

## บทที่ 3

### มาตรฐานและปทัสสถานของการแข่งขันและการกำกับดูแล กิจการพลังงานไฟฟ้าตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT)

#### 3.1 ที่มาของ ECT

ความก้าวหน้าในด้านนโยบายในกิจการพลังงานระหว่างประเทศยุโรป เริ่มต้นขึ้นจากเหตุการณ์วิกฤตน้ำมันในยุโรปในช่วงปี 1970 ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "ECT") โดยนายรัฐมนตรีเนเธอร์แลนด์ Ruud Lubbers เป็นผู้ริเริ่มการร่างสนธิสัญญาขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1990 ในการประชุมผู้นำสูงสุดกลุ่มประเทศยุโรป ด้วยความมุ่งหวังที่จะรองรับการใช้วิทยาการเทคโนโลยีและความรู้ของกลุ่มประเทศตะวันตกและประชาคมยุโรป เพื่อสำรวจและพัฒนาแหล่งก๊าซธรรมชาติและน้ำมันของสหภาพโซเวียตก่อนล่มสลาย (Formal Soviet Union ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "FSU") ซึ่งผลตอบแทนที่กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป (European Community ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "EC") จะได้รับก็คือ การมีแหล่งทรัพยากรน้ำมันและก๊าซธรรมชาติสำรองอย่างเพียงพอนอกเหนือจากแหล่งน้ำมันดิบที่ถูกควบคุมโดยกลุ่มประเทศโอเปค (Organization of Petroleum Exporting Countries ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "OPEC") จึงเป็นที่คาดเดาได้ว่าการเข้าถึงแหล่งน้ำมันขนาดใหญ่ใน FSU จะเป็นการลดการพึ่งพากลุ่ม OPEC ได้อย่างมาก<sup>1</sup> ซึ่งความคิดนี้ถูกพัฒนาจนกลายเป็นข้อเสนอภายหลัง ตามลำดับเหตุการณ์โดยสรุปต่อไปนี้

1. ภายหลังจากการประชุมเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 1990 ประเทศอิรักได้ยึดครองคูเวต ซึ่งผลกระทบจากวิกฤตการณ์อ่าวเปอร์เซียในเวลานั้นได้แสดงให้เห็นว่า ประเทศตะวันตกต้องพึ่งพาน้ำมันจากกลุ่ม OPEC สูงมาก และเป็นการตอกย้ำว่า ประเทศตะวันตกควรที่จะเลิกการพึ่งพาน้ำมันจากประเทศในกลุ่ม OPEC ได้แล้ว

---

<sup>1</sup> Peter Cameron, "Creating A Legal Framework for Investment in The Commonwealth of Independent States Energy Sector: Lessons from The Energy Charter Experiment," Tulsa Journal of comparative and International Law 233 (Spring 1994): 10.

2. การล่มสลายของ FSU ทำให้ผู้นำประเทศยุโรปตะวันออกและรัฐอิสระที่แยกตัวออกจากสหภาพโซเวียตเริ่มตระหนักถึงการพัฒนาเทคโนโลยีด้านการไฟฟ้า ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการพัฒนาตลาดและเศรษฐกิจของประเทศภายหลังการล่มสลายของ FSU และนำไปสู่การเข้าเป็นส่วนหนึ่งของตลาดเศรษฐกิจโลก บทสรุปจากการล้มมนาที่เมือง Hague ในเรื่อง Energy Charter เป็นผลจากการถกเถียง ณ วันที่ 16-17 กันยายน 1991 โดยบทสรุปถูกลงนามโดย 41 ประเทศซึ่งประกอบด้วยกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป (EC) และรัฐอิสระที่เกิดขึ้นภายหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต (Commonwealth of Independent States ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "CIS") ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มสนับสนุนการพัฒนาตลาดพลังงานที่มีประสิทธิภาพทั่วทั้งยุโรปและตลาดโลก ทั้งนี้การพัฒนาตลาดยุโรป และตลาดโลกขึ้นอยู่กับหลักการการไม่กีดกันทางการค้า การให้กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคา โดยคำนึงถึงเรื่องความปลอดภัยสิ่งแวดล้อม และสนับสนุนการลงทุน และพัฒนาเทคโนโลยีในส่วนของพลังงาน โดยในการพิจารณาจะรวมถึงกฎเกณฑ์มาตรฐานข้อตกลงระหว่างประเทศตามข้อตกลงแอกต์ (General Agreement on Tariff and Trade ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "GATT") โดยสนธิสัญญาฉบับนี้จะช่วยส่งเสริมโครงการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการขยายการขนส่งพลังงาน รวมทั้งการทำเครือข่ายส่งผ่าน (Transit Network) ระหว่างประเทศและสนับสนุนการลงทุนจากภาคเอกชน หลีกเลี่ยงการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ผ่านการใช้เครื่องมือทางกฎหมายในเรื่องการควบคุมการครอบครองกรรมสิทธิ์และภาษี เป็นต้น

การพัฒนาการเชื่อมต่อโครงข่ายสากล (Interconnection) ในเชิงธุรกิจเป็นข้อผูกมัดระยะยาว (long term commitment) จะต้องกำหนดกรอบกฎหมายที่มีความโปร่งใสสำหรับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งต้องเป็นไปในทางเดียวกันกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาฉบับนี้ จะสะท้อนให้เห็นถึงหลักการอย่างกว้าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกติกาหรือกฎเกณฑ์ภายในประเทศของประเทศทั้งหลายสำหรับการดำเนินกิจการไฟฟ้า อันได้แก่ การพัฒนาทรัพยากรสำรอง การเพิ่มประสิทธิภาพสูงสุดแก่การผลิต การขนส่ง การจัดจำหน่าย และการใช้พลังงาน โดยคำนึงถึงผลกระทบที่น้อยที่สุดแก่สิ่งแวดล้อม โดยอยู่ภายใต้กรอบแห่งวัตถุประสงค์หลัก ดังปรากฏในอารัมภบทแห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ปี ค.ศ.1994 โดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. หลักเกณฑ์อำนาจอธิปไตย และสิทธิสูงสุดเหนือทรัพยากรธรรมชาติ
2. หลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติ
3. หลักเกณฑ์การกำหนดราคาตลาด
4. หลักเกณฑ์การลดปัญหาสิ่งแวดล้อม

สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty) ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "ECT") ได้รับการลงนามร่วมกันระหว่างประเทศทวีปยุโรปทั้งหมด โดยรวมถึงกลุ่มประเทศในยุโรปกลางและยุโรปตะวันออก และสหภาพโซเวียตก่อนการล่มสลาย รวมถึงประเทศญี่ปุ่นและออสเตรเลีย โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ในเรื่องให้ความร่วมมือในกิจการพลังงาน รวมถึงการพัฒนาและการลงทุนระหว่างประเทศภาคี ผ่านการสนับสนุนความร่วมมือกันทางด้านพลังงานระหว่างกลุ่มประเทศยุโรป ซึ่งในขณะนั้นถูกแบ่งแยกออกจากกันเป็น 2 ขั้ว ด้วยเหตุจากแนวคิดทางการเมืองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งมีการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตย (กลุ่มประเทศแถบยุโรปตะวันตก) และอีกฝ่ายปกครองแบบสังคมนิยม (กลุ่มประเทศแถบยุโรปตะวันออก) โดยความร่วมมือที่วางนี้จะมีจุดมุ่งเน้นที่การอำนวยความสะดวกในตลาดกับการลงทุนและการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีของประเทศยุโรปตะวันตก ประสานกันกับความได้เปรียบทางด้านทรัพยากรวัตถุดิบที่ใช้ในกิจการพลังงานจากประเทศยุโรปตะวันออก

นอกจากนี้ยังมุ่งเน้นในเรื่องการสร้างเสริมความมั่นคงและความปลอดภัยทั้งทางด้านพลังงานผ่านการให้ความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก และส่งเสริมการลงทุนในสหภาพโซเวียต เพื่อช่วยพยุงสถานการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศสหภาพโซเวียตในช่วงเศรษฐกิจซบเซา โดยจะส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างชาติ โดยสนธิสัญญานี้จะพยายามสร้างความชัดเจนและโปร่งใส ทั้งทางด้านกฎหมายและนโยบายของรัฐบาล เพื่อลดความเสี่ยงจากความไม่แน่นอนทางการเมืองในประเทศสหภาพโซเวียตในสมัยนั้น<sup>2</sup>

ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า จุดมุ่งหมายหลักเบื้องต้นในช่วงแรกของสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ซึ่งมีขึ้นก่อนการล่มสลายของสหภาพโซเวียตนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้

---

<sup>2</sup> Craig S. Bamberger, "An Overview of the Energy Charter Treaty," in The Energy Charter Treaty An East-West Gateway for Investment and Trade (Boston: Kluwer Law International), p. 4.

ประเทศสหภาพโซเวียตซึ่งในขณะนั้นยังมีทรัพยากรวัตถุดิบที่ใช้ในการพลังงานอยู่เป็นจำนวนมาก เปิดโอกาสทางการลงทุนและการดำเนินการในกิจการพลังงาน โดยพยายามกำหนดข้อตกลงในเรื่องของความโปร่งใส และความชัดเจนแน่นอน ทั้งทางด้านการเมือง การปกครอง กฎหมาย และเศรษฐกิจ เพื่อให้นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งส่วนใหญ่มาจากประเทศยุโรปตะวันตก สามารถเข้าใจและคาดการณ์ได้ (Predictability) ในขณะเดียวกันก็มีจุดมุ่งหมายในการให้ความช่วยเหลือทางด้านเศรษฐกิจแก่สหภาพโซเวียต โดยส่งเสริมให้มีการลงทุนในกิจการระหว่างประเทศ และมีนโยบายในเรื่องการเปิดตลาดพลังงานของยุโรปตะวันตก เพื่อรองรับสินค้าและบริการด้านการพลังงานที่จะทำการซื้อขายแลกเปลี่ยนระหว่างกัน

### 3.2 กรอบนโยบายใน ECT

ภายหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียต จุดมุ่งหมายของสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้มีความเปลี่ยนแปลงบางประการ โดยหันไปพูดถึงในเรื่องของการค้า การลงทุน และการเตรียมระบบทางการพลังงานเพื่อรองรับการค้าขายระหว่างกันมากยิ่งขึ้น โดยในการดังกล่าวได้เน้นหนักในเรื่องดังต่อไปนี้<sup>3</sup>

1. การกำหนดมาตรฐานทางด้านเศรษฐกิจในตลาดพลังงานระหว่างประเทศ
2. วางกฎเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายที่ชัดเจน เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการพลังงานรายย่อยที่มีความประสงค์จะประกอบกิจการพลังงานข้ามชาติ ให้สามารถเจรจาต่อรองทำความเข้าใจทางการค้า การลงทุนกับรัฐบาลได้อย่างเป็นธรรม
3. กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานของสัญญาและความสัมพันธ์ทางการค้า เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่จะเกิดขึ้น ซึ่งการทำการตกลงตามเจตนาร่วมกัน อาจไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมได้อย่างแท้จริง

อาจกล่าวได้ว่า ในช่วงภายหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียต การทำความเข้าใจร่วมกันทางด้านพลังงานในสนธิสัญญานี้ได้เปลี่ยนโฉมหน้าไป โดยหันมาให้ความสนใจกับกฎ

---

<sup>3</sup> Peter Cameron, "Creating a Legal Framework for Investment in The Commonwealth of Independent States Energy Sector: Lessons from The Energy Charter Experiment," *Tulsa Journal of comparative and International Law* 233 (Spring 1994): 11.

เกณฑ์ที่เกี่ยวกับตลาดเสรีระหว่างประเทศในกิจการพลังงานและการแข่งขันที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นแนวทางของความร่วมมือกันเพื่อการค้าและการลงทุนในกิจการพลังงานระหว่างประเทศ ได้มีการวางหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายในเรื่องการแข่งขันและการเจรจาต่อรอง เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการรายย่อย รวมทั้งกำหนดแนวคิดทางด้านเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกิจการพลังงานไว้อีกด้วย

### 3.3 ปฏิสัมพันธ์ระหว่าง ECT กับมาตรฐานและปทัสสถานระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการไฟฟ้า

สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้มีการลงนามเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 1994 โดยมีประเทศภาคีสมาชิก 41 ประเทศและกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าภาคีสมาชิกในสนธิสัญญานี้ส่วนใหญ่เป็นประเทศในกลุ่ม OECD (นั่นก็คือ ประเทศในกลุ่ม EC) กลุ่มประเทศยุโรปตะวันออกและยุโรปกลาง (ซึ่งอาจไม่ใช่ในประเทศในกลุ่ม OECD หรือ EC) และกลุ่มประเทศซึ่งเป็นรัฐอิสระที่เกิดขึ้นหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต (Interstate Economic Committee ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "CIS") โดยสนธิสัญญานี้ ถูกหยิบยกขึ้นเพื่อความมุ่งหวังในการประสานประโยชน์ระหว่างประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออกและยุโรปตะวันตก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กลุ่มเจ้าของทรัพยากรและกลุ่มนักลงทุน เพื่อก้าวไปสู่การปฏิรูปกิจการพลังงานโดยคำนึงถึงแนวทางของระบบกำกับดูแลในเชิงเศรษฐกิจตามมาตรฐานการค้าของแกตต์ (GATT) และมาตรฐานการลงทุนตามแนวทางของ OECD ดังปรากฏในบทบัญญัติที่สำคัญทั้งหลายของ ECT อันได้แก่ เรื่อง การส่งผ่าน (Transit) การแข่งขัน สิ่งแวดล้อม กลไกการระงับข้อพิพาทที่มาจากกฎเกณฑ์ในทางสารบัญญัติ ฯลฯ<sup>4</sup>

ในภาคการค้าในอุตสาหกรรมพลังงาน ECT ได้นำเอามาตรฐานทางการค้าระหว่างประเทศตามหลักที่ปรากฏในข้อตกลงแกตต์ (GATT) มาเป็นต้นแบบหลักสำคัญในการพัฒนาบทบัญญัติแห่งกฎเกณฑ์ทั้งหลายของ ECT ในขณะที่ประเทศสมาชิกของ ECT ทั้งหมด แบ่งออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ

<sup>4</sup> Ingrid Frasl, "The Trade Rules of GATT and Related Instrument and the Energy Charter Treaty," in *The Energy Charter Treaty An East-West Gateway for Investment and Trade* (Boston: Kluwer Law International), p. 459.

1. กลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิก ECT และ GATT ในเวลาเดียวกัน
2. กลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิก ECT แต่ไม่เป็นสมาชิกของ GATT

ทั้งนี้ แม้บางกลุ่มประเทศของ ECT จะมีได้เป็นสมาชิกของ GATT ก็ตาม แต่การนำกติกาหรือกฎเกณฑ์ของแกตต์ (GATT) มาเป็นต้นแบบสำหรับสนธิสัญญา ECT นี้ ก่อให้เกิดประโยชน์เป็นอย่างยิ่ง เปรียบเสมือนการนำกลุ่มประเทศดังกล่าวที่มีได้เป็นสมาชิก GATT เข้ามาอยู่ภายใต้ระบบการค้าพหุภาคี ซึ่งน่าจะเป็นการส่งเสริมและเอื้ออำนวยต่อการปฏิรูปโครงสร้างเศรษฐกิจด้านกิจการไฟฟ้าโดยรวมของกลุ่มประเทศสมาชิก ECT ทั้งหมด อันจะนำไปสู่การก้าวไปเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกต่อไป

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงแกตต์ (GATT) ซึ่งประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ในเรื่องการค้าระหว่างประเทศได้ถูกนำมาปรับใช้กับกิจการสาขาพลังงานอย่างเป็นทางการในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) ดังนั้น นัยสำคัญของการพัฒนาของ GATT 1947 จวบจนกระทั่งได้กลายมาเป็นองค์การการค้าโลก (World Trade Organization ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "WTO") และกรรมสารทางกฎหมายทั้งหลาย ส่งผลโดยตรงต่อการพัฒนาทบทบัญญัติแห่งกฎเกณฑ์ของ ECT

เป็นที่เข้าใจว่า แม้บทบัญญัติทั้งหลายใน GATT จะไม่นำไปปรับใช้กับประเทศทั้งหลายที่เป็นภาคีสมาชิกของ ECT เนื่องจากหลายประเทศมิได้เป็นภาคีสมาชิกของ GATT แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ ECT ก็ได้เดินตามบทบัญญัติของ GATT ซึ่งถือเป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการค้าพหุภาคีที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนานาอารยประเทศ โดย ECT จะเปรียบเสมือนรูปแบบแนวทางให้แก่กฎเกณฑ์และพันธกรณีต่าง ๆ ของ GATT ในการนำมาปรับใช้กับกิจการสาขาพลังงาน ซึ่งจะเป็นการสร้างความคุ้นเคยแก่ประเทศภาคี ECT ที่มีได้เป็นสมาชิกของ GATT ซึ่งจะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ประเทศดังกล่าวในการก้าวไปสู่การเป็นสมาชิกของข้อตกลง GATT และองค์การการค้าโลกในอนาคต และเนื่องจากมีประเทศสมาชิก ECT บางประเทศเป็นภาคีสมาชิกของแกตต์ในเวลาเดียวกัน ดังนั้น การหลีกเลี่ยงบทบัญญัติที่มีความขัดแย้งกันระหว่าง ECT และ GATT จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อประเทศดังกล่าว จึงได้มีการบัญญัติไว้

อย่างชัดเจนในมาตรา 4<sup>5</sup> ของ ECT ในเรื่องการไม่ทำให้เสียไปซึ่งพันธกรณีที่มืออยู่ก่อนตามข้อตกลง GATT ว่า ในกรณีที่ประเทศภาคีสมาชิกของ ECT เป็นภาคีของข้อตกลง GATT ด้วยแล้ว ข้อตกลงของ ECT ดังกล่าวนี้อาจจะไม่กระทบกระเทือน (Non-Derogate) ต่อพันธกรณีที่ประเทศภาคีได้มีความผูกพันอยู่ก่อนแล้วตามข้อตกลง GATT

ด้วยบทบัญญัติมาตรา 1(11) ของ ECT ในการให้คำนิยามกรอบการทำงานไว้อย่างกว้างๆ มีบทบัญญัติที่กล่าวถึง “GATT” ไม่ว่าจะในฐานะของ “GATT1994” กี้ดี หรือ “GATT1947” กี้ดี ประเทศสมาชิกในกลุ่ม ECT ทั้งหลายซึ่งอยู่ในช่วงของการเปลี่ยนผ่าน (Transition Period) ในการก้าวไปสู่การเป็นภาคีเต็มของข้อตกลง GATT และองค์การการค้าโลก บทบัญญัติแห่งกฎเกณฑ์ทั้งหลายของ ECT จะได้เป็นแบบอย่างหรือต้นแบบสำหรับการพัฒนาก้าวต่อไปของ GATS ในอนาคตที่อาจมีการผลักดันให้เพิ่มการเปิดเสรีการให้บริการกิจการไฟฟ้า เป็นกิจการให้บริการสาขาหนึ่ง นอกเหนือจากการให้บริการในกิจการทั้งหลายที่ปรากฏใน GATS อาทิเช่น กิจการให้บริการโทรคมนาคม กิจการให้บริการการขนส่งและกิจการธนาคาร เป็นต้น

ดังนั้น การศึกษากรอบแห่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยการพลังงานไฟฟ้าในประเด็นต่างๆ จะศึกษาโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเฉพาะเรื่อง อันได้แก่ ข้อตกลงว่าด้วยการลดอุปสรรคทางภาษีศุลกากรและการค้า (GATT), ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และ ข้อตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade related Investment Measures ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า “TRIMS”) ทั้งนี้ จะยึดกฎเกณฑ์แห่ง ECT เป็นหลักในการศึกษาครั้งนี้

3.3.1 ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า “GATT”)

เนื่องจากจุดประสงค์เริ่มแรกของ (Energy Charter Treaty: ECT) ที่เกิดขึ้นในช่วง

---

<sup>5</sup> “Article 4...

Nothing in this Treaty shall derogate, as between particular Contracting Parties which are parties to the GATT, from the provisions of the GATT and Related Instruments as they are applied between those Contracting Parties.”

ปี 1990 มาจากการตระหนักถึงความไม่แน่นอนทางด้านพลังงานของกลุ่มผู้นำประเทศ ในทวีปยุโรป จึงได้พยายามจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศด้านพลังงาน โดยมีจุดมุ่งหมาย เพื่อประสานประโยชน์จากการพัฒนาการทางด้านวิทยาการ และเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าไปไกลกว่าประเทศอื่น ๆ ของกลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกกับความอุดมสมบูรณ์ทางด้านทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานของสหภาพโซเวียตก่อนการล่มสลาย (Former Soviet Union: FSU) ซึ่งผลตอบแทนที่ได้ คือ กลุ่มประเทศในทวีปยุโรปจะมีแหล่งสำรองทรัพยากรที่เพียงพอ และจะสามารถลดการพึ่งพาแหล่งน้ำมันจากประกาศกลุ่มโอเปคได้ในอีกทางหนึ่ง จนกระทั่งภายหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียต รัฐอิสระต่าง ๆ ที่แยกตัวจากสหภาพโซเวียตต่างได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการพัฒนาเทคโนโลยีพลังงาน เพื่อก้าวไปสู่การพัฒนาทางอุตสาหกรรม และเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จึงได้มีการจัดการประชุมระหว่างประเทศสมาชิกสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) ขึ้น ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มให้การสนับสนุนการพัฒนาตลาดพลังงานระหว่างประเทศร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพทั่วทั้งทวีปยุโรป รวมไปถึงตลาดพลังงานโลก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักในเรื่องการไม่กีดกันทางการค้า การปล่อยให้กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคา โดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม และการสนับสนุนการลงทุนและพัฒนาเทคโนโลยีในกิจการพลังงาน ในการพิจารณากฎเกณฑ์ความตกลงที่ปรากฏใน ECT รัฐบาลีสมาชิกได้คำนึงถึง หลักเกณฑ์มาตรฐานตามความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ซึ่งความตกลงที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางที่สุดในกลุ่มประชาคมโลก จนเปรียบเสมือนเป็นแบบอย่างมาตรฐาน โดยเฉพาะในเรื่องการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้น จึงหนีไม่พ้นหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร (General Agreement on Tariff and Trade: GATT) ซึ่งเป็นความตกลงที่ได้มีการร่วมลงนามโดยประเทศต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง

แอกตตี<sup>6</sup> หรือชื่อเต็มว่า ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) เกิดขึ้นเมื่อปี 1947 หลังสงครามโลกครั้งที่สอง เนื่องจากช่วงเวลาดังกล่าวประเทศต่าง ๆ ประสบปัญหาจากสงครามต้องการฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคมของโลก โดยขณะนั้นได้มีการจัดตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) และธนาคารโลก (IBRD/WB) เพื่อดูแลด้านการเงิน ส่วนด้านการค้านั้น ได้มีความพยายามที่จะตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization: ITO) เพื่อจัดระเบียบการค้าของโลก จึงได้

<sup>6</sup> แอกตตีกับการเจรจาออบูรุกวัย. (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2537), หน้า 16-17.



มีการร่างความตกลงเพื่อจัดตั้งองค์การดังกล่าวขึ้น รวมอยู่ในกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่รวมทั้งเรื่องกฎระเบียบทางการค้าเสรีระหว่างประเทศและองค์การการค้าระหว่างประเทศไว้ด้วยกัน รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงได้เสนอให้รัฐสภารับรองกฎบัตรฮาวานา แต่เนื่องจากการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ เพื่อดำเนินการในรูปพหุภาคี เป็นการขัดกับกฎหมายการทำความตกลงว่าด้วยการต่างตอบแทนทางการค้า 1934 ของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Reciprocal Trade Agreement Act of 1934) ที่กำหนดให้ดำเนินการทำข้อตกลงการลดภาษีศุลกากรในลักษณะต่างตอบแทน รัฐสภาสหรัฐฯ เกรงว่าจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ในการเจรจา จึงไม่รับรองกฎบัตรฮาวานานี้ ทำให้รัฐบาลสหรัฐฯ ไม่สามารถให้สัตยาบันกฎบัตรฮาวานาได้ ดังนั้น ความพยายามของประชาคมโลกที่จะจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization: ITO) จึงประสบความล้มเหลว

อย่างไรก็ตาม ประเทศต่าง ๆ 23 ประเทศ ที่ได้ร่วมกันเจรจาอยู่ในขณะนั้น จึงได้นำเอาความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือแกตต์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎบัตรฮาวานา มาเป็นกฎเกณฑ์กำกับการค้าระหว่างประเทศ โดยไม่มีกฎหมายและองค์การระหว่างประเทศรับรอง มีแต่เพียงสำนักงานเลขาธิการแกตต์ (GATT Secretariat) ทำหน้าที่ควบคุมบริหารงานทั่วไป

แกตต์ (GATT)<sup>7</sup> ได้ทำหน้าที่เป็นเวทีและองค์กรด้านการค้าระหว่างประเทศ สำหรับแลกเปลี่ยนข้อคิดเห็น วางกฎเกณฑ์ ไกล่เกลี่ย และยุติข้อพิพาททางการค้ามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 โดยมีหลักเกณฑ์พื้นฐานคือ การดำเนินการค้าโดยไม่เลือกปฏิบัติ โดยประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อประเทศสมาชิกชาติอื่นอย่างเท่าเทียมกันเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation: MFN) สมาชิกจะคุ้มครองเศรษฐกิจของตนโดยใช้ภาษีศุลกากรเท่านั้น และภาษีนั้นจะต้องอยู่ในระดับที่ได้ตกลงกันได้ อาจมีการปรึกษาหารือ ไกล่เกลี่ย และยุติข้อขัดแย้งระหว่างกัน และห้ามการจำกัดปริมาณการนำเข้า

<sup>7</sup> “การเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย: ทำที่และผลประโยชน์ของไทย” วิเทศสาร กรมสารนิเทศ กระทรวงการต่างประเทศ 3 (กันยายน 2533): 1-24.

3.3.2 ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services ซึ่งในที่นี้ขอ เรียกโดยย่อว่า "GATS")<sup>8</sup>

สืบเนื่องจากสถานการณ์การค้าของโลก ตั้งแต่ปี 1980 เป็นต้นมาประสบอุปสรรคนานาประการ ประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ประสบกับปัญหาการแข่งขันและการค้าสินค้าในตลาดโลกค่อนข้างสูง ในขณะที่ตนมีความเจริญก้าวหน้าในด้านการค้าบริการเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากเป็นสาขาที่ตนมีความได้เปรียบสูงแล้ว ยังเป็นแหล่งที่มาของรายได้เข้าประเทศที่สำคัญ ประเทศอเมริกาจึงได้เสนอให้มีการพิจารณาประเด็นใหม่ ๆ (New Issues) ได้แก่ การค้าบริการสาขาต่าง ๆ เช่น การประกันภัย การโทรคมนาคม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการประชุมเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย ข้อเสนอของสหรัฐถูกคัดค้านอย่างมากจากประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ โดยเฉพาะจากประเทศอินเดียและบราซิล ซึ่งเป็นผู้นำการต่อต้านนี้ โดยอ้างเหตุผลว่า แกตต์ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลเรื่องการค้าบริการ ขอบเขตของการค้าบริการยังไม่ชัดเจน ไม่ระบุว่าครอบคลุมหรือรวมการค้าประเภทใดบ้าง จึงไม่เห็นด้วยในการที่จะมีการพิจารณาประเด็นนี้ในการเจรจารอบใหม่ ต่อมากลุ่มประเทศอาเซียนและกลุ่มประชาคมยุโรปในระยะหลังเห็นด้วยว่าการค้าของโลกมีปัญหาและอุปสรรคมาก จำเป็นต้องหาวิธีการผ่อนคลายนหรือลดความตึงเครียดและแรงกดดันทางการค้า โดยเฉพาะจากกลุ่มประชาคมยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาเอง อาเซียนจึงได้แสดงท่าทีเห็นด้วยต่อการเสนอให้มีการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยขึ้น และได้เสนอให้แกตต์จัดการประชุมระดับเจ้าหน้าที่อาวุโสขึ้น เพื่อหารือกันถึงประเด็นที่จะต้องทำการเจรจา ในที่สุดที่ประชุมใหญ่ประเทศภาคีแกตต์ (Contracting Parties) สมัยที่ 40 ซึ่งประชุมกันในเดือนพฤศจิกายน 2528 ได้ลงมติให้มีการจัดการประชุมเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยขึ้น ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ได้มีการนำเอาการค้าบริการเข้าเป็นหัวข้อหนึ่งในการเจรจารอบนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม ในทางนิตินัย แกตต์มิได้เป็นผู้นำการเปิดการเจรจาการค้าบริการ (Service) ดังเช่นการเจรจาการค้าสินค้า (Trade) เนื่องจากความตกลงแกตต์ไม่ได้ครอบคลุมถึงการค้าบริการ แต่ในทางปฏิบัติการเจรจาได้กระทำภายใต้หลักเกณฑ์และร่วมเงาของข้อตกลงแกตต์

<sup>8</sup> แกตต์กับการเจรจารอบอุรุกวัย. (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2537), หน้า 16-17.

การเจรจาการค้าบริการเป็นประเด็นใหม่ที่ถูกนำเข้าบรรจุในการเจรจาอบอุรุกวัย  
 นี้มีปรากฏอยู่ในภาคสองของปฏิญญารัฐมนตรีว่าด้วยการค้าอบอุรุกวัย ซึ่งสาระสำคัญของ  
 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยการเจรจาการค้าบริการนั้นมุ่งที่จะให้มีการจัดทำร่างกฎระเบียบข้อบังคับและวินัย  
 เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ เพื่อขยายการค้าภายใต้เงื่อนไขของความโปร่งใส  
 (Transparency) และเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization) เพื่อเป็นเครื่องมือในการ  
 ส่งเสริมความเจริญแก่การให้บริการทางเศรษฐกิจของประเทศคู่ค้า และเพื่อการพัฒนาของ  
 ประเทศกำลังพัฒนา แต่ทั้งนี้จะต้องเคารพต่อกฎหมายและข้อบังคับภายในประเทศ ในส่วนที่  
 เกี่ยวข้องกับการค้าบริการนั้น ๆ และต้องคำนึงถึงการดำเนินการขององค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ  
 ที่เกี่ยวข้องด้วย<sup>9</sup>

ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินการบรรลุผล จึงมีการจัดตั้งองค์การสำหรับการเจรจาขึ้น  
 เรียกว่า คณะกรรมการเจรจาการค้า (Trade Negotiation Committee: TNC) ซึ่งประกอบด้วย  
 คณะทำงาน 2 คณะ คือ กลุ่มเจรจาว่าด้วยการค้าสินค้า (Group of Negotiation on Goods:  
 GNG) และกลุ่มเจรจาว่าด้วยการค้าบริการ (Group of Negotiation on Services: GNS) ในส่วน  
 ของกลุ่มเจรจาการค้าบริการได้ใช้เวลาเจรจา เพื่อจัดทำกรอบความตกลงเกี่ยวกับการค้าบริการ  
 ตั้งแต่ปลายปี 2529 จนสามารถสรุปข้อตกลงได้ในที่สุดเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ.2536 โดยใช้  
 เวลานานถึง 7 ปี จึงสรุปได้ข้อตกลงที่เรียกว่า “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General  
 Agreement on Trade in Services: GATS)”<sup>10</sup> ซึ่งถูกใช้เป็นแผนแม่บทและกฎเกณฑ์พื้นฐานของ  
 การค้าบริการ

ในการเจรจาการค้าบริการเป็นการตกลงกันระหว่างรัฐมนตรีผู้แทนของประเทศที่  
 เกี่ยวข้องที่เข้าร่วมประชุม อย่างไรก็ตาม ปฏิญญารัฐมนตรีกำหนดว่า รัฐมนตรีรัฐสมาชิก GATT  
 จะต้องหารือกันเกี่ยวกับการปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงรวมทั้งการเปิดตลาด  
 การค้าบริการตามที่คู่เจรจาแสดงเจตนาในเรื่องข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ต่าง ๆ  
 ซึ่งจะออกมาในรูปแบบของตารางข้อผูกพัน (Schedules of Specific Commitment หรือ Schedules

<sup>9</sup> ชุมพร บัจจุสานนท์, “การค้าบริการภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ.” วารสาร  
 กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 1(ธันวาคม 2537): 80.

<sup>10</sup> สุธรรม อยู่ในธรรม, “การเจรจาเรื่องโทรคมนาคมภายใต้การเจรจาอบอุรุกวัย,” วารสาร  
 กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 1(มีนาคม 2535): 55.

of Binding) การที่คู่เจรจาแสดงเจตนากรณีในเรื่องข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ในรูปของ Schedules of Binding ต่าง ๆ ในส่วนของการค้าบริการเป็นเรื่องการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐที่กระทำการในฐานะคู่เจรจาว่าตนจะแสดงพันธกรณีคล้ายคลึงกับการแสดงคำมั่น<sup>11</sup> ซึ่งมีผลที่จะผูกมัดเจรจา หากความตกลงนี้มีผลใช้บังคับ ความตกลงจะมีผลใช้บังคับต่อเมื่อได้มีการลงนามและให้สัตยาบันแล้ว ซึ่งในกรณีหลังแล้วแต่แนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าความตกลงใดจะต้องมีการให้สัตยาบัน

จากการศึกษาพบว่าความตกลงเกี่ยวกับการค้าบริการตามกรมสารสุดท้ายประกอบขึ้นด้วย 3 ส่วนใหญ่ ๆ คือ

1. กรอบความตกลงที่เรียกว่า “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ” กำหนดพันธกรณีหลักที่ประเทศสมาชิกทุกประเทศจะต้องถือปฏิบัติ
2. ตารางข้อเสนอข้อผูกพันของประเทศต่าง ๆ ที่เสนอเปิดตลาดบริการสาขาต่าง ๆ ของตนภายใต้หลักการเปิดเสรีตามลำดับ
3. ภาคผนวก ระบุสถานการณ์ของการบริการบางสาขาที่ต้องมีข้อกำหนดเป็นพิเศษเพิ่มเติมจากกรอบความตกลง

กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ แบ่งออกได้เป็น 6 หมวดด้วยกัน

หมวด 1 ว่าด้วยขอบเขตและคำนิยามของการค้าบริการ (Scope and Definition) ซึ่งมีทั้งการค้าโดยให้บริการในพรมแดน หรือให้บริการจากพรมแดนหนึ่งข้ามต่อไปยังอีกพรมแดนหนึ่ง หรือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลของประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในพรมแดนของอีกประเทศหนึ่ง ดังนี้

ก) การค้าบริการที่มีลักษณะเป็นการให้บริการจากดินแดนของประเทศภาคีหนึ่งไปยังดินแดนของประเทศหนึ่ง (Cross-Border Supply) หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการให้บริการข้าม

---

<sup>11</sup> ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , ผลกระทบต่อการค้าบริการจากการเปิดเสรีภายหลังจากการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย สาขาบริการวิชาชีพ , หน้า 3-4.

พรมแดนโดยผู้ให้บริการและผู้รับบริการอยู่คนละประเทศกัน ยกตัวอย่างเช่น บริษัทที่ปรึกษาทางด้านการจัดการพลังงานในประเทศ ก. ให้บริการให้คำปรึกษาในเรื่องการจัดการและการผลิตกระแสไฟฟ้าให้แก่บริษัทผู้ผลิตไฟฟ้าที่ดำเนินการในประเทศ ข.

ข) การให้บริการภายในพรมแดนของประเทศสมาชิกหนึ่งแก่ผู้รับบริการที่มาจากประเทศสมาชิกอื่น (Consumption Abroad) ในกรณีนี้เป็นการให้บริการที่มีได้มีการเคลื่อนย้ายบริการข้ามประเทศ แต่เป็นการให้บริการที่มีอยู่ในดินแดนของประเทศหนึ่งไปยังผู้บริโภคต่างด้าวที่มีสัญชาติประเทศของตน เช่น การประกอบกาให้บริการนำเที่ยวในประเทศ ก. แก่ผู้รับบริการจากประเทศ ข. หรือประเทศอื่น ๆ

ค) การให้บริการผ่านนิติบุคคลของรัฐภาคีหนึ่ง ในดินแดนของรัฐภาคีอื่นใด (Commercial Presence) กล่าวคือ เป็นการให้บริการโดยผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกหนึ่งในรูปของการตั้งหน่วยธุรกิจภายในพรมแดนของประเทศสมาชิกอื่น

ง) การให้บริการโดยบุคคลธรรมดาของรัฐสมาชิกหนึ่งในดินแดนของรัฐสมาชิกอื่น ซึ่งกรณีนี้มีลักษณะคล้ายผู้ให้บริการในข้อ ค) แต่กรณีนี้เป็นบุคคลธรรมดาไม่ใช่หน่วยธุรกิจหรือนิติบุคคลตามกฎหมาย

โดยสรุปแล้ว อาจกล่าวได้ว่า การค้าบริการที่อยู่ในความหมายของร่างข้อตกลงนี้คือการค้าบริการที่มีองค์ประกอบต่างชาติ (International Element) กล่าวคือ มีปัจจัยของบุคคลดินแดนที่ทำการค้าซึ่งสังกัดอยู่ในรัฐภาคีที่แตกต่างกัน เช่น บุคคลซึ่งเป็นคนชาติของรัฐหนึ่งให้บริการในดินแดนของตน แต่ให้กับคนต่างชาติของรัฐคู่ภาคีอื่น เช่นนี้ถือว่ามีองค์ประกอบต่างชาติและอยู่ในความหมายของคำจำกัดความนี้

หมวดที่ 2 ว่าด้วยพันธกรณีและข้อวินัยทั่วไปที่ประเทศสมาชิกต้องถือปฏิบัติ (General Obligations and Disciplines) เช่น

- ประเทศสมาชิกต้องยึดมั่นในหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) หรือการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจขออนุญาตผ่อนผันจากพันธกรณีดังกล่าวได้ไม่เกิน 10 ปี

- ต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกฎระเบียบข้อบังคับและมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการของตน โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วจะต้องอำนวยความสะดวกทางด้านข้อมูลเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดและเข้าสู่เทคโนโลยีเกี่ยวกับบริการของตนให้ประเทศกำลังพัฒนาทราบ
- ประเทศสมาชิกอาจร่วมจัดทำข้อตกลงรวมกลุ่มเศรษฐกิจเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างกันและกันได้ แต่ต้องไม่เป็นข้อตกลงที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการเปิดเสรีเฉพาะการให้บริการบางรูปแบบ
- ประเทศสมาชิกจะต้องให้ความมั่นใจว่าการให้บริการในลักษณะผูกขาดในประเทศตนจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ
- การปฏิบัติที่เป็นข้อจำกัดทางธุรกิจจะต้องหารือกับประเทศสมาชิกเมื่อได้รับการร้องขอเพื่อให้ยกเลิก
- การจำกัดการโอนหรือการชำระเงินค่าบริการระหว่างประเทศจะกระทำมิได้ ยกเว้นเพื่อแก้ปัญหาการขาดดุลการชำระเงิน แต่อย่างไรก็ดีการกระทำดังกล่าวต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือทำให้ประเทศสมาชิกอื่นเสียหาย และมาตรการดังกล่าวให้ใช้บังคับได้เป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขปัญหาข้างต้นเท่านั้น

นอกจากนี้ ภายหลังจากความตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้ ประเทศสมาชิกจะต้องร่วมเจรจาเกี่ยวกับเรื่องการใช้มาตรการคุ้มกันในกรณีฉุกเฉินจำเป็น และประเด็นเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างบริการโดยรัฐบาลด้วย

หมวด 3 ว่าด้วยการเปิดตลาดบริการและหลักปฏิบัติอย่างคนชาติ ซึ่งมีได้ถือเป็นพันธกรณีทั่วไปแต่เป็นสิ่งที่ประเทศภาคีจะต้องถือปฏิบัติโดยเสนอเป็นตารางข้อมูลพันธซึ่งอาจจะเป็นการเปิดเสรีตามลำดับได้

หมวด 4 ว่าด้วยหลักการเปิดเสรีตามลำดับ โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกเจรจาจัดทำข้อเสนอผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการต่าง ๆ ให้แก่กันและกัน ซึ่งภายหลัง 3 ปี ประเทศสมาชิกอาจขอทบทวนหรือยกเลิกข้อผูกพันของตนได้โดยจะต้องมีการเจรจาขออนุญาตที่ขอยกเลิกผูกพัน

หมวด 5 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสถาบัน ซึ่งว่าด้วยเรื่องการศึกษาหรือ การ ระวังข้อพิพาท การดำเนินมาตรการร่วม คณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการ ความร่วมมือทางวิชา การและความสัมพันธ์กับองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ

หมวด 6 เป็นบทบัญญัติส่วนท้ายความตกลงว่าด้วยคำนิยามอื่น ๆ ที่ใช้ใน ความตกลงและบทบัญญัติอื่น ๆ

#### ภาคผนวก ประกอบด้วย

1. ภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นเกี่ยวกับพันธกรณีทั่วไปตามมาตรา 2 ของความ ตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ
2. ภาคผนวกว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลซึ่งให้บริการภายใต้ความตกลง ซึ่ง เป็นเรื่องของการเคลื่อนย้ายแรงงาน
3. ภาคผนวกว่าด้วยบริการด้านการเงิน ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะว่าด้วยเรื่องการ ธนาคารและการประกันภัย กำหนดสิทธิของประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็น เพื่อปกป้องผู้ลงทุน ผู้ฝากเงิน ผู้ถือกรรมธรรม์และเพื่อรักษาเอกภาพและเสถียรภาพของระบบการ เงินของประเทศสมาชิก
4. ภาคผนวกว่าด้วยโทรคมนาคมเกี่ยวกับมาตรการที่มีผลกระทบต่อการเข้าถึง การใช้บริการโทรคมนาคมและโครงข่ายสาธารณะของประเทศสมาชิก โดยที่ประเทศสมาชิกจะ ต้องเปิดให้ประเทศสมาชิกด้วยกันสามารถเข้าถึง และใช้บริการโทรคมนาคมและโครงข่าย สาธารณะของตนโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ ภายใต้เงื่อนไขที่สมเหตุสมผล และภาคผนวกเกี่ยวกับ โทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน
5. ภาคผนวกว่าด้วยบริการขนส่งทางอากาศ ซึ่งเป็นการยืนยันว่าข้อผูกพันใน การเปิดเสรีสาขาดังกล่าวของประเทศสมาชิกจะไม่มีผลกระทบต่อพันธกรณีของสมาชิกที่มีต่อ ประเทศอื่น ซึ่งตนมีข้อตกลงอยู่ด้วยก่อนความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการใช้บังคับ ซึ่งส่วน ใหญ่เป็นความตกลงสองฝ่ายเกี่ยวกับการให้สิทธิแก่เครื่องบินของประเทศที่ตนมีความตกลงด้วย ลงจอดที่ท่าอากาศยานในประเทศของตนได้

นอกจากนี้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการยังประกอบไปด้วยบันทึกความ เข้าใจเกี่ยวกับข้อผูกพันในบริการด้านการเงินและข้อมติของรัฐมนตรีในบางเรื่องรวมอยู่ด้วย ได้แก่ ข้อมติในเรื่องวิชาชีพ ข้อมติเรื่องการเคลื่อนย้ายแรงงาน ข้อมติเรื่องบริการด้านการเงิน ข้อมติ เรื่องวิชาชีพ ข้อมติเรื่องการจัดสถาบันรองรับการดำเนินงาน และข้อมติเรื่องขั้นตอนการยุติข้อ

พิพาททางการค้าสำหรับเรื่องการค้าบริการ ข้อมติเกี่ยวกับการจัดตั้งคณะทำงานขึ้นศึกษาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งแวดล้อมกับการค้าบริการ

### 3.3.2.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ข้อ 6

โดยทั่วไปแล้วการค้าระหว่างประเทศจะอยู่ในลักษณะที่ว่าแต่ละประเทศจะผลิตสินค้าที่ตนเองมีความถนัดซึ่งเป็นสินค้าออก ขณะเดียวกันก็จะซื้อสินค้าที่ตนเองผลิตไม่ได้ หรือผลิตได้แต่มีต้นทุนที่สูงกว่า เมื่อเป็นเช่นนี้จึงนำมาซึ่งการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ในส่วนของพลังงานนั้น สืบเนื่องจากเหตุผลในเรื่องการใช้ทรัพยากรอย่างประหยัดให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจให้สูงที่สุด โดยคำนึงถึงผลประโยชน์จากความชำนาญและการมีแหล่งทรัพยากรที่แตกต่างกัน ประเทศต่าง ๆ ผลิตสินค้าได้ด้วยต้นทุนที่แตกต่างกัน การติดต่อค้าขายพลังงานระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้นได้ ประเทศที่ใช้ทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพก็มักจะได้เปรียบในการผลิตสินค้าซึ่งต้องให้ทรัพยากรนั้น ๆ อย่างไรก็ดีความได้เปรียบเช่นนี้จะต้องคำนึงถึงตลาดด้วย

อย่างไรก็ดี เพื่อให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมายทางด้านเศรษฐกิจดังกล่าวข้างต้น ประเทศต่าง ๆ จำเป็นต้องทำการค้าระหว่างกันโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแข่งขันที่เท่าเทียมกันตามแนวทางของนโยบายการค้าเสรี ซึ่งสนับสนุนให้ประเทศต่าง ๆ ซื้อขายสินค้ากันอย่างเสรีโดยที่รัฐบาลจะเข้าแทรกแซงให้น้อยที่สุด และเปิดให้มีการแข่งขันกันในระดับระหว่างประเทศได้อย่างเสรี เนื่องจากหากมีการแทรกแซงการค้าเสรีจะโดยวิธีการใดก็ตาม ย่อมทำให้การจัดสรรทรัพยากรของโลกไม่เป็ไปตามหลักในเรื่องการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ

ในกิจการค้าบริการสาขาพลังงาน เป็นสาขาบริการที่ยังคงต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยรัฐตามกฎหมายภายในโดยเฉพาะกิจการไฟฟ้า ถึงแม้ว่าในปัจจุบันรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ จะเริ่มเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วมในกิจการไฟฟ้า โดยเห็นได้จากการปรับโครงสร้างกิจการไฟฟ้าที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยกำลังอยู่ในระหว่างการปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมไฟฟ้า และการกำกับดูแลเช่นเดียวกัน แนวคิดในการปรับโครงสร้างกิจการไฟฟ้าสืบเนื่องมาจากพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยี ประกอบกับสภาวะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ประเทศต่าง ๆ เริ่มเล็งเห็นถึงความเป็นไปได้และประโยชน์จากการเปิดให้มีการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า แต่เนื่องจากกิจการไฟฟ้าเป็นกิจการสาธารณูปโภค และมีลักษณะของความเป็นกิจ



การผูกขาดธรรมชาติในบางส่วน เช่น กิจการสายส่ง และสายจำหน่าย รัฐบาลจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงผ่านการกำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแล เพื่อให้กิจการบริการไฟฟ้าโดยภาคเอกชนมีการดำเนินการ และคุณภาพบริการที่ได้มาตรฐาน และทั่วถึง โดยในส่วนที่มีการแข่งขันได้ เช่น กิจการผลิตไฟฟ้า รัฐบาลจะปล่อยให้กลไกตลาดทำหน้าที่ โดยจะแทรกแซงเฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรม เพื่อจุดประสงค์ทางด้านสังคมและความมั่นคง และมาตรฐานทางด้านเทคนิคในบางเรื่องเท่านั้น ในส่วนของกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ รัฐบาลจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลที่เข้มงวด เพื่อป้องกันการประกอบกิจการผูกขาดอย่างไม่เป็นธรรม อาจกล่าวได้ว่า ในการค้าบริการสาขาพลังงานการกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมกำกับดูแลเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ซึ่งหากประเทศไทยจะเข้าร่วมเจรจาในเรื่องการค้าบริการพลังงาน และเจรจาในเรื่องข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งมีเนื้อหาสาระในเรื่องของการเปิดตลาด (Market Access) ด้วยนั้น การกำหนดกฎเกณฑ์ภายในที่เกี่ยวข้อง ให้สอดคล้องกับแนวทางตามความตกลงว่าด้วยการบริการจึงเป็นสิ่งที่ควรพิจารณาถึงเป็นลำดับแรก

ดังนั้นความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) จึงได้รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกในการกำหนดกฎเกณฑ์กำกับดูแลกิจการบริการภายในประเทศ ดังจะเห็นได้จากอารัมภบทของ GATS ในย่อหน้าที่ 4 ที่ว่า

“โดยตระหนักถึงสิทธิของประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลและออกกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลการให้บริการภายในประเทศสมาชิก ตามแนวนโยบายของแต่ละประเทศ ซึ่งมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป ตามระดับการพัฒนาของกฎเกณฑ์กำกับดูแลในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนา”

จากอารัมภบทของ GATS ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการยอมรับสิทธิของรัฐสมาชิกซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการที่จะออกกฎหมายภายในอย่างใดก็ได้ โดยคำนึงถึงแนวนโยบายและระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ดี ในการกำหนดกฎหมายภายในจะต้องสอดคล้องต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศนั้น ๆ ผูกพันอยู่ ฉะนั้นเมื่อประเทศใดผูกพันตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ และได้ทำข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ไว้แล้วก็ต้องดำเนินการกำหนดกฎหมายภายในอย่างสมเหตุสมผลเป็นกลาง และไม่ลำเอียง และจะกระทำการใดอันเป็นการขัดต่อเป้าหมาย หรือวัตถุประสงค์แห่งความตกลงนั้นไม่ได้

ด้วยเหตุดังกล่าว ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการจึงได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในของประเทศสมาชิกไว้ในข้อ 6<sup>12</sup> ดังนี้

---

<sup>12</sup> “Article VI...

Domestic Regulation

1. In sectors where specific commitments are undertaken, each Member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner.

2. (a) Each Member shall maintain or institute as soon as practicable judicial, arbitral or administrative tribunals or procedures which provide, at the request of an affected services supplier, for the prompt review of, and where justified, appropriate remedies for, administrative decisions affecting trade in services. Where such procedures are not independent of the agency entrusted with the administrative decision concerned, the Member shall ensure that the procedures in fact provide for an objective and impartial review.

(b) The provisions of subparagraph (a) shall not be construed to require a Member to institute such tribunals or procedures where this would be inconsistent with its constitutional structure or the nature of its legal system.

3. Where authorization is required for the supply of a service on which a specific commitment has been made, the competent authorities of a Member shall, within a reasonable period of time after the submission of an application considered complete under domestic laws and regulations, inform the applicant of the decision concerning the application. At the request of applicant, the competent authorities of the Member shall provide, without undue delay, information concerning the status of the application.

4. With a view to ensuring that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council of Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure requirements are, inter alia:

1. ในสาขาที่ได้มีการทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ ประเทศสมาชิกรับรองว่าจะบังคับใช้มาตรการทั่วไปที่มีผลกระทบต่อการค้าบริการอย่างมีเหตุผล เป็นกลางและไม่เข้าข้างฝ่ายใด

2. (a) ประเทศสมาชิกจะดำรงไว้ หรือตั้งสถาบันทางตุลาการ อนุญาตตุลาการ ศาลปกครอง หรือกระบวนการวิธีกรใด ๆ ที่จะสามารถตรวจสอบ หรือทบทวนคำตัดสินของฝ่ายบริหาร ในกรณีที่ได้รับการรับรองการร้องขอจากผู้ให้บริการที่ได้รับผลกระทบ เพื่อดำเนินการเยียวยาแก้ไข ตามสมควร หากกระบวนการพิจารณาเช่นว่าไม่เป็นอิสระจากหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบคำตัดสินข้างต้น รับรองว่ากระบวนการพิจารณาจะมีขึ้นอย่างไม่ลำเอียงและเป็นไปตามวัตถุประสงค์

---

(a) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the services;

(b) not more burdensome than necessary to ensure the quality of the services;

(c) in the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service.

5. (a) In sectors in which a Member has undertaken specific commitments, pending the entry into force of disciplines developed in these sectors pursuant to paragraph 4, the Member shall not apply licensing and qualification requirements and technical standards that nullify or impair such specific commitments in a manner which:

(i) does not comply with the criteria outlined in subparagraphs 4(a), (b) or (c); and

(ii) could not reasonably have been expected of that Member at the time the specific commitments in those sectors were made.

(b) In determining whether a Member is in conformity with the obligation under paragraph 5(a), account shall be taken of international standards of relevant international organizations applied by that Member.

6. In sectors where specific commitments regarding professional services are undertaken, each Member shall provide for adequate procedures to verify the competence of professionals of any other Member."

(b) มาตรการใน (a) จะไม่ตีความเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกจัดตั้งองค์การทางตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาที่ไม่สอดคล้องกับโครงสร้างรัฐธรรมนูญ หรือระบบกฎหมายของตน

3. เมื่อจะต้องมีการให้อนุญาตประกอบธุรกิจการให้บริการสาขาใด ๆ ที่ได้มีการทำข้อผูกพันเฉพาะเอาไว้ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการพิจารณาร้องขอตามกฎหมายภายใน และกฎเกณฑ์กำกับดูแลที่กำหนดภายในระยะเวลาอันสมควร และแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องขอทราบถึงคำตัดสิน และหากผู้ยื่นคำร้องขอได้ร้องขอไว้ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจจะต้องจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับสถานะของคำร้องของผู้ยื่นคำร้องโดยไม่ชักช้า

4. เพื่อเป็นการรับรองว่ามาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องข้อกำหนดด้านคุณสมบัติและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง มาตรฐานทางเทคนิค และเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตจะไม่สร้างการกีดกันต่อการค้าบริการโดยไม่จำเป็น คณะมนตรีการค้าบริการจะกระทำการผ่านหน่วยงานที่เหมาะสมที่อาจจัดตั้งขึ้นในการพัฒนาข้อวินัยที่จำเป็น ข้อวินัยดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นการประกันว่าข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นจะ

(a) ตั้งอยู่บนพื้นฐานตามวัตถุประสงค์และความโปร่งใส เช่น กฎเกณฑ์ในเรื่องความสามารถ และสมรรถภาพในการให้บริการ

(b) ไม่สร้างภาระในเรื่องการรับรองประสิทธิภาพการให้บริการมากเกินไปจนจำเป็น

(c) ในกรณีของมาตรการในการออกใบอนุญาต โดยสภาพของมาตรการจะต้องไม่เป็นข้อจำกัดต่อการให้บริการ

5. (a) ในสาขาที่ประเทศสมาชิกผูกพันจะต้องรับผิดชอบตามข้อผูกพันเฉพาะในช่วงก่อนที่ข้อวินัยตามย่อหน้า 4 จะถูกพัฒนาขึ้นให้บังคับกับแต่ละสาขาบริการ รัฐสมาชิกจะไม่บังคับใช้ข้อกำหนดในเรื่องคุณสมบัติ และมาตรฐานด้านเทคนิคซึ่งทำให้เสียไปซึ่งข้อตกลงที่ทำไว้ในข้อผูกพันเฉพาะ โดยเป็นไปในทางที่

(i) ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามข้อ 4(a), (b), (c) และ

(ii) ไม่สามารถคาดการณ์ได้ตามเหตุผลอันสมควรในเวลาที่ได้มีการทำข้อตกลงในข้อผูกพันเฉพาะในบริการสาขาเหล่านั้น

(b) ในการตัดสินว่าประเทศสมาชิกต่าง ๆ ได้ปฏิบัติตามข้อผูกพันตามข้อ 5(a) จะพิจารณาโดยคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งยอมรับปฏิบัติโดยประเทศสมาชิคนั้น ๆ

6. ในสาขาที่ได้ทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการวิชาชีพ ประเทศสมาชิกจะต้องจัดเตรียมกระบวนการวิธีพิจารณาที่เพียงพอ เพื่อตรวจสอบความสามารถทางด้านวิชาชีพของผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าจะมีการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับกับกฎเกณฑ์ภายในประเทศหลายข้อด้วยกัน กล่าวคือ ในข้อ 6: 1 กำหนดให้ในสาขานี้ได้มีการทำข้อผูกพันเฉพาะเอาไว้ ประเทศสมาชิกจะต้องบังคับใช้มาตรการใด ๆ ตามกฎหมายภายในที่มีผลกระทบต่อการค้าบริการอย่างมีเหตุผล เป็นกลาง และไม่ลำเอียง นอกจากนี้เพื่อให้สมประโยชน์ตามจุดมุ่งหมายที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 6: 1 จึงได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดให้มีกลไกในการพิจารณาทบทวนคำตัดสินของฝ่ายบริหาร ในกรณีที่ได้รับกรร้องขอ และเนื่องจากในการเข้าประกอบกิจการตามกฎหมายภายใน ซึ่งขั้นตอนในการพิจารณาจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาอันสมควร

บทบัญญัติในเรื่องกฎเกณฑ์ภายในประเทศที่สำคัญ และมีผลกระทบอย่างป็นนัยสำคัญต่อการกำหนดกฎเกณฑ์กำกับดูแลกิจการบริการภายในประเทศของรัฐสมาชิกปรากฏในข้อ 6: 4 โดยได้กำหนดถึงกระบวนการในการพัฒนากฎระเบียบภายในประเทศ ซึ่งใช้กำกับดูแลกิจการบริการต่าง ๆ โดยได้กำหนดให้มีคณะกรรมการค่าบริการ หรือองค์กร หรือคณะกรรมการอื่น ๆ ที่คณะกรรมการค่าบริการจะได้จัดตั้งขึ้นตามความเหมาะสม เพื่อจัดทำกฎระเบียบหรือข้อวินัยในเรื่องข้อกำหนดทางด้านคุณสมบัติ (Qualification Requirements) กระบวนการพิจารณาต่าง ๆ (Procedures) ในการออกใบอนุญาต และมาตรฐานทางเทคนิคอื่น ๆ โดยข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวนี้จะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้าบริการโดยไม่จำเป็น

ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ข้อ 6: 4 ของ GATS นั้น ได้พูดถึงข้อกำหนดที่บังคับให้มีการพัฒนาระเบียบ หรือพัฒนาวิธีการในการออกกฎหมายภายใน ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบของข้อตกลงข้ออื่น ๆ ที่มักจะระบุเป็นกฎเกณฑ์ข้อผูกพันในเนื้อหาสาระ แต่เนื่องจากการกำหนดข้อบังคับในเนื้อหาสาระถึงวิธีการในการตรากฎหมายภายใน จะกลายเป็นการกำหนดให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการบริการภายใต้กรอบของ GATS ซึ่งบทบัญญัติเช่นนี้

โดยเนื้อหาแล้วมีลักษณะกว้างเกินไปและยากต่อการนำมาใช้บังคับ<sup>13</sup> โดยเฉพาะเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น การกำหนดแนวทางหรือมาตรฐานเพื่อใช้ตีความประกอบการตัดสินข้อพิพาทจะทำได้ยาก การบัญญัติข้อตกลงกำหนดให้มีการพัฒนาในข้อวินัยเพิ่มเติมสำหรับการกำหนดกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก จะเป็นการช่วยกำหนดแนวทางที่ชัดเจนให้ประเทศสมาชิกลงไปใช้ประกอบการตรากฎหมายภายใน ให้เป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ GATS มากยิ่งขึ้น ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการสาขาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาขาพลังงาน อาจจะต้องถูกกำกับภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์ระหว่งประเทศได้ตามข้อ 6:4 เพราะฉะนั้น ประเทศไทยจึงพึงระวังในการจัดโครงสร้างกฎหมายเศรษฐกิจของประเทศเกี่ยวกับการพลังงานให้สอดคล้องตามมาตรา 6:1 เพื่อจะได้ใช้สิทธิตามที่ปรากฏในอารัมภบทย่อหน้าที่ 4 ในเรื่องที่ว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการตระหนักถึงสิทธิของประเทศสมาชิกในกำหนดกฎเกณฑ์ภายในประเทศ ก่อนจะเข้าเจรจาในเรื่องข้อผูกพันเฉพาะในเรื่องการเปิดตลาด (Market Access) ในการเจรจาการค้าบริการ

นอกจากนี้ในข้อ 6: 4 ได้กล่าวถึงการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามกฎหมายภายใน เพื่อใช้ในการกำกับดูแลกิจการบริการ ซึ่งคำว่า “มาตรการ”<sup>14</sup> ในที่นี้หมายถึง ระเบียบวิธีการที่นำมาใช้เป็นเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในเรื่องต่อไปนี้

1. ข้อกำหนดเรื่องคุณสมบัติ (Qualification Requirements) เป็นการกำหนดเงื่อนไขที่ผู้ประกอบการบริการจะต้องมี เพื่อให้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการบริการภายในประเทศ
2. การบวนการในการพิจารณาคุณสมบัติ (Qualification Procedures) เป็นกระบวนการในทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการบริการ
3. ข้อกำหนดเรื่องใบอนุญาต (Licensing Requirements) ข้อกำหนดประเภทนี้มักจะประกอบด้วยเงื่อนไขในเนื้อหาสาระ ซึ่งผู้ประกอบการบริการจะต้องปฏิบัติตาม เพื่อให้ได้รับใบอนุญาตประกอบการอย่างเป็นทางการ

<sup>13</sup> The Secretariat, Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services. [Online]. S/C/W/96 World Trade Organization 1 March 1999. Available from: <http://www.wto.org> [2002, 3 12].

<sup>14</sup> Ibid., [Online] Available from: <http://www.wto.org> [2002, 3 12].

4. กระบวนการในการออกใบอนุญาต (Licensing Procedures) จะเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินการเพื่อยื่นคำร้องขอใบอนุญาตขั้นตอนในการพิจารณา

5. ข้อกำหนดมาตรฐานด้านเทคนิค (Technical Standards) คือ ข้อกำหนดที่จะใช้บังคับกับรูปแบบ และวิธีการให้บริการของผู้ประกอบการ โดยรัฐจะกำหนดกฎหมายภายในเพื่อวางกรอบเกี่ยวกับมาตรฐานของการบริการในประเทศของตน

จากการศึกษาวิจัยพบว่ามาตรการซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติในข้อ 6: 4 เป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการบริการโดยตรง ซึ่งทำให้กำหนดในเรื่องคุณสมบัติเช่นว่านี้สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันหรือจำกัดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการบริการต่างชาติได้ง่าย โดยง่าย GATS จึงได้กำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางแก่ประเทศสมาชิกในการบัญญัติกฎหมายหรือออกกฎระเบียบภายในประเทศให้มีความสอดคล้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงสาขาพลังงานในอนาคต

ในช่วงการก่อนการมีผลบังคับใช้ของข้อวินัยตามข้อ 6: 4 บทบัญญัติในข้อ 6: 5 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ๆ ที่จะนำมาใช้กับการใช้บังคับข้อกำหนดในเรื่องใบอนุญาต คุณสมบัติ มาตรการที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว และมาตรฐานทางด้านเทคนิคในสาขาที่ได้ทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ อย่างไรก็ตาม ข้อ 6: 5 จะถูกนำมาใช้เมื่อกฎเกณฑ์ตามกฎหมายภายในที่นำมาใช้บังคับกับผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกมีผลกระทบที่ขัดต่อข้อกำหนดในข้อผูกพันเฉพาะ กล่าวคือ ข้อกำหนดในเรื่องการเข้าสู่ตลาด (Market Access) และการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ซึ่งบทบัญญัติในข้อนี้มีรูปแบบของการนำมาใช้บังคับค่อนข้างแคบ เนื่องจากการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในกรณีที่มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถคาดหมายได้ในช่วงเวลา ระหว่างที่มีการจัดทำข้อผูกพันเฉพาะในสาขาบริการนั้น ๆ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจึงเป็นไปได้ว่าบทบัญญัติในข้อ 6: 5 จะถูกยกเว้นในกรณีที่เป็นการมีอยู่ก่อนแล้วก่อนมีการทำข้อผูกพันเฉพาะ

สืบเนื่องมาจากจุดมุ่งหมายในการลดข้อจำกัดทางการค้าบริการ ในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และการปฏิบัติอย่างคนชาติ ซึ่งขอบเขตของการใช้บังคับนั้นขึ้นอยู่กับพันธกรณีตามที่ปรากฏในข้อผูกพันเฉพาะ ในขณะที่ข้อผูกพันในการลดข้อจำกัดในทางการค้าที่เกิดขึ้นในส่วนของกฎหมายภายใน เป็นพันธกรณีทั่วไปซึ่งจะต้องเป็นไปตามข้อวินัยที่จะถูกพัฒนาขึ้นตามที่ระบุไว้ในข้อ 6: 4

สถานะทางกฎหมายของมาตรการตามข้อ 6: 4 และมาตรการในเรื่องการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติอย่างคนชาตินั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรการที่เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติอย่างคนชาตินั้นเป็นสิ่งต้องห้าม เว้นแต่จะได้เขียนแสดงไว้ในตารางในสาขาที่ได้ทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ในขณะที่ประเทศสมาชิกสามารถคงมาตรการจำกัดในเรื่องการเข้าสู่ตลาด และการปฏิบัติอย่างคนชาติไว้ได้หากเป็นสาขาที่ยังไม่ได้ทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ ซึ่งเท่ากับว่าประเทศสมาชิกยังไม่ผูกพันในเรื่องดังกล่าวในสาขานั้น ๆ แต่ในส่วนของกฎหมายภายใน การคงไว้ซึ่งสิทธิในการกำหนดกฎหมายภายในนั้น ประเทศสมาชิกยังคงต้องคำนึงถึงข้อวินัยซึ่งได้ถูกพัฒนาขึ้นตามข้อ 6: 4 ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดผลกระทบที่ขัดต่อการค้าเสรี และมาตรการเหล่านี้ไม่สามารถตั้งข้อจำกัดใด ๆ ไว้ในตาราง ดังเช่นที่สามารถสงวนไว้ได้ในกรณีของข้อผูกพันเฉพาะ

สำหรับการทำให้กฎเกณฑ์ภายในของประเทศต่าง ๆ มีความสอดคล้องกันนั้น ในข้อ 6: 4 ได้กำหนดให้อำนาจคณะมนตรีการค้าบริการในการพัฒนาระเบียบ ที่จะนำไปเป็นมาตรฐานในการกำหนดข้อวินัยในการบริการ ซึ่งจะต้องพัฒนาขึ้นตามบทบัญญัติในข้อ 6: 4 ทำให้บทบัญญัติในข้อนี้มีส่วนสำคัญต่อการตรากฎเกณฑ์ภายในประเทศ ดังนั้นในการกำหนดทิศทางของการกำกับดูแลกิจการไฟฟ้าจึงต้องคำนึงถึงเงื่อนไขในข้อนี้เป็นสำคัญ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในประเทศไม่ว่าในเรื่องการออกไปอนุญาต หรือมาตรฐานอื่น ๆ ต่างก็มีลักษณะเป็นการสร้างข้อจำกัดทางการค้าอยู่ในตัวแล้ว โดยในการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในของประเทศสมาชิกจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของข้อวินัยที่จะถูกพัฒนาขึ้นบังคับใช้กับการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับสาขาบริการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้<sup>15</sup>

#### 1. ความจำเป็น (Necessity)

วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดหรือพัฒนาข้อวินัยในการตรากฎเกณฑ์ภายในประเทศ ซึ่งระบุไว้ในข้อ 6: 4 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คณะมนตรีการค้าบริการจะต้องพัฒนาข้อวินัยดังกล่าว เพื่อให้พัฒนาเป็นเครื่องมือในการรับรองว่า มาตรการในเรื่องข้อกำหนดเรื่องคุณ

<sup>15</sup> The Secretariat, Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services. [Online]. S/C/W/96 World Trade Organization 1 March 1999, Available from: <http://www.wto.org> [2002, 3 12].



สมบัติ มาตรฐานทางเทคนิค และมาตรการทางด้านใบอนุญาตจะไม่สร้างการกีดกันทางการค้า โดยไม่จำเป็น

จะเห็นได้ว่า ในการตัดสินว่าข้อกำหนดกฎเกณฑ์กำกับดูแล ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดทางการค้าใดจะถือว่าขัดกับ GATS หรือไม่นั้น จะพิจารณาจากความจำเป็นที่จะต้องใช้บังคับกฎเกณฑ์เช่นว่านั้นเป็นสำคัญ โดยจุดมุ่งหมายของข้อตกลงนี้ต้องการให้ประเทศสมาชิกรับรองว่า มาตรการที่เกี่ยวข้องซึ่งมีผลเป็นการจำกัดทางการค้า จะต้องไม่เพิ่มข้อจำกัดทางการค้าบริการเกินกว่าที่จำเป็น ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว การพิจารณาถึงความจำเป็นนั้นจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ตามกฎหมายของมาตรการดังกล่าว เช่น ข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค หรือพัฒนาประสิทธิภาพในการประกอบการเป็นต้น จึงอาจพิจารณาได้ว่า บทบัญญัติในข้อ 6: 4 ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดในเรื่องความเป็นอิสระในการกำหนดกฎเกณฑ์กำกับดูแลของประเทศสมาชิก จึงถือว่ากฎเกณฑ์ภายในประเทศดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดต่อข้อตกลง หากเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในตามสมควรเท่าที่จำเป็น เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามแนวนโยบายของชาติ อย่างไรก็ตาม นโยบายดังกล่าวจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่สมเหตุสมผลตามกฎหมายด้วย

ในส่วนการพิจารณาวัตถุประสงค์ที่สมเหตุสมผลตามกฎหมาย (Legitimate Objective) มีหลักเกณฑ์ที่จำเป็นต้องพิจารณา 2 เรื่องด้วยกัน คือ

1. ความสมเหตุสมผลของนโยบาย ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงความสมเหตุสมผลหรือความจำเป็นของแนวคิดและนโยบายที่นำมาซึ่งกฎเกณฑ์ภายในประเทศ เช่น นโยบายในเรื่องการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งใช้แล้วหมดไป ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น
2. ความจำเป็นของการนำมาตรการมาใช้เพื่อสนองนโยบาย ซึ่งจะเป็นการพิจารณาถึงความจำเป็นในการนำเอามาตรการใดมาตรการหนึ่งที่มีลักษณะ และวิธีการบังคับ และควบคุมในแบบหนึ่ง ๆ มาปรับใช้กับการให้บริการ โดยประเทศสมาชิกจะต้องเลือกใช้มาตรการที่สามารถตอบสนองต่อนโยบาย (ที่มีความสมเหตุสมผลทางกฎหมาย) ที่สร้างข้อจำกัดทางการค้าน้อยที่สุด ดังเช่นที่ปรากฏในคำตัดสินของ Panel ในคดี เรื่องข้อจำกัดทางการนำเข้าบุหรี่ผ่านการกำหนดอัตราภาษีภายในประเทศของประเทศไทย (Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes) ซึ่งตัดสินว่า Panel ยอมรับนโยบายในการปกป้องคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์ โดยการหามาตรการที่มุ่งลดปริมาณการสูบบุหรี่ภายในประเทศ แต่มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นจะต้องนำมาใช้ด้วย

## 2. ความโปร่งใส (Transparency)

ในการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในประเทศตามข้อ 6 ของ GATS ได้นำเอากฎเกณฑ์ในเรื่องความโปร่งใสมาใช้บังคับด้วย

หลักโปร่งใสเป็นหลักสำคัญอันหนึ่ง เพื่อช่วยทำให้เกิดการค้าเสรีที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยรัฐสมาชิกจะต้องแจ้งถึงมาตรการทั่วไป เกี่ยวกับการนำเอามาตรการเช่นว่านี้มาใช้กับเรื่องการค้าบริการ รัฐสมาชิกจะต้องให้ข้อมูลอย่างน้อย ๆ เป็นรายปีแก่ Council of Trade in Services (GATS) ถึงการเปลี่ยนแปลงถึงกฎหมาย (Laws) ข้อบังคับ (Regulations) หรือแนวทางปฏิบัติในการบริหาร (Administrative Guidelines) ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการค้าบริการได้นอกจากนั้น รัฐสมาชิกจะต้องตั้งศูนย์ตอบข้อซักถาม (Enquiry Points) เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่นได้ทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่ต้องการ

จากการศึกษาพบว่า ในการกำหนดข้อวิจัยของกฎเกณฑ์ภายในประเทศตามข้อ 6: 4 คณะมนตรีการค้าบริการจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องความโปร่งใสของกฎหมายภายในที่จะนำมาใช้กับการค้าบริการ กล่าวคือ

1. จะต้องมี การตีพิมพ์ มาตรการหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องที่มีผลกระทบต่อพันธสัญญาของ GATS
2. แจ้งถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ข้อบังคับ หรือแนวทางปฏิบัติในการบริหาร ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการค้าบริการที่ได้ทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ต่อคณะมนตรีการค้าบริการ
3. ตอบข้อซักถาม และให้ข้อมูลเฉพาะเกี่ยวกับมาตรการ และข้อบังคับต่าง ๆ แก่ประเทศสมาชิก รวมถึงจัดตั้งศูนย์ตอบข้อซักถาม (Enquiry Points) เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่นได้ทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ในเรื่องความโปร่งใสนี้ อาจพิจารณาเทียบเคียงได้กับข้อวินัยในสาขาการบัญชี (Accountancy Disciplines) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยคณะทำงานด้านการบริการสาขาวิชาชีพสาขาการบัญชี (The Working Party on Professional Services in the Accountancy Sector) ซึ่งได้กำหนดการสร้าง ความโปร่งใสของกฎเกณฑ์ภายในในทางปฏิบัติ กล่าวคือ จัดตั้งศูนย์ตอบข้อซัก

ถาม และมีการจัดเตรียมการให้ข้อมูลเกี่ยวกับชนิดการให้บริการ หรือวิชาชีพที่จะต้องอยู่ภายใต้ ข้อบังคับในเรื่อง มาตรฐานด้านเทคนิคโดยเฉพาะ ข้อมูลเกี่ยวกับข้อกำหนดและกระบวนการในการพิจารณาออกใบอนุญาต หรือคุณสมบัติ รวมถึงข้อมูลภายหลังปรับปรุง หรือข้อกำหนดใหม่ และข้อมูลมาตรฐานด้านเทคนิค นอกจากนี้ข้อวินัยในสาขาการบัญชีได้ขยายความหลักไปรุ่งใสไปถึงการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเหตุผล และที่มาของร่างกฎหมายภายใน<sup>16</sup>

จึงพิจารณาได้ว่า มาตรการที่ถูกนำไปกำหนดเป็นเงื่อนไขในข้อวินัยที่จัดทำขึ้นตาม ข้อ 6:4 และนำมาปรับใช้กับสาขาบริการที่ได้ทำข้อผูกมัดเฉพาะไว้นี้ อาจเป็นการขยายความกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วตามข้อตกลง GATS ดังเช่นในเรื่องความโปร่งใสดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ชัดว่าเป็นการเพิ่มเติมกฎเกณฑ์เพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งจะเป็นส่วนเสริมในการพิจารณาความจำเป็นของมาตรการตามกฎหมายภายใน และความสมเหตุสมผลของวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อีกทางหนึ่ง

### 3. ความเท่าเทียมกัน (Equivalence)

เนื่องจากการตรวจกฎหมายภายในในเรื่องคุณสมบัติ หรือมาตรฐานที่นำไปใช้บังคับผู้ให้บริการต่างชาติ ในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ผู้กำกับดูแลมักถูกเรียกร้องให้กำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ให้บริการจากต่างชาติอย่างเท่าเทียมกับคนในชาติ ซึ่งเมื่อได้มีการจัดข้อวินัยในการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในตามข้อ 6: 4 ประเทศสมาชิกจะถูกเรียกร้องให้ตราข้อกำหนดที่ไม่สร้างภาระในการรับรองประสิทธิภาพการบริการมากเกินไป เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หลักของบทบัญญัตินี้ เห็นได้ว่า องค์การกำกับดูแลอาจผูกพันให้ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติที่ผู้ประกอบการต่างชาติมีอยู่ตามกฎหมายในประเทศของผู้ประกอบการ โดยผู้กำกับดูแลอาจปรับปรุง หรือเพิ่มเติมข้อกำหนดแตกต่างกันออกไปได้ โดยคำนึงถึงความสอดคล้องกันระหว่างจุดมุ่งหมายทางกฎหมายของประเทศสมาชิกอื่น

<sup>16</sup> The Secretariat, Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services, [Online]. S/CW/96 World Trade Organization 1 March 1999, Available from: <http://www.wto.org> [2002, 3 12].

แนวคิดเช่นนี้ได้มีปรากฏข้อตกลง TBT เช่นกัน โดยในข้อ 2.7 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกทำการพิจารณากฎเกณฑ์กำกับดูแลทางเทคนิคของประเทศอื่น ๆ โดยไม่มีอคติ และยอมรับกฎเกณฑ์ดังกล่าวอย่างมีจุดหมาย และวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน แม้มาตรการหรือวิธีการจะแตกต่างกันก็ตาม

จากการศึกษาวิจัยถึงบทบัญญัติเรื่องกฎเกณฑ์ภายในประเทศในข้อ 6 ของ GATS พบว่า GATS ได้กำหนดเงื่อนไขของการกำหนด และใช้บังคับกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการ โดยกำหนดให้กฎหมายภายในจะต้องถูกนำมาบังคับใช้อย่างสมเหตุสมผล (Reasonable) เป็นกลาง (Objective) และไม่ลำเอียง (Impartial) นอกจากนี้จุดมุ่งหมายของการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว จะต้องมีความจำเป็นและสมเหตุสมผลตามกฎหมายด้วย เมื่อกลับมาพิจารณาถึงการกำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลกิจการพลังงานไฟฟ้าในประเทศไทย จึงเห็นควรให้มีการกำหนดกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องโดยแสดงถึงจุดมุ่งหมายของกฎหมายไว้ให้ชัดเจนในร่างกฎหมาย เพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์และความเป็นกลางของกฎหมายภายใน โดยคำนึงถึงความสอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ตามมาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งจะเป็นการเตรียมความพร้อมของกฎหมายภายในในการเจรจาการค้าบริการสาขาพลังงานระหว่างประเทศในอนาคต

### 3.3.3 มาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade Related on Investment Measurement หรือ TRIMS)

สืบเนื่องจากการที่มาตรการการลงทุนบางชนิดทำให้เกิดการจำกัดและบิดเบือนการค้า องค์การการค้าโลก (WTO) จึงได้มีการจัดทำข้อตกลงกันระหว่างประเทศโดยกำหนดห้ามมิให้ใช้มาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIMS) ที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลง GATT ในมาตรา 3 ในเรื่องการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) และมาตรา 11 ในเรื่องการขจัดข้อจำกัดด้านปริมาณโดยทั่วไป

มาตรา 3 ของ GATT กำหนดว่า ประเทศภาคีจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตในประเทศ ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อ การจำหน่าย การเสนอขาย การซื้อ และการขนส่งของสินค้านำเข้า นอกจากนี้ห้ามการกำหนดสัดส่วน

ส่วนวัตถุดิบ หรือชิ้นส่วนในประเทศที่ผู้ผลิตต้องใช้ในการผลิตสินค้าเป็นสัดส่วนต่อการนำเข้า หรือที่เรียกว่า Local Content Requirements (LCR) <sup>17</sup>

มาตรา 11 ของ GATT กำหนดว่า ประเทศภาคีจะต้องไม่จำกัดปริมาณการส่งออกหรือนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศด้วยวิธีการอื่นที่นอกเหนือไปจากมาตรการด้านภาษีศุลกากร ดังนั้น มาตรการการกำหนดสัดส่วนการนำเข้าสินค้า วัตถุดิบ หรือชิ้นส่วนที่ผู้ผลิตนำมาใช้ในการผลิตตามปริมาณการส่งออกสินค้า หรือที่เรียกว่า Trade Balancing Requirements จึงถือว่าไม่สอดคล้องกับมาตรานี้ <sup>18</sup>

นอกจากนี้ข้อตกลง TRIMS ได้มีข้อกำหนดห้ามมิให้มีการออกข้อบังคับ หรือเงื่อนไขที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ผลิตในการได้รับสิทธิพิเศษต่าง ๆ เช่น สิทธิในข้อยกเว้นไม่เสียภาษีใด ๆ ตามนโยบายส่งเสริมการลงทุน ซึ่งถือเป็นมาตรการอุดหนุนที่อาจก่อให้เกิดการบิดเบือนทางการค้าและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจถูกเก็บภาษีตอบโต้การอุดหนุนได้

แม้ว่าข้อตกลง TRIMS จะมีความยาวเพียง 9 มาตราเท่านั้น แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็เป็นข้อตกลงที่มีความซับซ้อนในเชิงกฎหมายมาก เนื่องจากข้อตกลงนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้มาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า ในอดีตมาตรการการลงทุนนั้นมิได้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการการค้า แต่ในภายหลังการใช้มาตรการทางการลงทุนต่าง ๆ ได้ถูกนำมาใช้เป็นอุปสรรคในทางการค้าสินค้า จึงจำเป็นต้องมีข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับมาตรการดังกล่าวขึ้น

ข้อตกลงนี้มีข้อสังเกตโดยสังเขปอยู่ 2 บางประการด้วยกัน ดังนี้

1. การกำหนดให้ใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ หรือ LCR แต่ในระยะหลังๆ หลายประเทศเริ่มเห็นว่า มาตรการการลงทุนหลายอย่างมีความเกี่ยวข้องกับมาตรการทางการค้า แม้จะไม่ใช่ในทางตรงก็ตาม เช่น การกำหนดให้ใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ (Local Content Requirements หรือเรียกโดยย่อว่า “LCR”) นั้น ประเทศต่างๆ ก็มีการเจรจาเข้ามาโดยพิจารณา

<sup>17</sup> แก้ตติ์กับการเจรจาอนุภูมิภาค. (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2537), หน้า 48.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

เห็นว่า การที่บริษัท ๆ หนึ่งจะผลิตสินค้าอุตสาหกรรมใดก็ตาม เช่น รถยนต์ หรือเครื่องไฟฟ้า เครื่องอิเล็กทรอนิกส์ เหตุใดรัฐบาลของประเทศนั้นจะต้องกำหนดว่าจะต้องใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศร้อยละ 50 บ้าง หรือร้อยละ 65 บ้างแล้วแต่กรณี ถ้าเป็นกรณีระบบการค้าเสรีที่แท้จริง บริษัทนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้ชิ้นส่วนจากที่ใดก็ได้ โดยวางอยู่บนหลักความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) ชิ้นส่วนที่ใช้ในการผลิตไม่ว่าจากประเทศใดก็ตาม ถ้ามีคุณภาพดี ราคาที่แข่งขันได้ ก็ควรเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตนำเข้าได้ ไม่ควรจะมีการบังคับให้ใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ จากจุดนี้ทำให้เห็นว่า LCR นั้นเป็นมาตรการทางการลงทุนก็จริง แต่เป็นมาตรการทางการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อการค้า ทำให้ไม่สามารถนำเข้าสินค้าจากประเทศแม่ของตนเอง หรือประเทศอื่นที่ประเทศแม่ได้ไปลงทุนผลิตชิ้นส่วนไว้หรือจากบริษัทอื่น ๆ เลยนอกจากบริษัทที่อยู่ในประเทศเท่านั้น<sup>19</sup>

## 2. การกำหนดข้อกำหนดเพื่อความสมดุลทางการค้า (Trade Balancing Requirements หรือที่เรียกโดยย่อว่า "TBR")

เป็นกรณีที่ประเทศใดประเทศหนึ่งกำหนดว่า ถ้าจะมีการใช้ชิ้นส่วนหรือสินค้าที่จะนำเข้าจากต่างประเทศ จะต้องส่งออกสินค้าสำเร็จรูปในปริมาณหนึ่งด้วย เพื่อให้เกิดการสมดุลระหว่างการชำระเงินในการนำเข้า-ส่งออก มีประเทศกำลังพัฒนาอีกมากที่กำหนดว่า จะอนุญาตให้นำเข้าได้ปริมาณหนึ่ง ถ้ามีการนำเข้าชิ้นส่วนนั้นนำมาผลิตเพื่อส่งออกในปริมาณหนึ่ง

มาตรการการลงทุนอีกมาตรการหนึ่งที่เป็นเข้าใจกันว่าจะอยู่ในขอบเขตของข้อตกลง TRIMS แต่ยังไม่มีความไม่ชัดเจนว่าจะอยู่ภายใต้ขอบเขตนั้นหรือไม่ ก็คือ มาตรการการกำหนดให้ส่งออก (Export Requirements ซึ่งในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า "XR") ในความเห็นหนึ่งก็ว่า อาจอยู่ในขอบเขตของมาตรการ TRIMS ได้ เนื่องจากในภาคผนวกของข้อตกลงได้กล่าวถึง การที่รัฐได้กำหนดการนำเข้าเพื่อเป็นสัดส่วนกับการส่งออกไว้ในข้อ 1 (b) เพราะฉะนั้นการกำหนดการนำเข้าเช่นนี้ก็อาจจะตีความได้ว่า เป็นการที่ TRIMS ดูแลมาตรการการกำหนดให้ส่งออก (XR) ด้วย

<sup>19</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และ ทัชชมัย ฤกษ์สุต, "ข้อสังเกตต่อผลของข้อตกลงรอบอุรุกวัย ต่อกฎหมายเศรษฐกิจของไทย," วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 3 (กันยายน - ธันวาคม 2537): 48.

เช่นเดียวกัน แต่ไม่ยังชัดเจนว่า XR ของแต่ละประเทศจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการกำหนดสัดส่วนนำเข้าที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกหรือไม่<sup>20</sup>

การนำหลักเกณฑ์ของข้อตกลง TRIMS มาใช้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT)

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของ ECT แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า ECT ได้บัญญัติเรื่องมาตรการการลงทุนในกิจการพลังงานไว้เช่นเดียวกับบทบัญญัติของข้อตกลง TRIMS โดยบทบัญญัติในส่วนที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เหมือนกันนั้นจะปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ของ ECT ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า มาตรการการลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ข้อกำหนดส่วนประกอบภายในท้องถิ่น (local content requirements: LCR) ข้อกำหนดสมดุลทางการค้า (Trade Balancing Requirements : TBR) เป็นมาตรการที่ทำให้การค้าบิดเบือนไป เพราะฉะนั้น ECT จึงได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้นำมาตรการเหล่านี้มาใช้ในการลงทุนในกิจการสาขาพลังงานเช่นเดียวกัน

#### ข้อกำหนดส่วนประกอบภายในท้องถิ่น (Local Content Requirements)

ในหลักสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้กำหนดห้ามประเทศภาคีบังคับใช้มาตรการใด ๆ ที่เป็นมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade-Related Instruments Assure: TRIMS) ในรูปของข้อกำหนดเรียกร้องให้มีการซื้อหรือใช้ซึ่งสินค้าภายในประเทศ ไม่ว่าจะโดยการกำหนดให้เป็นสัดส่วนกับมูลค่าหรือปริมาณของการผลิต ข้อกำหนดดังกล่าวนี้เกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น ข้อกำหนดที่ประเทศเจ้าบ้านระบุว่า บริษัทข้ามชาติต้องซื้อเครื่องมือโรงงานที่จำเป็นต้องใช้ หรือสินค้าอื่น ๆ จากประเทศเจ้าบ้าน เช่น ชิ้นส่วนอะไหล่ โดยกำหนดเป็นสัดส่วนกับปริมาณหรือมูลค่าของสินค้าที่ผลิตได้ทั้งหมด หรือในกรณีของกิจการไฟฟ้า ซึ่งรัฐภาคีเจ้าบ้านอาจตั้งข้อกำหนดเรียกร้องให้ ผู้ประกอบการต่างชาติต้องใช้อุปกรณ์ในการผลิตไฟฟ้า เช่น เครื่องจักรหรือเครื่องมืออื่น ๆ ที่ผลิตในประเทศตน ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวจะเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการ และเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการใช้สินค้าในประเทศตนอย่างไม่

<sup>20</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และ ทักษิณ ชินวัตร , “ ข้อสังเกตต่อผลของข้อตกลงรอบอุรุกวัยต่อกฎหมายเศรษฐกิจของไทย,” วารสารสิทธิมนุษยชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 3 : 48.

เป็นธรรม ทั้งยังถือเป็นการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการเลือกใช้อุปกรณ์จากแหล่งอื่นที่มีราคาถูกลงกว่า ซึ่งขัดต่อแนวคิดในเรื่องการแข่งขันที่นำมาซึ่งความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ

#### ข้อกำหนดสมดุลทางการค้า (Trade Balancing Requirements)

ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) ได้กำหนดห้ามประเทศภาคีบังคับใช้มาตรการที่มีผลให้ผู้ประกอบการจากรัฐภาคีอื่นถูกจำกัดการซื้อ หรือการใช้สินค้านำเข้าเป็นสัดส่วนกับปริมาณหรือมูลค่าของสินค้าภายในประเทศที่ผู้ประกอบการส่งออก เห็นได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเรียกร้องให้ผู้ลงทุนมีนโยบายการซื้อที่มีความสัมพันธ์กันระหว่างการนำเข้าและการส่งออก เมื่อประเทศเจ้าบ้านกำหนดว่าบริษัทต่างชาติหรือบริษัทในเครือของบริษัทข้ามชาติต้องส่งออกสินค้าตามสัดส่วนและปริมาณที่ระบุไว้ หรือมูลค่าการนำเข้าหรือวัสดุที่จะนำมาผลิตจะต้องไปผูกอยู่กับมูลค่าของสินค้าที่ส่งออก อันเป็นการเพิ่มแรงจูงใจให้ส่งออกหรือจำกัดการนำเข้าภายในประเทศ

#### ข้อกำหนดการขายภายในประเทศ (Domestic Sales Requirements)

มาตรการนี้มักปรากฏในกรณีของโครงการน้ำมันและก๊าซ โดยรัฐบาลอาจมีข้อบังคับกำหนดให้ผู้ผลิตต้องแบ่งเปอร์เซ็นต์การผลิต โดยคำนวณจากปริมาณผลผลิตโดยรวมไปสู่ตลาดภายในประเทศ หรือขายภายในประเทศตามราคาที่กำหนดไว้ มาตรา 5 ของ ECT ซึ่งวางหลักในเรื่องมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้าไม่ได้พูดถึงข้อกำหนดการส่งออก (Export Requirements) ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการต่างประเทศที่ดำเนินการในประเทศ จะต้องส่งออกตามปริมาณขั้นต่ำหรือตามเปอร์เซ็นต์ของการผลิตแร่ธาตุ น้ำมัน ก๊าซ จากการลงทุนในประเทศ เจ้าบ้าน หรือในทางกลับกันควบคุมการส่งออกในรูปของการออกใบอนุญาตการผลิต ไม่มีระบุเป็นการเฉพาะใน ECT ถึงข้อกำหนดการผลิต ซึ่งกำหนดให้มีการผลิตภายในประเทศทดแทนการนำเข้าหรือจำกัดการนำเข้าสูงสุด ในรูปของโควตาการนำเข้าสินค้า การลงทุนด้านโรงงานน้ำมันและก๊าซ และไม่ได้กำหนดให้มีการถ่ายโอนเทคโนโลยี

ข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่ง คือ บทบัญญัติของ ECT ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากข้อตกลง TRIMS โดยปรากฏในมาตรา 5(3) เกี่ยวกับข้อยกเว้นที่ยอมให้



ประเทศภาคีใช้ข้อกำหนดเรื่องแหล่งกำเนิดภายในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดให้การซื้อหรือดำเนินการผลิต และข้อกำหนดสมดุลทางการค้า มาใช้เป็นเงื่อนไขในการได้รับสิทธิตามกฎหมาย เรื่องการส่งเสริมการส่งออก การขอรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศ การได้รับสิทธิในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ การได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรซึ่งรัฐภาคีสามารถให้แก่ผู้ประกอบการได้สามารถมีขึ้นได้โดยไม่ขัดต่อข้อกำหนดตามสนธิสัญญานี้

นอกจากนั้น ในมาตรา 5(4) แห่ง ECT เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการบอกกล่าวและการกำจัด (Notification and Elimination Clause) นั่นคือ ประเทศภาคีมีหน้าที่ต้องบอกกล่าวให้เลขาธิการที่ประชุมสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ถึงมาตรการ TRIMS ที่ขัดต่อบทบัญญัติในมาตรา 5 ของ ECT ที่มีผลบังคับอยู่ในประเทศตน โดยในกรณีที่เป็นประเทศภาคี ECT ที่เป็นสมาชิก GATT อยู่แล้ว จะต้องบอกกล่าวภายใน 90 วัน และในกรณีประเทศอื่นที่ไม่ใช่ภาคี GATT ต้องบอกกล่าวภายใน 12 เดือน หลังจากที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ นอกจากนั้นประเทศภาคีจะต้องค่อย ๆ ลดข้อจำกัดที่ถือเป็นมาตรการ TRIMS ตามข้อตกลงนี้ ภายใน 2 ปี สำหรับภาคี GATT และสำหรับประเทศอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ภาคี GATT ภายใน 3 ปี นับตั้งแต่สนธิสัญญานี้มีผลใช้บังคับ

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการลงทุนหนาแน่นในภาคพลังงานและทรัพยากรธรรมชาติ จำเป็นอย่างยิ่งจะต้องดูแลเรื่องการจ้างงาน และการฝึกอบรมคนชาติของประเทศเจ้าบ้านรวมตลอดจนการถ่ายโอนเทคโนโลยีและความชำนาญ เพื่อเปลี่ยนแปลงการมองและการปฏิบัติเกี่ยวกับข้อกำหนดซื้อสินค้าและบริการภายในประเทศ เพื่อจัดการกับข้อจำกัดการแลกเปลี่ยนเงินตราเพื่อปรับเปลี่ยนตามข้อกำหนดการผลิตภายในประเทศให้สอดคล้องกับยอดส่งออกน้ำมันและก๊าซที่เพิ่มขึ้น ในที่สุดแล้วให้มีข้อกำหนดด้านสิ่งแวดล้อมที่เป็นธรรมต่อการลงทุน

### 3.4 กรอบแห่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยการพลังงานไฟฟ้า

#### 3.4.1 หลักเกณฑ์เรื่องการปกป้องและการส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงาน

หลักเกณฑ์ในเรื่องการปกป้อง และส่งเสริมการลงทุนในกิจการพลังงานที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) จะปรับใช้กับการลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานจากบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งหมายรวมถึง

1. การสำรวจแหล่งพลังงาน (Exploration) เช่น แหล่งน้ำมันดิบและก๊าซธรรมชาติ
2. การดัดทรัพยากรเกี่ยวเนื่องกับการพลังงานขึ้นมาใช้ (Extraction)
3. การกลั่น (Refining)
4. การผลิต (Production)
5. การจัดเก็บ (Storage) ในกรณีของก๊าซและน้ำมันจำเป็นต้องมีการดูแลเก็บรักษาอย่างถูกวิธี ซึ่งต้องอาศัยความรู้ ความชำนาญ จึงสามารถแยกออกเป็น ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานอีกประเภทหนึ่ง
6. การขนส่งทางพื้นดิน (Land Transport) ในกรณีของน้ำมันและก๊าซ
7. การขนส่งโดยผ่านระบบส่ง (Transmission) ในกรณีของไฟฟ้า
8. การจำหน่ายผ่านระบบจำหน่าย (Distribution)
9. การค้าสินค้าและบริการด้านพลังงาน และสินค้าพลอยได้ที่เกี่ยวข้อง (Trade)

รวมถึงการก่อสร้าง บำรุงรักษา และการให้บริการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพลังงาน และการปรับปรุงประสิทธิภาพด้านการพลังงาน และได้วางหลักเกณฑ์พื้นฐานทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและการลงทุนไว้โดยครอบคลุมถึง

ก. การชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติ (Compensation for Losses) ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน มาตรา 12 ได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีที่ผู้ประกอบการหรือนักลงทุนได้รับความเสียหาย จากการกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งโดยรัฐบาล เพื่อดำเนินการปราบปราม หรือการสงครามในประเทศ โดยกำหนดให้

“ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหายจากผลแห่งสงครามหรือการจลาจล รัฐบาลประเทศภาคีจะทำการชดเชยให้เต็มจำนวน หรือเพียงพอต่อความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับ อันเกิดจากพฤติกรรมที่ถือเป็นการกระทำ โดยรัฐบาลประเทศภาคีนั้น ๆ”

ข. การเวนคืน (Expropriation) เป็นหลักการที่ปรากฏในมาตรา 13 ซึ่งกำหนดให้รัฐบาลของประเทศภาคีสมาชิกในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) จะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่ถูกเวนคืนทรัพย์สินอย่างเหมาะสมและเพียงพอ โดยจะต้องคิดมูลค่าของสินค้าตามราคาตลาด ณ เวลาที่มีการเวนคืน

ค. อนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างชาติเดินทางออกไป หรือเข้ามาในประเทศได้อย่างสะดวก รวมถึงสามารถนำเงินทุนขึ้นต้น และกำไรที่ได้จากการลงทุนในกิจการพลังงาน แลกเปลี่ยนเป็นเงินตราสกุลอื่นได้อย่างสะดวก

ง. อนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างชาติว่าจ้างบุคลากรทางด้านเทคนิค หรือ บุคคลที่มีความสามารถพิเศษที่มีความจำเป็นต่อการดำเนินกิจการ (Key Personnel ในมาตรา 11)

#### 3.4.1.1 หลักปฏิบัติทั่วไป

ในมาตรา 10<sup>21</sup> ของสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการปกป้องและส่งเสริมการลงทุนไว้ว่า การส่งเสริม ปกป้อง และปฏิบัติต่อการลงทุนของ

---

<sup>21</sup> “Article 10 ...

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

ผู้ประกอบการจากประเทศภาคีอื่นภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้ ประเทศต่าง ๆ ได้ทำความตกลงกันในเรื่องการส่งเสริมและสร้างความมั่นคง และความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการ แต่ละราย รวมถึงการให้สิทธิประโยชน์และข้อกำหนดอันเป็นเงื่อนไขต่าง ๆ ที่รัฐบาลของประเทศภาคีจะมีให้แก่ผู้ประกอบการจากประเทศภาคีอื่น โดยรัฐบาลจะต้องส่งเสริมให้มีการดำเนินการอย่างโปร่งใส ชัดเจน และให้การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (Encourage and Create Stable, Equitable and Transparent Conditions) นอกจากนี้ มาตรา 10 ยังกำหนดให้ผู้ประกอบการแต่ละรายจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างคงที่ (Constant Protection) และรัฐบาลประเทศภาคีจะต้องไม่ดำเนินการอย่างใด ๆ ที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งเป็นผลอันเกิดจากการบังคับใช้กฎเกณฑ์ด้านการจัดการ กล่าวคือรัฐบาลจะต้องไม่ทำการกำหนดกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการดำเนินงานของกิจการพลังงานไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการบำรุงรักษาเครื่องจักรเพื่อความปลอดภัย การใช้ หรือกำจัดของเสียจากอุตสาหกรรมพลังงาน หรือข้อกำหนดในเรื่องอื่น ๆ อย่างไม่สมเหตุสมผลหรือเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้รัฐภาคีจะต้องให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนไม่น้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องและส่งเสริมการลงทุนได้กำหนดไว้ โดยนักลงทุนแต่ละรายจะสามารถตรวจสอบการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ตนได้รับว่าเหมาะสมหรือไม่ โดยเทียบเคียงสิทธิประโยชน์ที่ตนได้รับกับนักลงทุนหรือการลงทุนจากรัฐภาคีอื่นหรือรัฐอื่น ๆ

จากข้อความที่ปรากฏในมาตรา 10(1) ใน ECT ส่งผลให้รัฐบาลของประเทศภาคีจะต้องสร้างเสริมความมั่นคง ความเท่าเทียมกัน การให้ความอนุเคราะห์ และข้อกำหนดต่าง ๆ ที่เป็นเงื่อนไขในการลงทุนที่จะให้บังคับกับนักลงทุนอย่างโปร่งใส ยุติธรรม และให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนในประเทศและนักลงทุนจากประเทศภาคีอย่างเท่าเทียมกัน หากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวตามตัวอักษรแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะผูกมัดคู่กรณีอย่างไม่เคร่งครัด แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติของ ECT ในมาตรา 10 (1) ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนใน 2 ประโยคสุดท้ายว่า “รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนและการลงทุนอย่างไม่น้อยไปกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือพันธกรณีตามสนธิสัญญา”<sup>22</sup> ใน

<sup>22</sup>“Article 10...

(1)... In no case shall such investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations ...”

ทางปฏิบัติได้มีการนำบทบัญญัติในมาตรานี้ไปใช้บังคับโดยอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เช่น กฎเกณฑ์ในเรื่องการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าว และพันธกรณีตามข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เช่น ข้อตกลงในเรื่องมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIMS) นอกจากนี้ ECT ได้บัญญัติถึงการระงับข้อพิพาททางการลงทุนไว้ในมาตรา 26 และ มาตรา 27 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยให้ประเทศภาคีสามารถพึ่งพากลไกในการระงับข้อพิพาทได้ในกรณีที่รัฐภาคีไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงและได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของการออกใบอนุญาตการลงทุนให้แก่นักลงทุนจากรัฐภาคีอื่นนั้น สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) มิได้กำหนดเป็นข้อบังคับให้รัฐภาคีต้องให้การอนุญาตแก่นักลงทุนในกรณีใดบ้าง โดย ECT ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แต่เพียงว่ารัฐภาคีจะต้องให้การอนุญาตโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการใช้ความพยายามอย่างที่สุด (Best Endeavour) เพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนระหว่างกัน และในการดังกล่าวรัฐภาคีทุกฝ่ายจะต้องใช้ความพยายามในการสนับสนุนให้ผู้ลงทุนจากรัฐอื่นเข้ามาลงทุนในประเทศตน โดยในการอนุญาตนั้นจะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติอย่างเท่าเทียมกับนักลงทุนของประเทศตน หรือนักลงทุนจากรัฐภาคีอื่น หรือนักลงทุนจากรัฐที่สาม โดยพิจารณาว่า สิทธิประโยชน์ใดจะเป็นประโยชน์แก่นักลงทุนมากที่สุด ตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในมาตรา 10 (3)<sup>23</sup>

#### การตั้งข้อจำกัดต่อการลงทุนในกิจการพลังงานภายใต้ ECT

ในส่วนของบทบัญญัติเรื่องการตั้งข้อจำกัดต่อการลงทุนในกิจการพลังงานตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) นั้น ประเทศภาคีต่าง ๆ ได้ทำความตกลงใน

<sup>23</sup> "Article 10 ...

(3) For the purposes of this Article, "Treatment" means treatment accorded by a Contracting Parties which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable."

เรื่องดังกล่าวตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 10(5)<sup>24</sup> ที่กำหนดว่า รัฐภาคีจะต้องตั้งข้อจำกัดของการปฏิบัติต่อการลงทุนให้น้อยที่สุดและนำมาใช้บังคับกับประเทศต่าง ๆ อย่างเท่าเทียมกัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักการใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ (Best Endeavour) และจะต้องดำเนินการให้มีการยกเลิกข้อจำกัดต่าง ๆ ที่มีต่อผู้ลงทุนจากรัฐภาคีอื่นอย่างค่อยเป็นค่อยไป (Progressively Remove)

จากบทบัญญัติข้างต้นเป็นข้อกำหนดในช่วงก่อนการลงทุน (Pre-Investment) จะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดในเรื่องการให้อนุญาตในการประกอบกิจการพลังงานในประเทศภาคีสถิติสัญญา ECT นั้น ตั้งอยู่บนหลักการใช้ความพยายาม ซึ่งมีได้มีความผูกพันอย่างเคร่งครัดให้รัฐภาคีจะต้องให้อนุญาตแก่ผู้ประกอบการจากรัฐภาคีอื่นอย่างเท่าเทียมกับผู้ประกอบการที่มีสัญชาติตน ตามหลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ (NT) หรือเท่าเทียมกับ ผู้ประกอบการจากรัฐภาคีอื่น หรือผู้ประกอบการจากรัฐอื่นตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) แต่ได้รับอนุญาตให้รัฐภาคีใช้ความพยายามเพื่อให้มีการตั้งข้อจำกัดต่อการลงทุน ซึ่งขัดต่อหลัก NT และ MFN ให้น้อยที่สุด (Minimum) แม้ความผูกพันของข้อตกลงในข้อนี้จะมีขอบเขตในการบังคับกับประเทศภาคี เพียงแต่ให้ใช้ความพยายาม แต่ก็ต้องมีข้อกำหนดในเรื่องการตรวจสอบซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวเป็นระยะ ๆ โดยในมาตรา 10(5) b. ได้กำหนดให้ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการลดข้อจำกัดการลงทุนที่มีอยู่อย่างค่อยเป็นค่อยไป (Progressively) ซึ่งแม้จะไม่ที่กำหนดระยะเวลาในการลดข้อจำกัดให้หมดไป แต่การมีอยู่หรือลดลงซึ่งข้อจำกัดเช่นว่านั้น จะถูกตรวจสอบโดยการยื่นรายงานต่อที่ประชุมสนธิสัญญา ECT ตามที่ปรากฏเป็นข้อผูกพันไว้ใน มาตรา 10(9)

สืบเนื่องจากข้อผูกพันดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นถึงการทำความตกลงกันระหว่างกลุ่มประเทศยุโรปที่จะไม่ตั้งข้อจำกัดทางการลงทุนระหว่างกัน ซึ่งอาจปรากฏในรูปของ

<sup>24</sup> “Article 10 ...

(5) Each Contracting Party shall, as regards the Making of Investments in its Area, endeavour to :

- (a) limit to the minimum the exceptions to the Treatment described in paragraph (3);
- (b) progressively remove existing restrictions affecting Investors of other Contracting Parties. “

ข้อบังคับ ปริมาณการถือหุ้นจากผู้ลงทุนของรัฐภาคีอื่น หรือข้อกำหนดในเรื่องการเคลื่อนย้ายเงินลงทุนข้ามชาติ ตามข้อกฎหมายควบคุมอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้บังคับในรูปของข้อจำกัดการลงทุนแบบหนึ่ง สนธิสัญญาว่าด้วยพลังงานได้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องพยายามกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวให้อยู่ในระดับต่ำสุด และใช้ความพยายามในการลด-เลิกข้อจำกัดที่มีอยู่อย่างค่อยเป็นค่อยไป (Progressively Remove) เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การแข่งขันในตลาดพลังงานระหว่างประเทศให้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน

การบังคับใช้เงื่อนไขและการขออนุญาตการลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานภายในประเทศภายใต้ ECT

บทบัญญัติเรื่องการบังคับใช้เงื่อนไข และการขออนุญาตการลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานภายในประเทศนั้นจะปรากฏอยู่ใน ECT มาตรา 10(8)<sup>25</sup> ซึ่งกำหนดว่า ในการยื่นคำขออนุญาตการลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับพลังงาน รวมถึงการขอเข้ารับแผนการให้ความช่วยเหลือทางการเงินในกิจการพลังงาน หรือการทำสัญญาการให้ความช่วยเหลือทางด้านการศึกษา และพัฒนาเทคโนโลยี รัฐภาคีอื่นอาจยื่นคำร้องขอรับความช่วยเหลือตามแผนดังกล่าวได้ โดยจะดำเนินไปภายใต้การกระทำความตกลงเพิ่มเติมระหว่างรัฐภาคี (Supplementary Treaty) โดยในการนี้จะต้องมีการรายงานเกี่ยวกับข้อมูลของโครงการให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ แก่เลขาธิการทั่วไป ฯ ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการประสานงานและให้ข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไขในการเข้ารับแผนการให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ และคอยตรวจสอบถึงผลกระทบของโครงการต่าง ๆ ที่มีต่อการแข่งขัน และการลงทุนเป็นระยะ ๆ

---

<sup>25</sup> “Article 10...

(8) The modalities of application of paragraph (7) in relation to programmes under which a Contracting Party provides grants or other financial assistance, or enters into contracts, for energy technology research and development, shall be reserved for the supplementary treaty described in paragraph (4). Each Contracting Party shall through the secretariat keep the Charter Conference informed of the modalities it applies to the programmes described in this paragraph.”

ประเทศภาคีต่างๆ ซึ่งยอมรับตามพันธกรณีในสนธิสัญญาฉบับนี้ จะต้องนำส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืน และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสรุปมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้อนุญาตในแผนให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ ทั้งทางการเงินและการพัฒนาเทคโนโลยีตามมาตรา 10(8) หรือ ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการลงทุนในประเทศ ตามมาตรา 10(2) โดยนำส่งให้แก่เลขาธิการทั่วไป เพื่อสร้างความสะดวกให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่สนใจ โดยที่ประชุมสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานจะทำการพิจารณาบททวนเงื่อนไขดังว่านั้นเป็นระยะ เอกสารที่นำส่งนี้จะต้องถูกทำให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา โดยรัฐภาคีจะต้องส่งเอกสารที่จัดทำขึ้นใหม่ให้แก่เลขาธิการทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ

#### 3.4.1.2 การชดใช้ค่าเสียหาย (Compensation for Losses)

ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการใช้ค่าเสียหายไว้ใน มาตรา 12(1)<sup>26</sup> ว่าในกรณีที่มีความสูญเสียอันเกิดจากสงคราม การจลาจล การประกาศภาวะฉุกเฉิน ข้อขัดแย้งที่ใช้กำลังอาวุธ หรือเหตุการณ์ในทำนองเดียวกันในประเทศภาคี และก่อความเสียหายให้แก่การลงทุนของผู้ประกอบการจากรัฐภาคีอื่น โดยในการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว รัฐภาคีจะต้องทำความตกลงในการเยียวยาความเสียหายเช่นว่านั้นให้กลับสู่สภาพเดิม การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ความตกลงเช่นนี้ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานกำหนดให้รัฐภาคีสนธิสัญญาจะต้องกระทำต่อกันอย่างเท่าเทียมกันกับที่ให้แก่ผู้ลงทุนจากรัฐภาคีอื่น หรือรัฐที่สาม หรือผู้ลงทุนของประเทศตน

<sup>26</sup> "Article 12 ...

(1) ...an Investor of any Contracting Party which suffers a loss with respect to any Investment in the Area of another Contracting Party owing to war or other armed conflict, state of national emergency, civil disturbance, or other similar event in that Area, shall be accorded by the latter Contracting Party, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, treatment which is the most favourable of that which that which that Contracting Party accords to any other Investor, whether its own Investor, the Investor of any other Contracting Party, or the Investor of any third state."



จากกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาฉบับนี้ ได้กำหนดแนวทางในการทำความเข้าใจในเรื่องการชดเชยค่าเสียหายระหว่างกันไว้ ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนหรือการลงทุนอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากสงคราม การจลาจลหรือความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศ รัฐบาลของประเทศนั้นจะต้องชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ดังกล่าวให้แก่ ผู้ลงทุนหรือผู้ประกอบการที่มาจากประเทศสมาชิกอื่นอย่างเท่าเทียมกัน ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) โดยขึ้นกับว่า การให้สิทธิแก่ประเทศใดจะเป็นประโยชน์มากกว่า

สำหรับกรณีของความเสียหายอันเกิดขึ้นมาจากการมีคำสั่งหรือการตั้งข้อกำหนดในการลงทุนไม่ว่าจะเป็นคำสั่งของรัฐบาล หรือคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายภายใน ซึ่งมีผลเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่การลงทุนไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด บทบัญญัติของสนธิสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐบาลของประเทศนั้นจะต้องทำการชดเชยค่าเสียหาย หรือเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างทันที (Prompt) เพียงพอ (Adequate) และมีประสิทธิภาพ (Effective) ให้แก่ผู้ลงทุนอย่างเท่าเทียมกับค่าเสียหายที่รัฐบาลจะต้องจ่ายให้กับผู้ลงทุนที่มาจากรัฐภาคีอื่น และผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของตนในกรณีที่ความเสียหายนั้นเป็นกรณีเช่นเดียวกัน

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติของ ECT ในเรื่องของการชดเชยค่าเสียหายแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องนี้ได้กำหนดขึ้นมาโดยคำนึงถึงความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในรัฐอิสระซึ่งได้แยกตัวออกมาภายหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต เนื่องจากประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ยังคงมีความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในสงครามกลางเมือง หรือการก่อการจลาจลภายในประเทศได้ ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 12 ของ ECT จึงได้มีการกำหนดให้มีข้อผูกพันที่เกี่ยวกับการชดเชยในกรณีที่เกิดความสูญเสียหรือเสียหายต่อการลงทุนอันเนื่องมาจากความไม่มั่นคงทางการเมือง ซึ่งรัฐบาลประเทศภาคีจะต้องทำการชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวหากรัฐภาคีได้กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) กรณีที่เกิดความเสียหายต่อการลงทุนอันเนื่องมาจากการที่รัฐได้กระทำการที่เกินกว่าความจำเป็นหรือโดยเกินกว่าเหตุ
- (2) กรณีที่เกิดความเสียหายต่อการลงทุนอันเนื่องมาจากการเรียกร้องหรือความต้องการโดยรัฐบาลของประเทศภาคีเอง

(3) นอกเหนือจากกรณีทั้ง 2 ข้างต้นแล้ว หากนักลงทุนประสบกับความเสียหาย และรัฐบาลได้ดำเนินการจ่ายค่าชดเชยเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ไม่ว่าจะกรณีของนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน หรือนักลงทุนต่างชาติก็ตาม รัฐบาลก็ต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ นักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีของ ECT ด้วย

ดังนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า มาตรา 12 ของ ECT ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้อย่างสอดคล้องกับมาตรฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย และได้บัญญัติถึงบทบาทของรัฐผู้รับการลงทุนให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ดังที่จะเห็นได้จากกรณีที่ ECT ได้กำหนดมาตรฐานของการชดใช้ค่าเสียหายว่า รัฐบาลจะต้องทำการชดใช้ค่าเสียหาย อย่างทันที (Prompt) เพียงพอ (Adequate) และมีประสิทธิภาพ (Effective) ตามกฎเกณฑ์ของ HULL (HULL RULE)<sup>27</sup> ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับแนวทางการชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการเวนคืน (Expropriation)

#### 3.4.1.3 การเวนคืน (Expropriation)

สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้พูดถึงแนวทางในการเวนคืนทรัพย์สินของผู้ลงทุนจากรัฐภาคีอื่น ๆ โดยได้กำหนดเงื่อนไขและแนวทางในการเวนคืนไว้ในมาตรา 13(1)<sup>28</sup> ว่ารัฐภาคีจะสามารถเวนคืนทรัพย์สินของผู้ประกอบการได้ตามเหตุผลและวิธีการ ดังต่อไปนี้

---

<sup>27</sup> HULL RULE เป็นแนวความคิดในเรื่องการชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสมที่เกิดขึ้นมาจากกลุ่มประเทศตะวันตกที่พัฒนาแล้ว โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความเห็นว่า “ค่าชดเชยที่เหมาะสมนั้น หมายความว่า ค่าชดเชยที่ชำระให้แก่คนต่างด้าวในลักษณะที่ไม่ชักช้า (Prompt) และเป็นค่าชดเชยที่เพียงพอและได้สัดส่วนกับกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าว ที่ถูกยึดหรือโอนไป (Adequate) และต้องเป็นค่าชดเชยที่มีประสิทธิภาพ (Effective) กล่าวคือ ต้องชดใช้แก่กันเป็นสกุลเงินที่สามารถยอมรับให้มีการแลกเปลี่ยนได้ทันที”

<sup>28</sup>“ Article 13 ...

...Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is :

1. ต้องเป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ
2. เว้นคืนทรัพย์สินของผู้ลงทุนจากรัฐภาคีอื่น รัฐบาลผู้เวนคืนจะต้องดำเนินการอย่างไม่เลือกปฏิบัติ
3. การเวนคืนจะต้องดำเนินการอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ อย่างชอบธรรม<sup>29</sup>

ทั้งนี้ รัฐบาลผู้เวนคืนจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้ผู้ลงทุนต่างชาติอย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ โดยค่าชดเชยนั้นจะคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินตามราคาตลาด ณ เวลาก่อนมีการเวนคืน หรือราคาก่อนที่จะได้มีการรู้ถึงการเวนคืนนั้น อันจะทำให้ราคาสินทรัพย์ลดลง กล่าวคือ ในการคำนวณค่าชดเชยจะต้องมีการติดตามราคาตลาดก่อนการเวนคืนจะมีผลกระทบต่อมูลค่าทรัพย์สินนั้น ๆ และในกรณีที่นักลงทุนร้องขอ รัฐบาลจะต้องชำระค่าชดเชยเป็นเงินสดหรือเงินตราสกุลที่สามารถแลกเปลี่ยนได้โดยง่าย ไม่ว่าจะเป็เงินสกุลดอลลาร์สหรัฐ หรือเงินตราสกุลอื่น ๆ ตามแต่จะตกลงกัน โดยให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่มีการตีราคา นอกจากนี้ในเรื่องของดอกเบี้ย กรณีมีความล่าช้าในการชำระราคา รัฐบาลประเทศภาคีจะต้องทำการชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ถูกเวนคืน ตามอัตราที่เป็นที่ยอมรับกันในการการค้าโดยเริ่มคิดคำนวณดอกเบี้ยนับแต่วันที่มีการเวนคืนจนถึงวันที่มีการชำระค่าชดเชยแก่กันจนเสร็จสิ้น ทั้งนี้ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องนี้ไว้ในมาตรา 13 (1)วรรค 2 และ 3<sup>30</sup> และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของนักลงทุนต่างชาติในการร้องเรียนเรื่องการเวนคืนไว้ใน มาตรา 13 (2)<sup>31</sup>

- 
- (a) for a purpose which is in the public interest;
  - (b) not discriminatory;
  - (c) carried out under due process of law; and
  - (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation."

<sup>29</sup> Thomas W. Walde, "International Investment Under The 1994 Energy Charter Treaty," in *The Energy Charter Treaty An East-West Gateway for Investment and Trade* (Boston: Kluwer Law International), p. 299.

<sup>30</sup> "Article 13 ...

(1) ... Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending

ซึ่งวางหลักให้ประเทศภาคีให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนจากประเทศภาคีอื่น ในการใช้สิทธิและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง และในกรณีที่ผู้ลงทุนต้องการยื่นเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการเวนคืนนั้น ไม่ว่าจะเป็นการร้องเรียนในเรื่องการตีราคาทรัพย์สิน วิธีการจ่ายค่าชดเชย ฯลฯ โดยรัฐบาลจะต้องบังคับใช้กฎหมายภายในของตนอย่างไม่เลือกปฏิบัติและเป็นธรรม

การเวนคืนในความหมายของมาตรา 13 สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) นี้หมายความว่ารวมถึง การเวนคืนซึ่งทรัพย์สินของบริษัทหรือกิจการที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตของประเทศภาคีสมาชิกที่มีนักลงทุนจากประเทศภาคีอื่นร่วมลงทุนหรือถือหุ้นร่วมอยู่ด้วย

เนื่องจากหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเวนคืนในทางระหว่างประเทศได้เน้นหลักในเรื่องการจ่ายเงินค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดขึ้นมาจากการเวนคืนอย่างเหมาะสม (Appropriate Compensation) ตามกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐซึ่งใช้มาตรการเช่นว่านี้ในการใช้อำนาจอธิปไตยของตนและตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>32</sup> ECT ได้มีบทบัญญัติซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในเรื่องของการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสม

Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date").

Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of Expropriation until the date of payment."

<sup>31</sup> "Article 13 ...

(2) The Investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the Expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its Investment, and of the payment of compensation....."

<sup>32</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 620.

ตามกฎเกณฑ์ของ HULL (Hull Rule) สำหรับการเวนคืนหรือยึดกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติดโดยรัฐ กล่าวคือในการเวนคืนรัฐภาคีจะต้องดำเนินการโดยสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการยึดกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างชาติดเป็นของรัฐ อันจะถือว่าสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) ต้องเป็นการยึดหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติดเป็นของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะ (Public Purposes) กล่าวคือ เป็นการยึดหรือโอนกิจการเพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้จริง มิใช่เป็นการยึดหรือโอนเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น การยึดหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติดเพื่อขายให้แก่บริษัทเอกชนสัญชาติของรัฐที่ทำการยึด หรือโอนเพื่อแสวงหากำไร หรือเพื่อลดการแข่งขันหรือการผูกขาด เป็นต้น

(2) การยึดหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติดเป็นของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะนั้น จะต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่คนต่างชาติดตามมูลค่าเต็มจำนวนของกิจการหรือทรัพย์สินที่ถูกยึด หรือโอนเป็นของรัฐในลักษณะที่ไม่ชักช้า (Prompt) เพียงพอ (Adequate) และมีประสิทธิภาพ (Effective)<sup>33</sup>

นอกจากนี้ ECT ได้กำหนดถึงวันที่ใช้ในการตีราคามูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนว่า วันดังกล่าวจะต้องเป็นวันก่อนวันที่ประชาชนจะได้ทราบถึงการเวนคืนทรัพย์สินของรัฐบาล เพราะการที่ประชาชนได้ทราบถึงการเวนคืนแล้วนั้นก็ส่งผลกระทบต่อให้ราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดลดลง ซึ่งหากกำหนดวันที่ใช้ตีราคามูลค่าทรัพย์สินหลังจากที่ประชาชนได้ทราบข่าวการเวนคืนทรัพย์สินของรัฐบาลแล้วก็จะทำให้นักลงทุนเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้รับความเป็นธรรมในการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐบาล

#### 3.4.1.4 การว่าจ้างบุคคลผู้มีความสามารถพิเศษเฉพาะทาง (Key Personnel)

<sup>33</sup> Akehurst, A Modern Introduction To International Law (U.S.A.: n.p., 1984), pp.91-92.

ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการว่าจ้างบุคคล ผู้มีความสามารถพิเศษเฉพาะทาง (Key Personnel) ไว้ในมาตรา 11(1) และ (2)<sup>34</sup> ว่าเมื่อ นักลงทุนจากประเทศภาคีอื่นมีความจำเป็นที่จะต้องว่าจ้างบุคลากรผู้มีความสามารถเป็นพิเศษ หรือผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หน่วยงานภายในของรัฐภาคีที่มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว จะต้องดำเนินการพิจารณาโดยสุจริต (Good Faith) ในการอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวพำนักอยู่ในประเทศเป็นการชั่วคราวเพื่อดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับการพัฒนา การจัดการ การบำรุงรักษา ที่เกี่ยวเนื่องกับกิจการที่ลงทุน รวมทั้งให้คำแนะนำในเรื่องเฉพาะทางเทคนิค ทั้งนี้ ในการพิจารณาให้ออกอนุญาต รัฐภาคีจะต้องพิจารณานบนเงื่อนไขแบบเดียวกัน อย่างไม่เลือกปฏิบัติและไม่คำนึงถึงเชื้อชาติของบุคลากรนั้น ๆ

โดยในการนี้ ประเทศภาคีจะต้องอนุญาตให้นักลงทุนที่มาจากรัฐภาคีอื่นเข้ามาลงทุนภายในราชอาณาจักร โดยสามารถว่าจ้างบุคลากรที่มีความสามารถพิเศษเฉพาะในกิจการที่ตนดำเนินการอยู่ได้ตามความต้องการของนักลงทุนแต่ละราย ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายภายในกำหนดไว้ ในเรื่องการทำงานของคนต่างด้าว โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติและเชื้อชาติของ

---

<sup>34</sup> "Article 11 ...

(1) A Contracting Party shall, subject to its laws and regulations relating to the entry, stay and work of natural persons, examine in good faith requests by Investors of another Contracting Party, and key personnel who are employed by such Investors or by Investments of such Investors, to enter and remain temporarily in its Area to engage in activities connected with the making or the development, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of relevant Investments, including the provision of advice or key technical services.

(2) A Contracting Party shall permit Investors of another Contracting Party which have Investments in its Area, and Investments of such Investors, to employ any key person of the Investor's or the Investment's choice regardless of nationality and citizenship provided that such key person has been permitted to enter stay and work in the Area of the former Contracting Party and that the employment concerned conforms to the terms, conditions and time limits of the permission granted to such key person."

บุคคลดังกล่าว ซึ่งระยะเวลาในการอนุญาตนั้นรัฐภาคีจะต้องกำหนดโดยสอดคล้องกับระยะเวลาที่ระบุในสัญญาว่าจ้าง ที่ทำขึ้นระหว่างนักลงทุนและบุคลากรผู้มีความสามารถพิเศษ

เพราะฉะนั้น จึงสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องการว่าจ้างบุคลากรที่มีความสามารถพิเศษของ ECT ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการยินยอมให้นักลงทุนผู้เข้ามาประกอบกิจการในรัฐภาคีสามารถว่าจ้างบุคลากรผู้มีความสามารถตามที่ต้องการได้ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติทางด้านเชื้อชาติ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายภายในในเรื่องการขอใบอนุญาตทำงานของตนต่างด้าว (Work Permit) โดยประเทศที่เป็นภาคีของ ECT จะต้องออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตการทำงานให้แก่คนต่างด้าวให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญา ECT ในมาตรา 11 ดังกล่าวข้างต้น<sup>35</sup> โดยบุคลากรผู้มีความสามารถพิเศษ (Key Personnel) ในความหมายของบทบัญญัติในมาตรานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า บุคลากรผู้มีความสามารถพิเศษนี้หมายความรวมถึง ผู้ให้คำแนะนำ (Advisors) และบุคลากรเฉพาะทางเทคนิค (Key Technical Staff) โดยเป็นการตีความที่กว้างกว่าการใช้ถ้อยคำตามข้อเสนอแนะของธนาคารโลกในเรื่องการลงทุน ซึ่งใช้คำว่าผู้บริหารระดับสูง (Top Management) ซึ่งถือได้ว่าเป็นการใช้ความพยายามในการทำความเข้าใจร่วมกันลดข้อจำกัดทางการลงทุนและเปิดเสรีให้มากยิ่งขึ้น รวมถึงการส่งเสริมการจ้างงานบุคลากรผู้มีความสามารถและประสบการณ์ที่เหมาะสม อันจะเป็นการสร้างโอกาสในการเรียนรู้สิ่งใหม่ ๆ ให้แก่บุคลากรภายในประเทศมากยิ่งขึ้น

3.4.1.5 ข้อกำหนดในเรื่องการโยกย้ายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (Transfer Related to Investment: มาตรา 14)

เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและการอำนวยความสะดวกทางด้านการเงินการลงทุนในกิจการพลังงานระหว่างกัน ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) ในมาตรา 14 ได้พูดถึงข้อตกลงระหว่างรัฐภาคีว่าด้วยการโยกย้ายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยได้วางหลักเกณฑ์

<sup>35</sup> Lorna Brazell, "Catalysing Growth: the Main Treaty Provisions, Their Interactions and Effect," *The Journal of Energy and Natural Resources Law* (U.K.: n.p., 1994): 27.

ในเรื่องของการโยกย้ายทุนประเดิมและเงินทุนที่ได้จากการเพิ่มทุนเพื่อการพัฒนาและบำรุงรักษา  
กิจการ รายได้ การจ่ายเงินตามสัญญา รวมทั้งการตัดจำหน่าย (Amortization) เงินต้นและ  
ดอกเบี้ยค้างจ่ายตามสัญญากู้ยืมที่ทำให้ ค่าตอบแทนที่ผู้ประกอบการที่จะต้องจ่ายให้แก่บุคคลที่  
อยู่ในต่างประเทศ การโอนเงินจากการขายหรือปิดกิจการ การจ่ายเงินจากการระงับข้อพิพาท  
การจ่ายเงินเพื่อการชดเชยค่าเสียหาย ในกรณีดังกล่าวข้างต้น จะต้องได้รับการดำเนินการอย่าง  
ไม่ล่าช้า (To be effected without delay) ภายใต้การแลกเปลี่ยนเงินตราอย่างเสรี ในการนี้รัฐ  
ภาคีจะต้องปกป้องและรับรองสิทธิของเจ้าหน้าที่ และผู้ค้าประกันตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน  
(Equitable) ไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory) และบังคับใช้กฎหมายโดยสุจริต (Good  
Faith)

การส่งคืนและการส่งกลับซึ่งเงินทุน เงินปันผล รายได้ และรายรับต่าง ๆ ที่  
นักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามซึ่งเป็นผลผูกพันอันเนื่องมาจากสัญญาที่ทำไว้กับบุคคลหรือผู้ประกอบ  
การรายอื่น เช่น การที่บริษัทลูกซึ่งมาลงทุนในรัฐภาคีจะต้องส่งเงินรายได้กลับไปยังบริษัทแม่  
การอนุญาตให้มีการส่งกลับดังกล่าวนี้ได้กลายมาเป็นสิ่งสำคัญของนโยบายส่งเสริมให้มีการลงทุน  
จากต่างชาติ เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติมักจะเป็นกังวลเกี่ยวกับเรื่องการส่งกลับหรือเคลื่อนย้าย  
ซึ่งเงินทุนซึ่งนำมาลงทุนไว้ในต่างประเทศ ดังนั้น มาตรา 14 ของ ECT จึงได้กำหนดให้นักลงทุนมี  
สิทธิที่จะส่งคืนกลับซึ่งเงินลงทุนและรายได้ โดยการส่งคืนกลับดังกล่าวนี้สามารถที่จะกระทำได้  
อย่างทันที โดยไม่ชักช้า

บทบัญญัติในเรื่องการโยกย้ายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการลงทุนของ ECT เป็น  
การสร้างเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างชาติ ในเรื่องเกี่ยวกับการไหลเวียนของเงินทุนระหว่าง  
ประเทศ ซึ่งรัฐภาคีต่างทำความเข้าใจกันในการยอมรับหรือรับรอง ซึ่งสิทธิในการสามารถเคลื่อน  
ย้ายเงินทุนไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการบำรุงรักษาหรือพัฒนากิจการ (Management and  
Development) การจ่ายค่าตอบแทน (Returns) การชำระเงินตามสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญา  
กู้ยืม หรือสัญญาว่าจ้างบุคลากรจากต่างประเทศ นอกจากนี้ยังรวมถึงการชำระเงินในกรณีเพื่อ  
ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการสงครามและจลาจล และการเวนคืนตามมาตรา 12 และ 13 ของ  
ECT โดยในเรื่องของอัตราแลกเปลี่ยนและกฎเกณฑ์ที่จะปรับใช้กับการโยกย้ายเงินทุน จะต้องเป็น  
ไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศภาคีในเรื่องการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา  
ซึ่งมีขึ้นเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และจะต้องถูกนำมาใช้บังคับกับนักลงทุนต่างประเทศอย่าง  
เท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ



## มาตรา 14 การโยกย้ายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

ในมาตรานี้ได้กำหนดถึงเสรีภาพในการโอนเงินระหว่างประเทศ เพื่อชำระเงินอันเกี่ยวเนื่องกับการลงทุน ซึ่งจะได้รับประกันภายใต้สนธิสัญญานี้ไม่ว่าจะเป็นการโอนเงินไปสู่ประเทศภาคี หรือการถอดถอนเคลื่อนย้ายเงินทุนออกจากประเทศภาคีก็ตาม การโอนเงินที่กล่าวถึงในมาตรา 14 อาจเกิดขึ้นจากการชำระเงินกู้ในการลงทุน และดอกเบี้ย ให้แก่ธนาคารต่างชาติ การชำระเงินค่าตอบแทนแก่ลูกจ้างในต่างประเทศ หรือการชำระหนี้อันเนื่องมาจากการลงทุน

เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงเรื่องการเคลื่อนย้ายหรือส่งกลับซึ่งเงินลงทุนแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในการอนุญาตให้มีการเคลื่อนย้ายหรือส่งกลับซึ่งเงินลงทุนตามหลักเกณฑ์ของ ECT นั้น รัฐภาคีอาจตั้งข้อจำกัดในเรื่องดังกล่าวได้โดยกำหนดเป็นกฎหมายภายใน โดยข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องถูกนำมาใช้อย่างเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ

### 3.4.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory) คือ ประเทศสมาชิกทั้งหมดจะต้องปฏิบัติต่อสมาชิกอื่น ๆ เท่าเทียมกัน (as favourable as) โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือหลายประเทศ เป็นการเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากร ค่าธรรมเนียมในการโอนเงินระหว่างประเทศ ตลอดจนระเบียบแบบแผน พิธีการศุลกากร รวมทั้งการปฏิบัติในเรื่องภาษีภายในและกฎหมาย กฎเกณฑ์ และข้อบังคับต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อการขาย การเสนอขาย การขนส่ง การจำหน่ายจ่ายแจก หรือการใช้สินค้าที่นำเข้ามาให้แตกต่างไปจากสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

อนึ่ง ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่าง ECT และ GATT ดังเช่นกรณีหลักการไม่เลือกปฏิบัติกรณีนี้ ECT ได้นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้โดยเทียบเคียงจากหลักของ GATT ที่บัญญัติไว้ว่า ประเทศสมาชิก WTO จะต้องไม่ให้สิทธิประโยชน์ทางการค้าเป็นพิเศษกับประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกอื่น ๆ เช่น ถ้าประเทศสมาชิกลดภาษีให้กับประเทศใดประเทศหนึ่ง ก็จะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันกับประเทศสมาชิกอื่น หลัก MFN ตามมาตรา 1 ของ GATT ที่นำไปใช้กับบทบัญญัติอื่น ๆ ของ GATT แต่อาจมีข้อยกเว้นบางประการให้ปฏิบัติแตกต่างได้ภายใต้สถานการณ์พิเศษ (Special Circumstances) ที่อยู่ภายใต้ข้อตกลงทาง

การค้าภูมิภาค (Regional Trading Arrangements) และการปฏิบัติต่อประเทศกำลังพัฒนา เช่น การให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (Generalized System of Preferences) ของประเทศพัฒนาแล้วต่อประเทศกำลังพัฒนา ข้อยกเว้นสำหรับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในรูปสหภาพทางการศุลกากร (Custom Union) เขตการค้าเสรี (Free Trade Area)<sup>36</sup>

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยหลักที่สำคัญ 2 ประการ คือ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment: MFN) และหลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment)<sup>37</sup>

3.4.2.1 หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation: MFN)<sup>38</sup>

แม้ว่าหลักความพยายามของ ECT จะไม่อยู่ภายใต้ข้อผูกพันที่เคร่งครัดเช่น GATT ในเรื่องการไม่เพิ่มอัตราค่าธรรมเนียมที่ใช้ระหว่างกันในสินค้าชนิดเดียวกัน (Like Product)

---

<sup>36</sup> Thomas J. Scheoenbaun, "Agora: Trade and Environment Free International Trade and Protection of the Environment: Irreconcilable Conflict?" *American Journal of International Law* 86 (July 1992): 706.

<sup>37</sup> ปรากฏในมาตรา 1 และมาตรา 3 ของบทบัญญัติ GATT 1994

<sup>38</sup> "Article 1..."

With respect to custom duties and charges of any kind imposed on or connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports and with respect to the method of levying such duties and charges and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation and with respect to all matters refer to paragraph 2 and 4 of Article 3 {concerning internal taxes, charges, laws, regulations and requirements affecting internal sale offering for sale, purchase, transportation, distribution or use} any advantage, favor privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be a accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for territories of all other contracting parties."

แต่ ECT ก็สร้างข้อผูกพันทางกฎหมายที่ชัดเจน ในเรื่องการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับสินค้าพลังงานนำเข้าจะต้องบังคับกับทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกันตามหลัก MFN กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่ประเทศภาคี ECT บังคับใช้มาตรการกับสินค้าพลังงาน ณ พรมแดนของประเทศ เช่น มาตรการในรูปของภาษีศุลกากร ซึ่งอาจเป็นประโยชน์แก่ประเทศภาคีรายหนึ่งรายใด สิทธิประโยชน์เช่นนั้นจะต้องให้แก่สินค้าชนิดเดียวกัน (Like Product) ที่มาจากรัฐภาคีอื่นอย่างเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับการให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนจากรัฐภาคีอื่น ๆ รัฐภาคี ECT ผูกพันในการให้สิทธิประโยชน์และเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ให้กับรัฐภาคีอื่น ๆ ทุกรัฐอย่างเท่าเทียมกันด้วยเช่นกัน

ก. การให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment หรือ MFN) ใน GATT

หมายถึง การปฏิบัติต่อชาติอื่น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ประเทศใด ๆ ก็ตามจะเรียกเก็บภาษีศุลกากร หรือค่าธรรมเนียม หรือใช้มาตรการใด ๆ กับสินค้าที่นำเข้า จะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศที่ส่งสินค้าเข้ามา ไม่ว่าประเทศนั้นจะเป็นประเทศกำลังพัฒนาเล็ก ๆ หรือประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจใหญ่ ๆ นี่เป็นหลักการเดียวที่ทำให้ความตกลงทางการค้าในลักษณะสองฝ่ายหรือทวิภาคีไม่มีความหมาย เพราะจะต้องขยายให้เป็นในรูปของพหุภาคีหรือหลายฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน หลักการ MFN ที่มีที่มาจากหลักห้ามเลือกปฏิบัติ การลดหรือยกเว้นภาษีดังกล่าวข้างต้น จะมีผลต่อสินค้าชนิดนั้นของประเทศที่เป็นประเทศภาคีภาคีใดก็ตามที่ และไม่มีเงื่อนไข หากมีการเลือกใช้กับเฉพาะบางประเทศก็จะเป็นการเลือกปฏิบัติ จะก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยเศรษฐกิจในประเทศที่มีการช่วยเหลือกันดังกล่าวก็จะมีผลขยายตัว<sup>39</sup> ซึ่งจะมีความได้เปรียบประเทศที่มีได้รับการช่วยเหลือ

ข. การให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment หรือ MFN) ใน GATs

กรอบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทั้งหลาย

<sup>39</sup> สอดคล้องกับการเจรจาอนุสัญญาฉบับแก้ไขปรับปรุงใหม่ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์): 3.

ที่ปรากฏอยู่ในกรอบการเจรจาพหุภาคีของการค้าบริการ จะต้องปรับใช้ได้กับการบริการทุกสาขา ซึ่งแยกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน ได้แก่

1. ขอบเขตและคำนิยามของการค้าบริการซึ่งมีทั้งการค้าบริการโดยให้บริการภายในเขตพรมแดนของผู้ให้บริการ (Consumption Abroad) หรือการให้บริการจากพรมแดนหนึ่งข้ามต่อไปยังอีกพรมแดนหนึ่ง (Cross border Supply) หรือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลของประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในพรมแดนของอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Natural Persons or Commercial Presence)

2. พันธกรณีและข้อวิญญูทั่วไปที่ประเทศสมาชิกต้องถือปฏิบัติ ในหมวดนี้ได้กำหนดถึงสิทธิหน้าที่ของรัฐสมาชิกในการต่างตอบแทน และวางกฎเกณฑ์บังคับในเรื่องการค้าบริการ ซึ่งรัฐสมาชิกทุกรัฐจะมีพันธกรณีตามที่กำหนดที่จะต้องนำมาปรับใช้แก่การค้าบริการในประเทศตนเองตามหลักเกณฑ์ที่สำคัญ โดยเฉพาะในหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment: MFN) ในข้อ 2 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ซึ่งได้บัญญัติหลักการไว้ว่ารัฐภาคีจะต้องให้โดยทันที (Immediately) โดยปราศจากเงื่อนไข (Unconditionally) แก่ผู้ให้บริการ (Service Suppliers) ไม่แตกต่างหรือน้อยไปกว่าที่ให้แก่ผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นใด แต่การให้การปฏิบัติแก่รัฐสมาชิกของข้อตกลงนี้โดยปราศจากเงื่อนไข หรือต้องให้โดยทันที ไม่สามารถจะกระทำได้ในสาขาบริการบางอย่างซึ่งมีกฎเกณฑ์ข้อบังคับตามพันธกรณีต่าง ๆ อีกมาก จึงมีข้อยกเว้นไว้สำหรับบางสาขา ถ้าจะไม่ให้มีการปฏิบัติในลักษณะทันทีโดยไม่มีเงื่อนไข จะต้องทำภาคผนวกยื่นขอยกเว้นเอาไว้

หลักการดังกล่าวข้างต้นได้ถูกทำให้เป็นรูปธรรมขึ้น โดยในมาตราสองได้กำหนดหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) คือ รัฐสมาชิกทุกรัฐจะต้องให้การปฏิบัติต่อผู้ให้บริการและการบริการโดยเท่าเทียม การปฏิบัตินี้จะต้องให้โดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข ถ้ารัฐสมาชิกประสงค์ที่จะรักษามาตรการอันไม่สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ก็สามารถที่จะกำหนดมาตรานั้นเอาไว้ในภาคผนวก (Annex) โดยข้อยกเว้นที่ปรากฏในภาคผนวก จะต้องถูกทบทวนโดย Council for Trade in Services ภายในไม่เกิน 5 ปี ว่าเงื่อนไขที่สร้างข้อยกเว้นนี้ยังจำเป็นอยู่หรือไม่ และจะมีการทบทวนครั้งต่อไปเมื่อใด กล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการให้ข้อยกเว้นมิใช่จะเป็นการยกเว้นตลอดไป แต่จะต้องมาพิจารณาทบทวนลดข้อยกเว้นเพื่อนำมาสู่การใช้หลัก MFN ในที่สุด

### 3.4.2.2 การปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment)<sup>40</sup>

หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ หมายถึง ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อสินค้าเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ (Goods of Local Origin) และสินค้านำเข้า การพิจารณาถึงมาตรการภาษีภายในของรัฐ และกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ ของรัฐ หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ เป็นหลักการหนึ่งในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยมีเหตุผลพื้นฐานเพื่อก่อให้เกิดการค้าเสรี การแข่งขันที่เป็นธรรม และสนับสนุนให้ประเทศต่าง ๆ ปรับปรุงคุณภาพ

---

<sup>40</sup> “Article 3 (1) The Contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges and laws, regulation and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution, or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products specified amounts of properties, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic productions.

(2) The products of the territory of any contracting party imported into the territory shall not be subject, directly or indirectly to the internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly to like domestic products.

(3) With the respect to any existing internal tax which is inconsistent with the provisions of paragraph 2, but which is specifically authorized under a trade agreement, in force on April 10, 1947, in which the import duty on the taxed product is bound against increase, the contracting party imposing the tax shall be free to postpone the application of the provisions of paragraph 2 such tax until such time as it can obtain release from obligations of such trade agreement in order to permit the increase of such duty to the extent necessary to compensate for the elimination of the protective element of tax.

(4) The products of the territory of any contracting party imported into territory...shall be accorded treatment no less than favorable than that accorded to like products or national origin in respect of laws regulations and requirements affecting their internal sale, purchase, transportation, distribution or use.”

สินค้าภายในประเทศ เพราะการที่สินค้าที่ผลิตภายในประเทศได้รับสิทธิพิเศษ หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ อันทำให้เกิดอำนาจในการแข่งขันที่เหนือกว่าสินค้านำเข้าเข้ามาขายภายในประเทศ ย่อมเป็นการกีดกันทางการค้า และให้ความคุ้มครองแก่สินค้าที่ผลิตภายในประเทศ และจะทำให้สินค้านั้นไม่มีคุณภาพ เนื่องจากขาดแรงจูงใจในการปรับปรุงคุณภาพสินค้า การปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) เป็นมาตรการป้องกันการกีดกันทางการค้า โดยบังคับให้รัฐห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าที่ผลิตในประเทศกับสินค้านำเข้า เพื่อคุ้มครองสินค้าที่ผลิตในประเทศจากการแข่งขัน<sup>41</sup>

หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติปรากฏในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ในเรื่องของการบังคับใช้กฎเกณฑ์ในเรื่องของการดำเนินการ การบำรุงรักษา การใช้ และการกำจัดของเสีย ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเรื่องของกฎหมายภายในที่รัฐภาคีจะตราขึ้นบังคับเพื่อกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานภายในประเทศ โดยคำนึงถึงประโยชน์ทาง เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะบังคับใช้กับกิจการพลังงานภายในประเทศทุกกิจการ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานจึงกำหนดให้การใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวกับกิจการหรือผู้ประกอบการต่างดาว จะต้องเป็นไปอย่างเท่าเทียมกับผู้ประกอบการหรือกิจการภายในประเทศของรัฐภาคี

#### ก. การปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ใน GATT

หมายถึง การปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าจากประเทศภาคีอื่น ๆ เท่าเทียมกับสินค้าภายในประเทศไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการเก็บภาษีภายในหรือการกำหนดกฎระเบียบต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นส่วนเสริมหรือลดความสามารถในการแข่งขัน ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยเก็บภาษีสรรพสามิตจากนุหรี่นำเข้าร้อยละ 60 ก็ต้องเก็บจากนุหรี่ที่ผลิตจากโรงงานยาสูบร้อยละ 60 เท่ากันด้วย ไม่ใช่สินค้านำเข้าจะได้รับสิทธิพิเศษมากกว่าสินค้านำเข้า ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกีดกันทางการค้าต่อสินค้านำเข้าอื่น ๆ แกตติงจึงกำหนดให้มีการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน<sup>42</sup> หลัก MFN ต้องการที่จะห้ามการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าจากประเทศที่แตกต่างกัน ส่วนหลัก

<sup>41</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530): 21.

<sup>42</sup> ทิชชมัย ฤกษ์สุด, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, หน้า 21. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

ปฏิบัติเยี่ยงชาติก็ได้วางอยู่บนหลักห้ามเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกัน เพราะหากสินค้าที่ผลิตภายในประเทศได้รับสิทธิพิเศษ ก็อาจทำให้สินค้าที่ส่งเข้ามาจากต่างประเทศไม่สามารถแข่งขันกับสินค้าของประเทศเจ้าบ้านได้เลย ซึ่งถือว่าเป็นการกีดกันทางการค้าอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ หากรัฐให้สิทธิพิเศษซึ่งเป็นการคุ้มครองสินค้าที่ผลิตภายในประเทศมากเกินไป อาจจะทำให้สินค้าหรืออุตสาหกรรมนั้นไม่มีคุณภาพ หรือขาดประสิทธิภาพในการผลิตเพราะไม่มีสภาพการแข่งขัน จึงไม่มีแรงจูงใจในการปรับปรุงคุณภาพและประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าให้ดีขึ้น

## ข. การปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ใน GATS

หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หมายถึง ประเทศสมาชิกต้องการให้การปฏิบัติแก่การบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกอื่น ๆ เป็นไปเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติแก่การบริการ หรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตน ในส่วนที่เกี่ยวกับ การใช้มาตรการต่าง ๆ ในรูปของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ วิธีการปฏิบัติ มติ หรือมาตรการในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีผลกระทบต่อการค้าบริการ

ข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวนี้ ได้กำหนดให้รัฐภาคีให้การปฏิบัติต่อการค้าบริการของคู่ภาคีอื่นไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการปฏิบัติที่ให้ต่อการบริการภายในประเทศที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และผู้ให้บริการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน สิ่งที่น่าสนใจก็คือ ข้อตกลงดังกล่าวจะสามารถวางข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้หรือไม่ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้อนุญาตให้มีการกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ในตารางข้อผูกพันได้

เรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งในเรื่องการเปิดตลาดเสรี ด้วยเหตุนี้รัฐสมาชิกจึงจะต้องทำการเจรจาเกี่ยวกับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยกำหนดเจตนารมณ์ของตนเองไว้ในตารางข้อผูกพัน ว่าจะมีเงื่อนไขใดหรือไม่ ซึ่งเป็นเทคนิคในการเจรจาอย่างหนึ่ง ทั้งนี้โดยหลักการแล้ว หากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขอย่างใด ๆ รัฐสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยจะออกมาในรูปแบบของการปฏิบัติเสมอด้วยคนชาติ แต่จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการแข่งขันในสาขาบริการ หรือผู้ให้บริการน้อยไปกว่าที่ให้กับคนชาติที่ประกอบกิจการในสาขาบริการที่เหมือนกัน หรือเป็นผู้ให้บริการในสาขาเดียวกัน

### 3.4.3 หลักความพยายามที่สุด (Best Endeavour)

ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของแต่ละประเทศ รัฐบาลสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมกำกับดูแลกิจการพลังงาน โดยดำเนินตามนโยบายในการบริหารพลังงานในประเทศในขณะนั้น เช่น ในกรณีเพื่อประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจและการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในระดับมหภาค ในการดังกล่าวรัฐอาจกำหนดกฎเกณฑ์บางเรื่องที่มีผลกระทบต่อการค้า และการลงทุนในอุตสาหกรรมพลังงานระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันปัญหาดังเช่นว่านั้น ประเทศภาคีในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน จึงได้ทำความตกลงกัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเรื่องการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) โดยกำหนดให้ประเทศภาคีปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างเท่าเทียม หรือเป็นอย่างเดียวกัน และให้ได้รับสิทธิประโยชน์ไม่น้อยไปกว่านักลงทุนที่มีสัญชาติของประเทศภาคีนั้น หรือเท่าเทียมและไม่น้อยกว่าสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจากประเทศอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาได้รับ เว้นแต่การกระทำที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น สิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับแตกต่างกันในบางกรณีที่กำหนดขึ้นด้วยเหตุผลทางด้านความมั่นคงของชาติ (National Security) นอกจากนี้สนธิสัญญานี้ยังพูดถึงหลักในเรื่องการใช้ความพยายามอย่างที่สุด (Best Endeavours) ที่จะปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่ถือสัญชาติของรัฐภาคีในสนธิสัญญาอย่างเดียวกันกับที่รัฐให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนในประเทศ

### 3.4.4 หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศในเรื่องการผ่าน

หลักเกณฑ์เรื่องเสรีภาพในการส่งผ่านนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 นักกฎหมายระหว่างประเทศในยุคนั้น มีแนวคิดว่ามนุษย์มีสิทธิโดยทั่วไปในการส่งผ่านสินค้าข้ามพรมแดนของรัฐหนึ่ง<sup>43</sup> เพื่อประโยชน์ของนานาชาติในสังคมโลกปัจจุบันประเทศต่าง ๆ จำเป็นที่จะต้องพึ่งพาอาศัยกันมากขึ้น และแต่ละประเทศต่างก็มีความต้องการให้มีการส่งผ่านสินค้าไปยังประเทศต่าง ๆ ได้

<sup>43</sup> Martha M. Roggenkamp, "Transit of Network-bound Energy: the European Experience" in The Energy Charter Treaty An East-West Gateway for Investment and Trade (Boston: Kluwer Law International), pp. 499-500.



แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐถือเป็นอุปสรรคต่อการก่อสร้าง หรือการใช้สิ่งประดิษฐ์ที่คิดค้นเพื่อใช้ส่งบุคคล หรือสินค้าจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งข้ามพรมแดน เพราะฉะนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาความสมดุลระหว่างความต้องการในการส่งผ่านระหว่างประเทศ และผลประโยชน์ของแต่ละรัฐ ซึ่งในปัจจุบันนี้รัฐต่าง ๆ ไม่สามารถยับยั้งกสิทธิในการส่งผ่านในทำนองดังกล่าวข้างต้นมาใช้โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากรัฐอื่นได้ ดังนั้นรัฐต่าง ๆ จึงได้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งผ่าน เพื่อให้มีการส่งผ่านระหว่างรัฐได้ ที่เห็นได้ชัดคือ รัฐต่าง ๆ พยายามเอาเรื่องการส่งผ่านหรือการขนส่งมากำหนดในข้อตกลงระหว่างประเทศร่วมกัน อันจะเป็นประโยชน์ในการสร้างความร่วมมือและเพื่อให้ความช่วยเหลือระหว่างกันในการพัฒนาเศรษฐกิจและเป็นการกระตุ้นให้เกิดความสะดวกในกิจการการค้าระหว่างประเทศ

3.4.4.1 ข้อกำหนดเรื่องการส่งผ่าน (Transit) ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน

การขนส่งพลังงานมีบทบาทสำคัญเพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างมากโดยเฉพาะต่ออุตสาหกรรมพลังงานในยุโรปตะวันตกนับตั้งแต่ปี 1988 ซึ่งได้มีการริเริ่มความคิดในเรื่องการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานด้านพลังงานข้ามพรมแดนในกลุ่มประเทศยุโรปโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการการเศรษฐกิจร่วมยุโรป (EC Commission) ได้ทำการศึกษาในเรื่องการจัดตั้งตลาดพลังงานภายใน (Internal Market for Energy) กลุ่มประชาคมยุโรป ซึ่งจากการทำศึกษาดังกล่าวพบว่าการขนส่งภายในของประเทศภาคีทั้งหลายยังอยู่ในสภาพผูกขาดทั้งในทางปฏิบัติและการให้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งอาจนำไปสู่การจำกัดการขนส่งผ่าน รวมถึงการขัดขวางการนำเข้าหรือการส่งออกสินค้าพลังงานซึ่งในที่นี้รวมถึงไฟฟ้าด้วย ดังนั้นเพื่อที่จะทำให้การขนส่งสินค้าพลังงานระหว่างกันเป็นไปโดยเสรี คณะกรรมาธิการเศรษฐกิจร่วมยุโรปจึงได้ดำเนินการออกกฎเกณฑ์เรื่องการขนส่งก๊าซ (The Gas Transit Directive) และกฎเกณฑ์เรื่องการขนส่งไฟฟ้า (The Electricity Transit Directive) ซึ่งต่อมา ECT ได้นำกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้มาใช้เป็นแนวทางในการทำความตกลงระหว่างประเทศภาคีด้วย โดยหลักเกณฑ์ที่สำคัญของ ECT ในเรื่องของการส่งผ่านมีดังต่อไปนี้

(ค) หลักปฏิบัติทั่วไป

ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการส่งผ่าน (Transit) ไว้ในมาตรา 7(1) และ (2)<sup>44</sup> ซึ่งวางหลักให้ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องจัดให้มีมาตรการที่จำเป็นในการอำนวยความสะดวกให้แก่การส่งหรือการผ่านของพลังงาน และวัตถุดิบเพื่อการพลังงาน โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักเรื่องเสรีภาพในการส่งผ่าน (Freedom of Transit) โดยไม่มีการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติ ระหว่างพลังงานที่เริ่มหรือมีจุดหมายปลายทาง หรือเป็นเจ้าของโดยประเทศตน ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งแยกทางราคาค่าธรรมเนียมการขนส่งให้ล่าช้าโดยไม่มีเหตุผล หรือโดยข้อกำหนดอื่นใดตามกฎหมาย

ประเทศภาคีจะต้องมีนโยบายในการที่จะส่งเสริมผลักดันให้องค์กรภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการพลังงาน ให้ความร่วมมือต่อกันในเรื่องต่อไปนี้

- พัฒนาระบบการพลังงานภายในประเทศให้ทันสมัยและสามารถรองรับการส่งผ่านพลังงาน ซึ่งพลังงานและวัตถุดิบเพื่อการพลังงานจากประเทศภาคีอื่น
- จะต้องมีการพัฒนาและดำเนินการระบบส่งพลังงานที่ให้บริการแก่ประเทศภาคีได้มากกว่าหนึ่งประเทศ
- ประเทศภาคีจะต้องลดหรือบรรเทาปัญหาเรื่องการหยุดชะงักของระบบ

---

<sup>44</sup>“Article 7...

(1) Each Contracting Party shall take the necessary measures to facilitate the Transit of Energy Materials and Products consistent with the principle of freedom of transit and without distinction as to the origin, destination or ownership of such Energy Materials and Products or discrimination as to pricing on the basis of such distinctions, and without imposing any unreasonable delays, restrictions or charges.

(2) Contracting Parties shall encourage relevant entities to co-operate in :

- (a) modernizing Energy Transport Facilities necessary to the Transit of Energy materials and Products;
- (b) the development and operation of Energy Transport Facilities serving the Areas of more than one Contracting Party;
- (c) measures to mitigate the effects of interruptions in the supply of Energy Materials and Products; facilitating the interconnection of Energy Transport Facilities.”

- อำนาจความสะดวกให้แก่การเข้าเชื่อมต่อบนระบบส่งพลังงานและการจัดส่งพลังงาน

ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน มาตรา 7(3)<sup>45</sup> ได้กำหนดให้ประเทศภาคีที่มีข้อผูกพันต่อกันในเรื่องบทบัญญัติเกี่ยวกับการขนส่งวัตถุดิบและพลังงาน คือ ประเทศภาคีทุกประเทศจะต้องปฏิบัติต่อการขนส่งพลังงานและวัตถุดิบเพื่อการพลังงาน โดยบังคับใช้กฎเกณฑ์และมาตรการต่อการส่งผ่านพลังงานของประเทศภาคีอื่นอย่างเท่าเทียมกับการขนส่งพลังงานที่มีจุดเริ่มต้น (Originating) หรือมีจุดหมายปลายทาง (Destined) ในประเทศ เว้นแต่จะมีความผูกพันในข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นไว้ก่อน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของมาตรา 7(3) แห่งสนธิสัญญาฉบับนี้แล้วสามารถที่จะพิจารณาได้ว่า ประเทศภาคีจะต้องมีมาตรการที่เป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่การส่งผ่านพลังงานของรัฐภาคีอื่น และปฏิบัติต่อการขนส่งหรือการผ่านของพลังงานจากประเทศอื่นอย่างไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้นหากพิจารณาถึงข้อตกลงดังกล่าวในกรณีของกิจการไฟฟ้า รัฐบาลของประเทศภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกให้แก่โรงไฟฟ้าจากรัฐภาคีอื่น หรือโรงไฟฟ้าที่ตั้งอยู่ในรัฐภาคีอื่นในการเข้าเชื่อมต่อโครงข่ายระบบส่งและเข้าใช้ระบบส่งเพื่อการส่งผ่าน โดยในการบังคับใช้มาตรการ กฎเกณฑ์ข้อบังคับ และการคิดค่าธรรมเนียมการเข้าใช้ระบบส่ง รัฐภาคีผูกพันจะปฏิบัติต่อพลังงานที่ส่งผ่านไม่ด้อยกว่าการส่งผ่านพลังงานที่มีจุดเริ่มต้นหรือจุดหมายปลายทางในประเทศตน อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญานี้ยังเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีปฏิบัติต่อการส่งผ่านของประเทศภาคีอื่นแตกต่างออกไปได้ เฉพาะกรณีที่มีข้อผูกพันภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นอยู่ก่อนแล้ว

นอกจากนี้ ECT ยังได้พูดถึงในกรณีที่ความสามารถของระบบในการจัดส่งพลังงานและวัตถุดิบพลังงานเท่าที่มีอยู่ไม่สามารถตอบสนองความต้องการทางเศรษฐกิจได้

<sup>45</sup> “Article 7...

(3) Each Contracting Party undertakes that its provisions relating to transport of Energy Materials and Products and the use of Energy Transport Facilities shall treat Energy Materials and Products in Transit in no less favourable a manner than its provisions treat such materials and products originating in or destined for its own Area, unless an existing international agreement provides otherwise.”

ประเทศภาคีจะต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการก่อสร้างเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ หรือขยายกำลังความสามารถของระบบส่งให้เพียงพอต่อความต้องการ เว้นแต่จะเป็นการขัดขวางเพื่อรักษาความปลอดภัยและเสถียรภาพของระบบส่ง ดังที่ปรากฏในมาตรา 7(4)<sup>46</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้ขยายความ "การเอื้อเพื่อการเข้าใช้ระบบส่งพลังงาน" ให้ครอบคลุมไม่ถึงการพัฒนาเครือข่ายและความสามารถของระบบด้วย โดยกำหนดให้ประเทศภาคีต้องไม่สร้างอุปสรรคเพิ่มเติมที่จะเป็นการขัดขวางการขยายกำลังความสามารถ ในกรณีที่ระบบส่งที่ดำเนินกิจการอยู่ไม่สามารถรองรับความต้องการการเข้าใช้ระบบที่เพิ่มมากขึ้น หรือไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ และพัฒนาศักยภาพให้เพียงพอต่อความต้องการของตลาด โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่รัฐภาคีจะต้องขัดขวางด้วยเหตุผล เพื่อความมั่นคงปลอดภัยของระบบ หากการก่อสร้างต่อเติมดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบส่งโดยรวมของประเทศ จากการศึกษา ผู้วิจัยเห็นว่าความผูกพันในข้อนี้ผูกพันรัฐภาคีเพียงจะไม่สร้างอุปสรรคเพิ่มเติม เช่น การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายภายในเรื่องการอนุญาตการขยาย หรือต่อเติมระบบ จะต้องบังคับใช้เท่าที่มีอยู่โดยรัฐภาคีจะไม่กำหนดมาตรการอื่นใดมาบังคับใช้ในเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติม เป็นต้น

ในแง่ของกิจการการค้าไฟฟ้าระหว่างประเทศ การปรับปรุงระบบส่งให้สามารถรับกับเทคโนโลยีมาตรฐานร่วมกันเป็นสิ่งจำเป็น เพราะจะทำให้สามารถใช้ประโยชน์ในสายส่งของประเทศภาคีในการค้าพลังงานไฟฟ้าระหว่างกันได้เต็มที่และมีประสิทธิภาพ และข้อตกลงดังกล่าวยังมีขึ้นเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าพลังงานระหว่างประเทศได้อีกทางหนึ่ง เนื่องจากประเทศภาคีอาจไม่ยอมปรับปรุงระบบส่งภายในประเทศ และไม่ขยายความสามารถของระบบส่งโดยเหตุแอบแฝง เพื่อกีดกันการเข้าแข่งขันของโรงไฟฟ้าต่างประเทศ เนื่องจากเมื่อระบบส่งไม่สามารถรองรับความต้องการเข้าใช้ระบบเพิ่มเติมของต่างประเทศได้ การค้าพลังงานไฟฟ้าเสรีระหว่างกันก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ หรือในอีกทางหนึ่ง ในกรณีที่มีความต้องการเข้าใช้ระบบเพื่อเป็นทางผ่านไปสู่อีกประเทศภาคีที่สามที่เพิ่มขึ้นเกินกว่าความสามารถที่มีอยู่ การที่รัฐภาคีไม่ยอมให้มีการเข้าดำเนินการขยายหรือพัฒนาระบบ อาจก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าในรูปแบบหนึ่ง

<sup>46</sup> "Article 7..."

(4) In the event that Transit of Energy Materials and Product cannot be achieved on commercial terms by means of Energy Transport Facilities the Contacting Parties shall not place obstacles in the way of new capacity being established,....."

เนื่องจากโรงไฟฟ้าจากประเทศภาคีอื่นจะไม่สามารถทำการค้าพลังงานไฟฟ้ากับประเทศใด ๆ ที่ต้องอาศัยการผ่านทางระบบส่งของตนได้ เนื่องจากไม่มีความสามารถรองรับการส่งไฟฟ้าเพิ่มได้อีก อย่างไรก็ตาม รัฐบาลสามารถเข้าขัดขวางการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในระบบส่ง ในกรณีเพื่อความมั่นคงปลอดภัยและเสถียรภาพของระบบทั้งหมด ยิ่งไปกว่านั้นแนวทางการลดอุปสรรคและส่งเสริมให้มีการเชื่อมเพื่อการเข้าใช้ระบบส่งร่วมกันระหว่างประเทศ ยังสอดคล้องกับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ในเรื่องการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย

เนื่องจากระบบส่งพลังงานไฟฟ้าเป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นและมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจ และสังคมโดยรวมของประเทศ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน จึงได้กำหนดข้อยกเว้นเรื่องการไม่ขัดขวางการพัฒนา และเพิ่มประสิทธิภาพระบบส่ง โดยกำหนดให้รัฐบาลสามารถเข้าขัดขวางการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในระบบส่ง ในกรณีเพื่อความมั่นคงปลอดภัยและเสถียรภาพของระบบทั้งหมด ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

(ข) ข้อยกเว้นหลักเกณฑ์เรื่องการส่งผ่านตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน

ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับหลักเกณฑ์เรื่องการส่งผ่าน (Transit) และข้อยกเว้นในเรื่องการไม่สร้างอุปสรรคในการขยายหรือเพิ่มประสิทธิภาพของระบบส่งพลังงาน ไว้ในมาตรา 7(5)<sup>47</sup> โดยวางหลักให้ ประเทศภาคีไม่ผูกพันใน

<sup>47</sup> "Article 7...

(5) A Contracting Party through whose Area Energy Materials and Products may transit shall not be obliged to

(a) permit the construction or modification of Energy Transport Facilities;

or

(b) permit new or additional Transit through existing Energy Transport Facilities.

Which it demonstrates to the other Contracting Parties concerned would endanger the security or efficiency of its energy systems, including the security of supply.

เรื่องการให้อนุญาตในการก่อสร้างหรือเปลี่ยนแปลงระบบส่งและการก่อสร้างเพื่อเพิ่มศักยภาพของระบบส่งที่มีอยู่เดิม หากการก่อสร้างต่อเติมดังกล่าวจะนำมาซึ่งอันตราย ความเสียหายและก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในระบบ

นอกจากนี้รัฐภาคียังมีข้อผูกพันในเรื่องการจัดให้มีระบบส่งที่มั่นคงเพื่อรองรับและอำนวยความสะดวกกับการส่งพลังงานและพลังงานดิบไม่ว่าจะเป็นเพื่อการส่งออก นำเข้า หรือการใช้ระบบเพื่อผ่านไปสู่ประเทศที่ 3 แม้ในระหว่างที่เกิดข้อพิพาทขึ้นในระบบส่ง โดยกำหนดให้ ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นไม่ว่าในเรื่องใดอันเป็นผลมาจากการส่งพลังงาน ประเทศภาคีที่เป็นทางผ่านของพลังงานจะไม่กระทำการใด ๆ อันจะเป็นการบั่นทอนหรือทำให้การขนส่งพลังงานเกิดการชะงักงันจนกว่าจะมีคำตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่ชัดเจนไม่ว่าจะโดยองค์กระรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้อง หรือหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมาย เว้นแต่ในกรณีที่มีการทำความตกลงในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีไว้เป็นอย่างอื่น ดังที่ปรากฏใน ECT มาตรา 7 (6) ซึ่งจะขอล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

(ค) การระงับข้อพิพาทในระบบส่งตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน

---

Contracting Parties shall, subject to paragraphs (6) and (7), secure established flows of Energy Materials and Products to from or between the Areas of other Contracting Parties.”

ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ การระงับข้อพิพาทในระบบส่งไว้ใน มาตรา 7 (6)<sup>48</sup> ดังนี้

ประเทศภาคีที่เป็นทางผ่านของวัตถุดิบหรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการพลังงาน จะต้องไม่กระทำการดังต่อไปนี้ ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการส่งผ่าน รัฐภาคีจะไม่เข้าขัดขวางหรือลดทอน หรือให้อนุญาตหน่วยงานของรัฐภาคีที่มีอำนาจเข้ากระทำการขัดขวางหรือลดทอน ซึ่งการหมุนเวียนของวัตถุดิบ หรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานที่ดำเนินอยู่ในขณะนั้น จนกว่าจะได้มีการลงมติในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกระบวนการที่กำหนดในมาตรา 7(7) หรือโดยมีมติหรือคำชี้ขาดจากผู้ไกล่เกลี่ยอื่นที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา

นอกจากนี้ ยังได้มีการพูดถึงอำนาจหน้าที่ของเลขาธิการทั่วไปแห่งที่ประชุมสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (The Secretary-General) ในการเป็นตัวกลางในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระบบส่ง ไว้ในมาตรา 7(7) โดยกำหนดให้ในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับระบบส่งประเทศภาคีซึ่งมีส่วนได้เสียจะต้องดำเนินการแจ้งข้อพิพาทแก่เลขาธิการทั่วไปแห่งที่ประชุมสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน โดยเลขาธิการ ฯ มีหน้าที่แจ้งเหตุพิพาทดังกล่าวไปยังประเทศภาคีอื่นที่เกี่ยวข้องต่อไป ในการนี้เลขาธิการ ฯ จะทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาให้แก่ประเทศคู่พิพาทและภาคีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งทำหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเข้าดำเนินการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้นเลขาธิการ ฯ จะทำการพิจารณาจากบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมทั้งทางด้านความรู้ความสามารถ และมีประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นข้อพิพาท โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องไม่ถือสัญชาติ หรือมีภูมิลำเนา หรือที่พักถาวรในประเทศที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาท ซึ่ง

---

<sup>48</sup> "Article 7...

(6) A Contracting Party through whose Area Energy Materials and Products transit shall not, in the event of a dispute over any matter arising from that Transit, interrupt or reduce, permit any entity subject to its control to interrupt or reduce, or require any entity subject to its jurisdiction to interrupt or reduce the existing flow of Energy Materials and Products prior to the conclusion of the dispute resolution procedures set out in paragraph (7), except where this is specifically provided for in a contract or other agreement governing such Transit or permitted in accordance with the conciliator's decision."

เป็นการป้องกันการเกิดผลประโยชน์ขัดกันระหว่างผู้ใกล้เกลี่ยและคู่พิพาท ผู้ใกล้เกลี่ยจะทำหน้าที่ดำเนินการประสานประโยชน์ระหว่างประเทศพิพาทหรือดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อหาข้อสรุป หากไม่สามารถหาข้อสรุปให้ได้ภายใน 90 วัน ผู้ใกล้เกลี่ยจะแนะแนวทางในการระงับข้อพิพาทไปในทางใดทางหนึ่ง และกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมหรือกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องนับแต่วันที่เริ่มมีการพิจารณาจนถึงวันที่ข้อพิพาทยุติ

เพราะฉะนั้น จะเห็นได้ว่า หลักในเรื่องการส่งผ่านวัตถุดิบและผลิตภัณฑ์พลังงานดังที่ปรากฏใน มาตรา 7 ของ ECT เป็นส่วนที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในทางการค้าพลังงานระหว่างกลุ่มประเทศภาคี อันจะนำไปสู่ความเชื่อมโยงระหว่างตลาดพลังงานภายในประเทศกับตลาดพลังงานระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยควรจะคำนึงถึงในการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในและในการก้าวไปสู่การทำความตกลงทางด้านการค้าพลังงานระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการค้าและการส่งผ่านไฟฟ้า อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์เรื่องการส่งผ่านนี้มีใช้เรื่องใหม่ในภาคพลังงาน เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้เคยถูกกล่าวถึงแล้วในอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยการส่งผ่าน ปี 1921 (The Barcelona Convention on Freedom of Transit of 1921)

3.4.4.2 หลักการส่งผ่านตามอนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยการส่งผ่าน ปี 1921 (The Barcelona Convention on Freedom of Transit of 1921)

#### (ก) ที่มาและหลักปฏิบัติ

อนุสัญญาบาร์เซโลนาว่าด้วยการส่งผ่าน ปี 1921 (The Barcelona Convention on Freedom of Transit of 1921) ซึ่งในที่นี้ ขอเรียกโดยย่อว่า Barcelona Convention ซึ่งถูกร่างขึ้นโดยสันนิบาตชาติ (The League of Nations) ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่สนธิสัญญาสันติภาพ 1919 หรือสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ตระหนักถึงความสำคัญของการมีและการบังคับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องการส่งผ่านและการค้าจึงได้ทำการร่างอนุสัญญานับดังกล่าวขึ้น

อนุสัญญาบาร์เซโลนาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกเกี่ยวกับเรื่องการขนส่งผ่านและเป็นพื้นฐานของกฎหมาย และข้อตกลงจำนวนมากในเวลาต่อมา ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติในข้อ 5 ของข้อตกลง GATT ในเรื่องเสรีภาพในการผ่าน (Freedom of



Transit) ซึ่งได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องการขนส่งผ่านตามอนุสัญญาบาร์เซโลนาไปปรับใช้ แต่เดิมนั้น ข้อตกลงเรื่องการขนส่งผ่านจะขึ้นอยู่กับผลประโยชน์และความพอใจของแต่ละประเทศ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของแต่ละรัฐ จนกระทั่งได้มีการรับรองและกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการขนส่งผ่านระหว่างประเทศ ไว้ในสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ปี 1919 สนธิสัญญานับนี้ได้นำไปสู่การจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยเสรีภาพในการขนส่งผ่าน โดยสันนิบาตชาติที่เมืองบาร์เซโลนา ในปี 1921 โดยหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญาบาร์เซโลนาได้รับการยอมรับและถูกนำไปใช้กับข้อตกลงในเรื่องการส่งผ่านฉบับอื่น ๆ ในเวลาต่อมา

### (ข) คำจำกัดความของการขนส่งผ่าน

อนุสัญญาบาร์เซโลนา (Barcelona Convention) ได้ให้คำจำกัดความการขนส่งผ่านไว้ว่า หมายความว่า “บุคคล สัมภาระ และสินค้าที่ได้รับการขนส่งทางเรือ และการขนส่งด้วยวิธีอื่น โดยเป็นการขนส่งผ่านดินแดนของประเทศภาคี ซึ่งการขนส่งผ่านดินแดนของประเทศภาคีดังกล่าวประเทศภาคีเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการเดินทาง โดยการขนส่งนั้นมีจุดเริ่มต้นและจุดหมายปลายทางนอกอาณาเขตดินแดนของประเทศภาคีซึ่งเป็นทางผ่านนั้น”<sup>49</sup>

อนุสัญญาฉบับนี้จะนำมาใช้ในกรณีที่ดินค้าถูกขนส่งจากประเทศหนึ่งข้ามดินแดนของอีกประเทศหนึ่งเพื่อไปยังประเทศที่สาม แม้ว่าการส่งผ่านจะต้องมีการขนส่งผ่านดินแดนของรัฐทางผ่านก็ตาม แต่การส่งผ่านนี้ก็ยังสามารถที่จะทำได้สำเร็จลงได้ด้วยการทำข้อตกลงระหว่างรัฐต้นทางและรัฐปลายทางฝ่ายหนึ่ง กับรัฐปลายทางอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะฉะนั้นจึงสามารถพิจารณาได้ว่า คำจำกัดความของการส่งผ่านในที่นี้นั้นควรจะหมายความว่า การส่งผ่านโดยตลอด (Through Transit) กล่าวคือ เป็นการส่งจากรัฐต้นทางผ่านรัฐทางผ่านไปยังรัฐปลายทาง ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องการผ่านตามข้อตกลง GATT กับ อนุสัญญาบาร์เซโลนา จะมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องของสภาพการส่งผ่านว่าจะต้องมีการส่งสินค้าผ่านรัฐทางผ่าน แต่หลักเกณฑ์ของข้อตกลง GATT ได้มีการพูดถึงกรณีการขนถ่ายสินค้า ณ รัฐทางผ่าน ในขณะที่อนุสัญญาบาร์เซโลนาไม่ได้พูดถึงการขนถ่ายสินค้าขึ้นหรือลง ณ รัฐทางผ่านไว้แต่อย่างใด ดังนั้น คำจำกัดความของการ

---

<sup>49</sup> Martha M. Roggenkamp, “Transit of Network-bound Energy: the European Experience” in *The Energy Charter Treaty An East-West Gateway for Investment and Trade* (Boston: Kluwer Law International), p. 502.

ขนส่งผ่านตามอนุสัญญาบาร์เซโลน่าจึงต่างจากบทบัญญัติในเวลาต่อมาที่ตีความได้ว่าการส่งผ่านอาจหมายรวมถึงในกรณีที่มีการนำสินค้าขึ้น ณ ประเทศที่มีการขนส่งผ่านก็ได้

### (ค) เงื่อนไขการขนส่งผ่าน

สิ่งที่จะต้องทำการพิจารณาในเบื้องต้นเกี่ยวกับเรื่องการส่งผ่าน คือ การขนส่งผ่านควรจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับการขนส่งภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ได้แสดงให้เห็นถึงความยากลำบากในการหาความสมดุลระหว่างอำนาจอธิปไตยตามหลักดินแดนกับการค้าเสรี ในการบังคับใช้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของการขนส่งผ่าน ซึ่งจะมีผลกระทบไปถึงเรื่องต้นทุนของการขนส่งซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งของการขนส่งผ่าน อนุสัญญาบาร์เซโลน่าสันนิษฐานว่าการขนส่งผ่านจะต้องไม่อยู่ภายใต้การเรียกเก็บเงินพิเศษ รวมถึงภาษีของการนำเข้าและการส่งออก ส่วนที่อาจถูกเรียกเก็บได้คือค่าใช้จ่ายจากการควบคุมตรวจสอบ และการบริหารงานการขนส่ง โดยในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวจะต้องถูกดำเนินการโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ ประเทศภาคีได้รับอนุญาตให้ใช้กำแพงภาษีการขนส่งตราบใดที่มีการกำหนดอัตราและวิธีการนำมาใช้ที่สมเหตุสมผล โดยทั้งนี้จะต้องอำนวยความสะดวกต่อการขนส่งระหว่างประเทศให้มากที่สุด<sup>50</sup>

สิ่งที่น่าสนใจคือ ที่ประชุมในกรุงบาร์เซโลน่าไม่สามารถตกลงเรื่องขอบเขตของความเท่าเทียมกันได้ ประเด็นก็คือ อัตราภาษีการขนส่งที่ใช้กับเส้นทางขนส่งภายในประเทศบางเส้นทางที่ได้รับการอุดหนุนจากภาครัฐควรจะนำมาใช้กับการขนส่งผ่านหรือไม่ ในเมื่อรัฐที่ขนส่งผ่านไม่ได้มีความตกลงในการได้รับสิทธิพิเศษจากรัฐเจ้าของบ้าน หรืออีกประเด็นหนึ่งคือ หลักของความเท่าเทียมกันของรัฐจะถูกนำมาใช้กับทุกพฤติการณ์หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามพบว่าเงื่อนไขทางเทคนิคหรือทางการค้าบางอย่างเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการขนส่งผ่าน ที่ประชุมอนุสัญญาบาร์เซโลน่ายังไม่สามารถตกลงกันในประเด็นดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามไม่เป็นการสมเหตุสมผลที่จะให้กิจกรรมการขนส่ง หรือการค้าภายในประเทศมาเป็นอุปสรรค หรือมาขัดแย้งกับหลักการขนส่งผ่านอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป โดยในท้ายที่สุดแล้ว อนุสัญญาได้กำหนดให้มีการขนส่งผ่านอย่างจำกัด กล่าวคือ รัฐต่างๆ มีสิทธิที่จะตั้งกฎเกณฑ์ต่อการขนส่งผ่านตามสมควร เช่นการ

<sup>50</sup> Martha M. Roggenkamp, "Transit of Network-bound Energy: the European Experience" in *The Energy Charter Treaty An East-West Gateway for Investment and Trade* (Boston: Kluwer Law International), pp. 502-503.

ไม่ให้ขนส่งผ่านด้วยเหตุผลเพื่อความมั่นคง หรือในยามที่ประโยชน์อันจำเป็นของรัฐถูกคุกคาม หรือ ในยามสงคราม อย่างไรก็ตาม หากมีข้อยกเว้นต่อหลักเสรีภาพของการขนส่งผ่าน รัฐภาคีอนุสัญญาบาร์เซโลน่าจะดำเนินการตามข้อยกเว้นดังกล่าวโดยไม่ให้กินเวลานานเกินสมควร และในการทำข้อตกลงว่าด้วยการขนส่งผ่านจะต้องไม่มีข้อตกลงที่จะส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อรัฐทางผ่าน

เพราะฉะนั้นจึงสามารถพิจารณาได้ว่า ได้มีการพยายามหาความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการขนส่งผ่านและการให้การปฏิบัติต่อประเทศภาคีอื่น ๆ อย่างเท่าเทียมกันในการขนส่งผ่านอันจะเป็นประโยชน์ต่อการค้าระหว่างประเทศ กับการเคารพในอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของแต่ละรัฐ ดังที่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในอนุสัญญาบาร์เซโลน่า ซึ่งได้มีการวางข้อกำหนดโดยตั้งอยู่บนหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคี แต่ก็ได้ให้อำนาจรัฐในการปฏิเสธการขนส่งผ่านโดยอ้างเหตุเพื่อความปลอดภัย และความมั่นคงของประเทศได้เช่นเดียวกัน

(ง) อนุสัญญาบาร์เซโลน่าว่าด้วยการส่งผ่าน ปี 1921 และการค้าพลังงาน

แม้้อนุสัญญานี้จะไม่ได้อ้างถึงการขนส่งพลังงานโดยเฉพาะเจาะจง และการขนส่งพลังงานผ่านท่อในระยะทางไกล ๆ ในสมัยนั้นยังไม่ได้เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ดีในการประชุมพลังงาน ซึ่งให้เห็นว่าการทำความเข้าใจในเรื่องการขนส่งดังกล่าวจะทำให้มีพลังงานเชื้อเพลิงที่เพียงพอ โดยเฉพาะในกรณีของการซื้อขายไฟฟ้าเพื่อนำไปขนส่งทางรถไฟ ส่งผลให้มีการประชุมว่าด้วยการส่งกระแสไฟฟ้า ในช่วงระหว่างการประชุมบาร์เซโลน่าว่าด้วยการติดต่อสื่อสารและการขนส่งผ่านครั้งที่ 2 ในปี 1923 (The Barcelona Conference on Communications and Transit 1923)

ความคิดแรกเริ่มคือสร้างระบบระหว่างประเทศด้านการค้าไฟฟ้า มีเป้าหมายให้ประเทศภาคีที่มีทรัพยากรไฟฟ้าที่เพียงพออยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะแบ่งปันไปให้แก่ประเทศที่มีไฟฟ้าที่ไม่พอเพียง ท้ายที่สุด ที่ประชุมเห็นชอบกับข้อตกลงเกี่ยวกับการขนส่งผ่านไฟฟ้า อนุสัญญาว่าด้วยการขนส่งพลังงานไฟฟ้า ลงวันที่ 9 ธันวาคม 1923 โดยอนุสัญญานี้ไม่อยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพทางการค้า เฉกเช่นอนุสัญญาบาร์เซโลน่า เพียงแค่บังคับให้รัฐต่างๆ เข้า

ร่วมเจรจาตกลงต่อการขนส่งผ่าน โดยให้คำจำกัดความที่จำกัดอย่างสั้น ๆ ของคำว่า การขนส่งผ่าน (Transit) ไว้ดังนี้

“พลังงานไฟฟ้าที่จะถือว่าขนส่งผ่านข้ามดินแดนของรัฐภาคีเมื่อขนส่งผ่านข้ามดินแดนดังกล่าวโดยวิธีการขนส่งผ่านตัวนำที่ติดตั้งเพื่อการนี้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน พลังงานดังกล่าวไม่ได้ถูกผลิต ถูกใช้ประโยชน์ หรือถูกแปลงภายในดินแดนของรัฐบาล”

หากต้องการแปลงพลังงานไฟฟ้าภายในดินแดนของรัฐที่ขนส่งผ่าน ก็ไม่ถือว่าเป็นการขนส่งผ่านอีกต่อไป เมื่ออนุสัญญานี้ฉบับนี้ใช้บังคับ ผลกระทบของบัญญัตินี้อยู่ในวงจำกัดมาก เพราะการขนส่งไฟฟ้าสามารถเกิดขึ้นเมื่อมีการแปลงไฟฟ้าในระยะเวลาสม่ำเสมอ

ในทางตรงกันข้าม อนุสัญญานี้ดูเหมือนจะให้คำจำกัดความของ Transit ไว้กว้างขวางกว่า นั่นคือ เกี่ยวโยงต่อการจัดให้มี และการก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่อการขนส่งผ่าน อนุสัญญานี้ต้องการเพียงระดับการขนส่งผ่านขั้นต่ำเพื่อจะได้มีการขอให้รัฐที่ขนส่งผ่านก่อสร้างเส้นทางขนส่งผ่านเพิ่มเติม อนุสัญญาเองก็ไม่ได้จำกัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกหรืออุปกรณ์เพิ่มมากขึ้น อย่างไรก็ตามเมื่อกลับมาพิจารณาอนุสัญญาบาร์เซโลนา 1921 ปรากฏว่ายังไม่มีข้อสรุปว่ารัฐที่ขนส่งผ่านจะสามารถสร้างเส้นทางขนส่งเพิ่มเติมได้หรือไม่ หรือมีสิทธิเพียงแค่อุปกรณ์อำนวยความสะดวกที่มีอยู่ สำหรับอนุสัญญาขนส่งผ่านไฟฟ้านั้นให้มีการก่อสร้างหรือการตั้งสายหรือเสาได้เพิ่มเติม ตราบใดที่สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายและการบริหารของรัฐที่ขนส่งผ่าน ข้อตกลงครอบคลุมการขนส่งผ่านที่มีขึ้นเพื่อ

- การก่อสร้างและการบำรุงรักษาสายส่งไฟฟ้า
  - การออกเงินค่าใช้จ่ายที่เที่ยงธรรมให้แก่รัฐที่ขนส่งผ่าน ในส่วนของความเสี่ยง ความเสียหาย เงินที่เรียกเก็บและค่าใช้จ่ายด้านการบริหารเงิน
  - วิธีใช้การควบคุมทางเทคนิคและประกันความปลอดภัยต่อส่วนรวม
- และ
- กระบวนการระงับข้อพิพาท (27)

ผลกระทบจากข้อนี้(ข้อ4แห่งอนุสนธิ์การขนส่งไฟฟ้า)ส่งผลเสียแก่ข้อบทอื่น ๆ นั้นคือ ข้อที่ว่ารัฐจะต้องไม่ถูกบังคับให้ใช้อำนาจในการเวนคืนหรือบังคับให้มองสิทธิแห่งทาง บทบัญญัติประการหลังนี้เป็นข้อเสียเปรียบสำคัญต่อการตระหนักถึงสิทธิระหว่างประเทศในการขนส่งผ่านไฟฟ้า ดังจะเห็นได้จากการมีไม่กี่ประเทศที่ให้สัตยาบันแก่ข้อตกลงนี้ (ดูเชิงอรรถที่ 30)

#### 3.4.4.3 หลักการส่งผ่านตามข้อตกลง GATT

##### (ก) ที่มาและหลักปฏิบัติทั่วไป

หลักเกณฑ์เรื่องเสรีภาพในการผ่าน (Freedom of Transit) ภายใต้ข้อตกลง GATT กับแนวคิดเรื่องการส่งผ่าน (Transit) ในกิจการพลังงาน ปรากฏในข้อตกลง GATT ข้อ V ดังนี้

1. สินค้า (รวมถึงสัมภาระ) รวมทั้งเรือและวิธีการอย่างอื่นในการขนส่ง ให้ถือว่าเป็นการผ่านอาณาเขตของภาคีของคู่สัญญา เมื่อการเดินทางผ่านอาณาเขตนั้นไม่ว่าจะมีหรือไม่มีการขนถ่ายสินค้าระหว่างเรือ เก็บในคลังสินค้า แยกจำนวน หรือเปลี่ยนยานพาหนะในการขนส่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการเดินทางทั้งหมด ซึ่งเริ่มต้นและสิ้นสุดเลยเขตแดนของภาคีคู่สัญญาซึ่งเส้นทางขนส่งนั้นตัดผ่านอาณาเขต การขนส่งในลักษณะนี้ให้เรียกโดยข้อนี้ว่า "การขนส่งในขณะที่ผ่าน"
2. ให้มีเสรีภาพในการผ่านอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาแต่ละราย ตามเส้นทางที่สะดวกที่สุดสำหรับการผ่านระหว่างประเทศ เพื่อการขนส่งผ่านไปยัง หรือมาจากอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอื่น ๆ จะไม่มีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน บนพื้นฐานของการชักธงของเรือ แหล่งกำเนิด การออกไป การเข้ามา ทางออก หรือจุดหมายปลายทาง หรือในสภาพการณ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิของสินค้า ของเรือ หรือยานพาหนะประเภทอื่น ๆ
3. ภาคีคู่สัญญาใดอาจบังคับให้การขนส่งผ่านอาณาเขต ต้องผ่านด่านศุลกากรที่เหมาะสม เว้นแต่เฉพาะในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยการศุลกากร การขนส่งเช่นว่านั้นซึ่งมาจาก หรือไปยังอาณาเขตของภาคีคู่สัญญาอื่น จะไม่ถูกทำให้ชักช้า หรืออยู่ใต้ข้อจำกัดโดยไม่จำเป็น และจะได้รับยกเว้นจากอากรศุลกากรและอากรค่าผ่านแดนทั้งปวง หรือค่าภาระอื่น ๆ ซึ่งเรียกเก็บกับการผ่านแดน แต่ต้องชำระค่าภาระสำหรับการขนส่ง หรือค่าภาระซึ่งเทียบเท่ากับรายจ่ายทางบริหารที่เกิดจากการผ่านแดนหรือค่าบริการ

4. ค่าภาระและข้อบังคับทั้งปวง ซึ่งกำหนดโดยภาคีสัญญาในการขนส่งผ่านไปยัง หรือมาจากอาณาเขตของภาคีสัญญาอื่น ๆ จะต้องเหมาะสมโดยคำนึงถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ด้านการขนส่ง

5. ในส่วนที่เกี่ยวกับค่าภาระ ข้อบังคับ และพิธีการทั้งปวง ซึ่งเกี่ยวข้องกับการผ่านแดน ภาคีสัญญาแต่ละรายจะให้การปฏิบัติต่อการจราจรในขณะผ่านไปยังหรือมาจากอาณาเขตของภาคีสัญญาอื่น ๆ ไม่ด้อยไปกว่าการจราจรผ่านไปยัง หรือมาจากประเทศที่สาม

6. ภาคีสัญญาแต่ละรายจะให้การปฏิบัติแก่บรรดาผลิตภัณฑ์ ซึ่งผ่านอาณาเขตของภาคีสัญญาอื่นใด ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ซึ่งจะให้แก่ผลิตภัณฑ์เหล่านั้น หากได้มีการขนส่งจากแหล่งกำเนิดไปยังจุดหมายปลายทาง โดยไม่ผ่านอาณาเขตของภาคีสัญญาอื่นใดเช่นว่า อย่างไรก็ตาม ภาคีสัญญาใดจะมีอิสระที่จะคงไว้ซึ่งข้อบังคับเกี่ยวกับการขนส่งโดยตรง ซึ่งมีอยู่ในวันที่มีความตกลงนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสินค้าใดที่การขนส่งโดยตรงเป็นเงื่อนไขที่จำเป็น ในการที่จะได้รับสิทธิการเข้ามาของสินค้าในอัตราอากรสิทธิพิเศษ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับวิธีการประเมินราคาเพื่อการจัดเก็บอากรของภาคีสัญญา

7. บทบัญญัติของข้อนี้จะไม่ใช้กับการบินผ่านของเครื่องบิน แต่จะใช้กับการขนส่งสินค้าผ่านแดนโดยทางอากาศ (รวมถึงสัมภาระ)

หลักดังกล่าวถูกนำมาปรับใช้เพื่อรองรับปัญหาในเรื่อง การเชื่อมต่อท่อส่งในกิจการก๊าซธรรมชาติ ระบบส่ง (Transmission) และระบบ GRID ในกิจการไฟฟ้า เพื่อการค้าขายด้านพลังงาน โดยสภาพการส่งผ่าน (Transit) จะเป็นความผูกพันในระดับพหุภาคี คือประกอบด้วยผู้เข้าร่วมมากกว่าสองฝ่าย ดังนั้นมาตรการและกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้จึงครอบคลุมไปถึงการส่งที่เริ่มขึ้นนอกเขตพรมแดนของรัฐภาคีสันติสัญญา และการส่งผ่านที่มีจุดหมายปลายทางนอกเขตพรมแดนของรัฐภาคี หลักเกณฑ์นี้ครอบคลุมไปถึงท่อส่งได้นำหรือวิธีการดำเนินการอื่นใดเพื่อนำพาหรือส่งสินค้าด้านพลังงาน

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักเรื่องเสรีภาพในการผ่านภายใต้มาตรฐานหรือปทัสสถานระหว่างประเทศในสามกรณีดังกล่าวข้างต้น พบว่า สันติสัญญาด้านพลังงาน (ECT) ยังได้กำหนดกฎเกณฑ์บางประการที่พัฒนาต่อไปไกลกว่าที่เคยมีบัญญัติไว้ในข้อตกลง GATT กล่าวคือ

1. ภายใต้ข้อตกลง GATT ในการผ่านทางที่เริ่มจากประเทศสมาชิกไปสู่ปลายทาง ณ.ประเทศสมาชิก หรือการขอผ่านทางประเทศสมาชิกไปสู่ปลายทาง ณ.ประเทศอื่น ในการผ่านทางเช่นว่านี้ประเทศภาคีจะต้องให้สิทธิต่อกันอย่างเท่าเทียมหรือเท่าเทียมกับที่ให้สิทธิแก่ประเทศอื่น ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อกำหนดเรื่องการให้สิทธิในการผ่านตามข้อตกลง GATT เป็นไปตามหลักการ ปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation: MFN) ซึ่งทำให้ประเทศสมาชิกจะต้องให้สิทธิประโยชน์แก่สมาชิกประเทศอื่นอย่างเท่าเทียมกัน และเป็นแบบเดียวกัน หรือเท่ากับที่ให้กับประเทศอื่น

ตามบทบัญญัติในเรื่องการผ่านทางที่กำหนดให้ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) ระบุให้ประเทศภาคีในสนธิสัญญาให้สิทธิในการผ่านแก่สินค้าจากประเทศภาคีอื่น ๆ อย่างเท่าเทียมและเป็นแบบเดียวกับสินค้าที่ส่งออก หรือมีปลายทาง ณ.ประเทศตน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าข้อกำหนดในเรื่องสิทธิในการผ่านตามสนธิสัญญาฉบับนี้ ยึดตามหลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ซึ่งทำให้ประเทศต้องให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศภาคีในสนธิสัญญาแบบเดียวกันหรือเท่าเทียมกับคนชาติ

2. ในสถานการณ์ที่ระบบส่งเกิดขัดข้องหรือมีกำลังสำรองไม่เพียงพอ โดยเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นกับระบบส่งสาธารณูปโภค เช่น ระบบส่งไฟฟ้า สนธิสัญญา ECT กำหนดให้รัฐบาลห้ามขัดขวางการจัดหาหรือก่อสร้างระบบ หรือการเพิ่มกำลังผลิต ทั้งนี้อยู่ภายใต้บทบัญญัติตามกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับหลักในเรื่องสิทธิการส่งผ่าน (Transit) และหลักไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ซึ่งแนวคิดดังกล่าวไม่มีบัญญัติไว้ในข้อตกลง GATT แต่อย่างใด

3. รัฐบาลประเทศทางผ่านอาจมีมาตรการในการขัดขวาง หรือเพิ่มความสามารถในการผลิตหรือการปรับปรุงการผลิตที่มีอยู่เดิม โดยอ้างเหตุผลเรื่องการเป็นอันตรายต่อความมั่นคงและประสิทธิภาพของระบบพลังงานภายในประเทศ รัฐบาลจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเหตุผลดังกล่าว มีน้ำหนักและเป็นที่ยอมรับของประเทศภาคีอื่น ๆ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาข้อ 5 ของ GATT เห็นได้ชัดว่า คล้ายคลึงกับ Barcelona Transit Convention ดูเหมือนบางย่อหน้านั้น GATT จะนำมาจากอนุสัญญานี้โดยตรงนั่นคือ นิยามของ Transit สินค้า และวิธีการขนส่งอื่นจะถูกถือว่าเป็นการขนส่งข้ามดินแดนดังกล่าว เมื่อการผ่านเป็นเพียงแค่ส่วนหนึ่งของการเดินทาง มีจุดเริ่มต้นและจุด

ปลายทางห่างออกไปจากพรมแดนของรัฐภาคี โดยมีการขนส่งผ่านรัฐนั้น” จากถ้อยคำดังกล่าวจะเห็นได้ว่าจะต้องมีการใช้การขนส่งผ่านที่ไม่เลือกปฏิบัติซึ่งนำเอาหลักการนี้มาจากอนุสัญญาบาร์เซโลนา

“ไม่มีข้อแตกต่างที่อาศัยมูลเหตุของเรือ ถิ่นกำเนิด การออกไป การเข้ามา ปลายทาง หรือต่อพฤติกรรมอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของสินค้า เจ้าของเรือ หรือวิธีการขนส่งอื่น(33 มาตรา 5 (2) ของ GATT)”

อันที่จริงการขนส่งผ่านจะต้องไม่ล่าช้าหรือมีข้อจำกัดโดยไม่จำเป็น และต้องได้รับการยกเว้นภาษีศุลกากร ภายใต้ GATT รัฐภาคีได้รับอนุญาตให้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายใน 2 ประเภท คือ เงินที่เรียกเก็บจากการขนส่ง และเงินที่เรียกเก็บเพื่อการบริหารงานหรือการให้บริการ นอกจากนั้นส่วนที่เรียกเก็บต้องสมเหตุสมผล(มาตรา 5 (4) ของ GATT)และไม่เลือกปฏิบัติ ดังนี้ พันธกรณีพื้นฐานภาคีได้ GATT มี 2 ลักษณะคือ ก. ต้องไม่สร้างอุปสรรคหรือกำหนดให้เรียกเก็บเงินจากสินค้าที่ขนส่งผ่านโดยไม่สมเหตุสมผล และ ข. นำหลัก MFN มาใช้กับสินค้าที่ขนส่งไปยังประเทศภาคีทั้งหลาย ถึงแม้ว่า MFN จะเป็นหลักสำคัญของ GATT ที่มักจะโยงไปถึงการปฏิบัติโดยให้สิทธิพิเศษ แต่ดูเหมือนด้วยลักษณะความเป็นข้อตกลงพหุภาคีได้เปลี่ยนให้เข้าสู่มาตรฐานของความเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ถือว่าข้อ 5 ของ GATT สอดคล้องกับถ้อยคำที่บัญญัติในอนุสัญญาบาร์เซโลนา

หลักการการขนส่งผ่านภายใต้ GATT นั้นได้ถูกเน้นให้เห็นว่าเป็นพันธกรณีตามกฎหมายที่มากกว่าในอนุสัญญาบาร์เซโลนาซึ่งรัฐที่ขนส่งผ่านจะต้องปฏิบัติตามเห็นได้จากข้อ 5 ระบุให้เป็นพันธกรณีต่อเสรีภาพในการขนส่งผ่าน ประการที่ 2 ข้อ 5 วรรค 2 ระบุว่า “จะต้องมีเสรีภาพในการขนส่งผ่านดินแดนของรัฐภาคีโดยส่งผ่านเส้นทางที่สะดวกที่สุดสำหรับการขนส่งระหว่างประเทศที่ส่งไปยัง หรือจากดินแดนของรัฐภาคีอื่น”

มาตรา 5 ของ GATT ใช้กับการขนส่งสินค้า จะนำมาใช้กับการขนส่งพลังงานและผลิตภัณฑ์พลังงานได้หรือไม่ พลังงานเป็นสินค้าชนิดหนึ่งหรือไม่ การปฏิบัติงานด้านพลังงานภายใต้ GATT ดูเหมือนจะเป็นไปตามสภาพตลาดโลก โดยพื้นฐานแม้การค้าพลังงานภายใต้ GATT อยู่ในข่ายการค้าที่พึงจะได้รับการปฏิบัติเช่นสินค้าอื่น ๆ แต่ในความเป็นจริง หลังจากช่วงวิกฤตการณ์น้ำมันปี 1973 พลังงานได้รับการปฏิบัติอยู่นอก GATT เวลาผ่านไป พลัง



งานภายใต้ GATT ถือว่าเป็นสินค้าหนึ่งชิ้นเรื่อย ๆ เว้นแต่พลังงานไฟฟ้าที่ได้จากน้ำ ซึ่งถูกจัดว่าเป็นการบริการอย่างหนึ่ง

มาตรา 29 ของ ECT บัญญัติถึงมาตราชั่วคราวสำหรับประเทศภาคีที่ยังไม่ได้เป็นสมาชิกของ GATT ว่า จะได้รับการปฏิบัติเช่นเป็นสมาชิกของ GATT ด้วย

ด้วยเหตุที่ GATT นั้นใช้ต่อการค้าระหว่างประเทศโดยทั่วไป ส่วน ECT เกี่ยวข้องเฉพาะการค้าระหว่างประเทศด้านพลังงาน จึงไม่ต้องแปลกใจที่ ECT ถูกอ้างว่าเป็น “Energy-GATT” ตามมาตรา 7 มีข้อได้เถียงว่า กฎเกณฑ์สำหรับการขนส่งสินค้าพลังงานของ ECT จะเรียกได้ว่าเป็น บทบัญญัติ GATT-Plus อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณามาตรา 5 ของ GATT พบว่าในเมื่อมาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาบาร์เซโลนา และอยู่บนหลักเสรีภาพในการขนส่งผ่าน ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถสรุปได้ว่า ECT ย่อมจะต้องสอดคล้องกับข้อตกลงดังกล่าวข้างต้น และไม่ได้รวมเอาข้อกำหนดพิเศษไว้ นอกจากนี้ บางบทบัญญัติอาจถือได้ว่าเป็นการรวบรวมหลักการทั่วไปบางประการในเรื่องการขนส่งเข้าไว้ด้วยกัน

#### (ข) คำจำกัดความของ Transit

เช่นเดียวกับ มาตรา 5 ของ GATT และอนุสัญญาบาร์เซโลนา มาตรา 7 (10) ของ ECT จัดได้ว่ากล่าวถึง Through-Transit ซึ่ง Transit นั้นหมายความว่าถึง

“การขนส่งผ่านพื้นที่ของประเทศภาคี หรือขนส่งไปยัง หรือจากท่าเรือของประเทศเพื่อบรรจุ หรือปลดถ่ายออกซึ่งวัสดุและผลิตภัณฑ์พลังงานที่มาจากพื้นที่ของประเทศอื่น และมีจุดมุ่งหมายปลายทางอยู่ในประเทศที่สาม ตราบใดที่รัฐอื่นหรือรัฐที่สามนั้นเป็นประเทศภาคีในสนธิสัญญานี้”

โดยพื้นฐานแล้ว “Through-Transit” ต้องมีรัฐภาคี 3 รัฐ เกี่ยวข้องกับการขนส่งผ่านนี้ แต่อาจปรากฏว่ามีรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องแค่ 2 รัฐ เช่น ในกรณีที่พื้นที่ของถิ่นกำเนิดและจุดหมายปลายทางตกอยู่ภายใต้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และพื้นที่ขนส่งผ่านเป็นของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง บทบัญญัติข้อ 7 ของ ECT ใช้กับการขนส่งผ่านประเภทนี้ด้วย

(ค) ปฏิสัมพันธ์ระหว่าง ECT , GATT และ Barcelona Convention  
ในหลักเสรีภาพการขนส่งผ่าน

จากการศึกษาเมื่อเปรียบเทียบ มาตรา 5 ของ GATT และมาตรา 7 ของ ECT เห็นได้ว่า มาตรา 7 ของ ECT ได้มีการจัดเรียงถ้อยคำใหม่ในลักษณะที่เน้นถึงหลักเสรีภาพในการขนส่งผ่านน้อยลง แต่เน้นมุ่งให้ความสำคัญกับอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคีซึ่งเป็นหนึ่งในบรรดาหลักการสำคัญของกฎบัตรพลังงานของประเศยุโรป (European Energy Charter) ฉบับก่อน ๆ แทนที่จะใช้ถ้อยคำเอกเช่น มาตรา 5 ของ GATT ที่ว่า “จะต้องมีเสรีภาพในการขนส่งผ่าน” มาตรา 7 บัญญัติว่า “ประเทศภาคีต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็น เพื่ออำนวยความสะดวกต่อการขนส่งผ่าน....ให้สอดคล้องกับหลักในเรื่องเสรีภาพในการขนส่งผ่าน” เห็นได้ชัดว่า ถ้อยคำที่ใช้ใน ECT ไม่แสดงถึงพันธกรณีชัดเจนเท่ากับ มาตรา 5 ของ GATT

จากการที่ ECT เน้นในเรื่องอำนาจอธิปไตย จึงบัญญัติถึงเสรีภาพในการขนส่งผ่านไว้อย่างมีขอบข่ายที่จำกัด ดังนั้น ECT จึงต้องการแค่ให้ภาคีดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อเชื่ออำนาจต่อความสะดวกในการขนส่งวัสดุและผลิตภัณฑ์พลังงาน.....” คำจำกัดความนี้ค่อนข้างกว้างและไม่ชัดเจนว่าดำเนินมาตรการที่อำนวยความสะดวกคืออะไร วรรคต่อมาได้ให้ข้อบ่งชี้บางประการที่ให้ประเทศภาคีส่งเสริมให้องค์กรที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือในเรื่องดังต่อไปนี้

1. ทำให้สิ่งอำนวยความสะดวกในการขนส่งพลังงานทันสมัยสำหรับการขนส่งผ่าน
2. พัฒนาและใช้สิ่งอำนวยความสะดวกแก่พื้นที่ที่มีขีดเพื่อประโยชน์ของประเทศภาคีเดียว เช่น ก่อสร้างท่อขนส่งระหว่างประเทศ
3. อำนวยความสะดวกในการเชื่อมต่อเครื่องมืออุปกรณ์ขนส่งผ่าน (อาจเป็นการเชื่อมต่อภายในประเทศหรือข้ามพรมแดนก็ได้)
4. มาตรการที่บรรเทาผลกระทบจากการป้อนพลังงานหยุดชะงัก

ดังนั้นสามารถสรุปได้ว่า ECT ไปไกลกว่า Barcelona Transit Convention ในประเด็นเรื่องเครื่องมืออุปกรณ์ (facilities) หรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการส่งผ่านซึ่งอนุสัญญาบาร์เซโลนาไม่ได้กล่าวถึงเงื่อนไขในการกำหนดให้พัฒนาระบบดังกล่าวได้ ในทางตรงกันข้าม ECT ถูกจำกัดในทางปฏิบัติเพราะ ECT นั้นใช้กับการขนส่งผ่านเฉพาะอุปกรณ์บางอย่าง เช่น ท่อความดันสูง และท่อส่งผ่าน โดยทั่วไปท่อส่งพลังงานข้ามพรมแดนมักจะเป็นท่อ

ความดันสูง ซึ่งหากพิจารณาจากข้อบทใน GATT พบว่ายังมีข้อที่ยังไม่ได้ระบุถึงชัดเจนนัก คือระบุว่า จะต้องมีการเสรีภาพในการขนส่งผ่านไปตามเส้นทางที่สะดวกที่สุดสำหรับการขนส่งระหว่างประเทศ

นอกจากการใช้เครื่องมืออุปกรณ์ส่งที่มีอยู่ ECT ได้ระบุถึงสิทธิในการขนส่งผ่าน ใหม่ ๆ เช่น สร้างสิ่งให้นำมาใช้ขนส่งพลังงานเพิ่มเติม แม้ว่าความต้องการโครงสร้างพื้นฐานใหม่จะเป็นสิ่งจำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ แต่การก่อสร้างนั้นก็จัดได้ว่าละเมิดต่ออำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอย่างรุนแรง อย่างไรก็ตาม ECT ก็เปิดโอกาสให้มีการทำข้อตกลงขนส่งผ่านทางการค้า สิทธิในการก่อสร้างสิ่งดังกล่าวถูกจำกัดโดยกฎหมายภายในของรัฐซึ่งใช้อย่างเท่าเทียมกันกับประเทศอื่น ๆ ด้วย กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องอาจเป็นกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การใช้ประโยชน์ที่ดิน ความปลอดภัย หรือมาตรฐานทางเทคนิค ถึงแม้ว่าการที่จะสร้างสิ่งให้นำมาใช้ขนส่งเพิ่มเติมไม่ได้มีบัญญัติไว้ชัดเจนในอนุสัญญาบาร์เซโลนา และข้อ 5 ของ GATT แต่ก็อาจตีความว่าเป็นการเพิ่มองค์ประกอบใหม่เข้ามาใช้ในการขนส่งผ่าน อย่างไรก็ตามก็ตีสิทธินี้มีปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการขนส่งพลังงานไฟฟ้า ปี 1923

ไม่ว่าจะมีการขนส่งประเภทใดอัน ได้แก่ การขนส่งผ่านระบบที่มีอยู่หรือ การก่อสร้างโครงสร้างหรือระบบเพิ่มเติมสำหรับการขนส่ง รัฐทางผ่านอาจอยู่ภายใต้อนุสัญญาบาร์เซโลนาหรือข้อ 5 ของ GATT อาจจำกัดการส่งผ่านหากว่าสิ่งนั้นเป็นอันตรายต่อความมั่นคงหรือต่อประสิทธิภาพของระบบพลังงาน รวมถึงความมั่นคงปลอดภัยของการจัดหาพลังงาน ECT ได้เน้นถึงความเป็นรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยนั้นคือประเทศที่ขนส่งผ่านอาจจำกัดต่อการทำสิ่งใด ๆ ได้

อย่างน้อยที่สุด ECT อ้างถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ข้อ 7(1) บัญญัติว่า มาตรการที่เอื้ออำนวยต่อการขนส่งผ่านควรจะทำไปโดยไม่คำนึงความแตกต่างด้านถิ่นกำเนิด จุดหมายปลายทางหรือความเป็นเจ้าของในพลังงาน หรือเลือกปฏิบัติด้านราคา ดำเนินมาตรการโดยไม่ล่าช้าเกินสมควร ปราศจากข้อจำกัดหรือการเรียกเก็บเงินใด ๆ หลักการนี้ยังเป็นฐานของบทบัญญัติในวรรค 3 ที่ระบุว่ากฎหมายภายในเกี่ยวกับการขนส่งพลังงาน และการใช้สิ่งนำไปขนส่งพลังงาน ไม่ควรปฏิบัติไปในทางที่เป็นคุณน้อยกว่าการขนส่งพลังงานภายในประเทศ

ท้ายที่สุด หากตระหนักถึงการขนส่งจุดสำคัญก็คือ ต้องให้การขนส่งดำเนินต่อไปได้ ข้อ 7(5) บังคับให้ประเทศภาคีประกันการส่งผ่านพลังงานที่มีขึ้น ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดจากการขนส่ง รัฐที่ขนส่งผ่านจะต้องไม่ทำให้หยุดชะงัก หรือลด หรืออนุญาตให้องค์กร

ใด ๆ อยู่ภายใต้การควบคุม หรืออำนาจในการสั่งให้มีการหยุดชะงัก หรือลดการขนส่งพลังงานที่มีอยู่ ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของ ECT ไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ถ้าหากสัญญาหรือข้อตกลงอื่นไม่ได้มีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับการทำให้หยุดชะงัก หรือการลดการขนส่งผ่านจะต้องใช้กลไกระงับข้อพิพาทตามมาตรา 7(7) ซึ่งให้มีการไกล่เกลี่ยตามกำหนดเวลา ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น คือ รัสเซียจำกัดการขนส่งน้ำมันจากคาซัคสถานตอนต้นปี 1994 อุซเบกิสถานทำให้การขนส่งก๊าซจากเติร์กเมนิสถานไปยังอามีเนียหยุดชะงักไปในปี 1995 เพื่อจะได้ประโยชน์จากค่าธรรมเนียมการขนส่งที่สูงขึ้น

โดยสรุปแล้ว เมื่อเปรียบเทียบมาตรา 7 ของ ECT กับข้อ 5 ของ GATT และอนุสัญญาบาร์เซโลนาสามารถสรุปได้ว่าต่างก็มีหลักการที่เปรียบเทียบแล้วเป็นไปในทำนองเดียวกัน สามารถพบหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกันใน ECT ซึ่งทุกข้อตกลงระหว่างประเทศต่างหาสมดุระหว่างการค้าทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐ และอำนาจอธิปไตยของรัฐ ในทางกลับกัน GATT นั้น เน้นถึงการพึ่งพาอาศัยกันทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศต่าง ๆ มาเป็นปัจจัยตัดสินส่วนกฎบัตรพลังงานยุโรปยระดับของหลักการอำนาจอธิปไตยของรัฐ และสิทธิอธิปไตยของรัฐให้เหนือกว่าทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ ข้อแตกต่างนี้ปรากฏในถ้อยคำของข้อ 7 ของ ECT แทนที่จะเน้นถึงเสรีภาพในการขนส่งผ่าน แต่ ECT กลับเน้นถึงสิทธิอธิปไตยของประเทศคู่ภาคี ใน ECT นั้นมีบัญญัติพันธกรณีด้านการขนส่งที่มีรายละเอียดมากกว่า ถึงแม้บทบัญญัติเหล่านี้จะไม่มีลักษณะเป็น GATT-Plus แต่ก็สามารถอ้างได้ว่ามีความโปร่งใสซึ่งสามารถนำไปสู่การแก้ปัญหาได้ นอกจากนี้ คู่ภาคีไม่ควรจะไปใช้ข้อ 5 ของ GATT เมื่อมีข้อพิพาทด้านการขนส่ง เพราะบทบัญญัตินี้ยากและซับซ้อน อีกประเด็นหนึ่ง คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใน GATT มักจะล่าช้าและไม่ประสบความสำเร็จมาก ส่วนใน ECT จะระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทไว้มากกว่าข้อพิพาทการขนส่งอาจถูกแก้ไขหรือระงับลงได้อย่างง่าย ๆ ในอนาคตมากกว่าในอดีต โดยใช้ร่วมกับแนวทางความโปร่งใสที่เพิ่มมากขึ้นในบทบัญญัติการขนส่งผ่านต่องานของ ECT

### 3.4.5 แนวคิดทางด้านเศรษฐกิจในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT)

#### 3.4.5.1 กฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขัน (Competition)

##### (ก) กฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันใน ECT

สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องการแข่งขัน  
กันในตลาดพลังงานระหว่างประเทศไว้ในข้อ 6<sup>51</sup> โดยวางหลักให้ประเทศภาคีใช้บังคับกฎหมาย

---

<sup>51</sup> “ Article 6 : Competition

(1) Each Contracting Party shall work to alleviate market distortions and barriers to competition in Economic Activity in the Energy Sector.

(2) Each Contracting Party shall ensure that within its jurisdiction it has and enforces such laws as are necessary and appropriate to address unilateral and concerted anti-competitive conduct in Economic Activity in the Energy Sector.

(3) Contracting Parties with experience in applying competition rules shall give full consideration to providing, upon request and within available resources, technical assistance on the development and implementation of competition rules to other Contracting Parties.

(4) Contracting Parties may co-operate in the enforcement of their competition rules by consulting and exchanging information.

(5) If a Contracting Party considers that any specified anti-competitive conduct carried out within the Area of another Contracting Party is adversely affecting an important interest relevant to the purposes identified in this Article the Contracting Party may notify the other Contracting Party and may request that its competition authorities initiate appropriate enforcement action. The notifying Contracting Party shall include in such notification sufficient information to permit the notified Contracting Party to identify the anti-competitive conduct that is the subject of the notification and shall include an offer of such further information and co-operation as the notifying Contracting Party is able to provide. The notified Contracting Party or, as the case may be, the relevant competition authorities may consult with the competition authorities of the notifying Contracting Party and shall accord full consideration to the request of the notifying Contracting Party in deciding whether or not to initiate enforcement action with respect to the alleged anti-competitive conduct identified in the notification. The notified Contracting Party shall inform the notifying Contracting Party of its decision or the decision of the relevant competition authorities and may if it wishes inform the notifying Contracting Party of the grounds for the decision. If enforcement action is initiated, the

การแข่งขันทางการค้า เพื่อป้องกันการกระทำใด ๆ ที่จัดเป็นการบิดเบือนหรือเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน

1. ประเทศภาคีจะต้องกระทำการเพื่อการบรรเทาการบิดเบือนตลาด และลดอุปสรรคทางการแข่งขันในกิจการพลังงาน โดยจะต้องมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน และมีบทบัญญัติถึงพฤติกรรมที่ถือเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันในกิจการพลังงาน

2. จะต้องเชื่อเพื่อข้อมูล และให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค เพื่อการพัฒนาและบังคับใช้กฎเกณฑ์การแข่งขันแก่ประเทศภาคีอื่น ๆ และให้ความร่วมมือต่อการให้คำปรึกษาและแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การแข่งขันระหว่างกัน

3. สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ยังได้พูดถึงการให้ความร่วมมือกัน เรื่องการแข่งขัน โดยกำหนดให้ในกรณีที่มีพฤติกรรมใดที่เป็นที่ตระหนักได้ว่าเป็นการกระทำอันขัดต่อการแข่งขัน เกิดขึ้นในประเทศภาคีหนึ่ง ประเทศภาคีอื่นที่ได้รับความเสียหายอย่างป็นนัยสำคัญ (Important Interest) จากการกระทำที่ต้องสงสัยนั้นสามารถแจ้งแก่รัฐหรือหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของรัฐภาคีที่เกิดเหตุ และทำการเรียกร้องให้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เข้าดำเนินการตามกฎหมาย โดยรัฐผู้แจ้งจะต้องนำส่งข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวนั้นอย่างเพียงพอ ที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวที่แจ้ง เป็นการกระทำอันเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน และให้ความร่วมมือในการส่งข้อมูลเพิ่มเติมเท่าที่รัฐภาคีผู้แจ้งจะสามารถหาให้ได้ รัฐผู้รับแจ้งหรือเจ้าพนักงานด้านการแข่งขันของรัฐผู้รับแจ้งอาจขอคำปรึกษาจากหน่วยงานด้านการแข่งขัน จากเจ้าพนักงาน เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้แจ้ง เพื่อประกอบการพิจารณาร่วมกัน และเพื่อยืนยันว่าการกระทำตามที่แจ้งเป็นการกระทำที่ขัดต่อการแข่งขัน รัฐผู้รับแจ้งจะแจ้งคำตัดสินของตน หรือของเจ้าหน้าที่ไปยังรัฐผู้แจ้ง โดยจะมีรายละเอียด และข้อสนับสนุนการตัดสิน และเมื่อมีการตัดสินว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อการแข่งขันจริง และมีการดำเนินการลงโทษ รัฐผู้ตัดสินจะต้องให้คำแนะนำ และแจ้งต่อรัฐภาคีสมาชิกถึงผลการตัดสิน เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษา และพัฒนากฎเกณฑ์เพื่อการแข่งขันต่อไป อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในสนธิสัญญามาตรานี้ได้มีข้อยกเว้นเรื่องการเปิดเผยข้อ

---

notified Contracting Party shall advise the notifying Contracting Party of its outcome and, to the extent possible, of any significant interim development.

(6) Nothing in this Article shall require the provision of information by a Contracting Party contrary to its laws regarding disclosure of information, confidentiality or business secrecy.”

มูล โดยกำหนดยกเว้นให้รัฐภาคีไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ที่เป็นการลับ หรือขัดต่อกฎหมายเรื่องการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร หรือข้อมูลใด ๆ ที่เป็นการลับทางการค้า

- แนวการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขัน (Competition) ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน มาตรา 6

เนื่องจากสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) เป็นข้อตกลงที่ถูกจัดทำขึ้นโดยประเทศภาคีสมาชิกส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นประเทศสมาชิกในกลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป และกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออก ข้อตกลงว่าด้วยการแข่งขันที่ปรากฏในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน จึงได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในเรื่องกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่มีอยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรปเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้ชัดเมื่อพิจารณาจากร่างสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานที่จัดทำขึ้นเบื้องต้น ในช่วงระหว่างการเจรจาได้ระบุให้ “กฎเกณฑ์การแข่งขันระหว่างประเทศภาคีจะต้องอ้างอิงถึงนโยบายการแข่งขันของกลุ่มสหภาพยุโรป และกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ” แม้ว่าการเจรจาต่อ ๆ มา ประเทศภาคีจะได้ตกลงลดทอนคำในสนธิสัญญา ที่บัญญัติให้อ้างอิงถึงนโยบายการแข่งขันของกลุ่มสหภาพยุโรป ออกจากร่างสนธิสัญญาฉบับสุดท้าย อันเนื่องมาจากความมุ่งหมาย เพื่อสะท้อนให้เห็นการมีส่วนร่วมในสนธิสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย และญี่ปุ่นก็ตาม<sup>52</sup> กฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันตามนโยบายของสหภาพยุโรป ยังสามารถนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ มาตราการว่าด้วยการแข่งขัน (Competition Provisions) ของสนธิสัญญา โดยประกอบกับประสบการณ์ในเรื่องการบังคับใช้กฎเกณฑ์การแข่งขันระหว่างกันของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งแนวทางดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนทางด้านพลังงานที่เกิดขึ้น และการปรับใช้มาตรการว่าด้วยการแข่งขันของสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานกับประเทศภาคีสมาชิก

- บทวิเคราะห์หลักเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันตาม ECT

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันที่ปรากฏใน ECT มาตรา 6 (1), (2) ได้กำหนดพันธกรณีระหว่างประเทศภาคีไว้อย่างกว้าง ๆ โดยวางหลักให้ประเทศภาคีจะต้องดำเนินมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อลดการกระทำที่ถือเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันในกิจการ

<sup>52</sup> Walde, Thomas. W., ed, “Legal Implications of The Energy Charter Treaty Competitions-Rules and Liberalisation” in The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade (London: Kluwer Law International, 1996.), p.546.

พลังงาน (มาตรา 6 (1)) และต้องรับรองว่าจะมีการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน เท่าที่จำเป็น อย่างเหมาะสม และมีบทบัญญัติถึงพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกิจการสาขาพลังงาน (มาตรา 6 (2)) โดยมีการตราเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกิจการสาขาพลังงาน (Economic Activity in the Energy Sector) นี้หมายรวมถึง การผลิต (Production) กิจการระบบส่ง (Transmission) กิจการระบบจำหน่าย (Distribution) และการขายที่มีขึ้นในกิจการไฟฟ้าด้วย (มาตรา 1 (5))

แม้ว่า ECT จะไม่ได้อ้างถึงการนำกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของสหภาพยุโรป (EC Competition Legislation) แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ร่างสนธิสัญญาในตอนแรกได้พูดเป็นพิเศษถึงความเกี่ยวข้อง และการนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป มาปรับใช้ นอกจากนี้ ประเทศในกลุ่มยุโรปกลางและยุโรปตะวันออกได้ยอมรับเอากฎหมายดังกล่าวไปปรับใช้ ดังปรากฏในข้อตกลงการค้าที่ทำขึ้นระหว่างยุโรปตะวันออก ยุโรปกลาง กับกลุ่มสหภาพยุโรป<sup>53</sup> การนำเอากฎหมายและประสบการณ์ที่มีและเกิดขึ้นในสหภาพยุโรป มาศึกษาและปรับใช้กับกรณีเรื่องการแข่งขันที่เกิดขึ้นในกิจการสาขาพลังงานภายใต้ ECT จึงเป็นประโยชน์และปรับใช้กับประเทศภาคีทุกฝ่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงกล่าวได้ว่าการพิจารณากฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันตาม ECT สามารถเทียบเคียงได้กับกฎเกณฑ์และแนวทางในการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันในกลุ่มสหภาพยุโรป

การนำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการแข่งขันมาปรับใช้กับกิจการพลังงานไฟฟ้าในกลุ่มประเทศยุโรป โดยได้นำเอาทฤษฎีการอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) มาใช้ประกอบกันกับกฎเกณฑ์การเข้าถึงโดยบุคคลที่สาม (Third Party Access: TPA) เพื่อการจัดหาและจัดส่งไฟฟ้าซึ่งมีผลให้บริษัทผู้ประกอบการที่มีอำนาจในการควบคุมเข้าใช้ระบบ หรือการเข้าสู่ตลาด หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวในการปฏิเสธการเข้าใช้ระบบ หรือการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่สมเหตุสมผล ดังได้ปรากฏจากการปรับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวโดยศาลสิทธิยุติธรรมยุโรป (The European Court of Justice) ในเรื่องสิทธิการเข้าถึงโดยบุคคลที่สามในหลายกรณีด้วยกัน ดังเช่นในกรณี Rodby (OJ L55/22;1994) ซึ่งเป็นกรณีเรื่องการยินยอมเข้าใช้

<sup>53</sup> Walde, Thomas. W., ed, "Legal Implications of The Energy Charter Treaty Competitions-Rules and Liberalisation" in The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade (London: Kluwer Law International, 1996.), p.547.



ท่าเรือ ซึ่งศาลพิจารณาโดยนำหลัก TPA มาปรับใช้ และตัดสินให้บริษัทเดินเรือผู้เป็นเจ้าของท่าเรือถือเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือกว่า (Dominant Company) ต้องอนุญาตให้บริษัทเดินเรือคู่แข่งรายอื่น ๆ เข้าใช้ท่าเรือได้ภายใต้เงื่อนไขและอัตราค่าธรรมเนียมเดียวกัน อาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเรื่องการแข่งขันของกลุ่มประชาคมยุโรป มาตรา 86 โดยในการอนุญาตดังกล่าวจะดำเนินไปบนพื้นฐานของทฤษฎีการอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities)<sup>54</sup> ซึ่งเป็นที่ยอมรับปฏิบัติกันในการให้บริการในอุตสาหกรรมसारณูปโภค เช่น การนำไปปรับใช้กับการเข้าใช้ทางรถไฟในสหรัฐอเมริกา

หากพิจารณาในบริบทของกิจการไฟฟ้า จะเห็นได้ว่า ระบบส่งไฟฟ้า (Transmission) จัดเป็นความสะดวกที่จำเป็นในการส่งไฟฟ้าไปสู่ผู้บริโภค หรือผู้จัดจำหน่าย ดังนั้นในกิจการระบบส่ง ผู้ประกอบการ หรือ ผู้ดำเนินการโครงข่ายระบบส่ง (Transmission Network Operator) จะต้องมีเหตุผลอันสมควรและเป็นที่น่าพึงพอใจ ในการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าสู่ระบบของตน จึงเห็นได้ว่า ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของระบบส่ง หรือเป็นผู้ดำเนินการระบบส่ง จะมีอำนาจเหนือผู้ประกอบการรายอื่น อันที่จะสามารถกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่ง เข้าติดต่อหรือเข้าถึงลูกค้าได้โดยสะดวก กล่าวได้ว่า เป็นการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti-Competitive) รูปแบบหนึ่งที่ปรากฏขึ้น และจะก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นนัยสำคัญต่อการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศได้

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลยุโรป ประกอบกับทฤษฎีแนวทางการปรับใช้การอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรปแล้ว อาจกล่าวได้ว่า การเข้าสู่ระบบในกิจการพลังงาน ที่ถือว่าเป็นการอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Energy Facility)<sup>55</sup> ซึ่งผู้ประกอบการระบบส่งจะต้องให้อนุญาตการเข้าใช้ เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

<sup>54</sup> สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities) ในที่นี้หมายถึง การอำนวยความสะดวก หรือการเปิดให้เข้าถึงซึ่งบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องมี เพื่อให้สามารถเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภค อันจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการซื้อขายสินค้าหรือบริการได้

<sup>55</sup> Walde, Thomas. W., ed, "Legal Implications of The Energy Charter Treaty Competitions-Rules and Liberalisation" in The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade (London: Kluwer Law International, 1996.), p.560.

1. บุคคลที่สามหรือผู้ประกอบการที่ประสงค์จะเข้าใช้ระบบ อยู่ในสถานะที่สามารถค่าตอบแทนให้อย่างเหมาะสม
2. ระบบส่งมีความสามารถเพียงพอที่จะรองรับการเข้าใช้ระบบนั้น ๆ
3. การเข้าใช้ระบบนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ โดยไม่มีอุปสรรคหรือเงื่อนไขในเชิงเทคนิค
4. การบังคับให้ผู้ประกอบการรายอื่นสร้างโครงข่ายโดยตรงของตนเอง เป็นสิ่งที่ไม่เกิดประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ

เงื่อนไขเช่นว่านี้ ได้มีปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์เรื่องการส่งผ่าน ในมาตรา 7 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (ECT) อย่างชัดเจน จึงอาจสรุปได้ว่า แม้ว่า ECT จะมีได้บังคับให้ประเทศภาคีต้องให้อนุญาตแก่บุคคลที่สามในการเข้าใช้ระบบส่งตามหลัก Third Party Access (TPA) ก็ตาม แต่ข้อตกลงในเรื่องการส่งผ่าน (Transit) ตามมาตรา 7 ของ ECT ได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นแนวทางเดียวกันกับหลัก TPA นอกจากนี้กฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันที่ปรากฏเป็นบทบัญญัติใน มาตรา 6 ของ ECT กับแนวคิดในเรื่องการแข่งขันที่บังคับใช้กันในกลุ่มประชาคมยุโรป เมื่อนำมาประกอบกันจะเห็นได้ชัดว่า ข้อตกลงในเรื่องการแข่งขันในกิจการพลังงานตาม ECT จะนำไปสู่การจัดเตรียมระบบส่งให้สามารถเข้าถึงได้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้นในระดับระหว่างประเทศ

เห็นได้ว่าข้อกำหนดเรื่องการแข่งขันใน ECT ไม่ได้พูดถึงกฎเกณฑ์การแข่งขันในแง่พฤติกรรมตามกฎหมายร่วมกัน แต่ปล่อยให้การกำกับดูแลการแข่งขันในประเทศภาคี เป็นไปตามกฎหมายภายใน ซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่องการแข่งขันที่เท่าเทียมกัน โดยในการบังคับใช้ข้อตกลงเรื่องนี้ ECT จึงได้กำหนดให้ เมื่อเกิดการกระทำซึ่งสงสัยว่าจะเป็น การขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันในประเทศภาคีหนึ่ง ประเทศภาคีผู้เสียหายสามารถร้องเรียนต่อองค์กรที่เกี่ยวข้องในประเทศภาคีนั้นได้ (ประเทศที่เกิดการกระทำอันเป็นที่น่าสงสัยนั้น) โดยมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลต่อกัน เพื่อช่วยเหลือและให้คำปรึกษาเพื่อประกอบการตัดสินใจต่อไป วิธีการดังกล่าวนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้ความพยายามอย่างถึงที่สุด โดยประเทศภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกแก่ประเทศภาคีอื่น ในการที่จะร้องเรียนในเรื่องการกระทำที่ขัดต่อการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยจะต้องมีระบบพิจารณาที่โปร่งใส และกฎหมายที่ชัดเจน และแหล่งข้อมูลเกี่ยวข้องที่เปิดเผย และเข้าถึงได้สะดวก

ในอนาคตภายหลังจากการแปรรูปและปรับโครงสร้างกิจการไฟฟ้าแล้ว จะมีการเปิดให้มีการแข่งขันในกิจการผลิตไฟฟ้า และเนื่องจากเมื่อพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน ได้กำหนดให้การแข่งขันในกิจการไฟฟ้าทั้งหมดได้รับยกเว้นจาก พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และให้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน ซึ่งได้วางหลักในเรื่องการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าไว้ต่างหาก เพื่อความเหมาะสม เนื่องจากไฟฟ้าเป็นอุตสาหกรรมที่มีลักษณะพิเศษหลายประการ จึงจำเป็นต้องนำมาเขียนแยกไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ และเนื่องจากกฎเกณฑ์ในเรื่องการแข่งขันเป็นเรื่องซับซ้อน การที่เขียนขึ้นเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างประเทศอย่างตายตัวจึงทำได้ยากมาก ความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว จึงเป็นการให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เช่นเดียวกับที่เป็นอยู่ในการร่วมมือกันทางด้านพลังงาน และการค้าพลังงาน ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน โดยเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีร้องเรียนต่อองค์การว่าด้วยการแข่งขันของประเทศภาคีอื่นได้ ซึ่งจะเป็นการดีกว่าการพยายามตกลงกันในรายละเอียดของกฎหมาย แต่ในการนี้จำเป็นต้องมีข้อตกลงระหว่างกันในเรื่องของการอำนวยความสะดวกทางด้านข้อมูลและกฎหมาย และความชัดเจนของระบบ การพิจารณาได้สวนในแต่ละประเทศภาคีที่รัดกุมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น

(ก) กฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม (Promoting Fair Trade) ตาม GATT

ข้อตกลงแกตต์มุ่งเน้นให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยเฉพาะในเรื่องการทุ่มตลาดและการให้การอุดหนุน (Subsidy) การทุ่มตลาดทำให้ราคาสินค้านำเข้าของบริษัทที่ทุ่มตลาดต่ำลงเกินจริง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตที่ถูกทุ่มตลาด เนื่องจากไม่สามารถแข่งขันกับสินค้าที่ทุ่มตลาดได้ จึงถือว่าเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมในแกตต์ แกตต์จึงได้อนุญาตให้ประเทศผู้เสียหายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่อต้านการทุ่มตลาดในสัดส่วนที่เท่ากับส่วนต่างของราคาที่เกิดขึ้นจากการทุ่มตลาด โดยเป็นส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นจากการเก็บภาษีศุลกากรกับประเทศที่ส่งสินค้านั้น ๆ เข้ามาทุ่มตลาด บทบัญญัตินี้ได้ขยายอยู่ในความตกลงย่อยว่าด้วยการต่อต้านการทุ่มตลาด (Anti-Dumping Code) ส่วนในเรื่องการอุดหนุนนั้น หากรัฐบาลประเทศภาคีใดให้การอุดหนุนทางการเงินหรือในรูปแบบอื่นแก่ผู้ผลิตภายในประเทศหรือผู้ส่งออกจนทำให้สามารถส่งสินค้าไปขายยังประเทศภาคีอื่น ๆ และก่อความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศนั้น ๆ ประเทศผู้เสียหายก็สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมพิเศษต่อต้านการอุดหนุน (Countervailing Duty) กับสินค้านั้นได้

### 3.4.5.2 กฎเกณฑ์เรื่องความโปร่งใส (Transparency)

#### (ก) กฎเกณฑ์เรื่องความโปร่งใสใน ECT

ในมาตรา 20 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องความโปร่งใสตามแนวทางในข้อตกลง GATT และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในกิจการรัฐประเทศ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความโปร่งใสไว้ในมาตรา 20<sup>56</sup> กล่าวคือ มาตรานี้ได้กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องจัดพิมพ์กฎหมาย และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องรวมถึงแนวทางการพิจารณาคดีและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับกิจการพลังงาน และเผยแพร่สู่สาธารณะชนโดยเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการต่างชาติหรือ รัฐบาลของประเทศสมาชิกอื่นสามารถเข้าถึงข้อมูลได้

---

<sup>56</sup> “ Article 20 : Transparency

(1) Laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application which affect trade in Energy Materials and Products are, in accordance with Article 29(2)(a), among the measures subject to the transparency disciplines of the GATT and relevant Related Instruments.

(2) Laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application made effective by any Contracting Party, and agreements in force between Contracting Parties, which affect other matters covered by this Treaty shall also be published promptly in such a manner as to enable Contracting Parties and Investors to become acquainted with them. The provisions of this paragraph shall not require any Contracting Party to disclose confidential information which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of any Investor.

(3) Each Contracting Party shall designate one or more enquiry points to which requests for information about the above mentioned laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings may be addressed and shall communicate promptly such designation to the Secretariat which shall make it available on request.”

สนธิสัญญาฉบับนี้ได้นำเอาหลักกฎหมายตามข้อตกลง GATT ในเรื่องความโปร่งใสมาเป็นข้อกำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศภาคี เนื่องจาก ในการกำกับดูแลกิจการไฟฟ้าของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่รัฐภาคีกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับภายในประเทศ หรือที่ใช้บังคับระหว่างกันเป็นปัจจัยสำคัญในการแข่งขันในกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำกับดูแลกิจการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการพลังงาน และในส่วนของระบบส่งที่เชื่อมต่อระหว่างกัน จะมีผลให้ที่ใช้บังคับกิจการพลังงานไฟฟ้า ไม่ว่าในประเทศภาคีใด จะมีผลกระทบต่อรัฐภาคีอื่น ๆ สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานจึงได้มีข้อตกลงกันในเรื่องของความโปร่งใสของกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลของแต่ละประเทศ โดยกำหนดให้ประเทศภาคีจะต้องมีแนวทางในการกำหนดและบังคับใช้กฎหมายอย่างสอดคล้องกับหลักการเรื่องความโปร่งใสตามแนวทางของข้อตกลง GATT กล่าวคือ รัฐภาคีจะต้องดำเนินนโยบายและมาตรการทางการค้ารวมทั้งกฎระเบียบต่าง ๆ ของประเทศภาคีใด ๆ ด้วยความโปร่งใส ชัดเจน มีการพิมพ์เผยแพร่ต่อบทกฎหมาย และระเบียบต่าง ๆ ด้วยภาษาหนึ่งเพื่อให้ผู้นำเข้า ส่งออกของประเทศต่าง ๆ ได้ทราบและเข้าใจ และมีสิทธิสอบถามได้หากมีข้อสงสัย เนื่องจาก การสร้างความรู้ความเข้าใจในกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของแต่ละประเทศภาคีมักจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการกีดกันและขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ให้บริการต่างชาติ ดังนั้น หลักความโปร่งใสจึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยส่งเสริมเสถียรภาพ (Stability) และความคาดหมายได้ของระบบการค้าระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี มาตรการนี้ไม่ได้เรียกร้องให้รัฐภาคีต้องเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ที่เป็นความลับที่ขัดกับผลประโยชน์สาธารณะ หรือจะทำให้ผู้ลงทุนรายใดต้องเสียหาย ซึ่งในการปฏิบัติตามข้อผูกพันดังกล่าว รัฐภาคีจะต้องแจ้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมาย กฎเกณฑ์การกำกับดูแล กฎเกณฑ์การพิจารณาดีโดยศาล และกฎเกณฑ์ที่มาจากฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการพลังงานแก่เลขาธิการทั่วไปแห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน โดยเลขาธิการทั่วไป ๆ จะทำหน้าที่จัดเตรียมกฎหมายเหล่านั้นไว้ให้แก่ผู้ร้องขอต่อไป

เนื่องจากจุดประสงค์เริ่มแรกของ (Energy Charter Treaty: ECT) ที่เกิดขึ้นในช่วงปี 1990 มาจากการตระหนักถึงความไม่แน่นอนทางด้านพลังงานของกลุ่มผู้นำประเทศในทวีปยุโรป จึงได้พยายามจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศด้านพลังงาน โดยมีจุดมุ่งหมาย เพื่อประสานประโยชน์จากการพัฒนาการทางด้านวิทยาการ และเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าไปไกลกว่าประเทศอื่น ๆ ของกลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกกับความอุดมสมบูรณ์ทางด้านทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับการพลังงานของสหภาพโซเวียตก่อนการล่มสลาย (Former Soviet Union: FSU) ซึ่งผลตอบแทนที่ได้ คือ กลุ่มประเทศในทวีปยุโรปจะมีแหล่งสำรองทรัพยากรที่เพียงพอ และจะ

สามารถลดการพึ่งพาแหล่งน้ำมันจากประชาคมกลุ่มโอเปคได้ในอีกทางหนึ่ง จนกระทั่งภายหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียต รัฐอิสระต่าง ๆ ที่แยกตัวจากสหภาพโซเวียตต่างได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการพัฒนาเทคโนโลยีพลังงาน เพื่อก้าวไปสู่การพัฒนาทางอุตสาหกรรม และเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จึงได้มีการจัดการประชุมระหว่างประเทศสมาชิกสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน (Energy Charter Treaty: ECT) ขึ้นเมื่อวันที่ 16-17 กันยายน ที่กรุง Hague ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มให้การสนับสนุนการพัฒนาตลาดพลังงานระหว่างประเทศร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพทั่วทั้งทวีปยุโรป รวมไปถึงตลาดพลังงานโลก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักในเรื่องการไม่กีดกันทางการค้า การปล่อยให้กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคา โดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม และการสนับสนุนการลงทุนและพัฒนาเทคโนโลยีในกิจการพลังงาน ในการพิจารณากฎเกณฑ์ความตกลงที่ปรากฏใน ECT รัฐภาคีสมาชิกได้คำนึงถึง หลักเกณฑ์มาตรฐานตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งความตกลงที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางที่สุดในกลุ่มประชาคมโลก จนเปรียบเสมือนเป็นแบบอย่างมาตรฐาน โดยเฉพาะในเรื่องการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้น จึงหนีไม่พ้นหลักเกณฑ์ที่กำหนดในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร (General Agreement on Tariff and Trade: GATT) ซึ่งเป็นความตกลงที่ได้มีการร่วมลงนามโดยประเทศต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง

#### (ข) กฎเกณฑ์เรื่องความโปร่งใสใน GATT

หลักความโปร่งใส (Transparency) หมายถึง การเปิดเผยข้อมูลโดยการจัดพิมพ์ โฆษณา เผยแพร่เกี่ยวกับการการใช้มาตรการ กฎหมาย หรือกฎระเบียบต่าง ๆ ของประเทศสมาชิก ที่มีผลกระทบต่อการค้าบริการภายใต้ GATS ยกเว้นข้อมูลที่เป็นความลับ

รัฐสมาชิกจะต้องให้ข้อมูลอย่างน้อยเป็นรายปีแก่คณะมนตรี ว่าด้วยการค้าบริการถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ข้อบังคับ (Regulations) หรือแนวทางปฏิบัติในการบริหาร ซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อการค้าบริการตามข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ในตารางข้อผูกพัน นอกจากนี้ รัฐสมาชิกจะต้องตั้งศูนย์ตอบข้อซักถาม (Enquiry Points) เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่นได้ทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่ต้องการ<sup>57</sup>

<sup>57</sup> ชุมพร ปัญจสานนท์, "การค้าบริการภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 1(ธันวาคม 2537): 87.

หลักการนี้มุ่งที่จะทำให้เกิดความกระจ่างแจ้งเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายภายใน และแนวทางปฏิบัติภายในที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการค้าบริการ นอกจากนี้ ยังมุ่งที่จะแสดงว่าอะไรคือความหมายที่แน่นอนและชัดเจนของการค้าบริการ ขอบเขตและสิ่งที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการค้าบริการ ประเด็นนี้สมควรที่จะมีการกำหนดและตกลงกันอย่างแจ่มชัด เพื่อสอดคล้องกับหลักการความโปร่งใส จากมาตรา 1 และ 2 ของร่างข้อตกลงหลายฝ่ายเกี่ยวกับการบริการ ได้มีการให้คำจำกัดความกว้าง ๆ ของขอบข่ายและคำจำกัดความ ตลอดจนรูปแบบต่าง ๆ ของการค้าบริการและสิ่งที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการค้าบริการ โดยแถมได้ทำรายชื่อบริการสาขาต่าง ๆ เอาไว้ (Indicative list of sectors) สำหรับประเทศไทย ควรจะพิจารณาว่าผลประโยชน์ของการค้าบริการด้านใดที่อาจได้รับผลกระทบจากการเปิดตลาดการค้าบริการให้โปร่งใส โดยเลือกพิจารณาสาขาที่เกี่ยวข้องกับประเทศของเราในรายชื่อบริการสาขาต่าง ๆ

มาตรา 3 ของร่างข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าบริการ ได้กำหนดวิธีการทำให้หลักการโปร่งใสเป็นรูปธรรมขึ้นโดยกำหนดหน้าที่แก่รัฐคู่ภาคีให้พิมพ์ออกแจ้งข่าวสาร ตอบข้อซักถามแก่รัฐคู่ภาคีเกี่ยวกับกฎหมาย ข้อบังคับแนวทางปฏิบัติและมาตรการใด ๆ ของภาครัฐบาล และภาคอื่นที่มีใช้ภาครัฐบาล กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎข้อบังคับใด ๆ หรือคำมั่นเฉพาะใด ๆ (Specific Commitment) จะต้องแจ้งให้คู่กรณีภาคีอื่น ๆ ทราบ หากมีข้อซักถามอาจร้องขอให้ผู้ให้บริการ (Service Provider) แจ้งข้อสนเทศที่จำเป็นให้ทราบเกี่ยวกับการบังคับใช้ของกฎหมายภายในเรื่องนั้น ๆ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นข้อสนเทศที่เป็นความลับอันก่อให้เกิดผลเสียหายแก่การบังคับใช้กฎหมายและผลประโยชน์ทางการค้า

### 3.4.5.3 กฎเกณฑ์เรื่องการโยกย้ายถ่ายโอนของเทคโนโลยี (Transfer of Technology)

#### (ก) กฎเกณฑ์เรื่องการถ่ายโอนของเทคโนโลยีใน ECT

ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้กำหนดกฎเกณฑ์เรื่องการโยกย้ายถ่ายโอนของเทคโนโลยีเอาไว้ใน มาตรา 8<sup>58</sup> การที่ต้องกำหนดในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เกิดขึ้นเนื่องจากในกิจการพลังงานจำเป็นต้องมีการเชื่อมต่อเข้าสู่ระบบ โดยเฉพาะในกิจการไฟฟ้า

<sup>58</sup> “ Article 8 : Transfer of Technology

(1) The Contracting Parties agree to promote access to and transfer of energy

การเชื่อมต่อเข้าสู่ระบบ และการเข้าใช้เครือข่ายระบบส่งระหว่างประเทศเป็นปัจจัยหลักในการค้าพลังงานไฟฟ้าในระดับภูมิภาค ด้วยเหตุผลที่กิจการไฟฟ้ามีเงื่อนไขทางด้านเทคโนโลยีที่จะต้องสามารถรองรับระหว่างกันได้ ดังนั้นในการกำหนดข้อตกลงเรื่องการถ่ายโอนเทคโนโลยีนั้นนอกจากจะมีขึ้นเพื่อส่งเสริมการให้ความช่วยเหลือกันทางด้านเทคโนโลยีแล้ว ยังเป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการเข้าใช้ระบบส่งระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรม และป้องกันการกีดกันทางการค้าอีกด้วย

ประเทศภาคีได้ร่วมกันทำข้อตกลงภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ว่าด้วยเรื่องการให้การสนับสนุนการแลกเปลี่ยนหรือถ่ายโอนเทคโนโลยีระหว่างกัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory) อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อช่วยให้เกิดการค้าพลังงานระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ และเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีในการนำทรัพยากรมาใช้อย่างคุ้มค่าที่สุด

เนื่องจากโดยธรรมชาติของอุตสาหกรรมไฟฟ้านั้นมีความแตกต่างกันทางด้านเทคโนโลยีในแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามในการที่จะมีการซื้อขายไฟฟ้าระหว่างกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศต่าง ๆ จำเป็นต้องมีระบบปฏิบัติการทางอุตสาหกรรมที่สอดคล้องกัน โดยเฉพาะในส่วนของระบบส่ง ซึ่งเป็นตัวแปรสำคัญที่จะอำนวยความสะดวกให้การค้าไฟฟ้าระหว่างประเทศดำเนินต่อไปได้ โดยเฉพาะในการซื้อขายไฟฟ้าระหว่างประเทศที่มีพรมแดนไม่ติดกัน ข้อตกลงระหว่างประเทศทางด้านการค้าพลังงานจึงจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องการพัฒนาและแลกเปลี่ยนเทคโนโลยีขึ้น เพื่อป้องกันการอ้างเหตุผลทางเทคโนโลยีมาใช้เป็นมาตรการในการกีดกันทางการค้า

---

technology on a commercial and non-discriminatory basis to assist effective trade in Energy Materials and Products and Investment and to implement the objectives of the Charter subject to their laws and regulations, and to the protection of Intellectual Property rights.

(2) Accordingly, to the extent necessary to give effect to paragraph (1) the Contracting Parties shall eliminate existing and create no new obstacles to the transfer of technology in the field of Energy Materials and Products and related equipment and services, subject to non-proliferation and other international obligations.”



นอกจากนี้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานยังกำหนดให้รัฐภาคีกำจัดอุปสรรคทางเทคโนโลยีที่มีอยู่ โดยแลกเปลี่ยนและพัฒนาเทคโนโลยีร่วมกัน และคำนึงถึงการเข้าใช้ระบบของประเทศภาคีอื่น ๆ โดยไม่ก่อบกีดกันทางเทคโนโลยีอื่น ๆ เพิ่มขึ้นอีก

กำหนดให้รัฐบาลประเทศภาคี งดเว้นการกระทำใด ๆ ที่จะเป็นอุปสรรคต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่อกัน บทบัญญัติในข้อนี้เพิ่มขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในเรื่องความร่วมมือกันในการพัฒนาประสิทธิภาพและเทคโนโลยีทางการพลังงานร่วมกัน จึงไม่ได้กำหนดบังคับไปถึงการเรียกร้องให้มีการแก้ไขภายในที่อาจเป็นอุปสรรคต่อความร่วมมือกันในเรื่องนี้ที่มีมาก่อน

ข้อกำหนดในเรื่องการถ่ายโอนเทคโนโลยีระหว่างประเทศในข้อ 8 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน จะตอบสนองความจำเป็นในการดำเนินงานในกิจการพลังงานระหว่างประเทศ ซึ่งจำเป็นต้องมีการเชื่อมต่อเข้าสู่ระบบ โดยเฉพาะในกิจการไฟฟ้า การเชื่อมต่อเข้าสู่ระบบ และการเข้าใช้เครือข่ายระบบส่งระหว่างประเทศเป็นปัจจัยหลักในการค้าพลังงานไฟฟ้าในระดับภูมิภาค ด้วยเหตุผลที่กิจการไฟฟ้ามีเงื่อนไขทางด้านเทคโนโลยีที่จะต้องสามารถรองรับระหว่างกันได้ ดังนั้นในการกำหนดข้อตกลงเรื่องการถ่ายโอนเทคโนโลยีนอกจากจะมีขึ้นเพื่อส่งเสริมการให้ความช่วยเหลือกันทางด้านเทคโนโลยีแล้ว ยังเป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการเข้าใช้ระบบส่งระหว่างประเทศอย่างเป็นธรรม และป้องกันการกีดกันทางการค้าอีกด้วย

ข้อตกลงดังกล่าวจึงได้กำหนดให้ประเทศภาคี มีข้อตกลงภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานว่าด้วยเรื่องการให้การสนับสนุนการแลกเปลี่ยนหรือถ่ายโอนเทคโนโลยีระหว่างกัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory) อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อช่วยให้เกิดการค้าพลังงานระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ

#### 3.4.5.4 กฎเกณฑ์เรื่องการเข้าสู่ตลาดทุน (Access to Capital)

##### (ก) กฎเกณฑ์เรื่องการเข้าสู่ตลาดทุนใน ECT

สนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน กำหนดให้รัฐภาคีต้องเปิดให้มีการลงทุนทางการพลังงานระหว่างกัน โดยจะต้องให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนจากประเทศสมาชิกอื่นเท่าเทียมกับผู้ลงทุนที่มีสัญชาติตน โดยยึดปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ (National Treatment) โดยข้อ

กำหนดดังกล่าวขึ้นอยู่กับพื้นฐานของการใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ (Best Endeavour) กล่าวคือ มิได้มีผลบังคับเด็ดขาดให้ประเทศภาคีต้องปฏิบัติ

กฎเกณฑ์เรื่องการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติ ในการทำความตกลงกันในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน ได้มีการทำความตกลงเกี่ยวกับแหล่งเงินทุนภายในประเทศ และการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการจากรัฐภาคีสันติสัญญาสามารถพึ่งพาแหล่งเงินทุนในประเทศได้ เพื่อรองรับการไหลเวียนของเงินทุนในกิจการพลังงาน โดยกำหนดให้ประเทศภาคีต้องกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการส่งเสริมการเข้าถึงแหล่งเงินทุนในตลาดทุนภายในประเทศภายใต้หลักความพยายาม ผู้ประกอบการรัฐภาคีอื่นที่มีวัตถุประสงค์ในการระดมทุนเพื่อการค้าและการลงทุนในกิจการพลังงานภายในรัฐภาคีอื่นนั้น โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการหรือนักลงทุนจากรัฐภาคีอื่นในลักษณะเดียวกันกับที่ปฏิบัติต่อคนชาติตน ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ (National Treatment) หรือเป็นแบบเดียวกับที่ปฏิบัติต่อรัฐอื่น ๆ ขึ้นกับว่าแบบใดให้สิทธิประโยชน์มากกว่ากัน

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้รัฐภาคียอมรับหรือคงไว้ซึ่งการจัดเตรียมแผนการในการเข้าระดมทุนจากแหล่งเงินทุนภายในประเทศแหล่งอื่น ๆ เช่น แผนการกู้ยืมเงินจากประชาชน (Public Loan) ในรูปหุ้นกู้ หรือตราสารทางการเงินอื่น ๆ และยังรวมถึงการให้อนุญาตการรับรอง หรือรับประกันว่า นักลงทุนจากรัฐภาคีอื่น จะได้รับความสะดวกในการกู้ยืมเงินจากประชาชนเพื่อการลงทุนที่เกี่ยวกับกิจการพลังงานในรัฐภาคีอื่น รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีการอำนวยความสะดวกเช่นว่านี้อย่างเพียงพอ ภายใต้การควบคุมตามหลักเกณฑ์ของแผนการนั้น การควบคุมหรือหลักเกณฑ์ที่ว่านี้ อาจเป็นข้อกำหนดในเรื่องสถานที่ในประการประกอบธุรกิจของยื่นคำขอหรือขึ้นกับสถานที่ส่งสินค้าหรือบริการที่เกิดขึ้นภายใต้การสนับสนุนตามแผนการดังกล่าว รายละเอียดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน มาตรา 9 (1)<sup>59</sup> ดังนี้

<sup>59</sup> "Article 9...

(1) The Contracting Parties acknowledge the importance of open capital markets in encouraging the flow of capital to finance trade in Energy Materials and Products and for the making of and assisting with regard to Investments in Economic Activity in the Energy Sector in the Areas of other Contracting Parties, particularly those with economies in transition. Each Contracting Party shall accordingly endeavour to

แผนการที่ว่าจะจะเป็นแผนเพื่อการลงทุนในกิจการพลังงานของผู้ประกอบการจากประเทศภาคีอื่น หรือเพื่อการจัดหาเงินทุนเพื่อการค้าวัตถุดิบในการผลิต หรือการค้าสินค้ากับประเทศภาคีอื่น ซึ่งตามสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงานได้กำหนดรายละเอียดเหล่านี้ไว้ในมาตรา 9 (2)<sup>60</sup> ดังนี้

ประเทศภาคีจะต้องมีแนวนโยบายที่จะดำเนินการตามแผนการกู้ยืมเงิน ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับกิจการพลังงาน เพื่อปรับปรุงความมั่นคงทางเศรษฐกิจและบรรยากาศในการลงทุนของรัฐภาคี ตามแนวทางที่เหมาะสม เพื่อกระตุ้นให้เกิดการดำเนินงานและการใช้ประโยชน์จากความชำนาญการของสถาบันการเงินระหว่างประเทศ (International Financial Institutions) ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ตามรายละเอียดที่ปรากฏในมาตรา 9 (3)<sup>61</sup> ดังนี้

---

promote conditions for access to its capital market by companies and nationals of other Contracting Parties, for the purpose of financing trade in Energy Materials and Products and for the purpose of Investment in Economic Activity in the Energy Sector in the Areas of those other Contracting Parties, on a basis no less favourable than that which it accords in like circumstances to its own companies and nationals or companies and nationals of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.”

<sup>60</sup> “Article 9....

(2) A Contracting Party may adopt and maintain programmes providing for access to public loans, grants, guarantees or insurance for facilitating trade or Investment abroad. It shall make such facilities available, consistent with the objectives, constraints and criteria of such programmes (including any objectives, constraints or criteria relating to the place of business of an applicant for any such facility or the place of delivery of goods or services supplied with the support of any such facility) for Investments in Economic Activity in the Energy Sector of other Contracting Parties or for financing trade in Energy Materials and Products with other Contracting Parties.”

<sup>61</sup> “Article 9....

(3) Contracting Parties shall, in implementing programmes in Economic

มาตรานี้จะไม่ห้ามสถาบันการเงินในการให้กู้ยืม หรือค้ำประกันให้แก่ผู้ประกอบการในส่วนของตนเอง โดยการกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามแนวทางที่เป็นที่ยอมรับและเป็นไปตามหลักการเงินและการลงทุนที่ถือปฏิบัติกันมา

สนธิสัญญานี้ไม่ห้ามรัฐภาคีในการใช้มาตรการดังต่อไปนี้

- มาตรการอันมีขึ้นเพื่อเหตุผลแห่งความรอบคอบ รวมทั้งเพื่อการคุ้มครองผู้ลงทุน ผู้บริโภค ผู้ฝากเงิน ผู้กำหนดนโยบาย หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทน (ผู้รับมอบอำนาจ) ผู้ให้บริการทางการเงิน
- มาตรการอันมีขึ้นเพื่อส่งเสริมความน่าเชื่อถือและความมั่นคงของระบบการเงินและตลาดทุน

ทั้งนี้ รายละเอียดดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ใน มาตรา 9 (4) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการพลังงาน<sup>62</sup>

Activity in the Energy Sector to improve the economic stability and investment climates of the Contracting Parties, seek as appropriate to encourage the operations and take advantage of the expertise of relevant international financial institutions.”

<sup>62</sup> “Article 9...

(4) Nothing in this Article shall prevent :

- (a) financial institutions from applying their own lending or underwriting practices based on market principles and prudential considerations; or
- (b) a Contracting Party from taking measures:
  - (i) for prudential reasons, including the protection of Investors, consumers, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier; or
  - (ii) to ensure the integrity and stability of its financial system and capital markets.”