เช่นรัฐภาคีตกลงร่วมกันใช้กำลังรุกรานรัฐอธิปไตยอื่น และได้มีการดำเนินการใดๆ ไปตามพันธกรณีตามสนธิสัญญานี้แล้ว จะต้องระงับการกระทำนั้นๆ ทันที และขจัดความเสียหายอันเป็นผลของการกระทำนั้นๆ ด้วยเท่าที่จะกระทำได้
- ข. ให้รัฐภาคีทั้งปวงดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างกันให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วนั้น²¹⁴

4. ในกรณีที่สนธิสัญญาได้ตกเป็นโมฆะ และสิ้นสุดลงภายใต้ มาตรา 64 ซึ่งเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นและมีผลบังคับอยู่ก่อนแล้ว จึงมีหลักกฎหมายเด็ดขาดที่มาห้ามบทบัญญัติในสนธิสัญญา หรือมาขัดกับสนธิสัญญาที่บังคับใช้อยู่ นั้น การสิ้นสุดของสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลดังต่อไปนี้ คือ

(ก) ปลดเปลื้องรัฐภาคีจากพันธกรณีในอันที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป

(ข) ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ พันธะ ความผูกพัน หรือสถานการณ์ทางกฎหมายของรัฐภาคี ที่ได้มี ได้เกิดขึ้นอันเนื่องจากการบังคับใช้สนธิสัญญา หรือเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง หรือสิ้นสุด แต่สิทธิ หน้าที่ หรือพันธะความผูกพัน หรือสถานการณ์นั้นในตัวเอง จะยังคงดำรงอยู่ต่อมาเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในภายหลังนั้น²¹⁵

²¹⁴ Art. 71 Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law 1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall: (a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and (b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

²¹⁵ Art. 71. 2. In the case of treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty: (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty; (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

คำชี้แจงการใช้ข้อมูลในบทที่ 6

การวิเคราะห์ Model การเจรจา FTA ในข้อบทด้านการลงทุนนี้ เป็นการชี้ให้เห็นประเด็นทางกฎหมายจากข้อเรียกร้องของสหรัฐเองที่เสนอต่อไทย ตาม Model ของสหรัฐ (ใช้ข้อมูล ณ. ปี 2005 จาก www.bit.org) และได้เสนอประเด็นพิจารณาให้ฝ่ายเจรจาในหลายวาระแตกต่างกัน ประเด็นเหล่านี้ หากฝ่ายเจรจาได้นำไป พิจารณาต่อรองกับสหรัฐในรอบต่าง ๆ มาแล้ว และข้อบทที่ได้ผ่านการเจรจา ณ. ปัจจุบัน ได้เปลี่ยนแปลงไปบ้างแล้วจากข้อบทที่สหรัฐเสนอมานั้น ย่อมเป็นการได้ใช้ประโยชน์จากประเด็นที่วิเคราะห์ พิจารณานี้บ้างระดับแล้ว ดังนั้นหากสถานะปัจจุบัน ข้อบทความตกลงได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามผลของการเจรจาแตกต่างจากที่สหรัฐได้เสนอมารวม Model นี้ ไม่ได้หมายความว่า ข้อบทที่วิเคราะห์มานี้ผิดพลาด แต่เป็นการได้รับประโยชน์จากการหยิบยกประเด็นที่ชี้แนะมานี้ เพื่อการพิจารณา เสร็จต่อรองแล้วสามารถเปลี่ยนแปลงการเรียกร้องของสหรัฐได้บ้าง บางระดับ หรือมีการตกลงกันในประเด็นที่ไทยเสียเปรียบได้บ้าง อย่างไรก็ตาม ปัญหาในด้านการ Implementation เป็นประเด็นที่สำคัญที่จะละเลยมิได้ เช่นประเด็นการบังคับใช้ FTA ในระดับ State law ของสหรัฐ เป็นต้น

อนึ่ง Model ที่สหรัฐเสนอภายใต้ FTA นั้นเป็น Model ที่สหรัฐได้พัฒนาขึ้นมาจาก Model ที่เคยมีมาก่อน เพื่อให้หนักลงทุนสหรัฐได้ประโยชน์สูงสุด หรือ ได้รับมาตรฐานในการคุ้มครองและเปิดเสรีในประเทศที่รับการลงทุนสูงสุด ซึ่งบางมาตรการถึงแม้จะเคยมีอยู่ใน BIT ก็อาจจะยังปรากฏใน FTA ด้วย เพราะเป็นสิ่งที่เอื้อประโยชน์อยู่แล้ว Model ใหม่ ไม่ได้หมายความว่าแตกต่างโดยสิ้นเชิงจาก Model เดิมที่มีมาก่อนแล้ว จึงทำความเข้าใจการใช้ข้อมูลนี้มาเพื่อทราบ

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

Mahatma Gandhi

“โลกมีทรัพยากรเพียงพอสำหรับความต้องการที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์ทุก ๆ คน แต่มีไม่เพียงพอสำหรับความโลภที่ไม่สิ้นสุดของมนุษย์ทุก ๆ คน”

มหาตมะ คานธี

Lamy’s statement

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

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

บทที่ 6

ข้อเสนอแนะต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน²¹⁶

ผลกระทบที่สำคัญของ FTA Thai - US ต่อประเทศไทย

การทำ FTA Thai-US ตามความเรียกร้องทั้งหมด ของสหรัฐอเมริกาต่อประเทศไทย (หากไทยไม่ประสบความสำเร็จในการต่อรองกับสหรัฐอเมริกา) จะเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจของไทยครั้งมหาศาล และย่อมมีผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อวิถีไทย และระบบคุณธรรม จริยธรรม และหากยอมตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องทุกประการ ก็จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายในครั้งเดียวที่มหาศาลที่สุดครั้งหนึ่ง (เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับ FTA ไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว) Contradiction ระหว่างเศรษฐกิจพอเพียง กับ Global Market ในแนวคิดแบบ Neo-Classical หรือ Neo-Liberalism อาจมีหลายธุรกิจจะล้มหายตายจากไปเพราะการแข่งขันไม่ได้ ด้วยกำลังทุน และเทคโนโลยี จึงเป็นประเด็นที่ภาครัฐควรจะหันมาส่งเสริมให้ไทยแข็งแกร่งจากภายใน จากภูมิปัญญาไทย พัฒนาศักยภาพ คุณภาพไทยให้ยั่งยืน

การทำ FTA Thai-US ครั้งนี้ ไม่ใช่ใช้วิธีการเปิดเสรีตามทฤษฎีว่าด้วย Economic integration, Economic cooperation หรือ Free Trade Area ตามครรลองที่ควรจะเป็น หากแต่พบว่าภายใต้ความตกลงฉบับดังกล่าวมีการเรียกร้องในสิ่งที่มีใช้การเปิดเสรีโดยตรงอย่างมากมายที่กระทบต่อผลประโยชน์ระยะยาวของประเทศชาติบ้านเมือง ฐานทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาไทย ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศักยภาพในการพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสูญเสียที่มีอาจคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ Invisible loss ที่ไม่คุ้มกับ visible gain ที่ไทยจะได้รับ

ขณะที่การเจรจาระดับพหุภาคีขององค์การระดับโลก กำลังดำเนินอยู่ภายใต้กรอบโดฮา ว่าด้วยการพัฒนา (Doha Development Round) สหรัฐกลับรุกหนักเพื่อจัดทำข้อตกลงทวิภาคีและข้อตกลงแบบภูมิภาคนิยม คู่ขนานไปกับการเจรจาพหุภาคีขององค์การการค้าโลก

²¹⁶ หมายเหตุ การเสนอความเห็นนี้ ใช้ข้อมูลในการศึกษา ณ. เดือนกุมภาพันธ์ 2005 จาก www.BIT.org ตามข้อเรียกร้องของสหรัฐ ส่วนสถานะปัจจุบัน หลังจากการเจรจาไปแล้ว ข้อตกลงอาจมีการเปลี่ยนแปลงไป จึงขอชี้แจงว่าการหยิบยกประเด็นข้อเรียกร้องของสหรัฐมาศึกษานั้นเป็นไปตามข้อเสนอฝ่ายสหรัฐ เพื่อชี้ให้ฝ่ายเจรจาไทยได้ตระหนักเพื่อการเจรจาทันทีกับสหรัฐ ดังนั้นหากผลสุดท้ายความตกลงยอมไม่เหมือนกับประเด็นที่ได้นำมาศึกษานี้ และถือว่าได้เกิดประโยชน์จากการชี้แนะนี้แล้ว

เหตุผลสำคัญที่สหรัฐต้องหันมาทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ นั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ ประการแรกคือ การเจรจาพหุภาคีในกรอบโดฮาขาดความแน่นอน ประเทศสมาชิกต่างๆ ได้แตกแยกกัน ออกเป็นกลุ่มๆ ยากที่การเจรจาประเด็นการค้าต่างๆ จะได้ข้อสรุปเป็นที่ยุติ

ประการที่สอง หัวข้อการเจรจาในกรอบโดฮาที่กำลังดำเนินอยู่ส่วนใหญ่ มิได้เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสหรัฐสักเท่าใดนัก ในทางตรงกันข้าม หากการเจรจาประเด็นต่างๆ ของกรอบโดฮา สามารถกระทำได้เป็นผลสำเร็จ ก็จะทำให้สหรัฐต้องเสียประโยชน์มากมาย การเจรจากับประเทศต่างๆ แบบทวิภาคีและภูมิภาคนิยม จะเอื้อให้สหรัฐสามารถโน้มหน้าเปลี่ยนแปลงนโยบายและกฎหมายของประเทศคู่ค้าได้ง่าย และสะดวกกว่าการเจรจาแบบพหุภาคี ต่อไป และหลังจากประเทศต่างๆ ยอมรับข้อตกลงภายใต้กรอบของ การเจรจาการค้าระดับทวิภาคี ที่สหรัฐอเมริกาสงวนแล้ว ย่อมมีความสะดวกในการที่จะนำกรอบของกฎหมายดังกล่าวมาแทนที่ระเบียบการค้าในระดับพหุภาคีต่อไปได้โดยง่าย

จากการชะงักงัน และปัญหาในการเจรจาภายใต้กรอบของ WTO ดังกล่าว ในขณะที่ภายใน สหรัฐอเมริกา มีการ Lobby จากกลุ่มผลประโยชน์ในสหรัฐอเมริกา อีกทั้งรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ตลอดจนประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลายเรียกร้องความตกลงที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และการพัฒนาที่ยั่งยืน มากขึ้นเรื่อยๆ โดยมุ่งต่อการเปิดเสรีมากขึ้นทางด้าน การลงทุน การค้าบริการ และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่ประเทศเหล่านี้มีผลประโยชน์มากกว่า และ มีการต่อต้านจากประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย กดดันให้ สหรัฐอเมริกาหันมาใช้ยุทธวิธีในการเจรจาทำ FTA ในระดับทวิภาคีแทน และโดยอาศัยอำนาจการต่อรองที่สูงกว่า และอำนาจทางเศรษฐกิจที่สูงกว่ากดดันให้ประเทศต่างๆ ยอมตกลงทำ FTA ด้วย และระบอบไปในหลายกลุ่ม Cluster

การประสบความสำเร็จในการทำ FTA กับประเทศกำลังพัฒนาที่ค่อยๆ ขยายวงกว้างออกไปใน ภูมิภาคต่างๆ ทำให้สหรัฐอเมริกาใช้นโยบาย ชะงักงันที่จะเจรจาใน Trade negotiation round ภายใต้ กรอบของ WTO มากขึ้น และหันมาสร้างแรงกดดันเพิ่มขึ้นให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นคู่ค้าต่างต้องยอม ทำ FTA ในระดับทวิภาคีมากขึ้นเรื่อยๆ เพราะประเทศต่างๆ กลัวการสูญเสียตลาดสหรัฐอเมริกาให้แก่ ประเทศคู่แข่งอื่นๆ ในตลาดสหรัฐอเมริกาที่ยอมทำ FTAn กับ สหรัฐอเมริกา

ในท้ายที่สุดหากสหรัฐประสบความสำเร็จในการทำ FTA ไปทั่วโลกแล้วกรอบการค้าภายใต้ FTA จะ ค่อยๆ ถูกนำไปแทนที่ กรอบการค้า WTO ในที่สุดได้ไม่ยาก เนื่องจากหากชาติที่เคยต่อต้านกฎระเบียบ เหล่านี้ พวกเขายอมรับกฎเกณฑ์ต่างๆ ตามคำเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาแล้ว ก็ไม่อาจจะลุกขึ้นมาต่อต้าน กฎระเบียบเหล่านั้นในระดับพหุภาคีอีกต่อไป ตลาดการค้าโลกที่ไม่มีพรมแดน ไม่มีอุปสรรคจากภาครัฐ ของประเทศต่างๆ อันเป็นที่พึงประสงค์ของนายทุน ย่อมนำมาสู่การมีอำนาจเหนือรัฐ และผลประโยชน์ที่ ไร้พรมแดนของนายทุนยุคโลกาภิวัตน์

หากมองอย่างผิวเผินอาจจะเห็นว่าเป็นผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ แต่เมื่อศึกษาวิเคราะห์ลึกลง ไปโดยเฉพาะในแง่ของกฎหมายแล้วจะพบเงื่อนไขที่ต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง และต้องอาศัยปัญหาในการ พิจารณา การมีวิสัยทัศน์ที่ยาวไกล และการเตรียมพร้อมอย่างรอบคอบ มิฉะนั้นโลกเศรษฐกิจทั้งโลก จะ อยู่ภายใต้อำนาจของเครือข่ายบริษัทข้ามชาติของประเทศมหาอำนาจที่สามารถ Mobile ไปได้ทั่วโลก และ สร้างเครือข่ายอุตสาหกรรมในทุกภูมิภาค

โลกนี้ไม่เคยว่างเว้นจากอำนาจของประเทศมหาอำนาจ ตั้งแต่ยุคอาณานิคม การมีทาส และมา สมัยต่อไปเป็นยุคอาณานิคมทางเศรษฐกิจที่เลวร้ายไม่แพ้กัน หากจะนับไปแล้วประเทศทั่วโลกเพิ่งจะ ปลดแอกจากระบอบเจ้าอาณานิคม เป็นประเทศเอกราชมาได้ประมาณ 40 กว่าปีเท่านั้นเอง ประเทศ กำลังพัฒนาเพิ่งจะได้ธำบิดโดยทางเศรษฐกิจมาไม่นาน แต่ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้กำลังกระโจนไปสู่ การเป็นอาณานิคมทางเศรษฐกิจอีกครั้งหนึ่งในยุคโลกาภิวัตน์ และด้วยนวัตกรรมทางเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า ล้ำยุคของประเทศมหาอำนาจทำให้การผลาญทรัพยากรธรรมชาติเป็นไปอย่างรวดเร็ว แน่หนอนว่าประเทศ ที่ด้อยกว่าย่อมเป็นเหยื่อของประเทศมหาอำนาจ ที่จะถูกใช้เป็นฐานการผลิต และมาผลาญการใช้ ทรัพยากรอย่างรวดเร็วให้หมดสิ้นไป นำผลประโยชน์สู่ประเทศมหาอำนาจเหล่านั้น จากการเปิดเสรีที่ไม่ มีอุปสรรคนี้เองทำให้ไม่มีกรอบของกฎหมายที่จะมาขัดขวางการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ

นอกจากนั้นการทำประโยชน์จากการเป็นเจ้าของเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายการคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ประเทศมหาอำนาจมีอำนาจเหนือการพัฒนา และตัดรอนศักยภาพของคน ท้องถิ่นในการพัฒนา Appropriate technology ในระยะยาวต่อไป อีกทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจน ทรัพยากรทางธรรมชาติอันเป็นทรัพย์สินทางชีวภาพที่มีคุณค่า อาจจะถูกปล้นไปโดยยุทธวิธีที่แยบยล ภายใต้กรอบของ FTA นับเป็นการสูญเสียที่ยิ่งใหญ่ อีกทั้งก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ยากจะเยียวยา หากการใช้มาตรการป้องกันสิ่งแวดล้อมต่อนักลงทุนต่างชาติถูกตีความว่าเป็นการยึดทรัพย์สินทางอ้อม และ รัฐบาลถูกฟ้องร้องห้ามการใช้มาตรการดังกล่าวอีกต่อไป ปัญหาสิ่งแวดล้อมถูกทำลายจึงเป็นเรื่องที่น่า เป็นห่วงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายใต้ FTA Thai-US นั้นการผลาญทรัพยากรธรรมชาติไม่ถือว่าเป็นการ ทำลายสิ่งแวดล้อม

สิ่งที่น่าเป็นห่วงคือการสูญเสียพื้นที่ทางการเกษตรแก่การรุกรานทางการลงทุนทาง อุตสาหกรรม หากไม่มีการวางแผนจัดผังเมืองและสงวนเขตการเกษตรไว้ไม่นานคนชาติก็จะมีที่ดินทำ การเกษตรและอาจจะต้องนำเข้าสินค้าทางการเกษตรจากต่างประเทศมาบริโภคต่อไป หรือมีราคาแพง อย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากรัฐบาลไทยยินยอมให้มีการอนุญาตให้ต่างชาติถือครอง หรือมี กรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วยแล้ว ไม่ใช่เป็นสิ่งที่เป็นไปได้เลยที่ที่ดินของชาติจะตกอยู่ในมือคนต่างชาติเป็น จำนวนมาก

การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมายตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอ

มาตรา 1. Scope and Coverage

ประเด็น บทนิยาม “Investor” และ “Covered investment” เป็นการกำหนดบทนิยาม คำว่า “นัก ลงทุน” และ “การลงทุน” เพื่อเป็นกรอบการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนที่กว้างขวางไร้ขอบเขต

เพราะ บทนิยามคำว่าการลงทุน และ นักลงทุนเกี่ยวข้องกับหลายสิ่ง หาก ใคร หรือ สิ่งใด อยู่ ภายใต้บทนิยามนี้ก็จะได้รับประโยชน์จาก FTA ดังนั้น Portfolio Investment ก็เป็นการลงทุน นักลงทุน และ การลงทุน ภายใต้ FTA จะได้รับการคุ้มครอง และสิทธิประโยชน์ภายใต้ FTA ได้แก่

16. สิทธิประโยชน์ทั้งหลายภายใต้ FTA ทั้งหมด
17. การเข้ามา และ ได้รับความอนุเคราะห์การลงทุน (Entry, admission and Establishment)
18. การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน ได้รับความคุ้มครองจากการเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย การคุ้มครองจากการประกอบการ (Full Protection from expropriation) การได้รับการคุ้มครองภายใต้บทการคุ้มครองทั้งหลายเช่นเรื่องเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย และ การได้รับดอกเบี้ยต่างๆ full protection and security
19. การได้รับสิทธิภายใต้การเวนคืนยึดทรัพย์ทั้งทางตรงและทางอ้อม taking of property จากการบังคับใช้กฎหมายของไทย และการป้องกันการถูกทำลายโดย การจลาจล และ การใช้กำลัง
20. การได้รับสิทธิประโยชน์ และ สิ่งจูงใจในการลงทุน (Entitle to incentives) การได้รับสิ่งจูงใจในการลงทุน ทั้ง Tax incentives and non-tax incentives
21. การส่งผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศได้โดยเสรีหากเป็นผลได้จากการลงทุน (Entitle to freely fund transfer) ไทยอาจประสบภาวะวิกฤติทางการเงิน
22. การนำข้อพิพาทสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (dispute settlement) นักลงทุนฟ้องรัฐได้
23. อัตราส่วนการถือครองหุ้น (Equity ratio) อาจจะเป็น 100 % หรือได้สิทธิCumulative Equity Ratio ภายใต้ อาเซียนตามหลัก MFN
24. การได้รับการ(ประติบัติ)ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ/หรือ ชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment ในทุกกรณีภายใต้ FTA ทั้งในระยะก่อน และ หลังการเข้ามาลงทุน (Pre- Post Establishment)
25. การได้รับประโยชน์จากข้อบทเรื่องผู้บริหาร จัดการ (Management, Director)ที่เป็นคนต่างชาติได้ 100% ไม่ต้องเป็นคนไทยในคณะกรรมการบริหาร
26. เหตุที่นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินออกนอกประเทศโดยไม่จำกัด หรือตกอยู่ภายใต้กรอบมาตรการทางการเงิน Freely funds transfer ข้อนี้ทำให้ยากแก่การควบคุมการส่งเงินออกนอกประเทศโดยเฉพาะไม่สามารถมี Short-Term Capital Control ซึ่งอันตรายอย่างยิ่ง ไทยเคยหายนะกับเรื่องนี้มาแล้วตอน Financial Crisis
27. การได้รับสิทธิประโยชน์จากกระบวนการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในกรอบของ State-Investor dispute settlement นักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐได้
28. การได้รับผลประโยชน์ตามความตกลงภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆที่ไทยทำไว้ทั้งระบบทวิภาคี และพหุภาคีเช่นสิทธิประโยชน์ภายใต้ ASEAN
29. การได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย และมาตรการการลงทุนอื่นๆ หรือสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่น การส่งเสริมการลงทุนดังกล่าว และตามหลักการ NT/MFN
30. การได้สิทธิในการลงทุน หรือ ควบคุม การลงทุนทางอ้อม (Indirect Own or Control Investment)

แม้ไทยเสนอเฉพาะ “Direct investment” ก็จริงซึ่งถูก Circumvent ได้ไม่ยากนัก

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

- (i) an enterprise
- (j) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise
- (k) bonds, debentures, other debt instruments and loans;
- (l) future, options, and other derivatives;
- (m) Turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (n) Intellectual property rights;
- (o) Licenses authorization, permits and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (p) Other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;

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

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

2. มาตรา 2 Relation to other chapters

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

2. มาตรการและข้อบทในข้อบทการลงทุนไม่นำไปปรับใช้กับการนำพันธบัตร หรือหลักทรัพย์ใดๆที่จะต้องนำมาวางเป็นประกันในการให้บริการ คำบริการ

มาตรา 3. National Treatment

มาตรา 3.1, 3.2 ให้นำ National treatment มาปรับใช้ในชั้น pre-establishment ทำให้นักลงทุนและการลงทุน ไทยและสหรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุน ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนอื่นใด (TRIMS) ไม่อาจจะนำมาเป็นเงื่อนไขในการรับการลงทุน หรือเงื่อนไขในการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งหลายท่านอาจจะเห็นว่า TRIMS ก็เหมือนกับที่กำหนด ใน FTA นั้นแท้จริงแล้ว FTA ก้าวล่วงไปกว่านั้นมาก TRIMS-Plus โดยผ่านกลไกของ Negative Approach เพราะไม่ว่า TRIMS จะนำมาใช้ไม่ได้ก็ตามแต่อำนาจอธิปไตยของรัฐด้าน Core Sovereignty ไม่ได้ถูกระทบ แต่ FTA จะก้าวล่วงเข้ามาถึง Core Sovereignty ด้วยถ้าไทยไปตกลงผูกพันตามนั้น

มาตรา 3.3 ให้ไทยให้ National Treatment แก่ นักลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้กับคนชาติที่ลงทุนแม้ในระดับท้องถิ่น สหรัฐได้บทเรียนมาจากจีน conflict of law ระดับภายในชาติ

มาตรา 4 Most-Favored-Nation Treatment

มาตรา 4.1, 4.2 ให้ไทยต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแก่นักลงทุนและการลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้แก่ชาติชาติอื่นๆ ซึ่งย่อมรวมทั้งที่ไทยได้ให้แก่นักลงทุนและการลงทุนอื่นๆภายใต้ความตกลงระดับภูมิภาคใดๆ หรือ ระดับทวิภาคีใดๆ เช่น ภายใต้ความร่วมมือ อาเซียน ตามโครงการ AIA, AFAS, เป็นต้น เท่ากับสหรัฐต้องการ ASEAN-Plus อีกด้วย

ไทยได้สงวนที่จะไม่ให้ความผูกพันในระดับภูมิภาคอยู่ภายใต้มาตรา 4 แต่ต้องดูต่อไปว่าในท้ายที่สุด อเมริกายอมตามหรือเปล่า และคาดหมายได้ว่าไม่ยอม

มาตรา 5 Minimum Standard of Treatment ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ ซึ่งกว้างขวาง และส่วนใหญ่วิวัฒนาการจากโลกตะวันตกและประเทศที่พัฒนาแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งไปยกเลิก A New International Economic Order ในช่วง De-colonization ที่เคารพอธิปไตยของรัฐ

เหนือทรัพยากรธรรมชาติ และสิทธิของคนชาติทางด้านเศรษฐกิจ สหรัฐเรียกร้องการคุ้มครองอย่างเต็มที่ “Fair and Equitable treatment”, Full protection and security” “Do not deny justice...process embodied in the principal legal system of the world” “...to provide the level of police protection required under custom international law” และการปฏิบัติที่ดีกว่าที่สุทธระหว่าง NT, MFN, Minimum standard

มาตรา 5.3 หากสหรัฐปฏิบัติผิดในข้อใด ๆ หรือพันธะภายใต้ความตกลงใด ๆ (ที่สหรัฐมิได้เป็นภาคีด้วย) ไม่ถือว่าสหรัฐปฏิบัติผิดพันธะกิจภายใต้สนธิสัญญานี้

สรุป คือ ไทยให้สิทธิใดๆที่ดีกว่า มีประโยชน์กว่าต้องให้สหรัฐด้วย ส่วนข้อพันธะใดๆที่สหรัฐไม่ต้องการผูกพันด้วยโดยไม่ได้เป็นภาคี ไทยจะไปบังคับให้ต้องปฏิบัติตามไม่ได้ รับแต่สิ่งดีๆต้องการได้แต่สิทธิ แต่ปฏิเสธหน้าที่

ข้อ 4. ไทยต้องรับผิดชอบในความสูญหาย เสียหายใดๆ แม้เกิดขึ้นเพราะการใช้กำลัง สงครามกลางเมือง เหตุฉุกเฉินใด ดังนั้นหากในอนาคตเกิดคนไทยลุกฮือขึ้นมาทำลายโรงงาน การลงทุน การเดินประท้วง ทำลายทรัพย์สินใดๆ เกิดเหตุฉุกเฉินไม่ว่าไทยจะใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการเข้าควบคุมดูแล ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) แล้วก็ตามรัฐบาลไทยก็ต้องรับผิดชอบเสมอ เหตุสุดวิสัยไม่เป็นข้อยกเว้นหากไทยยอมตกลงรับ ข้อผูกพันตาม FTA

กรณีที่น่าเป็นห่วงอย่างมาก คือ กรณีที่รัฐวิสาหกิจ สาธารณูปโภคทั้งหลายที่จะแปรรูปเป็นของเอกชนแต่ต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรี ย่อมมีโอกาสมากมายที่จะตกอยู่ในกำมือของนักลงทุนต่างชาติ ที่เหนือกว่าด้วยทุน และเทคโนโลยี ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา รถไฟ โทรศัพท แหล่งน้ำ ซึ่งจำแนกเป็น แหล่งน้ำธรรมชาติ ประปา และ แหล่งน้ำในระบบชลประทาน เขื่อน

การแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นในต่างประเทศทำกันเป็นปกติก็จริง ไม่ใช่เรื่องแปลก แต่ถ้าประเทศไทยทำนั้นแตกต่างจากต่างประเทศอย่างมาก เพราะเหตุผลดังต่อไปนี้

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

ในปัจจุบันพลังงานทดแทนยังไม่ได้พัฒนาไปมากนัก การขาดแคลนพลังงาน ทำให้โอกาสที่ต่างชาติซึ่งได้กิจการเหล่านี้ไป ย่อมอาจจะนำเอาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มาใช้โดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งการลงทุนชนิดนี้สูงมากหากคนไทย ไม่ปรารถนาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เกิดการต่อต้าน รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบในทุกกรณี หากต้องยอมให้สร้าง ประเทศไทยก็เสี่ยงกับ โศกนาฏกรรมเช่นโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์เชอโนบีลในรัสเซีย ที่เทคโนโลยีสูงมากแล้วยังพลาดได้คนตายจำนวนมากมาขนาดเจ็บและเป็นมะเร็งจำนวนมากเหมือนโดนระเบิดปรมาณู หากไม่ยอมให้สร้างรัฐบาลก็ต้องชดใช้ทรัพย์สิน พร้อมดอกเบี้ยมากมายมหาศาล ที่คนไทยทุกคนต้องแบกรับภายใต้ข้อตกลงเรื่องการชดเชย

การเวนคืน ยึดทรัพย์ทั้งทางตรง และ ทางอ้อมรัฐบาลไม่อาจควบคุม หรือกำหนดราคาค่าบริการได้ ผู้บริโภคจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูงมาก คนยากจนจะลำบาก

การแข่งขันที่จะสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ การได้ประโยชน์จาก Comparative Advantages และจาก Economy of Scale ได้จริงนั้น Competitor ต้องมีศักยภาพพอ ๆ กัน หาก คู่แข่งคนหนึ่งเป็น Champion อีกคนเป็นเด็กพิการขาดอาหาร ย่อมไม่มีโอกาสแข่งขันได้ในทุกกรณี ที่สำคัญไม่มีโอกาสได้แข่งด้วยเพราะถูกตัดโอกาสในการพัฒนาในระยะยาวด้วย

คำว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้นบทนิยามเป็นสิ่งสำคัญ มีแต่เงิน และวัตถุ แต่ขาดคุณภาพชีวิตจิตใจหยาบช้า สังคมตกต่ำ ช่องว่างระหว่างคนจนและคนรวยสูงเกินไป ชีวิตคนจำนวนหนึ่งไม่มีสภาพเป็นมนุษย์ เงินของคนรวยก็ไม่สามารถจะเยียวยาสังคมได้

การอยู่อย่างสมณะ พอเพียงตามแนวพระราชดำริ รักษาแผ่นดินไทยไว้ให้ลูกหลานได้อยู่อย่างมีความผาสุกนานๆ รักษาทรัพยากรธรรมชาติ และภูมิปัญญาไทยเอาไว้ให้ยั่งยืน พัฒนาคอนไทยให้มีปัญญามาก แนวทางการพัฒนาแบบยั่งยืน Sustainable Development เป็นสิ่งที่เหมาะกับคนไทย ไม่ต้องโตให้เร็วหรือหวือหวา แต่ว่าข้างในกลวง แม้แต่แผ่นดินก็ไม่อาจจะรักษาไว้ให้คนไทยอยู่ ชั่ว และ สินค้าเกษตรก็ต้องนำเข้า สภาวะเช่นนี้ อย่างนี้จะสุขหรือ อีกประการหนึ่งการเติบโตทางเศรษฐกิจที่คาดหวังนั้น ย่อมพัฒนาไปพร้อมกับค่าครองชีพที่สูงขึ้นตามไปด้วย รายได้ที่เพิ่มมากขึ้นไม่เพียงพอต่อระดับค่าครองชีพที่สูงกว่าตามมา ดังเห็นได้จากประเทศที่พัฒนาแล้ว อาจจะทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของคนไทย แย่ลงกว่าเดิม

สหรัฐอเมริกาไม่เปิดเสรีเรื่อง Labor Movement คนไทยไปอเมริกาไม่ได้นอกจากการลงทุน ซึ่งโอกาสน้อยกว่ามากนัก One way Investment- One way preferential treatment แต่ คนไทยเกิดและตายบนแผ่นดินไทย ไม่อาจจะหนีไปไหน ในขณะที่ นักลงทุนอเมริกาซึ่ง ผลาญทรัพยากรธรรมชาติไปหมดแล้วเหลือแผ่นดินที่ว่างเปล่าไว้เบื้องหลังให้คนไทย กับสภาพมลพิษ มลภาวะ สิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ทรัพยากรธรรมชาติถูกใช้สิ้นเปลืองหมดไป และภายใต้ Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal ก็มีหลักการให้ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตสินค้าต้องรับซากสินค้ากลับคืนไป การเข้ามาลงทุนอุตสาหกรรมที่มีพันธะต้องรับซากสินค้ากลับคืนมาทำให้แผ่นดินไทยเป็นที่รองรับซากขยะสินค้าจากทั่วโลกที่ ส่งออกจากประเทศไทย

ข้อ 5. กำหนดให้ฝ่ายไทยต้องรับผิดชอบทุกประการในการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะโดยการบังคับ หรือโดยอำนาจตามกฎหมายก็แล้วแต่ (5(a), 5 (b) ไทยต้องให้การชดเชยอย่างเดียวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการยึดทรัพย์ ตามหลัก Prompt, adequate, and effective ว่าด้วยการยึดทรัพย์

หากไทยไม่คุ้มครอง หรือคุ้มครองบกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในทุกกรณีไทยก็ต้องรับผิดชอบ หากไทยไม่ดูแลเรื่องโรงงานไทยปฏิบัติตามกฎหมาย ไทยก็ต้องรับผิดชอบ และอาจจะต้องชดเชยแบบเดียวกับการเวนคืน ยึดทรัพย์

ข้อ 6. Expropriation and Compensation

จะไม่มี การยึดทรัพย์สินทั้งทางตรงและทางอ้อม เว้นแต่ เพื่อประโยชน์สาธารณะไม่เลือกปฏิบัติมีการชดเชยอย่างเต็มที่ และเป็นไปตามกระบวนการที่ขอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 5.1-5.3 มาตรา 6.2.b

ส่วนการชดเชยต้องกระทำโดยทันทีไม่ล่าช้า ก่อนการยึดทรัพย์สิน หรือเวนคืนจะได้กระทำขึ้น (before the expropriation took place) ในวันที่ยึดทรัพย์สิน ในราคาตลาดตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงมูลค่าใดๆ และการชดเชยต้องสามารถนำเงินส่งออกนอกประเทศได้โดยเสรี ต้องสามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่แลกเปลี่ยนได้ด้วย และต้องชดเชยพร้อมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามทางการพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ ใครจะกำหนด เอาอะไรเป็นเกณฑ์กำหนด ตั้งแต่วันที่เวนคืน ยึดทรัพย์สิน จนถึงวันที่ได้ชดเชยจนเรียบร้อย (ในข้อนี้ฝ่ายเจรจาได้ชี้แจงว่า ความกำกวมในการตกลงได้ยินยอม ว่าให้หมายถึงการคำนวณค่าชดเชยเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการชดเชยตัวเงินจริงๆ จึงไม่ยืนยันข้อเท็จจริงส่วนนี้ ว่าสหรัฐยอมจริงหรือไม่)

ปัญหาเกี่ยวเนื่องของผลในมาตรานี้คือ กรณีที่มีการตีความว่า การที่นักลงทุน และการลงทุนสหรัฐถูกยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้น หากได้กระทำไปแล้ว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับในมาตรานี้ ไทยย่อมต้องเสียดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ถูกตีความว่ายึดทรัพย์สินทางอ้อม ฉะนั้นนอกจากไทยจะต้องรับผิดชอบใช้ คืบทรัพย์สินตามหลักการเวนคืน ยึดทรัพย์สินแล้ว ยังต้องโดนเรียกร้องให้ชำระดอกเบี้ยด้วยโดยอัตโนมัติ เท่ากับการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้นจะโดนเรียกเก็บดอกเบี้ยเสมอ ได้มีการเจรจายกเว้นตรงนี้หรือไม่?

มาตรา 7 Fund Transfers

การโอนเงิน หรือผลประโยชน์ใดๆออกนอกประเทศสามารถกระทำได้โดยเสรี และไม่ถูกจำกัด และให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตามอัตราห้องตลาดในเวลาที่ทำ การโอนปัญหาที่เชื่อมโยง คือ ประเด็นเรื่อง อะไรคือการลงทุน เพราะผลของกำไรจากการลงทุนโอนได้ทุกชนิด จึงต้องทราบว่า การลงทุนกว้างขวางแค่ไหน ผลประโยชน์จากการลงทุนก็กว้างขวางแค่นั้น การโอนเงินจึงสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดหากการลงทุนถูกนิยามไว้ไม่จำกัด

มาตรา 8 Performance requirements

มาตรการทางการลงทุนที่ถูกกำหนดห้ามภายใต้มาตรา 8 นี้กว้างกว่า TRIMS และที่จริงแล้ว TRIMS เพียงแต่ยกตัวอย่างของ TRIMS เท่านั้นและอยู่ภายใต้สิทธิในการเสนอขอเจรจาได้หลังจากผ่านช่วงเปลี่ยนผ่าน และ TRIMS นั้นห้ามเฉพาะที่รัฐเจ้าบ้านกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเพื่อรับการลงทุน หรือส่งเสริมการลงทุน แต่ตาม FTA นั้น ไม่ว่าจะกำหนดเป็นเงื่อนไข (มาตรา 8.2) หรือ แม้ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขการรับการลงทุน (มาตรา 8.1) ก็กระทำไม่ได้ โดยเหตุนี้ประโยชน์ที่ควรจะได้จากการลงทุนแก่ประเทศเจ้าบ้านเช่น การถ่ายโอนเทคโนโลยี การพัฒนาวิทยาการ การบริหารการจัดการ การตลาดหรือมาตรการอื่นๆที่ไทยเคยใช้เพื่อส่งเสริมการลงทุนจึงไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป

ยิ่งกว่านั้นที่เคยคิดว่าการลงทุนเป็นการดึงเม็ดเงินเข้าประเทศนั้นก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะทุกบาททุกสตางค์ที่นำเข้ามาในประเทศนั้น ในที่สุดจะถูกส่งออกไปทั้งหมดพร้อมกับกำไรที่มากกว่าก็ได้ จะ

ไม่เหลืออะไรสำหรับแผ่นดิน และคนไทย ทุนหมุนเวียนที่คงเหลือในประเทศก็เกินไปเพื่อการดำเนินการธุรกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของบริษัท (To maximize profit)

แม้จะปรากฏในวรรค 3 (a) ว่าไม่เป็นข้อห้ามที่จะกำหนดมาตรการบางประการเพื่อกำหนดที่ทำการผลิต ให้บริการ ฝึกหัดคน พนักงาน จ้างงาน ก่อสร้าง ติดตั้งอุปกรณ์ วัสดุ เครื่องมือ หรือเพื่อการวิจัยและพัฒนา ก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์โดยส่วนเดียวภายในการดำเนินการของผู้ประกอบการภายในองค์กรเท่านั้นมิใช่เพื่อประโยชน์ของสังคมไทยโดยรวม รวมทั้งข้อ 3(b) ไม่ให้นำวรรค 1 (b) มาปรับใช้ในการถ่ายโอนเทคโนโลยี ขบวนการผลิต หรือความรู้อื่นใดแก่บุคคลในประเทศเจ้าบ้านก็ตาม ก็เป็นเพียงผลประโยชน์ขององค์กรธุรกิจโดยตรงเท่านั้น

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

มาตรา 9 Senior Management and Boards of Directors

สนธิสัญญากำหนดห้ามที่จะมีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของผู้บริหารที่ไทยเคยกำหนดไว้เพื่ออำนาจในการควบคุม บริหาร และ ดูแลองค์กรธุรกิจ จึงกล่าวได้ว่าไทยไม่มีโอกาสเป็นเจ้าของบริษัทต่างชาติ เพราะไทยไม่สามารถกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท Limitation of Equity Ratio อีกต่อไป ต่างชาติสามารถเป็นผู้ถือครองหุ้นได้ 100% และไม่มีโอกาสเป็นคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่ไทยเคยทำได้

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

แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้มีกฎหมายกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้น 49-51 % ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ในหลายรูปแบบ เช่น การถือหุ้นในระบบ โนมินีก็จริงแต่สิ่งเหล่านั้นย่อมเป็นการกระทำผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งกระทำผิดกฎหมาย หากมีการตรวจสอบและพบ ย่อมเป็นการกระทำผิด อย่างน้อยบุคคลที่มีคุณธรรม จริยธรรมย่อมมีหิริโอตตัปปะ เกรง

กลัวไม่กล้ากระทำ หรือหากใจหายบกล้ากระทำก็ต้องคอยหวาดกลัวว่าจะถูกตรวจพบการกระทำผิดกฎหมายนั้นๆ จึงไม่เหมือนกันอย่างแน่นอน

แม้ว่ามาตรา 9.2 จะอนุญาตให้กระทำได้แต่ตอกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่าต้องไม่ทำให้อำนาจการบริหารจัดการเหนือการลงทุนต้องสูญเสีย หรือด้อยลงไป จึงเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติย่อมยากที่จะปฏิบัติตามได้ยิ่งโอกาสที่นักลงทุนเป็นเจ้าของทั้งหมด ย่อมไม่มีโอกาสที่คนไทยจะเข้าไปก้าวมาได้

มาตรา 10 Investment and Environment

ถึงแม้ถ้อยคำในข้อบทดังกล่าวจะอ่านแล้วดูดีก็ตามแต่ต้องตอกอยู่ภายใต้บริบทที่ว่า “Measure otherwise consistent with this Chapter”

มาตรา 12 Non-Conforming measures

3. หลังจากสนธิสัญญามีผลบังคับแล้วรัฐภาคีจะไม่ใช้มาตรการในการให้นักลงทุนชาย หรือจำหน่ายจ่ายโอน ถอนการลงทุน ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุน

มาตรา 14 การยุติข้อพิพาทซึ่งให้สิทธินักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง

ทำให้รัฐบาลไทยมีโอกาสถูกฟ้องเป็นหมิ่น เป็นพันล้านได้โดยง่าย เช่นที่เกิดขึ้นใน เม็กซิโก แคนาดา หรือ รัฐอาจจะหาทางออกโดยยอมแพ้เพื่อแลกกับการที่จะไม่ต้องถูกฟ้องโดยเอกชน ยอมไม่ออกกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่เป็นกรปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือคนชาติ หรือยอมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้ว เช่นนี้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติก็ถูกกระทบไปด้วย

ข้อที่น่าสังเกตคือนักลงทุนต่างชาติมีสิทธิมากกว่านักลงทุนไทยในการฟ้องร้องรัฐได้เนื่องจากเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนต่างด้าว จริงอยู่ที่สนธิสัญญาย่อมบังคับสองฝ่าย แต่ในความเป็นจริง ฝ่ายไทยมีโอกาสน้อยกว่าในการได้ประโยชน์จากข้อนี้ หากไทยลงทุนในสหรัฐไม่มากเท่าสหรัฐมาลงทุนในไทย อีกทั้งอำนาจและความรู้ที่แตกต่างกันในการใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญา

ข้อ 5. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันรัฐภาคี และรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยพลัน และในข้อ 6 รัฐภาคีจะไม่เรียกร้องหักกลบกับเงินที่จะได้รับจากการชดเชย

มาตรา 15

การนำข้อพิพาทสู่การอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการผิดสัญญาในพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา ผิดสัญญาการลงทุน หรือผิดหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการลงทุน ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการลงทุน และนักลงทุนไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม

รับรองกฎ ระเบียบของ UNCITRAL, ICSID, New York Convention, การบังคับการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยต้อง enforce arbitration award ให้โดยไม่ต้องพิจารณาคดีซ้ำ โดยเหตุที่

Arbitration Award นั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายในตัวเองเป็น Pacta Sunt Servanda การไม่ปฏิบัติตาม Arbitration Award จึงเป็นเพียงการผิดสัญญาเท่านั้น ดังนั้น FTA จึงเรียกร้องให้ศาลไทยบังคับการตาม Arbitration Award ให้อำนาจโดยพลัน

มาตรา 16 Consent of each party to arbitration

โดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการ จะต้องได้รับการยินยอมจากคู่ภาคีจึงต้องให้รัฐภาคีให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และให้เป็นไปตามบทบัญญัติ ICSID เรื่องเขตอำนาจเหนือการชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งให้บังคับการตาม New York Convention ด้วย

มาตรา 21 Governing Law

ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ, กฎหมายที่คู่ภาคีตกลง, ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือถ้าไม่ได้ตกลงไว้ให้ใช้กฎหมายขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ การตีความภายใต้ข้อบทเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการร่วม และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความเห็น หรือการตีความของคณะกรรมการ และหากคณะกรรมการไม่ให้คำตัดสิน ให้อำนาจตกเป็นของอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 25 ข้อ 10 ให้ถือว่าข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้า พาณิชยกรรม ทั้งนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมาตรา 1 ของ New York Convention

“A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purpose of Article I of New York Convention”

มาตรา 29 แม้จะมีมาตรการจำกัดการส่งออกเงินเมื่อมีภาวะเสียดุลทางการเงินก็ตามแต่กลับตกอยู่ภายใต้มาตรการของ IMF จะต้องคำนึงถึงเศรษฐกิจ และความเสียหายทางเศรษฐกิจของอีกฝ่ายหนึ่ง

Annex A Customary International Law นิยามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมโลก โดยเฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่มีโอกาสได้เห็น หรือศึกษา Annex ต่าง ๆ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญยิ่ง

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

Expropriation Annex B

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

(i) the economic impact of the government action,

(iii) the character of the government action

ไม่มีโอกาสเห็นสนธิสัญญาทั้งฉบับนั้นเสียมากเพราะต้องอ่านทั้งฉบับ ไม่ทราบว่ามีข้อบกพร่องที่อาจจะกระทบข้อบทยื่น เช่นนักลงทุนอาจจะได้ Double wind fall benefit จากการส่งเสริมการลงทุน เช่นการยกเว้นภาษี และขณะเดียวกันก็ได้รับสิทธิประโยชน์ตาม FTA ด้วย หรือประเด็นการลงทุนกับเรื่องวงแหวนล้อม เป็นต้น

ปัญหาด้านภาษีอากร ไทยได้ทำข้อสงวนเรื่องกฎหมายภาษีอากรไว้รัดกุมเพียงใดมิฉะนั้นการลงทุนที่ควรจะต้องให้ภาษีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของไทยจะตกอยู่ภายใต้การขนเงินออกนอกประเทศ และไม่ต้องเสียภาษี ทั้งจากผลของ Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Haven, Conduit Company etc. รายได้ของชาติคือภาษีอากรหารัฐบาลไม่ได้เก็บภาษีเต็มเม็ดเต็มหน่วย ชาติก็ไม่เหลืออะไร และไม่มีงบประมาณมาพัฒนาประเทศชาติ

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

จุดอ่อนของการเจรจา ทำ FTA Thai-US

- การยอมทำ FTA อย่างที่สหรัฐฯเรียกร้องทุกประการนั้นนับว่าเป็นการขาดวิสัยทัศน์ และผิดพลาดเชิงนโยบายอย่างยิ่ง ไทยต้องคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกันในการเจรจาทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ตามหลักอธิปไตยแห่งรัฐที่เท่าเทียมกัน
- ประเทศไทยจะมีความเข้มแข็งและมีอำนาจต่อรองที่ดีกว่าภายใต้กรอบการเปิดเสรีพหุภาคี ใน WTO ซึ่งอิงอยู่กับกฎระเบียบ (Rule - Based System) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำนาจการต่อรองที่อาจจะได้เปรียบหรือเสียเปรียบ จากอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Bargaining Power) หรือ แม้แต่การเจรจาที่ไทยร่วมกับกลุ่มสมาชิกอาเซียน จะเข้มแข็งกว่าภายใต้กรอบของอาเซียนกับโลกภายนอกที่เป็นคู่ค้า โดยการพัฒนารอบ แห่งกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพกว่าโดยมีกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายเป็นกลุ่มพลังร่วมกัน และอาเซียนเป็นการรวมตัวทางเศรษฐกิจภายในภายในภูมิภาค
- การตกลงภายใต้ WTO เปรียบเสมือนการตีตัวหนึ่งแถวเดียว ไม่มีใครนั่งบังใครแม้บางคนสูง บางคนต่ำกว่า แต่การทำ FTA เหมือนการตีตัวยืน ที่มีราคาแพงกว่าแต่ต้องเขย่งแก๊งกอย บางคนสูง บางคนต่ำ บางคนยืนแถวหน้า บางคนยืนแถวหลัง บางคนมีที่เสริมฐานที่ยืน แล้วแต่ใครจะเจรจา โดยมีอำนาจต่อรองสูงกว่ากันในบางประเด็น และไม่เสมอไปที่การเจรจาก่อนจะได้เปรียบกว่าหากรัฐที่มาเจรจาที่หลังมีอำนาจต่อรองสูงกว่าอาจจะได้ประโยชน์เหนือกว่ารัฐที่เจรจา FTA ก่อน
- การทำ FTA จึงเป็นการทำลายระบบกฎเกณฑ์การค้าโลก กรอบการค้าโลกที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย Rule-Based System มาสู่กรอบของการต่อรอง เป็น Preferential Trading System

- การเจรจา FTA แบบ “ปะติดปะต่อ” Patchy Work นั้นไม่เพียงพอที่จะพัฒนา และการปราศจากกรอบระเบียบและกลไกที่ดีเพียงพอทางการค้าและการลงทุนนั้นทำให้ไทยมีแต่จะเสียเปรียบและจะเพิ่มความหยายนะแก่ประเทศชาติ
- สหรัฐยอมไม่เจรจาในสิ่งที่ได้อยู่แล้ว ย่อมเจรจาในสิ่งที่ดีกว่า และยังไม่ได้ แม้ว่าอเมริกาถือว่า FTA เป็นการเจรจาจาก 0 ก็ตามแต่สิ่งใดที่อเมริกาได้ตามกรอบอื่น หรือตามกฎหมายอื่นใดแล้ว ย่อมไม่ต้องเจรจา จึงไม่ควรประเมินว่าประเทศไทยก็เปิดอยู่แล้ว มีอยู่แล้วเป็นการเข้าใจผิด FTA เป็น WTO-Plus, ASEAN-Plus, TRIPS-Plus, TRIMS-Plus และสหรัฐย่อมต้องการยกเลิก บัญชี 1 ที่ไทยสงวนไว้ ซึ่งเกี่ยวกับฐานทรัพยากรธรรมชาติ ป่าไม้ การประมงในทะเลอาณาเขต การทำไร่ ทำสวน ทำนา แบบ Massive Plantation ข้อนี้ทำให้ไทยสูญเสียแผ่นดิน และการเปิดเสรีด้านการบริการ Service โดยเฉพาะ Mode3: Commercial Presence ที่เป็นการลงทุน
- FTA ได้กระทำอย่างเร่งรีบ ใช้เวลาน้อยที่สุดในบรรดาประเทศทั้งหลายที่ทำ FTA การทำวิจัยเพียงไม่กี่เดือน และล้วนแต่วิจัยจากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์โดยไม่ได้ศึกษาจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงทางปฏิบัติ และศึกษาจากกรอบเก่า Rule of the Game เก่า ย่อมไม่สะท้อนผลในอนาคตจากเกณฑ์ใหม่
- ไม่มียุทธศาสตร์ทางเศรษฐกิจที่ดี ผิดหลักการร่วมมือทางเศรษฐกิจเพราะการร่วมมือทางเศรษฐกิจต้องการกรอบที่รองรับทุกอย่าง เช่น EU แต่ FTA ถูกผลักดันโดยนโยบายต่างประเทศที่ไร้เหตุผลทางเศรษฐกิจแบบยั่งยืน
- ขาดการเตรียมพร้อมเพื่อเปิดรับการเปิดเสรีอย่างแท้จริง การแข่งขันที่สู้ไม่ได้ ไม่ใช่ในนโยบายที่ถูกต้อง สังเกตได้ว่าการเปิดเสรีที่ได้ผลดีทุกฝ่ายจะเป็นการเปิดเสรีระหว่าง หรือในกลุ่มประเทศที่มีความเท่าเทียมทางเศรษฐกิจ ดังนั้นทุกฝ่ายจะได้ประโยชน์จากการแข่งขัน แต่การเปิดเสรีที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าทุกด้าน อีกฝ่ายสู้ไม่ได้ทุกด้านย่อมไม่บรรลุเป้าหมายของการเปิดเสรีแต่อย่างใด
- ไม่มีการกำหนดทิศทางเชิงนโยบายในการเจรจา ไม่รู้ว่าประเทศชาติต้องการอะไร ไม่มีการปรึกษาภาคส่วนที่เกี่ยวข้องที่ทั่วถึง ยาวนานเพียงพอ ไม่มีการปรึกษาสภา และ ประชาชน ตลอดจนองค์กรต่างๆที่เกี่ยวข้อง
- การยอมแลกกับการที่ได้เข้าสู่ตลาดอเมริกาเพียงเล็กน้อย กับสิ่งที่ไทยต้องสูญเสียไปนั้นไม่คุ้ม ไม่ว่าจะเป็นการเข้าสู่ตลาดอเมริกาในเรื่องสินค้า หรือเรื่อง ร้านอาหารไทยนั้น เล็กน้อยมาก และ Redundancy เพราะตลาดอเมริกาเปิดอยู่แล้ว (อัตราภาษีนำเข้า 0-3.5%) และจะลดเป็น 0% ไปเองภายใต้ GATT/WTOอุปสรรคทางภาษีไม่ใช่เรื่องสำคัญ แต่อุปสรรคที่สำคัญคือ Non-tariff Barrier, Unilateral Measures, SPS Measures, Anti-Dumping ที่เป็นอุปสรรคมากกว่าแต่สหรัฐไม่เปิดให้ไทยเรา แม้เรื่องร้านอาหารไทยก็ไม่ใช้สิ่งใหม่แต่อย่างใด และหลักฐานก็คือการที่ไทยได้ดุลการค้าสหรัฐจากกรอบเดิมที่เป็นอยู่ และสหรัฐจะมาปิดตลาดที่เคยเปิดอยู่แล้วไม่ได้ภายใต้กรอบของ WTO ไม่ได้ตามหลัก NT/MFN แต่ไทยต้องแลกกับการที่สหรัฐต้องการเข้ามาลงทุนเพื่อการส่งออกเองและการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ และการเปิดเสรีด้านบริการซึ่งทำประโยชน์มากกว่าการค้าสินค้า คิดเป็น 60-70% ของผลประโยชน์ทั้งหมด อีกทั้งการให้ความ

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ โหดร้ายต่อคนไทยเช่น เรื่องสิทธิบัตรยา วิธีการรักษาพยาบาล เพราะแม้แต่ TRIPS ยังสงวนไว้ไม่ให้สิทธิบัตรเกี่ยวกับวิธีการรักษาพยาบาล ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม และศีลธรรม

- การเข้าสู่ตลาดไทยของสหรัฐที่มากกว่าที่เคยเป็นเช่นห้ามปิดป้ายเรื่อง GMO เพื่อส่งสินค้า GMO เข้าตลาดไทย และสินค้าที่ไทยเคยผลิตและจำหน่ายในไทยได้ก็ต้องกลายมาเป็นการนำเข้า แม้สินค้าที่เป็น labor intensive เพื่อฟื้นฟู Sunset Industry ของสหรัฐเองด้วย
- การนำเข้าสินค้า GMO โดยไม่มีการปิดป้ายนั้น ทำให้สินค้าที่ปนเปื้อนวัตถุอันตรายที่มี GMO ในสินค้าที่ผลิตเพื่อการส่งออกนั้นไม่สามารถพิสูจน์และรับรองการปลอด GMO ได้ ซึ่งทำให้สินค้าไทยอาจจะถูกปฏิเสธในตลาด EU และ ญี่ปุ่นได้ ทำให้สูญเสียตลาดอื่น
- การเปิดเสรีแบบ negative approach ซึ่งหากมีการเปิดการค้าบริการหลายภาคส่วนตามที่อเมริกาต้องการแก่ผู้ประกอบการอเมริกันนั้น ไทยไม่อยู่ในฐานะที่แข่งขันได้
- FTA ทำให้ไทยต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับ การลงทุน มาตรการการลงทุน ถูกยกเลิกกลไกในการควบคุมตลาดเงิน เช่น short-term capital controls, investment incentives เป็นต้น
- FTA ทำให้ไทยต้องรับ WTO-plus commitments เกี่ยวกับ intellectual-property protection, covering patents, data exclusivity, plant varieties, copyright, compulsory licensing and other issues เช่นการตรวจรักษา วินิจฉัยโรคก็ต้องจดทะเบียนสิทธิบัตรทำให้แพทย์ไม่สามารถใช้วิธีการรักษาคนไข้ได้อีกต่อไปต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิบัตรที่ต้องเสียเงินทั้งสิ้น คนไข้ที่ยากจนจะลำบากมาก ยาจะแพงมาก อุตสาหกรรมภายในประเทศจะล้มละลาย
- นักลงทุนสหรัฐสามารถเข้าถึงตลาดการจัดซื้อ จัดจ้าง the government-procurement market; เรื่องแรงงาน และสิ่งแวดล้อม labour and environmental standards; and cross-cutting disciplines to make domestic regulation เพื่อการไม่เลือกปฏิบัติ และโปร่งใสสำหรับอเมริกา
- ข้อเรียกร้องเหล่านี้ทำให้ไทยต้อง overhaul กฎหมายไทยอย่างมโหฬารถ้ายอมตามที่อเมริกาเรียกร้องทุกประการ
- การเจรจาฝ่ายสหรัฐไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ไทยเท่าที่ควร ที่จะทำให้ไทยได้ประโยชน์ในเรื่องการเข้าถึงตลาดสหรัฐ เช่น การเกษตร การอุดหนุน, การทุ่มตลาด SPS measures, การไม่เปิดตลาดแรงงาน การใช้กฎแหล่งกำเนิดของสินค้าที่ไทยเสียเปรียบ rules of origin ทำให้ไทยไม่ได้ประโยชน์จาก FTA เลย เพราะกฎแหล่งกำเนิดของสินค้าที่เป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญของไทย ไม่ได้มีวัตถุดิบภายในประเทศ ต้องนำเข้าเช่นปลาทูน่า ปลาหมึก เป็นต้น ทำให้สินค้าเหล่านี้ไม่มีแหล่งกำเนิดในไทยจึงไม่ได้ประโยชน์จาก FTA ที่ให้อัตราภาษีต่ำ หรือเป็น 0%ตามที่สหรัฐให้ ไทยยังต้องเผชิญกับมาตรการฝ่ายเดียวในการขีดขวางการเข้าถึงตลาดอเมริกา ของสินค้าไทย และไทยต้องแข่งกับคู่แข่งในตลาดอเมริกาเองอีกด้วย การเปิดตลาดอเมริกาจึงไม่ได้เปิดจริงๆ ในสิ่งที่ป็นอุปสรรคเลย
- อเมริกาไม่ได้เปิดตลาดแรงงานแก่ไทย แต่คนสหรัฐอเมริกามาเข้าตลาดไทยได้จากการลงทุน
- นั้นย่อหมายถึง การได้ประโยชน์ฝ่ายเดียวของอเมริกาเท่านั้น “FTA is a one-sided deal.”

- และท้ายที่สุด รายการแนบท้ายเกี่ยวกับภาคส่วนที่เปิดเสรี เปิดอย่างไร แค่นั้น ภายใต้เงื่อนไขอะไร หรือไม่มีเงื่อนไขอะไรยังเป็นความลับอยู่ ภาคส่วนต่างๆเตรียมตัวไม่ได้

ภาคส่วนที่น่าเป็นห่วง

- ฐานทรัพยากรธรรมชาติ เช่น กรณีการทำเหมืองทองคำ ที่ทำให้แผ่นดินไทยราพนาสุรไปเป็นหมื่นไร่ และทิ้งหลุมไฮยาไนต์ที่ใช้ในการสกัดแร่ทองคำ ซึ่งเป็นสารพิษที่อันตรายไว้บนแผ่นดินไทยที่ซึมลงแหล่งน้ำให้คนไทยได้ดื่มกินทั่วๆ กันหรือการสำรวจ ขุดเจาะน้ำมัน แก๊สธรรมชาติในแผ่นดินไทยแต่ไทยต้องซื้อแก๊สในราคาแพงๆจากนักลงทุนเหล่านั้น ควรหันมาใช้ระบบ Profit Sharing Agreement เช่น Sarkarine Oil Project ในรัสเซีย ที่รัสเซียไม่ยอมให้นักลงทุนได้ประโยชน์ฝ่ายเดียวและเมื่อสิ้นสุดสัญญาต้องเป็นของรัฐหมด
- ประเด็น ททรัพย์สินทางปัญญา
- ภาคการเกษตร ทั้งการนำเข้าสินค้าเกษตร และการเกษตรมหภาค การเกษตรกับ IP protection
- การศึกษา มอมเมาเยาวชน ล้างสมอง ไร้วัฒนธรรมของชาติ
- การแพทย์และสาธารณสุข
- อุตสาหกรรมที่แข่งขันไม่ได้
- การท่องเที่ยว โรงแรม การขนส่ง Logistic
- วิชาชีพทั้งหลาย
- การลงทุนภาคบริการ
- ปัญหา Privatization กิจการที่เป็นสาธารณูปโภค การเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ การถือครองโดยต่างชาติ เพราะเป็นกิจการที่เป็น Natural Monopoly หรือเป็นตลาด Oligopolistic ไร้การแข่งขัน ใครได้ก็แสวงหาประโยชน์สูงสุด Maximize Profit
- ปัญหาตลาดทุน ตลาดเงิน การลงทุนระยะสั้น เงินไหลเข้า ไหลออกอย่างรวดเร็ว เกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินได้ง่าย

การเตรียมพร้อมเพื่อการเปิดเสรีที่พอเหมาะอย่างเป็นระบบ

- ปฏิรูปกรอบของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนและมาตรการ การลงทุน
- เปิดตลาดบริการในบางภาคส่วนที่ให้การแข่งขันเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ
- ปฏิรูปกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการค้า เช่น ระบบภาษีศุลกากร ภาษีเงินได้ การบริหารจัดการระบบการจัดซื้อ จัดจ้าง ระบบเทคโนโลยี ระบบมาตรฐานอาหารและเครื่องอุปโภคบริโภค ระบบกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ระบบการคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายและนโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรม การจัดการรัฐวิสาหกิจ จัดการกับระบบคอร์รัปชั่น มาเฟีย กรอบของกฎหมายและสถาบันเกี่ยวกับการค้า การลงทุน ที่โปร่งใสและคาดเห็นได้
- ตั้งข้อสงวนในส่วนที่กระทบต่อภาคสาธารณะ และบริการสาธารณะ

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

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

- ไทยจะต้องกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่ชัดเจนก่อนการเคลื่อนไหวไปสู่ทิศทางใดทางเศรษฐกิจ ระหว่างการเปิดเสรีสุดโต่ง กับการเปิดเสรีอย่างระมัดระวัง ไทยเลือกรูปแบบการเปิดเสรีที่เหมาะสมได้ หากเราไม่อาจต้านทานกระบวนการโลกาภิวัตน์ตามยุคสมัยได้ การศึกษาที่ดี การสร้างคนไทยที่มีคุณภาพ มีประสิทธิภาพ และมีสติ ปัญญา มีคุณธรรม จริยธรรม เป็นสิ่งสำคัญ
- การทำ FTA จึงต้องเท่าทันสหรัฐและปรับโครงสร้างทั้งทางกฎหมาย และ สถาบันพื้นฐาน (Legal and Institutional Framework) มารองรับ มี Regulator ที่มีคุณภาพและ ประสิทธิภาพ เพราะ FTA ก็เหมือน Tsunami ที่ถาโถมเข้ามาอย่างไม่ทันตั้งตัว ปัญหาเฉพาะหน้าคือ การแข่งขันไม่ได้ของผู้ประกอบการไทย เพราะในระบบ Neo Liberalism ทุน และเทคโนโลยี เป็นข้อได้เปรียบ ซึ่งไทยสู้ไม่ได้ การเปิดเสรีจึงต้องมีปัญญามาก เพราะแนวคิดแบบ Neo Liberalism เป็นการสร้างตลาดเศรษฐกิจโลกแบบไม่มีพรมแดน ลดอุปสรรคทุกชนิด ลดบทบาทอำนาจรัฐ และลดอุปสรรคจากกฎหมายภายใน ยกเลิกมาตรการและนโยบายทางเศรษฐกิจภายในที่ถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคของการค้า การลงทุน โดยสิ้นเชิง บรรษัทข้ามชาติสามารถเข้าถึงแหล่งทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดโดยไม่มีอุปสรรคเยี่ยงคนชาติ ทั้ง Natural endowment และ created endowment ในอนาคต เศรษฐกิจทั้งโลกจะอยู่ในมือบรรษัทข้ามชาติ และนายทุนใหญ่ การเปิดเสรีครั้งนี้มีนัยอันสำคัญกล่าวคือโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่เป็นอยู่ปัจจุบันของไทยเรานั้น ไม่อาจรองรับการประกอบธุรกิจของทุนขนาดมหึมา หรือแสนล้านได้ จึงต้องสร้างโครงสร้างทางเศรษฐกิจใหม่ที่รองรับได้ และการลงทุนขนาดนั้นจึงต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่และสมบูรณ์ที่สุด ชนิดนักลงทุนฟ้องรัฐได้
- การทำ FTA ในขณะที่ไทยไม่มีระบบ กฎหมาย และ นโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรมที่มีประสิทธิภาพ Competition Law and Policy ทำให้ไทยจะสูญเสียอำนาจ และ เอกราช หรืออธิปไตยทางเศรษฐกิจเพราะการแข่งขันไม่ได้ เศรษฐกิจของประเทศจะอยู่ในมือคนต่างชาติ และอาจจะเกิด การใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางไม่ชอบ Abuse of Market dominance ของบริษัทต่างชาติ และปัญหา Restrictive Business Practice ในรูปแบบต่างๆ การแข่งขันจึงไม่เสรีอย่างแท้จริง แต่เป็นการแทนที่อำนาจรัฐโดยอำนาจนายทุนใหญ่

- ปัญหาสิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ฐานทรัพยากรธรรมชาติถูกทำลาย Over exploitation หรือถูกแสวงหาประโยชน์โดยไม่มี การวางแผน ประเทศจะรพนาสุร และทิ้งความเสื่อมโทรมเอาไว้เบื้องหลัง ตัวอย่างการทำเหมืองทองในไทยโดยนายทุนต่างชาติ ซึ่งที่ดินไทย ภูเขาไทยรพนาสุรไปเป็นหมื่นไร่ เพราะหิน 1 ตันสกัดทองคำได้ 1 กรัม นายทุนขนเงินออกนอกประเทศไปเป็นหมื่นล้านบาท แต่รัฐบาลไทยเก็บค่าภาคหลวงได้เพียง 2 % จากรายได้ทั้งหมดที่ส่งออกนอกประเทศ และทิ้งหลุมไซยาไนท์อันเป็นสารพิษขนาดใหญ่ไว้ในแผ่นดินไทย สารพิษนี้ใช้สำหรับการสกัดทอง และสารพิษนี้จะซึมลงสู่แหล่งน้ำใต้ดินให้คนไทยบริโภคโดยทั่วหน้ากัน คุ่มค่ากันใหม่กับการเปิดเสรี แทนที่จะเก็บทรัพยากรของแผ่นดินไว้ให้ลูกหลานได้ค่อยใช้ทำประโยชน์นานๆ อีกทั้งอุตสาหกรรมรีไซเคิลจากต่างประเทศที่แผ่นดินไทยเป็นที่ตั้งโรงงานขยะอิเล็กทรอนิกส์ และวัตถุมีพิษ ขยะเหล่านี้จะถูกฝังกลบ หรือทิ้งขว้างในแผ่นดินไทยโดยขนมาจากต่างประเทศ แล้วเก็บเอาแต่ชิ้นส่วนที่ยังเป็นประโยชน์ออกไปใช้ หรือเป็นวัตถุดิบของการผลิตสินค้าอื่นๆต่อไป ต่อไป หากไม่มีการวางแผนเมืองที่ชัดเจน และการกำหนดเขตอุตสาหกรรมอย่างเหมาะสม แผ่นดินไทยจะเป็นเขตอุตสาหกรรม หรือเขตโรงงานของอเมริกา คนไทยคือแรงงานราคาถูกของนายทุน บ้านเรือนของเราก็ตั้งปะปนอยู่กับโรงงานสกปรกเหล่านั้น มีการจัดตั้งเขตคนรวยที่เฉพาะคนรวยอยู่อาศัย คนไทยผู้ยากไร้อยู่ในเขตคนจน ตัวอย่างเห็นได้ในประเทศฟิลิปปินส์ และ บราซิล แม็กซิโก อาร์เจนตินา เป็นต้น

ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายไทย

- ประการแรกไทยต้องกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่ดี มิใช่เพียงแต่การเจรจาแบบ “Narrow Mercantilism” และการตัดสินใจแบบเฉพาะกิจ “ad hoc decision making”.
- ไทยจะต้องคำนึงถึงนโยบายเศรษฐกิจของชาติโดยรวม กรอบเศรษฐกิจ กฎหมาย และสถาบัน.
- ไทยต้องหันมาทบทวนนโยบาย FTA อย่างจริงจังและเชื่อมโยงกับการพัฒนาปรับปรุงระบบภายในประเทศที่พร้อมที่จะรองรับการแข่งขัน และการพัฒนาให้ดีกว่านำมาสู่การปฏิรูปภายในอย่างเป็นระบบ พัฒนาคณะเทคโนโลยี ตลาดทุน ตลาดเงิน และกฎหมาย รวมทั้งสังคม กับการพัฒนาที่ยั่งยืน
- ทีมเจรจาจะต้องเปลี่ยนวิสัยทัศน์ในการเจรจามาสู่กระบวนการเจรจาที่อิงนโยบายและการปรึกษาหารือทั้งภายใน และภายนอกรัฐบาลอย่างกว้างขวาง และมีการร่วมมืออย่างจริงจัง
- จะต้องขยายเวลาการเจรจาให้ยาวออกไป หรือชะลอการเจรจา หรือยกเลิกการเจรจาไปก่อนเพื่อการพิจารณาในประเด็นที่สำคัญอย่างรอบคอบ และมีการศึกษาอย่างจริงจังในแต่ละภาคส่วนที่จะได้รับผลกระทบจาก FTA มิใช่การทำวิจัยเพียงผิวเผิน งานวิจัยหลายชิ้นใช้เวลาสั้นเกินไป และศึกษาจากกรอบเดิม ศึกษาจากอดีตเพื่อช้อนาคต
- ควรปรับปรุงเรื่อง กฎแหล่งกำเนิดของสินค้า ให้เหมาะสมกับเศรษฐกิจของไทย และที่จะไม่เบี่ยงเบนการค้าไทยจนไทยไม่ได้ประโยชน์จาก FTA
- ไทยควรจะหันมาใส่ใจกับการพัฒนากรอบระเบียบและกฎหมาย ภายใต้ WTO

- ไทยควรที่จะพัฒนากฎหมายและนโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรมเพื่อป้องกันการใช้การมีอำนาจเหนือตลาดของบริษัทข้ามชาติ และการผูกขาดตลาด ตลอดจนการทำลายองค์กรธุรกิจไทย
- หากไทยหันไปสู่นโยบายการเปิดเสรี การเปิดเสรีฝ่ายเดียว Unilateral liberalization ยังจะมีความปลอดภัยกว่ามากเพราะไทยกำกับดูแลได้ทุกอย่างและจะปิดเมื่อไรก็ได้ ปรับเปลี่ยนอย่างไรก็ได้
- ไทยไม่ควรตกลงให้ผู้ผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามเพียงประการเดียว จะต้องเป็นการลงนามที่จะต้องได้รับการให้สัตยาบันเพื่อไทยจะได้มีโอกาสทบทวนข้อบทที่ถูกต้องแท้จริงก่อนผูกพันโดยการให้สัตยาบัน และมีโอกาสเข้าพิจารณาโดยสภาและประชาชนด้วย
- ไทยต้องตั้งข้อสงวนในเรื่องที่สำคัญ และแก่นอริบไต่อยไม่ให้ยอมอยู่ภายใต้การผูกพันตาม FTA
- ไทยต้องไม่ยอมเรื่อง IP Protection ตามแบบอเมริกา
- ไทยต้องปรับเปลี่ยนท่าทีในการเจรจาเป็นแนวรุก ไม่ใช่ตั้งรับตามทืออเมริกาเสนอฝ่ายเดียว โดยไทยต้องยอมตามทุกข้อ มีการเสนอ Counter text ให้อเมริกาด้วย

ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายไทยในประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายในข้อบทการลงทุน

- Coverage ของสนธิสัญญา FTA
- บทนิยามของ “นักลงทุน” กับ “การลงทุน”
- ปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาการมีผลผูกพัน การเริ่มมีผลบังคับใช้ การมีผลของสนธิสัญญาชั่วคราว การแก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การสิ้นผลของสนธิสัญญา Coverage ของสนธิสัญญา การบอกเลิกสนธิสัญญา การตั้งข้อสงวน การมีผลของสนธิสัญญาต่อประเทศที่สาม
- ปัญหากระบวนการเจรจา
- ปัญหาอริบไต่อยของชาติ ทั้งทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ
- ปัญหาเรื่องสิ่งแวดล้อม
- ปัญหาการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
- Negative List, Sensitive List กับ Negative Approach , Positive Approach
- ประเด็นการเวนคืนยึดทรัพย์
- ประเด็นการตั้งข้อยกเว้น และ ข้อสงวนต่าง ๆ
- Liberalization Model: Sectoral, Investment Control, Selective Liberalization, Regional industrialization programme, Mutual national treatment, Combined national treatment/Most-Favoured-nation treatment” (NT/MFN), Hybrid model”
- ประเด็นปัญหากฎหมาย และนโยบาย เกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นธรรม ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย และ ปัญหา Natural Monopoly
- ปัญหาเกี่ยวกับภาษีทางตรง และทางอ้อม Transfer Pricing, Tax Avoidance, Tax Planning
- การทำกรอบของกฎหมายต้องเป็นแบบ Comprehensive ไม่ใช่การต่อรองเรื่องผลประโยชน์เป็นจุดๆเพราะไทยจะเสียเปรียบ

ภาคผนวก
ภาคผนวก ก

Vienna Convention on the Law of Treaties

(Vienna, 23 May 1969)

THE STATES PARTIES TO THE PRESENT CONVENTION,

CONSIDERING the fundamental role of treaties in the history of international relations,

RECOGNIZING the ever-increasing importance of treaties as a source of international law and as a means of developing peaceful co-operation among nations, whatever their constitutional and social systems,

NOTING that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognized,

AFFIRMING that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law,

RECALLING the determination of the peoples of the United Nations to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties can be maintained,

HAVING IN MIND the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations, such as the principles of the equal rights and self-determination of peoples, of the sovereign equality and independence of all States, of non-interference in the domestic affairs of States, of the prohibition of the threat or use of force and of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all,

BELIEVING that the codification and progressive development of the law of treaties achieved in the present Convention will promote the purposes of the United Nations set forth in the Charter, namely, the maintenance of international peace and security, the development of friendly relations and the achievement of co-operation among nations,

AFFIRMING that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention,

HAVE AGREED as follows:

PART I

INTRODUCTION

Article 1

Scope of the present Convention

The present Convention applies to treaties between States.

Article 2

Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

(a) "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

(b) "ratification", "acceptance", "approval" and "accession" mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;

(c) "full powers" means a document emanating from the competent authority of a State designating a person or persons to represent the State for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;

(d) "reservation" means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State;

(e) "negotiating State" means a State which took part in the drawing up and adoption of the text of the treaty;

(f) "contracting State" means a State which has consented to be bound by the treaty, whether or not the treaty has entered into force;

(g) "party" means a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force;

(h) "third State" means a State not a party to the treaty;

(i) "international organization" means an intergovernmental organization.

2. The provisions of paragraph 1 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State.

Article 3

International agreements not within the scope of the present Convention

The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between the States and other subjects of international law or between such other subjects of international law, or to international agreements not in written form, shall not affect:

(a) the legal force of such agreements;

(b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention;

(c) the application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties.

Article 4

Non-retroactivity of the present Convention

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the

Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.

Article 5

Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization

The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.

PART II

CONCLUSION AND ENTRY INTO FORCE OF TREATIES

SECTION 1: CONCLUSION OF TREATIES

Article 6

Capacity of States to conclude treaties

Every State possesses capacity to conclude treaties.

Article 7

Full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

(a) he produces appropriate full powers; or

(b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

(a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;

(b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited;

(c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.

Article 8

Subsequent confirmation of an act performed without authorization

An act relating to the conclusion of a treaty performed by a person who cannot be considered under article 7 as authorized to represent a State for that purpose is without legal effect unless afterwards confirmed by that State.

Article 9

Adoption of the text

1. The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.

2. The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two thirds of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

Article 10

Authentication of the text

The text of a treaty is established as authentic and definitive:

(a) by such procedures as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or

(b) failing such procedure, by the signature, signature *ad referendum* or initialling by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

Article 11

Means of expressing consent to be bound by a treaty

The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.

Article 12

Consent to be bound by a treaty expressed by signature

1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by the signature of its representative when:

(a) the treaty provides that signature shall have that effect;

(b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that signature should have that effect; or

(c) the intention of the State to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) the initialling of a text constitutes a signature of the treaty when it is established that the negotiating States so agreed;

(b) the signature *ad referendum* of a treaty by a representative, if confirmed by his State, constitutes a full signature of the treaty.

Article 13

Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments

constituting a treaty

The consent of States to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them is expressed by that exchange when;

- (a) the instruments provide that their exchange shall have that effect; or
- (b) it is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect.

Article 14

Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when:

- (a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that ratification should be required;
- (c) the representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or
- (d) the intention of the State to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.

Article 15

Consent to be bound by a treaty expressed by accession

The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when:

(a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession;

(b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession; or

(c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

Article 16

Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon:

(a) their exchange between the contracting States;

(b) their deposit with the depositary; or

(c) their notification to the contracting States or to the depositary, if so agreed.

Article 17

Consent to be bound by part of a treaty and choice of differing provisions

1. Without prejudice to articles 19 to 23, the consent of a State to be bound by part of a treaty is effective only if the treaty so permits or the other contracting States so agree.

2. The consent of a State to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

Article 18

Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

SECTION 2: RESERVATIONS

Article 19

Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(a) the reservation is prohibited by the treaty;

(b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or

(c) in cases not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

Article 20

Acceptance of and objection to reservations

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:

(a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States;

(b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State;

(c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.

5. For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

Article 21

Legal effects of reservations and of objections to reservations

1. A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23:

(a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and

(b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State.

2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty *inter se*.

3. When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation.

Article 22

Withdrawal of reservations and of objections to reservations

1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.

3. Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed:

(a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State;

(b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

Article 23

Procedure regarding reservations

1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

4. The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

SECTION 3: ENTRY INTO FORCE AND PROVISIONAL APPLICATION OF TREATIES

Article 24

Entry into force

1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.

2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.

3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides.

4. The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

Article 25

Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:

(a) the treaty itself so provides; or

(b) the negotiating States have in some other manner so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

PART III

OBSERVANCE, APPLICATION AND INTERPRETATION OF TREATIES

SECTION 1: OBSERVANCE OF TREATIES

Article 26

Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27

Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

SECTION 2: APPLICATION OF TREATIES

Article 28

Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

Article 29

Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

Article 30

Application of successive treaties relating to the same subject-matter

1. Subject to article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.
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.
3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.
4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:
 - (a) as between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;
 - (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.
5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

SECTION 3: INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Article 33

Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

SECTION 4: TREATIES AND THIRD STATES

Article 34

General rule regarding third States

A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

Article 35

Treaties providing for obligations for third States

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

Article 36

Treaties providing for rights for third States

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

Article 37

Revocation or modification of obligations or rights of third States

1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

Article 38

Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom

Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

PART IV

AMENDMENT AND MODIFICATION OF TREATIES

Article 39

General rule regarding the amendment of treaties

A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except in so far as the treaty may otherwise provide.

Article 40

Amendment of multilateral treaties

1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in:

(a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal;

(b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4(b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State:

(a) be considered as a party to the treaty as amended; and

(b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

Article 41

Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only

1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

(a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or

(b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

PART V

INVALIDITY, TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION

OF TREATIES

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

Article 42

Validity and continuance in force of treaties

1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention.
2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Article 43

Obligations imposed by international law independently of a treaty

The invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present Convention or of the provisions of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it would be subject under international law independently of the treaty.

Article 44

Separability of treaty provisions

1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.
2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

3. If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where:

(a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application;

(b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and

(c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

4. In cases falling under articles 49 and 50 the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

Article 45

Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from

or suspending the operation of a treaty

A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

(a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or

(b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

SECTION 2: INVALIDITY OF TREATIES

Article 46

Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

Article 47

Specific restrictions on authority to express the consent of a State

If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.

Article 48

Error

1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.

2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error.

3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 79 then applies.

Article 49

Fraud

If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 50

Corruption of a representative of a State

If the expression of a State's consent to be bound by a treaty has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by another negotiating State, the State may invoke such corruption as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 51

Coercion of a representative of a State

The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

Article 52

Coercion of a State by the threat or use of force

A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations

Article 53

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

SECTION 3: TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES

Article 54

Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties

The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 55

Reduction of the parties to a multilateral treaty below the number necessary for its entry into force

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

Article 56

Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

- (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
- (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

Article 57

Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

(a) in conformity with the provisions of the treaty; or

(b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 58

Suspension of the operation of a multilateral treaty by agreement between

certain of the parties only

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if:

(a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or

(b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and:

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.

2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

Article 59

Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of

a later treaty

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject-matter and:

(a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or

(b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

Article 60

Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach

1. A material breach of bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

(a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

(i) in the relations between themselves and the defaulting State, or

(ii) as between all the parties;

(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

(c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

(a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or

(b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

Article 61

Supervening impossibility of performance

1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

Article 62

Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) if the treaty establishes a boundary; or

(b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

Article 63

Severance of diplomatic or consular relations

The severance of diplomatic or consular relations between parties to a treaty does not affect the legal relations established between them by the treaty except in so far as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty

Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

SECTION 4: PROCEDURE

Article 65

Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from

or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4. Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

5. Without prejudice to article 45, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

Article 66

Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of twelve months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed:

(a) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration;

(b) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the other articles in Part V of the present Convention may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

Article 67

Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending

the operation of a treaty

1. The notification provided for under article 65, paragraph 1 must be made in writing.
2. Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.

Article 68

Revocation of notifications and instruments provided for in articles 65 and 67

A notification or instrument provided for in article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect.

SECTION 5: CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY, TERMINATION OR SUSPENSION OF THE OPERATION OF A TREATY

Article 69

Consequences of the invalidity of a treaty

1. A treaty the invalidity of which is established under the present Convention is void. The provisions of a void treaty have no legal force.
2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:
 - (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;
 - (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.
3. In cases falling under articles 49, 50, 51 or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.
4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

Article 70

Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

Article 71

Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm

of general international law

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

(a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and

(b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

Article 72

Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension;

(b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

PART VI

MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 73

Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities

The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States.

Article 74

Diplomatic and consular relations and the conclusion of treaties

The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more States does not prevent the conclusion of treaties between those States. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

Article 75

Case of an aggressor State

The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State's aggression.

PART VII

DEPOSITARIES, NOTIFICATIONS, CORRECTIONS AND REGISTRATION

Article 76

Depositaries of treaties

1. The designation of the depositary of a treaty may be made by the negotiating States, either in the treaty itself or in some other manner. The depositary may be one or more States, an international organization or the chief administrative officer of the organization.
2. The functions of the depositary of a treaty are international in character and the depositary is under an obligation to act impartially in their performance. In particular, the fact that a treaty has not entered into force between certain of the parties or that a difference has appeared between a State and a depositary with regard to the performance of the latter's functions shall not affect that obligation.

Article 77

Functions of depositaries

1. The functions of a depositary, unless otherwise provided in the treaty or agreed by the contracting States, comprise in particular:
 - (a) keeping custody of the original text of the treaty and of any full powers delivered to the depositary;
 - (b) preparing certified copies of the original text and preparing any further text of the treaty in such additional languages as may be required by the treaty and transmitting them to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;
 - (c) receiving any signatures to the treaty and receiving and keeping custody of any instruments, notifications and communications relating to it;

(d) examining whether the signature or any instrument, notification or communication relating to the treaty is in due and proper form and, if need be, bringing the matter to the attention of the State in question;

(e) informing the parties and the States entitled to become parties to the treaty of acts, notifications and communications relating to the treaty;

(f) informing the States entitled to become parties to the treaty when the number of signatures or of instruments of ratification, acceptance, approval or accession required for the entry into force of the treaty has been received or deposited;

(g) registering the treaty with the Secretariat of the United Nations;

(h) performing the functions specified in other provisions of the present Convention.

2. In the event of any difference appearing between a State and the depositary as to the performance of the latter's functions, the depositary shall bring the question to the attention of the signatory States and the contracting States or, where appropriate, of the competent organ of the international organization concerned.

Article 78

Notifications and communications

Except as the treaty or the present Convention otherwise provide, any notification or communication to be made by any State under the present Convention shall:

(a) if there is no depositary, be transmitted direct to the States for which it is intended, or if there is a depositary, to the latter;

(b) be considered as having been made by the State in question only upon its receipt by the State to which it was transmitted or, as the case may be, upon its receipt by the depositary;

(c) if transmitted to a depositary, be considered as received by the State for which it was intended only when the latter State has been informed by the depositary in accordance with article 77, paragraph 1(e).

Article 79

Correction of errors in texts or in certified copies of treaties

1. Where, after the authentication of the text of a treaty, the signatory States and the contracting States are agreed that it contains an error, the error shall, unless they decide upon some other means of correction, be corrected:

(a) by having the appropriate correction made in the text and causing the correction to be initialled by duly authorized representatives;

(b) by executing or exchanging an instrument or instruments setting out the correction which it has been agreed to make; or

(c) by executing a corrected text of the whole treaty by the same procedure as in the case of the original text.

2. Where the treaty is one for which there is a depositary, the latter shall notify the signatory States and the contracting States of the error and of the proposal to correct it and shall specify an appropriate time-limit within which objection to the proposed correction may be raised. If, on the expiry of the time-limit:

(a) no objection has been raised, the depositary shall make and initial the correction in the text and shall execute a *procès-verbal* of the rectification of the text and communicate a copy of it to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;

(b) an objection has been raised, the depositary shall communicate the objection to the signatory States and to the contracting States.

3. The rules in paragraphs 1 and 2 apply also where the text has been authenticated in two or more languages and it appears that there is a lack of concordance which the signatory States and the contracting States agree should be corrected.

4. The corrected text replaces the defective text *ab initio*, unless the signatory States and the contracting States otherwise decide.

5. The correction of the text of a treaty that has been registered shall be notified to the Secretariat of the United Nations.

6. Where an error is discovered in a certified copy of a treaty, the depositary shall execute a *procès-verbal* specifying the rectification and communicate a copy of it to the signatory States and to the contracting States.

Article 80

Registration and publication of treaties

1. Treaties shall, after their entry into force, be transmitted to the Secretariat of the United Nations for registration or filing and recording, as the case may be, and for publication.

2. The designation of a depositary shall constitute authorization for it to perform the acts specified in the preceding paragraph.

PART VIII

FINAL PROVISIONS

Article 81

Signature

The present Convention shall be open for signature by all States Members of the United Nations or of any of the specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency or parties to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the Convention, as follows: until 30 November 1969, at the Federal Ministry for Foreign Affairs of the Republic of Austria, and subsequently, until 30 April 1970, at United Nations Headquarters New York

Article 82

Ratification

The present Convention is subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 83

Accession

The present Convention shall remain open for accession by any State belonging to any of the categories mentioned in article 81. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 84

Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.
2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article 85

Authentic texts

The original of the present Convention, of which the Chinese, English, French Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Convention.

DONE AT VIENNA, this twenty-third day of May, one thousand nine hundred and sixty-nine.

ANNEX

1. A list of conciliators consisting of qualified jurists shall be drawn up and maintained by the Secretary-General of the United Nations. To this end, every State which is a Member of the United Nations or a party to the present Convention shall be invited to nominate two conciliators, and the names of the persons so nominated shall constitute the list. The term of a conciliator, including that of any conciliator nominated to fill a casual vacancy, shall be five

years and may be renewed. A conciliator whose term expires shall continue to fulfil any function for which he shall have been chosen under the following paragraph.

2. When a request has been made to the Secretary-General under article 66, the Secretary-General shall bring the dispute before a conciliation commission constituted as follows:

The State or States constituting one of the parties to the dispute shall appoint:

(a) one conciliator of the nationality of that State or of one of those States, who may or may not be chosen from the list referred to in paragraph 1; and

(b) one conciliator not of the nationality of that State or of any of those States, who shall be chosen from the list.

The State or States constituting the other party to the dispute shall appoint two conciliators in the same way. The four conciliators chosen by the parties shall be appointed within sixty days following the date on which the Secretary-General receives the request.

The four conciliators shall, within sixty days following the date of the last of their own appointments, appoint a fifth conciliator chosen from the list, who shall be chairman.

If the appointment of the chairman or of any of the other conciliators has not been made within the period prescribed above for such appointment, it shall be made by the Secretary-General within sixty days following the expiry of that period. The appointment of the chairman may be made by the Secretary-General either from the list or from the membership of the International Law Commission. Any of the periods within which appointments must be made may be extended by agreement between the parties to the dispute.

Any vacancy shall be filled in the manner prescribed for the initial appointment.

3. The Conciliation Commission shall decide its own procedure. The Commission, with the consent of the parties to the dispute, may invite any party to the treaty to submit to it its views orally or in writing. Decisions and recommendations of the Commission shall be made by a majority vote of the five members.

4. The Commission may draw the attention of the parties to the dispute to any measures which might facilitate an amicable settlement.

5. The Commission shall hear the parties, examine the claims and objections, and make proposals to the parties with a view to reaching an amicable settlement of the dispute.

6. The Commission shall report within twelve months of its constitution. Its report shall be deposited with the Secretary-General and transmitted to the parties to the dispute. The report of the Commission, including any conclusions stated therein regarding the facts or questions of law, shall not be binding upon the parties and it shall have no other character than that of recommendations submitted for the consideration of the parties in order to facilitate an amicable settlement of the dispute.

7. The Secretary-General shall provide the Commission with such assistance and facilities as it may require. The expenses of the Commission shall be borne by the United Nations.

ภาคผนวก ข

"Sovereignty" Exceptions to Investor Protection

FTA	G A T T / W T O Agmts.	N A F T A
National security.	Article XXI – General: National security.	Chapter 21 - General: National security.
Public order.	International peace/security.	Tax treaties, continuation of existing laws, and new laws for collection of otherwise valid taxes.
International peace and security.	Article XX – General: Public morals. Human, animal or plant life or health. Importation of gold or silver. Enforcement of laws consistent with GATT. Products of prison labor. National treasures. Exhaustible natural resources Commodity agreements. Access to domestic industrial material in short supply. Access to products in short supply.	Chapter 11 - Investment: Local government measures. Govt. procurement, subsidies, grants, loans, guarantees or insurance. Perform. Requirements. to: (1) meet health, safety, environ. Requirements or (2) locate prod., provide service, train or employ workers, const. facil. or carry out research/development.
	Agreement on Subsidies & Countervailing Measures: Adapt facilities to new environmental requirements. Promote investment in disadvantaged regions.	

The US laws and regulations breaching FTA at state law level

A. Economic Regulation

States exercise a wide range of regulatory authorities over business activity. Regulatory activity that could be impacted by FTA includes state rules regarding ownership, residency, business licenses and banking.

1. Ownership or residency requirements. Many states restrict in some way the ownership or sale of real estate, the use of public lands, and business licenses based on residency or citizenship.^{51} These restrictions could be inconsistent with proposed FTA antidiscrimination provisions for national treatment. For example:

Nebraska, ^{52} **Oklahoma** ^{53} and **Indiana** ^{54} limit or prohibit ownership of land by foreign citizens or corporations. **Nebraska** and **Indiana** require foreign citizens and corporations that inherit or acquire land to sell it within five years (if more than 320 acres). ^{55}

Nebraska, ^{56} **Kentucky**, ^{57} **Mississippi** ^{58} and **Wisconsin** ^{59} limit or prohibit ownership of land by nonresident foreign citizens.

South Dakota, ^{60} **Oklahoma**, ^{61} **Colorado**, ^{62} **Nebraska**, ^{63} **Missouri** ^{64} and **Minnesota** ^{65} prohibit foreign citizens and governments from acquiring agricultural land or ranches (some above a minimum acreage).

North Dakota, ^{66} **Minnesota**, ^{67} **Iowa** ^{68} and **Pennsylvania** ^{69} prohibit or limit ownership of agricultural land by nonresident foreign citizens.

Arizona, ^{70} **Colorado**, ^{71} **Montana**, ^{72} and **Oregon** ^{73} restrict sales of state lands to U.S. citizens or those who have declared their intention to become citizens.

Nevada limits the right to file a mining claim to persons who are U.S. citizens (or declare their intent to become citizens). ^{74}

Oregon limits licenses to control water rights to U.S. citizens.^{75}

Alaska, ^{76} **Hawaii** ^{77} and **Georgia** ^{78} limit or prohibit foreign ownership of some public utilities.

South Dakota prohibits Canadian citizens residing in Canada from forming a South Dakota corporation. ^{79}

2. Fishing fleet restrictions. State restrictions on commercial fishing could violate proposed FTA standards for national treatment, either because they explicitly favor state residents or because they have the effect of excluding new market entrants to the disadvantage of foreign interests. For example:

California has imposed a moratorium on commercial salmon fishing licenses until the fleet size falls below 2,500 vessels.{80}

Washington limits the number of fishermen who can make landings of ocean pink shrimp to those who have "historically and continuously" harvested the shrimp. {81}

Alaska, {82} **California** {83} and **Oregon** {84} require a significantly higher fee for nonresident commercial licenses than for resident licenses.

Maryland limits leases of submerged lands for cultivating oysters to state residents, and lessees of submerged oyster beds may not transfer leases to a non-resident.{85}

Massachusetts restricts commercial lobster permits to resident citizens of the state. {86}

3. Business licenses. Many states impose state residency requirements for certain business licenses. Examples of state laws that might discriminate against foreign investors include:

California, {87} **Hawaii**, {88} **Idaho**, {89} **Montana** {90} and **North Dakota** {91} require a local presence for one or more types of business enterprise.

Oregon requires water developers (including heavy construction, plumbing, well drilling, irrigation, water resources, and solid waste management companies) to be state residents or state-based businesses. {92}

Montana, **Maine** retain licensing, fee, and sales reporting requirements for out-of-state but not in-state wholesalers and retailers of produce. {93}

Alaska, {94} **North Dakota**, {95} **Oregon**, {96} **Nebraska** {97} and **South Dakota** {98} limit gaming licenses to state residents or require an in-state preference for amusement or gaming concessions and services. These laws could affect a range of business owners from the corner bar to large hotels and river boat casinos. **Texas** {99} makes state residence a requirement to

own a racetrack where pari-mutuel wagering is conducted. **North Dakota** requires corporations with an ownership interest in a race horse to have a place of business within the state. {100}

4. Banking regulation. The FTA Negotiating Group has decided to apply the agreement to financial services generally, but negotiators may propose special sector treatment that limits the ultimate application of the FTA to banking law {101}. The recent U.S. federal reform of interstate bank branching is likely to level many state laws that might have otherwise been in conflict with the FTA. However, the potential for conflict persists in such areas as community reinvestment rules, public deposit programs, and state requirements for the location of bank branches, all of which could be seen as performance requirements. Examples in this area include:

Washington, {102} **Iowa**, {103} **Minnesota** {104} and **Maine** {105} are among states that condition the acquisition of banking assets on meeting performance requirements for community reinvestment or net-new-benefits. {106}

Arizona, {107} **New Mexico**, {108} **Iowa**, {109} **Ohio** {110} and **Pennsylvania**{111} are among approximately 20 states that allocate public deposits and other banking business based on community reinvestment performance or local presence.{112}

B. Land Use and Environment

FTA negotiators have not identified environmental measures as a particular problem for foreign investors. However, they may oppose adoption of the general exceptions found in the WTO for environmental measures that may be inconsistent with the FTA. This section identifies state environmental measures that might run afoul of FTA proposals.

1. Limits on the use of state lands. Many states seek to balance economic development with sound resource management on state lands. They do this by placing limitations and controls on the sale of public lands and the use of its resources. One of the mechanisms used is to limit beneficial use to state residents. Many of these measures could violate anti-discrimination and MFN protections for investors under the FTA. For example:

Alaska {113} and **Montana** {114} limit permits for mineral extraction on state lands to U.S. citizens or corporations and foreign applicants whose home country offers the same rights to U.S. citizens.

Arizona limits the sale of public lands to state residents or state-based businesses.{115} **Arizona** also limits the right to apply for a right-of-way over public land or a permit to use public land for grazing, extracting oil or gas,{116} or purchasing timber to U.S. citizens and corporations authorized to conduct business in Arizona.{117}

Hawaii, Maine retain residency and citizenship requirements for agricultural public lands that are sold or leased without a public auction. {118}

Utah restricts to U.S. citizens the right to apply for the use of inappropriate water. {119}

Wyoming limits mineral extraction from state lands to U.S. citizens, and limits eligibility for state royalty in-kind for refining operations to those conducted entirely within the state. {120}

Oregon {121} and **Wyoming** {122} give preference for leasing state land to residents of the state who occupy adjoining land.

Idaho {123} and **Oregon** {124} prohibit the sale of unprocessed timber to foreign countries. **Idaho** also restricts 95 percent of timber sales from state lands to parties who do not export logs outside of the state for further sale or processing.

2. Limits on the development of private land. Land use and environmental laws are widely used by states to limit landowners in the ways that they develop their property to protect natural resource and environmental values. Land development is clearly an investment that would fall within the scope of the FTA.{125} Since land use laws do not treat foreign developers differently from domestic ones, the issue is not one of explicit discrimination. Rather, the question is whether a foreign investor could challenge these rules on the grounds that they are inconsistent with the following FTA proposals for investor protection:

Uniform national treatment: Land use rules vary widely among states. If the FTA sets a uniform national treatment standard, investors may be able to complain that divergent state laws are inconsistent with this proposed FTA protection.

Expropriation or regulatory taking: Land owners sometimes argue successfully that land use restrictions so reduce the use or value of their land as to amount to a regulatory taking. FTA proposals may empower international arbitration panels to set lesser standards than those used by American courts for determining when the burden of regulation becomes a taking or "expropriation."

Performance requirements: Under the FTA, land use rules may be seen as performance requirements tied to permits. Common requirements such as mitigation measures and energy or water conservation technologies are possible sources of conflict. {126}

Even if negotiators do not intend to cover land use laws, foreign investors could try to use the FTA to challenge them. We have noted above that the WTO has general exceptions covering environmental measures, while the FTA as proposed does not. In the future, an FTA arbitration panel might conclude that this omission is purposeful and that the FTA should apply to allegedly burdensome land use rules. Examples of state limits or controls on private land development that may run afoul of the FTA include:

Most western states require reclamation of surface-mined areas with requirements that exceed or differ from minimum federal standards.{127} These include sealing acid-producing materials, covering mined areas with soil that will support vegetation, extensive planting, and constructing drainage and anti-erosion systems.

Washington protects tidal wetlands and coastal areas by authorizing restrictive zones within local zoning controls.{128} In King County, for example, local governments regulate alteration of topography, mineral extraction, timber harvest, agricultural expansion, utility projects, road construction, golf courses and marine facilities.{129}

California protects coastal areas by requiring that new development adjacent to sensitive habitat areas be designed to avoid adverse impacts.{130} The coastal zoning law also limits conversion of agricultural land to other purposes,{131} and requires most development to be next to an existing developed area with infrastructure.{132}

Regional - Maryland, Virginia and Pennsylvania coordinate their wetlands regulation in order to protect the Chesapeake Bay.{133} Under this agreement, Maryland protects nontidal wetlands by regulating the destruction of plant life, alteration of topography, and changes to the drainage or flood retention characteristics of land. {134}

Any of these laws can impose substantial design, mitigation, or infrastructure burdens on developers. These laws may also reduce the value of the land. American courts have upheld the government's power to regulate development to achieve valid public purposes without compensation, but an OECD arbitration panel might interpret FTA investor protections with different results.

3. Regulation of oil shipments. Anticipating an 800 percent increase in oil tanker traffic, Washington is the first state to enact standards that are designed to prevent oil spills rather than cope with them after the fact. {135} An international trade association is seeking to preempt this law with several legal arguments that failed in federal district court.{136} If the state prevails on appeal in this case, other states are considering following Washington's lead. {137}

FTA proposals could have led to different results before an FTA arbitration panel. Under an effects test for national treatment, the association could have argued that the Washington law has the effect of favoring Washington-based tanker companies over foreign companies that make fewer trips to local ports. Under uniform national treatment, they could have argued that the Washington law exceeds the safety standards of both federal law and several international treaties. Tanker owners might also have been able to argue under the FTA that the Washington law imposes performance requirements by requiring investment in certain equipment, management systems and crew training.

4. Incentives for investment in pollution prevention and control equipment. Many states provide tax or grant incentives to stimulate investment in pollution prevention or control equipment. Foreign investors could complain that, while these incentives do not explicitly discriminate against foreign investors, they do tend to promote investment in the jurisdiction that provides the incentive and are inconsistent with several FTA proposals:

Limits on incentives and performance requirements: Environmental investment incentives are designed to subsidize specific kinds of investment within the states that offer them. Foreign investors could claim that they are inconsistent with proposed FTA limits on investment incentives. In addition, in order to receive these incentives, states require an investor to perform in ways that benefit the environment. Investors could claim that this is inconsistent with proposed FTA limits on performance requirements.

National treatment - effects test and uniform national treatment: Tax incentives for pollution prevention and control could give a significant advantage to facilities located within states that offer them versus facilities located outside those states. Accordingly, foreign investors could claim that they fail stronger proposed national treatment tests under the FTA.

Several states exemplify the range of environmental investment incentives in use (see box):

California provides a 40 percent corporate income tax deduction for renewable energy or pollution control machinery or property in an economic development area. {138}

Oregon provides a 10 percent corporate income tax credit for investment in production technology or processes that reduce air emissions. {139}

Washington provides an exemption from its sales and use tax for original acquisition of a pollution control facility. {140}

Arizona law creates a public finance corporation that uses bonding authority to promote investment in pollution control technology. {141}

Colorado has an incentive program for conversion of vehicles to alternative fuels; it provides rebates, loans, grants and other incentives. {142}

5. Incentives for investment in recycled materials markets. Thirty-one states promote investment in facilities for processing recycled materials through a combination of tax benefits, public procurement preferences, and private market regulation such as recycled content rules. While these policies do not explicitly discriminate on the basis of nationality, foreign investors could claim that they are inconsistent with the following proposed FTA investor protections:

National treatment - effects test: Rules requiring a certain percentage of recycled content in products create an incentive to locate processing facilities within or near the jurisdiction that imposes the mandate, due to the cost of transporting unprocessed material for recycling. {143} Foreign investors could claim that the advantage afforded firms within the jurisdiction fails a stronger effects test proposed for national treatment.

National treatment - uniform national treatment: Foreign investors may be able to claim that differing state measures fragment the market, which results in a failure to provide national treatment.

Performance requirements: Foreign investors may be able to argue that conditioning a tax benefit on investing in production facilities to change production processes from virgin to recycled materials amounts to an investment-distorting performance requirement. {144}

Thirteen states use private market regulation or tax benefits to promote markets for recycled newsprint, glass or plastic. {145} Twenty-nine states use procurement preferences to do the same.{146}

Newsprint market - California, {147} **Oregon** {148} and **Connecticut** {149} are leaders among the eight states that mandate a minimum percentage of recycled content in newsprint.

Container market - California {150} and **Wisconsin** {151} are among the states that mandate a minimum percentage of recycled content in glass or plastic containers.

California requires recycling equipment to process at least a specified percentage of material generated within the state of California to receive tax benefits.{152}

Procurement preferences - California, Texas, and Michigan {153} are among states with statutory preferences for the purchase of materials with recycled or recyclable content. California uses a price preference that applies to paper, glass, oil, plastic, solvents, paint and tires.{154} Texas requires agencies to apply 8 percent of their procurement budgets to the purchase of recycled materials.{155}

A state recycled-content law is a good example of a practice that could be argued to violate both trade and investment agreements. It could violate a trade agreement because it seeks to regulate how a product is made rather than how it performs. The same law could violate an investment agreement because it diverts investment from where it would otherwise flow. Under the FTA, foreign investors may be able to argue that recycling incentives are aimed at influencing investment decisions more than at resource conservation. In any event, state promotion of recycled materials markets is likely to come within the scope of both investment and trade agreements. FTA language on which agreement should control in cases of overlap will be important, as will any proposal to provide remedies under the FTA to foreign investors for interests that are protected by other agreements.

C. Economic Development

Virtually every state provides incentives for economic development in the form of tax benefits, grants and loans, job training programs, and procurement preferences. A long-running domestic debate continues over whether these incentives provide a good return to the taxpayer. Based on the same arguments used in the United States, an OECD working group opposes development incentives because they distort private investment patterns, provide windfalls to act

in ways investors would have acted anyway, seek to enhance individual state exports and global competitiveness, and stimulate competition among governments that is costly to taxpayers without producing a net gain in national or global productivity. {156}

Many state and local governments, on the other hand, take the view that if they do not use incentives to compete for investment dollars the investments will go elsewhere. This is particularly the case in rural areas and inner-cities. Unlike NAFTA and the WTO, the FTA proposals include no exceptions for development incentives targeting economically disadvantaged areas.

FTA proposals include a number of options, including an outright ban on incentives, limits on the amount or purposes of incentives, a "standstill" on future incentives, a "rollback" of existing incentives, and an effects test to strengthen national treatment of foreign investors when overt discrimination is absent. {157} These options may be in play, but there is growing sentiment "that companies should be able to continue to benefit from incentives and that the FTA should not interfere with how governments seek to promote investment" apart from non-discrimination rules. {158}

There are many state programs that fall within the scope of FTA recommendations to limit development incentives. Examples of the potential conflicts between state interests and FTA proposals to limit or eliminate incentives follow:

1. Tax incentives. State and local governments currently offer over 600 tax incentives that are designed to influence the location and purpose of investments and enhance the competitiveness of state-based firms. {159} If the FTA bans or limits incentives, foreign investors may be able to challenge state tax incentives outright, or argue that they favor recipients and the offering jurisdiction, like the microbrewery example used earlier. Other examples include:

35 states {160} provide tax incentives for job creation, including **Oregon** (property tax exemption),{161} **Hawaii** (exemption from income tax on special revenue bonds),{162} and **North Dakota** (exemption from business income tax).{163}

31 states {164} provide tax incentives for industrial development, including **North Dakota** (exemption from property tax), {165} **Washington** (exemption from sales and use tax), {166} and **Texas** (exemption from industrial equipment value tax). {167}

45 states {168} provide tax incentives for raw materials used in manufacturing, including **Washington** (exemption from sales tax),{169} **California** (exemption from sales and use tax){170} and **Texas** (exemption for nonprofit development corporation that processes raw materials).{171}

2. Non-tax incentives. Almost every state also provides investment incentives in the form of grants, low interest loans (industrial revenue bonds, direct loans, loan guarantees), equity investments, and in-kind assistance such as customized job training. Again, depending upon how the FTA effects incentives, foreign investors may be able to argue that state non-tax incentives favor recipients in the offering jurisdiction and violate the FTA. Examples include:

49 states offer subsidized industrial revenue bond financing as an investment incentive. {172}

44 states offer customized job training as an investment incentive. {173}

23 states make various types of grants for economic development. {174} For example, **Hawaii** created an agricultural development revolving fund that can make grants or purchase securities to help state-based agribusiness companies. {175}

18 states provide venture capital. {176} **Texas** {177} and **Colorado** {178} are leaders in creating state-chartered corporations that make equity investments to leverage additional private-sector investment.

3. Enterprise zones. Enterprise zones are geographic areas, recognized by federal, state, and local governments to receive coordinated targeting of investment incentives and deregulation. As noted above, the WTO has a general exception for subsidies that are targeted to disadvantaged regions.{179} No such exception is proposed for the FTA.{180} The following are examples of state enterprise zone legislation:

Texas requires "qualified businesses" to locate within an enterprise zone and meet specific performance requirements in order to receive enterprise zone benefits.{181}

California gives priority for giving loans and loan guarantees to small businesses located within an enterprise zone. {182}

Oregon provides a property tax exemption for businesses that locate in an enterprise zone. {183}

4. Discriminatory practices in granting incentives. In addition to bans or limitations on investment incentives, the FTA may also protect foreign investors against discrimination in the provision of incentives. Several states explicitly limit certain kinds of development assistance on the basis of residency or citizenship. For example:

Montana prohibits small businesses with nonresident alien shareholders from taking investment tax credits.{184}

Oklahoma requires applicants for agricultural loans to be state residents. {185} **Oklahoma** also requires the incorporators of a business development corporation to be state residents.{186}

Arizona limits eligibility for economic development assistance to residents. {187}

5. Economic accountability. A growing number of states have provided development incentives only to see their value vanish as beneficiaries move out of state or otherwise fail to fulfill their promises. In response, at least 15 states have enacted accountability measures that legally bind beneficiaries to perform in various ways, refund the contribution, or suffer penalties. These are called "clawback" policies. {188}

Economic accountability policies could run afoul of FTA proposals banning or limiting the incentives with which they are linked. They might also run counter to FTA proposals limiting performance requirements that distort investment to the benefit of the jurisdiction offering the incentive{189} and protecting investors' right to transfer assets or funds, as illustrated by the examples below:{190}

Arizona requires businesses to meet performance standards within five years of completing facilities with state incentives; the state may recapture the funds if the business does not meet the standards. {191}

Colorado has explicit clawback terms in its customized job training program. Companies must certify how many jobs they will create and how much they will pay workers.{192}

Iowa requires companies that receive tax abatements to pay at least 75 percent of the county average wage.{193}

NAFTA accommodates such accountability measures through exceptions for performance requirements to locate production, provide a service, train or employ workers, construct or

expand facilities, or carry out research and development within the jurisdiction that provides the incentive.{194} No exceptions have been proposed for the FTA.

6. Domestic procurement preferences. State procurement practices receive major emphasis in foreign complaints about U.S. barriers to trade, particularly "buy domestic" programs and small business set-asides.{195} These practices could run afoul of the FTA if they are viewed as discriminating against foreign investors or creating investment-distorting incentives. There already is a WTO Agreement on Government Procurement (AGP) to which 37 governors have agreed to bind their states. For this reason, FTA negotiators have stated a preference that "the FTA should not interfere with the obligations of the Agreement on Government Procurement." {196}

Thirteen states have not joined the AGP, including *Alaska, New Mexico, and Nevada*. Procurement practices in these states may fall under FTA jurisdiction if state rules create investment distorting discrimination, serve as investment incentives (since preferences often result in above-market prices), or if they serve as performance requirements by favoring local content or disadvantaged bidders. {197}

Should the FTA overlap with the AGP and govern procurement in the 37 AGP-signatory states, these states would be exposed to the FTA 's binding legal remedies available to foreign investors. And, while the AGP includes the same general exceptions as the WTO and adds exceptions for the services of handicapped persons, philanthropic institutions, and prison labor, none of these exceptions are proposed for the FTA. {198} The United States also secured country-specific reservations in the AGP to avoid conflict with several federal and state procurement preference programs. These cover procurement preferences promoting business development by minorities, women and veterans; development of distressed areas; and environmental quality.{199} Furthermore, individual states were allowed to apply the AGP only to as much of their procurement as they desired. Many states list their own reservations to the AGP, including *Hawaii, Kansas, South Dakota, and Washington*. {200} No country-specific reservations have been proposed for the FTA.

D. Enforcement and State Sovereignty

1. FTA legal remedies. FTA negotiators propose to give foreign investors the right to seek monetary damages for both past and future losses, and to seek legal rulings on whether domestic laws violate investor protections under the FTA. Foreign investors may also have a

choice of using international arbitration panels or domestic courts to seek damages.{201} While international arbitration panels might be friendlier fora for foreign investors, access to domestic courts gives them the ability to seek injunctions to stop enforcement of offending laws, a power that international arbitrators do not have. Under NAFTA, investors can have it both ways. They can prosecute their claim for damages in an international arbitration forum and then seek "injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages" in domestic courts. {202}

While NAFTA 's investment chapter is a precedent for this FTA proposal, NAFTA also sets the precedent of Congressional implementing legislation that blocks investor access to domestic courts to enforce the agreement. The NAFTA implementation act provides that only the United States government may use U.S. courts to enforce NAFTA against the states.{203}

Congress may again be able to exercise its power to limit use of U.S. courts under the FTA, but only if the FTA is submitted to Congress in the form of legislation that must pass both houses by majority vote. References to implementing legislation below are meaningful only if the Administration takes that route to obtain Congressional approval.

FTA enforcement proposals will confront U.S. policymakers with a number of choices if Congress considers implementing legislation:

Use of domestic courts. Will investors have a right to use domestic courts to seek damages or injunctive relief? As in the case of NAFTA, it would only be through implementing legislation that Congress could foreclose enforcement of the FTA in the courts by any party other than the United States government.

Controlling law. The implementing legislation for both NAFTA and the WTO state that if a provision of the agreements conflicts with federal law (which includes the Constitution), then that provision has no effect.{204} In contrast, the FTA proposal takes the approach that domestic law applies only to the extent that it is consistent with the FTA.{205}

States as parties. The FTA would apply to government at all levels. Does that mean that foreign investors could bring legal claims directly against state governments? Or would an investor have to sue the United States for a claim against state law? Congress could act to block direct legal claims against states even in an international forum, or it could permit states to be named directly and defend themselves or at least participate in defending themselves.

Self-defense. If the United States is the named party, would states be able to defend their laws in an international forum? In the NAFTA implementing legislation, Congress requires the federal government to consult with states if their laws are the basis of a legal claim, but states have no right to defend themselves.{206}

Recouping damages. If the United States is the named party, would the U.S. federal government be able to withhold federal funds or sue states to recoup monetary damages that are awarded on the basis of an offending state law? If Congress were to provide for this, it would exert considerable federal enforcement power over states. Even without this financial leverage, the federal government would have the supremacy power to ask U.S. courts to prohibit enforcement of state laws that contravene the FTA.

Enforcement of the FTA against states by the federal government is the ultimate remedy, whether it takes the form of a lawsuit seeking preemption of state law or less litigious methods such as the withholding federal funds from noncompliant states. While federal officials may hope to avoid using these methods, they may be compelled to do so if they are obligated to implement the FTA as it has been proposed.

2. State sovereign immunity. Enforcement of FTA remedies involving legal action by foreign investors against states in federal court, either in an original case or an action to enforce an international arbitration award, raises the issue of state sovereign immunity under the 11th Amendment of the Constitution. **The 11th Amendment denies foreign citizens or citizens of another state the option of suing American states in federal court unless the state consents or unless Congress has the power to waive state immunity. {207}**

Until very recently, it would have been thought that Congress had the authority to waive state sovereign immunity for foreign investor lawsuits in federal court. However, in the 1996 case of *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, a closely divided Supreme Court ruled that **Congress has the authority to waive state sovereign immunity only under its 14th Amendment powers**, which include the power to protect property rights, but not under its general powers to regulate commerce. {208} Specifically, **the Court ruled that the 11th Amendment barred Congress from empowering the Seminole tribe to sue the State of Florida in federal court to enforce federal rights under the Indian Gaming Act.** This decision opens the question of **whether property rights protected under the 14th Amendment extend to the protections for foreign**

investors proposed for the FTA, giving Congress the power to waive state sovereign immunity under the FTA.

In the *Seminole* case, the Supreme Court also discussed two alternative mechanisms that could be used to enforce the FTA. The first is a federal lawsuit by the U.S. government seeking preemption of state law. This is the approach used in the implementing legislation for NAFTA and the WTO.

The second approach is a lawsuit by individuals against a state official, rather than the state itself, to ensure that the official's future conduct complies with federal law. {209} This option provides injunctive relief only, not damages against the state or the state official. For example, by adopting FTA investor protections through a federal statute, Congress might enable a foreign investor to sue an administrative official, such as a governor. In that case, the investor could seek a court order that requires the official to comply with the terms of the FTA.

A third approach would be for Congress to give investors remedies that would be enforceable in state courts if access to federal courts is barred. Of course, these latter two approaches would not be available if Congress bans private legal action in FTA implementing legislation as was done for NAFTA and the WTO.

3. Equal protection. Congressional adoption of FTA implementing legislation could raise significant legal or policy issues regarding equal protection of the laws. Many FTA proposals go beyond matters of discrimination, such as the proposals to ban performance requirements, limit incentives, and require compensation for expropriation or other government actions that reduce the value of an investment. Foreign investors will be able to choose international arbitration panels which are not bound to follow the established doctrines of American courts to interpret these protections. As noted above, these panels may give foreign investors property rights or remedies that are superior to those of domestic investors under U.S. constitutional law.

4. Delegation of judicial power. The implementing legislation for both NAFTA and the WTO say that "No provision of [NAFTA or the WTO], nor the application of such agreement to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States shall have effect." {210} In contrast, FTA negotiators have asserted that FTA provisions will be the substantive law governing any disputes, with domestic law relevant only when it is consistent with the FTA. {211}

Under these conditions, an international forum would have the power to render awards or write opinions on whether U.S. state governments are violating the FTA. Although this approach is already embodied in other trade agreements, a number of legal scholars predict that it can be successfully challenged as an unconstitutional delegation of judicial power. Their argument is that multinational arbitration delegate's judicial power to a forum outside the federal system, which violates the balance of federal powers and Article III of the Constitution. {212} They also argue that international arbitrators would "exercise significant authority" under laws of the United States {213} without being appointed by the President and confirmed by the Senate, violating the Appointments Clause of the Constitution. {214}

V. Addressing State Interests in the FTA

A. The FTA Process - How The States Can Be Heard

There are four key stages in the FTA negotiations:

- 1. Core proposals.** Negotiations on core proposals will continue at the FTA discussion rounds through 2006 when the Government is scheduled to consider a final agreement. As discussed, key core proposals include the expansion of national treatment and MFN, disciplines on expropriation, incentives, and performance requirements, and new remedies for enforcement.
- 2. General exceptions.** General exceptions to the FTA will be negotiated along with core proposals through 2006. They will create a permanent deference to sovereign authority within the FTA, including the authority of states to continue lawmaking in any areas that are covered.
- 3. Country-specific reservations.** Negotiations on country-specific reservations are likely to follow general agreement on the FTA text.{215} Country-specific reservations are the USTR's preferred means for protecting state sovereignty interests because they have the least impact on negotiations as a whole.{216}
- 4. Implementing legislation.** If the Administration proposes the FTA as an agreement rather than a treaty, it will require implementing legislation. There are a number of important issues that states can address in implementing legislation, including waiver of sovereign immunity, right of states to defend themselves in international arbitration, availability of non-monetary remedies, and other safeguards such as consultation and notice procedures.{217}

End note: 51. See Mark Shapiro, *The Dormant Commerce Clause: A Limit on Alien Land Laws*, 20 Brook. J. Int'l. L. 217 (1993).

52. R.R.S. Neb. 76-406 (1995). The Nebraska Constitution reserves the right to regulate alien "acquisition, enjoyment and descent of property ..." NE Const. Art. I, 25.

53. 60 Okl. Stat. 121- 123 (1995); Okl. Const. Art. XXII, 1 (1995). Nor does Oklahoma allow an alien to transfer land to another alien in order to avoid other alien land laws. 60 Okl. Stat. 124.

54. Ind. Code Ann. 32-1-8-2 (1996).

55. Neb. Rev. Stat. 72-234.01-.02, 76-402-403, 76-405 to 407, and 76-410 to 415 (1995).

56. Nebraska allows a nonresident heir of land to request sale of the land in order to receive the net proceeds of sale. Neb. Rev. Stat Ann. 76-408 and 409 (1995).

57. Kentucky gives a nonresident alien eight years to sell land, after which the state assumes title to the land. Ky. Rev. Stat. Ann. 381.300 (Banks-Baldwin 1996).

58. Mississippi allows nonresident aliens to own up to five acres of residential land and 320 acres of industrial land. The state assumes title to land that is not in compliance with the law. Miss. Code. Ann. 89-1-23 (1995).

59. Wisconsin limits nonresident aliens to 640 acres of land except to secure repayment of a debt. Wis. Stat. Ann. 710.02(1) (West 1995)

60. S.D. Codified Laws Ann. 43-2A-2 to 43-2A-7

61. 60 Okl. Stat. 121- 123 (1995); Okl. Const. Art. XXII, 1 (1995)

62. Colo. Rev. Stat. 36-1-124 (1990).

63. R.R.S. Neb. 76-402, 76-403, 76-405, 76-406 (1995).

64. Mo. Rev. Stat. 442.571(1)(West 1995).

65. 1996 Minn. A.L.S. 315.

66. N.D. Cent. Code 47-10.1-02 (1995).

67. Minn. Stat. Ann. 500.221 (West 1966).
68. Iowa Code Ann. 567.3(1) (West 1995).
69. Pennsylvania limits nonresident aliens to 100 acres of land unless the land is inherited or held as security for a loan. A resident alien who moves out of the state or a nonresident alien who inherits land must dispose of the land within three years. After three years, the state may take title to the land. 68 Pa. Cons. Stat. Ann. 41, 43, 44 and 46 (West 1996).
70. Ariz. Rev. Stat. Ann. 37-610.02 (1995).
71. Colo. Rev. Stat. 36-1-124 (1990).
72. Mont. Code. Ann. 77-2-306, 77-2-334.
73. Or. Rev. Stat. 273.255 (1995).
74. Nev. Rev. Stat. 517.010 (1995).
75. Or. Rev. Stat. 543.050 and 543.260 (1995)
76. Alaska Stat. 42.20.010 (1995).
77. Haw. Rev. Code Ann. 269-17.5 (1995).
78. Ga. Code 46-5-141.
79. Opinion of Attorney General No. 80-21 (South Dakota).
80. Cal. Fish & Game Code 8230(b)(4) (1996).
81. Wash. Rev. Code Ann. 75.28.720 (1995).
82. Alaska Stat. 16.43.160(b) (1995).
83. Cal. Fish & Game Code 7852(b) and (d) (1996).
84. Or. Rev. Stat. 508.285 (1995).
85. Md. Code Ann., Nat. Res. 4-11A-09, 4-11A-05.

86. Mass. Gen. L. ch. 130, 38.
87. Cal. Health & Safety Code 18045.5 (1995) (distributors of mobile homes, manufactured housing or commercial coaches).
88. Haw. Rev. Code Ann. 444-14; (construction companies).
89. Idaho Code 61-302 and 61-503 (1995) (utility companies).
90. Mont. Code Ann. 69-3-202(4) (1995) (utility companies).
91. N.D. Com. Code 10-22-08 (1995) (all foreign corporations).
92. Or. Rev. Stat. 541.700 (1995).
93. Mont. Code Ann. 80-3-302, 80-3-314, 80-3-321
94. Alaska Stat. 43.35.030 (1995).
95. N.D. Admin. Code 99-01-20-03, 05 (1995).
96. Or. Rev. Stat. 461.215 (1995).
97. Neb. Rev. Stat. 9-614 (1995).
98. S.D. Codified Laws Ann. 42-7A-43 and 42-7B-25 (1995).
99. Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 179e, 6.06(a)(12),(b),(d); Tex. Admin. Code tit. 16, 301.1 *et seq.* 305.102 (1995).
100. N.D. Admin. Code 69.5-01-05-16 (1995).
101. OECD, *main Features of the FTA* 101.
102. Wash. Rev. Code Ann. 30.04.230 (West 1986 Supp.).
103. Iowa Code 524.1909 (West 1996).
104. Minn. Stat. 48.93 (West Supp. 1987).

105. Me. Rev. Stat Ann. tit. 10, 1011 (1987 Supp.).
106. Survey by the Center for Policy Alternatives (1995).
107. Ariz. Rev. Stat. Ann. 6-327 (1996).
108. N.M. Stat. Ann. 58-12-2(e)(f) and 58-15-5 (1996).
109. Iowa Code 12C.6A (West 1996).
110. Ohio Rev. Code Ann. 1111.03 (Baldwin 1996).
111. 7 Pa. Cons. Stat. Ann. 6020.150 (1996).
112. Gizette Canegeta and Robert Stumberg, *Community Banking Incentives* (Center for Policy Alternatives, 1993). This report is based on a survey of state treasurers and their operating programs, which are not necessarily created by statute.
113. Alaska Stat. 38.05.045, 38.05.135, 38.05.140, 38.05.185, and 38.05.190 (1995).
114. Mont. Code Ann. 77-3-305A (1975).
115. Ariz. Rev. Stat. Ann. 37-610.02, 37-306 (1995).
116. Ariz. Comp. Admin. R. & Regs. 12-5-503, 12-5-515, 12-5-705(B), 12-5-801(c), 12-5-1101(1), 12-5-2102; Ariz. Rev. Stat. Ann 37-291(A).
117. Ariz. Comp. Admin. R. & Regs. 12-5-1001.
118. Haw. Rev. Code Ann. s.171-68 and 171-74
119. Utah Code Ann. 73-3-2(1)(a) (1995).
120. Wyo. Stat. 36-3-102(b), 36-6-101(a) - 36-6-101(c) (1995); State of Wyoming board of Land commissioners and Wyoming Farm Loan board rules and Regulations governing Leasing of Sub-Surface Resources, Ch. 6, 5, 13(b) (effective March 1, 1982), Ch. 7, 3(c), 7.
121. Or. Rev. Stat. 273.825 (1995).
122. Wyo. Stat. 36-5-105(a) (1996).

123. Idaho Code 58-1004 (1995).
124. Or. Const. art. VIII, 7 (1995).
125. OECD, *main Features of the FTA* 14.
126. OECD, *main Features of the FTA* 44.
127. Surface Mining Control and Reclamation Act, 30 U.S.C.S. 1230 - 1265 (1966).
128. See generally Rev. Code Wash. 35.63 (Planning Commissions); Department of Ecology, *Model Ordinance* (1990).
129. Seattle Audubon Society and Washington Wetlands Network (WETNET), *Wetnet Citizen's Report: Local Wetland Protection in Puget Sound* (December 1994) 49.
130. California Coastal Act, Cal. Public Res. Code, 30240 (1996).
131. California Coastal Act, Cal. Public Res. Code, 30241 (1996).
132. California Coastal Act, Cal. Public Res. Code, 30250 (1996).
133. See Chesapeake Bay Foundation, *Wetlands Permitting Programs in the Chesapeake Bay Area* (October 1994), App. C.
134. Md. Code Ann., Envir., 5-901 *et. seq.*
135. Wash. Rev. Code Ann. 43.21A.21A.705 (West 1966); see Pasha Publications, *Energy Report* (no. 46, vol. 24; November 25, 1996).
136. *The International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) v. Lowry*, 1996 WL 691968 (W.D. Wash).
137. California is reportedly considering preventive oil spill legislation. Sandi Doughton, "9th Circuit Court Gets Appeal of State's Strict Oil-Spill Rules," *The News Tribune* (January 11, 1997) B3. New York has a bill pending. 1997 NY S.B. 144 (Senator Skelos).
138. Cal. Rev. & Tax Code 24356.7 (1996).

139. *Or. Rev. Stat.* 315.311.

140. *Wash. Rev. Code Ann.* 82.34.050 (West 1996).

141. *Az. Rev. Stat.* 35-806 (1996).

142. *Col. Rev. Stat. Ann.* 25-7-106.9 (1996).

143. See, e.g., J. Christopher Thomas, *The Future: The Impact of Environmental Regulations on Trade 18 Canada-U.S. L.J.* 389-90 (1992).

144. See *United States International Trade Commission, Newsprint (USITC Publication 2551, November 1992)*; 1992 ITC Lexis 651, *14.

145. The 13 states include Arizona, California, Connecticut, Florida, Illinois, Maryland, Michigan, Missouri, North Carolina, Oregon, Texas, West Virginia, and Wisconsin. For a current report, see Ramond Communications, *State Recycling Laws Update, Year-End Edition 9* (1995).

146. The 29 states include Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Florida, Hawaii, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, New York, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Wisconsin and Wyoming. For a current report, see Ramond Communications, *State Recycling Laws Update, Year-End Edition* (1995).

147. *Cal. Pub. Res.*, 42756 and 42760 (1995).

148. *Or. Rev. Stat.* 459A.505.

149. *Conn. Gen. Stat.* 22a-256n.

150. *Cal. Pub. Res.*, 14549 (1995).

151. *Wis. Stat.* 100.297 (1994).

152. *Cal. Rev. & Tax Code* 17052.14.

153. *Mich. Comp. Laws Ann.* 18.1261a.

154. *Cal. Pub. Cont.* 12205 (1995).

155. *Tex. Govt. Code 2155.448 (1995). Recycled newsprint, plastic, and glass laws appear to be effective in influencing investment decisions. In 1989 there was only one Canadian paper mill that could process recycled paper; today there are 23. Paul Bagnell, "Recycled Paper Running Short: Pulp and paper makers urge Canadians to recycle more so they can stop importing so much from the U.S.," Financial Post (October 31, 1996). Paul Bagnell, "Recycled Paper Running Short: Pulp and paper makers urge Canadians to recycle more so they can stop importing so much from the U.S.," Financial Post (October 31, 1996). Other Canadian companies have shifted their capital investment in production into the United States, prompting a company executive to complain that "recycled-content laws have single-handedly changed the economics of location of the industry." Geoffrey Elliot, vice-president of corporate affairs for Noranda Forest, Inc., quoted in BNA, "Countries Can't Use Trade to Promote Environmental Action, Conference Told," BNA International Trade reporter (May 20, 1992). Geoffrey Elliot, vice-president of corporate affairs for Noranda Forest, Inc., quoted in BNA, "Countries Can't Use Trade to Promote Environmental Action, Conference Told," BNA International Trade reporter (May 20, 1992). Canada officially cites state-level recycled content laws as a leading trade barrier in the U.S. market. Canadian International Trade Ministry, 1995 Register of United States Barriers to Trade (April 1995); BNA, "U.S. Barriers Still in Place, Says 1995 Canadian Register" BNA International Trade Reporter (April 5, 1995). This is a good example of a practice that could be argued to violate both trade and investment agreements. A trade agreement could be violated by regulation of product characteristics, while an investment agreement could be violated by the regulation's distorting effects on investment patterns. Canadian International Trade Ministry, 1995 Register of United States Barriers to Trade (April 1995); BNA, "U.S. Barriers Still in Place, Says 1995 Canadian Register" BNA International Trade Reporter (April 5, 1995). Similarly, the EU complains that the application of state recycled-content policy to "imported products is not in conformity with GATT rules." European Commission, Report on United States Barriers to Trade and Investment 57 (1994). European Commission, Report on United States Barriers to Trade and Investment 57 (1994).*

156. *Working Group B, in OECD Documents 131. For a summary of the domestic debate on incentives, see Schweke et al., Bidding for Business; Corporation for Enterprise Development, "Making Development Incentives More Accountable," in Improving Your Business Climate, (forthcoming, 1997) [hereafter, CfED, Improving Your Business Climate]; and National Council for Urban Economic Development, Incentives: A Guide to an Effective and Equitable Policy, (Washington, D.C., 1996) [hereafter, NCUED, Incentives].*

157. *Working Group B, in OECD Documents 131.*
158. *OECD, main Features of the FTA 55; Anders Ahnlid, The Multilateral Agreement on Investment: Special Topics (OECD, December 1996, <http://www.oecd.org/daf/cmisa/ahnlid.htm>) 4. Mr. Ahnlid chairs the FTA Expert Group 3.*
159. *KPMG Peat Marwick Business Incentives Survey and Press Release, Fall 1995.*
160. *Schweke et al., Bidding for Business 18.*
161. *Or. Rev. Stat. 285.597, 285.600 and 285.605 (1996).*
162. *Haw. Rev. Code Ann. 39A-84 (West 1996).*
163. *N.D. Cent. Code 40-57.1-04 (West 1996).*
164. *Schweke et al., Bidding for Business 18.*
165. *N.D. Cent. Code. 40-57.1-04.3 (1995).*
166. *Wash. Rev. Code Ann. 82.08.02565 (1966).*
167. *Tx. Const. Art. 8 1-j (West 1966).*
168. *Schweke, et al., Bidding for Business 18.*
169. *Wash. Rev. Code Ann. 82.04.435 and 82.08.02565 (West 1996).*
170. *Cal. Rev. & Tax Code 6377 (1996).*
171. *Tx. Civ. Stat. Art. 5190.6 (West 1996).*
172. *Schweke et al., Bidding for Business 19 and National Association of State Development Agencies (NASDA), Directory of Incentives for Business Investment and Development in the United States (Urban Institute Press, 3rd edition, 1991) [hereafter, NASDA, Directory of Incentives].*
173. *NASDA, Directory of Incentives.*
174. *NASDA, Directory of Incentives.*

175. *Haw. Rev. Code Ann. 163D-17 (West 1996).*
176. *NASDA, Directory of Incentives.*
177. *Tex. Const., art. XVI, 70(g) (1988).*
178. *Col. Rev. Stat. Ann. 29-4-709 and 710.6 (1994).*
179. *GATT 1994 Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Art. 8.2(b).*
180. *OECD, main Features of the FTA 60; see Working Group B, in OECD Documents 131-133.*
181. *Tex. Gov. Code 2303.402 (1996).*
182. *Cal. Gov. Code 7079 (1996).*
183. *Or. Rev. Stat. 285.597, 285.600 and 285.605 (1996).*
184. *Mont. Code Ann. 15-31-123.*
185. *74 Okl. Stat. Ann. 5063.23 (West 1996).*
186. *18 Okl. Stat. Ann. 903 (West 1996).*
187. *Ariz. Rev. Stat. 41-1505.07.*
188. *Jeremy Brecher, Countering Corporate Downsizing: A Survey of Proposals to Halt Layoffs and Job Degradation (Washington, D.C.: Preamble, 1996); Greg Leroy, No More Candy Store: States and Cities Making Job Subsidies Accountable (Chicago: Federation for Industrial Retention and Renewal, 1989).*
189. *OECD, main Features of the FTA 44-45; Working Group B, in OECD Documents 129.*
190. *Working Group C, in OECD Documents 142-143.*
191. *Ariz. Rev. Stat. 41-1505.07(H) (1995).*
192. *Conn. Gen. Stat. Ann. 32-5a and 32-223 (1995).*
193. *Iowa administrative statute 261-22.7(2)(a)-(b).*

194. NAFTA Art. 1106.4.

195. See, e.g., *European Commission, Report on United States Barriers to Trade and Investment (Brussels 1994)* 36-37; *Canada, Dept. of Foreign Affairs and International Trade, Register of United States Barriers to Trade (Ottawa 1996)* 13; *Japan, Subcommittee on Unfair Trade Policies and Measures, Industrial Structure Council, Report on Unfair Trade Policies (Tokyo 1994)* 19.

196. OECD, *main Features of the FTA* 51.

197. NAFTA Art. 1106.1 and 1106.3.

198. AGP Art. XXIII.

199. *General Notes, United States Appendix to the Agreement on Government Procurement, 1; AGP, United States Notes to Annex 2, 2 and 3.*

200. AGP, *Annex 2 reservations for individual states include Hawaii (software developed in the state and construction), Kansas (construction, automobiles and aircraft), Kentucky (construction), Mississippi (services generally), New York (transit cars, buses and related equipment), Oklahoma (construction), South Dakota (beef), Tennessee (construction and services generally), and Washington (fuel, paper products, boats, ships and vessels).*

201. OECD, *main Features of the FTA* 84.

202. NAFTA art. 1121.1

203. 19 U.S.C. 3312(b) and (c).

204. 19 U.S.C. 3312, 3512 (1996).

205. OECD, *main Features of the FTA* 79.

206. 19 U.S.C. 3312(b)(1).

207. *The 11th Amendment to the U.S. Constitution provides: "The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by citizens or Subjects of any Foreign State."*

208. *Seminole Tribe of Florida v. Florida et al.*, 116 S. Ct. 114, 1996 U.S. Lexis 2165, at *36 (decided March 27, 1996) overruling *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1, 105 S. Ct. 2273 (1989).

209. *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 1996 U.S. Lexis at 2165, at *47; citing *Ex parte Young*, 209 U.S. 123, 714 S. Ct. 441 (1908).

210. 19 U.S.C. 3312(a) (NAFTA); 19 U.S.C. 3512(a) (Uruguay Round of GATT).

211. OECD, *main Features of the FTA* 79.

212. U.S. Const., Art. II, 1. See Robert P. Deyling, *Free Trade Agreements and the Federal Courts: Emerging Issues*, 27 *St. Mary's L.J.* 353, 366-67 (1996); Demetrios G. Metropoulos, *Constitutional Dimensions of the North American Free Trade Agreement*, 27 *Cornell Int'l L.J.* 141, 159-71 (1994); Patricia Kelmar, *Binational Panels of the Canada-United States Free Trade Agreement in Action: The Constitutional Challenge Continues*, 27 *Geo. Was. J. Int'l L. & Economy* 173, 190-95 (1993); Jim C. Chen, *Appointments with Disaster: The Unconstitutionality of Binational Arbitral Review under the United States - Canada Free-Trade Agreement*, 49 *Wash. & Lee L. Rev.* 1455, 1463-79 (1992).

213. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 126 (1976).

214. U.S. Const., Art II, 2, cl. 2. See Jim C. Cohen, *Appointments with Disaster: The Unconstitutionality of Binational Arbitral Review under the United States - Canada Free-Trade Agreement*, 49 *Wash. & Lee L.Rev.* 1455, 1479-96 (1992); Alan Morrison, *Appointments Clause Problems in the Dispute Resolution Provisions of the United States-Canada Free Trade Agreement*, 49 *Wash. & Lee L.Rev.* 1299 (1992).

215. United States Federal Government paper, "Multilateral Agreement on Investment" 6 (1996).

216. United States Federal Government paper, "Multilateral Agreement on Investment" 4 (1996). During NAFTA, months of work by state and federal agencies resulted in the listing of hundreds of country- and state-specific reservations. In the end, these reservations were so inconsistent that the USTR simply decided to reserve all existing state laws (as of January 1, 1994). However, these reservations served merely as a "grandfathering" mechanism to avoid conflicts with existing laws. They did not preserve the right of states to enact new laws in the reserved policy areas. The OECD considers this freezing of future lawmaking, or standstill, to be a minimum constraint for

accepting country-specific exceptions in the FTA. Going further, FTA negotiators have also proposed a rollback of laws protected by country-specific exceptions to ensure that these laws are covered by the FTA after a certain period of time. OECD, main Features of the FTA 64-65; Working Group A, in OECD Documents 119.

217. As an example of the need for consultation, the EU wants the right to maintain and alter its internal investment preferences without extending them to all other members of the FTA. The EU's arguments support state interest in retaining diversity in their investment preferences, yet the U.S. federal government opposes the EU position, arguing that it violates national treatment and would hamper the entry of American investors into European markets (United States Federal Government paper, "Multilateral Agreement on Investment" 3 (1996).

ภาคผนวก ค

สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี

(Bilateral Investment Treaty)

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 ได้มีการทำสนธิสัญญาการลงทุน ในระดับทวิภาคี เพื่อคุ้มครองการลงทุน เรื่อยมา จนถึงปัจจุบัน นับได้ร่วมสามพัน สนธิสัญญา โดยมีรายการสนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้น เรียงตามลำดับปี ค.ศ. จนถึงปี ค.ศ. 1996 ดังต่อไปนี้

I. Chronological List of Bilateral Investment Treaties

Parties	Signature			Entry into Force		
1959						
Germany/Pakistan	Nov.	25,	1959	Nov.	28,	1962
Dominican Republic/Germany	Dec.	16,	1959	June	3,	1960
1960						
Germany/Malaysia	Dec.	22,	1960	July	6,	1963
1961						
Germany/Greece	Mar.	27,	1961	July	15,	1963
Germany/Togo	May	16,	1961	Dec.	21,	1964
Germany/Morocco	Aug.	31,	1961	Jan.	21,	1968
Switzerland/Tunisia	Dec.	2,	1961	Jan.	19,	1964
Germany/Liberia	Dec.	12,	1961	Oct.	22,	1967
Germany/Thailand	Dec.	13,	1961	Apr.	10,	1965
1962						
Niger/Switzerland	Mar.	28,	1962	Nov.	17,	1962
Germany/Guinea	Apr.	19,	1962	Mar.	13,	1965
Guinea/Switzerland	Apr.	26,	1962	July	29,	1963
Germany/Turkey	June	20,	1962	Dec.	16,	1965
Côte d'Ivoire/Switzerland	June	26,	1962	Nov.	18,	1962
Cameroon/Germany	June	29,	1962	Nov.	21,	1963
Senegal/Switzerland	Aug.	16,	1962	Aug.	13,	1964
Germany/Madagascar	Sep.	21,	1962	Mar.	21,	1966
Congo/Switzerland	Oct.	18,	1962	July	11,	1964

Parties	Signature			Entry into Force		
1963						
Cameroon/Switzerland	Jan.	28,	1963	Apr.	6,	1964
Germany/Sudan	Feb.	7,	1963	Nov.	24,	1967
Netherlands/Tunisia	May	23,	1963	Dec.	19,	1964
Liberia/Switzerland	July	23,	1963	Sep.	22,	1964
Rwanda/Switzerland	Oct.	15,	1963	Oct.	15,	1963
Germany/Sri Lanka	Nov.	8,	1963	Dec.	7,	1966
Germany/Tunisia	Dec.	20,	1963	Feb.	6,	1966
1964						
Switzerland/Togo	Jan.	17,	1964	Aug.	9,	1966
Germany/Senegal	Jan.	24,	1964	Jan.	16,	1966
Korea/Germany	Feb.	4,	1964	Jan.	15,	1967
Guinea/Italy	Feb.	20,	1964	Feb.	20,	1964
Madagascar/Switzerland	Mar.	17,	1964	Mar.	31,	1966
Belgium-Luxembourg/Tunisia	July	15,	1964	Mar.	9,	1966
Germany/Niger	Oct.	29,	1964	Jan.	10,	1966
1965						
Malta/Switzerland	Jan.	20,	1965	Feb.	23,	1965
Germany/Tanzania	Jan.	30,	1965	July	12,	1968
Germany/Sierra Leone	Apr.	8,	1965	Dec.	10,	1966
Côte d'Ivoire/Netherlands	Apr.	26,	1965	Sep.	8,	1966
Belgium-Luxembourg/Morocco	Apr.	28,	1965	Oct.	18,	1967
Switzerland/Tanzania	May	3,	1965	Sep.	16,	1965
Ecuador/Germany*	June	28,	1965	Nov.	30,	1966
Cameroon/Netherlands	July	6,	1965	May	7,	1966
Central African Republic/Germany	Aug.	23,	1965	Jan.	21,	1968
Côte d'Ivoire/Sweden	Aug.	27,	1965	Nov.	3,	1966
Costa Rica/Switzerland	Sep.	1,	1965	Aug.	18,	1966
Congo/Germany	Sep.	13,	1965	Oct.	14,	1967
Germany/Iran	Nov.	11,	1965	Apr.	6,	1968
1966						
Madagascar/Sweden	Apr.	2,	1966	June	23,	1967
Benin/Switzerland	Apr.	20,	1966	Oct.	6,	1973

Parties	Signature			Entry into Force		
Madagascar/Norway	May	13,	1966	Sep.	28,	1967
Côte d'Ivoire/Germany	Oct.	27,	1966	June	10,	1968
Germany/Uganda	Nov.	29,	1966	Aug.	19,	1968
Germany/Zambia	Dec.	10,	1966	Aug.	25,	1972
1967						
Chad/Switzerland	Feb.	21,	1967	Oct.	31,	1967
Senegal/Sweden	Feb.	24,	1967	Feb.	23,	1968
Chad/Germany	Apr.	11,	1967	Nov.	23,	1968
Germany/Rwanda	May	18,	1967	Feb.	28,	1969
Italy/Malta	July	28,	1967	Oct.	15,	1973
1968						
Denmark/Indonesia	Jan.	30,	1968	July	2,	1968
Ecuador/Switzerland	May	2,	1968	Sep.	11,	1969
Germany/Indonesia	Nov.	8,	1968	Apr.	19,	1971
Gabon/Italy	Nov.	18,	1968			
1969						
Germany/Zaire	Mar.	18,	1969	July	22,	1971
Burkina Faso/Switzerland	May	6,	1969	Sep.	15,	1969
Gabon/Germany	May	16,	1969	Mar.	29,	1971
Chad/Italy	June	11,	1969	June	11,	1969
Côte d'Ivoire/Italy	July	23,	1969			
1970						
Belgium-Luxembourg/Indonesia	Jan.	15,	1970	June	17,	1972
Netherlands/Tanzania	Apr.	14,	1970	July	28,	1972
Netherlands/Uganda	Apr.	24,	1970			
Netherlands/Sudan	Aug.	22,	1970	Mar.	27,	1972
Kenya/Netherlands	Sep.	11,	1970	June	11,	1979
1971						
Korea/Switzerland	Apr.	7,	1971	Apr.	7,	1971
Germany/Mauritius	May	25,	1971	Aug.	27,	1973
Malaysia/Netherlands	June	15,	1971	Sep.	13,	1972
Switzerland/Uganda	Aug.	23,	1971	May	8,	1972
Morocco/Netherlands	Dec.	23,	1971	July	27,	1978

Parties	Signature			Entry into Force		
1972						
Gabon/Switzerland	Jan.	28,	1972	Oct.	18,	1972
Switzerland/Zaire	Mar.	10,	1972	May	10,	1973
Netherlands/Singapore	May	16,	1972	Sep.	7,	1973
Netherlands/Thailand	June	6,	1972	Mar.	3,	1973
France/Tunisia	June	30,	1972	June	30,	1972
France/Zaire	Oct.	5,	1972	Mar.	1,	1975
1973						
Central African Republic/Switzerland	Feb.	28,	1973	July	4,	1973
France/Mauritius	Mar.	22,	1973	Apr.	1,	1974
France/Indonesia	June	14,	1973	Apr.	29,	1975
Egypt/Switzerland	July	25,	1973	June	4,	1974
Germany/Haiti	Aug.	14,	1973	Dec.	1,	1975
Germany/Singapore	Oct.	3,	1973	Oct.	1,	1975
1974						
Indonesia/Switzerland	Feb.	6,	1974	Apr.	9,	1976
Sudan/Switzerland	Feb.	17,	1974	Dec.	14,	1974
France/Yugoslavia	Mar.	28,	1974	Mar.	3,	1975
Germany/Yemen	June	21,	1974	Dec.	19,	1978
Egypt/Germany	July	5,	1974	July	22,	1978
Germany/Jordan	July	15,	1974	Oct.	10,	1977
Germany/Malta	Sep.	17,	1974	Dec.	14,	1975
Korea/Netherlands	Oct.	16,	1974	June	1,	1975
Belgium-Luxembourg/Korea	Dec.	20,	1974	Sep.	3,	1976
Egypt/France	Dec.	22,	1974	Oct.	1,	1975

- This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Ecuador and Germany, signed on March 21, 1996

Parties	Signature			Entry into Force		
1975						
France/Malaysia	Apr.	24,	1975	Sep.	1,	1976
Korea/Tunisia	May	23,	1975	Nov.	28,	1975

Parties	Signature			Entry into Force		
Egypt/United Kingdom	June	11,	1975	Feb.	24,	1976
France/Morocco*	July	15,	1975	Dec.	13,	1976
Singapore/United Kingdom	July	22,	1975	July	22,	1975
France/Singapore	Sep.	8,	1975	Oct.	18,	1976
1976						
Netherlands/Yugoslavia	Feb.	16,	1976	Apr.	1,	1977
Korea/United Kingdom	Mar.	4,	1976	Mar.	4,	1976
Belgium-Luxembourg/Zaire	Mar.	28,	1976	Jan.	1,	1977
Indonesia/United Kingdom	Apr.	27,	1976	Mar.	24,	1977
Egypt/Romania**	May	10,	1976	Jan.	22,	1977
Egypt/Morocco	June	3,	1976			
France/Philippines***	June	14,	1976	July	1,	1976
Germany/Israel	June	24,	1976	Prov. in force		
France/Malta	Aug.	11,	1976	Jan.	1,	1978
Mauritania/Switzerland	Sep.	9,	1976	May	30,	1978
Austria/Romania	Sep.	30,	1976	Nov.	8,	1977
Egypt/Netherlands****	Oct.	30,	1976	Jan.	1,	1978
Jordan/Switzerland	Nov.	11,	1976	Mar.	2,	1977
France/Romania*	Dec.	16,	1976	Aug.	1,	1978
1977						
Egypt/Japan	Jan.	28,	1977	Jan.	14,	1978
Belgium-Luxembourg/Egypt	Feb.	28,	1977	Sep.	20,	1978
Egypt/Sudan	May	28,	1977			
Egypt/Yugoslavia	June	3,	1977			
Switzerland/Syria	June	22,	1977	Aug.	10,	1978
Germany/Mali	June	28,	1977	May	16,	1980
Germany/Syria	Aug.	2,	1977	Apr.	20,	1980
France/Syria	Nov.	28,	1977	Mar.	1,	1980
France/Korea	Dec.	28,	1977	Feb.	1,	1979
1978						
Pakistan/Romania	Jan.	21,	1978	Oct.	31,	1978
France/Jordan	Feb.	23,	1978	Oct.	18,	1979
Malaysia/Switzerland	Mar.	1,	1978	June	9,	1978

Parties	Signature			Entry into Force		
Singapore/Switzerland	Mar.	6,	1978	May	3,	1978
Mali/Switzerland	Mar.	8,	1978	Dec.	8,	1978
Belgium-Luxembourg/Romania	May	8,	1978	May	1,	1980
Benin/Germany	June	29,	1978	July	18,	1985
Egypt/Sweden	July	15,	1978	Jan.	29,	1979
France/Sudan	July	31,	1978	July	5,	1980
El Salvador/France	Sep.	20,	1978	Dec.	12,	1992
Slovenia/Sweden	Nov.	10,	1978	Nov.	21,	1979
Sweden/Yugoslavia	Nov.	10,	1978	Nov.	21,	1979
Belgium-Luxembourg/Singapore	Nov.	17,	1978	Nov.	27,	1980
Thailand/United Kingdom	Nov.	28,	1978	Aug.	11,	1979
France/Paraguay	Nov.	30,	1978	Dec.	11,	1980
1979						
Gabon/Morocco	Jan.	13,	1979			
Malaysia/Sweden	Mar.	3,	1979	July	6,	1979
France/Liberia	Mar.	23,	1979	Jan.	22,	1982
Gabon/Romania	Apr.	11,	1979	Sep.	18,	1982
Germany/Oman	June	25,	1979	Feb.	4,	1986
Netherlands/Senegal	Aug.	3,	1979	May	5,	1981
Jordan/United Kingdom	Oct.	10,	1979	Apr.	24,	1980
Germany/Romania**	Oct.	12,	1979	Jan.	10,	1981
Belgium-Luxembourg/Malaysia	Nov.	22,	1979	Feb.	8,	1982
1980						
Sri Lanka/United Kingdom	Feb.	13,	1980	Dec.	18,	1980
Belgium-Luxembourg/Cameroon	Mar.	27,	1980	Nov.	1,	1981
Korea/Sri Lanka	Mar.	28,	1980	July	15,	1980
France/Sri Lanka	Apr.	10,	1980	Apr.	19,	1982
Egypt/Finland	May	5,	1980	Feb.	1,	1982
Senegal/United Kingdom	May	7,	1980	Feb.	9,	1984
Singapore/Sri Lanka	May	9,	1980	Sep.	30,	1980
Bangladesh/United Kingdom	June	19,	1980	June	19,	1980
Romania/Senegal	June	19,	1980	May	20,	1984
Cameroon/Romania	Aug.	30,	1980	Dec.	16,	1981

Parties	Signature			Entry into Force		
Germany/Portugal	Sep.	16,	1980	Apr.	23,	1982
Germany/Papua New Guinea	Nov.	12,	1980	Nov.	3,	1983
Philippines/United Kingdom	Dec.	3,	1980	Jan.	2,	1981
1981						
Romania/Sri Lanka	Feb.	9,	1981	June	3,	1982
Lesotho/United Kingdom	Feb.	18,	1981	Feb.	18,	1981
Pakistan/Sweden	Mar.	12,	1981	June	14,	1981
Bangladesh/Germany	May	6,	1981	Sep.	14,	1986
Papua New Guinea/United Kingdom	May	14,	1981	Dec.	22,	1981
Austria/Bulgaria	May	15,	1981			
Malaysia/United Kingdom	May	21,	1981	Oct.	21,	1988
Bangladesh/Belgium-Luxembourg	May	22,	1981	Sep.	14,	1987
Paraguay/United Kingdom	June	4,	1981	Apr.	23,	1992
Sri Lanka/Switzerland	Sep.	23,	1981	Feb.	12,	1982
Germany/Somalia	Nov.	27,	1981	Feb.	15,	1985
Sierra Leone/United Kingdom	Dec.	8,	1981			
1982						
United Kingdom/Yemen	Feb.	25,	1982	Nov.	11,	1983
Japan/Sri Lanka	Mar.	1,	1982	Aug.	7,	1982
Equatorial Guinea/France	Mar.	3,	1982	Sep.	23,	1983
China/Sweden	Mar.	29,	1982	Mar.	29,	1982
Belgium-Luxembourg/Sri Lanka	Apr.	5,	1982	Apr.	26,	1984
Malaysia/Sri Lanka	Apr.	16,	1982	Oct.	31,	1985
Belize/United Kingdom	Apr.	30,	1982	Apr.	30,	1982
Sri Lanka/Sweden	Apr.	30,	1982	Apr.	30,	1982
Cameroon/United Kingdom	June	4,	1982	June	7,	1985
Costa Rica/United Kingdom	Sep.	7,	1982			
Egypt/United States	Sep.	29,	1982	June	27,	1992
Panama/United States	Oct.	27,	1982	May	30,	1991
France/Panama	Nov.	5,	1982	Oct.	9,	1985
Germany/Lesotho	Nov.	11,	1982	Aug.	17,	1985
Malaysia/Romania	Nov.	26,	1982	July	20,	1984
Germany/Mauritania	Dec.	8,	1982	Apr.	26,	1986

Parties	Signature			Entry into Force		
1983						
St. Lucia/United Kingdom	Jan.	18,	1983	Jan.	18,	1983
Kuwait/Pakistan	Mar.	17,	1983			
France/Nepal	May	2,	1983	June	13,	1985
France/Pakistan	June	1,	1983	Dec.	14,	1984
France/Israel	June	9,	1983	Jan.	11,	1985
China/Germany	Oct.	7,	1983	Mar.	18,	1985
Panama/United Kingdom	Oct.	7,	1983	Nov.	7,	1983
Panama/Switzerland	Oct.	19,	1983	Aug.	22,	1985
Sweden/Yemen	Oct.	29,	1983	Feb.	23,	1984
Belgium-Luxembourg/Rwanda	Nov.	2,	1983	Aug.	1,	1985
Germany/Panama	Nov.	2,	1983	Mar.	10,	1989
Belgium-Luxembourg/Mauritania	Nov.	23,	1983			
Senegal/United States	Dec.	6,	1983	Oct.	25,	1990
Haiti/United States	Dec.	12,	1983			
1984						
Bulgaria/Finland	Feb.	16,	1984	July	16,	1985
Costa Rica/France	Mar.	8,	1984			
Netherlands/Sri Lanka	Apr.	26,	1984	May	1,	1985
France/Yemen	Apr.	27,	1984	July	19,	1991
Senegal/Tunisia	May	17,	1984			
France/Haiti	May	23,	1984	Mar.	25,	1985
China/France	May	30,	1984	Mar.	19,	1985
Belgium-Luxembourg/China	June	4,	1984	Oct.	5,	1986
Bulgaria/Malta	June	12,	1984	Feb.	7,	1985
Korea/Senegal	July	12,	1984	Sep.	2,	1985
United States/Zaire	Aug.	3,	1984	July	28,	1989
China/Finland	Sep.	4,	1984	Jan.	26,	1986
Burundi/Germany	Sep.	10,	1984	Dec.	9,	1987
Malta/Netherlands	Sep.	10,	1984	July	1,	1985
Sweden/Tunisia	Sep.	15,	1984	May	13,	1985
Dominica/Germany	Oct.	1,	1984	May	11,	1986
Malaysia/Norway	Nov.	6,	1984	Jan.	7,	1986

Parties	Signature			Entry into Force		
China/Norway	Nov.	21,	1984	July	10,	1985
1985						
China/Italy	Jan.	28,	1985	Aug.	28,	1987
Netherlands/Philippines	Feb.	27,	1985	Oct.	1,	1987
China/Thailand	Mar.	12,	1985	Dec.	13,	1985
Germany/St. Lucia	Mar.	16,	1985	July	22,	1987
Haiti/United Kingdom	Mar.	18,	1985	Mar.	27,	1995

* This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between France and Morocco, signed on July 13, 1996.

** This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Egypt and Romania, signed on November 24, 1994.

*** This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between France and the Philippines, signed on September 13, 1994.

****This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Egypt and the Netherlands, signed on January 17, 1996.

* This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between France and Romania, signed on March 21, 1995.

** This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Germany and Romania, signed on June 25, 1996.

Parties	Signature			Entry into Force		
Netherlands/Yemen	Mar.	18,	1985	Sep.	1,	1986
Austria/Malaysia	Apr.	12,	1985	Jan.	1,	1987
Finland/Malaysia	Apr.	15,	1985	Jan.	3,	1988
Finland/Sri Lanka	Apr.	27,	1985	Oct.	25,	1987
China/Denmark	Apr.	29,	1985	Apr.	29,	1985
Denmark/Sri Lanka	June	4,	1985	June	4,	1985
Belgium-Luxembourg/Liberia	June	5,	1985			
Norway/Sri Lanka	June	13,	1985	June	13,	1985

Parties	Signature			Entry into Force		
China/Netherlands	June	17,	1985	Feb.	1,	1987
Morocco/United States	July	22,	1985	May	29,	1991
Bangladesh/France	Sep.	10,	1985	Oct.	3,	1986
Austria/China	Sep.	12,	1985	Oct.	11,	1986
Italy/Tunisia	Oct.	17,	1985	June	24,	1989
China/Singapore	Nov.	21,	1985	Feb.	7,	1986
China/Kuwait	Nov.	23,	1985	Dec.	24,	1986
Turkey/United States	Dec.	3,	1985	May	18,	1990
Morocco/Switzerland	Dec.	17,	1985	Apr.	12,	1991
1986						
Mali/Tunisia	Feb.	1,	1986			
Cameroon/United States	Feb.	26,	1986	Apr.	6,	1989
Mauritania/Tunisia	Mar.	1,	1986			
Bangladesh/United States	Mar.	12,	1986	July	25,	1989
China/Sri Lanka	Mar.	13,	1986	Mar.	25,	1987
Belgium-Luxembourg/Thailand	Mar.	19,	1986			
Germany/St. Vincent and Grenadines	Mar.	25,	1986	Jan.	8,	1989
Netherlands/Turkey	Mar.	27,	1986	Nov.	1,	1989
Bulgaria/Germany	Apr.	12,	1986	Mar.	10,	1988
Germany/Hungary	Apr.	30,	1986	Nov.	7,	1987
Grenada/United States	May	2,	1986	Mar.	3,	1989
Belgium-Luxembourg/Hungary	May	14,	1986	Sep.	23,	1988
China/United Kingdom	May	15,	1986	May	15,	1986
Mauritius/United Kingdom	May	20,	1986	Oct.	13,	1986
Bangladesh/Korea	June	18,	1986	Oct.	6,	1988
Belgium-Luxembourg/Turkey	Aug.	27,	1986	May	4,	1990
Malta/United Kingdom	Oct.	4,	1986	Oct.	4,	1986
Germany/Nepal	Oct.	20,	1986	July	7,	1988
France/Hungary	Nov.	6,	1986	Sep.	30,	1987
China/Switzerland	Nov.	12,	1986	Mar.	18,	1987
1987						
Jamaica/United Kingdom	Jan.	20,	1987	May	14,	1987
Dominica/United Kingdom	Jan.	23,	1987	Jan.	23,	1987

Parties	Signature			Entry into Force		
Hungary/Italy	Feb.	17,	1987	Feb.	23,	1990
Belgium-Luxembourg/Malta	Mar.	5,	1987	Apr.	12,	1993
Hungary/United Kingdom	Mar.	9,	1987	Aug.	28,	1987
Bangladesh/Romania	Mar.	13,	1987	Oct.	31,	1987
Bolivia/Germany	Mar.	23,	1987	Nov.	9,	1990
Italy/Sri Lanka	Mar.	25,	1987	Mar.	20,	1990
Hungary/Sweden	Apr.	21,	1987	Apr.	21,	1987
Germany/Uruguay	May	4,	1987	June	29,	1990
Belgium-Luxembourg/Poland	May	19,	1987	Aug.	2,	1981
Antigua and Barbuda/United Kingdom	June	12,	1987	June	12,	1987
Hungary/Netherlands	Sep.	2,	1987	June	1,	1988
Togo/Tunisia	Sep.	13,	1987			
Netherlands/Oman	Sep.	19,	1987	Feb.	1,	1989
Romania/Tunisia	Sep.	23,	1987	Feb.	4,	1989
Bolivia/Switzerland	Nov.	6,	1987	May	13,	1991
Bangladesh/Turkey	Nov.	12,	1987	June	21,	1990
Bulgaria/Cyprus	Nov.	12,	1987	May	22,	1988
Kuwait/Malaysia	Nov.	21,	1987			
Benin/United Kingdom	Nov.	27,	1987	Nov.	27,	1987
Poland/United Kingdom	Dec.	8,	1987	Apr.	14,	1988
Italy/Kuwait	Dec.	17,	1987	May	21,	1990
1988						
Italy/Malaysia	Jan.	4,	1988	Oct.	25,	1990
Grenada/United Kingdom	Feb.	25,	1988	Feb.	25,	1988
Switzerland/Turkey	Mar.	3,	1988	Feb.	21,	1990
Bulgaria/Netherlands	Mar.	8,	1988	May	24,	1990
Bangladesh/Thailand	Mar.	13,	1988			
Mauritania/Romania	Mar.	14,	1988	Dec.	19,	1989
Korea/Malaysia	Apr.	11,	1988	Mar.	31,	1989
Denmark/Hungary	May	2,	1988	Oct.	1,	1988
Bolivia/United Kingdom	May	24,	1988	Feb.	16,	1990
Korea/Pakistan	May	24,	1988	Apr.	15,	1990
Austria/Hungary	May	26,	1988	Sep.	1,	1989

Parties	Signature			Entry into Force		
Denmark/Korea	June	2,	1988	June	2,	1988
Finland/Hungary	June	6,	1988	May	12,	1989
China/Poland	June	7,	1988	Jan.	8,	1989
Italy/Philippines	June	17,	1988	Nov.	4,	1993
Australia/China	July	11,	1988	July	11,	1988
China/Japan	Aug.	27,	1988	May	14,	1989
Austria/Turkey	Sep.	16,	1988	Jan.	1,	1992
Netherlands/Uruguay	Sep.	22,	1988	Aug.	1,	1991
Netherlands/Pakistan	Oct.	4,	1988	Oct.	1,	1989
Hungary/Switzerland	Oct.	5,	1988	May	16,	1989
Switzerland/Uruguay	Oct.	7,	1988	Apr.	22,	1991
Morocco/Portugal	Oct.	18,	1988	Mar.	22,	1995
Belgium-Luxembourg/Bulgaria	Oct.	25,	1988	May	29,	1991
Kuwait/Turkey	Oct.	27,	1988	Apr.	25,	1992
China/Malaysia	Nov.	21,	1988	Mar.	31,	1990
China/New Zealand	Nov.	22,	1988	Mar.	25,	1989
Austria/Poland	Nov.	24,	1988	Nov.	1,	1989
Bulgaria/Italy	Dec.	5,	1988	Dec.	27,	1990
Hungary/Korea	Dec.	28,	1988	Jan.	1,	1989
1989						
Italy/Korea	Jan.	10,	1989	June	25,	1992
Finland/Russian Federation	Feb.	8,	1989	Aug.	15,	1991
Belgium-Luxembourg/Russian Federation	Feb.	9,	1989	Oct.	13,	1991
China/Pakistan	Feb.	12,	1989	Sep.	30,	1990
France/Poland	Feb.	14,	1989	Feb.	10,	1990
Egypt/Italy	Mar.	2,	1989			
Tunisia/United Kingdom	Mar.	14,	1989	Jan.	4,	1990
Ghana/United Kingdom	Mar.	22,	1989	Oct.	25,	1991
Korea/Thailand	Mar.	24,	1989	Sep.	30,	1989
Ghana/Netherlands	Mar.	31,	1989	July	1,	1991
Bulgaria/France	Apr.	5,	1989	May	1,	1990
Russian Federation/United Kingdom	Apr.	6,	1989	July	3,	1991
Belgium-Luxembourg/Burundi	Apr.	13,	1989	Sep.	12,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Belgium-Luxembourg/Czech Republic	Apr.	24,	1989	Feb.	13,	1992
Belgium-Luxembourg/Slovak Republic	Apr.	24,	1989	Feb.	13,	1992
Italy/Poland	May	10,	1989	Jan.	10,	1993
Cyprus/Hungary	May	24,	1989	May	25,	1990
Congo/United Kingdom	May	25,	1989	Nov.	9,	1990
Greece/Hungary	May	26,	1989	Feb.	1,	1992
Germany/Russian Federation	June	13,	1989	Aug.	5,	1991
Bulgaria/China	June	27,	1989	Aug.	21,	1994
France/Russian Federation	July	4,	1989	July	18,	1991
Germany/Yugoslavia	July	10,	1989	Oct.	25,	1990
Hungary/Uruguay	Aug.	25,	1989	July	1,	1992
Ghana/Romania	Sep.	14,	1989			
France/Kuwait	Sep.	27,	1989	May	16,	1991
Morocco/Spain	Sep.	27,	1989	Jan.	15,	1992
Netherlands/Russian Federation	Oct.	5,	1989	July	20,	1991
China/Ghana	Oct.	12,	1989			
Poland/Sweden	Oct.	13,	1989	Jan.	4,	1990
Bulgaria/Ghana	Oct.	20,	1989			
Austria/Yugoslavia	Oct.	25,	1989	June	1,	1991
Bolivia/France	Oct.	25,	1989			
Guyana/United Kingdom	Oct.	27,	1989	Apr.	11,	1990
Korea/Poland	Nov.	1,	1989	Feb.	2,	1990
Poland/Switzerland	Nov.	8,	1989	Apr.	17,	1990
Hungary/Kuwait	Nov.	8,	1989	Mar.	1,	1994
Hungary/Spain	Nov.	9,	1989	Aug.	1,	1992
Germany/Poland	Nov.	10,	1989	Feb.	24,	1991
Canada/Russian Federation	Nov.	20,	1989	June	27,	1991
Italy/Russian Federation*	Nov.	30,	1989	July	8,	1991
Germany/Guyana	Dec.	6,	1989	Mar.	8,	1994
France/Lao PDR	Dec.	12,	1989	Mar.	8,	1991
1990						
Cape Verde/Germany	Jan.	18,	1990	Dec.	15,	1993
Denmark/Turkey	Feb.	7,	1990	Aug.	1,	1992

Parties	Signature			Entry into Force		
Congo/United States	Feb.	12,	1990	Aug.	13,	1994

*This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Italy and the Russian Federation, signed on April 9, 1996.

Parties	Signature			Entry into Force		
Italy/Uruguay	Feb.	21,	1990			
France/Nigeria	Feb.	27,	1990	Aug.	19,	1991
Kuwait/Poland	Mar.	5,	1990	Dec.	18,	1993
Bangladesh/Italy	Mar.	20,	1990	Sep.	20,	1994
Poland/United States	Mar.	21,	1990	Aug.	6,	1994
Germany/Swaziland	Apr.	5,	1990	Aug.	7,	1995
Finland/Poland	Apr.	5,	1990	Mar.	29,	1991
Canada/Poland	Apr.	6,	1990	Nov.	22,	1990
Bolivia/Spain	Apr.	24,	1990	May	12,	1992
Belgium-Luxembourg/Bolivia	Apr.	25,	1990			
Bolivia/Italy	Apr.	30,	1990	Feb.	22,	1992
Denmark/Poland	May	1,	1990	Oct.	30,	1990
Tunisia/United States	May	15,	1990	Feb.	7,	1993
Italy/Vietnam	May	18,	1990	May	6,	1994
Argentina/Italy	May	22,	1990	Oct.	14,	1993
Italy/Venezuela	June	5,	1990			
Norway/Poland	June	5,	1990	Oct.	24,	1990
Argentina/Belgium-Luxembourg	June	28,	1990	Aug.	26,	1992
Czech Republic/United Kingdom	July	10,	1990	Oct.	26,	1992
Slovak Republic/United Kingdom	July	10,	1990	Oct.	26,	1992
Italy/Morocco	July	18,	1990			
Korea/Zaire	July	19,	1990			
China/Russian Federation	July	21,	1990			
Korea/Romania	Aug.	7,	1990			
Lao PDR/Thailand	Aug.	22,	1990			
Indonesia/Singapore	Aug.	28,	1990	Aug.	28,	1990
Australia/Papua New Guinea	Sep.	3,	1990	Oct.	20,	1991
Burundi/United Kingdom	Sep.	13,	1990	Sep.	13,	1990

Parties	Signature			Entry into Force		
France/Czech Republic	Sep.	13,	1990	Sep.	27,	1991
France/Slovak Republic	Sep.	13,	1990	Sep.	27,	1991
Bolivia/Sweden	Sep.	20,	1990	July	3,	1992
Morocco/Sweden	Sep.	26,	1990	Prov. in force		
Czech Republic/Germany	Oct.	2,	1990	Aug.	2,	1992
Germany/Slovak Republic	Oct.	2,	1990	Aug.	2,	1992
Czech Republic/Switzerland	Oct.	5,	1990	Aug.	7,	1991
Slovak Republic/Switzerland	Oct.	5,	1990	Aug.	7,	1991
Austria/Czech Republic	Oct.	15,	1990	Oct.	1,	1991
Austria/Slovak Republic	Oct.	15,	1990	Oct.	1,	1991
Cape Verde/Portugal	Oct.	26,	1990	Oct.	4,	1991
Spain/Russian Federation	Oct.	26,	1990	Nov.	28,	1991
Morocco/United Kingdom	Oct.	30,	1990	Prov. in force		
Czech Republic/Finland	Nov.	6,	1990	Oct.	23,	1991
Finland/Slovak Republic	Nov.	6,	1990	Oct.	23,	1991
Czech Republic/Sweden	Nov.	13,	1990	Sep.	23,	1991
Slovak Republic/Sweden	Nov.	13,	1990	Sep.	23,	1991
China/Turkey	Nov.	13,	1990	Aug.	19,	1994
Canada/Czech Republic	Nov.	15,	1990	Mar.	9,	1992
Canada/Slovak Republic	Nov.	15,	1990	Mar.	9,	1992
Romania/Uruguay	Nov.	23,	1990	Aug.	29,	1993
Guinea/Tunisia	Nov.	28,	1990			
Russian Federation/Switzerland	Dec.	1,	1990	Aug.	26,	1991
Italy/Romania	Dec.	6,	1990	Mar.	14,	1995
Egypt/Tunisia	Dec.	8,	1990			
Argentina/United Kingdom	Dec.	11,	1990	Feb.	19,	1993
Jamaica/Switzerland	Dec.	11,	1990	Nov.	21,	1991
Nigeria/United Kingdom	Dec.	11,	1990	Dec.	11,	1990
Czech Republic/Spain	Dec.	12,	1990	Nov.	28,	1991
Slovak Republic/Spain	Dec.	12,	1990	Nov.	28,	1991
Korea/Russian Federation	Dec.	14,	1990	July	10,	1991
Russian Federation/Turkey	Dec.	14,	1990			
1991						

Parties	Signature			Entry into Force		
Belgium-Luxembourg/Vietnam	Jan.	24,	1991			
Romania/Turkey	Jan.	24,	1991			
Indonesia/Korea	Feb.	16,	1991	Mar.	10,	1994
Belgium-Luxembourg/Cyprus	Feb.	26,	1991			
Australia/Vietnam	Mar.	5,	1991	Sep.	11,	1991
Czech Republic/Denmark	Mar.	6,	1991	Sep.	19,	1992
Denmark/Slovak Republic	Mar.	6,	1991	Sep.	19,	1992
Austria/Korea	Mar.	14,	1991	Nov.	1,	1991
Turkey/United Kingdom	Mar.	15,	1991			
Korea/Mongolia	Mar.	28,	1991	Apr.	30,	1991
Hungary/Norway	Apr.	8,	1991	Dec.	4,	1992
Argentina/Germany	Apr.	9,	1991	Nov.	8,	1993
Argentina/Switzerland	Apr.	12,	1991	Nov.	6,	1992
China/Papua New Guinea	Apr.	12,	1991	Feb.	12,	1993
Jamaica/Netherlands	Apr.	18,	1991	Aug.	1,	1992
Algeria/Belgium-Luxembourg	Apr.	24,	1991			
Indonesia/Italy	Apr.	25,	1991	June	24,	1995
Greece/Zaire	Apr.	26,	1991			
Czech Republic/Netherlands	Apr.	29,	1991	Oct.	1,	1992
Netherlands/Slovak Republic	Apr.	29,	1991	Oct.	1,	1992
Australia/Poland	May	7,	1991	Mar.	27,	1992
Hungary/Israel	May	14,	1991	Sep.	14,	1992
Korea/Turkey	May	14,	1991	June	4,	1994
Canada/Uruguay	May	16,	1991			
Algeria/Italy	May	18,	1991	Nov.	26,	1993
Czech Republic/Norway	May	21,	1991	Aug.	6,	1992
Kuwait/Romania	May	21,	1991	July	26,	1992
Norway/Slovak Republic	May	21,	1991	Aug.	6,	1992
Israel/Poland	May	22,	1991	May	6,	1992
Spain/Tunisia	May	28,	1991	June	20,	1994
China/Hungary	May	29,	1991	Apr.	1,	1993
Tunisia/Turkey	May	29,	1991	Feb.	7,	1993
Czech Republic/Greece	June	3,	1991	Dec.	31,	1992

Parties	Signature			Entry into Force		
Norway/Romania	June	11,	1991	Mar.	23,	1992
Guinea-Bissau/Portugal	June	24,	1991			
Germany/Mongolia	June	26,	1991	June	23,	1996
Argentina/France	July	3,	1991	Mar.	3,	1993
Cyprus/Romania	July	26,	1991	July	25,	1993
Argentina/Poland	July	31,	1991	Sep.	1,	1992
Albania/Greece	Aug.	1,	1991	July	4,	1995
Argentina/Chile	Aug.	2,	1991	Jan.	1,	1995
Poland/Uruguay	Aug.	2,	1991	Oct.	21,	1994
Australia/Hungary	Aug.	15,	1991	May	10,	1992
Poland/Turkey	Aug.	21,	1991	Aug.	19,	1994
China/Mongolia	Aug.	26,	1991	Nov.	1,	1993
Israel/Romania	Sep.	2,	1991	Aug.	26,	1992
Austria/Cape Verde	Sep.	3,	1991	Apr.	1,	1993
France/United Arab Emirates	Sep.	9,	1991			
Albania/Italy	Sep.	12,	1991			
Greece/Romania	Sep.	16,	1991	Oct.	21,	1992
Sri Lanka/United States	Sep.	20,	1991	May	1,	1993
Chile/Spain	Oct.	2,	1991	Mar.	29,	1994
Argentina/Spain	Oct.	3,	1991	Sep.	28,	1992
Canada/Hungary	Oct.	3,	1991	Nov.	21,	1993
Mongolia/United Kingdom	Oct.	4,	1991	Oct.	4,	1991
Ghana/Switzerland	Oct.	8,	1991	June	16,	1993
Malaysia/United Arab Emirates	Oct.	11,	1991			
Hungary/Thailand	Oct.	18,	1991	Oct.	18,	1991
Oman/Tunisia	Oct.	19,	1991			
Chile/Germany	Oct.	21,	1991			
United Kingdom/Uruguay	Oct.	21,	1991			
Czech Republic/United States	Oct.	22,	1991	Dec.	19,	1992
Netherlands/Venezuela	Oct.	22,	1991	Nov.	1,	1993
Slovak Republic/United States	Oct.	22,	1991	Dec.	19,	1992
Indonesia/Vietnam	Oct.	25,	1991			
Bulgaria/Switzerland	Oct.	28,	1991	Oct.	26,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Cape Verde/Switzerland	Oct.	28,	1991	May	6,	1992
Bahrain/United Kingdom	Oct.	30,	1991	Oct.	30,	1991
Thailand/Vietnam	Oct.	30,	1991			
Albania/Germany	Oct.	31,	1991	Aug.	18,	1995
Belgium-Luxembourg/Uruguay	Nov.	4,	1991			
Argentina/Canada	Nov.	5,	1991	Apr.	29,	1993
Denmark/Estonia	Nov.	6,	1991	Feb.	24,	1993
France/Mongolia	Nov.	8,	1991	Dec.	22,	1993
Cape Verde/Netherlands	Nov.	11,	1991	Nov.	25,	1992
Chile/Switzerland	Nov.	11,	1991			
Argentina/United States	Nov.	14,	1991	Oct.	20,	1994
Peru/Thailand	Nov.	15,	1991	Nov.	15,	1991
Argentina/Sweden	Nov.	22,	1991	Sep.	28,	1992
Peru/Switzerland	Nov.	22,	1991	Nov.	23,	1993
Indonesia/Norway	Nov.	26,	1991	Oct.	1,	1994
China/Czech Republic	Dec.	4,	1991	Dec.	1,	1992
China/Slovak Republic	Dec.	4,	1991	Dec.	1,	1992
Hungary/Morocco	Dec.	12,	1991			
1992						
Denmark/Malaysia	Jan.	6,	1992	Sep.	18,	1992
Denmark/Ghana	Jan.	13,	1992	Jan.	6,	1995
Hungary/Turkey	Jan.	14,	1992	Nov.	1,	1994
Malaysia/Vietnam	Jan.	21,	1992			
Paraguay/Switzerland	Jan.	31,	1992	Sep.	28,	1992
China/Portugal	Feb.	3,	1992			
China/Spain	Feb.	6,	1992	May	1,	1993
Japan/Turkey	Feb.	12,	1992	Mar.	12,	1993
Estonia/Finland	Feb.	13,	1992	Dec.	3,	1992
Philippines/Vietnam	Feb.	27,	1992			
Germany/Lithuania	Feb.	28,	1992	Prov. in force		
Hungary/Portugal	Feb.	28,	1992			
Belgium-Luxembourg/Mongolia	Mar.	3,	1992			
Finland/Latvia	Mar.	5,	1992	Dec.	7,	1992

Parties	Signature			Entry into Force		
Bolivia/Netherlands	Mar.	10,	1992	Nov.	1,	1994
Latvia/Sweden	Mar.	10,	1992	Nov.	6,	1992
China/Uzbekistan	Mar.	13,	1992	Apr.	14,	1994
Lithuania/Sweden	Mar.	17,	1992	Sep.	1,	1992
Finland/Romania	Mar.	26,	1992	Jan.	6,	1993
Cyprus/Greece	Mar.	30,	1992	Feb.	26,	1993
Denmark/Latvia	Mar.	30,	1992	Nov.	18,	1994
Denmark/Lithuania	Mar.	30,	1992	Jan.	8,	1993
Estonia/Sweden	Mar.	31,	1992	May	20,	1992
Spain/Uruguay	Apr.	7,	1992	May	6,	1994
France/Lithuania	Apr.	23,	1992	Jan.	11,	1995
Belarus/Poland	Apr.	24,	1992	Jan.	18,	1993
Czech Republic/Korea	Apr.	27,	1992	Mar.	16,	1995
Kyrgyz Republic/Turkey	Apr.	28,	1992	Sep.	28,	1995
Turkey/Uzbekistan	Apr.	28,	1992	May	18,	1995
Czech Republic/Turkey	Apr.	30,	1992			
Kazakstan/Turkey	May	1,	1992			
Turkey/Turkmenistan	May	2,	1992			
Argentina/Turkey	May	8,	1992	May	1,	1995
Bolivia/China	May	8,	1992			
Argentina/Egypt	May	11,	1992	Dec.	3,	1993
Portugal/Tunisia	May	11,	1992	Dec.	6,	1994
Indonesia/Tunisia	May	13,	1992			
China/Kyrgyz Republic	May	14,	1992			
Estonia/France	May	14,	1992	Sep.	23,	1995
Finland/Ukraine	May	14,	1992	Jan.	30,	1994
France/Latvia	May	15,	1992	Oct.	1,	1994
Kazakstan/United States	May	19,	1992	Jan.	12,	1994
Hungary/Indonesia	May	20,	1992	Feb.	13,	1996
France/Vietnam	May	26,	1992			
Romania/United States	May	28,	1992	Jan.	15,	1994
Albania/Turkey	June	1,	1992			
Cyprus/Poland	June	4,	1992	July	6,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Niger/Tunisia	June	5,	1992			
Finland/Lithuania	June	12,	1992	Jan.	8,	1993
Estonia/Norway	June	15,	1992	June	15,	1992
Korea/Uzbekistan	June	16,	1992	Nov.	20,	1992
Latvia/Norway	June	16,	1992	Dec.	1,	1992
Lithuania/Norway	June	16,	1992	Dec.	19,	1992
Argentina/Tunisia	June	17,	1992	Jan.	23,	1995
Russian Federation/United States	June	17,	1992			
China/Greece	June	25,	1992	Dec.	21,	1993
Jordan/Romania	July	2,	1992			
Switzerland/Vietnam	July	3,	1992	Dec.	3,	1992
Armenia/China	July	4,	1992			
Belarus/Vietnam	July	8,	1992			
Chile/France	July	14,	1992			
Belgium-Luxembourg/Chile	July	15,	1992			
China/Philippines	July	20,	1992			
Poland/Spain	July	30,	1992	May	1,	1993
Georgia/Turkey	July	31,	1992	June	6,	1995
Argentina/Austria	Aug.	7,	1992	Jan.	1,	1995
China/Kazakstan	Aug.	10,	1992	Aug.	13,	1994
Moldova/Romania	Aug.	14,	1992			
Netherlands/Poland	Sep.	7,	1992	Feb.	1,	1994
Indonesia/Sweden	Sep.	17,	1992	Feb.	18,	1993
Albania/Switzerland	Sep.	22,	1992	Apr.	30,	1993
Germany/Kazakstan	Sep.	22,	1992	May	10,	1995
Armenia/United States	Sep.	23,	1992			
Bulgaria/United States	Sep.	23,	1992	June	2,	1994
Hungary/Poland	Sep.	23,	1992	June	16,	1995
Germany/Jamaica	Sep.	24,	1992	May	29,	1996
Lithuania/Poland	Sep.	28,	1992	Aug.	6,	1993
Finland/Kazakstan	Sep.	29,	1992			
China/Korea	Sep.	30,	1992	Dec.	4,	1992
Finland/Uzbekistan	Oct.	1,	1992	Oct.	22,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Poland/Russian Federation	Oct.	2,	1992			
Belgium-Luxembourg/Paraguay	Oct.	6,	1992			
Indonesia/Poland	Oct.	6,	1992	July	1,	1993
Greece/Poland	Oct.	14,	1992	Feb.	20,	1995
Argentina/Netherlands	Oct.	20,	1992	Oct.	1,	1994
Denmark/Ukraine	Oct.	23,	1992	Apr.	29,	1994
Estonia/Netherlands	Oct.	27,	1992	Sep.	1,	1993
Malaysia/Papua New Guinea	Oct.	27,	1992			
Belarus/Finland	Oct.	28,	1992	Dec.	11,	1994
Netherlands/Paraguay	Oct.	29,	1992	Aug.	1,	1994
Singapore/Vietnam	Oct.	29,	1992			
China/Ukraine	Oct.	31,	1992	May	29,	1993
Greece/Tunisia	Oct.	31,	1992	Apr.	21,	1995
Austria/Morocco	Nov.	2,	1992	July	1,	1995
Netherlands/Nigeria	Nov.	2,	1992	Feb.	1,	1994
Egypt/Spain	Nov.	3,	1992	Apr.	26,	1994
Argentina/China	Nov.	5,	1992	June	17,	1994
Argentina/Denmark	Nov.	6,	1992	Jan.	2,	1995
China/Moldova	Nov.	7,	1992	Mar.	1,	1995
Chile/Malaysia	Nov.	11,	1992			
Estonia/Germany	Nov.	12,	1992	Prov. in force		
Australia/Indonesia	Nov.	17,	1992	July	29,	1993
Hong Kong/Netherlands	Nov.	19,	1992	Sep.	1,	1993
China/Turkmenistan	Nov.	21,	1992	June	6,	1995
Czech Republic/Slovak Republic	Nov.	23,	1992	Jan.	1,	1993
China/Vietnam	Dec.	2,	1992	Sep.	1,	1993
Lao PDR/Malaysia	Dec.	8,	1992			
United Arab Emirates/United Kingdom	Dec.	8,	1992	Dec.	13,	1993
Egypt/Uzbekistan	Dec.	16,	1992			
Poland/Thailand	Dec.	18,	1992	Aug.	10,	1993
Estonia/Switzerland	Dec.	21,	1992	Aug.	18,	1993
Egypt/Ukraine	Dec.	22,	1992			
Korea/Paraguay	Dec.	22,	1992	Aug.	6,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Latvia/Switzerland	Dec.	22,	1992	Apr.	16,	1993
Lithuania/Switzerland	Dec.	23,	1992	May	13,	1993
1993						
Belarus/China	Jan.	11,	1993	Jan.	14,	1995
Poland/Ukraine	Jan.	12,	1993	Sep.	14,	1993
Czech Republic/Hungary	Jan.	14,	1993	May	25,	1995
Hungary/Slovak Republic	Jan.	15,	1993			
Italy/Mongolia	Jan.	15,	1993	Sep.	1,	1995
France/Jamaica	Jan.	19,	1993	Sep.	16,	1994
Kyrgyz Republic/United States	Jan.	19,	1993	Jan.	12,	1994
China/Lao PDR	Jan.	31,	1993	June	1,	1993
Poland/United Arab Emirates	Jan.	31,	1993	Apr.	9,	1994
Kuwait/Moldova	Feb.	4,	1993			
Ukraine/United Kingdom	Feb.	10,	1993	Feb.	10,	1993
Albania/China	Feb.	13,	1993			
Egypt/Kazakstan	Feb.	14,	1993			
Germany/Ukraine	Feb.	15,	1993	June	29,	1996
Hungary/Malaysia	Feb.	19,	1993	July	8,	1995
Kyrgyz Republic/Ukraine	Feb.	23,	1993			
Armenia/Vietnam*	Feb.	—,	1993			
Nepal/United Kingdom	Mar.	2,	1993	Mar.	2,	1993
Albania/Croatia	Mar.	5,	1993			
Argentina/Hungary	Mar.	5,	1993	June	2,	1994
Albania/Poland	Mar.	7,	1993	Aug.	9,	1993
Chile/Italy	Mar.	8,	1993	Feb.	8,	1995
China/Tajikistan	Mar.	9,	1993	Jan.	20,	1994
Poland/Portugal	Mar.	11,	1993	Aug.	3,	1994
Bulgaria/Greece	Mar.	12,	1993	Apr.	29,	1995
Albania/Austria	Mar.	18,	1993	Aug.	1,	1995
Poland/Tunisia	Mar.	29,	1993	Sep.	22,	1993
Belarus/Germany	Apr.	2,	1993	Sep.	23,	1996
Chile/Venezuela	Apr.	2,	1993	May	25,	1995
Germany/Vietnam	Apr.	3,	1993	Prov. in force		

Parties	Signature			Entry into Force		
Argentina/Senegal	Apr.	6,	1993			
Barbados/United Kingdom	Apr.	7,	1993	Apr.	7,	1993
Bulgaria/Denmark	Apr.	14,	1993	May	20,	1995
Argentina/Armenia	Apr.	16,	1993	Dec.	20,	1994
Switzerland/Uzbekistan	Apr.	16,	1993	Nov.	5,	1993
Germany/Latvia	Apr.	20,	1993	June	9,	1996
Malaysia/Poland	Apr.	21,	1993	Mar.	23,	1994
Moldova/United States	Apr.	21,	1993	Nov.	25,	1994
Latvia/Poland	Apr.	26,	1993	July	19,	1993
Germany/Uzbekistan	Apr.	28,	1993	Prov. in force		
Romania/Thailand	Apr.	30,	1993	Aug.	20,	1994
Czech Republic/Slovenia	May	4,	1993	May	21,	1994
Estonia/Poland	May	6,	1993	Aug.	6,	1993
Cuba/Italy	May	7,	1993	Aug.	23,	1995
Finland/Turkey	May	13,	1993	Apr.	23,	1995
Korea/Vietnam	May	13,	1993	Sep.	4,	1993
Lithuania/United Kingdom	May	17,	1993	Sep.	21,	1993
Albania/Egypt	May	22,	1993			
Chile/Sweden	May	24,	1993	Dec.	30,	1995
Armenia/Greece	May	25,	1993	Apr.	28,	1995
Armenia/United Kingdom	May	27,	1993	July	11,	1996
Bulgaria/Portugal	May	27,	1993			
Chile/Finland	May	27,	1993			
Belarus/Switzerland	May	28,	1993	July	13,	1994
Chile/Denmark	May	28,	1993	Nov.	3,	1995
Czech Republic/Egypt	May	29,	1993	Jan.	4,	1994
Chile/Norway	June	1,	1993	Sep.	8,	1994
China/Georgia	June	3,	1993	Mar.	1,	1995
Korea/Peru	June	3,	1993	Apr.	20,	1994
Poland/Singapore	June	3,	1993	Dec.	29,	1993
China/Croatia	June	7,	1993	July	1,	1994
Bulgaria/Russian Federation	June	8,	1993			
Australia/Romania	June	21,	1993	Apr.	22,	1994

Parties	Signature			Entry into Force		
Belgium-Luxembourg/Georgia	June	23,	1993			
Italy/Oman	June	23,	1993			
Georgia/Germany	June	25,	1993	Prov. in force		
Greece/Russian Federation	June	30,	1993			
China/United Arab Emirates	July	1,	1993	Sep.	28,	1994
Finland/United Arab Emirates	July	1,	1993			
Cuba/Russian Federation	July	7,	1993			
Czech Republic/Poland	July	16,	1993	June	29,	1994
Egypt/Greece	July	16,	1993	Apr.	6,	1994
Trinidad and Tobago/United Kingdom	July	23,	1993	Oct.	8,	1993
Slovak Republic/Slovenia	July	28,	1993	Mar.	28,	1996
Argentina/Romania	July	29,	1993	May	1,	1995
Bolivia/Peru	July	30,	1993	Feb.	19,	1995
Jordan/Turkey	Aug.	2,	1993			
Germany/Paraguay	Aug.	11,	1993			
Hungary/Paraguay	Aug.	11,	1993	Apr.	1,	1995
Austria/Paraguay	Aug.	13,	1993			
Denmark/Vietnam	Aug.	25,	1993	Aug.	7,	1994
Ecuador/United States	Aug.	27,	1993			
China/Estonia	Sep.	2,	1993	June	1,	1994
Sweden/Vietnam	Sep.	8,	1993	Aug.	2,	1994
China/Slovenia	Sep.	13,	1993	Jan.	1,	1995
Finland/Vietnam	Sep.	13,	1993			
Australia/Hong Kong	Sep.	15,	1993	Oct.	15,	1993
Hungary/Romania	Sep.	16,	1993			
Argentina/Bulgaria	Sep.	21,	1993			
Korea/Lithuania	Sep.	24,	1993	Nov.	9,	1993
Italy/Jamaica	Sep.	29,	1993	Nov.	9,	1995
Romania/Russian Federation	Sep.	29,	1993			
Australia/Czech Republic	Sep.	30,	1993	June	29,	1994
Peru/United Kingdom	Oct.	4,	1993	Apr.	21,	1994
France/Peru	Oct.	6,	1993			
Paraguay/Spain	Oct.	11,	1993			

Parties	Signature			Entry into Force		
France/Uruguay	Oct.	14,	1993			
Honduras/Switzerland	Oct.	14,	1993			
Philippines/Spain	Oct.	19,	1993	Sep.	21,	1994
Finland/Korea	Oct.	21,	1993	May	11,	1996
Romania/Switzerland	Oct.	25,	1993	July	30,	1994
Chile/Ecuador	Oct.	27,	1993	Jan.	2,	1996
France/Uzbekistan	Oct.	27,	1993			
Belarus/France	Oct.	28,	1993			
France/Trinidad and Tobago	Oct.	28,	1993			
Germany/Slovenia	Oct.	28,	1993			
Denmark/Russian Federation	Nov.	4,	1993			
Argentina/Finland	Nov.	5,	1993			
China/Lithuania	Nov.	8,	1993	June	1,	1994
Czech Republic/Romania	Nov.	8,	1993	July	28,	1994
Czech Republic/Portugal	Nov.	12,	1993	Aug.	3,	1994
Argentina/Venezuela	Nov.	16,	1993	July	1,	1993
Portugal/Romania	Nov.	17,	1993	Nov.	17,	1994
Ecuador/Venezuela	Nov.	18,	1993	Feb.	1,	1995
Switzerland/Venezuela	Nov.	18,	1993	Nov.	30,	1994
Gambia/Switzerland	Nov.	22,	1993			
United Kingdom/Uzbekistan	Nov.	24,	1993	Nov.	24,	1993
Russian Federation/Slovenia	Nov.	30,	1993			
China/Uruguay	Dec.	2,	1993			
Bulgaria/Israel	Dec.	6,	1993			
Honduras/United Kingdom	Dec.	7,	1993	Mar.	8,	1995
1994						
Tanzania/United Kingdom	Jan.	7,	1994			
Belarus/United States	Jan.	15,	1994			
Korea/Spain	Jan.	17,	1994	July	19,	1994
Egypt/Indonesia	Jan.	19,	1994			
Germany/Namibia	Jan.	21,	1994	Prov. in force		
Indonesia/Malaysia	Jan.	22,	1994			
Albania/Malaysia	Jan.	24,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Latvia/United Kingdom	Jan.	24,	1994	Feb.	15,	1995
Lithuania/Netherlands	Jan.	26,	1994	Apr.	1,	1995
Ecuador/Paraguay	Jan.	28,	1994	Sep.	18,	1995
Morocco/Romania	Jan.	28,	1994	Aug.	1,	1994
Paraguay/Peru	Jan.	31,	1994	Dec.	18,	1994
Argentina/Jamaica	Feb.	2,	1994			
Denmark/Hong Kong	Feb.	2,	1994	Mar.	4,	1994
Jamaica/United States	Feb.	4,	1994			
Lithuania/Ukraine	Feb.	8,	1994	Mar.	6,	1995
Azerbaijan/Turkey	Feb.	9,	1994			
Brazil/Portugal	Feb.	9,	1994			
Czech Republic/Tajikistan	Feb.	11,	1994			
Czech Republic/Thailand	Feb.	12,	1994	May	4,	1995
Moldova/Turkey	Feb.	14,	1994			
Slovak Republic/Tajikistan	Feb.	14,	1994	Mar.	12,	1996

- Signature date unavailable.

Parties	Signature			Entry into Force		
Greece/Morocco	Feb.	16,	1994			
Argentina/Ecuador	Feb.	20,	1994	Dec.	1,	1995
Israel/Latvia	Feb.	27,	1994	May	9,	1995
Germany/Moldova	Feb.	28,	1994			
Belarus/United Kingdom	Mar.	1,	1994	Dec.	28,	1994
Lao PDR/Mongolia	Mar.	3,	1994			
Romania/Slovak Republic	Mar.	3,	1994	Mar.	7,	1996
Ukraine/United States	Mar.	4,	1994			
Georgia/United States	Mar.	7,	1994			
Azerbaijan/China	Mar.	8,	1994	Apr.	1,	1995
Lithuania/Romania	Mar.	8,	1994	Dec.	15,	1994
Colombia/United Kingdom	Mar.	9,	1994			
Netherlands/Vietnam	Mar.	10,	1994	Feb.	1,	1995
Estonia/Israel	Mar.	14,	1994			
India/United Kingdom	Mar.	14,	1994	Jan.	6,	1995

Parties	Signature			Entry into Force		
Latvia/Netherlands	Mar.	14,	1994	Apr.	1,	1995
Czech Republic/Peru	Mar.	16,	1994	Mar.	6,	1995
Nicaragua/Spain	Mar.	16,	1994	Mar.	28,	1995
Argentina/Bolivia	Mar.	17,	1994	May	1,	1995
Congo/Italy	Mar.	17,	1994			
Czech Republic/Ukraine	Mar.	17,	1994			
Finland/Thailand	Mar.	18,	1994			
Honduras/Spain	Mar.	18,	1994	May	23,	1996
China/Ecuador	Mar.	21,	1994			
Brazil/Chile	Mar.	22,	1994			
Chile/China	Mar.	23,	1994			
Kazakstan/Spain	Mar.	23,	1994	June	22,	1995
Albania/United Kingdom	Mar.	30,	1994	Aug.	30,	1995
Germany/Kuwait	Mar.	30,	1994			
China/Iceland	Mar.	31,	1994			
Czech Republic/Russian Federation	Apr.	5,	1994			
Australia/Lao PDR	Apr.	6,	1994	Apr.	8,	1995
Indonesia/Netherlands	Apr.	6,	1994	July	1,	1995
Korea/Philippines	Apr.	7,	1994			
Bulgaria/Poland	Apr.	11,	1994	Mar.	9,	1995
Albania/Netherlands	Apr.	15,	1994	Sep.	1,	1995
Bulgaria/Sweden	Apr.	19,	1994	Apr.	1,	1995
Estonia/United States	Apr.	19,	1994			
Netherlands/Romania	Apr.	19,	1994	Feb.	1,	1995
China/Egypt	Apr.	21,	1994			
Colombia/Peru	Apr.	26,	1994			
Hungary/Vietnam	Apr.	26,	1994	June	16,	1995
Albania/Bulgaria	Apr.	27,	1994	Jan.	28,	1996
France/Turkmenistan	Apr.	28,	1994			
Malaysia/Zimbabwe	Apr.	28,	1994			
France/Ukraine	May	3,	1994			
Peru/Sweden	May	3,	1994	Aug.	1,	1994
Italy/Peru	May	5,	1994	Oct.	18,	1995

Parties	Signature			Entry into Force		
Ecuador/United Kingdom	May	10,	1994	Aug.	24,	1995
Albania/Romania	May	11,	1994	Sep.	2,	1995
Estonia/United Kingdom	May	12,	1994	Dec.	16,	1994
Kazakstan/Switzerland	May	12,	1994			
Austria/Estonia	May	16,	1994	Oct.	1,	1995
Ecuador/El Salvador	May	16,	1994	Jan.	14,	1996
Peru/Romania	May	16,	1994	Jan.	1,	1995
Argentina/Korea	May	17,	1994			
Paraguay/Romania	May	21,	1994	Apr.	12,	1995
Cuba/Spain	May	27,	1994	June	9,	1995
Hong Kong/Sweden	May	27,	1994	June	26,	1994
Malaysia/Turkmenistan	May	30,	1994			
Bulgaria/Romania	June	1,	1994	May	23,	1995
France/Kyrgyz Republic	June	2,	1994			
Bulgaria/Hungary	June	8,	1994	Sep.	7,	1995
Croatia/Romania	June	8,	1994	Sep.	9,	1995
China/Peru	June	9,	1994	Feb.	1,	1995
Denmark/Romania	June	14,	1994	Aug.	24,	1995
Russian Federation/Vietnam	June	16,	1994			
Portugal/Venezuela	June	17,	1994	May	11,	1995
Slovak Republic/Ukraine	June	22,	1994	Apr.	3,	1996
Poland/Romania	June	23,	1994	Dec.	30,	1994
Albania/Czech Republic	June	27,	1994	July	7,	1995
Algeria/Romania	June	28,	1994	Dec.	30,	1995
Armenia/Kyrgyz Republic	July	4,	1994			
Bulgaria/Turkey	July	6,	1994			
Lithuania/Spain	July	6,	1994	Dec.	22,	1995
Lithuania/Turkey	July	11,	1994			
China/Romania	July	12,	1994	Sep.	1,	1995
Indonesia/Slovak Republic	July	12,	1994	Mar.	1,	1995
Netherlands/Ukraine	July	14,	1994			
Barbados/Venezuela	July	15,	1994			
Brazil/United Kingdom	July	19,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Bulgaria/Slovak Republic	July	21,	1994	Mar.	9,	1995
Portugal/Russian Federation	July	22,	1994			
Namibia/Switzerland	Aug.	1,	1994			
Switzerland/Zambia	Aug.	3,	1994	Mar.	7,	1995
Malaysia/Namibia	Aug.	12,	1994			
Cambodia/Malaysia	Aug.	17,	1994			
Poland/Slovak Republic	Aug.	18,	1994	Mar.	14,	1996
Poland/Vietnam	Aug.	31,	1994	Nov.	24,	1994
Greece/Ukraine	Sep.	1,	1994			
Romania/Vietnam	Sep.	1,	1994	Aug.	15,	1995
Argentina/Malaysia	Sep.	6,	1994			
Ecuador/France	Sep.	7,	1994	June	10,	1996
Costa Rica/Germany	Sep.	13,	1994			
Hungary/Mongolia	Sep.	13,	1994			
France/Philippines	Sep.	13,	1994			
Kazakstan/Lithuania	Sep.	15,	1994			
Pakistan/Spain	Sep.	15,	1994	Apr.	26,	1996
Kazakstan/Ukraine	Sep.	17,	1994			
Armenia/Romania	Sep.	20,	1994	Dec.	24,	1995
South Africa/United Kingdom	Sep.	20,	1994			
Kazakstan/Poland	Sep.	21,	1994	May	25,	1995
Bolivia/Chile	Sep.	22,	1994			
Hong Kong/Switzerland	Sep.	22,	1994	Oct.	22,	1994
Italy/Kazakstan	Sep.	22,	1994			
Trinidad and Tobago/United States	Sep.	26,	1994			
Israel/Lithuania	Oct.	2,	1994			
Jordan/Malaysia	Oct.	2,	1994			
Argentina/Portugal	Oct.	6,	1994			
Mongolia/United States	Oct.	6,	1994			
Argentina/Peru	Oct.	10,	1994			
Hungary/Ukraine	Oct.	11,	1994			
Bangladesh/Malaysia	Oct.	12,	1994			
France/Oman	Oct.	17,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Indonesia/Lao PDR	Oct.	18,	1994			
Canada/Ukraine	Oct.	24,	1994	June	24,	1995
Czech Republic/Estonia	Oct.	24,	1994	July	18,	1995
Morocco/Poland	Oct.	24,	1994	May	29,	1995
Czech Republic/Latvia	Oct.	25,	1994	Aug.	1,	1995
China/Jamaica	Oct.	26,	1994			
Czech Republic/Lithuania	Oct.	27,	1994	July	12,	1995
Bangladesh/Netherlands	Nov.	1,	1994			
Georgia/Greece	Nov.	9,	1994			
Brazil/Switzerland	Nov.	11,	1994			
Moldova/Poland	Nov.	16,	1994	July	27,	1995
Austria/Latvia	Nov.	17,	1994			
Peru/Spain	Nov.	17,	1994	Feb.	16,	1996
China/Indonesia	Nov.	18,	1994	Apr.	1,	1995
Kuwait/Russian Federation	Nov.	21,	1994			
Peru/Portugal	Nov.	22,	1994	Oct.	2,	1995
Czech Republic/United Arab Emirates	Nov.	23,	1994			
Denmark/Peru	Nov.	23,	1994	Feb.	17,	1995
Egypt/Romania	Nov.	24,	1994			
Chile/Croatia	Nov.	28,	1994			
Denmark/Venezuela	Nov.	28,	1994			
Pakistan/United Kingdom	Nov.	30,	1994	Nov.	30,	1994
Italy/Lithuania	Dec.	1,	1994			
Argentina/Croatia	Dec.	2,	1994			
Barbados/Germany	Dec.	2,	1994			
Kazakstan/Mongolia	Dec.	2,	1994	May	13,	1995
Hungary/Kazakstan	Dec.	7,	1994	Mar.	3,	1996
Bulgaria/Ukraine	Dec.	8,	1994	Dec.	10,	1995
El Salvador/Switzerland	Dec.	8,	1994			
Kyrgyz Republic/United Kingdom	Dec.	8,	1994			
Bosnia and Herzegovina/Malaysia	Dec.	16,	1994			
Croatia/Malaysia	Dec.	16,	1994			
United States/Uzbekistan	Dec.	16,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Belarus/Sweden	Dec.	20,	1994			
Ethiopia/Italy	Dec.	23,	1994			
Parties	Signature			Entry into Force		
Algeria/Spain	Dec.	23,	1994	Jan.	17,	1996
India/Russian Federation	Dec.	23,	1994			
Netherlands/Peru	Dec.	27,	1994	Feb.	1,	1996
1995						
Albania/United States	Jan.	10,	1995			
Poland/Uzbekistan	Jan.	11,	1995	Apr.	29,	1995
Latvia/United States	Jan.	13,	1995			
Armenia/Cyprus	Jan.	18,	1995			
Bulgaria/Georgia	Jan.	19,	1995			
Italy/United Arab Emirates	Jan.	22,	1995			
Australia/Philippines	Jan.	25,	1995	Dec.	8,	1995
Greece/Korea	Jan.	25,	1995	Nov.	4,	1995
Romania/Spain	Jan.	25,	1995	Dec.	7,	1995
Cuba/United Kingdom	Jan.	30,	1995	May	11,	1995
Germany/Peru	Jan.	30,	1995			
Turkmenistan/United Kingdom	Feb.	9,	1995	Feb.	9,	1995
El Salvador/Spain	Feb.	14,	1995	Feb.	20,	1996
Estonia/Ukraine	Feb.	15,	1995	July	5,	1995
Georgia/United Kingdom	Feb.	15,	1995	Feb.	15,	1995
Spain/Turkey	Feb.	15,	1995			
Croatia/Poland	Feb.	21,	1995	Oct.	4,	1995
Germany/Ghana	Feb.	24,	1995			
United Kingdom/Zimbabwe	Mar.	1,	1995			
Gabon/Spain	Mar.	2,	1995			
Hungary/Russian Federation	Mar.	8,	1995			
Mongolia/Netherlands	Mar.	9,	1995	June	1,	1996
Norway/Peru	Mar.	10,	1995	May	9,	1995
Bolivia/Denmark	Mar.	12,	1995			
Denmark/Nicaragua	Mar.	12,	1995	Jan.	26,	1996
Denmark/Mongolia	Mar.	13,	1995			

Parties	Signature			Entry into Force		
United Kingdom/Venezuela	Mar.	15,	1995	Aug.	1,	1996
Dominican Republic/Spain	Mar.	16,	1995	Oct.	7,	1996
Pakistan/Turkey	Mar.	16,	1995			
China/Oman	Mar.	18,	1995			
Brazil/France	Mar.	21,	1995			
France/Romania	Mar.	21,	1995			
Germany/Honduras	Mar.	21,	1995			
Austria/Vietnam	Mar.	27,	1995			
China/Morocco	Mar.	27,	1995			
Brazil/Finland	Mar.	28,	1995			
Italy/Turkey	Mar.	28,	1995			
Barbados/Switzerland	Mar.	29,	1995	Dec.	22,	1995
Cambodia/Thailand	Mar.	29,	1995			
Albania/Sweden	Mar.	31,	1995	Apr.	1,	1996
Brazil/Italy	Apr.	3,	1995			
Malaysia/Spain	Apr.	4,	1995	Feb.	16,	1996
Czech Republic/Philippines	Apr.	5,	1995			
Czech Republic/Singapore	Apr.	8,	1995			
Armenia/Bulgaria	Apr.	10,	1995			
China/Israel	Apr.	10,	1995			
Albania/Russian Federation	Apr.	11,	1995			
Belarus/Netherlands	Apr.	11,	1995	Aug.	1,	1996
Kuwait/Tajikistan	Apr.	18,	1995			
Hungary/Moldova	Apr.	19,	1995			
Kuwait/Malta	Apr.	19,	1995			
Russian Federation/Sweden	Apr.	19,	1995			
Switzerland/Ukraine	Apr.	20,	1995			
Chile/Czech Republic	Apr.	24,	1995			
China/Cuba	Apr.	24,	1995			
Lithuania/Venezuela	Apr.	24,	1995			
Canada/Latvia	Apr.	26,	1995	July	27,	1995
Czech Republic/Venezuela	Apr.	27,	1995			
Chile/Portugal	Apr.	28,	1995			

Parties	Signature			Entry into Force		
Finland/Peru	May	2,	1995			
Italy/Ukraine	May	2,	1995			
Korea/Portugal	May	3,	1995			
Brazil/Denmark	May	4,	1995			
Swaziland/United Kingdom	May	5,	1995	May	5,	1995
Bolivia/Cuba	May	6,	1995			
Croatia/Portugal	May	9,	1995			
Netherlands/South Africa	May	9,	1995			
Egypt/Hungary	May	23,	1995			
Egypt/Turkmenistan	May	23,	1995			
Bolivia/Ecuador	May	25,	1995			
Belarus/Romania	May	27,	1995			
Indonesia/Spain	May	30,	1995			
Austria/Tunisia	June	1,	1995			
Lao PDR/United Kingdom	June	1,	1995	June	1,	1995
Côte d'Ivoire/United Kingdom	June	8,	1995			
Colombia/Spain	June	9,	1995			
Albania/France	June	13,	1995			
Mexico/Spain	June	22,	1995			
Argentina/Israel	June	23,	1995			
South Africa/Switzerland	June	27,	1995			
Egypt/Poland	July	1,	1995			
Honduras/United States	July	1,	1995			
Nicaragua/United States	July	1,	1995			
Chile/Romania	July	4,	1995			
Chile/Poland	July	5,	1995			
Hong Kong/New Zealand	July	6,	1995	Aug.	5,	1995
Korea/South Africa	July	7,	1995			
Malaysia/Pakistan	July	7,	1995			
Germany/India	July	10,	1995			
Mexico/Switzerland	July	10,	1995			
Pakistan/Switzerland	July	11,	1995			
Oman/Sweden	July	13,	1995	June	8,	1996

Parties	Signature			Entry into Force		
Romania/United Kingdom	July	13,	1995	Jan.	10,	1996
Belarus/Iran	July	14,	1995			
Korea/Tajikistan	July	14,	1995	Aug.	13,	1995
Indonesia/Kyrgyz Republic	July	18,	1995			
Kyrgyz Republic/Malaysia	July	20,	1995			
Mongolia/Singapore	July	24,	1995	Jan.	14,	1996
Belarus/Italy	July	25,	1995			
Malaysia/Mongolia	July	27,	1995	Jan.	14,	1996
Greece/Latvia	July	29,	1995			
India/Malaysia	Aug.	3,	1995			
Chile/Paraguay	Aug.	7,	1995			
Belarus/Turkey	Aug.	8,	1995			
Argentina/Ukraine	Aug.	9,	1995			
Malaysia/Uruguay	Aug.	9,	1995			
Argentina/Australia	Aug.	23,	1995			
Kyrgyz Republic/Pakistan	Aug.	23,	1995			
Finland/Moldova	Aug.	25,	1995			
Moldova/Ukraine	Aug.	29,	1995			
Korea/Sweden	Aug.	30,	1995			
Brazil/Korea	Sep.	1,	1995			
Bulgaria/Spain	Sep.	4,	1995			
Albania/Denmark	Sep.	5,	1995			
Denmark/India	Sep.	6,	1995			
Estonia/Lithuania	Sep.	7,	1995			
Canada/Trinidad and Tobago	Sep.	11,	1995	July	8,	1996
Germany/South Africa	Sep.	11,	1995			
Brazil/Germany	Sep.	21,	1995			
Moldova/Netherlands	Sep.	26,	1995			
Latvia/Portugal	Sep.	27,	1995			
Lithuania/Vietnam	Sep.	27,	1995			
Germany/Zimbabwe	Sep.	29,	1995			
Philippines/Thailand	Sep.	30,	1995			
India/Turkmenistan*	Sep.	—,	1995			

Parties	Signature			Entry into Force		
Norway/Russian Federation	Oct.	4,	1995			
Bolivia/Romania	Oct.	9,	1995			
France/South Africa	Oct.	11,	1995			
Barbados/Italy	Oct.	25,	1995			
Chile/Uruguay	Oct.	26,	1995			
Chile/Ukraine	Oct.	30,	1995			
Spain/Venezuela	Nov.	2,	1995			
Armenia/France	Nov.	4,	1995			
Egypt/Uganda	Nov.	4,	1995			
India/Netherlands	Nov.	6,	1995	Dec.	1,	1996
Mongolia/Romania	Nov.	6,	1995			
Mongolia/Poland	Nov.	8,	1995	Mar.	21,	1996
Canada/Philippines	Nov.	9,	1995			
Slovenia/Switzerland	Nov.	9,	1995			
Chile/Philippines	Nov.	20,	1995			
Moldova/Uzbekistan	Nov.	21,	1995			
India/Italy	Nov.	23,	1995			
Kazakstan/United Kingdom	Nov.	23,	1995	Nov.	23,	1995
Oman/United Kingdom	Nov.	25,	1995			
Canada/South Africa	Nov.	27,	1995			

- Signature date unavailable.

Parties	Signature			Entry into Force		
Hong Kong/Italy	Nov.	28,	1995			
France/Hong Kong	Nov.	30,	1995			
Moldova/Switzerland	Nov.	30,	1995			
Mongolia/Russian Federation	Nov.	30,	1995			
Cuba/South Africa	Dec.	8,	1995			
Bulgaria/United Kingdom	Dec.	11,	1995			
Malaysia/Peru	Dec.	13,	1995			
Belarus/Ukraine	Dec.	14,	1995	Prov. in force		
China/Yugoslavia	Dec.	18,	1995			
Armenia/Germany	Dec.	21,	1995			
Azerbaijan/Germany	Dec.	22,	1995	Prov. in force		

Parties	Signature			Entry into Force		
Israel/Kazakstan	Dec.	27,	1995			
India/Tajikistan*	Dec.	—,	1995			
1996						
Chile/United Kingdom	Jan.	8,	1996			
Czech Republic/Kuwait	Jan.	8,	1996			
Chile/Cuba	Jan.	10,	1996			
France/Morocco	Jan.	13,	1996			
Iran/Kazakstan	Jan.	16,	1996			
Egypt/Netherlands	Jan.	17,	1996			
Czech Republic/Italy	Jan.	22,	1996			
Albania/Hungary	Jan.	24,	1996			
Romania/Slovenia	Jan.	24,	1996			
Germany/Hong Kong	Jan.	31,	1996			
India/Israel*	Jan.	—,	1996			
Eritrea/Italy	Feb.	6,	1996			
Croatia/Slovak Republic	Feb.	12,	1996			
Croatia/Turkey	Feb.	12,	1996			
Belarus/Bulgaria	Feb.	21,	1996			
Denmark/South Africa	Feb.	22,	1996			
Lebanon/Spain	Feb.	22,	1996			
Bosnia and Herzegovina/Croatia	Feb.	26,	1996			
India/Korea	Feb.	26,	1996	May	7,	1996
Croatia/Czech Republic	Mar.	5,	1996			
Algeria/Germany	Mar.	11,	1996			
Egypt/Sri Lanka	Mar.	11,	1996			
Netherlands/Uzbekistan	Mar.	14,	1996			
Egypt/Korea	Mar.	18,	1996			
Moldova/United Kingdom	Mar.	19,	1996			
Kazakstan/Korea	Mar.	20,	1996			
Ecuador/Germany	Mar.	21,	1996			
Bolivia/Korea	Apr.	1,	1996			
Italy/Russian Federation	Apr.	9,	1996			
Bulgaria/Moldova	Apr.	17,	1996			

Parties	Signature			Entry into Force
Canada/Romania	Apr.	17,	1996	
Kazakstan/Romania	Apr.	25,	1996	
Canada/Ecuador	Apr.	29,	1996	
Cuba/Germany	Apr.	30,	1996	
Germany/Kenya	May	3,	1996	
Germany/Nicaragua	May	6,	1996	
Argentina/El Salvador	May	9,	1996	
Germany/Venezuela	May	14,	1996	
Croatia/Hungary	May	15,	1996	
Korea/Lao PDR	May	15,	1996	
Croatia/Russian Federation	May	20,	1996	
Belgium-Luxembourg/Moldova	May	21,	1996	
Bulgaria/Morocco	May	22,	1996	
Barbados/Canada	May	29,	1996	
Croatia/France	June	3,	1996	
Macedonia, FYR of/Slovenia	June	5,	1996	
El Salvador/Peru	June	13,	1996	
Germany/Qatar	June	14,	1996	
Germany/Romania	June	25,	1996	
Ecuador/Spain	June	26,	1996	
Canada/Venezuela	July	1,	1996	
Germany/Lao PDR	Aug.	9,	1996	
Germany/Macedonia, FYR of	Sep.	10,	1996	
Canada/Panama	Sep.	12,	1996	
Netherlands/Slovenia	Sep.	24,	1996	
Belgium-Luxembourg/Hong Kong	Oct.	7,	1996	
Austria/Hong Kong	Oct.	11,	1996	
Germany/Burkina Faso	Oct.	22,	1996	
Germany/Saudi Arabia	Oct.	29,	1996	
Croatia/Netherlands	Oct.	31,	1996	
Chile/Guatemala	Nov.	8,	1996	

- Signature date unavailable.

An Example of the US Bilateral Investment Agreement Model

Contracting Parties and date of agreement	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investor	Investment				
The US and Lithuania 14 January 1998	Nationals and Legal persons legally constituted under applicable laws and regulations of a party whether or not organised for pecuniary gain, or privately or governmentally owned or controlled.	Investment means every kind of investment in the territory of one party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party	Admission Pre-entry and Post-entry Most-favour-nation treatment or national treatment, whichever is the most	Expropriation and Compensation Investment shall not be expropriated or nationalised either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalisation	Dispute settlement (1) initially seek solution through consultation and negotiation (2) submit the dispute to the court or administrative tribunals of the party that is a party	(1) MFN and National treatment will not extend to the other party because the other party accorded to any regional arrangement, free trade area, custom union or multilateral international agreement

Contracting Parties and date of agreement	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investor	Investment				
			favourable, except the agreed annex issues	except for a public purpose, in a non-discriminatory manner, upon payment of prompt, adequate and effective compensation	to the dispute or in accordance with the agreed procedure (3) submit to the ICSID	(2) the treaty shall not derogate from laws, regulations and practice of either party; international obligation; obligations assumed by either party

Source: compiled from the BIT between the US and Lithuania by the author.

ภาคผนวก จ

List of Contracting States and other Signatories of the Convention

(as of January 25, 2006)

ณ. วันที่ 25 มกราคม 2006 มีประเทศต่างๆ รวม 155 ประเทศเข้าเป็นสมาชิก ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น (ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุน) The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ทั้งนี้ปรากฏตามรายชื่อประเทศ พร้อมทั้งวันที่ ที่ได้มีการลงนามให้สัตยาบัน และวันที่ ที่อนุสัญญาได้เริ่มมีผลบังคับ ทั้งนี้ตามรายการต่อไปนี้

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Afghanistan	Sep. 30, 1966	June 25, 1968	July 25, 1968
Albania	Oct. 15, 1991	Oct. 15, 1991	Nov. 14, 1991
Algeria	Apr. 17, 1995	Feb. 21, 1996	Mar. 22, 1996
Argentina	May 21, 1991	Oct. 19, 1994	Nov. 18, 1994
Armenia	Sep. 16, 1992	Sep. 16, 1992	Oct. 16, 1992
Australia	Mar. 24, 1975	May 2, 1991	June 1, 1991
Austria	May 17, 1966	May 25, 1971	June 24, 1971
Azerbaijan	Sep. 18, 1992	Sep. 18, 1992	Oct. 18, 1992
Bahamas	Oct. 19, 1995	Oct. 19, 1995	Nov. 18, 1995
Bahrain	Sep. 22, 1995	Feb. 14, 1996	Mar. 15, 1996
Bangladesh	Nov. 20, 1979	Mar. 27, 1980	Apr. 26, 1980
Barbados	May 13, 1981	Nov. 1, 1983	Dec. 1, 1983
Belarus	July 10, 1992	July 10, 1992	Aug. 9, 1992
Belgium	Dec. 15, 1965	Aug. 27, 1970	Sep. 26, 1970
Belize	Dec. 19, 1986		
Benin	Sep. 10, 1965	Sep. 6, 1966	Oct. 14, 1966
Bolivia	May 3, 1991	June 23, 1995	July 23, 1995
Bosnia and Herzegovina	Apr. 25, 1997	May 14, 1997	June 13, 1997
Botswana	Jan. 15, 1970	Jan. 15, 1970	Feb. 14, 1970
Brunei Darussalam	Sep.16, 2002	Sep.16, 2002	Oct. 16, 2002

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Bulgaria	Mar. 21, 2000	Apr. 13, 2001	May 13, 2001
Burkina Faso	Sep. 16, 1965	Aug. 29, 1966	Oct. 14, 1966
Burundi	Feb. 17, 1967	Nov. 5, 1969	Dec. 5, 1969
Cambodia	Nov. 5, 1993	Dec. 20, 2004	Jan. 19, 2005
Cameroon	Sep. 23, 1965	Jan. 3, 1967	Feb. 2, 1967
Central African Republic	Aug. 26, 1965	Feb. 23, 1966	Oct. 14, 1966
Chad	May 12, 1966	Aug. 29, 1966	Oct. 14, 1966
Chile	Jan. 25, 1991	Sep. 24, 1991	Oct. 24, 1991
China	Feb. 9, 1990	Jan. 7, 1993	Feb. 6, 1993
Colombia	May 18, 1993	July 15, 1997	Aug. 14, 1997
Comoros	Sep. 26, 1978	Nov. 7, 1978	Dec. 7, 1978
Congo	Dec. 27, 1965	June 23, 1966	Oct. 14, 1966
Congo, Democratic Rep. of	Oct. 29, 1968	Apr. 29, 1970	May 29, 1970
Costa Rica	Sep. 29, 1981	Apr. 27, 1993	May 27, 1993
Côte d'Ivoire	June 30, 1965	Feb. 16, 1966	Oct. 14, 1966
Croatia	June 16, 1997	Sep. 22, 1998	Oct. 22, 1998
Cyprus	Mar. 9, 1966	Nov. 25, 1966	Dec. 25, 1966
Czech Republic	Mar. 23, 1993	Mar. 23, 1993	Apr. 22, 1993
Dominican Republic	Mar. 20, 2000		
Denmark	Oct. 11, 1965	Apr. 24, 1968	May 24, 1968
Ecuador	Jan. 15, 1986	Jan. 15, 1986	Feb. 14, 1986
Egypt, Arab Rep. of	Feb. 11, 1972	May 3, 1972	June 2, 1972
El Salvador	June 9, 1982	Mar. 6, 1984	Apr. 5, 1984
Estonia	June 23, 1992	June 23, 1992	Jul. 23, 1992
Ethiopia	Sep. 21, 1965		
Fiji	July 1, 1977	Aug. 11, 1977	Sep. 10, 1977
Finland	July 14, 1967	Jan. 9, 1969	Feb. 8, 1969
France	Dec. 22, 1965	Aug. 21, 1967	Sep. 20, 1967
Gabon	Sep. 21, 1965	Apr. 4, 1966	Oct. 14, 1966
Gambia, The	Oct. 1, 1974	Dec. 27, 1974	Jan. 26, 1975
Georgia	Aug. 7, 1992	Aug. 7, 1992	Sep. 6, 1992

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Germany	Jan. 27, 1966	Apr. 18, 1969	May 18, 1969
Ghana	Nov. 26, 1965	July 13, 1966	Oct. 14, 1966
Greece	Mar. 16, 1966	Apr. 21, 1969	May 21, 1969
Grenada	May 24, 1991	May 24, 1991	June 23, 1991
Guatemala	Nov. 9, 1995	Jan. 21, 2003	Feb. 20, 2003
Guinea	Aug. 27, 1968	Nov. 4, 1968	Dec. 4, 1968
Guinea-Bissau	Sep. 4, 1991		
Guyana	July 3, 1969	July 11, 1969	Aug. 10, 1969
Haiti	Jan. 30, 1985		
Honduras	May 28, 1986	Feb. 14, 1989	Mar. 16, 1989
Hungary	Oct. 1, 1986	Feb. 4, 1987	Mar. 6, 1987
Iceland	July 25, 1966	July 25, 1966	Oct. 14, 1966
Indonesia	Feb. 16, 1968	Sep. 28, 1968	Oct. 28, 1968
Ireland	Aug. 30, 1966	Apr. 7, 1981	May 7, 1981
Israel	June 16, 1980	June 22, 1983	July 22, 1983
Italy	Nov. 18, 1965	Mar. 29, 1971	Apr. 28, 1971
Jamaica	June 23, 1965	Sep. 9, 1966	Oct. 14, 1966
Japan	Sep. 23, 1965	Aug. 17, 1967	Sep. 16, 1967
Jordan	July 14, 1972	Oct. 30, 1972	Nov. 29, 1972
Kazakhstan	July 23, 1992	Sep. 21, 2000	Oct. 21, 2000
Kenya	May 24, 1966	Jan. 3, 1967	Feb. 2, 1967
Korea, Rep. of	Apr. 18, 1966	Feb. 21, 1967	Mar. 23, 1967
Kuwait	Feb. 9, 1978	Feb. 2, 1979	Mar. 4, 1979
Kyrgyz, Republic	June 9, 1995		
Latvia	Aug. 8, 1997	Aug. 8, 1997	Sep. 7, 1997
Lebanon	Mar. 26, 2003	Mar. 26, 2003	Apr. 25, 2003
Lesotho	Sep. 19, 1968	July 8, 1969	Aug. 7, 1969
Liberia	Sep. 3, 1965	June 16, 1970	July 16, 1970
Lithuania	July 6, 1992	July 6, 1992	Aug. 5, 1992
Luxembourg	Sep. 28, 1965	July 30, 1970	Aug. 29, 1970
Macedonia, former Yugoslav	Sep. 16, 1998	Oct. 27, 1998	Nov. 26, 1998

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Rep. of			
Madagascar	June 1, 1966	Sep. 6, 1966	Oct. 14, 1966
Malawi	June 9, 1966	Aug. 23, 1966	Oct. 14, 1966
Malaysia	Oct. 22, 1965	Aug. 8, 1966	Oct. 14, 1966
Mali	Apr. 9, 1976	Jan. 3, 1978	Feb. 2, 1978
Malta	Apr. 24, 2002	Nov. 3, 2003	Dec. 3, 2003
Mauritania	July 30, 1965	Jan. 11, 1966	Oct. 14, 1966
Mauritius	June 2, 1969	June 2, 1969	July 2, 1969
Micronesia	June 24, 1993	June 24, 1993	July 24, 1993
Moldova	Aug. 12, 1992		
Mongolia	June 14, 1991	June 14, 1991	July 14, 1991
Morocco	Oct. 11, 1965	May 11, 1967	June 10, 1967
Mozambique	Apr. 4, 1995	June 7, 1995	July 7, 1995
Namibia	Oct. 26, 1998		
Nepal	Sep. 28, 1965	Jan. 7, 1969	Feb. 6, 1969
Netherlands	May 25, 1966	Sep. 14, 1966	Oct. 14, 1966
New Zealand	Sep. 2, 1970	Apr. 2, 1980	May 2, 1980
Nicaragua	Feb. 4, 1994	Mar. 20, 1995	Apr. 19, 1995
Niger	Aug. 23, 1965	Nov. 14, 1966	Dec. 14, 1966
Nigeria	July 13, 1965	Aug. 23, 1965	Oct. 14, 1966
Norway	June 24, 1966	Aug. 16, 1967	Sep. 15, 1967
Oman	May 5, 1995	July 24, 1995	Aug. 23, 1995
Pakistan	July 6, 1965	Sep. 15, 1966	Oct. 15, 1966
Panama	Nov. 22, 1995	Apr. 8, 1996	May 8, 1996
Papua New Guinea	Oct. 20, 1978	Oct. 20, 1978	Nov. 19, 1978
Paraguay	July 27, 1981	Jan. 7, 1983	Feb. 6, 1983
Peru	Sep. 4, 1991	Aug. 9, 1993	Sep. 8, 1993
Philippines	Sep. 26, 1978	Nov. 17, 1978	Dec. 17, 1978
Portugal	Aug. 4, 1983	July 2, 1984	Aug. 1, 1984
Romania	Sep. 6, 1974	Sep. 12, 1975	Oct. 12, 1975
Russian Federation	June 16, 1992		

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Rwanda	Apr. 21, 1978	Oct. 15, 1979	Nov. 14, 1979
Saint Vincent and the Grenadines	Aug. 7, 2001	Dec. 16, 2002	Jan. 15, 2003
Samoa	Feb. 3, 1978	Apr. 25, 1978	May 25, 1978
Sao Tome and Principe	Oct. 1, 1999		
Saudi Arabia	Sep. 28, 1979	May 8, 1980	June 7, 1980
Senegal	Sep. 26, 1966	Apr. 21, 1967	May 21, 1967
Serbia and Montenegro	July 31, 2002		
Seychelles	Feb. 16, 1978	Mar. 20, 1978	Apr. 19, 1978
Sierra Leone	Sep. 27, 1965	Aug. 2, 1966	Oct. 14, 1966
Singapore	Feb. 2, 1968	Oct. 14, 1968	Nov. 13, 1968
Slovak Republic	Sep. 27, 1993	May 27, 1994	June 26, 1994
Slovenia	Mar. 7, 1994	Mar. 7, 1994	Apr. 6, 1994
Solomon Islands	Nov. 12, 1979	Sep. 8, 1981	Oct. 8, 1981
Somalia	Sep. 27, 1965	Feb. 29, 1968	Mar. 30, 1968
Spain	Mar. 21, 1994	Aug. 18, 1994	Sept. 17, 1994
Sri Lanka	Aug. 30, 1967	Oct. 12, 1967	Nov. 11, 1967
St. Kitts & Nevis	Oct. 14, 1994	Aug. 4, 1995	Sep. 3, 1995
St. Lucia	June 4, 1984	June 4, 1984	July 4, 1984
Sudan	Mar. 15, 1967	Apr. 9, 1973	May 9, 1973
Swaziland	Nov. 3, 1970	June 14, 1971	July 14, 1971
Sweden	Sep. 25, 1965	Dec. 29, 1966	Jan. 28, 1967
Switzerland	Sep. 22, 1967	May 15, 1968	June 14, 1968
Syria	May 25, 2005	Jan. 25, 2006	Feb. 24, 2006
Tanzania	Jan. 10, 1992	May 18, 1992	June 17, 1992
Thailand	Dec. 6, 1985		
Timor-Leste	July 23, 2002	July 23, 2002	Aug. 22, 2002
Togo	Jan. 24, 1966	Aug. 11, 1967	Sep. 10, 1967
Tonga	May 1, 1989	Mar. 21, 1990	Apr. 20, 1990
Trinidad and Tobago	Oct. 5, 1966	Jan. 3, 1967	Feb. 2, 1967
Tunisia	May 5, 1965	June 22, 1966	Oct. 14, 1966

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Turkey	June 24, 1987	Mar. 3, 1989	Apr. 2, 1989
Turkmenistan	Sep. 26, 1992	Sep. 26, 1992	Oct. 26, 1992
Uganda	June 7, 1966	June 7, 1966	Oct. 14, 1966
Ukraine	Apr. 3, 1998	June 7, 2000	July 7, 2000
United Arab Emirates	Dec. 23, 1981	Dec. 23, 1981	Jan. 22, 1982
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	May 26, 1965	Dec. 19, 1966	Jan. 18, 1967
United States of America	Aug. 27, 1965	June 10, 1966	Oct. 14, 1966
Uruguay	May 28, 1992	Aug. 9, 2000	Sep. 8, 2000
Uzbekistan	Mar. 17, 1994	July 26, 1995	Aug. 25, 1995
Venezuela	Aug. 18, 1993	May 2, 1995	June 1, 1995
Yemen, Republic of	Oct. 28, 1997	Oct. 21, 2004	Nov. 20, 2004
Zambia	June 17, 1970	June 17, 1970	July 17, 1970
Zimbabwe	Mar. 25, 1991	May 20, 1994	June 19, 1994

ประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น (ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุน) The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ตั้งแต่วันที่ 6 ธันวาคม 1985 แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน