

บทที่ 2

ประเด็นทางกฎหมายของความตกลงทีพีพี

บทนี้กล่าวถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำความตกลงการค้าเสรี (Free trade agreement) โดยศึกษาว่าการทำความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคี และแบบพหุภาคีนิยม ที่มีการจัดทำกันอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน รวมทั้งความตกลงทีพีพีที่กำลังเจรจากันอยู่นี้ มีความชอบธรรมสอดคล้องกับกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศเพียงใด โดยเฉพาะต่อระบบการค้าพหุภาคีขององค์การการค้าโลก

2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความตกลงทีพีพี

ทฤษฎีการค้าแบบเสรีนิยมเป็นแนวคิดมุ่งขจัดและยกเลิกการเข้าแทรกแซงตลาดโดยรัฐ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade) หรือแกตต์ (GATT) ฉบับปี ค.ศ. 1947 ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นส่วนหนึ่งขององค์การการค้าโลก เรียกว่าแกตต์ 1994 (GATT 1994) กำหนดหลักการสำคัญสำหรับกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศไว้ 3 ประการ ดังนี้¹

(1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment) หรือที่เรียกกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ” (Non-Discrimination principle) ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 1 ของความตกลงแกตต์ หลักการนี้เป็นเครื่องรับประกันว่า ประเทศผู้ค้าขายจะได้รับการปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจการค้าอย่างเสมอภาคกัน สินค้าส่งออกไม่ว่าจากประเทศใดจะต้องไม่ถูกกีดกันจากประเทศนำเข้า

การนำหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งมาใช้ มีความจำเป็นต่อการสร้างระบบการค้าพหุภาคีนิยม เพราะหลักการนี้จะให้หลักประกันว่า บรรดาข้อได้เปรียบ สิทธิประโยชน์ และเอกสิทธิ์ใดๆ ที่ประเทศหนึ่งให้แก่ประเทศอีกประเทศหนึ่ง จะมีผลขยายต่อไปถึงประเทศที่สามซึ่งเป็นภาคีขององค์การการค้าโลกทุกประเทศ ตัวอย่างเช่น ประเทศ A ซึ่งเป็นภาคีขององค์การการค้าโลกยินยอมให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรแก่ประเทศ B โดยเรียกเก็บภาษีศุลกากรในอัตราต่ำเป็นพิเศษแก่สินค้านำเข้าจากประเทศ B เช่นนี้ประเทศภาคีอื่นๆ จะต้องได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรจากประเทศ A เช่นเดียวกัน

(2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติถูกบัญญัติไว้ในข้อ 3 ของความตกลงแกตต์ โดยมีสาระสำคัญว่าประเทศภาคีจะต้องปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าโดยเท่าเทียมกันกับสินค้าที่ผลิตขึ้นในประเทศ การกำหนดอัตราภาษีหรือมาตรการอื่นใดในลักษณะที่เป็นการกีดกันสินค้านำเข้า หรือมีลักษณะให้ความช่วยเหลือแก่สินค้าที่มีแหล่งกำเนิดภายในประเทศ จะกระทำมิได้ ตัวอย่างของการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักการนี้ก็เช่น กรณีที่กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของประเทศหนึ่ง กำหนดเงื่อนไข

¹ โปรดดู John H. Jackson, The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations, MIT Press, Massachusetts, 1997.

การผลิตสินค้าประเภทเนยเทียมว่า ผู้ผลิตต้องใช้วัตถุดิบจำพวกนมหรือไขมันที่ได้จากแหล่งผลิตในประเทศ เป็นอัตราไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของวัตถุดิบที่ใช้เพื่อการผลิตสินค้านั้นทั้งหมด การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้เป็นการกีดกันสินค้านำเข้า ขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

การใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งเพียงประการเดียว ไม่เพียงพอต่อการสร้างระบบการค้าเสรี เนื่องจากหลักการดังกล่าวเพียงแต่กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีให้การปฏิบัติต่อสินค้าของทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีได้กำหนดให้มีการปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าและสินค้าที่มีแหล่งผลิตในประเทศโดยเท่าเทียมกันด้วย ทำให้มีการใช้มาตรการกีดกันสินค้านำเข้าจากต่างประเทศได้

(3) หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ในความเป็นจริงหลักต่างตอบแทนมิได้ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในความตกลงแกตต์ แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ในการที่จะบรรลุเป้าหมายของการจัดตั้งระบบการค้าเสรี หลักต่างตอบแทนจะต้องถูกนำมาใช้ควบคู่กับหลักการอื่นด้วย เช่น ในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ A และประเทศ B ทั้งสองประเทศจะต้องเจรจาการค้ากันโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน หากประเทศ A ยินยอมลดภาษีศุลกากรให้แก่สินค้านำเข้าจากประเทศ B ประเทศ B ก็ต้องยินยอมลดภาษีนำเข้าให้แก่สินค้าของประเทศ A เช่นเดียวกัน และเมื่อมีการให้สิทธิพิเศษกันอย่างต่างตอบแทนเช่นนี้แล้ว สิทธิพิเศษที่ได้ให้แกกันนั้นจะต้องมีผลขยายไปถึงประเทศภาคีทั้งหมดโดยทั่วถึง ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง

โดยสรุป แนวทางขององค์การการค้าโลกคือการทำให้อุปสรรคทางการค้าหมดไป กฎเกณฑ์การค้าต่างๆ ต้องถูกนำมาใช้กับทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกัน² ดังนั้น การจัดตั้งเขตการค้าเสรี หรือเอฟทีเอ ที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษทางการค้าแก่กันเป็นการเฉพาะ แต่กีดกันสินค้าที่มาจากประเทศอื่น จึงขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานขององค์การการค้าโลก อย่างไรก็ตาม ข้อ 24 ของความตกลงแกตต์ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นสำหรับการจัดตั้งเขตการค้าเสรี หรือเอฟทีเอ โดยไม่ถือเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีขององค์การการค้าโลกภายใต้เงื่อนไขว่า ความตกลงเอฟทีเอที่ทำกันจะต้องไม่เพิ่มอุปสรรคทางการค้าต่อประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกที่ไม่ได้ร่วม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประเทศที่ทำเอฟทีเอสามารถตกลงลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกันได้ แต่การตกลงนั้นจะต้องไม่ไปเพิ่มอุปสรรคทางการค้าสำหรับประเทศอื่น ตัวอย่างของกลุ่มเศรษฐกิจที่ได้รับการยกเว้นจากหลักการพื้นฐานขององค์การการค้าโลกก็เช่น สหภาพยุโรป อาเซียน นาฟต้า ฯลฯ

2.2 กระบวนการเข้าร่วมความตกลงทีพีพี

2.2.1 ขั้นตอนทางกฎหมาย

สนธิสัญญาระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องมีองค์ประกอบสำคัญได้แก่ (1) เป็นเอกสารที่กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่ภาคีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป (2) กระทำโดยคู่ภาคีที่เป็นบุคคลระหว่างประเทศ (3) ความตกลงที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ และ (4) เจตนาให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย ซึ่งหลักดังกล่าวเกิดจากแนวปฏิบัติที่ใช้กันแพร่หลายจนกลายเป็น

² John H. Jackson, World Trade and the Law of GATT, The Bobbs-Merrill Inc, Indianapolis, 1969.

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) และถูกรับรองโดยสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)

โดยทั่วไปการจัดทำสนธิสัญญา (treaty formation) ผู้ลงนามต้องเป็นผู้มีอำนาจเต็ม (full power) รัฐต้องให้การยินยอมที่จะให้มีผลผูกพันโดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร (deposit of instrument of ratification, acceptance or approval) โดยผ่านขั้นตอนการทำสนธิสัญญา กล่าวคือ การเจรจา การยอมรับชั่วคราวผ่านการลงนาม และการยอมรับขั้นสุดท้าย อาทิเช่น การลงนาม การแลกเปลี่ยนหนังสือ การให้สัตยาบัน รวมถึงการยินยอมที่จะให้มีผลผูกพันโดยการภาคยานุวัติ (accession)

การเข้าร่วมเป็นภาคีของรัฐที่สามในความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศต้องผ่านกระบวนการดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้ ข้อแตกต่างระหว่างการยินยอมที่จะให้มีผลผูกพันด้วยการให้สัตยาบัน และการภาคยานุวัติคือ การให้สัตยาบันเป็นกระบวนการยอมรับขั้นสุดท้ายของรัฐที่เข้าร่วมการเจรจา ในขณะที่การภาคยานุวัติเป็นการยอมรับของรัฐที่ไม่ได้ร่วมการเจรจา

สำหรับกระบวนการภายใต้ความตกลงทีพีพี ได้เปิดโอกาสให้รัฐที่สามสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีได้ทั้งการให้สัตยาบันและภาคยานุวัติโดยกำหนดการเข้าร่วมเป็นภาคีตามข้อบ่งชี้ด้วยเรื่องการลงนาม (Signature - Article 20.3) การมีผลใช้บังคับ (Entry into Force - Article 20.4) และการภาคยานุวัติ (Accession - Article 20.6) โดยข้อบท 20.6 ได้ระบุว่า ความตกลงเปิดให้กลุ่มเศรษฐกิจเอเปค (APEC) และประเทศอื่นๆ เข้าร่วม ลักษณะดังกล่าวถือเป็นความเฉพาะของความตกลงทีพีพีซึ่งแตกต่างจากความตกลงการค้าเสรีทั่วไป ที่มักไม่นิยมให้มีการภาคยานุวัติ เนื่องจากประเทศภาคีส่วนใหญ่ต้องการที่จะเข้าร่วมการเจรจาเพื่อสะท้อนนโยบายของตน ที่ผ่านมามีหลายประเทศได้เข้าร่วมการเจรจา ในขณะที่การเจรจาความตกลงทีพีพียังคงดำเนินอยู่ เช่น มาเลเซีย และเวียดนาม ได้เข้าร่วมเป็นผู้สังเกตการณ์ และหารือกับประเทศอื่นที่ได้เข้าร่วมเจรจาไปแล้ว อย่างไรก็ตาม กระบวนการภาคยานุวัติถือว่ามีความซับซ้อนต่อการขยายเครือข่ายประเทศสมาชิก ภายหลังจากที่การเจรจาความตกลงได้สิ้นสุดลงแล้ว ซึ่งไทยอาจต้องอาศัยกระบวนการดังกล่าวในการเข้าร่วมเป็นภาคี เนื่องจากปัจจุบันการเจรจาความตกลงทีพีพีนั้นใกล้จะเสร็จสิ้นแล้ว

ขั้นตอนหลักสำหรับประเทศหรือเขตเศรษฐกิจที่สนใจจะเข้าร่วมในความตกลงทีพีพี ได้แก่

- หารือในระดับทวิภาคี (bilateral meeting) กับประเทศที่ได้เข้าร่วมไปแล้ว โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นการกำหนดระดับการเปิดตลาด (trade liberalization) ซึ่งคล้ายคลึงกับกระบวนการเข้าร่วมองค์การการค้าโลก (WTO) กระบวนการดังกล่าวจะสามารถเปิดโอกาสให้ประเทศหรือเขตเศรษฐกิจที่สนใจแสดงเจตจำนงและศักยภาพที่จะสามารถรับเงื่อนไขที่มีมาตรฐานสูงของความตกลงทีพีพีได้
- สมาชิกทีพีพีทั้งหมดต้องตกลงเห็นชอบที่จะยอมรับการเข้าร่วมของสมาชิกใหม่

สำหรับกระบวนการภาคยานุวัติหลังจากการเจรจาได้สิ้นสุดลงแล้ว จะเป็นไปตามข้อบ่งชี้ด้วยการภาคยานุวัติ ซึ่งระบุว่าจะมีการกำหนดเงื่อนไขที่ต้องมีการตกลงร่วมกันระหว่างภาคี (“This Agreement is open to accession on terms to be agreed among the Parties,...”) โดยเงื่อนไขการตกลงร่วมกันดังกล่าวยังคงต้องมีการกำหนดกันต่อไป ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่า เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งที่ประเทศไทย

จะต้องยอมรับหากประสงค์จะเข้าร่วมในความตกลงทีพีพีก็คือ ไทยจะต้องยินยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดโดยประเทศสมาชิกเดิมของความตกลงทีพีพี ซึ่งประเทศสมาชิกทีพีพีอาจกำหนดให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีทุกประการของความตกลงก่อนที่จะเข้าร่วม ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา มักจะใช้กับการให้ความเห็นชอบในการที่ประเทศอื่นจะเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก³

2.2.2 สถานะการเจรจา

ความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์เศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก หรือ (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement – TPP) ได้เกิดจากการรวมตัวของ 4 ประเทศสมาชิกได้แก่ บรูไน ซิลิ นิวซีแลนด์ และสิงคโปร์ หรือที่เรียกว่า The Pacific 4 (P4) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการบูรณาการทางเศรษฐกิจในด้านการเปิดตลาดการค้าสินค้า บริการและการลงทุนและได้มีการลงนามเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 2005 โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2006

และเนื่องจากความตกลงทีพีพีเป็นความตกลงเปิด เพื่อส่งเสริมการสร้างเครือข่ายยุทธศาสตร์ (strategic alliance) ทางเศรษฐกิจสำหรับการค้าเสรี ทำให้มีประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้นโดยต่อมาสหรัฐอเมริกา เปรู ออสเตรเลีย และเวียดนามได้ประกาศเข้าร่วมการเจรจาในปี ค.ศ. 2008 การเข้าร่วมของสหรัฐอเมริกา ถือเป็นจุดสำคัญของการผลักดันให้ความตกลงทีพีพีเป็นความตกลงที่มีประสิทธิภาพสูง ปัจจุบันความตกลงทีพีพี ประกอบด้วยสมาชิก 12 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย เปรู แคนาดา ซิลิ ญี่ปุ่น มาเลเซีย เม็กซิโก นิวซีแลนด์ เปรู สิงคโปร์ สหรัฐอเมริกาและเวียดนาม

ความตกลงทีพีพีมีการเจรจามาแล้วทั้งสิ้น 19 รอบ โดยรอบล่าสุดมีขึ้นระหว่างวันที่ 22-30 สิงหาคม พ.ศ. 2556 ที่ประเทศบรูไน โดยหลังจากนั้นได้มีการประชุมระดับรัฐมนตรีอีก 4 รอบ เพื่อเร่งรัดความคืบหน้าในการเจรจา ล่าสุด หัวหน้าคณะเจรจาได้มีการประชุมกันในระหว่างวันที่ 3-12 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 ที่กรุงฮานอย ประเทศเวียดนาม แม้ประเทศสมาชิกมีเป้าหมายที่จะสรุปการเจรจาภายในปี พ.ศ. 2555 ประเด็นสำคัญด้านเกษตร (agriculture) ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) บริการและการลงทุน (services and investment) ทำให้การเจรจาล่วงเลยมาจนปัจจุบัน นอกจากนี้เมื่อต้นปีที่ผ่านมา สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นได้มีการหารือระดับสูงเพื่อหาข้อยุติในประเด็นสำคัญภายใต้การค้าสินค้า (trade in goods) ซึ่งญี่ปุ่นมีสินค้าอ่อนไหวในภาคเกษตร อาทิ เนื้อ ข้าว หมู น้ำตาล ข้าวสาลี และผลิตภัณฑ์นม ในขณะที่สหรัฐฯ คำนึงถึงผลกระทบของอุตสาหกรรมชิ้นส่วนยานยนต์ในประเทศ ซึ่งเป็นอีกอุปสรรคสำคัญในการสรุปการเจรจา

³ Kuanpoth, J., Patents and Access to Antiretroviral Medicines in Vietnam after World Trade Organization Accession, Journal of World Intellectual Property, 2007, Vol.10 (3/4), pp.201-224.

2.3 ความตกลงเอฟทีเอกับผลกระทบต่อระบบการค้าพหุภาคี

ในการประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกครั้งที่สี่ที่กรุงโตโฮเมื่อปี ค.ศ. 2001 ประเทศกำลังพัฒนาได้เรียกร้องให้มีการปรับปรุงกฎระเบียบขององค์การการค้าโลกหลายประการ รวมทั้งให้มีการปรับปรุงวิธีการเจรจา และความโปร่งใสขององค์กร แกไขกฎระเบียบที่ก่อผลกระทบต่อประเทศกำลังพัฒนา ไม่ว่าจะเป็นปัญหาสิทธิบัตรยา การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น การยกเลิกการอุดหนุนการส่งออก และการเปิดตลาดสินค้าเกษตร ฯลฯ การเจรจารอบโตโฮถูกกำหนดหัวข้อเจรจา โดยมีเป้าหมายเพื่อทำให้การค้ามีความเป็นธรรมและเป็นประโยชน์ต่อประเทศสมาชิก ถึงแม้ไม่มีที่ใดในปฏิญญาโตโฮกล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงความเกี่ยวพันระหว่างการค้าและการพัฒนา แต่ด้วยเนื้อหาสาระและหัวข้อการเจรจาที่ตอบสนองต่อผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนา การเจรจารอบนี้จึงถูกเรียกว่า “รอบแห่งการพัฒนา” (Development Round)

เนื่องจากประเด็นการเจรจารอบโตโฮ เป็นประเด็นที่ตอบสนองต่อประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาเป็นหลัก ประเทศที่พัฒนาแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา จึงให้ความสำคัญต่อการเจรจารอบดังกล่าวไม่มากนัก

ด้วยความขัดแย้งและความไม่โปร่งใสในการกำหนดประเด็นการเจรจา อีกทั้งการขาดประสิทธิภาพของกระบวนการจัดการการเจรจา องค์การการค้าโลกจึงถูกมองว่ามีจุดอ่อนและข้อบกพร่องดังนี้

(1) **สร้างมาตรฐานเชิงเดียว (standards harmonisation)** องค์การการค้าโลกถูกมองว่ากำลังพัฒนาไปเป็นองค์กรนิติบัญญัติด้านการค้าของโลก ที่สร้างมาตรฐานการค้าร่วม (unified standards) เพื่อประโยชน์ของประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นสำคัญ มาตรฐานการค้าขององค์การการค้าโลก ให้ประโยชน์ต่อผู้ผลิตในประเทศอุตสาหกรรมในการเปิดตลาดการค้าของประเทศอื่น และปกป้องผู้ผลิตในประเทศเหล่านั้นให้ปลอดภัยจากการแข่งขันของสินค้าราคาถูกที่มาจากประเทศกำลังพัฒนา

(2) **เป็นองค์กรระดับข้อพิพาท** องค์การการค้าโลกได้กลายเป็นองค์กรระดับข้อพิพาททางการค้าที่มีการฟ้องร้องคดีเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศต่างๆ อย่างมากมาย จนกลายเป็นว่านโยบายของประเทศต่างๆ ถูกกำหนดขึ้นโดยผ่านคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก มากกว่าโดยการเจรจาของประเทศสมาชิก

(3) **เป็นองค์กรที่เต็มไปด้วยคำมั่นแต่ขาดการปฏิบัติ** มีผู้กล่าวว่า องค์การการค้าโลกเป็นองค์กรที่ไร้น้ำยาเช่นเดียวกับองค์การสหประชาชาติ และโดยความซักซ้าของการเจรจาที่ต้องผ่านระบบความเห็นชอบที่เป็นเอกฉันท์ (consensus) ประเทศที่ต้องการเร่งเปิดเสรีทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา หรือสหภาพยุโรป จึงได้เปลี่ยนยุทธศาสตร์การเปิดตลาด จากการเจรจาในกรอบพหุภาคีขององค์การการค้าโลก มาเป็นการเปิดตลาดการค้าในเวทีภูมิภาคและกรอบทวิภาคีแทน ซึ่งในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา ประเทศเหล่านั้นได้ทำความตกลงเอฟทีเอกับประเทศต่างๆ จำนวนมาก

การละทิ้งการเจรจาแบบพหุภาคี มาสู่แนวทางภูมิภาคนิยมและทวิภาคี จะมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก กฎเกณฑ์และนโยบายการค้าระหว่างประเทศจะถูกใช้อย่างเลือกปฏิบัติ และเกิดการกีดกันทางการค้า โดยเฉพาะต่อสินค้าของประเทศที่มาจากนอกกลุ่มการค้า นอกจากนี้ การเกิดขึ้นของลัทธิการค้าแบบภูมิภาคนิยม จะทำให้องค์การการค้าโลกกลายเป็นองค์กรที่ไร้ประสิทธิภาพปราศจากความหมาย ประเทศที่พัฒนาแล้วจะเข้ามาผูกขาดครอบงำการค้าในระดับภูมิภาคและทวิภาคี ส่วนประเทศกำลังพัฒนา จะตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ และประเทศด้อยพัฒนา (least developed countries) จะถูกทอดทิ้งจากเวทีการค้าระหว่างประเทศในที่สุด

2.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเอฟทีเอ

ความต้องการที่จะขยายการค้าและธุรกิจข้ามชาติ ทำให้ประเทศต่างๆ หันมาจับมือเป็นพันธมิตรทางการค้ากัน การจัดตั้งเขตการค้าเสรีหรือเอฟทีเอนั้นหาได้เป็นปรากฏการณ์ใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่ หากแต่มีการทำกันมาเป็นเวลานานเกือบสองร้อยปีแล้ว ศาสตราจารย์ครูกแมน (Paul Krugman) อธิบายเหตุผลของการจัดตั้งเขตการค้าเสรีหรือเขตเศรษฐกิจภูมิภาคว่าเป็นเพราะ “ปัจจัยธรรมชาติ” ของการมีเขตแดนแห่งรัฐที่ใกล้ชิดกัน⁴ แต่นักเศรษฐศาสตร์ท่านอื่นเช่น แฟรงเคิล (Frankel) และเว (Wei) บอกว่า “ปัจจัยเทียม” ที่เกิดจากความต้องการในการแลกเปลี่ยนสิทธิพิเศษทางการค้าระหว่างรัฐ เป็นเหตุผลสำคัญของการเกิดเขตเสรีทางการค้า⁵ ซึ่งการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจ เช่น สหภาพยุโรป นาฟต้า หรืออาฟต้า อาจเกิดขึ้นตามทฤษฎีของครูกแมน แต่ปรากฏการณ์ของการทำความตกลงเอฟทีเอที่แพร่หลายไปทั่วโลกในขณะนี้ ก็ดูเหมือนจะยืนยันความคิดของแฟรงเคิลได้เป็นอย่างดี

การค้าแบบภูมิภาคนิยม และการทำความตกลงเขตการค้าเสรี มีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับลักษณะของการค้าระหว่างประเทศและสภาพเศรษฐกิจของประเทศคู่สัญญา ภายใต้ความตกลงแกตต์ คำว่า “เอฟทีเอ” (free trade area) หมายถึง การรวมกันของชาติต่างๆ เพื่อยกเลิกภาษีนำเข้าสินค้าระหว่างกัน ส่วน “สหภาพศุลกากร” (customs union) ได้แก่ การรวมกันของชาติต่างๆ เพื่อยกเลิกภาษีนำเข้าระหว่างสมาชิก และการใช้ภาษีศุลกากรอัตราเดียวกันสำหรับสินค้าที่มาจากภายนอก ความแตกต่างระหว่างเขตเศรษฐกิจสองแบบนี้ จึงอยู่ที่การใช้พิกัดอัตราภาษีศุลกากรร่วมกันสำหรับสินค้าที่นำเข้าจากนอกกลุ่ม

ประโยชน์ของเอฟทีเอจะตกได้แก่ใครนั้น เป็นประเด็นที่ซับซ้อนยิ่ง ความตกลงเอฟทีเอจะส่งเสริมให้เกิดการเคลื่อนย้ายสินค้าโดยเสรี และช่วยลดอุปสรรคการค้าระหว่างประเทศคู่สัญญา แต่ประเทศที่อยู่นอกกลุ่มจะเสียประโยชน์ เนื่องจากจะถูกปฏิบัติโดยแตกต่าง หรือแม้แต่ว่าประเทศคู่สัญญาเอง ประโยชน์ที่จะได้จากการทำความตกลง ก็อาจแตกต่างกัน เนื่องจากความไม่เท่ากันของขนาดเศรษฐกิจ อำนาจต่อรอง และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและอุตสาหกรรม การทำเอฟทีเอระหว่างไทยกับสหรัฐหรือไทยกับสหภาพ

⁴ Paul Krugman "The Move Toward Free Trade Zones", in Policy Implications of Trade and Currency Zones, A Symposium Sponsored by the Federal Reserve Bank of Kansas City, Jackson Hole, Wyoming, August 1991.

⁵ Jeffrey A. Frankel and Shang-Jin Wei "Regionalization of World Trade and Currencies: Economics and Politics" in J Frankel (ed.), The Regionalization of the World Economy, Chicago University Press, 1997.

ยุโรป นับเป็นตัวอย่างที่ดีของการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีความความไม่เท่าเทียมกันในทุกด้าน

การจัดตั้งระบบการค้าพหุภาคีภายใต้แกตต์ ว่าเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะจัดการค้าแบบภูมิภาคนิยมให้หมดสิ้นไป ความตกลงแกตต์ปี ค.ศ. 1947 (ปัจจุบันได้กลายเป็นแกตต์ 1994) อนุญาตให้มีการทำเขตการค้าระหว่างภาคีสมาชิกได้ ภายใต้เงื่อนไขหลายประการ เมื่อแกตต์ถูกจัดทำขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศแกนนำที่ต้องการสร้างความตกลงดังกล่าวให้เป็นกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศ ได้เรียกร้องให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง โดยให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างชาติสมาชิก ด้วยหวังว่าการห้ามเลือกปฏิบัติ จะช่วยขจัดสิทธิพิเศษทางการค้าให้หมดสิ้นไป แต่ประเทศแกนนำก็มองเห็นถึงความจำเป็นของการคงไว้ของการให้สิทธิพิเศษทางการค้าแก่กัน จึงได้กำหนดข้อยกเว้นหลักดังกล่าวไว้ ข้อยกเว้นประการหนึ่งถูกบัญญัติไว้ในข้อ 24 ของแกตต์ ซึ่งกำหนดไม่ให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง กับเขตการค้าแบบภูมิภาคนิยมและเขตการค้าเสรี ซึ่งว่าไปแล้ว ข้อ 24 มิได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีปรัชญากฎหมายใดรองรับ หากแต่เกิดจากเหตุผลทางการเมืองระหว่างประเทศในขณะนั้น ที่ประเทศผู้นำการเจรจาอย่างสหรัฐ ต้องการแยกประเทศพันธมิตรในยุโรปตะวันตก ออกจากกลุ่มคอมมิวนิสต์ในตะวันออก โดยผลของข้อ 24 ภาคีที่จัดทำเขตเศรษฐกิจ ไม่จำเป็นต้องขยายสิทธิพิเศษที่ให้แก่กันไปยังประเทศสมาชิกอื่นของแกตต์ อันเป็นการยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง แต่การใช้ข้อยกเว้นนี้ก็ต้องกระทำอย่างจำกัดมากที่สุด เพื่อมิให้มีการทำเขตเศรษฐกิจโดยมีเป้าหมายเพื่อกีดกันการค้า

ในทางปฏิบัติข้อ 24 กลับมีข้อบกพร่องหลายประการ โดยเฉพาะการขาดแนวทางการใช้บังคับ แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดหลักการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจภูมิภาค (formation) แต่ข้อ 24 ก็ไม่ได้กำหนดวิธีการขับเคลื่อนเขตเศรษฐกิจดังกล่าว (operation) เช่น ไม่ได้เชื่อมโยงเขตการค้าแบบภูมิภาคนิยมกับแกตต์/องค์การการค้าโลก และไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเขตการค้าต่างกลุ่มกัน ซึ่งหากไทยเข้าร่วมในความตกลงทีพีพี ก็จะก่อให้เกิดปัญหาในนิตีสัมพันธ์ระหว่างความตกลงดังกล่าวกับความตกลงเอฟทีเอที่ประเทศไทยทำกับประเทศอื่นๆ และในทางกลับกันก็จะก่อให้เกิดปัญหาความเกี่ยวพันระหว่างความตกลงทีพีพี กับความตกลงเอฟทีเอที่สมาชิกอื่นทำกับประเทศอื่นด้วย เช่น ความตกลงนาฟต้าที่สหรัฐทำกับแคนาดาและเม็กซิโก เป็นต้น

ข้อ 24 วรรคสี่ของความตกลงแกตต์ เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุด เนื่องจากสะท้อนถึงเจตนารมณ์ของระบบเขตเศรษฐกิจภูมิภาคนิยม สำคัญคือ การทำเอฟทีเอหรือการจัดตั้งสหภาพศุลกากรจะต้องไม่สร้างอุปสรรคทางการค้าสำหรับภาคีสมาชิกอื่นของแกตต์ คณะกรรมาธิการการค้าภูมิภาค (Regional Trade Committee) ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับการเข้าร่วมของสเปนและโปรตุเกสในประชาคมยุโรปว่า การที่สเปนและโปรตุเกสต้องปรับเปลี่ยนโควต้าและภาษีศุลกากรของตนเอง ให้สอดคล้องกับระบบของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ไม่ถือว่าขัดกับข้อ 24 แม้ว่าโควต้าและพิกัดอัตราภาษีของทั้งสองประเทศจะเพิ่มขึ้นจากเดิม อุปสรรคการค้าที่เขตเศรษฐกิจต่างๆ มีอยู่ สามารถขยายไปยังสมาชิกใหม่ได้ แม้จะทำให้อุปสรรคทางการค้าในภาคีใหม่นั้นเพิ่มขึ้นจากเดิมก็ตาม หากอุปสรรคทางการค้าโดยรวมของเขตการค้านั้น

(กรณีนี้หมายถึงประชาคมยุโรป) ไม่เพิ่มขึ้นจากเดิมก่อนที่มีการรับสมาชิกใหม่⁶

คดีพิพาทระหว่างประเทศตุรกีกับอินเดียเป็นข้อพิพาทที่ถือเป็นคดีประวัติศาสตร์ เพราะเป็นคดีเดียวของแกตต์/องค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้องกับข้อ 24 เมื่อตุรกีเข้าเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป ตุรกีได้ปรับอัตราโควตาส่งทอและเสื้อผ้าของตนใหม่ให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป อินเดียฟ้องร้องตุรกีต่อคณะกรรมการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกว่า โควตาระบบใหม่ของตุรกีไม่สอดคล้องกับแกตต์ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตัดสินว่า กฎเกณฑ์ใหม่ว่าด้วยโควตาของตุรกีฝ่าฝืนมาตรา 11 และ 13 ของแกตต์ ซึ่งให้มีการจำกัดข้อจำกัดทางการค้าในด้านปริมาณ (quantitative restrictions) และห้ามการใช้ข้อจำกัดทางการค้าด้านปริมาณแบบเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory administration of quantitative restrictions) และตัดสินด้วยว่า ข้อ 24 ไม่อนุญาตให้ภาคีสมาชิกกำหนดโควตานำเข้าโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติอื่นขององค์การการค้าโลก⁷

ข้อ 24 ของแกตต์ได้ถูกตีความไปในทำนองว่า การจัดตั้งเขตการค้าแบบภูมิภาคนิยม จะต้องไม่ขัดแย้งต่อหลักการและเจตนารมณ์การค้าเสรีขององค์การการค้าโลก และเพื่อไม่ให้มีผลกระทบต่อระบบการค้าพหุภาคี ข้อยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์จะต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัด เพราะมีเช่นนั้น การค้าแบบภูมิภาคนิยมและทวิภาคีนิยมก็将会ถูกใช้เป็นเครื่องมือกีดกันการค้าจากประเทศนอกกลุ่ม โดยเฉพาะการกีดกันสินค้าที่มีความอ่อนไหวต่อประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนา ดังเช่นสินค้าเกษตร และสิ่งทอ

การเกี่ยวพันระหว่างหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์กับข้อ 24 นับว่ายังขาดความชัดเจนเป็นอย่างมาก แต่ก่อนนี้ ในยุคก่อนการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (ก่อนปี ค.ศ. 1995) ปัญหาไม่ได้ถูกกล่าวถึงเท่าใดนัก และการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจก็มักได้รับการตอบรับเชิงบวกจากภาคีของแกตต์ แต่หลังการเกิดขององค์การการค้าโลก การจัดตั้งเขตการค้าแบบภูมิภาคนิยมและทวิภาคีนิยมได้ถูกมองด้วยความเคลือบแคลงสงสัย และทำให้กระบวนการนิติวิธีเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั้งสองนี้มีความยุ่งยากซับซ้อนไปด้วย

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับข้อ 24 เป็นผลจากการผนวกประเด็นใหม่ๆ เข้ามาในแกตต์/องค์การการค้าโลกเมื่อครั้งรอบอุรุกวัย ประเด็นใหม่เหล่านี้ก่อปัญหาการปรับใช้หลักกฎหมายของแกตต์กับประเด็นการค้าที่เพิ่มเข้ามา เช่น การปรับใช้หลักการของแกตต์กับการลงทุน การค้าบริการ และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ข้อ 24 ของแกตต์นั้นเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าสินค้า (trade in goods) แต่การค้าระหว่างประเทศภายใต้องค์การการค้าโลกในปัจจุบัน ครอบคลุมทั้งการค้าสิ่งที่มีรูปร่าง (สินค้า) และไม่มีรูปร่าง (การค้าบริการและทรัพย์สินทางปัญญา) จึงทำให้เกิดปัญหาว่า ข้อยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยังตามข้อ 24 จะสามารถใช้กับการค้าสิ่งที่มีรูปร่างได้เพียงใด

⁶ Youri Devuyt and Asja Serdarevic “The World Trade Organization and Regional Trade Agreements: Bridging the Constitutional Credibility Gap”, Duke Journal of Comparative & International Law Vol. 18, 2007, p.1.

⁷ Ibid.

ความตกลงแกตส์ (GATS) ว่าด้วยการค้าบริการ ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นเรื่องการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจภูมิภาคดังเช่นบทบัญญัติข้อ 24 ของแกตต์ และเมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างเชิงโครงสร้างของการค้าสินค้าและการค้าบริการ เช่น หลักว่าด้วยพิกัดภาษีศุลกากรในแกตต์ มีเจตจำนงที่จะใช้กับสินค้าเท่านั้น โดยไม่ใช้กับการค้าบริการด้วย ก็ยังเป็นการยากที่จะสรุปว่า การให้สิทธิพิเศษด้านการค้าบริการภายใต้ความตกลงเอฟทีเอ จะได้รับการยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งขององค์การการค้าโลก

ความตกลงทริปส์ (TRIPS) ว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา มีบทบัญญัติยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ข้อ 4 (ดี) กำหนดว่า การที่บางประเทศทำความตกลงให้สิทธิพิเศษด้านทรัพย์สินทางปัญญาแก่กัน สิทธิประโยชน์นั้นจะไม่ขยายไปยังประเทศภาคีสมาชิกอื่นขององค์การการค้าโลก ก็ต่อเมื่อมีการทำความตกลงนั้นก่อนที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ ซึ่งได้แก่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1995 และมีการแจ้งให้คณะมนตรีทริปส์ทราบถึงความมีอยู่ของความตกลงดังกล่าว ความตกลงเอฟทีเอที่เข้าเกณฑ์ได้รับยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งตามความตกลงทริปส์ก็เช่น ความตกลงนาฟต้า เพราะเป็นความตกลงที่ทำอยู่ก่อนที่จะมีองค์การการค้าโลก ส่วนความตกลงเอฟทีเอที่ทำหลังจากนั้น ไม่ว่าจะเป็นเอฟทีเอระหว่างสหรัฐ-ชิลี สหรัฐ-สิงคโปร์ หรือสหรัฐ-ไทย จะต้องเป็นไปตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งทุกประการ

มีความเป็นไปได้ว่า การให้สิทธิพิเศษในความตกลงเอฟทีเอที่ไทยได้ทำกับประเทศต่างๆ ในช่วงหลังนี้ เช่น ความตกลงเอฟทีเอไทย-ญี่ปุ่น ไทย-ออสเตรเลีย ฯลฯ ตลอดจนความตกลงที่จะทำต่อไปในอนาคต เช่น ความตกลงทีพีพี และความตกลงเอฟทีเอไทย-ญี่ปุ่น จะได้รับการยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง เฉพาะในเรื่องการค้าสินค้าเท่านั้น (เป็นไปตามข้อ 24 ของแกตต์) ส่วนสิทธิพิเศษในด้านอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้าบริการ การลงทุนข้ามชาติ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ ฯลฯ จะไม่ได้รับการยกเว้นด้วย ผลก็คือ สิทธิพิเศษในเรื่องที่กล่าวมานี้ ที่ไทยจะให้แก่ประเทศคู่สัญญาตามความตกลงเอฟทีเอที่ทำกันในช่วงหลัง จะต้องขยายไปสู่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่เหลือทั้งหมด